

FUNÇÃO E TÉCNICA DE JULGAMENTO DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL

Function and decision-making technique of the Appeal to the Federal Supreme Court and
of the Appeal to the Superior Court of Justice

Revista de Processo | vol. 295/2019 | p. 165 - 192 | Set / 2019

DTR\2019\39977

Flávio Cheim Jorge

Doutor e Mestre em Direito pela PUC-SP. Professor Titular (Graduação e Mestrado em Processo) da UFES. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Foi Juiz Titular – Classe dos Juristas – do Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Espírito Santo. Membro do Conselho de Redação da Revista de Processo. Advogado. flavio@cjar.com.br

Thiago Ferreira Siqueira

Doutor (USP) e Mestre (UFES) em Direito Processual Civil. Pós-Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito Processual da UFES. Professor voluntário de direito processual civil e de prática cível da UFES. Advogado. thiago_siqueira@hotmail.com

Área do Direito: Constitucional; Civil; Processual

Resumo: O presente estudo trata da técnica adequada a ser adotada no julgamento dos recursos extraordinário e especial, a partir da correta compreensão de sua função. Para tanto, será feita, inicialmente, uma breve incursão na origem de ambos os recursos. Em seguida, serão estudadas as diversas funções atribuídas aos recursos extraordinário e especial, para, na sequência, compreender o modelo de tribunal superior adotado pelo direito brasileiro. Finalmente, será analisada a forma pela qual devem ser julgados os recursos extraordinário e especial, com destaque para a interpretação do art. 1.034 do Código de Processo Civil de 2015.

Palavras-chave: Recurso extraordinário – Recurso especial – Função – Tribunal – Técnica de julgamento

Abstract: The present study deals with the appropriate decision-making technique to be adopted in the Appeal to the Federal Supreme Court and in the Appeal to the Superior Court of Justice, from the correct understanding of its function. To do so, a brief analysis will be done initially on the origin of both appeals. Next, the various functions attributed to Appeal to the Federal Supreme Court and to the Appeal to the Superior Court of Justice will be studied, in order to understand the model of superior court adopted by Brazilian law. Finally, it will be analyzed how the Appeal to the Federal Supreme Court and the Appeal to the Superior Court of Justice are to be judged, highlighting the interpretation of art. 1034 of the 2015 Code of Civil Procedure.

Keywords: Appeal to the Federal Supreme Court – Appeal to the Superior Court of Justice – Function – Court – Decision-making technique

Sumário:

1.Introdução - 2.A origem histórica do recurso extraordinário - 3.O surgimento do recurso especial - 4.A função dos recursos excepcionais - 5.O julgamento dos recursos excepcionais - 6.O julgamento da causa e os recursos excepcionais (CPC/15, art. 1.034) - 7.Conclusão - 8.Bibliografia

1.Introdução

O Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15 (LGL\2015\1656)) preocupou-se em dar regulamentação muito mais minudente ao recurso extraordinário e ao recurso especial que o Código anterior. Nesse contexto, o estudo aprofundado dos diversos aspectos dos recursos excepcionais ganhou ainda mais relevo, tendo em vista não apenas a função

por eles desempenhada no sistema de justiça, como, ainda, a existência de dispositivos que cuidam especificamente da dinâmica de seu julgamento.

Neste último aspecto, merecem destaque o caput e o parágrafo púnico do art. 1.034 do CPC/15 (LGL\2015\1656), que tratam do juízo de mérito dos recursos excepcionais e impactam diretamente a compreensão a ser tida a respeito de seu efeito devolutivo.

Com efeito, uma interpretação literal de tais dispositivos pode levar à ideia de que, uma vez conhecidos, os recursos extraordinário e especial permitiriam, de imediato, um amplo conhecimento pelo STF ou pelo STJ dos diversos fundamentos da demanda e da defesa, independentemente de terem sido eles analisados no acórdão recorrido e de terem sido suscitados nas razões recursais.

Como ficará claro, entretanto, tal interpretação, conquanto indicada pela redação dos dispositivos, acaba por distanciar os recursos excepcionais das funções que lhe foram conferidas pelo texto da Constituição Federal.

Nesse contexto, o presente artigo tem como objeto a análise da função dos recursos extraordinário e especial para que, então, possa ser corretamente compreendida a dinâmica de seu julgamento.

Para isso, é necessário, antes de tudo, uma breve incursão na origem de ambos os recursos.

2.A origem histórica do recurso extraordinário

O recurso extraordinário foi instituído com a proclamação da República, em razão das características político-constitucionais do sistema federativo adotado em nosso País.

A Constituição Federal de 1891 prescreveu que os Estados seriam organizados à semelhança da Nação. Cada província formou um Estado com capacidade de, às expensas próprias, prover-se e gerir-se administrativamente.

Criou-se assim um "sistema planetário geográfico, político e administrativo", que, nas lições de Waldemar Ferreira, poderia ser compreendido com a circunstância de dentro do mesmo território nacional deparar-se a Nação, como Estado soberano, dividida em Estados e subdividida em Municípios, além do Distrito Federal¹.

A junção das antigas províncias em torno da União percorreu caminho inverso daquele seguido pela América do Norte, uma vez que nesta, em verdadeiro processo federativo, perante dificuldades, incertezas e antinomias, os Estados buscaram a união integrando-se, ao passo que no Brasil o processo federativo se impôs com interessantes singularidades provindas de sua origem monárquica e conformação geográfica².

Ao contrário dos estados unitários, onde a fonte normativa do direito é única e advém naturalmente da União, nos estados federativos é de sua essência a existência de diversas fontes normativas e de ordens de autoridade distintas (União, Estados e Municípios), dispondo cada ente de autogoverno, sem subordinação entre si, mas apenas à Lei Maior.

Apesar da adoção do federalismo, o Estado brasileiro não consagrou completa autonomia no plano judiciário, tal como se passa no âmbito administrativo e legislativo. Os estados possuem apenas competência para disciplinar a organização judiciária, existindo, dessa forma, exclusivamente uma descentralização desse Poder.

A nota característica atual do sistema brasileiro é a competência constitucional atribuída exclusivamente à União para legislar sobre direito material e processual (CF/88 (LGL\1988\3), art. 22, I), resultando daí a unidade do direito nacional neste particular. Contudo, forçoso reconhecer que no âmbito estadual e municipal esses entes possuem competência comum e concorrente em relação a várias outras matérias (arts. 23 e 24 da

CF/88 (LGL\1988\3)).

Já no sistema norte-americano, cada Estado-membro “constitui uma ordem jurídica própria, com seu direito material e formal diferente dos demais, a par de uma ordem jurídica federal de princípios gerais, tuteladora de interesses especificamente federais”³.

Em que pese as diferenças existentes com esse sistema, há que se reconhecer que o recurso extraordinário foi introduzido no Brasil como manifestação natural da adoção do federalismo concebido nos Estados Unidos da América.

Sua inspiração foi o writ of error norte-americano, como consequência dessa nova fórmula política constitucional. A esse respeito, lembra Alfredo Buzaid que os autores daquela época justificaram a necessidade do recurso extraordinário para atender, de um lado, a índole do regime federativo, com dualidade legislativa (União e Estados) e, de outro, a dualidade da Justiça (federal e estadual) e, conclui que, em razão da soberania da União e a obrigatoriedade das leis federais em todo o território nacional, era forçoso compreender a previsão de um Tribunal Federal para proteger a supremacia das leis quando desconhecidas ou não aplicadas pelos magistrados nos diversos Estados⁴.

De acordo com José Afonso da Silva,

“proclamada a República brasileira e instituída, entre nós, a forma de Estado Federado, houve a necessidade de dar à União um meio de manter a autoridade do Direito federal, ante possíveis erros das justiças estaduais (então instituídas) na aplicação daquele Direito. Traduziu-se, quase literalmente, as disposições do Judiciary act e as leis posteriores, que regulam o instituto.”⁵

Assim, mesmo que ainda sem qualquer denominação, o recurso extraordinário foi introduzido em nosso direito pelo Decreto 510, de 22 de junho de 1890, editado pelo Governo Provisório, e posteriormente reformulado pelo Decreto 848, também do Governo Provisório, em 11 de outubro 1890, em “verdadeira tradução de preceitos do Judiciary Act”⁶.

Na Constituição Federal de 1891, previa o art. 59, § 1º, que

“das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela; b) quando se contestar validade de leis ou atos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.”

Note-se que o texto constitucional não atribuía o nomem iuris de “recurso extraordinário”, cuja denominação veio a ser conferida pelo Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal de 1891.

A Constituição Federal de 1934 prescreveu também o cabimento do recurso, passando a denominá-lo, pela primeira vez em texto constitucional, como recurso extraordinário – terminologia que veio a ser adotada nas demais Constituições.

Também foi prevista na Constituição Federal de 1934 a concepção de que ao Supremo Tribunal Federal competia julgar “em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instância” (art. 76, III).

Esse aspecto tem grande relevância, pois, como se verá, foi conferido ao remédio constitucional a natureza de recurso de revisão, já que além de cassar a decisão judicial contrária à legislação federal e constitucional, também caberia o re julgamento da causa.

As Constituições de 1937 e de 1967, bem como Emenda Constitucional de 1969, mantiveram as mesmas terminologia e características.

3.O surgimento do recurso especial

O surgimento do recurso especial está ligado àquilo que se intitulou de “crise do Supremo Tribunal Federal” ou a “crise do recurso extraordinário”.

Trata-se de expressões relacionadas às dificuldades por que sempre passou o STF ligadas à incapacidade de absorver a quantidade de processos e recursos que anualmente são distribuídos ao tribunal.

Com efeito, essa visão deficitária, que eclode do acúmulo de processos naquela corte, em especial de recursos extraordinários, longe de ser recente, é fato que acompanhou o STF ao longo dos anos.

Calmon de Passos, em artigo publicado em 1977, já descrevia uma realidade pouco favorável, na qual a cúpula do Judiciário buscava paliativos para minorar a crise. Narra o processualista que, no ano de 1965, houve uma tentativa de descongestionamento do Supremo, por meio de uma emenda ao RISTF (LGL\1980\17), que

“permitiu aos relatores convocar as partes litigantes em processo de recurso extraordinário – que estivesse há 10 anos ou mais no Tribunal e sem julgamento – a se manifestarem, no prazo de 90 dias, quanto a seu interesse pelo andamento do feito. Caso silenciassem, por iniciativa do relator e dispensado o julgamento pelo colegiado, o recurso seria tido como sem objeto e arquivado.”⁷

O fato de haver, desde 1965, processos em excesso naquele órgão, é realidade que aflorou, nas linhas do saudoso Theotônio Negrão, em decorrência das insistentes modificações de competência do STF, expandidas em demasia, sem que tais atribuições fossem “tão fundamentais para sua posição no Poder Judiciário nacional”. Por tal motivo, apontava o autor que, desde a vigência do CPC/39 (LGL\1939\3), houve aumento excessivo de processos, sem que o STF pudesse apresentar contrapartida na vazão dos julgamentos⁸.

A gravidade dessas constatações pode ser compreendida, irretorquivelmente, pelo seguinte dado apresentado por Rodolfo de Camargo Mancuso⁹:

“o crescimento avantajou-se quase em ‘progressão geométrica’, sendo que o relatório anual de 1985 ‘informa terem sido julgados 17.798 processos diversos’. Robichez Penna observa que ‘17.000 processos-ano julgados por onze Ministros importa em 4,2 processos/dia, por Ministro, contando-se os sábados, domingos, feriados, recessos e as férias de janeiro e julho, ocasião em que supõe que seus membros devam desfrutar de uma forma qualquer de lazer e descanso.”

Diante de tais circunstâncias pouco favoráveis, houve múltiplas tentativas de impedir o acesso de quantia exorbitante de recursos ao ápice do Judiciário ou mesmo de facilitar o julgamento desses recursos.

Foi o que se pôde constatar com a Lei 3.396/58 (LGL\1958\11), que exigiu que a decisão de admissão do recurso extraordinário fosse fundamentada, e com a Emenda Regimental de 28 de agosto de 1963, que criou a Súmula como instrumento de trabalho para facilitar a fundamentação das decisões no julgamento dos recursos.

Digna de registro foi a criação de um mecanismo utilizado a título de filtro, denominado arguição de relevância. Trata-se de técnica introduzida no sistema com respaldo constitucional (Emenda Constitucional 1/69) e sua função precípua, apesar das modificações que sofreu ao longo dos anos, foi a de permitir acesso via recurso extraordinário somente aos recursos que contivessem “relevância” que justificasse o seu julgamento de questões federais.

A arguição de relevância tornou-se instrumento que permitia ao STF, sem necessidade de fundamentação, separar o “joio do trigo”, uma vez que o tido por relevante

justificaria julgamento perante a mais alta corte pátria e o irrelevante sequer permitiria ultrapassar o juízo de admissibilidade dos recursos.

O ministro Sydney Sanches, em palestra, apresentou dados comprovadores de que, apesar de discutível, o método estancava um número considerável de recursos e, no ano de 1985, de um total de 4.148 arguições de relevância distribuídas, foram rejeitadas 3.250 e acolhidas apenas 885¹⁰.

A arguição de relevância, todavia, não foi contemplada pela Carta Constitucional de 1988, em razão da opção que se fez pela criação de um tribunal superior diverso (Superior Tribunal de Justiça) destinado a proteger a interpretação e aplicação da lei federal, permitindo que o Supremo deixasse de julgar questões de índole infraconstitucional, aliviando, assim, sua sobrecarga.

É certo que a criação do STJ foi idealizada, num primeiro momento, por José Afonso da Silva, em 1963, sob a premissa de que o órgão de cúpula destinado à preservação da incolumidade e unidade do direito objetivo e da uniformização da lei federal "não precisa ser o Supremo Tribunal Federal"¹¹.

Seria adequada, na visão do autor, a criação de um outro órgão, à semelhança do Tribunal Superior Eleitoral e do Tribunal Superior do Trabalho, para julgamento das questões federais, reservando-se ao Supremo Tribunal Federal apenas as matérias de índole constitucional. Sugeriu-se, inclusive, para que fosse mantida a uniformidade terminológica, que o referido tribunal fosse denominado de "Tribunal Superior de Justiça"¹².

A CF/88 (LGL\1988\3), a despeito de seguir esse caminho, optou por atribuir outro nome ao tribunal, intitulando-o de Superior Tribunal de Justiça, com a criação de um recurso específico para atender à solução apresentada: o recurso especial.

De acordo com Athos Gusmão Carneiro, analisando a criação do recurso especial, sob a ótica das razões anteriormente expostas,

"a instituição do Superior Tribunal de Justiça atendeu a tais reclamos. A uma, liberando o Supremo Tribunal Federal para um menos atribulado exercício de sua missão maior, de custódia da Constituição Federal e órgão tutelar dos direitos e garantias individuais. A duas, com a substituição do Tribunal Federal de Recursos – até então o principal tribunal de 2º grau da Justiça Federal, por cinco Tribunais Regionais Federais, melhor aparelhados para servir como instância recursal ordinária das decisões dos juízes federais. Finalmente, o Superior Tribunal de Justiça, como tribunal nacional, posto acima dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais dos Estados, irá exercer, sem óbices regimentais, a tutela da legislação federal infraconstitucional, nos casos previstos na Lei Maior."¹³

Dessa feita, prescreve o art. 102 da CF/88 (LGL\1988\3) que

"Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...] III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição; d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal."

Ao passo que o art. 105 da CF/88 (LGL\1988\3) dispôs que

"Compete ao Superior Tribunal de Justiça: [...] II – 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: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; c) der a lei federal interpretação

divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.”

4.A função dos recursos excepcionais

Segundo Alfredo Buzaid, o recurso extraordinário foi instituído com “o propósito de assegurar o primado da Constituição e a unidade da jurisprudência do direito federal”¹⁴. Já José Afonso da Silva enfatiza que o fundamento maior desse recurso é “a inteireza positiva do direito nacional”¹⁵. De outra parte, assinala Arruda Alvim, no que tange ao recurso especial, que deve o STJ “fixar, com atributos de alta qualificação, o entendimento da lei federal”, ressaltando que também proferirá “decisões paradigmáticas, que orientarão a jurisprudência do país e a compreensão do Direito federal”¹⁶.

Em razão de tais características, a doutrina procurou distinguir as várias funções desempenhadas pelos recursos excepcionais dirigidos aos tribunais de cúpula da jurisdição de cada país, que seriam “nomofilática”, “uniformizadora”, “dikelógica” e “paradigmática”¹⁷.

A função nomofilática decorre da finalidade dos recursos excepcionais de estarem vocacionados a resguardar e proteger a inteligência e a unidade do direito positivo. Essa, de fato, é uma de suas principais funções. Tal característica recebeu ênfase do legislador constitucional ao relacionar o cabimento dos recursos extraordinário e especial à contrariedade dada pela decisão recorrida à lei federal ou à Constituição. Esses recursos destinam-se, assim, a proteger, preservar e conservar a higidez e correta interpretação da norma jurídica (*ius constitutionis*). Não se preocupam imediatamente com o interesse das partes posto em juízo (*ius litigatoris*).

A função uniformizadora¹⁸ foi reconhecida legalmente, pela primeira vez, com a Emenda Constitucional de 1926, que no art. 60, § 1º, alínea “c” dispôs que caberia o recurso (que ainda não se chamava extraordinário) para o STF “quando dois ou mais tribunais locais interpretarem de modo diferente a mesma lei federal, podendo o recurso ser também interposto por qualquer dos tribunais referidos ou pelo procurador geral da República”.

Essa função é uma decorrência necessária da adoção do sistema federalista no Brasil, em que a legislação federal é aplicada pelos vários tribunais estaduais e federais, permitindo que o entendimento diverso comprometa a certeza do direito e afete a segurança jurídica e a igualdade dos cidadãos perante uma mesma norma.

Busca-se, assim, com esses recursos, uniformizar o entendimento a respeito da norma jurídica e, por via de consequência, manter a integridade em sua aplicação. A lei nasce vocacionada a ter uma única interpretação dentro do mesmo contexto histórico, de modo que o recurso excepcional tem por função zelar pela revelação adequada de tal entendimento.

A função dikelógica está associada à aplicação da justiça (ou do direito) ao caso concreto. Não se pode deixar de reconhecer que num primeiro momento seria possível sustentar que essa função não se manifestaria no âmbito dos recursos excepcionais, já que o seu objetivo imediato é a tutela do direito objetivo.

Contudo, a situação se afigura um pouco diferente, na medida em que, ainda que com menor intensidade, também por meio dos recursos excepcionais o direito deve ser corretamente aplicado ao caso concreto.

Os recursos excepcionais não se limitam a cassar a decisão e determinar a devolução da causa ao tribunal local para julgamento. Como será visto em seguida, após a cassação (anulação, desconstituição) da decisão recorrida, por força constitucional, os tribunais superiores devem julgar as causas decididas¹⁹.

Nessa medida, quando do julgamento da causa e aplicação do direito ao caso concreto,

expressa-se a função dikelógica dos recursos excepcionais.

Finalmente, a função paradigmática consiste na busca por observância e respeito pelos tribunais ao entendimento externado nas decisões e nas intepretações dadas pelas cortes de cúpula.

Com efeito, é natural que essa função tenha uma relevância muito mais acentuada nos sistemas de common law, já que há verdadeiramente a eficácia vinculante dos precedentes. Nesses sistemas, a coerência e a integridade do ordenamento jurídico se dão pela obediência das decisões anteriores (precedentes), que são tidas como fontes do direito.

Contudo, em que pese sermos predominantemente influenciados pela tradição jurídica do civil law, cuja característica é ter no direito legislado a sua fonte primária, há que se observar que a função paradigmática tem ganhado especial destaque nas últimas décadas, como consequência de uma crescente atribuição de força vinculante aos precedentes judiciais.

Exemplo dessa assertiva foi a Emenda Constitucional 45/2004 (LGL\2004\2637), que criou a Súmula Vinculante no âmbito do Supremo Tribunal Federal, fazendo com que os entendimentos externado por esse órgão nas situações descritas nos enunciados dessas Súmulas tenham eficácia vinculante e obrigatória não só para todos os órgãos do Poder Judiciário, mas também para a administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (CF/88 (LGL\1988\3), art. 103-A).

É relevante observar que o CPC/15 (LGL\2015\1656), como proposta de um novo e moderno código – e não mero ajuste daquele existente –, teve, naturalmente, a finalidade de conferir melhor disciplina ao sistema recursal, encontrando em um de seus eixos a relevância que os recursos excepcionais possuem para todo o ordenamento jurídico.

Por isso é que o CPC/15 (LGL\2015\1656) traz inúmeras e relevantes referências normativas aos recursos excepcionais, ao contrário do que se via no Código anterior. Sobre esse ponto há que se lembrar que, quando da edição do CPC/73 (LGL\1973\5), sequer existiam o Superior Tribunal de Justiça e o recurso especial, de modo que as previsões relativas a esse recurso foram pontuais e sem o propósito de conferir-lhe exhaustiva disciplina.

Entretanto, apesar das inúmeras disposições legislativas novas no CPC (LGL\2015\1656), há que se reconhecer que não houve “modificação” da função dos recursos excepcionais.

Essa assertiva nos parece intransponível quando se parte do pressuposto de que esses recursos possuem previsão constitucional, de modo que o CPC/15 (LGL\2015\1656) não poderia dar uma função diversa daquela conferida pelo próprio legislador constituinte²⁰.

De todo modo, não se pode negar que as diversas funções desses recursos foram acentuadas em uma série de dispositivos.

É que o se nota, por exemplo, quanto à função uniformizadora, acentuada pelo sistema de precedentes instituído pelo Código, conforme deixa claro o art. 926, que determina que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência, mantê-la estável, íntegra e coerente”.

De outro lado, quanto à função paradigmática, o CPC (LGL\2015\1656), em seu art. 927, foi ainda mais enfático, estabelecendo a necessidade de os juízes e tribunais observarem: as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; os enunciados de súmula vinculante; os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; os enunciados das súmulas do Supremo

Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Quanto a essa função, é importante ressaltar a eficácia vinculante – obrigatória, portanto, – conferida às decisões proferidas em julgamento de casos repetitivos (art. 928), que devem ser seguidas, sob pena de cabimento de reclamação para garantir a observância do precedente formado (art. 988, IV).

Não menos importante foram as disposições introduzidas que realmente destacaram a função nomofilática.

Elas são vistas na sanabilidade de vícios inerentes à admissibilidade dos recursos excepcionais (art. 1.029, § 3º), dando maior importância ao julgamento do mérito recursal e, por via de consequência, permitindo a proteção da unidade do direito e a interpretação da norma.

Também se verifica a importância dessa função com a previsão de fungibilidade do recurso especial em recurso extraordinário e vice-versa (arts. 1.032 e 1.033), visando igualmente impedir que a compreensão diferente a respeito do cabimento do recurso interposto impeça a análise da pretensão recursal formulada, extirpando de nosso ordenamento aquelas decisões que aplicam erroneamente o direito federal ou constitucional.

Não menos relevante foi a previsão do prequestionamento ficto (art. 1.025), fazendo com que a oposição dos embargos de declaração, com a demonstração do vício existente, seja o suficiente “para fins de pré-questionamento”, ainda que os embargos “sejam inadmitidos ou rejeitados”.

Por fim, enorme relevância recebeu a função dikelógica, com a enfática redação do caput do art. 1.034, que, em sintonia com a Súmula 456 do STF, dispõe que o STJ e o STJ deverão “julgar o processo, aplicando o direito”.

Ainda quanto a essa função, merece relevo o parágrafo único deste art. 1.034, pois, exatamente para permiti-la, explicita que na fase de rejuízo da causa, os recursos excepcionais devem ter idêntico tratamento dado aos recursos ordinários quanto à profundidade do efeito devolutivo.

5.O julgamento dos recursos excepcionais

Em geral, nos mais diversos países existem tribunais de hierarquia superior com a função de cuidar da inteireza do direito positivo e de conferir interpretação adequada às normas jurídicas²¹.

Quando da proclamação da República, ao Brasil caberia fazer a opção por um dentre três modelos de tribunais de cúpula: a Corte de Cassação, o Tribunal de Revisão ou a Corte Suprema dos Estados Unidos.

A Corte de Cassação foi o modelo seguido pela França, Itália, Bélgica, Holanda e Espanha. Surgiu no contexto da Revolução Francesa e tinha por escopo impedir que os juízes proferissem sentenças contra textos expressos da lei ou usurpassem atribuições pertencentes ao Poder Legislativo²². Apesar de inicialmente não ter a função de realizar a unidade do direito, acabou por evoluir sua concepção destinando-se a interpretar o direito e servir de fonte jurisprudencial para os demais órgãos jurisdicionais.

Assim, por exemplo, o recurso de cassação na Itália tem por finalidade anular a decisão proferida em grau de apelação que interpretou e aplicou erradamente a norma jurídica. A Corte de Cassação italiana não é um terceiro grau de jurisdição e não tem por finalidade resolver a controvérsia à luz da aplicação do direito aos fatos.

Quando cassada (anulada, desconstituída) a decisão, de um modo geral, a causa é

devolvida e retorna ao estado anterior ao que se encontrava antes dessa decisão (cassação com reenvio), para que lhe seja dada nova decisão, sem o vício reconhecido pelo tribunal.

De todo modo, como diz Alfredo Buzaid, “embora não tenha eficácia vinculativa para os casos análogos, é irrecusável o valor de ‘precedente’ judiciário *rationis imperio*, pelo que, pela sabedoria dos seus conceitos, vale como esplêndido modelo, digno de ser seguido pelos demais juízes”²³.

O modelo do Tribunal de Revisão foi adotado por Portugal, Suíça, Áustria e, paradigmaticamente, pela Alemanha, país que concebeu esse sistema. O recurso de revisão alemão, à semelhança do que ocorre nas Cortes de Cassação, tem por finalidade preservar a unidade do direito e preservar a integridade da jurisprudência, sendo cabível contra as decisões proferidas nos tribunais de apelação.

Do mesmo modo, não deve ser visto como um terceiro grau de jurisdição, destinado ao reexame dos fatos e das provas produzidas²⁴. Tanto o sistema de revisão quanto o de cassação partem da premissa de que os litigantes possuem dois graus de jurisdição para a satisfação de seu anseio em busca de uma decisão justa. A partir desse ponto, a finalidade é reservada ao interesse público no controle da legalidade do julgamento.

A diferença fundamental entre os sistemas de revisão e de cassação é a de que naquele, além de anular a decisão (juízo rescindente), o tribunal passa ao julgamento da causa, aplicando o direito à espécie (juízo rescisório). No sistema de revisão, a corte não se limita a cassar a decisão.

Em Portugal, por exemplo, a adoção do sistema de revisão faz com que o Supremo Tribunal de Justiça, após identificar o erro em que incorreu o julgamento e cassar a decisão (*iudicium rescindens*), julgue o litígio (*iudicium rescisorium*), limitando-se a aplicar os fatos tal como descritos pelas instâncias inferiores.

Finalmente, a Suprema Corte dos Estados Unidos não tem origem em outros sistemas europeus e foi concebida em função das peculiaridades do sistema federativo e da distribuição da competência legislativa com os Estados Federados. À Suprema Corte foi concebida a função de não apenas de uniformizar o direito federal, mas também de declarar a inconstitucionalidade das leis que não se conformam com a Constituição Federal.

É importante perceber, como ensina Buzaid, que, apesar de o recurso extraordinário ter raiz no writ of error do direito norte americano, “o Supremo Tribunal Federal tem, no Brasil, caráter híbrido”, pois assemelha-se ao Tribunal de Revisão da Alemanha, porque além de cassar a decisão, “julga as causas decididas”; exerce a função de Tribunal de instância superior na medida em que julga recursos ordinários de decisões denegatórias de mandado de segurança ou de habeas corpus; e assume a índole de Corte Constitucional ao julgar ação declaratória de inconstitucionalidade²⁵.

Na mesma linha, observa com peculiar precisão José Afonso da Silva que

“o Recurso Extraordinário foi-se modificando com o tempo. Foi-se adaptando à natureza da Federação brasileira. Afastou-se do seu modelo americano para tomar um caráter de instituto mais adequado às exigências do Direito nacional, segundo o sistema cultural do país ... mais parece uma evolução da velha revista, ou do agravo ordinário da tradição lusitana.”²⁶

A semelhança dos recursos excepcionais brasileiros com o recurso de revisão é de extrema importância e traz uma série de consequências relevantes²⁷.

Uma das principais consequências é a imposição de uma particularidade em seu julgamento, a saber, a existência de juízo de mérito bipartido ou bifásico.

Nos recursos ordinários, após vencido o juízo de admissibilidade, passa-se ao juízo de mérito, que consiste na análise do erro descrito no recurso (in judicando ou in procedendo). Nessa hipótese, esse juízo importará apenas na anulação ou na reforma da decisão.

Nos recursos excepcionais, a seu turno, o juízo de mérito comportará duas fases, o iudicium rescindens e o iudicium rescisorium²⁸. O primeiro destinado a efetivar a proteção e correta aplicação da norma e o segundo com a finalidade de dar solução ao caso concreto.

O iudicium rescindens consiste num juízo de cassação. Significa, portanto, deliberação sobre a anulação ou a desconstituição da decisão recorrida, que se encontra em desconformidade com a correta inteligência e interpretação da norma federal ou constitucional. Ao exercer esse juízo, a Corte Superior exerce sua função nomofilática de defesa do direito objetivo (ius constitutionis).

O iudicium rescisorium, por sua vez, destina-se ao (re)julgamento da causa deduzida em juízo. A função desempenhada é destinada à satisfação do interesse das partes (ius litigatoris) na apreciação da pretensão formulada, ante a análise dos fundamentos da causa e das demais questões dela surgidas. Nesse juízo é que exercem as Cortes Superiores sua função dikelógica.

A existência do juízo de mérito bipartido faz com que o julgamento dos recursos excepcionais tenha o julgamento semelhante e muito próximo ao da ação rescisória²⁹.

Dessa forma, o julgamento dos recursos excepcionais é composto das seguintes etapas:

(a) Juízo de admissibilidade, em que são analisados os requisitos de admissibilidade, inclusive com condições específicas que não são encontradas nos recursos ordinários. Como exemplo, não pode haver pretensão de reexame de fatos ou de provas; deve haver o esgotamento da instância ordinária com a interposição de todos os recursos cabíveis; é imprescindível o questionamento da matéria impugnada etc.;

(b) Juízo de mérito, destinado à cassação da decisão recorrida, em que haverá de se aferir exclusivamente se ela conferiu adequada interpretação à norma (iudicium rescindens);

(c) Juízo de mérito, destinado à revisão e ao rejuízo (novo julgamento) da causa (iudicium rescisorium).

A perfeita compreensão dessas duas etapas do julgamento do mérito dos recursos excepcionais é extremamente importante, pois a profundidade do efeito devolutivo dos recursos incide de forma diferente em cada uma delas (cassação e revisão).

A limitação existente quanto à profundidade do efeito devolutivo, impedindo a apreciação de fundamentos e questões não previstas expressamente no acórdão recorrido, somente existirá no juízo de cassação, pois neste o que importa é a compatibilização da decisão com a norma tida por violada.

Logo, nesse juízo, tanto as partes quanto a Corte Superior deverão se ater exclusivamente àquilo que consta expressamente do acórdão. Somente podem ser analisadas aquelas questões e fundamentos referidos e tidos como existentes no acórdão.

Contudo, sendo cassada a decisão e passando-se a o juízo de revisão, a limitação à profundidade não mais existirá, devendo a Corte Superior apreciar outras questões de direito e fundamentos existentes na demanda e que, porventura, não tenham sido objeto de análise pelo tribunal local.

Há que se reconhecer que, quando se passa ao iudicium rescisorium, o tribunal superior

se comporta de forma semelhante aos tribunais de apelação. A determinação constitucional de julgar a causa, isto é, de aplicar o direito à espécie, certamente restaria comprometida se o tribunal ficasse preso à extensão delimitada pelo acórdão recorrido.

Nessa etapa, o tribunal haverá que ter acesso, conhecer, apreciar e julgar todos os fundamentos da causa, mesmo que porventura não constem do acórdão, bem como conhecer de questões que sequer foram objeto de análise anteriormente.

O único cuidado nesse juízo de mérito é que o tribunal superior deverá se ater ao contexto fático estabelecido pelo acórdão, que não poderá naturalmente sofrer remodelação.

Percebendo o Tribunal que após a admissibilidade do recurso e a cassação do acórdão os fatos das causas – tais como configurados – não permitem o seu rejuízo, devem os autos ser remetidos às instâncias ordinárias para que a causa seja julgada diante do contexto indicado no juízo de cassação.

Sobre esse aspecto deve-se ressaltar que os fundamentos do pedido (causa de pedir da demanda) e da defesa (defesas de mérito direta e indireta) têm em seu núcleo um elemento de fato. Assim, se não existir definição adequada nas instâncias ordinárias sobre esse elemento de fato, o fundamento não poderá ser apreciado – devendo haver o retorno às instâncias ordinárias.

A mesma advertência há que ser feita quanto à necessidade de o processo encontrar-se, após a cassação, com instrução probatória suficiente para o rejuízo.

Isso porque é possível que, com a cassação do acórdão, surja a necessidade de produção de outras provas para fundamentos ou questões cuja anterior resolução pelo tribunal local havia se tornado desnecessária. Nesse ponto, o julgamento dos tribunais superiores não pode configurar surpresa para as partes e tampouco impedi-las de exercer o contraditório, inclusive mediante produção de provas.

Sob esse aspecto, é correto o RISTJ (LGL\1989\44), que no art. 255, § 5º, dispõe que:

“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, com observância da regra prevista no art. 10 do Código de Processo Civil.”

6.O julgamento da causa e os recursos excepcionais (CPC/15, art. 1.034)

Conferindo ênfase ao juízo de mérito dos recursos excepcionais e mais especificamente à fase de rejuízo ou de revisão, o CPC/15 (LGL\2015\1656), em art. 1.034, dispõe que: “Admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça julgará o processo, aplicando o direito”.

Trata-se, à toda evidência, de dispositivo que guarda relação com a Súmula 456 do STF (“O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie”), bem como com o art. 255, § 5º, do Regimento Interno do STJ, citado anteriormente.

Além disso, é importante perceber que o referido dispositivo encontra sua ratio nos artigos 102, III, e 105, III, ambos da Constituição Federal, que atribuem competência ao STF e ao STJ para, em sede de recurso extraordinário ou especial, julgarem “as causas decididas”.

Com efeito, severa crítica há que ser feita à expressão julgará o processo, constante do art. 1.034. Nesse contexto, é relevante notar que os projetos aprovados na Câmara dos Deputados e no Senado Federal falavam expressamente em julgará a causa. A modificação para julgar “o processo”, ocorreu quando o Código passou por revisão ou “ajustes de redação” antes da sanção presidencial³⁰.

Não pode haver dúvida de que o ajuste de redação foi equivocado, seja porque foge ao texto constitucional, seja porque, do ponto de vista técnico, é efetivamente a causa que deve ser julgada e não propriamente o processo.

6.1.A admissibilidade do recurso não é suficiente para o julgamento de revisão

A interpretação literal ao art. 1.034 conduz à conclusão de que a admissibilidade do recurso seria suficiente para o juízo de revisão, isto é, admitido o recurso, pode o tribunal julgar desde logo a causa.

Essa interpretação, contudo, não é pacífica na doutrina. De fato, uma corrente entende, nesse sentido, que, conhecendo do recurso, o tribunal superior passa diretamente ao julgamento da causa com ampla liberdade de cognição, podendo apreciar fundamentos e questões não enfrentadas pelo acórdão recorrido³¹. De outro lado, há autores que entendem que é preciso conhecer do recurso, cassar o acórdão recorrido – isto é, vencer a primeira etapa do juízo de mérito – e somente após julgar a causa em toda a sua profundidade³².

Em nosso sentir, esta última corrente doutrinária é a acertada. Impõe-se reconhecer, como já exposto, que esses recursos possuem três etapas de julgamento (uma de admissibilidade e duas de mérito) e, além disso, que há verdadeira relação de subordinação entre elas.

Assim, a primeira etapa do juízo de mérito somente será exercida se vencido o juízo de admissibilidade; ao passo que somente se passará para a segunda etapa do juízo de mérito se houver a invalidação ou desconstituição da decisão recorrida.

A cassação da decisão é pressuposto e condiciona o novo julgamento da causa. A função de aplicar o direito à espécie é consequencial e somente exercida na medida em que realizada em concreto a função de proteção do direito objetivo. Em outras palavras: os tribunais superiores somente julgam a causa na eventualidade de ser reconhecida e declarada a ilegalidade praticada pela decisão recorrida.

Essa conclusão parece-nos intransponível por dois motivos.

O primeiro é o de que não se deve apegar à literalidade do art. 1.034 do CPC/15 (LGL\2015\1656), na medida em que o dispositivo consiste em cópia do enunciado da Súmula 456 do STF. Essa Súmula, por sua vez, foi redigida em uma época em que ainda se encontrava em vigor o CPC/39 (LGL\1939\3) e sequer havia a adequada distinção entre os juízos de admissibilidade e de mérito do recurso extraordinário.

Àquele tempo, prevalecia a compreensão de que “conhecido o recurso ele há de ser provido”. Assim, ou o recurso era “conhecido e provido” ou “não conhecido”. Não se concebia a hipótese de o recurso ser “conhecido e improvido”.

Segundo narra Sepúlveda Pertence, essa interpretação tem origem, inclusive, no que se chamou de jurisprudências em legítima defesa, porque em tempos atrás cabiam embargos infringentes de acórdão de recurso extraordinário desde que este fosse conhecido. Assim, para inviabilizar os embargos, quando se entendia que o recorrente não tinha razão, decidia-se pelo “não conhecimento do recurso extraordinário” – e não pelo seu conhecimento e improvimento³³.

A reflexão feita por Sepúlveda Pertence deu-se no âmbito do julgamento de recursos extraordinários, em que foi realizada a mudança de interpretação do STF, reconhecendo que, vencida a admissibilidade, o recurso pode ser provido ou improvido. Assim, acabou-se com a compreensão equivocada de que o recurso não era conhecido ou, se conhecido, deveria ser lhe dado provimento³⁴.

Assim, o art. 1.034 do CPC/15 (LGL\2015\1656), ao reproduzir o enunciado da Súmula 456, do STF, acabou por contemplar uma interpretação já superada e que não se

sustenta no plano dogmático atual.

O segundo – e mais relevante – motivo advém do próprio texto constitucional, que condiciona o julgamento da causa ao reconhecimento prévio da violação à lei federal ou à Constituição. Isso porque a CF/88 (LGL\1988\3) diz que somente haverá o julgamento da causa, pelo Tribunal Superior, se “houver a violação à constituição Federal” (art. 102, III) ou se “houver violação à lei federal” (art. 105, III).

O pressuposto, portanto, para o julgamento da causa – no sentido técnico que deve ser emprestado ao texto constitucional – é que tenha havido prévio reconhecimento da violação à norma.

O texto constitucional evidencia que a função principal dos recursos extraordinários é a tutela imediata do direito objetivo (função nomofilática) e somente se houver ofensa ao direito objetivo e como decorrência dela é que o direito subjetivo do recorrente será tutelado (função dikelógica).

Não se pode passar diretamente ao julgamento do direito subjetivo sem que tenha havido ofensa ao direito objetivo. Se esta não existiu, o recurso excepcional é improvido, pois eventual injustiça da decisão não será corrigida pelas cortes superiores.

O art. 1.034, caput, precisa ser lido e interpretado dessa forma, sob pena de patente inconstitucionalidade³⁵, conforme ressalta José Miguel Garcia Medina:

“Deve-se dar a esse dispositivo inteligência conforme à Constituição, no sentido de que só se julgará a causa (que o art. 1.034 do Código, em outra impropriedade, refere-se como ‘o processo’) se, antes, restar verificada a ofensa à norma constitucional ou federal infraconstitucional.”³⁶

6.2.A apreciação de fundamentos nos recursos excepcionais (CPC/15, art. 1.034, parágrafo único)

De acordo com o parágrafo único do art. 1.034, do CPC (LGL\2015\1656), “admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial por um fundamento, devolve-se ao tribunal superior o conhecimento dos demais fundamentos para a solução do capítulo impugnado”.

O conteúdo desse dispositivo não é estranho ao sistema recursal. Ele já consta em nosso ordenamento desde o CPC/39 (LGL\1939\3), ao tratar do efeito devolutivo da apelação.

Quanto à apelação, o diploma atual, no art. 1.013, praticamente reproduz o que constava no art. 515 do CPC/73 (LGL\1973\5), também em dois parágrafos (1º e 2º), disciplinando a profundidade do efeito devolutivo desta modalidade recursal.

Ambos revelam – o § 1º em relação às questões, e o § 2º quanto aos fundamentos – uma técnica de julgamento que tem por finalidade permitir que, uma vez definida a extensão da devolução, o Tribunal esteja na mesma condição cognitiva em que se encontrava o juízo a quo quando da sentença. Isto é, que possa o julgador efetuar integralmente a revisão da causa, apreciando todas as questões (de fato e de direito), bem como todos os fundamentos do autor (causa de pedir) e do réu (defesas de mérito diretas e indiretas)³⁷.

A introdução do parágrafo único do art. 1.034 veio ao encontro desse objetivo e da percepção de que os recursos extraordinários também exercem a função de revisão. E, por causa disso, os tribunais superiores, ao efetuarem o julgamento da causa, naturalmente passam pelo enfrentamento dos fundamentos e questões que eventualmente não foram acolhidas pelo acórdão recorrido.

Nessa linha, apesar de não haver identidade de redação entre o parágrafo único do art. 1.034 e o § 2º do art. 1.013, do CPC (LGL\2015\1656), acreditamos que eles devem ter

a mesma interpretação. Ou seja, ambos devem ser compreendidos como a determinação de que o órgão ad quem, ao afastar o fundamento adotado pelo juízo a quo, deve analisar outros fundamentos constantes da demanda ou da defesa.

Assim, pelo art. 1.013, § 2º, na apelação, se o fundamento acolhido pela sentença for afastado, deve o tribunal apreciar os demais fundamentos, sejam os do autor (causa de pedir), sejam os do réu (defesas de mérito direta ou indireta).

Em sede de recurso especial ou extraordinário, o raciocínio é o mesmo: cassado o fundamento do acórdão, os demais fundamentos da causa (do autor ou do réu) devem ser apreciados pelos tribunais superiores.

É o que pode se passar, por exemplo, em demanda visando a anulação de ato municipal que determina a redução de vantagem integrante do vencimento de um determinado servidor. Imagine-se que tal demanda tenha três fundamentos ("i". violação ao princípio do contraditório; "ii". violação ao direito adquirido; e "iii". irredutibilidade de vencimentos) e que o Tribunal de Justiça confirme a sentença que julgou procedente a demanda com base apenas no fundamento "i".

Se o STF entende que assiste razão ao recorrente (réu na demanda), poder-se-ia cogitar de três possibilidades: (a) cassar o acórdão e julgar improcedente a demanda, pois os demais fundamentos não podem ser apreciados, já que não decididos pelo tribunal local e não foram objeto do recurso; (b) cassar o acórdão e determinar a remessa ao tribunal para julgar os outros fundamentos não apreciados; (c) cassar o acórdão e passar à análise dos demais fundamentos integrantes da causa de pedir da demanda e que foram rejeitados pelo juiz ao sentenciar.

O parágrafo único do art. 1.034 do CPC (LGL\2015\1656) veio corroborar o entendimento de que, em situações como essa, para que os tribunais superiores cumpram sua função de "julgar a causa", a partir do reconhecimento da violação à norma é imprescindível que possam apreciar os demais fundamentos (causas de pedir), isto é, que adotem a opção "c" anteriormente referida.

As demais opções, aliás, sempre foram alvo de críticas. A adoção da primeira opção ("a"), por exemplo, que tem como critério a limitação da extensão do objeto do recurso à questão invocada, fez com que sugerisse inclusive a interposição de recurso adesivo especial ou extraordinário condicional. De outro lado, a segunda opção ("b") ensejaria uma clara violação ao princípio da duração razoável do processo, determinando a remessa dos autos ao tribunal local e permitindo posteriormente que o procedimento recursal fosse realizado novamente.

O CPC/15 (LGL\2015\1656) veio a enfatizar que podem e devem os tribunais superiores, em situações como essa, julgar desde logo a causa e não determinar a remessa ao tribunal de origem.

Com efeito, há que se observar que a adoção desse entendimento implica levar ao tribunal superior o conhecimento de todos os fundamentos da causa, ainda que não tenham sido aduzidos pelo recorrente ou pelo recorrido e que tampouco constem da decisão recorrida.

No exemplo apresentado, também outros fundamentos da defesa, que foram deduzidos em contestação, apesar de não constarem das razões recursais, devem igualmente ser analisados quando do julgamento do recurso.

Uma outra situação também pode exemplificar adequadamente a importância do parágrafo único do art. 1.034. É o que se verifica, por exemplo, em ação anulatória de sentença arbitral proposta com base em dois fundamentos distintos: nulidade da cláusula arbitral e prolação de decisão arbitral fora dos limites estabelecidos pelas partes.

Imagine que o acórdão mantém a sentença que acolhe a causa de pedir relativa à nulidade da cláusula arbitral. Se o STJ cassar o acórdão, por entender que a cláusula é válida, deverá passar de imediato à apreciação do segundo fundamento e pode, inclusive, manter a procedência da demanda, amparado na nulidade da sentença arbitral porque proferida fora dos limites estabelecidos pelas partes.

A existência do juízo de mérito bipartido dos recursos excepcionais faz com que haja necessidade de conferir identidade a cada uma dessas fases do julgamento.

É relevante notar, com efeito, que no exemplo anterior, da nulidade da sentença arbitral, quando o STJ cassa o fundamento acolhido pelo tribunal local, mas mantém a conclusão do acórdão recorrido (procedência da demanda) por outro fundamento, ele não está negando provimento ao recurso especial.

Em tal hipótese, o STJ dá provimento ao recurso para cassar a decisão que viola a lei federal, pois a cláusula arbitral é válida (*iudicium rescindens*), mas ao rejulgar a causa (*iudicium rescisorium*), mantém a mesma conclusão do acórdão (anulação da sentença), pelo outro fundamento (decisão arbitral proferida fora dos limites estabelecidos pelas partes).

Como se nota, a técnica de julgamento nessa espécie recursal impõe uma “dualidade de operações no julgamento de mérito”³⁸, que impõe a análise separada do juízo de cassação (*rescindens*) e do juízo de revisão (*rescisorium*).

Observe que o recorrente pode ser vitorioso na cassação e também no rejuízo, como pode ser vitorioso na primeira etapa e derrotado na segunda.

Ensina Barbosa Moreira, que

“vencido, com efeito, o juízo de admissibilidade, deve o órgão ad quem verificar previamente se a decisão impugnada contém na realidade o vício típico cuja alegação tornou cabível o recurso. Caso se responda afirmativamente a essa indagação, já fica certo, só por isso, que a decisão não pode substituir: impede cassá-la. Em posterior etapa se cuidará, então de substituí-la por outra.”³⁹

A não compreensão desse julgamento bifásico do mérito é que leva à conclusão, em nosso ver equivocada, de que a admissibilidade do recurso é suficiente para que o acórdão seja mantido por outro fundamento ou, em outras palavras, que, uma vez conhecido o recurso, pode o tribunal superior apreciar todos os fundamentos e questões da causa.

Não é incomum também notar essa falta de técnica na dinâmica de julgamento dos tribunais superiores, que, na medida em que reconhecem a violação à norma, passam automaticamente ao julgamento da causa, como se não existissem momentos e fases distintas.

Essa diferenciação é de extrema importância, pois a apreciação de outros fundamentos e questões da causa somente deve ser feita no juízo rescisório, o qual só se verifica após realizada a cassação do acórdão (juízo rescindente).

Se o tribunal superior cassa o acórdão, mas julga a causa de forma desfavorável ao recorrente, em razão de acolher outro fundamento, não se deve concluir que o recurso foi conhecido e improvido. Tomando como exemplo a ação anulatória da sentença arbitral referida, o recurso especial foi conhecido e provido para cassar o acórdão, mas a causa foi julgada procedente.

7. Conclusão

Ao longo deste artigo, procurou-se demonstrar que, tendo sido introduzido no Brasil como manifestação do sistema federativo então adotado, e nada obstante inspirado no

writ of error norte-americano, o recurso extraordinário modificou-se com o tempo e adaptou-se à natureza da Federação brasileira. Com isso, afastou-se do modelo americano e tomou caráter mais aderente às exigências do direito nacional.

Atualmente, pode-se dizer que os extraordinário e especial são recursos de revisão (e não de cassação). Afinal, além de cumprir a função de proteção do direito objetivo, têm por finalidade constitucional o rejuízo da causa. Por isso, então, o juízo de mérito desses recursos é bipartido em juízo de cassação (iudicium rescindens) e juízo de revisão (iudicium rescisorium).

É exatamente com base nessas premissas que devem ser interpretados o caput e o parágrafo único do art. 1.034 do CPC/15 (LGL\2015\1656): apenas em caso de constatação da violação ao direito objetivo no juízo rescindente – o que implica o provimento do recurso e a cassação do acórdão –, é que o tribunal passa a julgar a causa, ocasião em que pode analisar todos os fundamentos da demanda e da defesa constantes dos autos.

Nesse caso, percebendo o tribunal que, após a admissibilidade do recurso e a cassação do acórdão, os fatos da causa – tais como configurados – não permitem o seu rejuízo, devem os autos ser remetidos às instâncias ordinárias para que a causa seja julgada com base nas premissas indicadas no juízo de cassação.

8. Bibliografia

ARRUDA ALVIM, José Manoel de. O recurso especial na Constituição Federal de 1988 e suas origens. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário. São Paulo: RT, 1997.

ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro. São Paulo: RT, 2017.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Comentários ao Código de Processo Civil. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. V.

BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de direito processual civil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BUZAID, Alfredo. Estudos de direito. São Paulo: Saraiva, 1972. v. I.

BRANDÃO, Rodrigo. In: BRANDÃO, Rodrigo (Org.). Cortes constitucionais e Cortes Supremas. Salvador: JusPodivm, 2017.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. O recurso extraordinário e a Emenda n. 3 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Revista de Processo, São Paulo, n. 5, 1977.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Recurso especial, agravos e agravo interno. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CHEIM JORGE, Flávio. Teoria geral dos recursos cíveis. 8. ed. São Paulo: RT, 2017.

COSTA, Guilherme Recenta. Superior Tribunal de Justiça e recurso especial: análise da função e reconstrução dogmática. Dissertação de Mestrado. São Paulo: USP, 2011.

DANTAS, Bruno. Repercussão geral: perspectiva histórica, dogmática e de direito comparado: questões processuais. São Paulo: RT, 2008.

DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de direito processual civil. Salvador: JusPodivm, 2017. v. III.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A função das Cortes Supremas na América Latina. Fundamentos do processo civil moderno. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000. t.

II.

FERREIRA, Waldemar. A federação e o presidencialismo no sistema constitucional brasileiro. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 46, 1951.

FONSECA, João Francisco Naves da. A profundidade do efeito devolutivo nos recursos extraordinário e especial: o que significa a expressão "julgará o processo, aplicando o direito" (CPC/2015 (LGL\2015\1656), art. 1.034). Revista do Advogado, São Paulo, v. 126, 2015.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Recurso extraordinário e recurso especial. 9. ed. São Paulo: RT, 2006.

MARQUES, José Frederico. Instituições de direito processual civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969. v. IV.

MEDINA, José Miguel Garcia. Prequestionamento, repercussão geral da questão constitucional, relevância da questão federal. 7. ed. São Paulo: RT, 2017.

MOTTA FILHO, Candido. As transformações do federalismo. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 56, 1951.

NEGRÃO, Theotônio. O novo recurso extraordinário: perspectivas na Constituição de 1988. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 656, 1990.

NERY JR., Nelson. Questões de ordem pública e o julgamento do mérito dos recursos extraordinário e especial: anotações sobre a aplicação do direito à espécie (STF 456 e RISTJ (LGL\1989\44) 257). Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2008.

SANCHES, Sydney. Arguição de relevância da questão federal. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 627, 1988.

PRÜTING, Hans. A Admissibilidade do recurso aos tribunais alemães superiores. Revista de Processo, São Paulo, n. 9, 1978.

SILVA, José Afonso da. Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro. São Paulo: RT, 1963.

ZAVASCKI, Teori Albino. Jurisdição constitucional do Superior Tribunal de Justiça. Revista de Processo, São Paulo, 2012.

1 FERREIRA, Waldemar. A federação e o presidencialismo no sistema constitucional brasileiro. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 46, 1951. p. 115.

2 Assim: MOTTA FILHO, Candido. As transformações do federalismo. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 56, 1951. p. 198.

3 SILVA, José Afonso da. Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro. São Paulo: RT, 1963. p. 9.

4 BUZAID, Alfredo. Estudos de direito. São Paulo: Saraiva, 1972. v. I. p. 139.

5 SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 29.

6 MARQUES, José Frederico. Instituições de direito processual civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969. v. IV. p. 251.

7 Assim, referenciando a existência de uma longa crise no STF: CALMON DE PASSOS, José Joaquim. O recurso extraordinário e a Emenda n. 3 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 5, 1977. p. 43-60. No mesmo sentido, ainda, posteriormente: NEGRÃO, Theotonio. O novo recurso extraordinário: perspectivas na Constituição de 1988. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 656, 1990. p. 29-249; e MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 9. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 103 e ss.

8 É o que explicava o autor: "O STF foi organizado inicialmente com algumas atribuições que, digamos assim, não eram tão fundamentais para sua posição no Poder Judiciário nacional. Uma delas era a de ser o Tribunal de recursos ordinários em mandado de segurança e habeas corpus. Isso acarretou, depois de algum tempo, a impossibilidade para o STF (especialmente a partir do CPC de 1939, que unificou a legislação processual em todo país e aumentou, portanto, o número de recursos extraordinários) de dar conta do serviço que lhe fora atribuído" (Op. cit., p. 139-140).

9 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Op. cit., p. 74.

10 SANCHES, Sydney. Argüição de relevância da questão federal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 627, 1988. p. 262.

11 SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 450.

12 SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 456.

13 CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso especial, agravos e agravo interno*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 4.

14 BUZAID, Alfredo. Op. cit., p. 181.

15 SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 22.

16 ARRUDA ALVIM, José Manoel de. O recurso especial na Constituição Federal de 1988 e suas origens. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*. São Paulo: RT, 1997. p. 31.

17 Bruno Dantas afirma que as funções nomofilática e uniformizadora devem ser consideradas clássicas, ao passo que a dikelógica e a paradigmática assumem o predicado de contemporâneas, devendo-se reconhecer que ambas não foram "planejadas pelos mentores dos dois grandes modelos de tribunais de cúpula – o da Corte Suprema dos EUA e o da Corte de Cassação da França – [e] sobressaíram quando o exercício das atribuições ganhou dinamismo, relevando problemas e consequências não planejados" (DANTAS, Bruno. *Repercussão geral: perspectiva histórica, dogmática e de direito comparado: questões processuais*. São Paulo: RT, 2008. p. 57 e ss.).

18 José Miguel Garcia Medina observa que todas essas funções dos recursos excepcionais "se combinam", e, por causa disso, não arrola como função específica a uniformizadora, pois "quando a doutrina alude à função paradigmática, refere-se, de algum modo, à finalidade de uniformidade de interpretação" (Prequestionamento, repercussão geral da questão constitucional, relevância da questão federal. 7. ed. São Paulo: RT, 2017. p. 29).

19 Sobre a análise da função dikelógica nos países que adotam o sistema de revisão e de cassação dos tribunais de cúpula, veja-se: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais*

superiores no direito brasileiro. São Paulo: RT, 2017. p. 316 e ss.

20 É o que observa, com propriedade, José Miguel Garcia Medina: “Os tribunais superiores, a nosso ver, não adquiriram uma nova função, em virtude do CPC/2015. Afinal, o papel desses tribunais é delineado pela Constituição, e a lei infraconstitucional não pode alterar a sua configuração” (Op. cit., p. 57.)

21 A respeito de uma visão ampla dessas cortes na América Latina, veja, com proveito: DINAMARCO, Cândido Rangel. A função das Cortes Supremas na América Latina. Fundamentos do processo civil moderno. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000. t. II. p. 779 e ss. De modo mais amplo, e com vasta referência sobre o assunto, vale conferir a obra coletiva (In: BRANDÃO, Rodrigo (Org.). Cortes constitucionais e Cortes Supremas. Salvador: JusPodivm, 2017).

22 BUZAID, Alfredo. Op. cit., p. 124.

23 BUZAID, Alfredo. Op. cit., p. 130.

24 Nesse sentido, vale conferir: PRÜTING, Hans. A Admissibilidade do recurso aos tribunais alemães superiores. Revista de Processo, São Paulo, n. 9, 1978. p. 153-160. Segundo anota o autor: “O recurso com o qual pode-se chegar a um tribunal supremo chama-se ‘revisão’, sendo caracterizado por um reexame da causa, mas exclusivamente do ponto de vista em questão de direito, ao passo que um exame do aspecto fático do litígio nunca pode ter lugar”.

25 BUZAID, Alfredo. Op. cit., p. 184.

26 SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 45.

27 Esclarece, com propriedade, Guilherme Recena Costa, que, à exceção da Grécia, é praticamente inexistente sistema que mantém a cassação pura, impedindo, em qualquer hipótese, o julgamento do mérito da causa. Ressalta, ainda, que “a diferença teórica antes existente entre o modelo de cassação e de revisão teve seu sentido diminuído, embora muitos autores acentuem, ainda, a sobrevivência de uma ‘ideologia’ da cassação que conduz, na prática, ao escasso uso dos julgamentos sem reenvio” (Superior Tribunal de Justiça e recurso especial: análise da função e reconstrução dogmática. Dissertação de Mestrado. São Paulo: USP, 2011. p. 57).

28 Nesse sentido, fazendo referência expressa a ambos os juízos: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Comentários ao Código de Processo Civil. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. V. n. 226. p. 403; MARQUES, José Frederico. Op. cit., p. 274.

29 É o que observam, corretamente: MEDINA, José Miguel Garcia. Op. cit., p. 339. NERY Jr., Nelson. Questões de ordem pública e o julgamento do mérito dos recursos extraordinário e especial: anotações sobre a aplicação do direito à espécie (STF 456 e RISTJ 257). Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2008. p. 967; ZAVASCKI, Teori Albino. Jurisdição constitucional do Superior Tribunal de Justiça. Revista de Processo, São Paulo, n. 212, 2012. p. 15.

30 É o que registram: BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de direito processual civil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 721; FONSECA, João Francisco Naves da. A profundidade do efeito devolutivo nos recursos extraordinário e especial: o que significa a expressão “julgará o processo, aplicando o direito” (CPC/2015, art. 1.034). Revista do Advogado, São Paulo, v. 126, 2015. p. 125.

31 Nesse sentido: DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de direito processual civil. Salvador: JusPodivm, 2017. v. III. p. 321.

32 Assim: FONSECA, João Francisco Naves da. Op. cit., p. 125; MEDINA, José Miguel Garcia. Op. cit., p. 301; NERY Jr., Nelson. Op. cit., p. 968; ZAVASCKI, Teori Albino. Op. cit., p. 15 e ss.

33 Foi o que restou consignado nos votos do Min. Sepúlveda Pertence nos RE 298.695/SP e RE 298.694/SP, j. 06.08.2003, "Em máxima de que, o RE pela letra a, "conhecido há de ser provido", eu sempre recebi cum grano salis até pela fonte histórica da jurisprudência do Tribunal, que foi em uma dessas tantas jurisprudências em legítima defesa: em priscas eras, conhecido o recurso extraordinário, cabia embargos infringentes. Daí, essa fórmula de que, se não houvesse a violação – o que, a rigor, é o mérito do recurso extraordinário pela letra a – dele não se conhecia".

34 A Ementa dos acórdãos citados (RE 298.695/SP e RE 298.694/SP), ao que aqui nos interessa, restou assim redigida: "II. Recurso extraordinário: letra a: alteração da tradicional orientação jurisprudencial do STF, segundo a qual só se conhece do RE, a, se for para dar-lhe provimento: distinção necessária entre o juízo de admissibilidade do RE, a – para a qual é suficiente que o recorrente alegue adequadamente a contrariedade pelo acórdão recorrido de dispositivos da Constituição nele prequestionados – e o juízo de mérito, que envolve a verificação da compatibilidade ou não entre a decisão recorrida e a Constituição, ainda que sob o prisma diverso daquele em que se hajam baseado o tribunal a quo e o recurso extraordinário".

35 Em nosso sentir, a redação do art. 1.034, deveria ser assim: "Reconhecida a violação à norma constitucional ou federal, o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça julgará a causa, aplicando o direito".

36 MEDINA, José Miguel Garcia. Op. cit., p. 304.

37 Sobre o tema, remetemos ao que escreveu um dos autores deste artigo em obra de maior fôlego: CHEIM JORGE, Flávio. Teoria geral dos recursos cíveis. 8. ed. São Paulo: RT, 2017. p. 367.

38 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Op. cit., p. 403.

39 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Op. cit., p. 403-404.