O RECURSO ESPECIAL E AS DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS DESAFIADAS POR AGRAVO DE INSTRUMENTO

DEMÓCRITO RAMOS REINALDO*

A criação do Superior Tribunal de Justiça pela Constituição de 1988, como instância especial e intérprete maior da lei federal, ressuscitou vetusta discussão que grassava nos Tribunais, especialmente, na Suprema Corte, sobre o cabimento do *recurso especial* em agravo de instrumento oriundo de decisão monocrática, proferido em primeiro grau.

A controvérsia se reacendeu no âmbito dos órgãos jurisdicionais fracionários do STJ, com revérbero na Corte Especial, chegando a prevalecer, na 1ª Turma, o entendimento de que, "a expressão constitucional *causas decididas* (artigo 105, III, da Constituição Federal) não abrangeria, para o desafio através do recurso especial, arestos decorrentes de agravos de instrumentos contra decisões de juiz singular" (de primeira instância).

A rediscussão da matéria, além de sua indiscutível relevância, no momento em que, o número de processos que ocorreu ao Superior Tribunal de Justiça introjeta-no em crise só comparável a que afetou, em tempos idos (e já, agora, também) a Corte Suprema — causa primeira, aliás, da criação do STJ — adveio da própria evolução do sistema jurídico — constitucional brasileiro — com a promulgação da Carta de 1988, a vigência do Código de Processo Civil de 1974, a edição da Lei nº 8.038/90 e conseqüente revogação da Lei nº 3.396/58 e o artigo 541 da atual lei do processo.

Alterada a sistemática dos recursos no Código de Processo vigente, e, em particular, o procedimento do "agravo de instrumento", com as nítidas diferenciações entre este (na sua forma *retida*) e o antigo "agravo no auto do processo", não se justifica, já agora, a assertiva de que, "cabe o *especial* para o exame de *decisões* (no sentido mais amplo), ainda que não extingam o processo com ou sem julgamento de mérito". Os que, assim, pensam, se limitam ao deslumbre da jurisprudência predominante — construída na prevalência da legislação diferente — sem o desvelo de um reestudo acurado da legislação processual, para uma interpretação sistêmica desta, em conjugação com o preceito constitucional (artigo 105, III). Descuram-se,

* Ministro do Superior Tribunal de Justiça.

ainda, de que, a prevalecer essa compreensão, virá, em brevíssimo espaço de tempo, inviabilizar o STJ, sufocado por um volume descomedido de processos.

A interpretação restritiva, como se verá, a seguir, longe de prejudicar as partes, as beneficia, ensejando, com a desobstrução das pautas, julgamentos mais céleres, na instância derradeira.

Revivenciar a controvérsia, abrindo espaço para um reposicionamento da doutrina e da jurisprudência e despertar a atenção dos advogados militantes é o sentido predominante deste despretensioso trabalho.

1. A Constituição da República, ao estabelecer a competência — originária e recursal — dos órgãos da Justiça Federal (de primeiro e segundo graus) e das Instâncias Especiais (Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal), nos artigos 102 a 109, menciona o termo "causa" nove vezes ("causa em que figura como parte Estado estrangeiro"; "causa entre a União e os Estados ou Municípios", "causas fundadas em tratado"; "causa em que forem partes instituições previdenciárias"; "causas decididas por juízes e tribunais").

Entretanto, salvo nos casos de usar um termo jurídico consagrado e específico (como, por exemplo, mandado de segurança, *habeas corpus*, reclamação, revisão, conflito de competência, mandado de injunção, *habeas data* etc.), os vocáculos empregados pela Lei Magna são: "causa", "litígio", "ação" (artigo 102, I, "a", "e", "n", e III; artigo 105, II, "c", e III; artigo 108, II; artigo 109, I, II, e III, e §§ 1º, 2º e 3º).

Isso significa que o legislador constituinte, ao disciplinar, em capítulo próprio, matéria de escomunal relevância, qual seja, a de estipular a competência de Instâncias Especiais, utilizou-se de *termos essencialmente técnicos*, assim entendidos nos meios judiciais como na terminologia técnico-jurídica. *Causa,* segundo os dicionaristas, em linguagem forense, "é processo em que se debate e julga, ação, demanda, causa civil, causa criminal" (CALDAS AULETE, *Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa*, volume 1, página 741 — sem grifo no original). "Na técnica processual, *causa* se confunde com *demanda*. Empregam-se como vocábulos equivalentes. E esta acepção vem de que a causa é o fundamento legal do direito que se quer fazer valer perante a autoridade judiciária: causa, a razão, extensivamente passou a designar *processo judicial*, sendo, pois, equivalente, a *litígio*." (DE PLÁCIDO E SILVA, Vocabulário Jurídico, volume 1, página 321 — sem grifo no original).

"As expressões — preleciona o constitucionalista PINTO FERREIRA — devem ser usadas pelo legislador em seu sentido vulgar, salvo se se tratar de assunto técnico, quando então será preferida a nomenclatura técnica peculiar ao setor de atividade sobre o qual se pretende legislar." ("Revista de Informação Legislativa do Senado Federal", volume 89, página 183).

Como já se observou, alhures, no conferimento de competências aos diversos órgãos judiciários, o Constituinte não se desbordou, uma única vez — malgrado abusar da palavra "causa" — para o emprego de termo ou expressão de significação "vulgar", como, "in exemplis": "feito", "incidente", "questão", ou mesmo "processo", que tem conteúdo científico próprio (e sentido diverso do de "causa"). Deixou, o legislador, meridianamente clara a sua intenção de usar (ao disciplinar matéria de competência de Tribunais Maiores) exclusivamente da terminologia *jurídica,* com a preocupação mediata de ser compreendido e quiçá inspirado na lição

de que "a essência e conteúdo da lei não estão nas palavras, mas nas idéias, no espírito, nos superiores conceitos informadores da lei. O conteúdo espiritual dela é sempre muito mais rico do que o expressado literalmente." (ALÍPIO SILVEIRA *Hermenêutica no Direito Brasileiro*, volume 1, página 5 — sem grifo no original).

O juiz atribui aos vocábulos sentido resultante da linguagem vulgar; "porém, quando empregados termos *jurídicos* — ensina CARLOS MAXIMILIANO —, deve-se ter havido preferência pela linguagem *técnica*. No direito público usam mais dos vocábulos no sentido *técnico*; em direito privado, na acepção vulgar. Em qualquer caso, entretanto, quando haja antinomia entre os dois significados, prefira-se o adotado geralmente pelo mesmo legislador, conforme as inferências deduzíveis ao contexto" (*Hermenêutica e Aplicação do Direito*, página 143 — sem grifo no original).

"Como observa BIERLING (*Juristische Prinzipienlhre)* 1911, volume IV, páginas 214-215), em geral se emprega de preferência a linguagem técnico-jurídica no direito público, de modo que, caso surja diversidade de significações num mesmo vocábulo, o hermeneuta, entre a expressão científica e a vulgar, deverá preferir a primeira." (ALÍPIO SILVEIRA, obra citada, página 11).

No texto constitucional — como no dispositivo sob investigação — não há nenhum indício, por mais leve que seja (como exemplo, a conexão com outras palavras do artigo ou do capítulo, o uso de palavras, no mesmo capítulo, com significações diversas etc.) de que se possa inferir que o termo *causa* tenha sido empregado, pelo legislador, em sentido equivalente ao de *questão* ("questão é usada significando causa, demanda, litígio, pelo vulgo).

Se o Constituinte pretendesse conferir, ao preceito, um conteúdo mais amplo, seria bastante escrever: "julgar, em recurso especial, as *questões decididas*, em única ou última instância, pelos Tribunais", sem nenhuma dificuldade semântica e sem prejuízo algum à clareza e perfeição do texto. A presunção, portanto, em tema de *redação constitucional*, "é a de que o legislador se exprima em termos *técnicos*, evitando os *vulgares*", adotando a denominação *jurídico-científica* de "causa", quando, no contexto, cuidou de matéria de natureza, também, *técnica*, qual seja, a criação e as hipóteses de cabimento do recurso especial e a fixação de competência de um Tribunal de instância derradeira.

2. Antes de tentarmos, a seguir, uma interpretação integrada mediante a demonstração da correlação entre a "expressão constitucional" e o sistema de recursos, no Código de Processo Civil em vigor, é oportuno expender algumas palavras sobre a jurisprudência que se formou, no Supremo Tribunal Federal, acerca do tema.

Tenhamos presente, desde logo, que os arestos do Excelso Pretório atribuindo um elastério maior ao vocábulo *causa*, no texto constitucional, foram proferidos nos anos de 1961, 1965 e 1967 (recursos extraordinários nºs 53.124 e 57.728 e agravo de instrumento nº 24.434).

Não tenho, é evidente, nem o pejo nem a ousadia de discordar do entendimento firmado, na egrégia Suprema Corte, na década de 1960. Naquela época, ele se justificava, tanto é que prevaleceu, com o aval de conspícuos juízes e juristas. Era outro o Código do Processo Civil (o de 1939), com uma sistemática recursal diversa da que prevaleceu no Código de Processo Civil de 1974. Sobre o procedimento do recurso extraordinário vigia o artigo 863 do Código de Processo Civil de 1939,

alterado pela Lei nº 3.396, de 2 de junho de 1958, substituída, em 1974, pelo artigo 541 do Código de Processo Civil, com vigência até o advento da Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990, cujo artigo 44 os revogou.

Com efeito, o artigo 863 do Código de Processo Civil de 1939 tinha a seguinte dicção:

"Art. 863. Das *Decisões* proferidas em única ou última instância, caberá recurso para o Supremo Tribunal Federal, nos casos previstos no artigo 101, III, letras "a" e "d", da Constituição." (sem grifo no original).

Com a promulgação da Lei nº 3.396/58, citada, o artigo 863 da antiga Lei do Processo passou a ter a redação a seguir:

"Art. 863. Caberá recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal das *decisões* proferidas, em única ou última instância, pelos Tribunais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, nos casos previstos na Constituição Federal." (sem grifo no original).

Já o artigo 541, do atual Código de Processo Civil, estabeleceu:

"Art. 541. Caberá recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal das *decisões* proferidas por outros Tribunais, nos casos previstos na Constituição da República." (sem grifo no original).

Como se observa, ao tempo da formação jurisprudencial da Suprema Corte, segundo a legislação vigente "cabia recurso extraordinário das *decisões proferidas* por outros Tribunais". O substantivo *decisões* tinha, no Código de 1939, abrangência maior, acepção muito mais dilargante, compreendendo, até qualquer julgamento: acórdão, sentença, despacho. Até mesmo as decisões, em sentido lato, de juiz de primeiro grau (sentenças ou despachos) poderiam ser objeto do extraordinário (artigo 863).

O Código de Processo Civil de 1973 usou de igual expressão: "*das decisões proferidas* por outros Tribunais" (artigo 541), em antinomia, aliás, com os artigos 162 e 163, que fazem nítida distinção entre *acórdão, sentença, decisão* (interlocutória) e *despacho*. Não restava, pois, ao Supremo pretório, na prevalência dessa legislação, senão admitir o extraordinário manifestado contra *decisão*, entendida esta com amplitude e largueza.

A Lei nº 8.038, de 1990, não incidiu na erronia, revogando, desde logo, expressamente, no artigo 44, a Lei nº 3.396/58 e o artigo 541 do Código de Processo Civil, limitando o Cabimento dos *recursos extraordinário e especial "aos casos previstos na Constituição Federal"* (artigo 26). A alteração da legislação processual, sobretudo na parte dos *recursos*, impende ser considerada, por ter indiscutível repercussão na fixação do verdadeiro sentido da expressão constitucional — "*julgar causas decididas*". (artigo 105, III).

3. A Constituição de 1988, a par de instituir um Tribunal de Instância Excepcional, conferindo-lhe competências originária e recursal — criou um novo recurso — o *especial*, com feição de extraordinário, erigindo o Superior Tribunal de Justiça em intérprete máximo da lei federal, com função de unificar a jurisprudência dos Tribunais que lhe estão vinculados, em hierarquia, deixando a regulamentação dos procedimentos à legislação ordinária (Código de Processo Civil e Lei nº 8.038/90).

Destarte, há um entrelaçamento de tal ordem entre as normas constitucionais e o Código de Processo Civil — na parte pertinente ao sistema de recursos — que se não pode pretender uma interpretação isolada, de umas ou de outras, sem cotejá-las, numa integração recíproca. Os juristas, aliás, identificam um paralelo entre a disciplina do processo e o regime constitucional em que ele se desenvolve. "Todo o direito processual, como ramo do direito público, tem suas linhas fundamentais traçadas pelo direito constitucional, que fixa a estrutura dos órgãos jurisdicionais, que garante a distribuição da justiça e a declaração do direito objetivo e estabelece alguns princípios processuais; e o direito processual penal chega a ser apontado como direito constitucional aplicado às relações entre autoridade e liberdade. O direito processual é fundamentalmente determinado pela Constituição em muitos dos seus aspectos e institutos característicos. Alguns princípios que o informam são, ao menos inicialmente, princípios constitucionais, ou seus corolários." (ANTÔNIO CARLOS ARAÚJO CINTRA, "Direito Processual Constitucional", *in Teoria Geral do Processo*, página 75).

Constitui regra básica de hermenêutica a que se não pode interpretar uma norma, seja de lei ou de Constituição, de forma *isolada*, desarticulando-a do sistema jurídico a que está jungida. Consiste o processo sistemático, afiança CARLOS MAXIMILIANO, "em comparar o dispositivo sujeito a *exegese* com outros do mesmo repositório ou de leis diversas, mas referentes ao mesmo objeto. Por umas normas se conhece o espírito das outras... O direito objetivo não é um conglomerado caótico de preceitos; constitui vasta unidade, organismo regular, sistema, conjunto harmônico de normas coordenadas, em interdependência metódica, embora fixada cada um no seu lugar próprio. De princípios jurídicos mais ou menos gerais deduzem corolários; uns e outros se condicionam e restringem reciprocamente, embora se desenvolvam de modo que constituam elementos autônomos em campos diversos" (obra citada, páginas 165 e 166).

4. Na estria de uma interpretação sistemática, decorrente do confronto entre a expressão constitucional — *julgar causas decididas* — e a disciplina da interposição, do processamento e dos efeitos do agravo instrumentado, como preconizada no atual Código de Processo Civil (artigo 522 e § 1º), a conclusão que me parece mais correta — entendendo-se esta em função do que a ordem jurídica considera como sentido de justiça — é a de que não tem cabida o conhecimento, pelo STJ, de recurso especial manifestado contra acórdão proferido em agravo de instrumento desafiando decisão interlocutória de juiz de primeiro grau.

O Código de Processo Civil, ao indicar, no artigo 522, as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, dispôs:

"§ 1º. Na petição, o agravante poderá requerer que o agravo fique *retido* nos autos, a fim de que dele conheça o tribunal, preliminarmente, por ocasião do julgamento da apelação; reputar-se-á renunciado o agravo se a parte não pedir expressamente, nas razões ou nas contra-razões da apelação, sua apreciação pelo Tribunal." (sem grifo no original).

Nesta fase, façamos um esclarecimento rememorativo.

No Código de Processo Civil de 1939, embora persistam alguns aspectos de convergência, o recurso de *agravo* tinha diferente formulação. O agravo de instru-

mento era o recurso adequado para afrontar decisões proferidas em incidentes processuais, mas com o elenco delimitado no artigo 842. O agravo *no auto do processo* circunscrevia-se aos casos específicos, elencados em *numerus clausus* (artigo 851). Esses recursos não poderiam ter uso *indiferente*, pelas partes, já que os casos de cabimento de cada espécie (agravo de instrumento ou agravo no auto do processo) eram definidos em relação *exaustiva*. J. C. BARBOSA MOREIRA configurou, em síntese de inigualável clareza, a *índole do agravo do auto do processo* (que se distancia do atual agravo retido): "O cabimento do agravo no *auto do processo* cingia-se a determinados casos expressamente prescritos na lei (Código de 1939, artigo 851), e nesses não havia alternativa para a parte, a não ser a de omitir-se: não lhe era dado optar entre a *retenção* nos autos e a subida imediata, por meio de instrumento." (*Comentários ao Código de Processo Civil*, volume V, página 464).

Não se admitia, portanto, o recurso *indiferente*, mesmo consagrado pelo Código revogado o princípio da *fungibilidade* (artigo 810), porque, no caso, o uso do agravo de instrumento ao invés do agravo *no auto do processo* (ou a recíproca) configurava *erro grosseiro* cuja "inescusabilidade derivava da circunstância de se haver deduzido recurso impertinente, em substituição daquele expressamente previsto na lei" (*Revista Forense*, 91/123). "Os Tribunais recusaram sempre (na vigência do Código de 1939) o conhecimento de um recurso ao invés de outra espécie recursal cabível e adequada" (*RF*, 163/215, *Revista dos Tribunais*, 498/105; *RP*, 4/493) (STF).

Em suma: na vigência do Código de Processo de 1939, sendo outra a disciplina dos recursos, era, em ordem de princípio, impraticável a interpretação sistemática, conjugando-se normas da Lei do Processo e da Constituição Federal, visando ao desiderato que, agora, vigendo outra legislação, se tenta alcançar.

5. Na petição, repito, diz o atual Código (§ 1º do artigo 522), que "o agravante poderá requerer que o agravo fique *retido nos autos*, a fim de que dele conheça o tribunal, preliminarmente, por ocasião do julgamento da apelação". A interposição do agravo, com a manifestação da parte para que fique *retido* evita que a sentença a ser proferida na *causa* (abrangente ou não do mérito) transite em julgado, ou torne a matéria ventilada no agravo (retido), *preclusa*. O ataque das decisões interlocutórias, pela via do agravo *retido* tem a força de fazer com que a sentença (terminativa da causa, em primeira instância) fique com a sua eficácia *condicionada ao desprovimento desse agravo*, no dizente às questões nele articuladas. O agravo *retido* tem o efeito diferido — sem perda de sua natureza de agravo —, preservando as questões, nele suscitadas, do risco da *preclusão*, transferindo sua apreciação ao tribunal *ad quem*, como preliminar do julgamento da apelação. Pode ser manejado no processo de conhecimento, no de execução, no cautelar e nos procedimentos especiais. "Ocioso é acrescentar que, se agravante o vencedor, de modo nenhum se exige, para facultar-lhe o pedido de julgamento do agravo nas contra-razões, que a apelação venha da parte contrária. O apelante pode ser o Ministério Público, até aí na função de *custos legais*, ou terceiro prejudicado." (J.C. BARBOSA MOREIRA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, volume V, páginas 468 e 469).

O conhecimento do agravo *retido*, preleciona o processualista ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, não sofre óbice algum pela ausência de apelação *voluntária*, quando a sentença sobe ao reexame do Tribunal apenas por força do disposto no

artigo 475 do Código de Processo Civil. Exegese diversa não só poderia causar grave prejuízo à parte contrária à Fazenda, como infringiria o princípio fundamental da igualdade das partes, pois o reexame necessário abrange também as questões incidentais resolvidas em desfavor ao Poder Público (RF, 254/314).

Impende considerar que, de todas as decisões interlocutórias desafiáveis por agravo de *instrumento*, pode o recorrente pedir que ele fique *retido*. O dispositivo do artigo 522, § 1º, do Código de Processo Civil é peremptório e inadmite restrições. Não importa que se trate de incidentes processados em apartado, como, *ad exemplum* — a impugnação do valor da causa ou as exceções de impedimento ou suspeição. Sendo a hipótese de agravo de instrumento, poderá haver *retenção,* salvante as pouquíssimas exceções que decorrem da própria sistematização dos recursos, na legislação processual (*verbi gratia*, o agravo de instrumento contra decisão indeferitória do processamento dos recursos em geral, inclusive do especial e do extraordinário, mas que não se inserem no objetivo do presente trabalho.

O insigne TEHOTONIO NEGÃO, espiolhando todo o Código de Processo, com vistas à identificação de decisões em que, embora comportassem o agravo de instrumento, fosse inviável, todavia, a forma *retida*, escreveu: "No processo de execução, nem sempre cabe apelação e, neste caso, o agravo *retido* não teria como chegar à superior instância." (*Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*, 23ª edição, nota 11 ao artigo 522, página 353). Tenho, entretanto, a ousadia de discordar do eminente jurista. Em primeiro lugar, apesar de o agravo *retido* diferir o julgamento da matéria ao Tribunal, não perde a sua natureza de *agravo*, possibilitando o juízo de retratação. Ao depois, o processo de *execução*, ainda quando não forem opostos os embargos (se não ultimado sem o julgamento do mérito), só se extingue por uma das motivações previstas no artigo 794 do CPC, e a extinção só produz efeito quando declarada por *sentença*, sendo esta *apelável* (artigo 795 do Código de Processo Civil).

J. C. BARBOSA MOREIRA, em seus Comentários ao Código de Processo Civil, alinhou, casuisticamente, a quase totalidade das decisões que, no processo de execução, estão sujeitas ao *agravo* (obra citada, página 462).

Até mesmo na hipótese do artigo 558 e seu parágrafo único, do CPC — quando, ao agravo, poder-se-á conferir efeito de suspender a execução de certas medidas judiciais — nada impede que a parte faça a opção pelo agravo *retido*. Em casos expressamente definidos em lei, o juiz perante o qual se interpôs o agravo, ou o relator, pode, a requerimento da parte, "suspender a execução da decisão agravada", até o julgamento do recurso, pelo Tribunal. A competência, esclarece BARBOSA MOREIRA, "para decretar a suspensão antes da subida, remanesce no órgão *a quo*, ainda que o agravo fique *retido nos autos* e só venha a subir com a apelação porventura interposta contra a sentença; neste caso, pois, o agravante pode requerer a suspensão em qualquer momento anterior à execução da medida, ou mesmo em se tratando de providência que se protraia (como a prisão do depositário infiel) enquanto ela perdure. É intuitivo, contudo, que normalmente optará o agravante, em hipóteses tais, pela subida imediata" (obra e volume citados, página 472).

Pois bem: ficando, o agravo, *inserido* nos autos, a requerimento da parte, e uma vez encerrado o procedimento, no primeiro grau de jurisdição (com ou sem conhe-

cimento do mérito), se da sentença se interpuser *apelação* (com ou sem conhecimento do mérito), se da sentença se interpuser *apelação* (ou ela estiver submetida ao obrigatório duplo grau de jurisdição), ao Tribunal *ad quem* competirá, ao ensejo do respectivo julgamento, apreciar as questões objeto do agravo *retido*. É, portanto, este último *decisório* (proferido em última instância), aí, já abrangente das matérias discutidas nas decisões monocráticas de primeiro grau e daqueloutras que motivaram a *apelação*, que se deve atacar pela via do recurso especial.

Esta é a conclusão que me parece mais racional, com base em interpretação sistemática. Se prevalecente, reduzirá, em média, *vinte e cinco por cento dos recursos especiais*, na áreas de direito público (e quiçá, percentual muito mais elevado, na Seção de direito privado, em que são numerosas as questões processuais embutidas em agravos), sem nenhum prejuízo para as partes, porque delas não se retira a possibilidade do reexame de matérias — desde que contidas em agravo *retido*— pela instância superior, nem cria óbice intransponível que impeça esse reexame, nem configura, por isso mesmo restrição ilegal ao direito de recorrer.

Ao revés: em prevalecendo esse entendimento, direcionar-se-á a atividade das partes para o uso das formas recursais adequadas e cônsones com a economia processual, impedindo o manejo de recursos inúteis, que postergam, indefinidamente, prestação jurisdicional e afogam os Tribunais Superiores com incidentes protelatórios (em numeroso acervo de processos), dificultando ou impedindo-os, até, de cumprir a sua destinação constitucional, que é a de proferir juízo, em definição derradeira e irrefragável, sobre questões jurídicas de proeminente relevância, na interpretação da legislação federal.

6. A interpretação que defendo não incorre na censura impetuosa de alguns juízes:

"Não podemos, de forma alguma sufragar interpretações que cerceiem a competência do STJ quanto à salvaguarda da inteireza do direito público federal. As decisões dos Tribunais de apelação, mesmo proferidas em agravo, desde que apliquem lei federal, não podem nunca ficar sem a possibilidade de reexame deste Tribunal.

Caso contrário, passaríamos a ser Tribunais de última instância espalhados por todo o território nacional, cada um dando a última palavra, em termos de interpretação e aplicação de lei federal" (Embargos de Divergência nº 19.481/1).

O equívoco em que incorrem os que são avessos ao entendimento, aqui, defendido, sobre vislumbrarem a possibilidade de "cerceio à competência do STJ e da transformação de Tribunais ordinários em instâncias especiais", resulta de inexata compreensão da tese e da inexistência de discussão mais profunda sobre o alcance do tema.

Todavia, o entendimento que preconizo não me veio ao acaso, sem a devida meditação e sem que me debruçasse, ao longo do tempo, no estudo comparativo da Constituição e da legislação processual.

A apreensão dos que, dele, discordam, como se ouviu da exposição, não tem razão de ser. Não há restrição de competência do STJ. Não se quis, em momento algum, afastar as decisões interlocutórias do crivo do Superior Tribunal de Justiça. O que se pretende é racionalizar o uso do agravo.

Não é demais repetir, com apoio nas lições dos juristas, que o agravo de instrumento, hoje, considerado, recurso anacrônico e superado, não surte, na grande maioria das vezes, outro efeito prático, senão o da procrastinação (Theotônio Negrão, ob. citada, pág. 354). Tanto que, alguns juristas sugerem, ainda que *delege lata*, que se reconheça ao juiz o poder de indeferir, por falta de interesse, a formação do instrumento, impondo ao agravante o caminho da *retenção* (Moniz Aragão, Considerações Práticas Sobre o Agravo, Revista Forense, 246/65).

Adverte Barbosa Moreira, que negar a viabilidade da *retenção* é atitude que contravém de frente a uma aspiração generalizada e justa. A tendência que vai predominando é exatamente a oposta: prestigiar mais o agravo *retido*, cerceando o emprego da outra modalidade para evitar delongas a que costuma dar ensejo (Rev. de Processo 31/269).

Interposto o agravo na sua forma *retida* contra decisão interlocutória, as questões nela suscitadas, não *precluem*, mas ficam no aguardo do julgamento pelo Tribunal ordinário, conjuntamente com as demais matérias que objetivaram a demanda. Esse último julgamento fica sob a censura do Superior Tribunal de Justiça, acaso manifestado o *especial*. Não haverá, pois, nenhuma questiúncula, decidida no curso do processo, imune ao reexame da instância derradeira.

Do exposto, conclui-se:

a) o legislador constituinte, ao atribuir ao STJ competência para julgar, em *recurso especial*, as *causas decididas*, em única ou última instância, pelos Tribunais (artigo 105, III), conferiu à palavra *causa* o sentido *científico, técnico-jurídico*, inscrevendo-a na acepção de "ação", "demanda", "litígio", tanto quanto o fez com outros vocábulos, ao fixar o elenco de competências de juízos e Tribunais de Instância Especial (artigos 102, 105 e 109), por cuidar de assunto essencialmente *técnico*;

b) se o constituinte pretendesse imprimir, ao dispositivo (artigo 105, III), um conteúdo mais amplo, tê-lo-ia feito, escrevendo, em seu contexto: "*julgar*, em recurso especial, as *questões* decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais", sem dificuldade semântica e sem prejuízo à clareza e precisão do texto — *quod lex non distinquit, non distinguere possumus*;

c) ao conferir competência aos órgãos judiciários (em todo o capítulo III do Título IV da Constituição), o constituinte não se desbordou, uma única vez — apesar de abusar da palavra "causa" — para o emprego de termos ou expressões de significação vulgar, usando exclusivamente de terminologia jurídica, com o espírito preconcebido de evitar a confusão de conceitos ou dúvidas na aplicação de seus dispositivos;

d) de uma interpretação *sistemática* resultante do confronto entre a expressão constitucional — *julgar causas decididas* — e a disciplina da interposição, do processamento e dos efeitos do agravo de instrumento (Código de Processo Civil, artigo 522 e § 1º), a conclusão que me parece mais correta — entendendo-se esta em função do que a ordem jurídica considera como sentido de justiça — é a de que o STJ não deve conhecer de recurso especial manifestado em agravo de instrumento que desafia decisão interlocutória de juiz de primeiro grau, por ser a única condizente, a meu sentir, com os interesses da justiça e o princípio da economia processual;

e) essa conclusão — a mais racional, não acarretará prejuízo às partes, porque

destas não retira a possibilidade do reexame de matérias — desde que contidas em agravo *retido* — pelo Superior Tribunal de Justiça, nem cria óbice intransponível que impeça esse reexame e não configura, por isso mesmo, restrição ilegal (ou inconstitucional) ao direito de recorrer; essa interpretação, ao revés, direcionará a atividade das partes para o uso racional das formas recursais adequadas (preferindo sempre o manuseio do agravo *retido*) e congruentes com a economia processual, impedindo o manejo de recursos inúteis, que postergam, injustificadamente, a prestação jurisdicional e afogam as instâncias *especiais* com incidentes protelatórios, dificultando ou impedindo, até, o STJ de cumprir sua destinação constitucional, que é a de proferir juízo, em definição derradeira, sobre questões jurídicas de proeminente relevância, na interpretação da legislação infraconstitucional;

f) essa orientação não restringe o uso do agravo de instrumento, ao ponto de fazer letra morta do dispositivo do Código, que o instituiu (mesmo porque poderá ser manejado livremente na esfera das instâncias ordinárias); a parte continua com o direito de *opção* entre o agravo de instrumento e a sua forma *retida*; mas, não lhe atribuísse poderes *absolutos* na escolha do recurso — ou *instrumentado* ou *retido*; o limite do direito à opção da parte está em que deve obedecer o *princípio da economia processual*, que é o que consulta, prevalentemente, os interesses da justiça e da coletividade.

Há, de incidir, aqui, a vetusta parêmia: o direito não dá todo direito, nem o seu uso confere arbitrariedade. Levado às suas últimas conseqüências, já não se teria o uso regular, mas o abuso do direito, o que já os romanos profligavam com veemência com argumentos sintetizados no conhecido apotegma: *sumum jus summa injuria.*

No preâmbulo da Constituição, ao se constituir um Estado Democrático destinado a assegurar o exercício dos direitos individuais e sociais, se elegeu a *Justiça* como um dos valores supremos da sociedade. Torna-se curial que, ao exercer o seu direito, o titular terá que se amoldar aos interesses maiores do ideário da *Justiça* — em seu sentido mais abrangente — e que conduz com a realização do bem coletivo.

O processo, que é um meio, não pode exigir um dispêndio superior ao valor dos bens — ou da relevância da matéria — que estão em debate, que são o seu fim; uma necessária proporção entre o fim e os meios deve orientar a economia do processo e conseqüentemente, a atividade das partes, no âmbito do processo (conf. EDUARDO COUTURE, *Fundamentos de Direito Processual Civil,* página 188).

g) excepcionalmente, para os casos (aliás, ainda não identificados pelos processualistas) em que a jurisprudência vier a entender que não cabe, das decisões monocráticas de primeiro grau, o agravo em sua forma *retida*, aí, nada impede que o STJ conheça do *recurso especial* em agravo de instrumento (Código de Processo Civil, artigo 558);

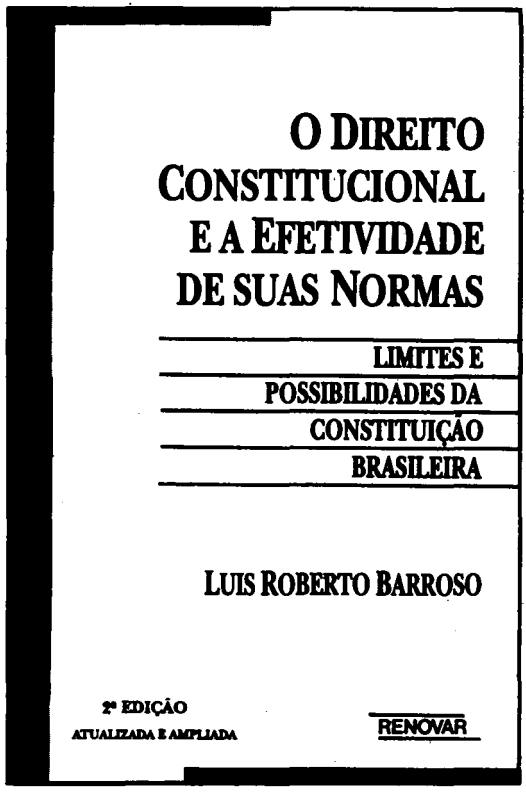
h) o entendimento do Supremo Tribunal Federal, ao conferir ao termo *causa* (na vigência de Constituição revogadas), o sentido amplo de *questão,* resultou de jurisprudência, em princípio com profundas divergências — entre Ministros e Turmas — construída em décadas anteriores a 1970, quando a composição do Excelso Pretório era inteiramente outra e legislação processual (Código de 1939) — na parte pertinente aos recursos — tinha disciplina diferente; promulgada a Constituição de 1988, revogado o Código de Processo Civil de 1939 e tendo em vista as alterações

previstas na Lei nº 8.038/90, artigo 44, a egrégia Suprema Corte de Justiça ainda não enfrentou a controvérsia, analisando o texto constitucional sob o pálio de uma interpretação sistemática, com as regras do Código de Processo Civil em vigor;

i) embora nas *causas* em que forem parte Estado estrangeiro ou organismo internacional, de um lado, e, de outro, Município, julgadas, em primeiro grau de jurisdição, pelos juízes federais, o recurso seja o ordinário para o STJ, o sistema de recursos é o do CPC (artigos 36 e 37 da Lei nº 8.038); pelo princípio da economia processual, a parte deve usar do agravo, na sua forma *retida*, para desafiar as decisões do juiz de primeiro grau (Lei nº 8.038/90, artigo 36, II); o Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar o recurso ordinário (CF, artigo 105, II, "c") decidirá, em conjunto, todas as questões fragmentárias inseridas nos agravos *retidos* e as demais motivadoras do litígio; desse decisório do STJ, proferido em última instância, é que poderá caber, nas hipóteses previstas na Constituição, recurso *extraordinário*; optando, a parte, pelo manejo do agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias dos juízes federais de primeira instância, se apreciados pelo STJ, poderão surgir tantos recursos extraordinários quantos forem os agravos instrumentados; entretanto, se se deve ou não conhecer desses recursos, é tarefa privativa do colendo Supremo Tribunal Federal.

j) A expressão constitucional *causas decididas* não pode ter compreensão dilargante a ponto de abranger, para justificar o conhecimento do apelo especial, arestos decorrentes de agravos instrumentados contra decisões do juiz de primeiro grau.

O conhecimento do recurso especial, em agravo de instrumento, exige que este se origine de uma decisão (em primeiro grau de jurisdição), que extinga o processo, com ou sem julgamento de mérito.



O DIREITO CONSTITUCIONAL E A EFETIVIDADE DE SUAS NORMAS

Luís Roberto Barroso

Nesta obra, o autor sai a campo em defesa da efetividade da Constituição — cercada de ameaças das mais diversas origens — apontando caminhos, abrindo perspectivas, descobrindo soluções. Com peculiar desenvoltura, examina os fatos históricos e os fenômenos políticos — bases de análise da "frustração constitucional" em nosso país. Em seguida, expõe com minúcia os diferentes mecanismos de efetivação das normas constitucionais, percorrendo, inclusive, todas as ações instituídas pela Carta de 1988, com destaque para o mandado de injunção, o controle da inconstitucionalidade por omissão e o mandado de segurança coletivo.

Ref. 0024 — Brochura. 449 págs. Form. 14x21