

A Admissibilidade do Recurso Especial

MIGUEL ÂNGELO BARRIOS DA SILVA
Professor de Processo Civil no Centro de
Ensino Unificado de Brasília — CEUB e do
Curso de Pós-Graduação do ICAT/AEUDF.
Assessor de Ministro no Superior Tribunal
de Justiça

A nova ordem constitucional, inaugurada em outubro de 1988, introduziu no cenário processual um novo recurso, denominando-o de recurso especial (CF, art. 105, III).

Bem examinado, o novo remédio impugnativo se afigura como modulação do recurso extraordinário, permanecendo este recurso extremo com o nome tradicional e restrito à temática constitucional.

A natureza extraordinária do recurso especial tem sido reiteradamente acentuada pelos juristas e magistrados que dele cuidam,¹ nomeadamen-

1 "... O recurso especial, em suma, nada mais é do que o recurso extraordinário antes julgado pelo Supremo Tribunal Federal, com exclusão do seu bojo da matéria constitucional". ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, "Do recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça", in *Recursos no Superior Tribunal de Justiça*, São Paulo, Saraiva, 1991, p. 49.

"Trata-se de modalidade de recurso extraordinário *lato sensu*...". SALVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, in *O Recurso Especial e o Superior Tribunal de Justiça*, *op. cit.*, p. 69.

"Ambos os recursos, extraordinário e especial, integram a classe dos recursos extraordinários..." SÉRGIO BERMUDEZ, in *O procedimento dos recursos extraordinário e especial no juízo recorrido*, *op. cit.*, p. 197.

"Mas o recurso especial restaurou a antiga estrutura do recurso extraordinário, embora esse com aquele rótulo e com órgão julgador diferente." ALCIDES DE MENDONÇA LIMA, in *Recurso extraordinário e especial*, *op. cit.*, p. 142.

"... Ao lado do recurso extraordinário, existe hoje o recurso especial, ambos com a função de tutelar a autoridade e a unidade do direito federal." PAULO ROBERTO SARAIVA DA COSTA LEITE, in *Recurso especial: admissibilidade e procedimento*, *op. cit.*, p. 191.

te o Ministro ATHOS GUSMÃO CARNEIRO que, tanto em sede doutrinária, quanto nos votos que profere no Superior Tribunal de Justiça, tem sublinhado que “o recurso especial extraordinário é.”²

Na dicção do processualista:

“Como idéia básica, está a de que o recurso especial é um recurso extraordinário, e, assim, lhe são aplicáveis, via de regra, as construções doutrinárias e jurisprudenciais sobre a natureza, finalidade e admissibilidade do recurso extraordinário.”³

Posta em evidência a sua natureza excepcional, não seria exagero afirmar-se que o seu manejo não colima, imediatamente, a Justiça para a parte no caso concreto.⁴ Esse desiderato deve ser alcançado no exercício do duplo grau de jurisdição, nas instâncias ordinárias.⁵

2 “... modalidade que é do recurso extraordinário...” Resp. 1.619-RJ, DJU 18-12-89 — “... baixa dos autos à origem para a apreciação fundamentada dos pressupostos específicos de admissibilidade do recurso especial, QUE EXTRAORDINÁRIO É” — grifou-se, Resp. 2.576-RJ, DJU 15-6-90. E consignando exatamente essa expressão, dentre inúmeros, os Recursos Especiais: 444-RJ, DJU 15-10-90; 1.882-RJ, DJU 26-3-90; 1.982-SP, DJU 2-4-90; 2.343, DJU 6-8-90; 2.814-MT, DJU 6-8-90 e 4.214-SP, DJU 22-10-90.

3 “Anotações sobre o Recurso Especial”, in *Recursos no Superior Tribunal de Justiça*, SP, Saraiva, 1991, p. 109.

4 CANDIDO RANGEL DINAMARCO, fiel ao pensamento esposado em obra lapidária (*A instrumentalidade do processo*, Ed. Revista dos Tribunais, SP, 2ª ed. 1987), insurge-se com veemência contra a *indiferença ético-deontológica* do recurso extraordinário — e, agora, do recurso especial —, acentuando, forte em KAZUO WATANABE, que “todo esse contexto de garantias está aí posto pela Constituição como penhor da franquia do *acesso à Justiça*, que representa o anseio mais elevado de todo o sistema processual, dos seus criadores, dos seus operadores e sobretudo dos consumidores do serviço jurisdicional. *Acesso à Justiça* é, na palavra de agudo pensador pátrio, *acesso à ordem jurídica justa*, ou seja, abertura de caminhos para obter soluções justas para conflitos e eliminação de estados de insatisfação — justas porque conformes com os padrões étnicos e sociais da Nação. Não haveria por que destacar um instituto processual como o recurso extraordinário, e isolá-lo desse contexto. A idéia de que ele tem só a missão de preservar o ordenamento jurídico federal constitui, afinal, reflexo de uma premissa de maior espectro que é a da suposta indiferença ética do sistema processual. Quando passamos a pensar no processo como instrumento ético a serviço da justiça e pacificação, e não apenas meio técnico de atuação da lei, chegamos à negação daquele confinamento técnico jurídico do recurso extraordinário “Superior Tribunal de Justiça e acesso à ordem jurídica justa”, in *Recursos no Superior Tribunal de Justiça* — SP, Saraiva, 1991, pp. 250/251. O argumento é, a toda as luzes, irresponsável.

5 “A instância ordinária se exaure com a última decisão expedida pelo Tribunal no Segundo Grau de Jurisdição, instância em que se discute e se examina a causa em toda plenitude. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, segundo a ordem jurídico-institucional vigente, não são Tribunais de Terceira Instância, mas Tribunais Especiais, sob a perspectiva ora tratada, destinados a exercer o controle da constitucionalidade e da legalidade do julgado proferido na instância inferior” — Resp. 1.598 — CE, Rel. Ministro TORREAO BRAZ, DJU 27-4-90.

Os objetivos primordiais do novel instituto são, antes, a garantia da integridade do direito federal e a harmonia da jurisprudência nacional, servindo o direito da parte, pretensamente violado pela decisão recorrida, como instrumento hábil a acessar a extraordinária instância.

Com inteira propriedade, e lastro em doutrina de ponta, assevera o Ministro CLÁUDIO SANTOS:

“A primeira dessas finalidades é, portanto, a defesa do direito objetivo e a unificação da Jurisprudência, como ensina Piero Calamandrei, em sua celeberrima obra *A cassação civil*. É a correta aplicação da lei nas decisões judiciais, com a qual se busca a segurança jurídica e a igualdade dos cidadãos diante da lei, assim como a defesa da supremacia do órgão legislativo, consoante a visão do mestre italiano. A função decorrente desse objetivo define o caráter político do recurso e sua natureza constitutiva, de acordo com as observações de Enrique Vescovi, e essa mesma função é chamada de *função nomofilática* — (*nomofilaquia* em italiano), palavra derivada dos vocábulos gregos *nomos* e *phylasso*, que significam respectivamente, lei e guarda, em vernáculo.”⁶

Feita essa colocação inicial, impende analisar, quanto à admissibilidade do recurso, se há alteração substancial ou discrepância de monta em relação ao recurso extraordinário, do qual deriva e de cuja natureza jurídica ainda participa. Ao fim e ao cabo se constata que, em verdade, não.

Para efeitos didáticos, é conveniente abordar o assunto tendo em mira as duas oportunidades processuais em que ele ocorre: o *juízo de admissibilidade*, efetuado no Tribunal de origem pelo seu presidente (ou a pessoa designada no Regimento Interno), e o *exame do cabimento*, efetuado pelo Ministro relator e pela Turma Julgadora do Superior Tribunal de Justiça.

À semelhança do que ocorria (e ainda ocorre) com o recurso extraordinário, o recurso especial é interposto perante o Presidente do Tribunal *a quo*, onde se exerce o juízo de admissibilidade do apelo raro (Lei n.º 8.058, de 28 maio de 1990, art. 26).

Consiste tal exame na verificação do preenchimento dos requisitos necessários para se ascender ao patamar excepcional. Daí decorre que, em princípio, deveria cingir-se à constatação da ocorrência dos pressupostos genéricos dos recursos (sucumbência, interesse, tempestividade, adequação, preparo e regularidade procedimental), além de indicação das hipó-

6 FRANCISCO CLÁUDIO DE ALMEIDA SANTOS, “Recurso especial — visão geral”, in *Recursos no Superior Tribunal de Justiça*, SP, Saraiva, 1991, p. 194.

teses constitucionais específicas de cabimento do recurso (ofensa direta ou indireta da norma federal e/ou dissídio jurisprudencial).

Esta a opinião de BARBOSA MOREIRA, que, ainda escrevendo sob a ótica da ordem constitucional precedente, preleciona:

“Não compete ao Presidente examinar o mérito do recurso extraordinário, nem lhe é lícito indeferi-lo por entender que o recorrente não tem razão: estaria, ao fazê-lo, usurpando a competência do Supremo Tribunal Federal. Toca-lhe, porém, apreciar todos os aspectos de admissibilidade do recurso...”⁷

Em idêntico sentido SÉRGIO BERMUDEZ (com apoio em MATOS PEIXOTO, JOSÉ AFONSO DA SILVA e ENRICO TULLIO LIEBMAN) incisivamente sustenta:

“Permitir que o Presidente do Tribunal *a quo* aprecie a legitimidade dos pressupostos de provimento do recurso é condescender com a usurpação da competência do Supremo (leia-se, hoje, do Superior Tribunal de Justiça) pela justiça de segundo grau. A lei torna o Presidente competente apenas para *admitir* o recurso. Incumbe-lhe, pois, tão-somente, emitir julgamento acerca da admissibilidade do apelo, sob pena de completa desnaturação da função do extraordinário.”⁸

Merece, ainda, registro a autorizada opinião de JOSÉ AFONSO DA SILVA que, em obra clássica sobre o recurso extraordinário, após analisar minudentemente a questão, colacionando julgados do Excelso Pretório e as respeitáveis considerações de ALCIDES DE MENDONÇA LIMA e LOPES DA COSTA, pontifica:

“Podemos, assim, concluir que a competência do juízo *a quo* do Recurso Extraordinário deve limitar-se, legitimamente, à verificação daquilo que chamamos de “condições de admissibilidade” do julgamento do mérito do recurso, ou seja: *a*) das condições de admissibilidade do recurso (cabimento, legitimação, interesse); *b*) dos pressupostos procedimentais do recurso (capacidade de parte, competência do órgão a que é dirigido, tempestividade, formalidade, fundamentação, *juz postulandi*); *c*) das condições de procedibilidade do recurso, naquilo que essas condições já se demonstram na própria interposição do remédio.” E conclui: “Se

⁷ *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, 5ª ed., RJ, Forense, 1985, nº 327, p. 597.

⁸ *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VIII, SP, Ed. Revista dos Tribunais, 1975, nº 245, p. 280.

todos esses pressupostos foram satisfeitos, não pode o juízo *a quo* negar-lhe seguimento.”⁹

Todavia, na realidade forense assim não ocorre. No juízo de admissibilidade se tangencia (quando não se invade efetivamente) o mérito da decisão recorrida, exercendo-se quase que um novo julgamento da causa, em face da impugnação apresentada pelo recorrente (conforme a grita de expressiva parcela da classe dos advogados).

Quando da realização do I Encontro dos Presidentes dos Tribunais de Justiça, patrocinado pelo Superior Tribunal de Justiça, em sua sede, em outubro de 1990, essa delicada (e controvertida) questão veio à baila, de modo explícito, suscitada pela voz do representante do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Desembargador JOSÉ FERNANDES FILHO,¹⁰ ao conferencista, Ministro ATHOS CARNEIRO. Naquela oportunidade foi acentuado pelo eminente expositor que o exame acurado, profundo, exaustivo, pleno de fundamentação — em suma, no limiar do enfrentamento do próprio mérito — era o procedimento correto, cuja adoção pelos demais participantes do evento, expressamente se “aconselhava”.

O fundamento para tal recomendação reside no fato de que no juízo de admissibilidade se realiza (ou devia se realizar) uma *análise axiológica* do cabimento do recurso, para a qual é imprescindível um exame abrangente e bem fundamentado, tendo em mira que a adequação do apelo se acha qualificada por um *plus* de índole constitucional: o enquadramento nas hipóteses do inciso III do art. 105 da Carta Política.

A justificativa acode a razões lógicas, mas cumpre agregar-lhe, ainda, uma outra, de caráter pragmático, antes preconizada para a admissão do recurso extraordinário, consoante se vê da seguinte passagem da decisão do Presidente do Tribunal de Alçada da Bahia, EUVALDO IUS, de 21-12-43, confirmado por unanimidade pelo Supremo, Rel. Ministro BARROS BARRETO — DJ 8-8-44, *verbis*:

“A finalidade desse diploma legal está, também, em remediar o grande inconveniente, até bem pouco verificado de ficar o Supremo Tribunal Federal sobrecarregado de trabalho judicial decorrente do mister de julgar se o caso concreto era ou não “caso de recurso extraordinário”, falando, eloqüentemente, a tal respeito, as estatísticas constantes de relatório do Excelentíssimo

9 *Do Recurso Extraordinário no Direito Processual Brasileiro*, SP, Ed. Revista dos Tribunais, 1963, nº 153, pp. 367, 368.

10 *Encontro de Presidentes de Tribunais — Anais*, Brasília, Superior Tribunal de Justiça, 1990, p. 65.

Sr. Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal, que documentam notável desproporção entre a quantidade de recursos que não foram providos “por não ser caso” e a dos que “conhecidos”, o egrégio *ad quem* apreciou o mérito da respectiva demanda.”¹¹

Sincronizado com tal orientação, JOÃO DEL NERO, enquanto Vice-Presidente do Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, em tese apresentada no IV Encontro de Tribunais de Alçada, realizado em Curitiba, em novembro de 1975, conclui:

“I — O Presidente ou Vice-Presidente, ao deferir ou indeferir o recurso, portanto, age em termos de absoluta independência funcional, não de representação do Tribunal, e presta relevante subsídio, nessa apreciação prévia, minorando o notório excesso de serviço, existente no STF.

II — Esse “julgamento prévio” do Presidente somente verifica se a alegação de violação da lei é “mais ou menos provável”; apenas facilita a “cognição plena” por parte do STF, que chegará à certeza (moral) sobre aquela.”¹²

O vetusto argumento permanece válido e extremamente útil no que concerne ao recurso especial, na medida em que se constata que o juízo de admissibilidade profundo inibe a interposição do agravo de instrumento, cabível da decisão denegatória (art. 28, Lei n.º 8.038/90), consistindo em eficiente *filtro processual*, permanecendo limitado o acesso à extraordinária instância aos casos mais significativos, quer quanto à controvérsia doutrinária e/ou jurisprudencial neles suscitada, quer quanto à relevância da temática para o direito federal.

Não fora isso, em breve tempo, inevitavelmente se atingiria o estrangulamento do Superior Tribunal de Justiça, mercê do acendrado número de processos submetidos ao seu exame, oriundos de todos os Tribunais do País, nos mesmos moldes do ocorrido com o recurso extraordinário perante o Supremo Tribunal Federal — de triste memória. Quanto ao ponto, afigura-se oportuno o registro do pensamento do Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, que vem sustentando a tese de que, sob pena de repetição do mesmo fenômeno asfixiante, vivenciado sob o pálio da ordem jurídica precedente, mister se faz uma corajosa reforma constitucional, restringindo-se prioritariamente os casos de cabimento do ape-

11 *Apud* JOSÉ DA SILVA PACHECO, in *op. cit.*, pp. 364/365.

12 “O Despacho motivado de admissão do Recurso Extraordinário”, *Revista dos Tribunais*, vol. 501, p. 13.

lo especial à hipótese de ocorrência de dissídio interpretativo entre Tribunais, prevista na alínea c do inciso III do artigo 105 da Constituição da República.¹³ A idéia se nos afigura de inteira procedência, porquanto o prestígio e a predominância das decisões locais, daí decorrentes, culminaria por abreviar o *iter* procedimental das demandas, alcançando-se a almejada celeridade na entrega da prestação jurisdicional. De outra parte, em se desafogando os serviços do Superior Tribunal de Justiça, otimizar-se-ia o estudo de cada caso, intensificando o caráter de tribunal federal, pacificador e uniformizador da jurisprudência.¹⁴

Em face desta moldura, tolera-se a invasão do mérito da impugnação recursal como mecanismo de preservação e controle do fluxo dos feitos que devem (ou podem) ingressar na instância extraordinária.

MOURA ROCHA com precisão já anotou que,

“... além dos requisitos extrínsecos do recurso cabe ao Presidente do Tribunal de Justiça apreciar os requisitos intrínsecos. No exercício de suas atribuições, o Presidente do Tribunal de Justiça cumpre verdadeira transferência de competência, *iurisdictio delegada (op legis)*, ao apreciar apontados requisitos intrínsecos.”¹⁵

Ao que tudo indica, o atual procedimento constitui tendência a se solidificar em futuro próximo, com o compreensível beneplácito do Superior Tribunal de Justiça, prefigurado durante o I Encontro de Presidentes

13 Meditando mais sobre o tema, o eminente jurista tem cambiado seu pensamento para uma posição menos ortodoxa, no sentido de que, pelo menos algumas questões, de significativa importância jurídica e evidente repercussão junto à sociedade, deveriam ascender ao exame do Superior Tribunal de Justiça, no que pertine à ofensa ao direito federal (art. 105, III, alínea a da Carta Política), evoluindo da posição inicial em que somente as hipóteses da alínea c do permissivo constitucional deveriam merecer a atenção do Superior Tribunal de Justiça.

14 NELSON LUIZ PINTO, antecipando sugestão que formulará, em sede de tese de doutoramento, colima desafogar a instância excepcional através de profunda alteração no sistema de repartição de competência legislativa entre a União e os Estados-Membros, nos moldes do modelo vigente nos EEUU. A lucidez da proposta e o inegável talento de seu autor aumentam a ansiedade que o conhecimento integral da tese provoca.

15 “Sobre a admissão do recurso extraordinário pelo juízo *a quo*”, *Revista Forense*, vol. 267, p. 390.

16 Dentre vários julgados, confirmam-se:

“Processo Civil. Recurso Especial. Juízo de admissibilidade. 1. No sistema recursal brasileiro o efetivo controle da admissibilidade do recurso especial no
(*Continua*)

de Tribunais de Justiça e visivelmente placitado em reiteradas decisões daquela Corte.¹⁶

De outra parte, o *exame do cabimento* do recurso especial ocorre, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, como primeira etapa no julgamento do recurso, antes do desate do mérito, na orla do art. 257 do Regimento Interno daquela Corte, assim vazado:

“Art. 257 — No julgamento do recurso especial, verificar-se-á, preliminarmente, se o recurso é cabível. Decidida a preliminar pela negativa, a Turma não conhecerá do recurso; se pela afirmativa, julgará a causa, aplicando o direito à espécie.”

Tal análise envolve duas ordens de considerações. Por primeiro, os aspectos processuais do cabimento do recurso (adequação, tempestividade, regularidade procedimental, interesse e legitimação — dispensado o preparo, a teor do art. 112 — RISTJ). Ao depois, a adequação às hipóteses de cabimento do apelo, de índole constitucional, a saber, as alíneas *a* a *c* do inciso III do art. 105 da Carta Política

Neste quadro, examina-se, pela alínea *a*, se a decisão contraria frontalmente tratado ou lei federal, ou nega-lhe vigência.

A ofensa frontal, direta ou simplesmente vulneração da norma federal, seriam expressões suficientes para a explicitação da hipótese. Não obstante, o legislador constituinte optou por preservar a equívoca expressão “negar vigência”, alvo de inúmeras críticas ao tempo em que presidia o cabimento do recurso extraordinário.

Em rápido bosquejo doutrinário, no que pertine à negativa de vigência, encontra-se a respeitável voz de BARBOSA MOREIRA, para que o dispositivo “já desenha a hipótese de procedência” e não de cabimento (*Comentário ao Código de Processo Civil*, vol. V, RJ, Forense, 1985, n.º 319, p. 562), abandonado a “neutralidade axiológica” das demais hipóteses. De todo procedente a crítica, esse tema, por si só, está a merecer um estudo de maior fôlego.¹⁷

PEDRO LESSA, em obra que resiste ao tempo pela solidez dos conceitos nela expendidos, pontifica que ocorre a situação em “qualquer modo

(Continuação)

Tribunal de origem é obrigatório, não se justificando pronunciamentos meramente formais, deficientemente fundamentados. 2. ...” (Resp. 1.332-RJ, Rel. Ministro SALVIO DE FIGUEIREDO, DJU 5-2-90). “Recurso especial (CF/88, art. 105-III). Despacho de admissão, ou de inadmissão. É o recurso especial recurso excepcional, à semelhança do recurso extraordinário. Ao admiti-lo, ou inadmiti-lo, na origem, compete ao Presidente do Tribunal examinar os seus pressupostos constitucionais, em despacho motivado.” (Resp. 1.259-RJ, Rel. Ministro NILSON NAVES, DJU 13-11-89).

17 Retornando ao tema, o Mestre não se furta a tecer ácida crítica à praxe desenvolvida no Supremo Tribunal Federal — e acompanhada pelo Superior Tribunal de Justiça —, no sentido de somente conhecer do recurso quando confi-

(Continua)

como se verifique a não-aplicação da lei federal”, citando, como exemplo, casos em que: “a justiça local declare previamente inaplicável a lei federal que pretende aplicar; tácita, silenciosamente, sem preliminarmente justificar o seu procedimento, deixe de aplicá-la; interprete a lei por meios de tais paralogismos, ou de tais sofismas que a faça negar o título, privilégio, isenção ou direito em geral que a lei confere”.¹⁸

JOSÉ GUILHERME VILLELA não discrepa do entendimento quando acentua que a expressão tem o sentido de negar aplicação à lei, ou seja, deixar de reconhecer eficácia à norma federal no caso concreto.¹⁹

SÉRGIO BERMUDES, em escólio ao Código de Processo Civil, observa que vigência “é qualidade da norma jurídica, que torna possível a sua incidência”, sendo aspectos da incidência: o espacial (onde incide), o pessoal (sobre quem incide) e o temporal (quando incide). A propósito, cita monografia de PAULO CÉZAR ARAGÃO, da qual transcreve o seguinte trecho:

“Toda decisão que ameace ou negue a eficácia do preceito jurídico, a possibilidade de concretização de sua incidência (de seu *enforcement* judicial), desaplicando-o, ou aplicando-o indevidamente, representará atentado à cidadela da própria VIGÊNCIA da norma jurídica, e justificará, como em boa hora o enten-

(Continuação)

gurada a hipótese de seu provimento, desenvolvendo raciocínio lógico-jurídico irrefutável, nos seguintes termos, *verbis*: “Para que o recorrente tenha razão, e por conseguinte o recurso mereça provimento (juízo de mérito), já se assinalou, é preciso que *exista realmente* a contrariedade; para que o órgão *ad quem* possa legitimamente averiguar essa existência, e portanto o recurso mereça conhecimento (juízo de admissibilidade), é suficiente que a contrariedade *seja alegada*. Todo recurso especial em que o recorrente *alegue* que o acórdão recorrido contrariou tratado ou lei federal é, por esse aspecto, admissível: e, se não lhe faltar outro requisito de admissibilidade, dele deve conhecer o Superior Tribunal de Justiça para, em seguida, examinar-lhe o mérito, provendo-o ou desprovendo-o conforme entenda, respectivamente, que o acórdão recorrido na verdade contrariou ou não o tratado ou a lei federal”. (“Juízo de admissibilidade e juízo de mérito no julgamento do recurso especial”, in *Recursos no Superior Tribunal de Justiça*, SP, Saraiva, 1991, p. 166). Essa opinião, conquanto respeitabilíssima (e, cientificamente, exata), consoante o que vimos de assinalar, não encontra a menor ressonância na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, tanto mais quanto representa ampliar *ad infinitum*, a admissão do apelo extremo, congestionando os trabalhos daquela Corte.

18 *Do Poder Judiciário*, RJ, Livraria Francisco Alves, 1915, p. 111.

19 “Recurso Extraordinário”, *Revista de Informação Legislativa do Senado*, nº 89, p. 243.

deu o Supremo Tribunal Federal, a acolhida ao recurso extraordinário fundado em *negativa de vigência*.”²⁰

ALFREDO BUZOID, trazendo à colação o pensamento de MATOS PEIXOTO (“recusa de aplicação da lei por julgá-la caduca, revogada ou inconstitucional”) e de CARLOS MAXIMILIANO (“não é necessária a *negação explícita* de um dispositivo, basta a *negação implícita* isto é, que procedam ou decidam como se ela não existisse, deixem de aplicar”) sublinha que:

“O conceito de vigência abrange o direito federal em três planos: a) o da existência; b) o da validade; c) o da eficácia. Negar vigência é, pois, deixar de aplicá-lo ao caso concreto, o que pode dar-se ou pela afirmação de sua inexistência, ou de sua invalidade, ou de sua eficácia em relação à lide.”²¹

Em idêntico sentido ROGÉRIO LAURIA TUCCI, para quem negar vigência equivale a negar aplicação, que ocorre quando se dá ao texto legal “interpretação incompatível com o seu enunciado, conferindo-lhe, expressamente, uma inteligência repugnante ao seu conteúdo”, ou por “deixar de aplicá-lo, por tê-lo como inexistente ou revogado”, ou ainda, “omitir-se na consideração de sua existência, simplesmente ignorando-o”.²²

Deflui desse rápido passeio pela doutrina que a expressão “negar vigência” não pode ser interpretada literalmente, sob pena de esvaziar o sentido da norma. Em aresto multicitado, ALIOMAR BALEEIRO sintetiza com propriedade, *verbis*:

“Por vezes sustentei que não aplicar o dispositivo indicado ou aplicar o não indicado, assim como dar o que a lei nega ou negar o que ela dá — equivale a denegar a vigência de tal lei. E ainda continuo convencido disso, pois nenhum Juiz recusa vigência à lei, salvo caso excepcionalíssimo de Direito Intratemporal ou de loucura furiosa.”²³

Ressalte-se, ainda, que a expressão *tratado*, empregada no texto em exame, é redundante e expletiva, pois tem a mesma natureza da lei. E leis federais são as fontes formais do direito federal (inclusive decreto e regulamento, segundo ROGÉRIO LAURIA TUCCI), nelas não se incluindo as fontes secundárias (costume, princípios de direito, analogia, juris-

20 “A cláusula negar vigência de Tratado ou Lei Federal na sistemática do Recurso Extraordinário”, *apud* SÉRGIO BERMUDEZ, in *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VII, 2ª ed., SP, Ed. Revista dos Tribunais, 1977, p. 271.

21 “Nova conceituação do Recurso Extraordinário na Constituição do Brasil”, *Revista da Faculdade de Direito do Paraná*, vol. 11, pp. 51/66.

22 *Curso de Direito Processual*, SP, Bushatsky, 1976, pp. 302/304.

23 RE nº 66.152, RTJ 64/876.

prudência e doutrina) nem as atinentes ao Distrito Federal e aos Territórios.

Quanto à alínea *b* do autorizativo constitucional, o exame do cabimento transita pelo sistema de partilha de competência legislativa, insculpida na Constituição da República. Daí por que não parece ser a sede do recurso especial adequada para o seu exame, uma vez que, com toda certeza, passará pelo confronto com as normas constitucionais de competência, cujo sítio conveniente seria o recurso extraordinário.²⁴

Finalmente, pela alínea *c* do inciso III do art. 105 da Magna Carta, o Ministro Relator e a Turma examinam o *cabimento* do apelo raro mercê da existência de *dissídio jurisprudencial*, que somente se verifica com decisões oriundas de Tribunais diferentes,²⁵ tendo em mira que, no âmbito do próprio Tribunal existe via específica para pacificar a discrepância (incidente de uniformização da jurisprudência, CPC, arts. 476/479).

Ocorre a divergência jurisprudencial quando, em relação à mesma base fática (circunstâncias factuais peculiares da causa), outro tribunal propõe solução jurídica diversa.

Ao denegar seguimento a recurso especial, o Juiz JOAQUIM ALVES, cm, Vice-Presidente do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, com precisão e elegância de estilo, assinalou:

“Para que haja dissídio pretoriano atestado, exige-se, antes de tudo, que o suporte fático dos casos confrontados seja idêntico. Do fato nasce o direito (*ex facto oritur jus*), uma leve diferença do fato determina grande diversidade do direito (*modica facti differentia, magnam inducit juris diversitatem*), a menor diversidade do fato modifica o direito (*qualibet minima facti varietas jus reformat*), a diversidade da razão induz diversidade de direito (*diversitas ratione diversitatem juris inducit*.”²⁶

24 “*Todavia, esta hipótese de recurso especial igualmente configura um contencioso constitucional, pois a contradição entre lei federal e lei local somente poderá ser dirimida à luz da partilha constitucional de competências legislativas entre a União e os Estados.*” ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, “Anotações sobre o recurso especial”, in *Recursos no Superior Tribunal de Justiça*, SP, Saraiva, 1991, p. 120.

25 Na linha da construção pretoriana do Supremo Tribunal Federal (Súmula 369), o Superior Tribunal de Justiça editou o Verbete nº 13, de sua jurisprudência predominante, com o seguinte enunciado: “A divergência entre julgados do mesmo Tribunal não enseja recurso especial”.

26 A decisão foi confirmada com o desprovimento do agravo de instrumento contra ela deduzido (Ag. nº 8.814-MG, Rel. Ministro SALVIO DE FIGUEIREDO, DJU 16-5-91).

A importância da similitude dos casos confrontados²⁷ é de tal ordem que o parágrafo único do art. 255 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça exige, além da comprovação (por certidão, cópia autêntica ou citação do repositório oficial ou autorizado), que se proceda à *confrontação analítica* da divergência, deduzida através da

“transcrição dos trechos que configurem o dissídio, mencionadas as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados.”

Destarte, a simples transcrição de ementas de arestos não é idônea à comprovação da divergência²⁸, sendo de rigor a referida confrontação.²⁹

Em síntese, a admissibilidade do recurso especial passa por dois *filtros* (equivalentes quanto ao conteúdo e método de análise), antes do enfrentamento do mérito. No primeiro, a que chamamos *juízo de admissibilidade*, efetuado pelo Presidente do Tribunal *a quo*, no qual se procede a um fundamentado exame axiológico de seu cabimento, com tolerada (e incentivada pelo Superior Tribunal de Justiça) tangência do mérito.³⁰ E no segundo, denominado *exame do cabimento* efetuado pelo Ministro Relator e pela turma julgadora, no qual se verifica (além dos pressupostos genéricos) a adequação do apelo às hipóteses descritas no Texto constitucional (CF, art. 105, III, *a, b e c*, pressuposto específico do cabimento.

27 “Recurso Especial. Dissídio jurisprudencial. I — Não se verifica o dissenso de jurisprudência quando inexistir similitude ou identidade entre os casos confrontados. Art. 255, parágrafo único, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 291 do Supremo Tribunal Federal. II — Recurso não conhecido. Decisão unânime” (Resp. 4.145-SP, Rel. Ministro FONTES DE ALENCAR, DJU 25-3-91).

28 “A alegância de dissensão de jurisprudência não é prestante quando o recorrente traz para confronto simplesmente ementas de acórdãos.” (Resp. 6.537-SP, Rel. Ministro FONTES DE ALENCAR, DJU 11-3-91).

29 Dentre inúmeros, confirmam-se: “Recurso Especial. Hipótese da alínea c (art. 105-III). No caso da interpretação divergente, compete àquele que recorre demonstrar de modo analítico o dissídio, tal a exigência já da antiga Súmula nº 291/STF (art. 322, do Reg. STF). Art. 255, parágrafo único, do Regimento do STJ. Recurso Especial não conhecido”. (Resp. nº 4.445-SP, Rel. Ministro NILSON NAVES, DJU 15-10-90). “... II — A mera juntada de acórdão tido como paradigma não desonera o recorrente de efetuar a demonstração analítica da divergência jurisprudencial”. (Resp. nº 6.702-SP, Rel. Ministro FONTES DE ALENCAR, DJU 11-3-91).

30 “Processual Civil — Recurso Especial — Exame de admissibilidade — Agravo Regimental — I — Válido é o despacho do Presidente do Tribunal de origem, mesmo quando haja, perfunctoriamente, se manifestado sobre o mérito do próprio recurso especial, fato que não exclui deste Superior Tribunal de Justiça, tanto o reexame dos pressupostos de admissibilidade quanto o do apelo extremo. II — Agravo Regimental Improvido” (Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 4.609-SP, Rel. Ministro WALDEMAR ZVEITER, DJU 17-12-90).