

QUE SIGNIFICA "NÃO CONHECER" DE UM RECURSO?

Pág. 83 REVISTA FORENSE – VOL. 333 DOCTRINA

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA

Professor da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

1. Para bem responder à pergunta do título, deve-se começar por lembrar que o recurso – como aliás todo ato postulatório – pode ser objeto de apreciação judicial por dois ângulos perfeitamente distintos: o da *admissibilidade* e o do *mérito*. Ao primeiro deles, trata-se de saber se é *possível* dar atenção ao que o recorrente pleiteia, seja para acolher, seja para rejeitar a impugnação feita à decisão contra a qual se recorre. Ao outro, cuida-se justamente de averiguar se tal impugnação merece ser acolhida, porque o recorrente tem razão, ou rejeitada, porque não a tem. É intuitivo que à segunda etapa só se passa *se e depois que*, na primeira, se concluiu ser *admissível* o recurso; sendo ele *inadmissível*, com a declaração da inadmissibilidade encerra-se o respectivo julgamento, sem nada acrescentar-se a respeito da substância da impugnação. Semelhante relação entre os dois juízos permite caracterizar o primeiro como *preliminar* ao segundo.¹

Na técnica do direito brasileiro, o resultado do juízo de admissibilidade, no órgão *ad quem*, expressa-se por uma destas duas fórmulas: "conhece-se do recurso", quando positivo o resultado, isto é, quando o órgão entende concorrerem todos os requisitos necessários para tornar o recurso admissível; "não se conhece do recurso", quando, diversamente, considera o órgão que falta algum (ou mais de um) daqueles requisitos. Já o resultado do juízo de mérito acha expressão noutra par de fórmulas: "dá-se provimento" ao recurso, quando se apura que assiste razão ao recorrente (isto é, que sua impugnação é fundada); na hipótese contrária, "nega-se provimento" ao recurso. Tudo aconselha a que essa distinção terminológica seja cuidadosamente preservada, se é verdade que em direito (*rectius*: em qualquer ciência) a fenômenos iguais devem atribuir-se denominações iguais, e a fenômenos diferentes denominações também diferentes.

Nenhum esforço é preciso para evidenciar que as decisões em cada um dos juízos têm objetos distintos e inconfundíveis. Uma coisa é pronunciar-se o órgão *ad quem* sobre a presença ou ausência, *v.g.*, da legitimação para recorrer, ou da tempestividade da interposição; outra, pronunciar-se ele sobre a procedência ou improcedência da(s) crítica(s) que o recorrente formula à decisão recorrida. Frise-se, contudo, que a essa diversidade de objetos corresponde – e é o que mais importa – diversidade igualmente nítida de efeitos. Suponhamos, por exemplo, que se haja impugnado, por suposto *error in iudicando*, decisão relativa ao mérito da causa. O julgamento do órgão *ad quem*, *caso este conheça do recurso*, versará também sobre o *meritum causae*, por conseguinte, terá aptidão para produzir coisa julgada material (CPC, art. 468) e será eventualmente passível de ataque por meio de ação rescisória (art. 485, *caput*). Mudará de figura a situação, *caso o órgão não conheça do recurso*: seu julgamento, exterior ao terreno do *meritum causae*, não se revestirá daquela aptidão, nem comportará ataque por aquele meio.

2. As noções – por sinal, elementares – que acabamos de recordar aplicam-se uniformemente a todo e qualquer recurso. Nem se poderia conceber outra coisa. Seja qual for o recurso, há interesse em saber se o mérito foi julgado, ou se a atividade cognitiva do órgão *ad quem* se deteve no plano preliminar, e portanto quais os efeitos gerados pela decisão. Destarte, não se há de reservar para este ou aquele recurso, mas, ao contrário, estender a todos, sem exceção, o emprego da terminologia apropriada, sob pena de abrir-se margem a fáceis (e nocivas) confusões.

Neste ponto interfere, todavia, um fator de incerteza. É que nem sempre os textos permitem, logo à primeira leitura, identificar com segurança a linha divisória entre os dois terrenos, o do juízo de admissibilidade e o do juízo de mérito. A identificação é fácil quando, ao indicar-se *in abstracto* o "tipo", cuja concretização no mundo real faz cabível o recurso, se empregam termos puramente descritivos, neutros pelo prisma axiológico. Por exemplo: à luz do art. 105, nº III, letra *c*, da Constituição da República, compete ao Superior Tribunal de Justiça "julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal". Segundo bem se compreende, a mera divergência, por si só, nada revela sobre o acerto ou desacerto quer da decisão recorrida, quer da que se invoca como padrão: em qualquer das duas, obviamente, pode encontrar-se a interpretação melhor. Não é o simples fato de ter adotado, quanto a norma de direito federal, tese

discrepante da adotada em acórdão de outro tribunal que necessariamente desacredita a decisão recorrida. Com frequência acontece que essa decisão, apesar de configurada a divergência, está rigorosamente certa, e por conseguinte não merece reforma. Supondo-se presentes os demais requisitos, o dissídio basta para tornar *admissível* o recurso especial: não, porém, para torná-lo *fundado*. Em casos do gênero, toca ao Superior Tribunal de Justiça – e ele assim procede – *conhecer* do recurso e *negar-lhe provimento*.

Os textos, entretanto, optam às vezes por outra maneira de dizer, capaz de dar a falsa impressão de que, ao indicar-se o "tipo", já se está embutindo nele uma valoração. Leia-se, *v.g.*, o art. 105, nº III, letra *a*, da Carta da República. Por força desse dispositivo, o Superior Tribunal de Justiça é competente para "julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência". Ora, limitando o discurso, *commoditatis causa*, à hipótese de *contrariedade a lei federal*, não há quem não perceba que, tomada a Constituição ao pé da letra, se teria conferido ao Superior Tribunal de Justiça atribuição intrinsecamente contraditória. Ele deveria julgar o recurso especial apenas nos casos em que a decisão recorrida houvesse contrariado lei federal; ou, em outras palavras: apenas nos casos em que o recorrente tivesse razão. Sucede que, para verificar se a lei federal foi mesmo contrariada, e portanto se assiste razão ao recorrente, o Superior Tribunal de Justiça *precisa julgar o recurso especial! Quid iuris* se, julgando-o, chega o tribunal à conclusão de que não se violou a lei, de sorte que o recorrente não tem razão? Literalmente entendido o texto constitucional, haveria o Superior Tribunal de Justiça andado mal em julgar o recurso: a decisão recorrida *não contrariou* lei federal, logo a espécie *não se enquadra* na moldura do art. 105, nº III, letra *a*... Mas como poderia o tribunal, *a priori*, sem julgar o recurso, adivinhar o sentido em que viria a pronunciar-se, na eventualidade de julgá-lo?

Eis o pobre Superior Tribunal de Justiça metido, sem culpa sua, em dilema implacável: diante do recurso especial, ou o julga, a fim de ver se a lei federal foi violada, e arrisca-se a, concluindo pela negativa, exceder os limites traçados pela Carta da República; ou então se abstém de julgá-lo, e assume o risco de descumprir a atribuição constitucional, porque sempre era possível que a lei federal tivesse realmente sido violada... Não é crível que a Constituição haja querido pôr o Superior Tribunal de Justiça em situação a tal ponto embaraçosa, condenando-o a *jamais* ter como desincumbir-se com tranqüilidade da missão que se lhe confiou. Torna-se patente que ao texto do art. 105, nº III, letra *a*, cumpre dar inteligência que evite convertê-lo em tão angustiante beco sem saída.

3. A solução não parece difícil. Basta que se abandone o apego à literalidade – aqui talvez mais funesto que alhures – na interpretação da letra *a* do art. 105, nº III. Deve ler-se o texto de tal maneira que se reduza à sua dimensão própria o elemento valorativo introduzido na descrição do "tipo". A leitura correta é a seguinte: compete ao Superior Tribunal de Justiça julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, *quando o recorrente alegar* que a decisão recorrida contrariou lei federal. Semelhante entendimento é o único suscetível de arrumar logicamente o sistema e de livrar do pesadelo o Superior Tribunal de Justiça.²

Como se equaciona, então, o problema? Sempre admitida, por hipótese, a satisfação dos outros requisitos, é suficiente, para o cabimento do recurso especial, a *alegação* de que a decisão recorrida contrariou lei federal. Se o recorrente faz tal alegação, tem o Superior Tribunal de Justiça de *conhecer* do recurso. Em seguida, averiguará se a alegação *é fundada*, isto é, se na verdade se consumou a ofensa. Caso conclua que sim, *dará provimento* ao recurso; caso conclua que não, *negar-lhe-á provimento*. E quando cumprirá que o tribunal *não conheça* do recurso? Quando o recorrente *não* houver alegado a violação de lei federal; por exemplo: quando for *estadual* a norma supostamente infringida.

Salta aos olhos a profunda diferença entre "não conhecer" do recurso especial e "negar-lhe provimento". Na segunda hipótese, o Superior Tribunal de Justiça examina a substância da impugnação, verifica que ela é infundada, que o acórdão recorrido não contém o erro que se lhe imputa, e portanto merece prevalecer a solução nele adotada. Na primeira hipótese, cinge-se o Superior Tribunal de Justiça a declarar que falece ao recurso um (ou mais de um) requisito de admissibilidade, de sorte que nem sequer é possível analisar-lhe o conteúdo; nada, absolutamente nada, se fica sabendo a respeito do acerto ou desacerto da decisão recorrida.

4. Conforme ressaltado no disposto nos arts. 560 e 561 do Código de Processo Civil, no julgamento de qualquer recurso há de observar-se a ordem lógica: o juízo de admissibilidade, preliminar ao de mérito, deve por força precedê-lo; trata-se, aliás, de proposição que brilharia no acervo literário dedicado ao Senhor de Lapalisse.³ Quer isso dizer que somente se (e depois que) o tribunal resolve conhecer do recurso é que pode passar a averiguar se o recorrente tem ou não razão na crítica feita à decisão recorrida, ou seja, se o recurso é fundado ou infundado (para dar-lhe ou negar-lhe provimento, respectivamente). Caso o tribunal entenda que não deve conhecer do recurso, sua atividade cognitiva esgota-se na correspondente declaração. Não se concebe que em tal acórdão figure pronunciamento algum referente à substância da impugnação – ou, noutras palavras, ao acerto (ou desacerto) da decisão recorrida.

Ora, sendo colegiado o órgão *ad quem*, a decisão resulta da apuração dos votos (que talvez não coincidam) dos seus vários membros. Mas é imperioso, obviamente, que todos os votos proferidos em cada momento versem *sobre a mesma matéria*! Diz elementar princípio matemático que não se somam quantidades heterogêneas. Não há como admitir que, em determinado instante, este juiz esteja votando sobre a preliminar e aquele esteja votando sobre o mérito.⁴ Logo, se exsurge dúvida acerca do cabimento do recurso, o presidente do colegiado tem de colher, primeiro, os votos de *todos* os juízes acerca da preliminar. Acolhida que seja esta, encerra-se o julgamento, com a declaração de que não se conheceu do recurso. Repelida que seja, passa-se ao mérito; e, aí, de novo se colhem *todos* os votos, inclusive – impõe-no *expressis verbis* o art. 561, *fine* – os dos juízes que, havendo votado pelo acolhimento da preliminar, ficaram vencidos na etapa anterior do julgamento.

Nenhuma possibilidade existe de que, na mesma oportunidade, se profiram votos no sentido de não se conhecer do recurso e votos no sentido de dar-lhe provimento. Que resultado inteligível produziria semelhante mistura? Uma de duas: ou o presidente do colegiado perdeu o controle da votação, não a está sabendo conduzir de acordo com a lei (e com a lógica), ou então os votos, pelo menos em parte, estão dizendo uma coisa quando, na verdade, querem dizer outra. A pergunta a que se tem de responder, inicialmente, é esta: conhece-se ou não se conhece do recurso? Qualquer resposta que nessa ocasião fuja à alternativa, que diga algo diferente de "conheço" ou "não conheço", é resposta inadmissível, e o presidente deve solicitar ao votante que a retifique, sob pena de não ser ela levada em conta. Sendo positivo o resultado – isto é, pronunciando-se todos os votantes, ou a maioria deles, pelo conhecimento –, o presidente submete ao colegiado a segunda pergunta: dá-se provimento ou nega-se provimento ao recurso? Tampouco aí é lícito a qualquer votante fugir à alternativa, para dizer – extemporaneamente – que não conhece do recurso.

Quando num acórdão se lê que o tribunal, por maioria, decidiu não conhecer do recurso, contra os votos dos juízes *A* e *B*, que lhe davam provimento, o que se tem diante dos olhos é um fenômeno de teratologia judicial. Fenômeno do mesmo tipo é o que se tem diante dos olhos quando se lê que o tribunal, por maioria, deu provimento ao recurso, contra os votos dos juízes *A* e *B*, que dele não conheciam. Em qualquer dessas duas hipóteses, ou se usou, na votação e no acórdão, expressão inadequada, ou se computaram votos que não podiam ser tomados em consideração, porque estranhos ao *thema decidendum*.

5. As observações precedentes, insista-se, valem para todo e qualquer recurso. Elas se apoiam em normas categóricas do Código de Processo Civil, que nenhum tribunal pode desprezar: o art. 96, nº I, *a*, da Constituição da República autoriza os tribunais a dispor sobre o funcionamento dos respectivos órgãos, mas subordina o exercício dessa competência à "observância das normas de processo". Se algum tribunal, no regimento interno, der à matéria disciplina divergente da que adota o Código de Processo Civil, as normas regimentais que com este conflitem serão constitucionalmente ilegítimas, e como tais inaplicáveis.

Não é o caso – apressemo-nos a ressaltar – do Superior Tribunal de Justiça, cujo regimento interno perfeitamente se conforma, no assunto de que se está tratando, à sistemática legal. Reza, com efeito, o 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". O texto é cristalino e em tudo coerente com o que se vem expondo nos itens anteriores deste artigo. Ajuste-se: em tudo coerente – e é o que mais importa – com os princípios lógico-jurídicos consagrados na lei processual.

À vista da norma regimental, não se compreende como possa o Superior Tribunal de Justiça, em recurso especial, julgar a causa, aplicando o direito à espécie, sem conhecer do recurso. Julgar a causa, aplicando o direito à espécie, é algo que o Tribunal só estará em condições de fazer *caso conheça do recurso especial*, decidindo "pela afirmativa" a preliminar.

Saliente-se que o art. 257 do regimento interno não estabelece, em termos explícitos ou implícitos, diferença alguma entre recursos especiais interpostos com invocação da letra *a* e recursos especiais interpostos com invocação de outra letra do art. 105, nº I, da Constituição Federal. Não a estabelece, nem poderia estabelecê-la, sob pena de pôr-se em contraste com o estatuto processual (que disso tampouco cogita) e, por via de consequência, com o art. 96, nº I, *a*, da Carta da República, *verbis* "com observância das normas de processo".

6. Ninguém suponha que o cuidado em distinguir as aludidas hipóteses, para dar a cada qual o tratamento adequado, se resolva em puro e simples escrúpulo técnico, ou menos ainda em excessivo apego a certo tipo de formalismo, hoje muito justificadamente caído em desgraça. As distinções conceptuais são importantes na medida em que geram consequências práticas de relevo. Ora, incorrerá em erro grave quem subestimar aqui o relevo das consequências práticas e imaginar que, decida o tribunal como decidir, diga que "não conhece" ou que "nega provimento", não variam os efeitos do julgamento, e vem tudo, afinal de contas, a dar na mesma.

Quando não se conhece do recurso, a decisão do órgão *ad quem* não substitui a do órgão *a quo*; nem se conceberia que a substituísse, pois uma e outra têm objetos diversos.⁵ Se o órgão *a quo* julgou o mérito da causa, é a sua decisão que produz coisa julgada material; a do órgão *ad quem*, não versando sobre o mérito, não possui aptidão para produzi-la. Se o órgão *a quo* proferiu condenação, é a sua decisão que, na falta de cumprimento voluntário pelo vencido, serve de título para a execução; a do órgão *ad quem* só assumirá tal qualidade, eventualmente, quanto a condenações *accessórias* que porventura imponha (por exemplo, no tocante às custas do procedimento recursal), nunca em relação ao capítulo principal, que, *nela*, não é condenatório.

À luz do art. 485, *caput*, do Código de Processo Civil, jamais poderá caber ação rescisória para desconstituir acórdão que não haja conhecido do recurso. Rescindível será, caso contenha vício típico, previsto em algum dos incisos, a decisão recorrida.⁶ O ponto é relevantíssimo, entre outras coisas, para a determinação da competência. Se o Superior Tribunal de Justiça não conheceu do recurso especial, nunca será competente para a rescisória: a competência tocará ao tribunal que proferiu o acórdão recorrido, de mérito. Se o Superior Tribunal de Justiça conheceu do recurso especial e negou-lhe provimento, objeto do pedido de rescisão será o seu acórdão, que substituiu o recorrido, de maneira que também será sua a competência para a rescisória (Carta da República, art. 105, nº I, *c*, *fine*).

7. Convém que nos detenhamos um pouco nessa última questão. Como é notório, sob o regime constitucional anterior, costumava o Supremo Tribunal Federal, na hipótese de recurso extraordinário correspondente à do atual art. 105, nº III, *a*, empregar terminologia equivocada: dizia, com efeito, *não conhecer* do recurso sempre que lhe parecia *infundada* a impugnação, do mesmo modo que o dizia quando ao recurso faltava algum requisito de admissibilidade. Foi-lhe impossível deixar de enfrentar o problema da competência para a rescisória, o qual não comportava, à evidência, tratamento igual nos dois casos. A solução veio a ser incorporada à *Súmula da Jurisprudência Predominante*, sob o nº 249, nestes termos: "É competente o Supremo Tribunal Federal para a ação rescisória quando, embora não tendo conhecido do recurso extraordinário, ou havendo negado seguimento ao agravo, tiver apreciado a questão federal".

Mas que significa "apreciar a questão federal"? À evidência, apurar se assiste razão ao recorrente, na crítica que faz à decisão recorrida: em outras palavras, averiguar se tal decisão foi correta ou incorreta. É concebível, então, que o tribunal aprecie a questão federal e, não obstante, deixe de conhecer do recurso? Se o for, teremos de admitir que "não conhecer" é locução capaz de assumir duplo sentido, de designar ora o julgamento em que se declara que o recurso é *inadmissível*, ora o julgamento em que se declara que ele é *infundado*. Nesta segunda acepção, curiosamente, a expressão "não conhecer" será antônima não de "conhecer", mas de "prover". Nas hipóteses sob exame, o tribunal julgaria assim: de início, controlando outros requisitos de admissibilidade (*v.g.*, a tempestividade), optaria entre "conhecer" e "não conhecer": ultrapassada essa etapa, ao apreciar

a questão federal, caber-lhe-ia optar entre "prover" e... de novo, "não conhecer"! Eventualmente, viria a declarar que "não conhecia" *depois de haver declarado que "conhecia"...*

A verdade é que a proposição nº 249 da *Súmula da Jurisprudência Predominante* do Supremo Tribunal Federal encerrava e encerra estridente incongruência. Nela, o atentado à lógica brada aos céus. Se nos julgamentos se respeitasse a boa terminologia, não seria preciso lançar mão de tão esdrúxulo artifício.

8. Há outro problema, criado pelo advento do vigente estatuto processual, que introduziu em nosso ordenamento a figura do recurso impropriamente denominado "adesivo". Nos termos do art. 500, nº II, tal recurso não será conhecido, se o principal for declarado inadmissível. *Inadmissível*, note-se: não *infundado*. Mais uma razão para que se cuide de distinguir terminologicamente a decisão que declare inadmissível o recurso principal e a decisão que o declare infundado. A usar-se em qualquer caso a mesma nomenclatura, dizendo-se cá e lá que "não se conhece" do recurso, abre-se ensejo a fácil confusão, que pode repercutir na sorte do recurso adesivo.

Vai-se negar conhecimento ao recurso adesivo todas as vezes que se houver dito que "não se conhecia" do principal? Se "não conhecer" tem significado unívoco, invariável, muito bem. Se, no entanto, "não conhecer" ora significa isto, ora aquilo, a questão muda de figura. A pergunta "deve-se conhecer ou não do recurso adesivo?" converte-se em perigosa armadilha. Para responder, será mister investigar *em que sentido* se empregou, quanto ao recurso principal, a expressão "não conhecer". Terá o tribunal dito que "não conhecia" do recurso principal porque o entendeu inadmissível, ou porque o entendeu infundado? No primeiro caso, não poderá conhecer do adesivo; no segundo, ao contrário, desde que presentes os outros requisitos de admissibilidade, dele deverá conhecer.

Tudo aconselha, bem se vê, a adoção de terminologia que evite mal-entendidos. Para justificar a decisão de conhecer de recurso extraordinário adesivo *apesar de haver-se dito que "não se conhecia" do recurso extraordinário principal*, chegou-se a aludir, no Supremo Tribunal Federal, a "não-conhecimento por motivo de mérito".⁷ São locuções – perdoe-se a ousadia – *qui hurlent de se trouver ensemble*. Falar assim decididamente em nada contribui para tornar mais claras as coisas. Só serve para fornecer munição a quem queira denunciar a linguagem da Justiça como enigma indecifrável.

9. As presentes considerações foram-nos inspiradas pela leitura de acórdão ainda recente do Superior Tribunal de Justiça, de cujo texto nos chegou às mãos uma cópia. Proferiu-o a 3ª Turma em 24.4.1995, no julgamento dos Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 45.672; e o eminente relator, Ministro Nilson Naves, deu-nos a honra de uma referência ao entendimento que vimos expondo acerca da matéria, qualificado, com generosidade singular, de "lição tão magistral e tão fascinante".

Não obstante os desvanecedores adjetivos, pelos quais manifestamos a nossa gratidão, revela o teor do julgado que o preclaro Ministro – unanimemente acompanhado, aliás, por seus ilustres pares – não se convenceu do acerto da tese por que nos batemos. Tivemos a preocupação de examinar as razões, constantes da motivação do acórdão, pelas quais a nossa "lição", a despeito de "magistral" e "fascinante", não mereceria acolhida. Assim procedemos com o intuito de pôr à prova a solidez de nossa posição: a oportunidade era boa para verificar se ela seria capaz de resistir a uma crítica proveniente de tais alturas. Sem o mais leve propósito de polemizar com o eminente Ministro ou com o Superior Tribunal de Justiça, e enfaticamente ressaltado o profundo respeito que temos por um e por outro, vemo-nos forçados a proclamar que continuamos a pensar como pensávamos.

10. Com que argumentos se contesta que, descendo o tribunal à análise da questão federal, para averiguar se tem razão o recorrente em censurar a decisão impugnada, e concluindo pela negativa, o caso é tipicamente de desprovimento do recurso, e nunca de não conhecimento? Começa-se por asseverar que, "no julgamento do recurso dito extraordinário, não é essa a técnica seguida por esse Tribunal, nem pelo Supremo Tribunal Federal, de há muitos anos". O asserto é exato, mas – com a devida vênia – nada prova. A proposição contém um juízo de mero fato, não um juízo de valor. Que se haja julgado e se esteja continuando a julgar de certa maneira não exclui em absoluto a possibilidade de que tal maneira de julgar seja errada. Bem sabemos como julgava o Supremo Tribunal Federal e como costuma julgar o Superior Tribunal de Justiça, nas hipóteses em

foco. É isso, justamente, que nos preocupa, e é por isso que dedicamos ao problema atenção e tempo. Se os tribunais julgassem do modo que nos parece correto, nenhuma necessidade sentiríamos de insistir no assunto, ao risco de entediar os ilustres magistrados que neles têm assento.

Adverte-se, em seguida, que, "se acolhida a lição do mestre" (e mais uma vez cabe agradecer a imerecida designação), "o recurso extraordinário em gênero, de que são espécies o extraordinário (matéria constitucional) e o especial (matéria infraconstitucional), transformar-se-ia em recurso ordinário, simplesmente". Aqui temos de confessar, com sinceridade absoluta, a nossa perplexidade. Ao que tudo indica, a diferença entre a classe dos recursos ordinários e a dos extraordinários consistiria, segundo o emitente Ministro, na circunstância de que, naqueles, há distinção nítida entre admissibilidade e mérito, ao passo que nestes ela se esfuma, se torna evanescente; por conseguinte, quando o recorrente não tem razão, se o recurso é ordinário, deve o órgão *ad quem* dizer que lhe nega provimento, mas, se o recurso é extraordinário (*lato sensu*), o que deve dizer o órgão *ad quem* é que dele não conhece.

Se pudesse ser aceita, a idéia teria, ao nosso ver, inegável utilidade: daria finalmente sentido claro à classificação dos recursos entre ordinários e extraordinários. Essa classificação, reconhecemos com algum constrangimento, sempre nos pareceu, no direito brasileiro, um tanto misteriosa.⁸ Lamentavelmente, os escritores que a adotam com frequência divergem no critério em que se basearia a distinção. E mais: não conseguimos convencer-nos da relevância teórica ou prática de nenhum dos diversos critérios apontados. Daí termos manifestado o nosso cepticismo quanto à conveniência de continuar-se a prestigiar a classificação: chegamos a opinar que os estudiosos melhor andariam se a deixassem de lado.⁹ Estaríamos dispostos, em todo caso, a considerar a eventualidade de reexaminar a questão à luz do novo critério sugerido no acórdão do Superior Tribunal de Justiça.

Logo sentimos, porém, aflitivo embaraço. É que as palavras do acórdão só se aplicam a *uma* das hipóteses de cabimento do recurso especial, a da letra *a* do art. 105, nº III, da Constituição da República. Nas outras hipóteses, as das letras *b* e *c*, não há problema algum. No que tange, por exemplo, aos recursos especiais interpostos com invocação da letra *c*, o Superior Tribunal de Justiça distingue perfeitamente entre o juízo de admissibilidade e o de mérito, e registra essa distinção mediante o uso da terminologia adequada. Quando falta algum requisito de admissibilidade (por exemplo: o acórdão impugnado e o de que ele divergiu são do mesmo tribunal), diz-se que não se conhece do recurso; quando o recorrente não tem razão, ou seja, quando o recurso se mostra infundado (correto é o acórdão impugnado, e não o outro), o que se diz é que se lhe nega provimento. Adota aí o Superior Tribunal de Justiça a técnica que se nos afigura acertada. Teríamos então de concluir que nesses outros casos o recurso especial se inclui entre os ordinários, e unicamente no da letra *a* entre os extraordinários? Pertencerá, em suma, o recurso especial ora a uma classe, ora a outra? Suposição perturbadora, que antes reforça do que enfraquece a nossa descrença no valor da classificação. Por isso não nos impressionou o argumento consoante o qual o prevalecimento da tese que defendemos transformaria o recurso especial (junto com o extraordinário) em recurso ordinário. Seja o que for que isso signifique, não tem aos nossos olhos a menor importância.

Argumenta ainda o acórdão com a sobrecarga de trabalho que adviria, para o Superior Tribunal de Justiça, da maior "facilidade para a interposição do especial". Esse argumento, pertinente à interposição, está aí visivelmente deslocado. É certo que, no rigor da lógica, deveriam ser admitidos no tribunal de origem, porque cabíveis (sempre na presença dos outros requisitos de admissibilidade), os recursos especiais em que se alega a ofensa a norma jurídica federal. A denegação no órgão *a quo*, com fundamento na inexistência do erro alegado, é praxe irregular, embora justificada por motivos de ordem prática. Abandonada que fosse, aumentaria sem dúvida o número de recursos especiais submetidos ao Superior Tribunal de Justiça. Mas não é disso que se trata agora, e sim de recursos que *foram admitidos e estão sendo julgados* pelo tribunal. A quantidade de trabalho não é posta em jogo: ela permanecerá obviamente igual, quer o Superior Tribunal de Justiça, na hipótese sob exame, declare que *não conhece* dos recursos, quer declare que lhes *nega provimento*. No instante em que o tribunal opta por uma ou por outra dessas fórmulas, já fez todo o trabalho que precisava ser feito: nada mais lhe resta senão expressar o resultado do julgamento. Não vislumbramos, destarte, em que poderia contribuir o emprego da terminologia correta para constranger o tribunal a deixar de "cumprir a sua missão constitucional" – calamidade que certamente ninguém deseja (menos que todos o autor deste artigo), e com a qual

não é desprezível, atrevemo-nos a supor, a possibilidade de que o acórdão tenha acenado à feição de simples figura de retórica.

11. Foi nímia gentileza do eminente Ministro Relator o haver dito, como disse, que reconhecia a nossa autoridade. Pouca, na verdade, pensamos ter; mas força é convir que muita tinham e têm outras vozes que, de longa data, vêm sustentando a mesma posição: não só na doutrina,¹⁰ sublinhe-se, senão no próprio âmbito do Judiciário, e nomeadamente no seio da Corte Suprema, onde mais de um Ministro reagiu contra a prática errônea.

Nunca é demais recordar, ao propósito, o luminoso voto proferido por Edmundo Lins no julgamento dos Embargos no Recurso Extraordinário nº 1.337, de 21.9.1921.¹¹ Ali se começa por dizer: "Conheço de todo o recurso extraordinário que haja subido a esta instância, desde que: a) o recorrente, ao interpô-lo, haja invocado um dispositivo constitucional, que o admita; b) tenha sido, oportunamente, tomado por termo e, oportunamente, haja sido apresentado na Secretaria do Tribunal. Tudo o mais já não é questão "preliminar", mas "mérito" da "causa". Com efeito, preliminar, como a própria palavra o está a dizer, é a questão que se resolve antes de se examinar e resolver a relativa à matéria principal, sobre que versou a ação, deduzida em Juízo, ou sobre que recai o recurso: é o que se resolve antes desse exame, por ser dele, *in totum*, independente".

Adiante, pergunta o Ministro: "Se (...) a parte invocar um caso em que, em tese, caiba o recurso, mas nessa tese não se compreender a hipótese, ainda assim conhecerei do mesmo recurso?". E responde: "É claro, claríssimo, que sim; porquanto, sem examinar a litiscontestação e a sentença, não poderei decidir a questão ventilada, isto é, se a tese se adapta ou não ao caso concreto. É essa uma das questões "do mérito" do feito, e é até, no recurso extraordinário, a única juridicamente possível". Com lucidez ressalta: "Não há, de fato, nenhuma outra, absolutamente nenhuma, atinente ao "mérito", que se possa decidir". E, em certa crítica à praxe equivocada: "O que ainda não cheguei a compreender (...) é o que faz, quotidianamente, a maioria do Tribunal: examina a litiscontestação e a sentença recorrida; à vista desse exame, conclui, muito juridicamente, que, no caso, por exemplo, a Justiça local aplicou a Lei Federal invocada, ou que, se não o fez, é porque a mesma era inaplicável, e, em vez de tomar conhecimento do recurso e negar-lhe provimento, conclui: - "dele não conhecer, por não ser caso". E ajunta: "Eu ... me parece que é o que, em lógica, se chama *contradictio in adjecto*, ou quiçá *fallacia grammatica*: não conhece, porque já conheceu!".

12. Na irresponsável argumentação de Edmundo Lins, há um aspecto para o qual nos animamos a pedir a particular atenção do leitor que ainda tenha a paciência de acompanhar-nos. Quando se ouve anunciar que o órgão *ad quem* não conheceu de determinado recurso, a idéia que intuitivamente ocorre é a de que a atividade cognitiva do tribunal se deteve *aquém* do ponto a que, em princípio, poderia ter chegado. O julgamento, por assim dizer, *ficou incompleto*: algo se deixou de examinar. É até natural que a nossa curiosidade se veja despertada para a conjectura do que aconteceria se porventura se houvesse rejeitado a preliminar. "Como se decidiria no mérito"? - é pergunta que não raro nos acode à mente.

A tal indagação, se o tribunal usou de boa técnica, não há como responder. Quando não se conhece de recurso, na autêntica acepção do termo, a ninguém é dado saber o que pensava o órgão *ad quem* sobre a substância da impugnação. Temos de conformar-nos em ignorar para todo o sempre como valorariam os juízes a decisão recorrida: se a achariam correta ou incorreta. Isso seria matéria atinente ao mérito; mas, se o tribunal se deteve na preliminar, é que (perdoe-se o truísmo) ao mérito não chegou. Unicamente se sabe que o recurso não foi conhecido; *"the rest is silence"*. A pergunta, entretanto, apesar de tudo faz sentido: nossa curiosidade, se bem que insuscetível de satisfazer-se, nem por isso é absurda, pois em tese seria concebível que o órgão *ad quem* dissesse mais do que disse, e é explicável que nos agradasse descobrir, ou adivinhar, o que nesse caso ele diria.

Contudo, se o órgão *ad quem* declara que não conheceu do recurso a despeito de pronunciar-se acerca da substância da impugnação, a despeito de revelar o que achou da decisão recorrida, então a pergunta "Como se decidiria no mérito?" positivamente não tem pé nem cabeça. O tribunal já disse tudo que poderia dizer. Com efeito: que faltaria examinar, depois de examinada (e achada correta) a decisão recorrida, depois de examinadas (e repelidas) as alegações que contra ela formulara o recorrente? Nada, é óbvio. E o mérito? Uma de duas: ou foi apreciado, sob falsa denominação, ou... pura e simplesmente *não existe!* Juízes preguiçosos costumam tentar justificar

o mau vezo de empurrar para a audiência de instrução e julgamento, no procedimento ordinário, a apreciação de questões que a lei quer resolvidas por ocasião do saneamento do feito, com a desculpa esfarrapada de que "as preliminares envolvem o mérito". Como se isso não bastasse, apresenta-se-nos, no julgamento do recurso especial, uma preliminar que... *abrange* o mérito e o *esgota*.

13. A situação ainda mais se complica quando, no mesmo recurso, existe uma parte realmente incabível e outra parte em relação à qual ele é cabível, mas infundado. Suponhamos, *v.g.*, que o recorrente alegue ter o acórdão recorrido (de mérito) violado, em cada qual de seus dois capítulos distintos, uma lei. Apura-se que, das duas leis, só uma é federal. Naquilo em que se invocou violação de direito estadual ou municipal, interpôs-se recurso incabível; para esse capítulo, a decisão do Superior Tribunal de Justiça só pode ser mesmo a de não conhecer do recurso. Sucede que o tribunal, entendendo inexistente a alegada ofensa à lei federal, declara aí também (com impropriedade) – que não conhece do recurso. A decisão, tal como formulada, afigura-se de *não conhecimento* no tocante a *todo* o recurso.

A rigor, há duas realidades diversas, erroneamente colocadas sob o mesmo rótulo. A parte do acórdão referente à lei local está bem denominada: nela, o Superior Tribunal de Justiça na verdade *não examinou o mérito do recurso*; nada disse a respeito da afirmada infração (que pode ter ou não ter ocorrido) do direito local; o acórdão do Superior Tribunal de Justiça não substituiu, naquele capítulo, o julgamento impugnado. A parte restante está mal denominada: nela, o Superior Tribunal de Justiça *examinou o mérito do recurso*; disse que não ocorrera a afirmada infração; seu acórdão substituiu o julgamento impugnado.

As conseqüências são diferentes. Na primeira parte, a coisa julgada material cobre o *acórdão recorrido*; na segunda, cobre o *acórdão do Superior Tribunal de Justiça*. Se alguém quiser pleitear a rescisão do julgado, terá de tentá-lo, na primeira parte, perante o tribunal de origem; na segunda, perante o Superior Tribunal de Justiça. Mas, se se lê o dispositivo do acórdão e nele se encontra uma declaração única e invariável para o recurso inteiro, a tendência natural será a de presumir que toda a matéria comporte tratamento igualmente único e invariável. Surge aqui, para o interessado na rescisão, o perigo de apresentar sua demanda a tribunal parcialmente incompetente; e quase nos sentimos tentados a acrescentar que surge também, para o tribunal a que se apresenta a demanda, o perigo de julgar ação rescisória para a qual era e é parcialmente incompetente.

14. Demos a este artigo título que termina por um ponto de interrogação. Antes de lhe pormos o ponto final, corre-nos o dever de responder à pergunta. A rigor, já se contém a resposta, redundantemente até, nas páginas anteriores. Mas não custa resumi-la, à guisa de conclusão.

A expressão "não conhecer" de um recurso significa, só e sempre, abster-se de examinar a impugnação em sua substância, de aprovar ou desaprovar a decisão recorrida. O tribunal que não conhece de um recurso de jeito nenhum diz a quem assiste razão: se ao recorrente, se ao órgão a *quo*. Caso o diga, ou está avançando o sinal, fazendo acréscimo indevido à decisão de não conhecimento, ou está dando ao seu próprio pronunciamento denominação equivocada.

É *antes* de examinar a substância da impugnação que o tribunal tem de decidir se vai ou não conhecer do recurso. Se lhe examinou a substância, dele *já conheceu*, por mais que se empenhe em fazer crer o contrário. No instante em que está deliberando se o recurso merece ou não merece ser conhecido, o tribunal *ainda não sabe* que juízo formará a respeito da decisão recorrida e das razões do recorrente; apenas o saberá, à evidência, se e quando examinar aquela e estas – noutras palavras, se e quando *conhecer* do recurso. E a deliberação preliminar (conhece-se ou não se conhece?) em nada predetermina o sentido em que, *depois*, se julgará o recurso no mérito. Não existe hipótese em que o tribunal *só possa conhecer para prover* (!): ela é tão absurda quanto seria a de que um órgão encarregado de realizar prova pública só pudesse admitir a prestá-la os candidatos que nela viriam a ser aprovados. Tampouco existe hipótese em que o tribunal deva dizer que *não conhece*, em vez de dizer que *nega provimento*, quando considere que o mérito é ruim – como se o órgão realizador do concurso, depois de corrigidas as provas, declarasse indeferir a inscrição dos candidatos porventura reprovados...

O que se acaba de expor vale para todo e qualquer recurso, ordinário ou extraordinário que seja – se tais qualificações têm (do que duvidamos) sentido inteligível. Muito pouco razoável afigura-se o

alvitre de atribuir à mesma e única locução ("não conhecer") ora o significado de "deixar de julgar o mérito do recurso", ora o de "rejeitar o recurso por motivo de mérito", conforme se esteja aludindo a este ou àquele recurso; menos ainda, a uma ou a outra hipótese *de um mesmo e único recurso*. "Não conhecer do recurso especial" interposto pela letra *a* não pode, em absoluto, significar coisa diferente de "não conhecer do recurso especial" interposto pela letra *c* do dispositivo constitucional. Em direito, como em toda ciência, as denominações têm de ser unívocas. Faça-se idéia da confusão que se instalaria, por exemplo, na geometria, se se pudesse usar nalgum caso a palavra "triângulo" para denominar qualquer outra coisa além do polígono de três lados. Os restos mortais do pobre Tales decerto não teriam descanso no túmulo, sacudidos pela aflição com a sorte da lei que ele, em vida, enunciou...

15. Uma última observação: o mais paciente leitor talvez se pergunte, a esta altura, se realmente compensa que nos preocupemos tanto com uma questão terminológica.¹² A resposta é que, ao nosso ver, ela não valeria um caracol, se não tivesse conseqüências práticas. Mas tem – e nada positivas. Já se viu que é ilusória a suposição de que o emprego da expressão "não conhecer" em acepção atécnica evite de qualquer modo o aumento da carga de trabalho do Superior Tribunal de Justiça. De que outra vantagem pode cogitar-se? De nenhuma que sejamos capazes de imaginar. Semelhante emprego, por outro lado, gera, no mínimo, dúvidas desnecessárias no tocante, por exemplo, ao objeto da eventual ação rescisória, e portanto à competência para julgá-la. Ora, dúvidas do gênero costumam produzir complicações judiciais, e as que se relacionam com a competência são particularmente nefastas: poucas coisas causam tanta perturbação na marcha do pleito como, digamos, um conflito negativo, que pode acarretar-lhe retardamento de vários anos no desfecho. O aparelho da Justiça vê-se onerado com uma carga podre, espoliado de tempo e de energias que melhor aplicaria alhures. Não sofre com isso, exclusivamente, o próprio processo em que se suscitam os incidentes: sofre todo o conjunto dos feitos instaurados e por instaurar.

De que não são vãos nem exagerados os nossos receios a melhor prova está no fato de haver o Supremo Tribunal Federal decidido incluir na *Súmula* a proposição nº 249. Se precisou fazê-lo, foi decerto em razão de questões concretas que terá sido convocado, provavelmente com freqüência, a apreciar. Não é crível que se houvesse abalanchado à inclusão, caso a matéria só esporadicamente o ocupasse, ou lhe parecesse irrelevante. Com toda a certeza foram numerosas e preocupantes as dúvidas. Muitos feitos – vale dizer: muitos jurisdicionados – hão de ter padecido com as procrastinações causadas pelos incidentes. A Corte Suprema, diga-se sempre com o maior respeito, resolveu mal o problema. Agora, todavia, o ponto capital não é esse: é a importância prática que, de modo inequívoco, teve de reconhecer-lhe.

Ora, se o problema é praticamente importante, então compensa que a ele se volte de vez em quando, tênue que seja a esperança de vê-lo um dia bem resolvido. Ao menos nisto não se dirá que pecamos por omissão.

Notas:

1 - Sobre o conceito de preliminar, *vide* Barbosa Moreira, *Questões Prejudiciais e Coisa Julgada*, Rio de Janeiro, 1967, ps. 28 e segs., espec. 29/30; *Comentários ao Código de Processo Civil*, 6ª ed., vol. V, 1993, p. 599.

2 - Um autor estrangeiro, comentado o art. 101, nº II, letra *a*, da Constituição de 1946, mostrou haver bem compreendido o problema quando escreveu: "*How is it possible to determine, before the judgment of the Supreme Court is rendered, whether the decision appealed from was "contrary" to the federal law or not? The constitutional provision should be understood as saying: "When the decision is allegedly contrary"*" (Wagner, *The Federal States and their Judiciary*, T'Gravenhage, 1959, p. 324, nota 2). Cf., na recente literatura pátria, Rodolfo de Camargo Mancuso, *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*, S. Paulo, 1990, ps. 93/5.

3 - Desse cavaleiro francês, que sucumbiu lutando bravamente, ao que consta, na famosa batalha de Pavia (1525), celebram-se a pessoa e os feitos em produção poética marcada (cruel ironia do destino) por nota constante de obviedade tautológica, muito mais apta a suscitar reações de hilariedade que de admiração. Exemplo sugestivo é esta quadra: "*Hélas! Lapalisse est mort,/ Il est mort devant Pavie!/ Hélas! S'il n'était pas mort,/ Il serait encore en vie*". A quem se interesse pelas origens dessa pitoresca (e injusta) tradição, aconselha-se a leitura, tão instrutiva quão prazerosa, do livrinho de Dante Zanetti, *Vita, Morte e Trasfigurazione del Signore di Lapalisse*, Bolonha, 1992, espec. ps. 93 e segs.

4 - "Não se somam votos de preliminares ou de questões prejudiciais com votos das questões de mérito, ou do resto do mérito", advertia Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. VIII, Rio de Janeiro – S. Paulo, 1975, p. 256, após criticar em termos contundentes acórdão do extinto Tribunal Federal de Recursos, no qual se dissera que, para efeito de apuração, os votos que proclamassem a inidoneidade do meio se somariam aos que negassem provimento ao recurso.

5 - O art. 512 do Código de Processo Civil não incide senão quando o órgão *ad quem* conhece do recurso – e, ajunte-se, quando neste se alega a ocorrência de *error in iudicando* e se pleiteia a *reforma* (não a mera invalidação) da decisão recorrida. *Vide* ao propósito Barbosa Moreira, *Coment. cit.*, vol. V, ps. 353/4.

6 - Cf., na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: 20.10.1976, AR nº 919, *in RTJ*, vol. 82, p. 22: "Quando não se conhece do recurso, rescindível quanto ao mérito é a decisão de primeiro grau". No mesmo sentido, mais recentemente: 3.10.1989, AR nº 160, *in DJ* de 30.4.1990, p. 3.519; 5.12.1989, AR nº 230, *in DJ* de 5.2.1990, p. 447.

7 - Veja-se, por exemplo, o voto do relator do RE nº 87.355, julgado em 4.3.1980, *in RTJ*, vol. 95, p. 221, onde aparece, literalmente, a expressão transcrita entre aspas em nosso texto.

8 - Ela é nítida, registre-se, nos ordenamentos em que a formação da coisa julgada – diversamente do que se dá entre nós – não reclama o esgotamento *total* das vias recursais: denominam-se, então, *ordinários* os recursos que *obstam* ao trânsito em julgado, e *extraordinários* os que, ao contrário, *o pressupõem*. Vide em Barbosa Moreira, *Coment.*, cit., vol. V, ps. 225/6 (e nota 30), abundantes indicações de legislação e doutrina estrangeiras.

9 - Remetemos o leitor, ainda uma vez, aos nossos *Coment.*, cit., vol. V, ps. 225 e segs.

10 - Limitamo-nos aqui a recordar as lições de Pontes de Miranda, *Coment.*, cit., vol. VIII, ps. 196 e segs. e *Tratado da Ação Rescisória*, 5ª ed., Rio de Janeiro, 1976, p. 154.

11 - *Rev. do STF*, vol. 38, ps. 74/6. Cf. antes, o voto no julgamento dos Embargos no RE nº 1.328, de 13.10.1920, na mesma revista, vol. 27, p. 76. Outro Ministro que sempre se pronunciou no mesmo sentido foi Philadelpho Azevedo, de quem se podem citar, *v.g.*, os votos na AR nº 28, *in Um triênio de judicatura*, vol. V, S. Paulo, s.d., p. 116, e no RE nº 9.181, *in A J*, vol. 78, p. 299.

12 - Não é, com efeito, a primeira vez – e quiçá não seja a última... – que ao assunto dedicamos, além de passagens de obras mais amplas, trabalho específico. Dele tratamos, há alguns anos, no artigo *Juízo de admissibilidade e juízo de mérito no julgamento do recurso especial*, publicado no volume coletivo *Recursos no Superior Tribunal de Justiça* (org. por Sálvio de Figueiredo Teixeira), S. Paulo, 1991, ps. 163 e segs., e em nossos *Temas de Direito Processual*, Quinta Série, S. Paulo, 1994, ps. 131 e segs., e do qual aproveitamos aqui, em boa parte, a argumentação.