

## ASPECTOS DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO<sup>1</sup>

PEDRO GORDILHO<sup>2</sup>

1. Permitam-me dizer-lhes, em primeiro lugar, quanto estou feliz e agradecido por ter sido chamado a Salvador neste mês de maio de 2001, cidade onde nasci e que — passadas as muitas décadas que medeiam entre a conclusão do curso de Direito e esta manhã — continua guarnecendo meus melhores sentimentos, as minhas mais elevadas reminiscências. Com emoção e humildade penso nos muitos que me precederam nesse e em outros auditórios, uma longa lista que inclui muitos pensadores e operadores do Direito merecedores de nossa mais profunda admiração. Nessa qualidade, como paradigma, desejo ressaltar uma personalidade superior que avulta nesse quadro privilegiado, o prof. Calmon de Passos, que ontem abriu nosso Seminário, com sua vigorosa e brilhante advertência aos que pensam e operam o Direito: a crise do sistema é de natureza política.

2. Venho tentar lhes trazer a visão pragmática do tormentoso procedimento do recurso extraordinário, em alguns de seus aspectos mais relevantes. Não me comprometo a evitar a crítica, porque me coloco entre os dualistas, isto é, aqueles que operam sempre a distinção entre o fato e o direito, entre a análise crítica e a prescrição pontual. Por outro lado, o tema é árido e sei que dificilmente irei evitar o cansaço e a monotonia, em razão do que formulo, antecipadamente, um amplo e irrestrito pedido de escusas, pelo que vier a causar.

3. É reconhecido que o sentido da ação do pensador e do operador do Direito contempla não as coisas, senão as idéias, não lida com máquinas, mas com símbolos. Mas isso não os afasta do exercício de um certo poder político. No plano das idéias, a reformulação constante dos rumos da teoria ou da disciplina normativa significa verdadeiramente o espírito da investigação atenta. A crítica que lhes incumbe fazer

<sup>1</sup> Palestra pronunciada no dia 11.5.2001 na Escola Superior de Advocacia do OAB-BA.

<sup>2</sup> Advogado em Brasília

deve provocar um fervilhamento de idéias novas e impõe criação constante. Por isso se diz, com acerto, que o poder dos pensadores, dos operadores, é acima de tudo moral e se faz exercer por persuasão, nunca por correição.

\* \* \*

4. Primeiro, a quantidade de palavras que o advogado deve utilizar na redação do seu recurso extraordinário. O mínimo possível. Tomemos o clássico exemplo do Leonardo da Vinci. O fogo, ofendido porque a água, na panela, está colocada acima dele, sendo ele, o fogo, o *elemento superior*, começa a erguer cada vez mais alto as suas labaredas, até provocar a ebulição da água que, transbordando da panela, o extingue. Leonardo desenvolve o assunto em três versões sucessivas, todas incompletas, escritas em três colunas paralelas. Em cada coluna ele acrescenta um detalhe de cada vez, descrevendo como de uma pequenina brasa a chama começa a erguer-se em espirais por entre os interstícios da lenha até vir a crepitar e tomar corpo.

5. Mas logo o grande sábio se interrompe, como se dando conta de que não existe limite à minúcia com que se pode contar até a mais simples das histórias. Ou seja: até mesmo o relato da lenha que se acende no fogão da cozinha pode crescer do seu núcleo para se tornar infinito. A lição é essa: é preciso que, na elaboração do recurso extraordinário, o advogado se lembre desta simples história, oferecendo uma única versão, desprezando as minúcias que somente afastam a atenção do julgador e, finalmente, obedecendo a um ritual de absoluta e incontrastável rigidez. Isto porque o recurso extraordinário se insere numa das grades mais complexas do quadro recursal brasileiro. Um verdadeiro *champ de mines*, onde cada passo merece redobrada atenção, em face das muitas armadilhas que se foram criando para frustrar ao jurisdicionado o acesso ao tribunal superior, seja ao Superior Tribunal de Justiça, seja ao Supremo Tribunal Federal, como mostrou Theotonio Negão em modelar — e ainda de grande atualidade — conferência proferida em outubro de 1985 no Curso sobre “O Processo no Supremo Tribunal”, promovido pela Associação dos Advogados de São Paulo, que me ofereceu o roteiro a ser seguido (*Revista do Advogado*, AASP, n° 22, novembro/86).

\* \* \*

6. Um aviso preambular que me parece fundamental: antes do julgamento de seu recurso pelo Tribunal de segundo grau, deve o advogado preparar o quadro processual para a interposição do extraordinário, o que se faz através do prequestionamento, modelarmente justificado em acórdão Plenário do Supremo Tribunal proferido nos ERE 96.802 (Ag Rg), da lavra do Ministro Alfredo Buzaid (*RTJ*, 109-299). Convém ter presente os enunciados das duas súmulas que o consagram, n°s. 282 e 356:

*“SÚMULA Nº 282. É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.”*

*“SÚMULA Nº 356. O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.”*

7. Muitos ainda supõem que o prequestionamento, a que se referem as Súmulas 282 e 356, pode ser feito depois do julgamento do recurso pelo Tribunal de origem. É equivocada a suposição. A questão constitucional deve ser posta antes do julgamento, como explica o Ministro Marco Aurélio (Ag. 278.766-7, DJ, 22.2.01):

*“(... )*

*“Diz-se prequestionada certa matéria quando o órgão julgador pronuncia-se explicitamente a respeito, valendo notar a razão de ser do instituto: a viabilização do cotejo indispensável a que se conclua pelo enquadramento da hipótese em um dos permissivos que lhe são próprios.”*

8. O prequestionamento é, pois, requisito essencial ao cabimento do recurso: a matéria constitucional por este suscitada deve ter sido prequestionada, vale dizer, posta no recurso ordinário e *ventilada* no acórdão recorrido.

9. Existem situações em que há impossibilidade concreta de prequestionamento do tema antes do julgamento, o que ocorre, por exemplo, se este se realizou irregularmente, por falta ou defeito de publicação da pauta, ou omissão do nome do advogado, ou quando a matéria constitucional foi gerada pelo julgador de segundo grau.

10. O advogado deve apresentar, na Justiça local, os embargos de declaração, quer para pedir a nulidade do julgado por ofensa ao art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição, quer para cumprir o ritual das Súmulas 282/356. Há acórdãos de STF exigindo o procedimento (RTJ, 144-344).

11. Não existe prequestionamento implícito. É indeclinável, no cumprimento do requisito:

- que a matéria constitucional tenha sido ventilada no acórdão recorrido; ou,
- silente o acórdão, que seja reapresentada mediante embargos de declaração, para que sobre ela se pronuncie o Tribunal de origem.

12. É essencial que a matéria tenha sido examinada pelo acórdão recorrido, tenha sido discutida, tornando-se *res controversa*. No jargão oficial: é necessário que a matéria constitucional tenha sido prequestionada pela parte e *ventilada* pelo julgador. Não se pode acusar um acórdão de haver ofendido disposição constitucional que não lhe foi presente e sobre a qual o julgador não se pronunciou.

13. Sendo omissa a decisão recorrida, os embargos de declaração podem suscitar tanto questões de fato como de direito, para que sejam esclarecidas ou ventiladas. Esses embargos de declaração, visando a ventilação de matéria constitucional já posta no debate (ou suscitada, *prima facie*, pelo próprio acórdão), tiveram seus limites ortodoxos necessariamente ampliados por força das Súmulas 282/356, impondo-se ao julgador de segundo grau atender o pedido do embargante e não desprezá-lo, sob o fundamento de que se trata de matéria irrelevante, ou ficar silente, simplesmente desconhecendo-o.

14. Questão nova, nos embargos de declaração, impõe o não conhecimento do recurso extraordinário, por falta de prequestionamento. Tribunais locais adotam a solução, neste caso, de não conhecer dos embargos de declaração, já que no acórdão não houve qualquer omissão: não tinham os juízes de apreciar questão que, até o momento, não havia sido proposta.

15. Vale ressaltar os termos da Súmula 317: “São improcedentes os embargos declaratórios, quando não pedida a declaração do julgado anterior, em que se verificou a omissão”. Ocorrendo a falta no julgamento da apelação, mantendo-se a parte silente, ao interpor embargos infringentes, a matéria está preclusa. Não pode ser deduzida depois, sob a alegação de que teria sido omissa a decisão dos embargos infringentes, pois dele não é a omissão, mas do acórdão precedente que não foi embargado de declaração.

16. Se opostos para efeito de prequestionamento — cumprindo-se o ritual das duas Súmulas —, não podem, os embargos de declaração, ser taxados de protelatórios. Esse o Tribunal, apesar de apresentados, deixar de suprir a omissão, sob pretexto de sua inexistência, ou irrelevância de matéria, caberá recurso extraordinário. A questão é delicada. Qual deverá ser o fundamento do recurso extraordinário numa situação como esta?

17. O Supremo Tribunal vem de oferecer resposta conclusiva, na qual se restabelece a *ratio iuris* da exigência sumular. A resposta é: basta a oposição dos embargos declaratórios. É isto que o saudoso Ministro Victor Nunes, inspirador e realizador das Súmulas, prescrevia — não a arguição de nulidade do acórdão, por falta da prestação jurisdicional ou ofensa ao devido processo legal, como o Supremo exigiu nesses últimos anos. O advogado Cláudio Lacombe, em erudita monografia sobre o tema, mostra o paroxismo que a solução, já agora repudiada pelo Supremo, oferecia, no âmbito dos recursos do tipo extraordinário (*O Recurso Especial. As Questões de Fato e o Prequestionamento*, Rev. de Direito Renovar, v. 10, p. 35):

*“Veja-se uma possível consequência desta orientação. Argüida no recurso especial a nulidade da decisão recorrida, e declarado vício do julgamento, voltam os autos ao Tribunal local. Mas este pode se recusar a reconhecer o pecado e, conseqüentemente, a aceitar a penitência. E o recorrente? Deverá voltar ao Superior Tribunal de Justiça reclamando contra a decisão? É forçoso convir que a simples possibilidade deste percalço mostra que a doutrina desses acórdãos não se coaduna com o princípio da efetividade do processo, exigindo das partes e dos juízes um esforço de Sísifo, sem qualquer proveito para o Judiciário, já alquebrado pelo excesso da carga que sobre ele pesa.”*

18. A conclusão é, pois, no sentido de que a matéria constitucional (precedentemente colocada) estará ventilada apenas com a oposição dos embargos declaratórios, ficando dessa maneira atendido o requisito do prequestionamento independentemente da solução dada pelo julgador de segundo grau (RE 96.802, Min. Alfredo Buzaid; RE 102.133, Ministro Sydney Sanches). Este entendimento vem ressaltado, a todas as luzes, em julgados recentíssimos do STF, destacando-se RE 185.799-4, Min. Sydney Sanches (*DJ*, 18.2.2000), RE 219.934, Min. Octávio Gallotti, 14.6.2000 (Informativo do STF, nº 193, 12 a 16.6.2000) e RE 273.791/SP, Min. Sepúlveda Pertence, 15.8.2000, cuja ementa assinala (*DJ*, 15.9.2000):

*“RE: prequestionamento. Falta suprida por embargos de declaração, ainda que sobre o ponto não se haja manifestado a decisão que os rejeitou (...).”*

19. Como se vê, restabelecida a substancia das Súmulas 282/356, a oposição dos embargos declaratórios é suficiente para se ter como observado o *prequestionamento*. Não obstante — ainda que, *ad cautelam*, para se proteger de uma indesejada revisão futura do principio hoje vigente — pode, o advogado diligente, suscitar no RE, diante do silêncio do julgador de segundo grau em face de seus embargos de declaração, ofensa ao art. 5º, incisos LIV e LV, e 93, IX, da Constituição. Tais preceitos, como todos sabem, contemplam o direito da parte ver seus argumentos apreciados, impondo ao juiz o dever de considerar, seria e detidamente, as razões apresentadas, acolhendo-as ou as rejeitando, motivadamente.

\* \* \*

20. O recurso extraordinário só pode ser interposto de decisão final, isto é, de decisão de que já não caiba recurso ordinário na Justiça de origem (Súmula 281). Não é oferecido ao recorrente interpor o recurso extraordinário renunciando ao recurso ordinário cabível. Cumpre esgotar, antes, a instância ordinária.

21. O prazo para interposição de recurso extraordinário interrompe-se, para ambas as partes, pelo oferecimento de embargos de declaração (CPC, art. 538).

22. Continua vigente a Súmula 513: “*A decisão que enseja a interposição de recurso ordinário ou extraordinário não é a do plenário, que resolve o incidente de inconstitucionalidade, mas a do órgão (câmaras, grupos ou turmas) que completa o julgamento do feito.*”

23. Assinalo ainda que o recurso extraordinário somente pode ter por objeto as matérias sobre as quais não se formou preclusão. Uma questão resolvida não unanimemente em apelação e sobre a qual a parte vencida não opôs embargos infringentes escapa ao âmbito do recurso extraordinário contra o acórdão proferido na apelação. Do mesmo modo, se o acórdão do Tribunal de origem não conheceu do recurso, não há como discutir o mérito da questão na via extraordinária: o recorrente terá de limitar-se à demonstração de que o recurso deveria ter sido conhecido, sob pena de suprimir-se a instancia ordinária.

24. A petição de recurso extraordinário deve contemplar, necessariamente:

- precisa indicação de seu fundamento constitucional (art. 102, III, *a*, *b* ou *c*);
- a exposição dos fatos necessários à compreensão da questão constitucional;
- a demonstração do cabimento do recurso, por uma das alíneas da Constituição Federal, (art. 102, III);
- as razões do pedido de reforma da decisão recorrida.

25. A petição deve mencionar de modo escoreito os textos da Constituição dados como ofendidos. Se não o fizer, o recurso não será conhecido, por aplicação da Súmula 284:

*“É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia.”*

26. O Supremo Tribunal não conhece de recurso extraordinário senão obedecidos os limites da petição interpositiva. Não pode dizer que houve ofensa a preceito constitucional não pontualmente invocado. Em suma: não vigoram, para o recurso extraordinário, as conhecidas regras *jura novit curia* e da *mihi factum, dabo tibi jus*. O Tribunal somente aplica o direito constitucional invocado pelo recorrente.

27. A ofensa a preceito constitucional, para que autorize o recurso extraordinário, haverá de ser direta e não por via reflexa. Entende o Tribunal que — se, para provar a contrariedade à Constituição, tem-se, antes, de demonstrar a ofensa à lei ordinária — é esta que conta para a admissibilidade do recurso extraordinário. Como ofensa à Constituição também se haverá de entender a aplicação de dispositivo constitucional em hipótese na qual a mesma é, absolutamente, impertinente. Em tais termos, tanto viola a norma constitucional a decisão que não a considera quando deveria, como a decisão que a invoca em hipótese na qual a mesma é de todo impertinente. Vale ressaltar a ementa do RE 128519, no trecho pertinente ao tema (Plenário, Relator Ministro Marco Aurélio, DJ, 08.03.91):

*“(…)”*

*“Recurso extraordinário — violação a lei. Tanto vulnera a lei o provimento judicial que implica exclusão do campo de aplicação de hipótese contemplada, como o que inclui exigência que se lhe mostra estranha.”*

28. As questões de fato, como se sabe, são inacessíveis ao recurso extraordinário. Está na Súmula 279: “*Para simples reexame da prova não cabe recurso extraordinário*”. O exame e o reexame da prova cabem ao Juiz e ao julgador de segundo grau. É tarefa que toca apenas às instâncias da prova, que decidem com base nos elementos existentes no processo, avaliando-os segundo critérios críticos e racionais (CPC, 131, 436). Há liberdade de convicção — não formação arbitrária —, devendo ser motivado o convencimento dos juízes e julgadores de segundo grau (CF, 93, IX, CPC, 131, 165, 458, II), que estão impedidos de desprezar as regras legais sobre prova acaso existentes (CPC, 334, IX) e as *máximas de experiência* (CPC, 335).

29. O recurso extraordinário, portanto, não propicia reapreciação de prova. No julgamento do recurso extraordinário levam-se em consideração somente os fatos descritos no acórdão recorrido. Sempre que possível deve o advogado, em lugar de reescrever o relato dos fatos, reproduzir literalmente a descrição que está no acórdão. Mas a partir de tais fatos, reconhecidos pelo Tribunal de origem, pode surgir uma questão constitucional, desde que o julgador de segundo grau lhe tenha dado errada qualificação que estenda ou diminua os limites do preceito constitucional invocado. É a chamada má qualificação jurídica da matéria de fato. Se a Constituição diz que são bens da União “*as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios*” — oferecendo critérios objetivos para essa aferição (CF, 20, XI, c/c 231 e parágrafos) — e o acórdão de segundo grau nega, a certa terra que preencha o requisito, tal titulação, cabe recurso extraordinário pela má qualificação jurídica do fato, para ter-se como ofendido o preceito constitucional que consagra a titularidade da União sobre as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.

\* \* \*

30. O prazo para interposição do recurso extraordinário é de 15 dias e o preparo, no Tribunal de origem, deve ser comprovado no momento da interposição (CPC, 508, 525, § 1º, Resolução do STF nº 199, 31.5.2000, que Dispõe sobre a Tabela de Custas).

\* \* \*

31. O Supremo Tribunal admite medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso extraordinário (RISTF, 304). Se ainda não admitido, a medida deve ser apreciada pelo Presidente do Tribunal *a quo*, vigorando, se o recurso extraordinário vier a ser admitido, até que o Supremo Tribunal a ratifique, ou não (STF, Pet. 1881, 11.2.2000, Min. Moreira Alves). Se assim não fosse, ficaria configurada, no entre-tempo, a não existência de órgão do Poder Judiciário competente para conhecer das medidas cautelares urgentes, uma vez ainda não aberta, com a só interposição do RE, a jurisdição do STF. E isso é inadmissível em face dos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da inafastabilidade do controle jurisdicional. O mesmo princípio — e por idêntico motivo — se aplica na hipótese de

retenção de recurso extraordinário (CPC, 542, § 3º), como decidiu o Tribunal nas petições 2.150 e 2.151 (Min. Octávio Gallotti, 10.10.2000, *Informativo STF*, 9ª 13.10.2000). Mas se já admitido o RE na origem, cabe ao próprio Supremo Tribunal conceder o efeito suspensivo até a decisão a ser nele proferida, desde que presentes os requisitos, rigorosamente apurados (Pet. 2.254, Min. Sepúlveda Pertence, 13.3.2001, *Informativo STF*, 12 a 16.3.2001).

\* \* \*

32. O recurso extraordinário interposto de acórdão em decisão interlocutória tomada em processo de conhecimento, cautelar, ou embargos à execução, ficará retido nos autos e somente será processado se o reiterar a parte, dentro do prazo para a interposição do recurso contra a decisão final, ou para as contra-razões (CPC, 544, § 3º), cabendo ao Presidente do Tribunal de segundo grau reter o processamento do recurso contra o acórdão em tais circunstâncias. O recurso, nessa hipótese, não terá andamento enquanto não sobrevier a intimação da decisão tomado pelo STF (ou pelo STJ, se for o caso) no recurso contra a decisão final.

\* \* \*

33. E se o acórdão recorrido contém fundamentos *suficientes* — isto é, fundamentos que, sozinhos, bastem para sustentá-lo —, de natureza constitucional e infraconstitucional? Nesse caso impõe-se a interposição de recursos extraordinário e especial, porque o trânsito em julgado do fundamento constitucional, suficiente por si só para manter o acórdão, prejudica o exame do fundamento infraconstitucional. No sentido inverso dá-se o mesmo: fica prejudicado o RE se o STJ, embora mantendo a conclusão do acórdão recorrido, alterou a fundamentação deduzida pelo Tribunal *a quo*, introduzindo-lhe fundamento infraconstitucional suficiente (RE 292.370-MG, Min. Sepúlveda Pertence, 18.12.2000, *Informativo STF*, 18 a 19.2.2000).

\* \* \*

34. Em dado momento procurou-se, mediante recurso extraordinário, obter revisão de julgado do STJ, sob o fundamento de que, não admitindo o recurso especial — que, ao ver do recorrente, contemplava amplamente os requisitos de sua admissibilidade — teria violado o art. 105, III, alínea *a*, da Constituição. O Supremo Tribunal rejeitou a preposição. Entendeu que, vitoriosa a tese, o STF passaria a julgar o recurso especial, labor que não se contém em sua missão. Além disso, a verificação da ocorrência dos pressupostos cabe ao STJ. Finalmente porque, na hipótese do STJ não conhecer do recurso especial, em razão de interpretação equivocada da matéria sob julgamento, terá ocorrido apenas ofensa direta à norma infraconstitucional. A

ofensa à Constituição teria sido, quando muito, indireta, o que não autoriza o recurso extraordinário (Ag Ag 161370-1, Min. Sydney Sanches, Rev. *Renovar*, 3-91).

\* \* \*

35. Que proposições devem, as contra-razões, contemplar (CPC, art. 542, *caput*)?

36. As contra-razões não se limitam ao cabimento. Apreciam o mérito do recurso, porque, se deferido no juízo de admissibilidade, são estas contra-razões que, nos autos, subirão ao STF. O recorrido não terá outra oportunidade para contrariar o recurso. Além de demonstrar que o recurso não atendeu aos requisitos constantes da disciplina constitucional, processual e pretoriana sufragada, o recorrido poderá sustentar aspectos outros, a saber:

- sua intempestividade;
- visar reexame dos fatos;
- a existência, no acórdão, de fundamento inatacado (Súmula 283), bastante, por si só, para a subsistência da decisão recorrida;
- não observância do requisito do prequestionamento;
- ofensa apenas reflexa de disposição constitucional.

\* \* \*

37. O recurso será admitido ou denegado pela Presidência ou VicePresidência do Tribunal recorrido, em despacho motivado. Admitidos o extraordinário e o especial, o art. 543 e seus parágrafos do CPC contemplam uma disciplina que prevê as varias hipóteses possíveis, devendo os autos serem remetidos do STJ.

\* \* \*

38. Cabem embargos de declaração contra a decisão que admite ou denega o recurso extraordinário, quando omissa, obscura ou contraditória.

\* \* \*

39. Admitido o RE, nenhum recurso cabe. Já decisão denegatória comporta agravo de instrumento para o STF, no prazo de 10 dias (CPC, art. 544), que deverá

ser preparado no Tribunal de origem, com o pagamento das despesas de remessa e retorno dos autos (CPC, 525, § 1º, Resolução nº 199, de 31.5.2000, do STF).

40. Se o recurso extraordinário for deferido em parte não há necessidade de interposição de agravo: o STF apreciará toda a matéria colocada no recurso (Súmulas 292 e 528).

41. O agravo de instrumento somente poderá ser obstado no Tribunal de origem em razão de sua deserção. Se ficar indevidamente retido cabe reclamação ao STF.

42. A petição de agravo de instrumento deve conter os requisitos especificados no art. 523 do CPC e, quanto às peças obrigatórias, serão as mencionados no art. 544, parágrafo único, além de outras, sem as quais o julgador ficará em dúvida sobre a exatidão dos fundamentos do recurso extraordinário e do próprio agravo. Deve conter, necessariamente, as razões do pedido de reforma da decisão. É condição de provimento do agravo de instrumento que se volte seu texto contra a argumentação do despacho agravado de modo convincente. Prescreve a Súmula 287:

*“Nega-se provimento ao agravo quando a deficiência na sua fundamentação, ou a do recurso extraordinário, não permitir a exata compreensão da controvérsia.”*

43. Continua em vigor a Súmula 288: *“Nega-se provimento a agravo para subida de recurso extraordinário quando faltar no traslado o despacho agravado, a decisão recorrida, a petição de recurso extraordinário ou qualquer peça essencial à compreensão da controvérsia.”* Foi esta Súmula que sugeriu a inserção de novas exigências que escaparam ao controle dos advogados, mesmo os mais diligentes, deixando-os em situação de extremo desconforto. É que além das exigências que o enunciado contém (somadas a outras, supervenientes, da disciplina processual), passou o Supremo a exigir a prova da tempestividade do próprio recurso extraordinário já no traslado do agravo — antes mesmo de estabelecê-la em preceito regimental —, arquivando centenas de agravos de instrumento que não continham a certidão, porque interpostos quando nem a doutrina, nem o sistema processual positivo, nem a jurisprudência, exigiam tal comprovação.

44. Foi aí que se criaram os empecilhos letais aos agravos de instrumentos *et pour cause* aos recursos extraordinários, cujo processamento os agravos visavam.

45. O dever de vigilância na formação do instrumento chega ao limite da agonia. Mesmo que se trate de peça obrigatória, mencionada no art. 544, parágrafo único, do CPC, e que o agravante haja mencionado, na petição, sua transcrição, se esta não está nos autos o agravo de instrumento será arquivado. Ficamos desarmados à subtração fraudulenta de folhas ou peças essenciais, o que pode alcançar mortalmente o procedimento.

46. É preciso que se exerça vigilância, porque o traslado é ônus processual do agravante, como se extrai do § 1º do 544/CPC (*“Sob pena de não conhecimento”*).

47. O rigor é extremo: se não há nos autos a peça que deve ser trasladada o agravante deve fazer prova, mediante certidão. Tanto é ônus processual do agravante que a admissão do recurso da outra parte não o dispensa do traslado da peça no seu

agravo de instrumento. Não atendido, incorpora-se à outra parte o direito de reclamar a aplicação da penalidade, tal como ocorre com a deserção.

48. Tudo que é essencial à avaliação do mérito do recurso extraordinário — além, claro, das peças obrigatórias — deve integrar o traslado. E para tentar se proteger contra aquela subtração que suja o procedimento deve o advogado diligente mencionar as peças que fazem parte do seu traslado e carimbá-las, folha por folha, rubricando-as com a fé de seu ofício. Terá a seu favor, na hipótese de subtração criminosa, a presunção de haver trasladado efetivamente a peça para o instrumento.

49. A exigência da prova da tempestividade do RE indeferido inexigível desde sempre, mas ainda assim fundamentando, como disse, número incalculável de despachos que indicaram, surpreendendo as partes e seus advogados, a falta dessa prova como justificativa ao desprovimento dos agravos — atualmente está regulamentada pela Res. 140, de 1.2.96, do STF. É tal a rigidez que o Supremo não admite, como prova da tempestividade, a formal e solene declaração do despacho de admissibilidade. Tem como indeclinável a menção à data do Diário de Justiça. (Ag Rg 295.372, Ministra Ellen Gracie, DJ, 16.3.01).

\* \* \*

50. O Relator do agravo poderá dar provimento ao RE, se o acórdão recorrido estiver em confronto com Súmula, ou, se o instrumento contiver os elementos necessários ao julgamento do mérito, determinar sua conversão, observando-se o procedimento relativo ao RE, salvo se houver recurso especial que deva ser julgado em primeiro lugar (CPC, 544, §§ 3º e 4º).

51. Se interposto fora de prazo, o agravo, mesmo assim, deve ser remetido ao STF, sob pena, como disse, de fundada alegação de usurpação de competência do Tribunal, justificando a reclamação (RISTF, 156). Se for julgado deserto, por falta de preparo, caberá novo agravo de instrumento para o STF, de acordo com a jurisprudência. (RTJ, 142-385).

\* \* \*

52. Da decisão do Relator que não admitir o agravo de instrumento, negar-lhe provimento ou reformar o acórdão recorrido, caberá agravo no prazo de cinco dias, observando-se as regras processuais constantes do art. 557, §§ 1º e 2º, do CPC, que contém a disciplina da atuação monocrática do Relator no caso de recurso extraordinário. É agravável, pois, a decisão que reforma o acórdão recorrido, mas continua irrecurável o despacho que dá provimento ao agravo (RTJ, 137-920).

\* \* \*

53. Cabe-me ainda uma palavra sobre o recurso adesivo. O Regimento Interno do Supremo Tribunal o admite no § 1º do art. 321: vencidos autor e réu, qualquer

deles poderá aderir ao recurso da outra parte, aplicando-se ao recurso adesivo as regras de admissibilidade, preparo e julgamento do RE, não sendo processado ou conhecido quando houver desistência do recurso principal, ou for este declarado inadmissível ao deserto. Admitido o RE pelo Tribunal ou pelo Relator de agravo de instrumento, poderá o recorrido interpor recurso adesivo, juntamente com a apresentação de suas contra-razões.

\* \* \*

54. Temos visto, pois, em fugaz visão caleidoscópica, alguns aspectos do recurso extraordinário. É imprescindível, meus caros colegas, que todos nós, sem desobedecer aos preceitos legais, aos princípios doutrinários e à elaboração jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, guardemos uma postura atenta e crítica diante daquilo que nos parece merecedor de reflexão e censura.

55. Se a Corte cria um embaraço que torna praticamente inalcançável o exame do recurso, tal como fez em vários e diferentes momentos da sua longa História — embaraços contendo exigências que, com todas as homenagens ao Tribunal, nem sempre traduziram um aperfeiçoamento da sistemática processual — o advogado deve exercer o seu poder político de formular a crítica sem preconceitos, sem temor de desagradar o julgador, mas, sobretudo, sem perder sua fé no ideal que a Corte representa. A postura do advogado deve ser sempre a de Voltaire no combate às coisas acabadas e intangíveis: *“A quem um dia me perguntou com que trecho de meus escritos eu me definiria, apontei a conclusão do prefácio de ‘Itália Civile’: Da observação da irredutibilidade das crenças últimas extrai a maior lição de minha vida. Aprendi a respeitar as idéias alheias, a deter-me diante do segredo de cada consciência, a compreender antes de discutir, discutir antes de condenar. Mas detesto os intocáveis.”*

56. Chegamos ao final. A aridez do tema não me permitia supor tão concentrada atenção.

Muito obrigado a todos.