

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
PUC-SP**

**HÉLIO RUBENS BATISTA RIBEIRO COSTA**

**O RECURSO EXTRAORDINÁRIO E A EMENDA  
CONSTITUCIONAL N.º 45/2004: UMA ABORDAGEM  
TELEOLÓGICA DA NOVA CONFIGURAÇÃO  
CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL**

**MESTRADO EM DIREITO**

**SÃO PAULO  
2007**

# **Livros Grátis**

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
PUC-SP**

**HÉLIO RUBENS BATISTA RIBEIRO COSTA**

**O RECURSO EXTRAORDINÁRIO E A EMENDA  
CONSTITUCIONAL N.º 45/2004: UMA ABORDAGEM  
TELEOLÓGICA DA NOVA CONFIGURAÇÃO  
CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL**

**MESTRADO EM DIREITO**

Dissertação apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito (Direito das Relações Sociais, Sub-área de Direito Processual Civil), sob a orientação do Professor Doutor Francisco José Cahali.

**SÃO PAULO  
2007**

**Banca Examinadora**

---

---

---

## DEDICATÓRIA

Àqueles que me ensinaram a dar os primeiros passos, porque foram eles que me trouxeram até aqui.

Ao meu pai, RUBENS BATISTA DA COSTA, que me ensinou a jogar futebol e a advogar – e as pessoas têm dito que, como jogador (atleta de fim de semana), saí um bom advogado –, meu superior – e ainda assim, desproporcional – agradecimento.

À minha mãe, MARIA APARECIDA RIBEIRO COSTA, *in memoriam*, que me ensinou a ler e a escrever, porque hoje a leitura e a escrita servem, senão para outra coisa, para manter acesa a chama da sua presença, pois tudo o quanto eu leia, ou escreva, me traz viva a lembrança de quando ela pegava minha mão para que pudéssemos, juntos, ler e escrever.

E se já não foi falado, que fique escrito e seja lido: “como é grande o meu amor por vocês”.

Nunca se esqueçam.

## AGRADECIMENTOS

Sensação de dever cumprido, é o que me deu depois do ponto final.

Lembrei-me do DRUMMOND – nosso maior poeta e também cronista de primeira – e da sua **Sondagem**<sup>1</sup>, que reproduzo:

“O carteiro, conversador amável, não gosta de livros. Tornam pesada a carga matinal, que na sua opinião, e dado o seu nome burocrático, devia constituir-se apenas de cartas. No máximo algum jornalzinho leve, mas esses pacotes e mais pacotes que o senhor recebe, ler tudo isso deve ser de morte!

Explico-lhe que não é preciso ler tudo isso, e ele muito se admira:

- Então o senhor guarda sem ler? E como é que sabe o que tem no miolo?
- Em primeiro lugar, Teodorico, nem sempre eu guardo. Às vezes dou aos amigos, quando há alguma coisa que possa interessar a eles.
- Mas como sabe que pode interessar, se não leu?

Esclareço a Teodorico que não leio de ponta a ponta, mas sempre abro ao acaso, leio uma página ou umas linhas, passo os olhos no índice, e concludo.

Meu crédito diminui sensivelmente a seus olhos. Não lhe passaria pela cabeça receber qualquer coisa do correio sem ler inteirinha.

- Mas, Teodorico, quando você compra um jornal se sente obrigado a ler tudo que está nele?
- Aí é diferente. Eu compro o jornal para ver os crimes, o resultado do seu-talão-vale-um-milhão etc. Leio aquilo que me interessa.
- Eu também leio aquilo que me interessa.
- Com o devido respeito, mas quem lhe mandou o livro desejava que o senhor lesse tudinho.
- Bem, faz-se o possível, mas...
- Eu sei, eu sei. O senhor não tem tempo.
- É.
- Mas quem escreveu, coitado! Esse perdeu o seu latim, como se diz.
- Será que perdeu? Teve satisfação em escrever, esvaziou a alma, está acabado.

A idéia de que escrever é esvaziar a alma perturbou meu carteiro, tanto quanto percebo em seu rosto magro e sulcado.

- Não leva a mal?
- Não levo a mal o quê?
- Eu lhe dizer que nesse caso carece prestar mais atenção ainda nos livros, muito mais! Se um cidadão vem à sua casa e pede licença para contar um desgosto de família, uma dor

---

<sup>1</sup> Crônica de Carlos Drummond de ANDRADE publicada no ano de 1959 (**A bolsa e a vida**, Rio de Janeiro, Record).

forte, dor-de-cotovelo, vamos dizer assim, será que o senhor não escutava o lacrimal dele com todo o acatamento?

– Teodorico, você está esticando demais o meu pensamento. Nem todo livro representa uma confissão do autor, ainda ontem você me trouxe uma publicação do Itamaraty sobre o desenvolvimento da OPA, que drama de sentimento há nisso?

– Bem, nessas condições...

– E depois, no caso de ter uma dor moral, escrevendo o livro o camarada desabafa, entende? Pouco importa que seja lido ou não, isso é outra coisa.

Ficou pensativo; à procura de argumento? Enquanto isso, eu meditava a curiosidade de um carteiro que se queixa de carregar muitos livros e ao mesmo tempo reprova que outros não os leiam integralmente.

– Tem razão. Não adianta mesmo escrever.

– Como não adianta? Lava o espírito.

– No meu fraco raciocínio, tudo é encadeado neste mundo. Ou deveria ser. Uma coisa nunca acontece sozinha nem acaba sozinha. Se a pessoa, vamos dizer, eu, só para armar um exemplo, se eu escrevo um livro, deve existir um outro – o senhor, numa hipótese – para receber e ler esse livro. Mas se o senhor não liga a mínima, foi besteira eu fazer esse esforço, e isso é o que acontece com a maioria, estou vendo.

– Teodorico! você... escreveu um livro?

Virou o rosto.

– De poesia, mas agora não adianta eu lhe oferecer um exemplar. Até segunda, bom domingo para o senhor.

– Escute aqui, Teodorico...

– Bem, já que o senhor insiste, aqui está o seu volume, não repare os defeitos, ouviu? Esvaziei bastante a alma, tudo não era possível!” (1959)

Decerto haverá defeitos, houve igualmente muito esforço e a alma aqui permanece.

E por falar em alma, ainda há tempo de lembrar PESSOA: “tudo vale a pena, quando a alma não é pequena.”

Cresci muito estudando o recurso extraordinário. Posso dizer que tenha sido um crescimento extraordinário.

Que também outros possam crescer a partir das dúvidas e estudos aqui lançados.

Agradeço-lhes:

RICARDO PONTES VIVACQUA, enquanto precursor da idéia do meu mestrado.

Aos amigos e colegas de trabalho do Lodovico e Costa – Advogados Associados, na pessoa do meu sócio, HUMBERTO ANTONIO LODOVICO e da minha afilhada e amiga há vinte anos JULIANA NORDER FRANCESCHINI que, iguais a Jó, tiveram paciência incomum e na pessoa de seu consultor jurídico, Dr. PAULO SALVADOR FRONTINI, cujo raciocínio é superior e a conduta, leal.

Dois juizes e amigos de superior cultura jurídica e notável caráter humanista: Desembargador Barreto Fonseca, do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, *amicus certus in re incerta cernitur*, e Ministro Franciulli Netto, *in memoriam*, exemplos ambos de magistrados e honradez.

Aos amigos e colegas do IASP e da Comissão dos Novos Advogados, na pessoa da presidente MARIA ODETE DUQUE BERTASI, que me tem concedido oportunidades raras e honradas.

Aos professores da Faculdade Paulista de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, dos cursos de bacharelado e pós-graduação, dentre outros, notadamente JOSÉ GASPAR GONZAGA FRANCESCHINI, de quem aprendi o gosto e o respeito pelo Direito; ANTONIO CARLOS MUNIZ, de quem assisti superiores e memoráveis aulas de processo civil (daí o gosto pela matéria...); ANDRÉ RAMOS TAVARES, CÁSSIO SCARPINELLA BUENO, LUIZ MANOEL GOMES JUNIOR, SERGIO SHIMURA, TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER E WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO, todos decisivos para a escolha do tema, dada facilidade que o propagam; NELSON LUIZ PINTO e WILLIAM SANTOS FERREIRA, que me concederam a oportunidade de participar de suas equipes de trabalho; JÉFFERSON CARUS GUEDES, bastante leal e amigo; CLAUDIA ELIZABETE S. CAHALI, porque foi sem dúvida e disparado a maior incentivadora que tive nesta empreitada



e, ainda no particular dos “professores” da PUC, meus alunos da turma de 2004 – professores, digo sejam eles, porque nunca aprendi tanto quanto com eles.

Da PUC, ainda – da estimada PUC:

a) meus colegas de graduação: ADRIANA PEÇANHA, DANIELLE TORRECILAS SARRAF, EDUARDO SARAIVA BARBOSA, GUILHERME AMORIM CAMPOS DA SILVA, JOSÉ CARLOS LEITE MACHADO, LUIZ RICARDO DE MIRANDA e VINICIUS MIGUEL BAIRÃO, assim, como MARINA BEVILACQUA, cuja amizade veio depois da formatura, mas como igual às outras, para ficar;

b) meus colegas da especialização PUC/Coggeae: ANANCI, FABIO, ROBERTO e ROGÉRIO pelos debates sobre processo civil e, mais particularmente, recursos no processo civil;

c) meus colegas do curso de mestrado: ANTONIO DE PÁDUA NOTARIANO JR, CAMILA WERNECK SOUSA DIAS, FABIANA SOUZA RAMOS, FABIANO CARVALHO, GISELE SOARES, RODRIGO OTÁVIO BARIONI e RODRIGO REIS MAZZEI, pelo muito que me ensinaram sobre processo civil.

Ao meu orientador, Dr. FRANCISCO JOSÉ CAHALI, porque exerceu como ninguém a virtude da compreensão.

A MARIANA LOPES PINTO, pela seleção de material para a dissertação e ao JOEL DE ANDRADE JUNIOR, espetacular valor, pela ajuda inestimável – e decisiva – para o bom término dos trabalhos.

E, por fim, aos notáveis ALEXANDRE JAMAL BATISTA, ALLAN MORAES, CARLO FREDERICO MULLER, FABIANA LOPES PINTO, FABIO CARNEIRO BUENO

DE OLIVEIRA, GILBERTO HADDAD JABUR, IVO WAISBERG, JOSÉ CARLOS MAGALHÃES TEIXEIRA FILHO, JOSÉ HORÁCIO HALFELD REZENDE RIBEIRO, LUIZ GUILHERME MOREIRA PORTO, MARCELO ÁLVARES VICENTE, MARCOS ROLIM FERNANDES FONTES, MARIÂNGELA GARCIA DE LACERDA AZEVEDO, PEDRO DA SILVA DINAMARCO, PEDRO PAULO DE REZENDE PORTO FILHO, RAFAEL MARINANGELO, RODRIGO JORGE MORAES e RODRIGO MATHEUS, que se destacam tanto pela qualificação intelectual que têm, quanto pela sempre pronta e permanente amizade com que, ao longo desses últimos 10 (dez) anos me têm *graciosamente* brindado. Todos verdadeiros exemplos de dedicação acadêmica, tendo cada um deles contribuído para que eu levasse a termo este projeto, ora com lições de Direito – não limitadas ao tema central da dissertação –, ora com a superioridade com que desenvolvem o *contencioso*, ora com incentivo ou mesmo “só” com a presença ou exemplo.

A todos, enfim, obrigado.

## SUMÁRIO

RESUMO.....	XX
ABSTRACT.....	XXIV
CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE O TEMA.....	1
PARTE I	
A PROPÓSITO DO EXCELSO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	
1. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS BEM COMO DE OUTROS ATOS DE CUNHO NORMATIVO EDITADOS PELO PODER PÚBLICO.....	17
1.1 Preâmbulo: teoria geral do controle de constitucionalidade.....	17
1.1.1 A Constituição Federal no contexto legislativo brasileiro.....	17
1.1.2 O controle de constitucionalidade das leis: o controle político, o controle jurisdicional e o controle misto.....	20
1.1.3 A lei no contexto da constitucionalidade: a regularidade formal e a regularidade material.....	20
1.1.4 As formas de inconstitucionalidade: a inconstitucionalidade da lei editada e a inconstitucionalidade por omissão.....	22
1.1.5 Os sistemas de controle de constitucionalidade: o controle difuso, o controle incidental e o controle misto.....	22
1.2 O controle de constitucionalidade nas ações.....	31
1.2.1 As ações destinadas ao controle de constitucionalidade das leis: estudo e exame comparativo.....	31
1.2.2 O controle abstrato por meio da ADIn, a Ação Direta de Inconstitucionalidade.....	34
1.2.2.1 As principais características da ADIn: a legitimidade, a intervenção de terceiros, o prazo prescricional, o sistema recursal e a regra dos efeitos da decisão final proferida pelo Supremo Tribunal Federal no bojo da ADIn.....	34
1.2.3 O exame do art. 27, da Lei Federal n.º 9.868/99.....	36

1.2.3.1	A disposição legislativa, sua natureza jurídica e requisitos: o <i>quorum</i> qualificado, o interesse social e a segurança jurídica...38	38
1.2.3.2	A natureza jurídica da decisão do Supremo Tribunal Federal no âmbito da ADIn.....39	39
1.3	Os mecanismos próprios ao controle de constitucionalidade.....40	40
1.3.1	A questão da eficácia e do alcance da decisão no contexto do art. 27, da Lei Federal n.º 9.868/99: uma abordagem do assunto quanto (i) às fontes do direito, (ii) o sistema jurídico, (iii) os métodos de interpretação, (iv) os conceitos da interpretação “conforme” e declaração “com” e “sem” redução de texto e, por fim, (v) ao direito comparado (Estados Unidos da América do Norte, Alemanha, Portugal e Espanha).....40	40
1.3.1.1	Nossas conclusões sobre o assunto.....52	52
1.3.2	A “súmula vinculante”.....59	59
1.3.2.1	Intróito acerca do tema.....59	59
1.3.2.1.I	Dados estatísticos.....61	61
1.3.2.1.II	Momentos históricos do Brasil.....70	70
1.3.2.1.III	Sistemas jurídicos: <i>civil law</i> e <i>common law</i> .....76	76
1.3.2.2	Argumentos favoráveis e contrários à adoção da “súmula vinculante” .....79	79
1.3.2.2.I	A afronta à separação de Poderes.....81	81
1.3.2.2.II	A perda de independência do juiz.....83	83
1.3.2.2.III	A incompatibilidade com o nosso sistema.....87	87
1.3.2.3	A “súmula vinculante” no contexto do Código de Processo Civil vigente.....88	88
1.3.2.4	A disciplina da “súmula vinculante” fora do Código de Processo Civil: a Emenda Constitucional n.º 45/2004, que introduziu a letra do art. 103-A, à Constituição Federal de 1988, e a Lei Federal n.º 11.417/06.....92	92

## PARTE II

## O RECURSO EXTRAORDINÁRIO, SEUS DESDOBRAMENTOS E QUESTÕES CORRESPONDENTES

1.	NATUREZA JURÍDICA DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.....	126
2.	HIPÓTESES LEGAIS DE SEU CABIMENTO.....	142
2.1	Cabimento de recurso extraordinário contra decisão do Supremo Tribunal Federal.....	151
2.2	Cabimento de recurso extraordinário contra decisão do Superior Tribunal de Justiça.....	153
2.3	Cabimento de recurso extraordinário contra decisão de outros Tribunais Superiores.....	166
2.3.1	Tribunal Superior Eleitoral.....	166
2.3.2	Tribunal Superior Militar.....	169
2.3.3	Tribunal Superior do Trabalho.....	171
2.4	Cabimento de recurso extraordinário contra decisão de Juizado Especial.....	173
2.5	Cabimento de recurso extraordinário contra decisão singular.....	174
2.6	Cabimento de recurso extraordinário contra decisão do Senado Federal na casuística dos incisos I e II, do art. 52, da Constituição Federal.....	174
2.7	Decisões de Tribunais não componentes do Poder Judiciário.....	177
2.7.1	Justiça desportiva.....	179
2.7.2	CADE.....	181
2.7.3	Tribunal de contas.....	182
2.8	As hipóteses constitucionais de cabimento do recurso extraordinário.....	185
2.8.1	Contrariar dispositivo da Constituição (art. 102, III, <i>a</i> , da Constituição Federal de 1988).....	185
2.8.2	Declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal (art. 102, III, <i>b</i> , da Constituição Federal de 1988).....	191
2.8.3	Julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição (art. 102, III, <i>c</i> , da Constituição Federal de 1988).....	194
2.8.4	Julgar válida lei local contestada em face de lei federal (art. 102, III, <i>d</i> , da Constituição Federal de 1988 – introduzida pela Emenda Constitucional n.º 45/2004).....	194

3.	ADMISSIBILIDADE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.....	206
3.1	A expressão “causas decididas” (art. 102, III, <i>caput</i> , da Constituição Federal de 1988): a questão do pré-questionamento.....	206
3.1.1	O papel do juiz e do advogado.....	241
4.	PROCEDIMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.....	256
4.1	A interposição do recurso extraordinário.....	256
4.2	O recurso adesivo.....	265
4.3	As contra-razões.....	274
4.4	Efeitos do recebimento do recurso extraordinário.....	275
4.4.1	Efeito suspensivo.....	275
4.4.1.1	Cautelar para comunicação de efeito suspensivo.....	275
4.4.1.1.I	Argumentos usados pelo Supremo Tribunal Federal nos precedentes que ensejaram a edição dos verbetes n.ºs 634 e 635, de sua súmula.....	284
a)	Agravo Regimental em Petição n.º 1189-9 – Minas Gerais (Primeira Turma, Relator Ministro MOREIRA ALVES).....	284
b)	Agravo Regimental em Petição n. 1.211-9 – Ceará (Segunda Turma, Relator Ministro NÉRI DA SILVEIRA).....	285
c)	Outros precedentes.....	286
c.1)	A Reclamação n. 1.509-2 – Paraíba (Relator [designado] Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE.....	288
d)	Decisões do Superior Tribunal de Justiça.....	292
4.4.1.1.II	Posicionamento crítico.....	296
a)	Decisões do Supremo Tribunal Federal.....	296
a.1)	Decisão relatada pelo Ministro NÉRI DA SILVEIRA.....	296

a.2) Decisão relatada pelo Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE.....	297
a.2.1) Voto do Ministro MARCO AURÉLIO.....	297
a.2.2) Voto do Ministro NÉRI DA SILVEIRA.....	298
b) Decisões do Superior Tribunal de Justiça.....	298
b.1) Decisão relatada pelo Ministro LUIZ FUX.....	298
b.2) Decisão relatada pelo Ministro PAULO MEDINA.....	299
4.4.1.2 Sobre condição.....	329
4.4.1.3 Sobre natureza jurídica do despacho de admissão do recurso.....	330
4.4.1.4 Sobre antecipação de tutela no âmbito recursal.....	330
4.4.1.5 Conclusões sobre o assunto.....	345
4.4.1.5.I O abrandamento dos verbetes n.ºs 634 e 635, pelo próprio Supremo Tribunal Federal.....	347
4.4.1.5.II Há recurso contra decisão proferida com base nos incisos IV e V, do art. 21, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal?.....	349
4.4.1.5.III Algumas notas ainda sobre o tema.....	355
5. O RECURSO EXTRAORDINÁRIO E O DIREITO SUMULAR.....	358
5.1. Fundamentação teórica.....	358
5.2. Observações sobre os verbetes da súmula da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal relacionados com o Recurso Extraordinário.....	360

### PARTE III

#### A RECENTE REFORMA DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

1. AS MODIFICAÇÕES INTRODUZIDAS PELA EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 45, DE 8 DE DEZEMBRO DE 2004.....	416
--	-----

2.	O PERFIL DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO ANTE OS CONTORNOS ULTIMADOS COM A REFORMA DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO: A QUESTÃO DA <i>REPERCUSSÃO GERAL</i> .....	420
2.1	Algumas considerações gerais (havidas, notadamente, antes da edição da Lei da Repercussão Geral e da Emenda Regimental n. 21/07 do Supremo Tribunal Federal).....	420
2.2	A repercussão geral <i>versus</i> a argüição de relevância.....	424
2.3	A repercussão geral e o <i>Writ of Certiorari</i> do direito norte-americano.....	429
2.4	Natureza jurídica da repercussão geral.....	435
2.5	Forma e conteúdo da argüição da preliminar de repercussão geral.....	440
2.6	A concepção de repercussão geral.....	457
2.7	O momento da argüição.....	460
2.8	Competência para o exame: o primeiro exame – reitere-se: posicionamento doutrinário ainda <i>de lege ferenda</i> .....	469
2.9	Procedimento posterior do exame da relevância geral: os demais exames.....	483
2.10	Necessidade de lei ordinária.....	487
2.11	Alguns pontos polêmicos sobre repercussão geral no direito brasileiro.....	489
2.11.1	A repercussão geral e os embargos de divergência.....	489
2.11.2	Sucumbência parcial.....	490
2.11.3	Decisão interlocutória.....	490
2.11.4	Aplicação retroativa.....	492
3.	EXAME DA LEI.....	493
4.	FORMAÇÃO DE UMA TEORIA GERAL DA REPERCUSSÃO GERAL EM FUNÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	519
4.1	Considerações iniciais.....	520
4.2	Exame do Agravo de Instrumento n. 664.567-2/RS, Relator Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ de 06.09.2007.....	528
5.	EXAME DAS PRIMEIRAS DECISÕES SOBRE REPERCUSSÃO GERAL NO DIREITO BRASILEIRO.....	538



- 5.1 Repercussão Geral em Recurso Extraordinário 566.471-6 – RN (DJ de 07/12/2007) – Relator Ministro MARCO AURÉLIO.....538
- 5.2 Repercussão Geral em Recurso Extraordinário 561.908-7 – RS (DJ de 07/12/2007) – Relator Ministro MARCO AURÉLIO.....542
- 5.3 Repercussão Geral em Recurso Extraordinário 559.943-4 – RS (DJ de 07/12/2007) – Relatora Ministra CARMEN LÚCIA.....544
- 5.4 Repercussão Geral em Recurso Extraordinário 556.385-5 – MT (DJ de 07/12/2007) – Relator Ministro MENEZES DIREITO.....546
- 5.5 Repercussão Geral em Recurso Extraordinário 565.138-0 – BA (DJ de 07/12/2007) – Relator Ministro MENEZES DIREITO.....550
- 5.6 Repercussão Geral em Recurso Extraordinário 564.413 – SC (DJ de 14/12/2007) – Relator Ministro MARCO AURÉLIO (art. 149, § 2º, I da Constituição Federal [contribuição social / incidência / lucro de exportação], em que foi reconhecida a repercussão geral da questão constitucional).....553
- 5.7 Repercussão Geral em Recurso Extraordinário 567.932 – RS, Relator Ministro MARCO AURÉLIO, versando sobre o art. 146, III, “b” da Constituição Federal (execução fiscal / contribuição previdenciária / responsabilidade - redirecionamento – sócio de empresa, com repercussão geral da questão constitucional).....555
- 5.8 Repercussão Geral em Recurso Extraordinário 565.506 – DF (DJ de 1º/02/2008), Relatora Ministra CARMEM LÚCIA, versando sobre o art. 61, § 1, “e” da Constituição Federal (ação direta de inconstitucionalidade / cabimento), não reconhecida a repercussão geral da questão constitucional..557
- 5.9 Repercussão Geral em Recurso Extraordinário 565.653 DF (DJ de 1º/02/2008), Relatora Ministra CARMEM LÚCIA, versando sobre o art. 184 da Constituição Federal (desapropriação / indenização / precatório / ADCT 78), não reconhecida a repercussão geral da questão constitucional.....560
- 5.10 Repercussão Geral em Recurso Extraordinário 566.198 BA (DJ de 1º/02/2008), Relatora Ministra CARMEM LÚCIA, versando sobre os arts. 25, § 1, 30, VIII e 37 da Constituição Federal (desapropriação / utilidade pública / decreto / nulidade) não reconhecida a repercussão geral da questão constitucional.....563
- 5.11 Repercussão Geral em Recurso Extraordinário 568.657 MS (DJ de 1º/02/2008), Relatora Ministra CARMEM LÚCIA, versando sobre os artigo 5, X e XXXV da Constituição Federal (execução fiscal / cobrança de dívida ativa / cobrança

	administrativa prévia / exigência) não reconhecida a repercussão geral da questão constitucional.....	565
5.12	Repercussão Geral em Recurso Extraordinário 561.158-2-MG, Relator Ministro MARCO AURÉLIO.....	567
5.13	Repercussão Geral em Recurso Extraordinário 561.574 PE (DJ de 1º/02/2008), Relator Ministro MARCO AURÉLIO, reconhecida a repercussão geral da questão constitucional.....	569
5.14	Repercussão Geral em Recurso Extraordinário 565.089-8 SP (DJ de 1º/02/2008), Relator Ministro MARCO AURÉLIO, reconhecida a repercussão geral da questão constitucional.....	570
5.15	Repercussão Geral em Recurso Extraordinário 565.160 SC (DJ de 1º/02/2008), Relator Ministro MARCO AURÉLIO, reconhecida a repercussão geral da questão constitucional.....	571
6.	RUMO À TEORIA GERAL DA MODULAÇÃO DOS EFEITOS DAS DECISÕES JUDICIAIS NO DIREITO BRASILEIRO.....	585
6.1	STF – Controle direto de constitucionalidade.....	587
6.1.1	Adin 513-8/DF – Ministro CÉLIO BORJA. Modulação dos efeitos. Teoria Geral.....	592
6.1.2	Adin 1102-2 – Ministro MAURÍCIO CORRÊA. Modulação dos efeitos. Teoria Geral.....	591
6.1.3	Adin 3.316-6/MT – Ministro EROS GRAU (DJ 29.06.07). A modulação dos efeitos da decisão em virtude da concretude fática gerada pela lei ou pelo ato normativo do poder público inconstitucional. A questão da criação de município. A chamada “realidade fora do direito” – ou “força normativa dos fatos” (EROS GRAU). Técnica do julgamento de procedência sem pronúncia da nulidade.....	596
6.1.4	Adin 3.689-1/PA – Ministro EROS GRAU (DJ 29.06.07). A modulação dos efeitos da decisão em virtude da concretude fática gerada pela lei ou pelo ato normativo do poder público inconstitucional. A chamada “realidade fora do direito”. Novamente a questão de criação de município. O direcionamento do Ministro GILMAR MENDES.....	600
6.1.5	Adin 2.728-0/AM – Ministro MAURÍCIO CORRÊA (DJ 20.02.2004). A modulação dos efeitos no âmbito de embargos de declaração.....	604

6.1.6	Adin 3.756-1/DF – Ministro CARLOS BRITO. A modulação em caso de improcedência da ação direta de inconstitucionalidade. O caráter e a natureza dúplice da ação direta de inconstitucionalidade.....	616
6.2	STF – Controle incidental de constitucionalidade.....	620
6.2.1	RE 197.917-8 – Relator Ministro MAURÍCIO CORRÊA (DJ 07.05.2004). Composição de Câmara Municipal. Modulação dos efeitos da decisão. Direcionamento de conduta e postura legislativa.....	621
6.2.2	<i>Habeas Corpus</i> 70.514-6/RS – Defensoria Pública e prazo de recurso (DJ 27.06.97).....	626
6.2.3	RE 61.410/RN – Relator Ministro THEMÍSTOCLES CAVALCANTI – Modulação dos efeitos. Controle Incidental. Teoria Geral. Nulidade de nomeações havida por lei declarada inconstitucional.....	629
6.2.4	RE 401.953-1/RJ – Relator Ministro JOAQUIM BARBOSA – Modulação dos efeitos. Controle Incidental. Teoria Geral. ICMS: Partilha e repasse do produto arrecadado.....	631
6.2.5	RE 79.343/BA – Relator Ministro LEITÃO DE ABREU – Modulação dos efeitos. Controle Incidental. Teoria Geral. Locação – declaração de inconstitucionalidade do Dec.lei 322/67. (DJ de 02/09/1977).....	633
6.2.6	RE 135.328 e RE 147.776-8/SP – Defensoria Pública. Relator Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE. Modulação dos efeitos em controle incidental. Teoria da “modulação às avessas”.....	641
6.2.7	RMS 17.976/SP – Relator Ministro AMARAL SANTOS. Modulação dos efeitos da decisão judicial em controle incidental. Declaração de inconstitucionalidade. Efeitos retroativos. Sentença judicial. Alcance. Ação rescisória.....	644
6.2.8	Recurso Extraordinário 105.789-1/MG – Relator Ministro CARLOS MADEIRA. Modulação dos efeitos no controle incidental. A questão processual versus questão de direito material: irreduzibilidade de vencimentos.....	652
6.2.9	Recurso Extraordinário n. 122202-6/MG – Relator Ministro FRANCISCO REZEK. Ainda os efeitos de decisão declaratória de inconstitucionalidade em função de matéria de direito material: irreduzibilidade de vencimentos.....	655

6.2.10	Ag. Rg. no Recurso Extraordinário n. 392.139-8/RJ – Relator Ministro EROS GRAU (DJ de 13.05.05). Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade em recurso extraordinário. IPTU, taxa de iluminação e limpeza do Município do Rio de Janeiro. Requisitos para a modulação não satisfeitos – a contrario sensu, dar-se-ia modulação em controle incidental.....	657
6.2.11	Ag. Rg. no Recurso Extraordinário n. 395.902-6/RJ – Relator Ministro CELSO DE MELLO (DJ de 25.08.06). Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade em recurso extraordinário. IPTU, taxa de iluminação e limpeza do Município do Rio de Janeiro. Requisitos para a modulação não satisfeitos – a contrario sensu, dar-se-ia modulação em controle incidental. O debate entre CELSO DE MELLO e GILMAR MENDES: a questão da não recepção de norma pré-constitucional.....	660
6.2.12	RE 442.683-8/RS – Relator Ministro CARLOS VELLOSO (DJ 24.03.06). Modulação dos efeitos em controle incidental de constitucionalidade. Caso peculiar: a modulação ocorreu no âmbito do segundo grau de jurisdição, no acórdão do Tribunal Regional Federal da 4 Região. Suspensão de efeitos em sede de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.....	664
6.2.13	Pet 2.859/MC segunda, Relator Ministro GILMAR MENDES, julgamento em 3-2-05, DJ de 20-5-05 – Modulação de efeitos. Recurso extraordinário. Controle de constitucionalidade incidental. Eficácia da decisão. Cautelar. Efeito suspensivo.....	670
6.3	O STJ e a modulação originária de efeitos em suas decisões.....	675
7.	AINDA SOBRE A MODULAÇÃO: A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO, DO ART. 27, DA LEI FEDERAL N.º 9.868/99, EM FUNÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA.....	686
8.	PROPOSTA DE <i>LEGE FERENDA</i> . O EXERCÍCIO DA ADVOCACIA NOS TRIBUNAIS SUPERIORES.....	694
	CONCLUSÕES.....	701

BIBLIOGRAFIA BÁSICA.....709

## RESUMO

Tal como desenvolveremos a presente dissertação, focaremos o estudo do próprio papel do Supremo Tribunal Federal, como órgão de cúpula do Judiciário brasileiro e sua vocação – moderna – de se tornar um Tribunal Constitucional.

Para alcançar o desiderato pretendido, desenvolver-se-á um estudo a respeito do Supremo Tribunal Federal que abordará dados históricos e, conforme previsão da Constituição da República Federativa do Brasil, a competência, a organização, a estrutura e a composição do tribunal. Estes temas têm, alguns ainda que indiretamente, ligação com o recurso extraordinário.

Uma vez traçadas as linhas gerais a respeito do Supremo Tribunal Federal, desenvolver-se-á o estudo a respeito do recurso extraordinário onde terão lugar as origens históricas do instituto – vertente inclusive sob o amparo do direito estrangeiro – e os seus principais aspectos e pontos de interesse doutrinário, como o processamento, o prequestionamento, a comunicação de “efeito suspensivo”, a execução que se processa enquanto pendente o seu julgamento e a rescisão do acórdão nele proferido.

O controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos do Poder Público, de um lado; a questão da “súmula vinculante”, de outro; e, por fim, a nova roupagem do recurso extraordinário – do que se destacam os institutos do prequestionamento, da repercussão geral, assim como seu conceito, natureza jurídica, hipóteses de cabimento e o direito sumular a ele referente – serão abordados ao longo do trabalho.

A dissertação fará estudo pormenorizado da evolução legislativa concernente ao tema objeto do trabalho e, de forma bastante intensa, examinará também a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Serão analisados acórdãos proferidos pelo Supremo desde épocas (bastante) pretéritas até os dias de hoje, procurando demonstrar a

evolução jurisprudencial e o posicionamento da Corte a respeito dos principais pontos do trabalho, como o sejam – em especial – a “súmula vinculante”, a repercussão geral e a modulação de efeitos nos julgamentos do tribunal.

No capítulo atinente à “súmula vinculante” não apenas serão analisadas a teoria geral do instituto e a lei de regência como, inclusive, serão comentados os principais verbetes do compêndio do Supremo Tribunal Federal, da sua súmula “ordinária” (leia-se: sem o efeito vinculante), que digam respeito à interposição, processamento e julgamento do recurso extraordinário. Serão comentados também os três iniciais verbetes da recém implementada súmula com eficácia vinculante do tribunal.

A repercussão geral da questão constitucional versada no recurso extraordinário será analisada dentro de um retrospecto histórico, quando – mesmo que sem maiores intenções – se a comparar com o instituto da arguição de relevância de sistemas constitucionais pretéritos. Será analisada também em função do direito estrangeiro, com pequeno estudo (às vezes comparativo) com o direito norte-americano e o instituto do *certiorari*. Todo o conjunto legislativo em que inserida a repercussão geral será analisado, da Emenda Constitucional Regimental n. 45/2004 à Emenda Regimental-STF n. 21, que o disciplina no âmbito do tribunal. Serão analisadas ainda as iniciais decisões que estejam, nos dias de hoje, explicitando conceitos e formando os pilares do instituto, na visão do Supremo Tribunal Federal.

A modulação dos efeitos, quer se integre no contexto do controle concentrado de constitucionalidade, quer pertença ao controle difuso, será minudentemente analisada. Nesta parte, o trabalho analisará a evolução jurisprudencial do instituto no Supremo Tribunal Federal, fazendo uma varredura das principais decisões que o tenham aplicado ou referenciado. De forma a demonstrar não apenas a jurisprudência do tribunal, mas e principalmente a evolução do instituto da modulação dos efeitos ao longo dos tempos até os

dias de hoje. Com o advento do art. 27 da Lei 9.868/99 (que explicitamente prevê e permite a possibilidade da modulação dos efeitos nos julgamentos de ações diretas de inconstitucionalidade), o instituto tomou grande fôlego na instância suprema. Perceber-se-á que em alguns casos – e eles serão comentados – de fato o Supremo Tribunal Federal mais do que precisa, deve, lançar mão da(s) possibilidade(s) nele conferida(s) para que seu julgamento seja a um só tempo certo, jurídico, justo, eficaz, produtivo – e aceito pela sociedade. A modulação dos efeitos parece ser item primordial na agenda do Supremo Tribunal Federal, inclusive dentro da perspectiva de uma jurisdição constitucional. Temas como a fidelidade partidária não podem ser analisados senão sob o influxo da modulação. Assim como temas pautados no Supremo Tribunal Federal, muitos deles de viés tributário, como poderemos observar no curso do trabalho, também estão a exigir uma *conduta* diferenciada de julgamento. Aliás, não se furtará o trabalho de examinar um ponto adjacente no contexto da modulação dos efeitos: a possibilidade de o instituto ser aplicado nos julgamentos dos Tribunais Superiores.

Tão polêmica quanto a questão da modulação dos efeitos nos julgamentos de constitucionalidade haverá de ser nossa proposta de qualificação profissional para o exercício da advocacia em Tribunais Superiores. Uma e outra – porém – serão desenvolvidas com a máxima honestidade intelectual e de acordo com premissas lógicas e coerentes, mesmo que – de resto e no mais – alguns possam não concordar com as conclusões específicas sobre estes dois particulares – e polêmicos – itens do trabalho.

Apresentaremos dados de interesse sobre o Poder Judiciário brasileiro – e, mais precisamente, do próprio Supremo Tribunal Federal e do recurso extraordinário, um dos veículos que nele estacionam. O estudo desenvolverá, ainda, algumas sugestões de uniformização de aplicação dos conceitos comuns ao processamento do recurso especial, pois em muitas vezes o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça têm



posicionamentos diferentes a respeito de um mesmo assunto como, por exemplo, o conceito de prequestionamento, a sua divisão em implícito e explícito e o regime das cautelares para o empréstimo de “efeito suspensivo” aos recursos extraordinário e especial, respectivamente.

Por fim, e sempre que oportuno, o trabalho apresentará sugestões *de lege ferenda*.

## **ABSTRACT**

*Throughout this dissertation, we will study the proper paper of the Supreme Federal Court, as agency of cupola of the Judiciary Brazilian and its vocation - modern - of acting as a Constitutional Court.*

*To reach the intended desideratum, a depp study regarding the Supreme Federal Court will be developed based on historical and, as forecast of the Constitution of the Federative Republic of Brazil, the ability, the organization, the structure and the composition of the court. These subjects have, even though some indirectly, a link with the appeals process of the Brazilian Supreme Court.*

*As the general lines regarding the Supreme Federal Court are traced, the dissertaion will explore the appeals process of the Brazilian Supreme Court considering the historical origins of the institute - flowing also under the support of the foreign law - and its main aspects and points of doctrinal interest, scuh as the processing, the prequestioning, the communication of "supersedeas", the execution that if processes while hanging its judgment and the rescission of the sentence in pronounced it.*

*Along this paper, we will explore the control of constitutionality of the laws and the normativs acts of the Public Power in one side and the question of the "binding abridgement" in another side. Finally, we will focus on the new roupagem of the appeals process of the Brazilian Supreme Court - if they detach the justinian codes of the prequestioning, of the general repercussion, as well as its concept, law nature, hypotheses of cabiment and the right to sumular referring it.*

*This dissertation will make a detailed study of the legislative evolution concernents of the object of the work and, of sufficiently intense form. It will also examine the evolution of the jurisprudence of the Supreme Federal Court. Sentences pronounced by the Supreme one*

*since times (sufficiently) past until the present will be analyzed, looking for to demonstrate the jurisprudential evolution, the positioning of the Court, the respects of the main points of the work, as they are - in special - the "binding abridgement", the general repercussion and the modulation of the effect in the judgments of the court.*

*During the chapter exploring the "binding abridgement" not only will be analyzed the general theory of the institute and the law of regency but also the principals will be coment verbets of the compendium of the Supreme Federal Court; its "usual" abridgement (without the binding effect), that they say respect to the interposition, processing and judgment of the appeal to the Brazilian Supreme Court. The three initials will also be commented verbets of just implemented abridgement with binding effectiveness of the court.*

*The general repercussion of turned constitutional question in the appeal to the Brazilian Supreme Court will be analyzed of one retrospect inside historical, when - exactly that without bigger intentions - to compare itself with the institute of the petition for certiorari of past systems constitutional. It will also be analyzed in function of the foreign law, with small study (to the times comparative) with the North American right and institute of certorari. All the legislative set where inserted the general repercussion will be analyzed, of Constitutional Emendation Regimental n. 45/2004 to the Emendation Regimental-STF n. 21, that it disciplines it in the scope of the court. The initial decisions will be analyzed still that are, nowadays, concepts and forming them pillars of the institute, in the vision of the Supreme Federal Court. As everything how much it rees-echo, it reverberates positive negative or, the work will develop an item of that it has not cogitated the doctrine: the "" negative "" positive "general repercussion" as or as - and will explore, in this direction, the viability of such nomenclatures and until its effect.*

*The modulation of the effect, wants if it integrates in the context of the intent control of unconstitutionality, wants it belongs to the diffuse control, minudentement will be analyzed. In*

*this part, the work will analyze the jurisprudential evolution of the institute in the Supreme Federal Court, making sweepings of the main decisions that have applied it or referenciad. Of form to not only demonstrate the jurisprudence of the court, but and mainly the evolution of the institute of the modulation of the effect to the long one of the times until the present. With the advent of art. 27 of Law 9,868/99 (that explicitament it foresees and it allows the possibilite of the modulation of the effect in the judgments of direct actions of unconstitutionality), the institute took great breath in the supreme instance. It will be perceived that in some cases - and they they will be commented - of fact the Supreme Federal Court more of the one than necessary, must, to launch hand of possibilite in it checked so that its judgment is to one alone certain time, legal, just, efficient, productive - and accepted for the society. The modulation of the effect seems to be primordial item in the agenda of the Supreme Federal Court, also inside of the perspective of a constitutional jurisdiction. Subjects as the partisan allegiance cannot be analyzed under the influx of the modulation. As well as subjects in the Supreme Federal Court, many of them of bias tributary, as we will be able to observe in the course of the work, also are to demand a differentiated behavior of judgment. By the way, the work will not be stolen to examine an adjacent point in the context of the modulation of the effect: the possibility of the institute to be applied in the judgments of the Superior Courts.*

*So controversial how much the question of the modulation of the effect in the constitutionality judgments will have of being our proposal of professional qualification for the practice of law in Superior Courts. One and another one - however - will be developed with the maximum intellectual honesty and in accordance with logical and coherent premises, exactly that - of remaining portion and in more - some can not agree to specific conclusions on these two particular - and controversial - of the work.*

*We will present data of interest on the Brazilian Judiciary Power - and, more necessarily, of proper the Supreme Federal Court and the appeal to the Brazilian Supreme Court, one of the vehicles that in it park. The study he will develop, still, some suggestions of uniformization of application of the common concepts to the processing of the kind of appeal Brazilian Supreme Court, therefore in many times the Supreme Federal Court and the Superior Court of Justice have different positionings regarding one same subject as, for example, the concept of prequestioning, its division in implicit and explicit and the regimen of the action for a provisional remedy ones for the loan of "supersedeas" to the appeals to the Brazilian Supreme Court and special, respectively.*

*Finally, and always that opportune, the work will present suggestions of lege ferenda.*

## CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE O TEMA

O advento do século XXI deixou claro um problema de proporções mundiais: a morosidade do Poder Judiciário. Dele, decorrem conseqüências que afetam (direta ou indiretamente) a sociedade. Dentre as principais conseqüências da morosidade estão o prolongamento do litígio, a insatisfação mesmo do vencedor, dada a demora, o descrédito no aparelho estatal – representado, no caso, pela jurisdição –, a inibição de investimentos e a própria insegurança jurídica.

Há um problema cultural em nossa sociedade que colabora com a morosidade da prestação da tutela jurisdicional: a educação litigiosa do cidadão e, muito pior, a vocação ainda mais litigiosa que as faculdades de Direito<sup>1</sup> fornecem aos seus alunos.

Nos bancos universitários, o aluno é treinado por um professor que foi treinado para o litígio; logo, não há como esperar uma postura diferente, quando abandonar a academia e desenvolver atividades profissionais como advogado, promotor, juiz de direito ou – por hipótese – qualquer outra relacionada às carreiras jurídicas. Ou mesmo na docência. Pode-se afirmar que seja um círculo vicioso.

Embora os professores universitários sejam em boa parte bem preparados para a transmissão do conhecimento – num processo onde interagem o ensino e o aprendizado, pois bom professor é aquele que estimula o debate, sem se preocupar com resposta pronta,

---

<sup>1</sup> Embora não se deva adentrar ao assunto, necessário se revela – pelo menos – anunciar que o ensino jurídico no Brasil passa por grave crise, proliferando cursos abertos sem as mínimas condições de funcionamento e que nada mais são senão uma fábrica de ilusão. No maior estilo "o nosso amor é tão bonito/ela finge que me ama/e eu finjo que acredito", conhecida estrofe do samba "Falso Amor Sincero", de Nelson Sargento, gravado por ele na Eldorado em 1979, no disco *Sonho de um Sambista*, vão se enganando, faculdade e alunos, criando um grave problema que depois se materializa em reprovações em concursos, não colocação em mercado de trabalho e, para dizer de poucos, não preenchimento de cargos públicos. O assunto é sério e enseja atenção de nossas autoridades. Tivemos a oportunidade de integrar e atuar como relator de Comissão constituída especialmente para o exame do Ensino Jurídico no Brasil, comissão essa presidida por Ivette Senise Ferreira no âmbito do Instituto dos Advogados de São Paulo cujo trabalho final foi submetido à deliberação do Colégio de Presidentes de Institutos de Advogados com sede no Brasil.

sobretudo quando *a resposta* seria a sua – , não se pode dizer que seja incomum o aluno sair dos bancos acadêmicos pensando que temos a primeira, a segunda, a terceira, a quarta e às vezes até a quinta instância. Sobretudo com relação àqueles que exercerão a advocacia: é fácil perceber que saem da faculdade levando a premissa da briga, da disputa e do litígio. Infelizmente, há um treinamento generalizado segundo o qual as disputas devem ser levadas ao Supremo Tribunal Federal ou aos Tribunais Superiores; assim, o Supremo Tribunal Federal – objeto indireto do presente estudo – viria a ser a última instância julgadora das pretensões de seus clientes, em qualquer hipótese e em todo o caso que ventilasse questão constitucional. Não nos parece que deva ser assim, todavia.

Os alunos aprendem que da sentença cabe apelação e que do acórdão cabem embargos infringentes, quando o caso, e recursos especial e extraordinário, havendo tema federal ou constitucional prequestionado na decisão. Alguns entendem que esta regra é de caráter absoluto, e não recebem ensinamento para identificar se realmente seja caso de apelação, embargos ou especial e extraordinário, não à vista de cabimento formal, mas do próprio interesse do cliente (não o recursal, que é o interesse *stricto sensu*) avaliado em conjunto com a função social do processo e com o respeito à jurisdição: acabam interpondo recurso como que por interpor ou, pior, de natureza protelatória.

Há uma outra realidade mascarada, da qual muitos advogados se valem: *tenho que interpor recurso, senão terei descumprido o meu mandato*.

É certo que o cliente tem direito ao acompanhamento diligente do processo<sup>2</sup> – aliás, sendo a advocacia uma atividade de meio, e não fim, a obrigação do advogado é com o

---

<sup>2</sup> Em certa parte, o tema abordado possui alguma relação de identidade com a teoria do abuso do processo, entre nós, exposta por vezes como a de Helena Najjar ABDO, segundo quem “(...) o advogado não pode cometer abuso do processo porque não é sujeito da relação jurídica processual, exceto nos casos em que postula em causa própria. No entanto, problemas surgem quando o ato abusivo é praticado por advogado, em nome de seu constituinte, sem, contudo, a ciência e aprovação deste. A tendência do direito brasileiro, a exemplo

trâmite regular do processo, especialmente o cumprimento de prazos e desempenho técnico satisfatório, e não com a sentença de procedência da ação – , mas daí a dizer que todos os recursos devam ser interpostos há uma distância muito grande. Às vezes, sequer a apelação deve ser interposta, quanto mais os recursos dirigidos ao Supremo Tribunal e aos Tribunais Superiores<sup>3</sup>.

Este é um pano de fundo que não poderia passar despercebido neste trabalho.

A situação é grave. A tendência é que as coisas piorem, se nada for feito.

Os meios alternativos para a solução de conflitos, como a mediação, a arbitragem, a conciliação prévia, as conciliações judiciais, em primeiro e segundo grau jurisdicional e até a

---

dos demais países da civil law, é a de não disciplinar a responsabilidade direta do profissional, resguardando, contudo, o direito de regresso do cliente, caso reste comprovado que o abuso foi cometido por seu mandatário. Ao contrário, nos sistemas de common law, grande importância adquire a atuação do advogado, que, em grande parte dos casos, responde pessoal e solidariamente com o seu cliente.” Especificamente sobre a conduta de abuso do processo no âmbito recursal, Helena ABDO bem pontua o que ela pode abranger: “(...) o que se deve ter em mente é que a abusividade no âmbito recursal também não dispensa o exame cuidadoso do caso concreto. O recurso somente poderá ser considerado abusivo se verificado e demonstrado o desvio de finalidade, desvio esse consistente na absoluta inviabilidade das razões recursais e no evidente propósito protelatório, mediante, por exemplo, a veiculação de teses mirabolantes e sem qualquer fundamento. Assim, como elementos complementares ao desvio de finalidade, poderão estar presentes também a falta de seriedade (a frivolousness do direito anglo-saxão), o espírito de chicana, o mero capricho, a vulneração à eficiência da administração da justiça, a ilicitude ou a ilegitimidade dos escopos pretendidos com a interposição do recurso etc.” Ainda conforme a visão de Helena ABDO, não apenas no âmbito recursal é que se dão a conhecer os abusos: “o abuso do processo pode manifestar-se tanto de forma macroscópica (por meio de uma defesa inconsistente e protelatória, por exemplo) como também microscópica (diante da utilização abusiva de mecanismos processuais específicos, diversos da ação e da defesa). Dizer que o abuso é microscópico não significa, todavia, diminuir-lhe a importância. Uma conduta que veicule um abuso microscópico pode mostrar-se muito mais danosa que uma conduta reveladora de um abuso macroscópico. A divisão tem por função separar, de um lado, as formas de abuso que envolvem a tutela jurisdicional globalmente considerada e, de outro, as formas de abuso dos mecanismos processuais específicos.” Por fim, deve-se concordar com mencionada autora segundo quem – de fato – “a prática de abusos no processo civil contribui para a excessiva duração dos processos, pois compromete seriamente a celeridade, a instrumentalidade, a economia e a racionalidade dos feitos. Contudo, essa é apenas uma das causas para o grave problema da duração dos processos.” (**O abuso do processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, pp. 256, 209 e novamente 256, respectivamente). Ao passo em que concordamos com a assertiva final de Helena ABDO, parece-nos de um todo razoável acrescentar que este problema da prática de abusos no processo está longe de ser a única causa, nem mesmo a determinante, para o grave problema da duração demasiada dos processos.

<sup>3</sup> Pertence ao plano da política legislativa (processual) – contudo – o exame mais profundo; há encaminhamentos *de lege ferenda* da limitação do cabimento de apelação ou mesmo de condições ou até vantagens para o caso de não interposição, como seja a da não incidência de condenação sucumbencial, a exemplo do que ocorre no âmbito dos Juizados Especiais cíveis, na forma do art. 54 da Lei 9.009/95.



pouco prestigiada audiência conciliatória<sup>4</sup>, do artigo 125, IV, do Código de Processo Civil ainda encontram resistência pelos operadores do direito e pela sociedade como um todo.

Os advogados têm receio da composição, alguns supondo que seriam “menos advogados” se apresentassem esta solução aos seus clientes; os juízes não têm treinamento para a condução de uma sessão (meramente) conciliatória; no Ministério Público, muito por força de lei – e a ação civil pública é um grande exemplo – já há uma mentalidade mais aberta para a solução amistosa de conflitos, notadamente com a utilização do importante instituto do ajuste de conduta.

Mas ainda estamos longe, muito longe, de resultados satisfatórios.

A coletivização da prestação da tutela jurisdicional – em um conceito: a realização de julgamentos que viessem a tutelar não só direitos individuais, mas essencialmente direitos comuns a determinadas categorias de indivíduos (individuais homogêneos, difusos e coletivos<sup>5</sup>) – seria uma ferramenta importante neste processo.

---

<sup>4</sup> Às vezes, referenciada – seja na linguagem técnica (pela doutrina) ou na linguagem forense (quer pela decisão judicial que a designa, quer pela compreensão e posterior comunicação do advogado ao cliente) – como *meramente* conciliatória. A utilização do advérbio de modo, não raro até institivamente por nós, operadores do direito, feita, evidencia que dentro de um litígio processual a conciliação é o ingrediente menos festejado, quase ridicularizado. Tem-se percebido, contudo, satisfatórias as audiências de conciliação pré-litigiosas ou mesmo aquelas designadas já quando da citação. Precisa haver – e precisa ela ser urgente – modificação cultural na sociedade brasileira, em especial, mas não exclusivamente neste particular.

<sup>5</sup> Apenas para não deixar sem registro, por breve que seja, alguma orientação conceitual do que sejam estas espécies deve ser colocada. Não nos parecendo por ora ser adequado o avanço doutrinário neste particular – embora ao ponto voltaremos, mesmo que indiretamente, quando do exame do que venha a ser repercussão geral da questão constitucional para fins de cabimento de recurso extraordinário – vamos à lei para encontrar suas diretrizes, como expõem os incisos I, II e III do parágrafo único do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor: “Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.”

Outro ponto que não pode ser ignorado é a litigiosidade estatal<sup>6</sup>. A União, sobretudo ela, e as demais pessoas jurídicas de direito público interno, são clientes habituais do Poder Judiciário. Pesquisas demonstram a enormidade de processos em que a União e suas Autarquias, os Estados e os Municípios estão envolvidos. Como a maior parte da legislação atinente à União e suas Autarquias repousa na Constituição Federal, não é preciso muito esforço para reconhecer onde vai dar tudo isto: no Supremo Tribunal Federal, por meio deste vilão, o recurso extraordinário. Em favor daqueles que respondem pelo patrocínio das demandas dos entes públicos, milita o argumento de que seriam eles obrigados a interpor tantos recursos quantos caibam naquela relação jurídica-processual. A despeito da veracidade do argumento, que se vale da natureza pública e indisponível dos bens daquelas pessoas jurídicas, não deixa de ser um argumento retórico, que esconde os verdadeiros propósitos do nosso Estado<sup>7</sup>-litigante. Por isto, a determinação<sup>8-9</sup> de GILMAR MENDES, ainda quando

---

<sup>6</sup> Mais adiante, teremos a oportunidade de demonstrar – inclusive estatisticamente – o volume de processos de interesse dos entes públicos que deságuam no Supremo Tribunal Federal, um dos motivos pelos quais optou o legislador por introduzir a repercussão geral da questão constitucional como requisito de admissão do recurso extraordinário.

<sup>7</sup> Escrevemos *Estado* com inicial maiúscula ainda que, recentemente, a Revista Veja, da Editora Abril – a quarta revista de circulação semanal de maior distribuição no mundo e a primeira, excetuadas as dos Estados Unidos da América do Norte – tenha sustentado posição de que a palavra devesse ser grafada com a inicial minúscula. Seus argumentos estão contidos na edição n.º 1.999 – ano 40 – n.º 10, de 14 de março de 2007, na seção “Carta ao leitor”: “Uma questão de estado. A partir desta edição VEJA passará a grafar a palavra estado com letra minúscula. Se povo, sociedade, indivíduo, pessoa, liberdade, instituições, democracia, justiça, são escritas com minúscula, não há razão para escrever estado com maiúscula. Os dicionaristas aconselham o uso de capitular quando a palavra for usada na acepção de ‘nação politicamente organizada, como preceve o Aurélio. Seu rival Houaiss também assevera que estado nesse sentido se grafa com maiúscula. Vale a pena contrariá-los. Escrever estado com inicial maiúscula, quando cidadão ou contribuinte vão assim mesmo, em minúsculas, é uma deformação típica mas não exclusivamente brasileira. Os franceses, estado-dependentes, adoradores do seu generoso cofre nacional, escrevem ‘État’. Os povos de língua inglesa, generalizando, esperam do estado a distribuição equânime da justiça, o respeito a contratos e à propriedade e a defesa das fronteiras. Mas não consideram uma dívida do estado o direito à boa vida material sem esforço. Grafam ‘state’. Com maiúscula, estado simboliza uma visão de mundo distorcida, de dependência do poder central, de fé cega e irracional na força superior de um ente capaz de conduzir os destinos de cada uma das pessoas. O escocês Adam Smith (1723-1790) nunca escreveu a palavra capitalismo. O inglês Thomas Hobbes (1588-1679) não utilizou a palavra estado. Ambos, porém, são associados a esses termos. Smith, autor de *A Riqueza das Nações*, como o primeiro pensador a explicar o funcionamento da economia capitalista. Hobbes, com seu *Leviatã*, como pioneiro na denúncia do estado pantagruélico. Foi, na verdade, defensor de uma instituição capaz de livrar a sociedade do estado permanente de guerra entre os indivíduos, uma ‘entidade soberana’ – em minúsculas, recomendava Hobbes, que escrevia *Lei* sempre com capitular. Grafar estado é uma pequena contribuição de VEJA para a demolição da noção disfuncional de que se pode esperar tudo de um centralismo provedor. Em inglês grafa-se ‘Eu’ sempre em maiúscula, na entronização simbólica do indivíduo. Não o faremos. Nem vamos tirar a capitular da palavra Deus. A tentativa é refletir uma dimensão mais equilibrada da vida em sociedade, como a proposta pelo poeta francês Paul Valéry (1871-1945): ‘se o estado é forte, esmagamos-nos. Se é fraco, perecemos.’”

---

<sup>8</sup> Conforme a constante da Instrução Normativa n.º 8, de 30 de março de 2000, da Advocacia Geral da União, publicada no Diário Oficial em 31 de março de 2000, p. 34:

“INSTRUÇÃO NORMATIVA N.º 008, DE 30 DE MARÇO DE 2000

O ADOGADO-GERAL DA UNIÃO, no uso das atribuições que lhe conferem os incisos I e XIII, do art. 4º, da Lei Complementar n.º 73, de 10 de fevereiro de 1993, e o art. 4º, da Lei n.º 9.469, de 10 de julho de 1997, baixa as seguintes instruções, a serem observadas pelos órgãos de representação judicial da União e pelos órgãos jurídicos das autarquias e das fundações públicas federais:

Art. 1º - Em face da decisão proferida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal nos autos do Recurso Extraordinário n.º 209.899-0/RN, e considerando os termos da Resolução n.º 35, de 1999, do Senado Federal, que suspendeu a execução dos incisos I e III do art. 7º da Lei Federal n.º 8.162, de 8 de janeiro de 1991, as Procuradorias da União e as das autarquias e das fundações públicas federais ficam autorizadas a não interpor recursos e a desistir daqueles já interpostos contra decisões judiciais que reconheçam procedentes os pedidos de contagem do tempo de serviço público prestado sob o regime celetista para fins de anuênio.

Art. 2º - Esta Instrução Normativa entrará em vigor na data de sua publicação no Diário Oficial da União.”

<sup>9</sup> Nos casos da competência dos Juizados Especiais Federais, a Advocacia Geral da União, por intermédio de Gilmar Ferreira MENDES, quando ainda Advogado-Geral da União, editou a Portaria n.º 505/2002, do seguinte teor:

PORTARIA Nº 505, DE 19 DE JUNHO DE 2002

O ADOGADO-GERAL DA UNIÃO, no uso das atribuições que lhe conferem o art. 4º da Lei Complementar n.º 73, de 10 de fevereiro de 1993, e o art. 2º do Decreto n.º 4.250, de 27 de maio de 2002, considerando a necessidade de orientar a atuação dos órgãos da Advocacia-Geral da União e dos órgãos jurídicos a ela vinculados, nas causas de competência dos Juizados Especiais Federais, de que trata a Lei n.º 10.259, de 12 de julho de 2001, resolve:

Art. 1º Os órgãos jurídicos das entidades previstas no art. 6, II, da Lei n.º 10.259, de 12 de julho de 2001, poderão transigir, deixar de recorrer, desistir de recursos interpostos ou concordar com a desistência do pedido, no âmbito dos Juizados Especiais Federais, nos termos desta Portaria.

Art. 2º Poderão praticar os atos previstos no art. 1, os membros das carreiras jurídicas da União, das autarquias e das fundações públicas.

Art. 3º A transação ou a não interposição ou desistência de recurso poderá ocorrer quando:

I - inexistir qualquer controvérsia quanto ao direito aplicado;

II - houver reconhecimento de erro administrativo por autoridade competente.

§ 1º Os valores envolvidos nas conciliações e transações, não poderão exceder ao teto previsto no art. 3, da Lei n.º 10.259/2001.

§ 2º Inclui-se no referido teto a soma de 12 (doze) parcelas vincendas, quando for o caso.

§ 3º Não será objeto de acordo:

I - as hipóteses em que se discute penalidade aplicada ao servidor;

II - os casos de dano moral, salvo se o agente causador do dano for entidade credenciada ou delegada de órgão de Administração Pública Federal e assuma, em juízo, a responsabilidade pelo pagamento acordado;

III - o litígio que estiver fundado exclusivamente em matéria de direito e não houver a esse respeito súmula administrativa, parecer aprovado na forma do art. 40 da Lei Complementar 73/93 ou orientação interna adotada pelo Advogado-Geral da União;

IV - na ausência de prévio requerimento administrativo objetivando a concessão de benefícios previdenciários.

§ 4º Os acordos conterão obrigatoriamente cláusula de renúncia a eventuais direitos decorrentes do mesmo fato ou fundamento jurídico que deu origem à ação judicial.

Art. 4º Os representantes judiciais da União, autarquias e fundações públicas federais, deverão em 03 (três) dias, a contar da citação recebida, solicitar aos órgãos da administração pública federal informações e documentos necessários ao deslinde da causa fixando o prazo máximo de 10 (dez) dias para resposta.

§ 1º A resposta deverá vir acompanhada dos documentos necessários à instrução da causa, inclusive planilha de cálculos que identifique o valor da pretensão do autor da ação.

§ 2º Nos processos em que a União figure como ré, tais solicitações deverão ser encaminhadas às Consultorias Jurídicas dos Ministérios a que se referirem as causas.

§ 3º As informações previstas no caput poderão, sempre que possível, ser solicitadas e respondidas por meio eletrônico.

Art. 5º Os acordos firmados pelos órgãos jurídicos da União, autarquias e fundações públicas deverão ser remetidos à Secretaria-Geral de Contencioso da Advocacia-Geral da União.

Advogado-Geral da União<sup>10</sup>, no sentido de tornar desobrigatória a interposição de recurso nos casos onde já houvesse posicionamento do Supremo Tribunal Federal – e ele fosse contrário aos interesses da Fazenda – é digna de aplauso.

---

Parágrafo Único. A Secretaria-Geral de Contencioso sistematizará e divulgará mensalmente as informações recebidas.

Art. 6º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.”

<sup>10</sup> Devem ser registrados, ainda, os enunciados da Súmula da Advocacia-Geral da União (súmula esta cuja competência para editar pertence ao Advogado-Geral da União, possuindo caráter administrativo e como resultado seja da jurisprudência iterativa dos Tribunais; que – ademais – tem caráter obrigatório quanto aos órgãos jurídicos da AGU e aos órgãos jurídicos de suas autarquias e fundações públicas, de sorte que é vedado ao membros efetivos da Advocacia-Geral da União contrariar súmula, parecer normativo ou orientação técnica adotada pelo Advogado-Geral da União) que, consoforme seja seu conteúdo, ora dispensam a defesa (instauração de litígio), ora impõe a desistência de recurso ou mesmo a não recorribilidade de decisão contrária aos interesses da União e Autarquias:

**Enunciado nº 1, de 27 de junho de 1997:**

*"A decisão judicial que conceder reajustes referentes à URP de abril e maio de 1988 na proporção de 7/30 (sete trinta avos) de 16,19 %, incidentes sobre a remuneração do mês de abril e, no mesmo percentual, sobre a do mês de maio, não cumulativos, não será impugnada por recurso."* (REDAÇÃO ORIGINAL)

**LEGISLAÇÃO PERTINENTE:** Decreto-lei n.º 2.335, de 12.6.87, e Decreto-lei n.º 2.425, de 7.4.88. **PRECEDENTES:** Supremo Tribunal Federal " RE n.º 145183-1/DF - Tribunal Pleno - (DJ 18.11.94) e RE n.º 146749-5/DF - Tribunal Pleno - (DJ 18.11.94)." (REDAÇÃO ORIGINAL)

**Enunciado nº 4, de 5 de abril de 2000:**

*"Salvo para defender o seu domínio sobre imóveis que estejam afetados ao uso público federal, a União não reivindicará o domínio de terras situadas dentro dos perímetros dos antigos aldeamentos indígenas de São Miguel e de Guarulhos, localizados no Estado de São Paulo, e desistirá de reivindicações que tenham como objeto referido domínio".* (NR) (REDAÇÃO DADA PELO ATO DE 19.7.2004 D.O.U. DE 26, 27 E 28.7.2004. VER TAMBÉM A INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 6, DE 19.7.2004 D.O.U. DE 26.7.2004)

**REFERÊNCIAS:**

**Legislação:** Constituições de 1891 (art. 64), de 1934 (arts. 20, 21 e 129), de 1937 (arts. 36 e 37), de 1946 (arts. 34 e 35), de 1967 (arts. 4º e 5º), Emenda Constitucional nº 1, de 1969 (arts. 4º e 5º) e Constituição de 1988 (art. 20); Decreto-lei nº 9.760, de 18.9.1946 (art. 1º) e Medida Provisória nº 2.180-35, de 24.8.2001 (art. 17).

**Jurisprudência:** Supremo Tribunal Federal: Súmula nº 650; RE nº 219983-3/SP (Plenário). Acórdãos: RE's nos 212251, 226683, 220491, 226601, 219542, 231646, 231839, RE nº 285098/SP, etc. (Primeira Turma); RE's nos 219983/SP, 197628/SP, 194929/SP, 170645/SP, 179541/SP, 215760/SP, 166934/SP, 222152/SP, 209197/SP, etc. (Segunda Turma). Superior Tribunal de Justiça: RESP nº 126784/SP (Terceira Turma).

**Enunciado nº 10, de 19 de abril de 2002:**

*"Não está sujeita a recurso a decisão judicial que entender incabível a remessa necessária nos embargos à execução de título judicial opostos pela Fazenda Pública, ressalvadas aquelas que julgarem a liquidação por arbitramento ou artigo, nas execuções de sentenças ilíquidas".* (NR) (REDAÇÃO DADA PELO ATO DE 19.7.2004 D.O.U. DE 26, 27 E 28.7.2004. VER TAMBÉM A INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 7, DE 19.7.2004 D.O.U. DE 26.7.2004)

**REFERÊNCIAS:**

**Legislação:** Código de Processo Civil (arts. 475, inciso I, 520, inciso V, e 585, inciso VI); Lei nº 2.770, de 4.5.56 (art. 3º, com a redação dada pela Lei nº 6.071, de 3.7.1974), e Lei nº 9.469, de 10.7.1997 (art. 10).

**Jurisprudência:** Superior Tribunal de Justiça: ERESP's nos 241875/SC, 258097/RS, 233630/RS e 226156-SP (Corte Especial); ERESP nº 226551/PR (Terceira Seção); RESP nº 223083/PR (Segunda Turma).

**Enunciado nº 15, de 19 de abril de 2002:**

*"Da decisão judicial que restabelecer benefício previdenciário, suspenso por possível ocorrência de fraude, sem a prévia apuração em processo administrativo, não se interporá recurso."*(REDAÇÃO ORIGINAL)

**JURISPRUDÊNCIA:** Superior Tribunal de Justiça: RES's nºs 172.869-SP; 172.252-SP; 210.038-SP; 149.205-SP (Quinta Turma); RESP's nºs: 174.435-SP; 140.766-PE (Sexta Turma)." (REDAÇÃO ORIGINAL)

**Enunciado nº 18, de 19 de junho de 2002:**

*"Da decisão judicial que determinar a concessão de Certidão Negativa de Débito (CND), em face da inexistência de crédito tributário constituído, não se interporá recurso."* (REDAÇÃO ORIGINAL)

Em boa parte em razão destes argumentos até aqui alinhavados – e ainda por conta de outros que orbitam o tema – é que nos deparamos com um Poder Judiciário que não consegue dar vazão à demanda que lhe é dirigida. E é por isto que temos um Estado que não consegue cumprir o comprometimento da “razoável duração do processo”, estabelecido no inciso LXXXVIII, do art. 5º, da Constituição Federal<sup>11</sup>.

Muitas medidas – é bom que se diga – vêm sendo implementadas pelo Poderes Legislativo e Judiciário no propósito de diminuir o prazo de duração das demandas no foro brasileiro. Note-se, todavia, que este problema é universal, não se constituindo (de forma alguma) prerrogativa verde-amarela.

No âmbito do Poder Legislativo, percebe-se o esforço muito grande na melhoria do processo civil brasileiro. O chamado “Código Buzaid” recebeu modificações que tinham como escopo, em última análise, o aprimoramento da prestação da tutela jurisdicional. Neste contexto, atributos como o da efetividade do processo e o do acesso à ordem jurídica justa, na feliz expressão de KAZUO WATANABE, foram sendo implementados paulatinamente em nosso ordenamento processual. Sobretudo após a última década do século passado, houve várias leis no sentido de melhorar e aprimorar nosso processo civil. Claramente perceberam-se propósitos inovador e retificador nas fases reformistas que bem podem ser divididas em grupos: as reformas do início da última década do século passado, que modificaram a estrutura do recurso de agravo e introduziram a antecipação dos efeitos da tutela e a ação monitória; as reformas de dezembro de 2001 e março de 2002, das quais destacavam-se, como

---

**JURISPRUDÊNCIA:** Superior Tribunal de Justiça: EREsp’s nºs 180.771/PR e 202.830/RS (Primeira Seção); AGREsp nº 303.357/RS (Primeira Turma); AGREsp nº 255.749/RS (Segunda Turma).” (REDAÇÃO ORIGINAL)

<sup>11</sup> Conforme o art. 8º, n.º 1, que versa sobre “Garantias judiciais”, da Convenção Americana dos Direitos Humanos (Tratado de São José da Costa Rica), adotada e aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José de Costa Rica, em 22.11.1969 e ratificada pelo Brasil em 25.09.1992: “1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.”

novidade, a possibilidade do julgamento da lide em apelação interposta contra sentença terminativa e, como aperfeiçoamento, a imposição de ônus ao agravante em comunicar a interposição do agravo; e, por fim, estas mais recentes reformas de 2006, nas quais, além de reformas esparsas, preponderou a reformulação da execução.

O Poder Judiciário – a despeito de não ter, em regra, vocação e competência legislativas – também ajuda na árdua tarefa de melhorar o processo civil. A construção de uma jurisprudência viva e conforme (o termo “conforme” será usado mais adiante, em seu sentido técnico, quando forem escritas linhas a respeito da ação direta de inconstitucionalidade, especificamente quando da análise do instituto da “interpretação conforme”) tem sido buscada por nossos juízes, sobretudo os Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores.

Mas Legislativo e Judiciário têm cometido faltas graves, gravíssimas, a pretexto desta colaboração a que vimos de referir.

Algumas leis têm sido editadas sem a necessária técnica e de sopetão. Se o Congresso Nacional tivesse confiado a missão de reformar<sup>12-13</sup> o Código de Processo Civil à Comissão

---

<sup>12</sup> Há argumentos de sobra para defender – inclusive – a viabilidade da elaboração de um novo estatuto processual, rompendo com o atual sistema. Empreitada de fôlego – é certo – que exigiria superior colaboração dos estudiosos do processo civil; desejada, todavia, à vista das conhecidas deficiências do atual ordenamento processual. Tema e trabalho para outra seara, no entanto. Embora incidental o assunto, algumas linhas podem ser sobre ele escritas. Conforme José de Oliveira ASCENSÃO, “(...) código não é regra nem conjunto de regras, é fonte do direito. Mas dentro das fontes de direito não ocupa lugar próprio, antes se integra na modalidade lei. Dentro das leis, caracterizar-se-á por ser portador de uma globalidade ordenada de regras (...)”. O tratadista angolano enumera aquelas que seriam as principais vantagens de um código: “1) o código permite um conhecimento fácil do direito, o que é um dom precioso. Se o direito é a regra da vida, deve ser conhecido; e quanto mais possível conhecido directamente por aqueles cuja vida rege, e não só pelos juízes; 2) trazendo uma disciplina unitária, evita incongruências entre várias fontes, e faz avultar os grandes princípios que disciplinam aquele sector da vida social; 3) (...) pela sistematização científica que traz, dá ao intérprete um mapa onde situar facilmente o novo caso. Esse mapa revela-se fecundo nos entendimentos que torna possíveis. Tem também interesse para os casos omissos, pois pode ser utilizado como ponto de partida para a integração de lacunas. O facto de o código ser um diploma científico e sistemático tem muita importância. Já não deparamos uma mera concentração, mas uma concentração sistematizada. Isto facilita a busca, mesmo ampara quem não for técnico do direito. Por outro lado, o código não só pressupõe como facilita a construção científica do direito. A própria estrutura, do Código fará resultar princípios comuns que vivificam as diversas partes. Muitas orientações gerais, que só penosamente se poderiam detectar através de uma seriação de leis, tornam-se facilmente apreensíveis graças à própria estrutura sistemática dum código.” (**O Direito – Introdução e Teoria Geral. Uma perspectiva**

de Reforma do Código de Processo Civil, que por muito tempo foi capitaneada por ATHOS GUSMÃO CARNEIRO e SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA – em nome de quem a exaustão quantitativa e qualificativa (da qual não somos titulares, advirta-se) será sempre devedora – e, mais recentemente, pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual, certamente hoje a situação seria melhor e muitos equívocos teriam sido evitados. Equívocos que, mais cedo ou mais tarde, desaguariam ou ainda desaguarão no Judiciário, que precisará discutir o que deveria ser a sua última preocupação: o processo.

E o Judiciário também cometeu erros imperdoáveis arvorando-se na bandeira da celeridade processual e da necessidade do encerramento o mais breve possível das demandas que deveria analisar. Muitas decisões *artimanhosas* – este é o termo, que pedimos vênias para usar – foram proferidas por juízes, inclusive do Supremo Tribunal Federal.

---

**lusobrasileira**, 6ª ed., Coimbra, Almedina, 1991, pp. 335 e seguintes). Seriam estas considerações, segundo pensamos, suficientes para se vislumbrar a necessidade de ser elaborado um novo código de processo civil: senão porque o atual encontra-se – por assim dizer – desfigurado (perdendo, pois, sua vantagem essencial e até a razão de ser), também para que os conceitos nele constantes pudessem ser revistos à luz das atuais necessidades sociais, uma vez que a idade presente é (em muitos aspectos até diametralmente oposta) bastante distinta daquela em que foi elaborado. Aliás, voltando à lição do professor de Angola, sua advertência não foi seguida, aliás ao contrário, pelo legislador brasileiro, que optou por reformas pontuais, do Código de Processo Civil: “o código representa um grande esforço para quem o elabora, e quanto maior é esse esforço mais respeito impõe após realizado. As alterações a um código não-de ser pois também profundamente meditadas. Em consequência, apesar da proliferação de leis que se tornou característica dos Estados modernos, os códigos pouco são alterados.” Não se pode deixar de consignar que – em virtude disso – ASCENSÃO afirmou que “(...) um código é um obstáculo à evolução e à adaptação da ordem jurídica.” Isto não obstante – para fechar o assunto incidentalmente posto nesta passagem do trabalho – concluímos no cotejo das vantagens de uma codificação com as suas inerentes desvantagens, das quais a preponderante seja a rigidez que o qualifica, são os códigos necessários nos ordenamentos jurídicos. Com relação ao Código de Processo Civil brasileiro, apensar de idade não muito avançada – é ele de 1973 – a evolução social se deu num passo de tamanha velocidade – e as reformas pontuais foram tão drasticamente colocadas – que hoje ele encontra-se desconfigurado, com identidade perdida e, por isso mesmo, enseja ruptura, com a edição de outro que torne a sustentar os pilares processuais uniformemente, sem – inclusive – contradições internas ou, quando menos, interpretações por vezes divergentes.

<sup>13</sup> José Afonso da SILVA explica que “a organização do direito em códigos – ou seja, codificação – é uma exigência de sistematização e da segurança jurídica.” (**Processo constitucional de formação das leis**, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 2007, p. 327). Foi a partir dos ensinamentos de Clóvis BEVILÁQUA que formou sua posição, pois para o autor clássico do direito civil brasileiro “as codificações, além de corresponderem às necessidades mentais de clareza e sistematização, constituem, do ponto de vista social, formações orgânicas do direito, que lhe aumentam o poder de precisão e segurança, estabelecendo harmonia e a recíproca elucidação dos dispositivos, fecundando princípios e institutos, que, no isolamento, se não desenvolveriam suficientemente, contendo, canalizando e orientando energias, que se poderiam prejudicar, na sua ação dispersiva.” (In: **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**, v. I, 12ª ed., p. 9, *apud* José Afonso da SILVA).

Vale a pena dizer pelo menos três delas, dentre as mais conhecidas, que ocorreram no passado e outras duas, que são do tempo presente e sobre as quais o trabalho dedicará algumas linhas mais à frente.

Em passado não muito distante, o Supremo Tribunal Federal adotou tese segundo a qual os “agravos denegatórios” (agravo de instrumento tirado contra decisão denegatória de processamento de recurso extraordinário) não seriam conhecidos se, do instrumento, não constasse a certidão de intimação do acórdão contra o qual se interpôs recurso extraordinário. Na época, tal peça *não era* indicada como obrigatória pelo art. 544 do Código de Processo Civil, o que só veio a acontecer em razão da Lei 10.352/01.

O argumento utilizado pelo Supremo Tribunal Federal foi o de que sem a certidão da intimação do acórdão contra o qual o extraordinário fora interposto, não seria possível o exame de admissibilidade recursal, uma vez que não se poderia avaliar a tempestividade do recurso cujo processamento fora denegado<sup>14</sup>.

O argumento, se à primeira vista agrada, não resiste todavia a um melhor exame.

Sabe-se que o juízo de admissibilidade do recurso extraordinário é duplo, vale dizer, a admissão é analisada no juízo *a quo* e novamente no juízo *ad quem*, ou seja, os Tribunais de Justiça, os Regionais Federais e os Superiores – ou o órgão do Juizado e mesmo o juiz, nas causas de alçada –, quando o caso, fazem-no e o Supremo Tribunal Federal o repete, embora de forma independente. Adiante, verificaremos o impacto que a repercussão geral de questão constitucional – novo requisito de admissão – terá nos juízos provisório e final de admissão.

---

<sup>14</sup> Destaque-se que a mencionada certidão de intimação do acórdão recorrido – hoje, peça obrigatória conforme o § 1, do art. 544 do Código de Processo Civil – é, de fato, peça necessária ao melhor julgamento do agravo. Por isto, o que escrevemos volta-se não contra à necessidade em si da juntada de tal documento ao instrumento do recurso, mas, sim e exclusivamente, ao fato de que, sem lei, não poderia o Supremo Tribunal Federal exigí-la.



Desta maneira, se a admissão do recurso extraordinário foi feita pelo Tribunal ou instância de origem e se no âmbito daquela Corte, normalmente por sua Presidência ou Vice-Presidência, não se cogitou de inadmissão por intempestividade, o recurso é até segunda ordem tempestivo. Se não fosse, a inadmissão teria seu fundamento na intempestividade.

Assim, se a decisão contra a qual foi interposto o agravo denegatório inadmitia o processamento do recurso extraordinário por fundamento outro que não fosse a intempestividade, a certidão de julgamento do acórdão objeto daquele recurso era de um todo despicienda. Ou, quando menos, não poderia ser exigida da parte, como se obrigatória fosse – nem mesmo facultativa –, pois não havia previsão no rol das peças de traslado obrigatório, na redação original do art. 544 do Código de Processo Civil.

Na época, o Ministro MARCO AURÉLIO proferiu voto rechaçando a postura do Supremo Tribunal Federal, não poupando de críticas (negativas e merecidas) a mencionada tese. Fez defesa aberta da advocacia – que é dita essencial e indispensável à administração da Justiça, pelo art. 133 da Constituição Federal –, demonstrando que a parte não poderia ser prejudicada, nem questionado o trabalho do seu advogado, na exata medida que viesse a cumprir o que a lei então lhe exigia. Parece ter sido, no caso, uma atuação legislativa imprópria do Supremo Tribunal Federal.

Outra atuação indevida do Poder Judiciário no propósito de criar obstáculos para a admissão de recurso, mais do que aqueles já existentes em lei – e nos verbetes sumulares –, foi antiga prática adotada na Justiça do Trabalho.

Alguns Tribunais Regionais do Trabalho do Brasil passaram a exarar a inadmissão da revista e, deliberadamente, deixavam de colocar o número do processo a que se referia aquela decisão.

No começo, a boa-fé dos advogados impediu que pudessem enxergar o propósito daquela conduta. Os agravos eram interpostos e deles não se conhecia, pois o Tribunal Superior do Trabalho entendia que não era possível identificar aquela decisão como sendo daquele processo.

Muitos advogados apelavam para argumentos do tipo: o acórdão está lançado às fls. 500/509; a revista, às fls. 511/516 e a decisão recorrida está às fls. 525; logo, a própria numeração dos autos demonstra que a decisão pertence aquele processo. Ou: o acórdão trata de equiparação salarial; a revista, do pedido de salário igual, preenchidos os requisitos; e a decisão de indeferimento do seu processamento, a inadmitia porque se tratava de matéria de fato saber se “fulano” e “beltrano” exerciam a mesma função.

A partir daí, foi um *corre-corre* de advogado pedindo certidão para provar que aquela decisão pertencia ao seu processo. Só que a certidão ficava pronta depois do prazo para a interposição do agravo...

Há ainda outros exemplos, infelizmente, da atuação do Judiciário tentando barrar recursos. Há outras pretéritas, como aquela comum na Justiça Federal de que a guia de preparo recursal deveria ser recolhida na agência do Fórum, de modo que outra, mesmo que aceita pela Caixa Econômica Federal, mesmo que preenchida conforme, acabava não aceita e gerando deserção recursal.

E há situações presentes, como a questão do protocolo de petições pelo sistema unificado e a utilização da chamada “lei do fax”. Embora mais à frente os temas voltarão a ser abordados, não nos parece razoável permitir o protocolo unificado e fazer o exame da admissibilidade em razão do protocolo de entrada no Tribunal. Pior do que “dar com uma

mão e tirar com outra”, o procedimento induz ao erro. Assim com o a utilização da Lei do *fax* não nos parece possa ensejar interpretação desfavorável aos que dela se valem.

O recurso extraordinário – no contexto de tudo o que foi mencionado – passará a ser analisado dentro da roupagem adequada que ainda procura, a de não ser merante um recurso que pudesse transformar o tribunal em 4ª ou 5ª instância<sup>15</sup>, mas, a de ser uma espécie superior

---

<sup>15</sup> Isto decorre da cultura litigiosa que vimos de expor. Esta deformação conceitual – para não dizer excessência – foi observada por Nelson JOBIM, hoje Ministro de Estado da Defesa, quando então tomava posse na presidência do Supremo Tribunal Federal. Na ocasião, fez constar de seu discurso: “(...) Paulatinamente, o Supremo Tribunal e os Tribunais Superiores foram perdendo as funções de Cortes da Federação. A cada passo foram sendo transformados em Tribunais de Justiça às partes. Passaram a ser terceiro e quarto grau de jurisdição. Esvaziou-se a Justiça nos Estados. O grau de definitividade da decisão de 1 grau chegou próximo de zero. Tudo tinha e tem que chegar ao Supremo Tribunal e às Cortes Superiores. (...) O produto dessa atividade [a jurisdicional, explicamos] -a sentença – é examinado, avaliado e eventualmente substituído quando da decisão dos recursos. A jurisdição é o âmbito para essas questões. Creio que a análise da capacidade de oferta de decisões nos conduzirá ao retorno à idéia mestra do desenho republicano: o fortalecimento da Justiça nos Estados. É nesse ponto que emerge o tema dos recursos. (...) Temos uma miríade de recursos que se reproduzem em cada grau de jurisdição (aqui, nesta Corte, costumamos brincar: vamos tratar de um recurso de quinta a oitava geração, pois são os embaegos sobre embargos sobre embargos, embargos, embargos... de agravos de agravos de agravos... de recurso de recurso de recurso de agravo de agravo de agravo de agravo de recurso extraordinário numa sentença). Além do mais, e principalmente, temos a possibilidade do uso indiscriminado e sem conseqüências desses recursos. Esse conjunto produziu, no Supremo Tribunal e nos Tribunais Superiores, a usurpação de funções dos Tribunais nos Estados. Precisamos rever isso tudo com responsabilidade e fundamentalmente com coragem. Aqueles que pensam o processo de foma só acadêmica preocupam-se com a consistência sistêmica do modelo e não com sua funcionalidade (transformam o processo em tese de mestrado e doutorado e não algo que esteja a serviço do povo e da Nação.) Colocam em segundo plano a função real do processo: a produção de decisões em tempo eficaz”. (Posse dos Ministros Nelson Azevedo Jobim na Presidência e Ellen Gracie Northfleet na Vice-Presidência do Supremo Tribunal Federal: Sessão Solene realizada em 3 de junho de 2004. Disponível em <http://www.stf.gov.br/discursos>. Acessado em 1º de março de 2007). Embora devamos estar de acordo com as colocações de Nelson JOBIM, uma delas – todavia – nos causa espécie: a que coloca o estudo do processo civil dissociado de sua efetividade. No seio desta prestigiosa Faculdade, de produção acadêmica avantajada, nomes como os de Teresa Arruda Alvim WAMBIER, Nelson NERY JR., Nelson Luiz PINTO, Sérgio Seiji SHIMURA, Cássio Scarpinela BUENO entre alguns, evidenciam que JOBIM tenha sido manifestamente infeliz em sua colocação. A Faculdade de Direito do Largo de São Francisco é outro exemplo, onde, dentre outros, Candido Rangel DINAMARCO, Ada Pellegrini GRINOVER, Antonio Carlos MARCATO, Kazuo WATANABE discorrem, inclusive, sobre “efetividade do processo”. Vários seriam os exemplos, país afora. Têm os processualistas – e não se trata aqui de uma defesa, para a qual sequer habilitados seríamos, mas de uma constatação por justiça – direcionado seus estudos para a função social do processo. A melhor processualística brasileira, muito ao contrário do que afirma Nelson JOBIM, jamais colocaria a função do processo em segundo plano. A produção de decisões em tempo eficaz – para manter a terminologia de JOBIM – pode ser melhor compreendida em José Rogério Cruz e TUCCI, por todos, na obra **Tempo e Processo**. Colocando-se em seu devido lugar, tem a presente dissertação a expectativa de não apenas dizer do sistema processual mas, ao procurar soluções para seus problemas, também a de tornar o processo civil efetivo e eficaz, inclusive o que fará com apresentações de propostas *de lege ferenda* – e versando, dentre outros assuntos, sobre a função social do advogado na condução de demandas judiciais. Tema sobre o qual, juntamente com Joel de ANDRADE JUNIOR, ocupamo-nos, aliás, outrora (A função social do advogado no século XXI – Realidades, perspectivas e sugestões, in: **Revista do IASP**, n. 11, São Paulo, Revista dos Tribunais, jan-jun de 2003, pp. 45-80). Por fim, a melhor doutrina ajuda a esclarecer o ponto: “as regras processuais sofrem, na opinião pública, de uma péssima reputação. Paradoxalmente, costumam responsabilizá-las por todos os males da justiça ao passo que contribuem ativamente para a boa organização. Logo de início podemos dizer que, sem regras processuais, coercitivas, nenhuma justiça é possível, pelo menos no contexto liberal. Com efeito, elas oferecem aos indivíduos uma garantia essencial à preservação de seus direitos e de suas liberdades” (Jean RIVERO e Hugues

de defesa da Constituição Federal, tornando o Supremo Tribunal Federal como fosse Corte Constitucional e, com a sua interposição, conhecimento e julgamento, transformando o processo em processo objetivo – termo que, mais à frente, será usado com frequência e que significa, em rápidas palavras, a expansão da discussão para além das fronteiras restritas e subjetivas de determinado processo.

Esta nova roupagem do recurso extraordinário, principalmente com o advento da repercussão geral como requisito de admissibilidade – e, ainda, do instituto da súmula vinculante<sup>16</sup>, do conceito de Corte Constitucional e da modulação de efeitos dos julgamentos do Supremo Tribunal Federal – , leva-nos à conclusão de que estejamos vivendo um momento de consolidação do direito constitucional brasileiro, que – é preciso dizer – guarda relação com o próprio Estado de Direito.

A partir de tais considerações notadamente introdutórias, é possível passar adiante. Primeiro, examinando muito perfunctoriamente o papel do Supremo Tribunal Federal em

---

MOUTOUH, **Liberdades Públicas**, trad. por Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão, São Paulo, Martins Fontes, 2006).

<sup>16</sup> Especificamente a respeito desses dois temas, repercussão geral e súmula vinculante – daí a importância e a pertinência de serem tratados nesta dissertação, o primeiro a ela diretamente ligado, o segundo, como pano de fundo – , consigne-se e registre-se parte do discurso de abertura do ano judiciário de 2007 feito pela Ministra Ellen GRACIE como Presidente do Supremo Tribunal Federal: “a edição de súmulas com força vinculante para a Administração Pública dificilmente poderá ser suficientemente louvada, tudo porque é fato inconteste que a Administração, em suas diversas esferas – por motivos vários, mas também pela falta de mecanismos que desse aos seus representantes judiciais o necessário respaldo – tantas vezes insiste em ignorar interpretação reiterada do Supremo Tribunal Federal, e com este proceder obriga o cidadão a intentar mais uma das milhares causas idênticas que congestionam os serviços forenses. Esse congestionamento lhes retira a agilidade necessária para o enfrentamento de questões novas e urgentes. O novo instrumento irá, então, permitir que seja desinflada a demanda que hoje recai sobre a Justiça Federal e as Varas da Fazenda Pública, de maneira particularmente sensível. Todas as causas de massa que tenham por núcleo uma mesma questão de direito ficarão definidas se já ajuizadas ou serão mesmo estancadas no nascedouro. Outra das medidas, a autorização para que esta Corte defina quais as questões que – por veicularem interesse geral – devam merecer a sua atenção, corresponde à garantia de funcionalidade para este Tribunal, hoje sobrecarregado com questões de somenos. Trata-se de demandas que apenas a pertinência de litigantes recalcitrantes impulsiona através de toda a extensa cadeia de possibilidades recursais, reiterando, vezes sem conta, a mesma argumentação. As duas primeiras leis a que me referi dizem de perto com a atuação do Supremo Tribunal Federal, mas repercutem sobre a totalidade da estrutura judiciária” (Disponível em <http://www.stf.gov.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=3063&sigServico=noticiaArtigoDiscurso&caixaBusca=N>. Acessado em 20 de março de 2007).

nosso ordenamento jurídico e, depois, mais detidamente, tratando do recurso extraordinário e de todos os institutos que o compõem.

## PARTE I

### A PROPÓSITO DO EXCELSO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

#### 1. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS BEM COMO DE OUTROS ATOS DE CUNHO NORMATIVO EDITADOS PELO PODER PÚBLICO

##### 1.1 Preâmbulo: teoria geral do controle de constitucionalidade

###### *1.1.1 A Constituição Federal no contexto legislativo brasileiro*

A Constituição Federal é o comando normativo-principiológico máximo do país<sup>17</sup>. No Brasil, que se constitui tanto numa República<sup>18</sup> Federativa como num

---

<sup>17</sup> A afirmação genericamente feita em relação à posição de supremacia da Constituição tem como pressuposto a teoria de Hans KELSEN sobre o ordenamento jurídico e assenta-se na doutrina de José Paulo Sepúlveda PERTENCE, para quem “essa supremacia da Constituição é hoje quase universalmente associada à conhecida técnica da rigidez constitucional. (...) Mas essa classificação não é essencial à concepção da Constituição como norma suprema. Ela é suprema, e limita os poderes instituídos, a começar pelo legislador, nas próprias constituições flexíveis, na medida em que, mesmo nas constituições flexíveis, a validade da Lei e a validade da emenda constitucional estão subordinadas à observância do processo legislativo estabelecido na própria Constituição do Estado. Daí a conhecida concepção de Kelsen de que a constituição no sentido material, a Constituição essencialmente constitucional, se reduz, ao final das contas, ao que diz com o processo de criação das normas gerais a ela imediatamente subordinadas. É claro que hoje essa classificação de constituições rígidas e constituições flexíveis tem um sabor quase teórico, reduzido às últimas peculiaridades do singular sistema político inglês e, entre as Constituições escritas, à Constituição de Israel”.

<sup>18</sup> A forma e sistema de governo no Brasil, hoje bem definidas, tiveram previsão constitucional de realização de plebiscito para a respectiva adoção, conforme a redação do art. 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Houve grande discussão jurídica no país, à época, pois a Emenda Constitucional nº 2 antecipou o plebiscito de 7 de setembro de 1993 para 21 de abril daquele mesmo ano. O Supremo Tribunal Federal, todavia, julgou constitucional (e acertadamente, parece-nos) a antecipação mencionada.

Estado Social e Democrático de Direito<sup>19</sup>, é a Constituição Federal o maior elemento legislativo dentro do ordenamento jurídico<sup>20</sup>.

Adotando-se a conhecida teoria piramidal de HANS KELSEN, a Constituição Federal está no ápice do sistema jurídico e todas as demais leis (em sentido amplo) devem-lhe obediência formal, no que se refere ao processo de suas respectivas produções, pois é na Constituição que se encontra disciplinado o processo legislativo (tanto o ordinário, quanto o concernente à própria modificação da Constituição, por via das emendas constitucionais) e obediência material, no que refere ao conteúdo da lei propriamente dito.

É preciso compreender, contudo, que serão por estes motivos não há se falar em hierarquia. De sorte que todos os veículos normativos têm o mesmo valor e geram direitos e obrigações ao jurisdicionado – significando isto que, do veículo maior ao menor, não é dado ao jurisdicionado escolher entre um e outro a qual deva mais obediência. A hierarquia da Constituição, insistimos, é aquela como bem conceitua CELSO RIBEIRO BASTOS<sup>21</sup>:

“Dizer que existe tutela específica da Constituição significa afirmar que a Lei Fundamental se beneficia de um regime jurídico diferente. Com efeito, as normas componentes de um ordenamento jurídico encontram-se dispostas segundo uma hierarquia e formando uma espécie de pirâmide, sendo que a Constituição ocupa o ponto mais alto, o ápice da pirâmide legal, fazendo com que todas as demais normas que lhe vêm abaixo a ela se encontram

---

<sup>19</sup> Leia-se no Preâmbulo da Constituição Federal: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”.

<sup>20</sup> Discussão incidental de interesse meramente acadêmico poderia ser levantada no tocante à natureza jurídica da Constituição de 1988, bem como o seu vínculo com o Poder Constituinte originário ou com o Poder Constituinte derivado. Sem avançar muito no tema, posto não pertencer ao objeto deste estudo, limitamo-nos a dizer que, embora tenha havido uma ruptura com o ordenamento constitucional anterior, nem por isto – ou só por isto – poder-se-ia dizer, ou sustentar com tranquilidade, que a nossa Constituição é fruto do poder constituinte originário: pode não ser, dependendo a tese que se adote, porque uma parte da legislatura anterior foi mantida para, em Assembléia Nacional Constituinte, votar-lhe e instituí-la.

<sup>21</sup> Celso Ribeiro BASTOS, **Curso de Direito Constitucional**, 13ª ed., São Paulo, Saraiva, 1990, pp.43-44.

subordinadas. Estar juridicamente subordinada implica que uma determinada norma prevalece sobre a inferior em qualquer caso em que com ela conflite. A norma superior demanda obediência da subordinada, de tal sorte que esta lhe deverá dar sempre inteiro cumprimento sob pena de vir a ser viciada.”

Por isto, autoriza-se e exige-se, ao mesmo tempo, a adoção de um sistema de controle de constitucionalidade das leis e de outros atos normativos do Poder Público.



### ***1.1.2 O controle de constitucionalidade das leis: o controle político, o controle jurisdicional e o controle misto<sup>22</sup>.***

O controle de constitucionalidade das leis ou de outros atos normativos do Poder Público – útil e necessário, como visto, ao sistema jurídico centrado na supremacia constitucional – pode ser realizado sob i) o ponto de vista *político*, ou seja, com a criação de um órgão autônomo e de conotação política para o exame da constitucionalidade das leis, como ocorre na França; sob ii) o ponto de vista *jurisdicional*, com a atribuição a um órgão do Poder Judiciário para realizá-lo – normalmente o órgão de cúpula – como o Supremo Tribunal Federal, no Brasil; ou, finalmente, iii) um controle *misto*, em que haja tanto o controle político como o controle jurisdicional – como no caso da Suíça.

### ***1.1.3 A lei no contexto da constitucionalidade: a regularidade formal e a regularidade material.***

E este controle de constitucionalidade da lei e dos demais atos normativos do Poder Público refere-se a atestar, sob o prisma da Constituição, sua regularidade formal e sua regularidade material.

---

<sup>22</sup> No Brasil, adotamos o modelo amplo de controle de constitucionalidade das leis e dos demais atos normativos do Poder Público. Vale, por todas, a explicação de Celso Ribeiro BASTOS, para quem: “O Brasil possui o mais rico e variado sistema de acesso ao Judiciário como meio de dissolver, em última instância, as questões relativas ao cumprimento ou não da Constituição. Na verdade, existem dois caminhos jurídicos pelos quais há de se trilhar se a intenção for a de declarar um ato normativo como inconstitucional. O primeiro, denominado, via de defesa caracteriza-se pela possibilidade aberta a toda e qualquer pessoa física ou jurídica de aduzir em juízo a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo federal ou estadual. Estas decisões só produzem efeito entre as partes. O segundo, chamado de controle concentrado, consiste em atribuir a algumas autoridades o direito de mover uma ação junto ao Supremo Tribunal Federal, cujo objeto principal da lide é exatamente o de saber se a lei ou o ato normativo é constitucional ou não. Tal juízo é colimado pela ação direta de inconstitucionalidade, inconstitucionalidade por omissão e ação declaratória de constitucionalidade”.

A primeira, referente ao processo legislativo<sup>23</sup>, pode ser de natureza subjetiva (quando voltada para a iniciativa da Lei) ou objetiva (quando relacionada ao trâmite do processo legislativo)<sup>24</sup> ao passo que a segunda concerne ao próprio conteúdo da Lei.

Sob outro ponto de vista, e como “todos os poderes derivam da Constituição além do que os atos e as leis são legítimos, desde que feitos nos limites dos poderes constitucionais”, ALFREDO BUZAID esclarece que “diz-se inconstitucional todo ato que direta ou indiretamente contraria a Constituição. A ofensa resulta da simples inconciliabilidade com a Constituição”<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> O processo de produção legislativa é disciplinado pela Constituição Federal – e, como dissemos, resultado da Supremacia da Constituição. Houve alterações introduzidas por Emenda Constitucional. O regramento do processo de produção legislativa inclui a iniciativa, a tramitação e o desfecho, com a possibilidade, ao final, do veto ou sanção presidencial; aquele, todavia, podendo ser derrubado pelo Senado Federal.

<sup>24</sup> Questão interessante quanto à constitucionalidade da lei sob o aspecto formal – e, neste, no que refere ao seu atributo objetivo – ocorreu no Governo Fernando Henrique CARDOSO quando, ao final de um processo de lei de sua iniciativa que foi aprovado e não obteve modificação no Congresso Nacional, houve – surpreendentemente – ao invés da sanção, o veto presidencial. Referimo-nos ao projeto de lei de iniciativa da Presidência da República onde se pretendia a modificação na contagem dos prazos processuais para, inclusive dando atenção ao art. 133 da Constituição Federal, que aqueles fossem contados apenas em dias úteis, ou seja, com a exclusão dos sábados, domingos e feriados que houvesse no correr da contagem. Sobre o tema, tivemos a oportunidade de escrever, resumidamente, que “ao cabo destas argumentações podemos concluir que o veto presidencial a projeto de lei de sua iniciativa que não tenha recebido alteração no Legislativo e para os quais não haja a influência de fatos supervenientes que o pudessem tornar inconstitucional ou contrário ao interesse social é indevido na medida que, de um lado, revela-se ilógico; de outro, podendo até encerrar responsabilidade funcional e, derradeiramente, porque estaria afrontando os princípios constitucionais da tripartição de Poderes, da moralidade administrativa e da isonomia” (A impropriedade do veto presidencial quanto à projetada modificação da contagem dos prazos processuais, in: Hélio Rubens Batista Ribeiro COSTA, José Horácio Halfeld Rezende RIBEIRO e Pedro da Silva DINAMARCO (Coord.), **A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil**, São Paulo, Saraiva, 2002, p. 428). Esta posição tem forte substrato na doutrina de Ives Gandra da Silva MARTINS para quem, abordando o assunto sob outro ponto de vista, “(...) o Presidente não pode vetar projeto de lei de sua iniciativa que tenha sido aprovado integralmente pelo Legislativo. Se o Congresso, ao aprovar integralmente uma medida provisória, não precisa submeter a lei de conversão à sanção presidencial, o mesmo princípio deve prevalecer para os projetos de lei de iniciativa presidencial que não receberam qualquer alteração do Congresso nacional” (**Comentários à Constituição do Brasil**, v. IV, t. II, São Paulo, Saraiva, 1996, p. 283). Todavia, a doutrina constitucional brasileira caminha em sentido oposto. Que fique bem claro, entretanto, nosso ponto de vista segundo o qual poderá haver o veto presidencial a projetos de lei votados e aprovados no Legislativo, de sua iniciativa, e sem que lá tenha havido alteração. Mas este veto dependerá sempre de superveniente inconstitucionalidade ou superveniente perda de interesse social – justificados, ambos, na mensagem de veto e sendo, um e/ou outro, único(s) fundamento(s) para a rejeição.

<sup>25</sup> No texto, Alfredo BUZAID destaca ainda que a ofensa da lei pode ser direta, quando viola o direito expresso; e indireta, quando a lei é incompatível com o espírito ou sistema da Constituição. Corroborando a assertiva, o citado autor registra a lição de Lúcio BITTENCOURT para quem há mister, para se afirmar a inconstitucionalidade, que ocorra conflito com alguma norma ou algum mandamento da Constituição, embora se considere para esse fim não apenas a letra do texto, mas também, ou mesmo preponderantemente, o ‘espírito’ do dispositivo invocado.

#### ***1.1.4 As formas de inconstitucionalidade: a inconstitucionalidade da Lei editada e a inconstitucionalidade por omissão.***

No contexto da inconstitucionalidade de uma lei ou de outro ato normativo do Poder Público sobrepõe-se notar que o seu vício pode ser ativo, no caso de uma lei ou ato normativo editados serem contrários à Constituição Federal, ou passivo, na hipótese de haver uma omissão legislativa dando-lhe ensejo. Cada qual situação desafiando um sistema e um mecanismo próprio de controle.

#### ***1.1.5 Os sistemas de controle de constitucionalidade: o controle difuso, o controle incidental e o controle misto.***

Ainda dentro desta perspectiva, existem 3 (três) sistemas de controle jurisdicional da constitucionalidade das leis e dos demais atos normativos do Poder Público.

São eles o controle difuso, o controle incidental e o controle misto. No Brasil, adota-se esta última sistemática.

Na exata leitura da alínea *a*, do inciso I, do art. 102 da Constituição Federal:

“Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda, da Constituição, cabendo-lhe:

I – processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal”.

Na seqüência, o inciso III do supracitado artigo é peremptório ao atribuir ao Supremo Tribunal Federal competência para:

“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”.

Na mesma Carta Política, o art. 97 determina que:

“Art. 97. Somente pela maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”.

O Código de Processo Civil, de sua vez, estabelece, no seu art. 480 que:

“Art. 480. Argüida a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, o relator, ouvido o Ministério Público, submeterá a questão à turma ou câmara, a que tocar o conhecimento do processo”.

Da legislação citada, podemos concluir que o direito brasileiro, no que atine à declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, em especial de órbita federal ou estadual – às leis municipais, reservou-se a declaração da inconstitucionalidade pelos Tribunais Estaduais – adotou o sistema *misto*, consagrando, entre nós, o *controle incidental* e o *controle direto* de constitucionalidade.

Segundo JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA:

“No direito brasileiro vigente continuam a coexistir o controle incidental e o controle direto da constitucionalidade. O primeiro é exercitável por qualquer órgão do Poder Judiciário, independentemente da posição que ocupe na

respectiva hierarquia, inclusive o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça (sistema difuso), no julgamento de causa que lhe incumba, originariamente ou em grau de recurso, desde que a decisão do litígio reclame, como premissa lógica, o exame da questão de constitucionalidade, assim configurada como prejudicial. O segundo compete exclusivamente (sistema concentrado): a) ao Supremo Tribunal Federal, mediante representação de algum legitimado (Constituição de 1988, art. 103), no concernente a qualquer lei ou ato normativo da União ou de Estado-membro (não de Município), seja qual for o preceito da Carta da República (não de Estado) cuja violação se alegue; b) ao Tribunal do Estado-membro, também mediante representação, no que tange a norma jurídica municipal, averbada de incompatível com algum dispositivo da Constituição Estadual”<sup>26</sup>.

Assim, o sistema jurídico brasileiro contempla o controle de constitucionalidade das leis quer i) pelo método direto, por meio de ação própria; quer ii) pela via oblíqua, o chamado controle difuso, este por intermédio de um incidente de natureza processual<sup>27</sup>.

Podemos resumir as modalidades de controle de constitucionalidade, na forma da Constituição Federal de 1988, com apoio em JOSÉ AFONSO DA SILVA, para quem:

“À vista da Constituição vigente, temos a inconstitucionalidade por ação ou por omissão, e o controle de constitucionalidade é o jurisdicional combinando os critérios difuso e concentrado, este de competência do Supremo Tribunal Federal. Portanto, temos o exercício do controle por via de exceção e por ação direta de inconstitucionalidade. De acordo com o controle por exceção, qualquer interessado poderá suscitar a questão de inconstitucionalidade, em qualquer processo, seja de que natureza for, qualquer que seja o juízo. A ação

---

<sup>26</sup> José Carlos Barbosa MOREIRA, **Comentários ao Código de Processo Civil**, v. V, 13ª ed., rev. e atual, Rio de Janeiro, Forense, 2006, p. 33.

<sup>27</sup> Sobre o sistema positivo brasileiro, no que se refere ao controle de constitucionalidade de lei ou de ato normativo do Poder Público, confira-se a excelente lição de Rogério Lauria TUCCI, para quem: “Na Constituição de 5 de outubro de 1988, sob a incorreta denominação de ‘ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual’, é previsto o controle de constitucionalidade, pela via principal, no art. 102, I, a, a pedido de qualquer das pessoas enumeradas no art. 103. Por outro lado, como esclarecido no capítulo X, n.1, supra, o Código de Processo Civil de 1973 fez inserir, no Título IX do Livro I – Do processo nos tribunais – disposições referentes à declaração de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do Poder Público, pelos órgãos colegiados em geral, obviamente por via incidental. Daí aflorar inequívoca a conclusão de que, no Brasil, vigoram, concomitantemente, os sistemas de controle difuso e de controle concentrado de constitucionalidade, da Lei ou ato normativo a ela, para tal fim, equiparado: a) o difuso, exercitável por qualquer órgão jurisdicional de segundo grau, a exemplo do que ocorre em primeira instância, sempre por via incidental, na forma preceituada no art. 97 da Carta Magna da República, e quando houver necessidade de solucionar-se questão constitucional prejudicialmente ao julgamento da causa ou do recurso; b) o concentrado, direta e exclusivamente pelo Supremo Tribunal, mediante atuação de pessoa a tanto legitimada, em causa de sua competência originária, referente a ‘inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, federal ou estadual’ (**Curso de Direito Processual Civil**, v. III, São Paulo, Saraiva, 1989).

direta de inconstitucionalidade compreende três modalidades: 1. Interventiva, que pode ser federal por proposta exclusiva do Procurador-Geral da República e de competência do Supremo Tribunal Federal (arts. 34, III, 102, I, a, e 129, IV), ou estadual por proposta do Procurador-Geral da Justiça do Estado (arts. 36, IV, 129, IV e 125, § 2º); interventivas, porque destinadas a promover a intervenção federal em Estado ou do Estado em Município, conforme o caso; 2. A genérica: a) de competência do Supremo Tribunal Federal, destinada a obter a decretação de inconstitucionalidade, em tese, de lei ou ato normativo, federal ou estadual, sem outro objetivo senão o de expurgar da ordem jurídica a incompatibilidade vertical; é a ação que visa exclusivamente a defesa do princípio da supremacia constitucional (arts. 102, I, a, e 103, incisos e § 3º); b) de competência do Tribunal de Justiça em cada Estado, visando à declaração de inconstitucionalidade, em tese, de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face, da Constituição Estadual (art. 125, § 2º), dependendo da previsão nesta; 3. a supridora de omissão: a) do legislador, que deixa de criar lei necessária “a eficácia e aplicabilidade de normas constitucionais, especialmente nos casos em que a lei é requerida pela Constituição; b) do administrador, que não adote as providências necessárias para tornar efetiva norma constitucional (art. 103, § 2º)”<sup>28</sup>.

Anote-se, por oportuna, a lição de SACHA CALMON NAVARRO

COELHO<sup>29</sup> no sentido de que:

“Em princípio, todos os juízes ‘incidenter tantum’, ao decidirem os casos que lhes estão afeitos, podem declarar, mas não em caráter definitivo, a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, exatamente como nos EUA e parcialmente em Portugal. Por isso mesmo, compete ao STF, nos termos do art. 102, III, julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: I – contrariar dispositivo da Constituição; II – declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato de Governo local contestado em face da Constituição; III – declarar a inconstitucionalidade de lei ou tratado federal”<sup>30</sup>.

Nesta linha de pensar, são duas as conclusões.

---

<sup>28</sup> José Afonso da SILVA. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 5ª ed, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1989.

<sup>29</sup> **O controle da constitucionalidade das leis e o poder de tributar na Constituição de 1988**, 3ª ed., Belo Horizonte, Del Rey, 1999, p. 194.

<sup>30</sup> A propósito do direito português confira-se a lição de José Joaquim Gomes CANOTILHO, segundo quem “em Portugal, a competência para fiscalizar a constitucionalidade das normas continua a ser reconhecida a todos os tribunais – judiciais, administrativos, fiscais – (cfr. Arts 204º e 277º) que, quer por impugnação das partes, quer ex officio pelo juiz ou pelo ministério público, julgam e decidem a questão da inconstitucionalidade das normas aplicáveis ao caso concreto submetido a decisão judicial. Sublinhe-se, porém, a originalidade do sistema português: (1) não se consagra o modelo puro de *judicial review* porque (...) existe também entre nós um sistema concentrado; (2) não se consagra um sistema de mero incidente de inconstitucionalidade, porque os tribunais têm acesso direto à constituição, com competência plena para decidir, e não apenas para apreciar e admitir o incidente, remetendo, como acontece em alguns sistemas – alemão, italiano -, a decisão para o TC. Neste sentido se afirma que, no atual sistema jurídico português, todos os tribunais, sem exceção, são órgãos da justiça constitucional.” (**Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7ª ed., Coimbra, Almedina, 2003, p. 917).

Primeiro, que o controle direto (ou concentrado) de constitucionalidade está reservado ao Supremo Tribunal Federal nos termos da alínea *a* do inciso I do art. 102 da Constituição Federal, por meio de ação a ser proposta pelos legitimados no art. 103, da mesma Carta, hipótese em que a decisão proferida vale *ex tunc* e tem eficácia *erga omnes*<sup>31</sup>, dispensada qualquer outra medida de cunho administrativo, quando todos os casos em curso sofrerão seu impacto.

Segundo, que o controle difuso (ou concreto) pode e deve ser exercitado por qualquer juiz ou Tribunal<sup>32</sup>, sendo tal decisão de caráter incidental e (sempre que a matéria for dotada de repercussão geral) sujeita à análise do Supremo Tribunal Federal por meio de recurso extraordinário. Neste caso, a decisão tem efeito apenas *ex tunc* e *inter partes*, cabendo ao Senado Federal, na forma do inciso X do art. 52 da Constituição Federal<sup>33</sup>, editar

---

<sup>31</sup> Isto, em regra. Estudaremos mais adiante a questão à luz do art. 27 da Lei Federal n.º 9.868/99.

<sup>32</sup> Grande discussão houve a respeito da possibilidade do controle de constitucionalidade ser exercido, no caso concreto, pelo Superior Tribunal de Justiça. A discussão tornou-se ainda maior quando, em julgamento naquela Corte, o Ministro FRANCIULLI NETTO argüiu, *ex officio*, a inconstitucionalidade da Taxa Selic (prevista por lei federal). Escrevemos texto sobre o assunto do qual podemos extrair parte das nossas conclusões: “e) o Superior Tribunal de Justiça, que exerce o controle difuso de constitucionalidade, nada obstante tenha a função de unificação do entendimento e aplicação da Lei federal infraconstitucional, pode em recurso especial processar o incidente de inconstitucionalidade, a pedido ou de ofício, desde que a questão não tenha sido analisada pelo acórdão recorrido, quando então o especial sequer deveria ser conhecido e quando a matéria constitucional estaria preclusa, à ausência de oportuna interposição de recurso extraordinário - preclusão consumativa; f) incidem na espécie o verbete n.º 123 da súmula da jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça e o verbete n.º 456 da súmula da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal; g) a decisão do Superior Tribunal de Justiça que declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo estará sempre sujeita à interposição de recurso extraordinário [acrescentamos, que será admitido em função da existência da repercussão geral da questão constitucional nele versada – o artigo que transcrevemos foi escrito antes da Emenda Constitucional n. 45, de 2004], conquanto caiba ao Supremo Tribunal Federal a derradeira análise sobre a constitucionalidade de leis federais.” Nossa posição, naquele momento, fundamentava-se na doutrina de José Carlos Barbosa MOREIRA, segundo quem “cumpre afastar com energia qualquer dúvida sobre a competência, in genere, do Superior Tribunal de Justiça para conhecer de argüições de inconstitucionalidade de lei ou de outros atos normativos do poder público. O ordenamento pátrio, como ninguém ignora, recebeu do norte-americano, após a proclamação da República, o sistema de controle da constitucionalidade chamado “difuso”, com o qual, mais tarde, passaram a viver as hipóteses de controle ‘concentrado’ – exercitável estes por determinados tribunais, aquele por qualquer órgão do Poder Judiciário, na medida em que lhe caiba decidir causa de sua competência, para cujo julgamento constituía premissa necessária a afirmação ou a negação da compatibilidade entre a norma infraconstitucional e a norma constitucional. É um corolário inafastável do regime de hierarquia de normas entre nós adotado, e em particular do princípio de que, no contraste entre normas hierarquicamente diversas, deve prevalecer a de mais alto nível, recusando-se aplicação à de nível mais baixo”.

<sup>33</sup> Há posicionamento doutrinário no sentido de ser desnecessária a manifestação do Senado Federal, como adiante e em detalhes analisaremos a questão.

resolução no sentido de tornar *erga omnes* a eficácia daquela decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de recurso extraordinário<sup>34</sup>.

Sobreleva considerar, no contexto do sistema de controle de constitucionalidade, a tentativa de inserção<sup>35</sup> do chamado incidente de inconstitucionalidade por meio do qual as questões referentes ao controle de constitucionalidade – ou seja, aquelas por meio das quais pretende-se a declaração de inconstitucionalidade de uma lei ou de outro ato normativo do poder público (aqui, em especial, os de natureza federal ou estadual) – sejam desde logo decididas pelo Supremo Tribunal Federal.

Apesar de CELSO RIBEIRO BASTOS entender que este incidente de inconstitucionalidade não pode deixar de significar, em nosso país, um grande avanço (na exata medida em que alarga as incumbências do Supremo Tribunal Federal e confere decisão uníssona sobre a questão – com sensível diminuição do número de processos que chegam a Suprema Corte versando sobre o mesmo assunto, além de uma celeridade maior no julgamento destes e, ainda, que não se vislumbra na espécie nenhuma afronta ao Estado Democrático de Direito nem que a mera supressão de instâncias de julgamento não significa

---

<sup>34</sup> Sobre estas conclusões, vale anotar o posicionamento de Sacha Calmon Navarro COELHO, para quem, “no controle de constitucionalidade concentrado da Lei, a decisão da Suprema Corte vale *ex tunc* e *erga omnes*. Independe do Senado a expulsão da Lei ou ato normativo do ordo juris. Todos os casos em curso são afetados pela decisão. Não se trata de *stare decisis*. É mais do que isso. Significa que a Corte apaga do quadro legal a lei impugnada, que deixa de existir, ou melhor, que nunca existiu com validade material”. Sobre o controle difuso, o mesmo autor anotou que “aqui a decisão da Suprema Corte tem efeitos *ex tunc* e *inter partes*. O efeito *erga omnes* fica a depender do Senado Federal, ao qual, a teor, do art. 52, X, compete suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF. Todavia, as decisões do STF, na práxis judiciária brasileira, vêm assumindo as feições de verdadeiros *stare decisis*, i.e., consuetudinária e majoritariamente, os juízes tomam como precedentes vinculativos não apenas as súmulas (jurisprudência cristalizada), mas as decisões pioneiras da corte máxima. Aqui o STF assemelha-se à Suprema Corte norteamericana, cabendo-lhe resguardar os grandes princípios que alinhavam o tecido constitucional a partir dos sobrevalores da democracia e do Estado de Direito, da legalidade e da igualdade” (**Op. cit.**, pp. 194-195).

<sup>35</sup> Uma inserção nada ortodoxa, todavia, posto que o tema vem tratado no chamado mini pacote tributário e versa de assunto que em nada, absolutamente nada, lhe diz respeito.



que a justiça não será feita<sup>36</sup>), impende considerar que a adoção deste instituto modificará, em absoluto, o nosso sistema de controle de constitucionalidade.

Com efeito, o juiz ou Tribunal, diante de uma alegação de inconstitucionalidade, ou mesmo de ofício, deverá remeter a questão (e não necessariamente os autos do processo) ao Supremo Tribunal Federal não mais podendo, ele mesmo, decidir sobre a constitucionalidade de uma lei ou de outro ato normativo do Poder Público com sensível diminuição de seu ofício judicante.

Apesar dos argumentos da unicidade, segurança e rapidez possuírem envergadura suficiente para justificarem o dito incidente de inconstitucionalidade, sua adoção, entre nós, significaria uma ruptura com o modelo atual e, seja porque toda novidade traz ínsita a rejeição, seja porque, bem ou mal, o atual sistema funciona, mesmo assim é preciso avaliar prós e contras de uma forma muito bem elaborada para que não sejam cometidos erros de difícil reparação.

Hoje, o fato é que o Supremo Tribunal Federal não tem estrutura para suas atribuições ordinárias e, a despeito deste instituto revelar, em tese, a diminuição de processos para o exame do Tribunal, a sua simples introdução em nosso ordenamento jurídico, sem que haja de igual forma uma profunda alteração no conceito de qual deva ser o verdadeiro papel do Supremo Tribunal Federal<sup>37</sup>, pode fazer com que o tiro saia pela culatra,

---

<sup>36</sup> Celso Ribeiro BASTOS. O incidente de inconstitucionalidade: matéria jurídica, in: **Planalto**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_27/artigos/art\\_Celso.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_27/artigos/art_Celso.htm). Acessado em 26 de fevereiro de 2007.

<sup>37</sup> Questionamos, aqui, o atual papel desenvolvido pelo Supremo Tribunal Federal no que refere às suas atribuições constitucionais. A despeito da correta observação de Alexandre de MORAES acerca da evolução histórica do STF e do papel que vem desenvolvendo ao longo dos anos, o Supremo Tribunal Federal, portanto, demonstrou, durante sua longa história, constituir-se em um tribunal com a preocupação e a missão de consagrar o respeito e garantir a efetividade dos direitos fundamentais, em defesa da Sociedade e do Estado de Direito para concluir que esse papel foi reforçado pela Constituição de 1988 e pela subsequente jurisprudência da Corte, tornando-a, efetivamente, órgão de direção do Estado, ao lado dos Poderes Executivo e Legislativo, nosso questionamento, se embora respeita e concorda com tais qualificadoras do Tribunal ditas pelo citado autor, vai ao encontro da triste, porém real, afirmativa segundo a qual, com o nosso atual modelo recursal e, até mesmo,

como se diz em linguagem popular. De certa forma, a introdução da repercussão geral parece indicar que – mesmo nos incidentes de inconstitucionalidade – o Supremo Tribunal Federal

---

sem a regulação de um instituto que, existente na prática, reclama imediato regramento – referimo-nos à súmula de efeito vinculante – hoje o Supremo Tribunal Federal representa, em alguns casos, uma terceira ou quarta instância (aqui, lembrando que Sérgio BERMUDES sempre adverte que no Brasil temos hoje graus de jurisdição, e não mais instâncias de julgamento. Seria este o verdadeiro papel do Supremo Tribunal Federal? Acreditamos, sinceramente, que não. Acreditamos ser muito, muito pouco exigir e possibilitar ao Supremo Tribunal Federal que seja (meramente) uma Corte que funcione como uma instância (meramente) recursal como soe ocorrer em grande parte dos casos. Aliás, é bom que se diga nem que seja incidentalmente, o próprio exercício da advocacia perante o Supremo Tribunal Federal reclama profunda modificação. Noutra oportunidade, na companhia de Joel de ANDRADE JUNIOR, escrevemos assim: “No que toca à advocacia, no contexto da função social do advogado, propõe-se ainda de lege ferenda, que a advocacia em Tribunais Superiores (com o perdão da utilização atécnica da expressão, por nela englobar-se tanto o Supremo Tribunal Federal como o Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal Superior Eleitoral e o Superior Tribunal Militar, além do Tribunal Superior do Trabalho) somente possa ser exercida por advogados com idade igual ou superior a 35 anos, com prova de exercício profissional de no mínimo 10 anos e mediante exame técnico de habilitação a ser realizado pela Ordem dos Advogados do Brasil. Em circunstâncias excepcionais, mediante verificação de notório saber jurídico, tais requisitos seriam dispensados a fim de evitar que profissionais preparados, mas que não reúnam condições objetivas de dar cumprimento aos dois primeiros – tanto porque se referem à idade (pessoal ou acadêmica) do advogado. Assim, injustiça nenhuma seria verificada. O processo civil brasileiro prevê, pelo menos em regra, o princípio do duplo grau de jurisdição – de cuja discussão a respeito de sua constitucionalidade deliberadamente nos distanciamos – por meio do qual contempla-se, conforme Nelson NERY JUNIOR, “a possibilidade de a sentença definitiva ser reapreciada por órgão jurisdição, normalmente de hierarquia superior à daquele que a proferiu, o que se faz de ordinário pela interposição de recurso” (**Princípios fundamentais: Teoria Geral dos Recursos**, 4ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, p. 41). Entretanto, prevê ainda a possibilidade da interposição de recursos constitucionais, a serem julgados pela instância superior – Tribunais Superiores – por meios dos quais a parte discutirá desta feita matéria de direito, seja constitucional, seja infraconstitucional. Além do acesso recursal aos Tribunais Superiores, esses ainda contemplam as ações de competência originária, conforme previsão Constitucional. Dessas, algumas são autônomas, e outras derivadas – preparatórias ou incidentes – da recorribilidade extrema. Sabe-se que, sobretudo no acesso recursal à instância superior, são inúmeras as dificuldades para o processamento das medidas intentadas pelas partes. Não seria demais dizer, nesse sentido, que uma boa parte das decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, no particular, acabam esbarrando em óbices processuais, dos quais muitos já expressos em verbete da súmula da jurisprudência de cada uma daquelas cortes. Embora muita crítica haja em relação à progressiva sistemática de inadmissão de recursos aos Tribunais Superiores – às vezes chegando mesmo ao absurdo de modificação das regras do jogo como no episódio das peças de traslado para a formação de instrumento de agravo denegatório –, devemos de igual forma registrar que também uma boa parte dos recursos dirigidos a esses Tribunais pecam em sua elaboração e deixam de cumprir requisitos de admissibilidade. Em razão desses e outros fatores de igual relevância, entendemos que o advogado que pretenda exercer seu ofício nos Tribunais Superiores deva cumprir requisitos objetivos, qual sejam a idade de 35 anos ou mais, o exercício de pelo menos 10 anos de advocacia, suprido se egresso de Ministério Público ou Magistratura em igual período e aprovação em exame específico para esta finalidade, a ser conduzido pelas subseções da Ordem dos Advogados do Brasil por delegação do Conselho Federal. Isso, com a ressalva anteriormente feita em relação ao notório saber jurídico e com a defesa antecipada àqueles que digam ser inconstitucional tal proposta, por violação ao livre desempenho profissional, porque entendemos não o ser: será livre o exercício da advocacia; porém, na hipótese, dependendo do preenchimento de requisitos que, não presentes, podem ser substituídos até por prova da capacitação em exame ao qual se submeta o interessado. Pode ser – e até seria natural mesmo que venha a ser – que esta idéia incomode. Então, que sirva pelo menos ao debate, porquanto os elementos motivadores que nos levaram a adotar tal posicionamento sugerem e reclamam, no mínimo, uma reflexão sobre eles” (Hélio Rubens Batista Ribeiro COSTA e Joel de ANDRADE JUNIOR, *Sobre a função social...cit.*, pp. 66-67). E devemos considerar, também, a necessidade – esta, mais aguda – de modificação da sistemática recursal brasileira no que se refere ao cabimento do recurso extraordinário e ao seu processamento – mas isto é para ser discutido em outro momento, todavia. No contexto do exame do controle de constitucionalidade e, especificamente, do conteúdo do art. 27 da Lei Federal n.º 9.868/99, não deixaríamos de abordar estas questões que, incidentes, ficam como registro de meras observações e na expectativa de que os doutos se encarreguem de dar-lhes o destino que merecerem. Assim salvamos a nossa consciência, que não ficaria com o peso da inércia decorrente de uma omissão que muitos adotam.

somente cuidaria e analisaria casos de interesse e relevância nacional, por assim dizê-la. Não se perca de vista, embora sobre o tema o trabalho dedicará item específico, que o sistema norte-americano, ao prever o *writ of certiorari*, consagra a possibilidade de avocação de assuntos pela Suprema Corte, que pode tratar de assunto federal relevante antes mesmo da manifestação das instâncias chamadas ordinárias – no caso, juízes e Cortes Estaduais.

Seja como for, o controle de constitucionalidade, no Brasil, é feito pelo sistema misto. Todavia, caso adotado o reportado incidente de inconstitucionalidade<sup>38</sup>, haverá profunda modificação em nosso ordenamento jurídico.

---

<sup>38</sup> É de bom alvitre colacionar, em apoio ao instituto, além dos argumentos de Celso Ribeiro BASTOS, também a posição de Arnold WALD que, com a sua conhecida experiência jurídica-econômica e a visão macro que guarda do direito, merece destaque: “não há dúvida que há defensores – e dos mais ilustres – de uma sedimentação da jurisprudência que só querem admitir o controle da constitucionalidade, no caso concreto, pelo Supremo Tribunal Federal, após o longo percurso das instâncias inferiores. A tese pode ter algum fundamento mas não se concilia com a época da globalização, caracterizada pela velocidade e pela evolução constante do contexto no qual vivemos. O homem moderno tem pressa. Pressa em fazer, pressa em saber o que pode e o que não pode fazer. O investidor privado ou público, nacional ou estrangeiro, não tem como investir num clima de incerteza. Esta é a razão pela qual a Constituição francesa, que, tradicionalmente, não conhecia o controle de constitucionalidade, ao admiti-lo, o instituiu a priori. Ou seja, o Conselho Constitucional se manifesta antes de a lei entrar em vigor, depois de aprovada pelo Congresso mas anteriormente à sanção presidencial.” Depois conclui o citado autor – e, se pudéssemos emitir juízo valorativo às suas considerações, de forma correta – que “a aprovação pelo Congresso nacional da reforma judiciária e, em particular, a adoção das súmulas vinculantes e do incidente de constitucionalidade constituem premissas importantes de uma nova fase de desenvolvimento do país, assegurando a estabilidade jurídica e o bom funcionamento da justiça.” (O incidente de constitucionalidade, instrumento de uma justiça rápida e eficiente, in: **Revista Jurídica Virtual**, v. I, n.º 7, Brasília, dezembro de 1999. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_07/just\\_rapida.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_07/just_rapida.htm). Acessado em 26 de fevereiro de 2007).

## 1.2 O controle de constitucionalidade nas ações

### *1.2.1 As ações destinadas ao controle de constitucionalidade das leis: estudo e exame comparativo.*

Neste tópico, apenas como ilustração, segue exposição de quadro comparativo entre as ações destinadas ao controle da constitucionalidade das leis e dos demais atos normativos do Poder Público. Não sendo este o objeto do presente estudo, sobre o tema serão tecidos breves e expositivos comentários, de modo a não prejudicar a própria desenvoltura da dissertação.

#### **QUADRO COMPARATIVO:**

	<b>ADIN FEDERAL</b>	<b>ADIN ESTADUAL</b>	<b>ADECON Lei 9868/99</b>	<b>AIO Lei 9868/98</b>	<b>ADPF Lei 9882/99</b>
<b>OBJETIVO</b>	Invalidação de lei ou ato normativo federal ou estadual contrário à Constituição.	Invalidação de lei ou ato normativo estadual ou municipal contrário à Constituição	Afirmar que a norma é válida, com a presunção absoluta de validade.	Conceder eficácia plena aos dispositivos constitucionais que carecem de	Evitar/reparar lesão a preceito fundamental por ato do P. Público; Visa

		Estadual.		regulamentação.	solucionar a controvérsia constitucional relevante.
<b>COMPETÊNCIA</b>	STF – art. 102, I, a Paradigma: CF	Tribunal de Justiça Paradigma: C. Estadual	STF – art. 102, I, a, última parte.	STF – art. 102, I, a c/ art. 103, § 2º	STF – art. 102, §1º
<b>OBJETO</b>	Lei ou ato normativo federal ou estadual. Obs: não cabe contra ato de efeito concreto e com relação a atos editados antes da CF/88.	Atos normativos, lei estadual ou municipal cotejando em face da Constituição Estadual.	Lei ou ato normativo federal.	Normas constitucionais de eficácia limitada quanto aos princípios institutivos Normas programáticas. quando a aplicabilidade encontrar-	Lei ou ato normativo federal, estadual, municipal, distrital incluídos os anteriores à CF/88.

				se vinculada a posterior elaboração legislativa.	
--	--	--	--	--	--

## ***1.2.2 O controle abstrato por meio da ADIn, a Ação Direta de Inconstitucionalidade.***

### **1.2.2.1 As principais características da ADIn: a legitimidade, a intervenção de terceiros, o prazo prescricional, o sistema recursal e a regra dos efeitos da decisão final proferida pelo Supremo Tribunal Federal no bojo da ADIn<sup>39</sup>.**

Sem a aspiração de direcionar o presente estudo para os aspectos processuais da ação direta de inconstitucionalidade, mas de igual forma sem desprezar estes atributos, linhas superficiais a respeito das características procedimentais devem ser tecidas.

Nesse sentido, a ADIn possui legitimados próprios, cuja previsão legal encontra-se no art. 2º daquela lei.

Uns são legitimados autônomos e outros vinculados. Estes podem propor a ação quando presente o requisito da pertinência temática. Já aqueles, sem a necessidade de sobredita especificidade. Como não há lide, não há pólo passivo na ação.

---

<sup>39</sup> Refugiando do foco do nosso estudo, mas se revelando de alto interesse prático, alguns assuntos concernentes ao controle de constitucionalidade (concreto e abstrato) já foram merecedores de nossas atenções; outros, pese embora sobre os quais ainda não nos detivemos a escrever, são de igual forma aqui perfunctoriamente tratados: (i) o controle de constitucionalidade *incidenter tantum* pelo Superior Tribunal de Justiça, onde nossa posição é por sua admissibilidade (inclusive sendo matéria cognoscível *ex officio*), desde que a questão da constitucionalidade já não pertencesse ao acórdão objeto do recurso especial (sendo, pois, livre para as ações de competência originária do Superior Tribunal de Justiça), (ii) o controle de constitucionalidade na ação civil pública, em que, a despeito da eficácia *erga omnes* das decisões proferidas naquelas ações, nelas pode ser feito desde que não seja o objeto principal da lide e outros que, quem sabe um dia, nos aventuraremos a alguma escrita.

Em regra, não se admite a intervenção de terceiros. Porém, é possível a admissão de manifestações na forma do § 2º do art. 5º da legislação de regência<sup>40</sup>.

A ação direta de inconstitucionalidade, porquanto a inconstitucionalidade de uma lei ou de outro ato normativo do Poder Público não se convalide no tempo, ou por seu decurso, não está sujeita a prazo prescricional nem decadencial.

Os recursos cabíveis no seio da ADIn são o agravo, no prazo de 5 (cinco) dias, contra a decisão que indefere o processamento da petição inicial em casos de sua alegada inépcia<sup>41</sup>, não fundamentada ou por se revelar manifestamente improcedente; bem como os embargos de declaração<sup>42</sup>, oponíveis contra a decisão definitiva para que seja declarada.

A lei qualifica como irrecurável<sup>43</sup>, todavia, a decisão de mérito e final do Supremo Tribunal Federal na ADIn. Registre-se ainda que ela, a ADIn, não se sujeita à ação rescisória.

---

<sup>40</sup> Esta possibilidade, explica Gilmar Ferreira MENDES, trata-se de providência que confere um caráter pluralista ao processo objetivo de controle abstrato de constitucionalidade, permitindo que o Tribunal decida com pleno conhecimento dos diversos aspectos envolvidos na questão. Mais adiante, ao chegarmos ao foco da presente proposta, será perceptível a importância de o Tribunal ter conhecimento absoluto e o mais amplo possível das questões analisadas nas ações de controle de constitucionalidade, inclusive para então poder fixar alcance e eficácia da decisão que profira e que declare uma lei ou ato normativo do Poder Público inconstitucional.

<sup>41</sup> O indeferimento liminar pelo relator das petições iniciais ineptas guarda relação com a efetividade das ações de controle de constitucionalidade. Gilmar Ferreira MENDES, nesse sentido, explica que atenta à necessidade de conferir certa celeridade aos processos da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, houve por bem a Comissão recomendar que se defira ao relator a possibilidade de indeferir liminarmente as petições ineptas, as não fundamentadas e as manifestamente improcedentes (arts. 4º e 15 da Lei Federal n.º 9.868/99).

<sup>42</sup> Aqui, a nossa discordância quanto à natureza jurídica recursal dos embargos de declaração pois, a despeito de listados entre os recursos no direito brasileiro, não a possuem, senão porque pretendem não mais que a integração da decisão, também por homenagem ao princípio da unirecorribilidade das espécies recursais.

<sup>43</sup> Embora caiba, evidentemente, a reclamação na forma constitucional (art. 102, I, I, da Constituição Federal); esta, todavia, para nós não possui natureza jurídica recursal.



Quanto aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade a regra, contraposta ao regime excepcional do art. 27 da Lei Federal n.º 9868/99, é que os mesmos sejam retroativos à data da edição da Lei.

### ***1.2.3 O exame do art. 27 da Lei Federal n.º 9.868/99.***

“Coerente com a evolução constatada no Direito Constitucional comparado, a presente proposta permite que o próprio Supremo Tribunal Federal, por maioria diferenciada, decida sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, fazendo um juízo rigoroso de ponderação entre o princípio da nulidade da Lei inconstitucional, de um lado, e os postulados da segurança jurídica e do interesse social, de outro (art. 27). Assim, o princípio da nulidade somente será afastado “in concreto” se, a juízo do próprio Tribunal, se puder afirmar que a declaração de nulidade acabaria por distanciar-se ainda mais da vontade constitucional. Entendeu, portanto, a Comissão que, ao lado da ortodoxa declaração de nulidade, há de se reconhecer a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal, em casos excepcionais, mediante decisão da maioria qualificada (dois terços de votos), estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, proferindo a inconstitucionalidade “ex nunc” ou “pro futuro”, especialmente naqueles casos em que a declaração de nulidade se mostre inadequada (v.g.: lesão positiva ao princípio da isonomia) ou nas hipóteses em que a lacuna resultante da declaração de nulidade possa dar ensejo ao surgimento de uma situação ainda mais afastada da vontade constitucional”.

**GILMAR FERREIRA MENDES<sup>44</sup>.**

Dentro desta perspectiva, qual seja, a do controle de constitucionalidade, é importante o exame do art. 27 da Lei Federal n.º 9.868, de 10 de novembro de 1999<sup>45</sup>, que faculta ao Supremo Tribunal Federal, na declaração de

---

<sup>44</sup> Tudo o quanto se queira estudar e escrever a respeito do controle de constitucionalidade passa pelo exame antecedente da doutrina desenvolvida, entre nós, por Gilmar Ferreira MENDES (**Direitos Fundamentais e o Controle de Constitucionalidade**, 2ª ed., São Paulo, Celso Bastos Editor, 1999, p. 459) – e ele, de sua vez, baseado aqui nas lições de MOREIRA ALVES e lá no direito constitucional alemão, do qual se revela profundo conhecedor. Daí porque o estudo trará, como principal elemento de pesquisa, a doutrina preconizada pelo hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal, experto na matéria e, em muitas vezes, basear-se-á, ainda, no projeto de lei que ao final foi aprovado pelo Congresso e sancionado pelo Presidente da República (Projeto de Lei n.º 2.960, de 1997 – de n.º 10/99, no Senado) e que foi desenvolvido por comissão de juristas presidida por Caio TÁCITO e composta, entre outros, por Ada Pellegrini GRINOVER, Miguel REALE JUNIOR, além do próprio Gilmar Ferreira MENDES – entusiasta e conhecedor, a um só tempo, da matéria.

<sup>45</sup> Trata-se da Lei Federal que “dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal”. Esta lei foi publicada no Diário Oficial da União de 11 de novembro de 1999, data em que entrou em vigor (art. 31).

inconstitucionalidade<sup>46</sup> de lei ou de ato normativo do Poder Público na esfera federal ou estadual, restringir os efeitos desta declaração ou fixar o seu termo *a quo*.

Sem a pretensão, por menor que seja, de esgotar o assunto, o mesmo será aqui tratado sob o ponto de vista processual, constitucional e da teoria geral do direito<sup>47</sup>, substancialmente para verificar como as idéias de sistema – e, neste, da hierarquia das normas – das fontes do direito, dos métodos de interpretação e do papel de uma Corte Constitucional influenciam – ou em que medida deveriam influenciar – o Supremo Tribunal Federal a utilizar-se da faculdade legislativa que lhe foi atribuída, ora objeto do nosso estudo.

---

O art. 27, objeto atual de nosso estudo, tem a seguinte redação: “Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.”

<sup>46</sup> Neste particular, a inconstitucionalidade será tratada enquanto um fenômeno social, e não apenas jurídico. Aliás, ao fim e ao cabo, é isto que possibilitará entender o motivo pelo qual o Supremo Tribunal Federal pode, excepcionalmente, manter válida, em certo período ou para determinadas situações, uma lei que ele mesmo declare inconstitucional. Concordamos, no ponto, com a consideração de Paulo SEREJO, para quem “a Constituição vista pela Sociologia, pela Ciência Política, pelo Direito, ou por qualquer outra ciência não deixa de ser um conjunto de valores, que apenas passam a ser abstraídos como objeto delas, segundo se considerem as forças sociais, políticas, jurídicas, ou outras. É preciso que se tenha em mente que toda sociedade movimenta-se incessantemente e que não se convulsiona pela aceitação de princípios comuns, que lhe dão unidade e ordem. Esses princípios superiores, sabe-se que são valores e que, por isso, chocam-se algumas vezes com valores não eleitos como constitutivos da sociedade. Decorre daí, necessariamente, que em toda sociedade haverá controle das opções face àquelas primordiais, que são a sua Constituição, pelo próprio grupo social (sanção moral), quando organizações simples, seja por instituição adrede preparada, nas sociedades politicamente organizadas (sanção jurídica). Esses valores básicos são sempre conhecidos numa sociedade, de forma clara ou nebulosa. Nos Estados modernos, esses princípios básicos estão identificados na ordem jurídica, seja num texto escrito ou não. Assim, a inconstitucionalidade, antes de ser um fenômeno puramente jurídico, é um fenômeno social, que o Direito reconhece e regula.” (Conceito de inconstitucionalidade: fundamento de uma teoria concreta do controle de constitucionalidade, in: **Revista Jurídica Virtual**, v. II, n.º 19, Brasília, dezembro de 2000. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_19/Revista19.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_19/Revista19.htm)>. Acessado em 26 de fevereiro de 2007.

<sup>47</sup> Cabe aqui destacar que a expressão teoria geral do direito, de larga utilização no meio acadêmico, recebeu, já na primeira aula da disciplina de igual nome cursada pelo mestrando neste prestigioso curso de pós-graduação *stricto sensu* da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a batuta do Professor André Ramos TAVARES, crítica do Professor Dimitri DIMOULIS, para quem, com idéias aproximadas, talvez não fosse correto pensar numa teoria geral do direito, à míngua de uma teoria particular do direito que lhe pudesse ser contraposta, e também porque, a despeito de uno, o direito possui diversos ramos que, em tese, inviabilizariam a adoção do que viria a ser uma *teoria geral*.

**1.2.3.1A disposição legislativa, sua natureza jurídica e requisitos: o *quorum* qualificado, o interesse social e a segurança jurídica.**

O art. 27 da Lei Federal n.º 9.868/99 tem a seguinte redação:

“Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir do seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

O Supremo Tribunal Federal ostenta a faculdade de fixar o alcance e os efeitos de uma decisão proferida em ação direta de inconstitucionalidade que, como visto acima, em regra, terá efeitos *ex tunc* e eficácia *erga omnes*.

Trata-se de uma faculdade outorgada ao Supremo Tribunal Federal; na verdade, compõe, em parte, seu poder jurisdicional – porém não discricionário, porquanto necessária fundamentação jurídica para sua utilização – no julgamento de ações de sua competência originária que tratam da constitucionalidade das leis ou de atos normativos do Poder Público. Perceber-se-á neste estudo que também em sede de julgamento recursal, pela via do extraordinário – e desde que haja repercussão geral da questão constitucional nele versada – poderá o Supremo Tribunal Federal declarar lei ou ato normativo do Poder Público e excepcionar efeitos ou alcance. E, mesmo não versando declaração de inconstitucionalidade, poderá o Supremo, no julgamento do extraordinário, modular os efeitos de sua decisão.

A qualificação das razões de segurança jurídica e a excepcionalidade do interesse social pertencem à alçada exclusiva do entendimento do Supremo Tribunal Federal, que somente pode quebrar a regra da retroatividade e alcance absoluto da decisão que proferir

se – e somente se – realizar sessão de *quorum* qualificado<sup>48</sup>, isto é, por maioria de 2/3 (dois terços) de seus membros. Para a atual previsão constitucional de composição do Supremo Tribunal Federal, o voto de 8 (oito) de seus 11 (onze) Ministros.

### **1.2.3.2A natureza jurídica da decisão do Supremo Tribunal Federal no âmbito da ADIn.**

Um ponto intrigante – mas que, todavia, não influencia, de toda sorte, o alcance do comentado art. 27 – refere-se à natureza jurídica da decisão proferida na ação direta de inconstitucionalidade.

Na doutrina sobre o tema encontram-se posições de que a decisão final da ADIn tem natureza jurídica declaratória e, em outra linha, constitutiva negativa.

É foco, nada obstante, de outro estudo e para este não se revela necessário adentrar à natureza jurídica da decisão definitiva da ADIn (ou da ADC, dada a natureza dúplice já reconhecida entre uma e outra).

---

<sup>48</sup> Explicam Nelson NERY JUNIOR e Rosa Maria de Andrade NERY (**Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, p. 559) que “para que possa restringir os efeitos da decisão declaratória da inconstitucionalidade, ou fazer com que essa tenha eficácia ex nunc ou a partir de outro momento que o STF fixar, é necessário que o órgão julgador tenha composição qualificada, vale dizer, que a decisão tenha sido tomada por maioria de dois terços dos membros do Tribunal (oito Ministros).” É preciso esclarecer, todavia, que este quorum qualificado é para a aplicação do art. 27 da Lei em comento, e não para o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade cujo regramento está no respectivo art. 10, isto é, por maioria absoluta. Sobre o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade, os ditos autores esclarecem que presentes, pelo menos, oito Ministros à sessão, somente será declarada a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da Lei ou do ato normativo questionado por meio de ADC ou ADIn, se pelo menos seis se pronunciarem num ou noutro sentido, vale dizer, pela maioria absoluta dos membros do STF.

### 1.3 Os mecanismos próprios ao controle de constitucionalidade

#### *1.3.1 A questão da eficácia e do alcance da decisão no contexto, do art. 27, da Lei Federal n.º 9.868/99: uma abordagem do assunto quanto (i) às fontes do direito, (ii) o sistema jurídico, (iii) os métodos de interpretação, (iv) os conceitos da interpretação “conforme” e declaração “com” e “sem” redução de texto e, por fim, (v) ao direito comparado (Estados Unidos da América do Norte, Alemanha, Portugal e Espanha)*

Concernentes todos ao mesmo propósito, passaremos a tratar dos assuntos *supra*indicados de maneira conjunta e não em separado, apropriando-nos, é bem verdade, do próprio conceito de sistema, enquanto uma concatenação de idéias que objetiva a unicidade de compreensão.

Fontes do direito, métodos de interpretação, conceito de sistema jurídico e também o papel de um Tribunal Constitucional são, no contexto da Ciência do Direito, e, especialmente, para a sua Teoria Geral<sup>49</sup>, todos elementos integrantes de uma mesma família.

---

<sup>49</sup> Talvez aqui caiba, de início, mencionar as palavras de Miguel REALE, para quem “entre o exagero daqueles que confundem o Estado com a própria realidade social, e nos apresentam o Direito como um simples

Um depende do outro; um continua a idéia do outro; são inseparáveis, sob pena de perder-se a verdadeira compreensão que se deva ter do Direito.

E, demais disso, se porventura verificados individualmente, duvidosa seria a contribuição para o seu melhor entendimento e, aqui, em especial ao art. 27 da comentada Lei Federal n.º 9.868/99.

MIGUEL REALE identifica 3 (três) direções fundamentais de cunho filosófico-jurídico (observe-se a pretensão de que o vocábulo *filosófico* prepondere no termo, posto colocado de forma antecipada na expressão), da seguinte maneira:

“As múltiplas direções que se observam neste período de fecundo renascimento das especulações filosófico-jurídicas podem, até certo ponto, ser reduzidas a três direções fundamentais: à técnico-formal, à sociológica e à culturalista. A primeira abrange todas as teorias que não só distinguem, como separam a Sociologia e Direito, afirmando que a Ciência Jurídica tem o seu objeto próprio que são as normas, as regras de organização e de conduta postas por um sistema legal segundo uma ordem de competência. Segundo os técnicos-jurídicos deve-se separar o Direito ou a Jurisprudência de toda e qualquer outra ciência particular que aprecie o conteúdo das relações jurídicas ou indague dos fins das regras em sentido ético-político”<sup>50</sup>.

Depois disto, o narrado pensador continua historiando as correntes para tratar da segunda delas, a sociológica, esclarecendo que, conforme esta escola,

“(…) O direito é, antes de mais nada, fato social, realidade psicossocial em perene transformação, e as normas não subsistem, nem são possíveis, sem a realidade de que resultam como conclusões necessárias que se impõem a todos, tanto aos governantes como aos governados. (...) Nessa ordem de idéias, chegam eles à conclusão – embora nem sempre a exponham claramente – que o Direito, como ciência, é um capítulo da Sociologia, mas que se distingue dos demais ramos da ciência social pela natureza de seus processos e pela técnica que lhe é peculiar, ou seja, pelo ângulo visual sob o qual são focalizados os problemas”<sup>51</sup>.

Por fim, para ele, o culturalismo é de ser concebido como:

---

tegumento das relações de convivência, e o exagero daqueles que fazem abstração da sociedade, para só apreciar o mundo jurídico como um mundo puro de normas, há uma posição de justo equilíbrio, a que se prende a doutrina culturalista do Estado e do Direito” (**Teoria do Direito e do Estado**, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 2000, p. 3).

<sup>50</sup> **Idem, ibidem**, mesma página.

<sup>51</sup> **Idem, ibidem**, p. 5.

“(...) uma concepção do Direito que se integra no historicismo contemporâneo e aplica, no estudo do Estado e do Direito, os princípios fundamentais da Axiologia, ou seja, da teoria dos valores em função dos degraus da evolução social”<sup>52</sup>.

Assim, de um lado a necessidade da manutenção da chamada segurança jurídica – essencial num Estado de Direito – e, de outro, a indispensabilidade da abertura<sup>53</sup> a entendimentos de melhor qualificação, mais evoluídos, tratando-se o Direito como Ciência.

E é exatamente rumo a este paradoxo que nos dirigimos.

Uma análise mais profunda do tema revela que, realmente tratando-se o Direito de Ciência, algumas considerações de natureza diversa devem ser colocadas em exame.

E assim sendo, como de fato o é, indagamos se seria possível chegar a uma Teoria Geral do Direito? – matéria ordinária, aliás, dos cursos de graduação e pós-graduação em Direito.

A despeito de uma consideração de menor repercussão, tratada alhures, de que não se pode ter uma Teoria Geral à míngua de uma teoria particular, devemos pensar na estrutura do Direito, considerado como um conjunto de normas postas de caráter obrigatório, cogente e providas de sanção, para saber se é mesmo possível uma Teoria Geral do Direito.

Seriam conciliáveis, outrossim, os ramos do Direito analisados em conjunto para que então pudéssemos chegar a uma Teoria Geral comum a todos?

---

<sup>52</sup> **Idem, ibidem.**

<sup>53</sup> Esta “abertura” veio consolidada pelo próprio legislador que, nas recentes reformas do Código de Processo Civil e por meio do Código Civil de 2002, aqui e ali, outorgou ao juiz poderes amplos para a condução do processo e a intervenção no direito material particularizado entre duas ou mais pessoas, podendo interpretá-lo consoante os princípios da eticidade e da boa fé e de acordo com a efetividade material do direito. Sobreleva notar, no particular, a possibilidade outorgada ao juiz de equilibrar as situações e os relacionamentos sociais, quando instado a se manifestar e aplicar a lei ao caso concreto.

Ou cada ramo deveria ser analisado de forma separada, contendo uma Teoria Geral *a ele próprio*, porém contraposta a preceitos mais específicos internamente?

Assim, por exemplo, na Teoria Geral do Processo, normas de cunho genérico do sistema processual (civil, penal, trabalhista, eleitoral *etc.*) e normas específicas como as pertencentes ao direito probatório, recursal *etc.* E dentro destas, ainda a Teoria Geral das provas, dos recursos *etc.*, permitindo, assim, normas específicas de cada qual segmento.

Neste patamar de idéias já se revela o quão difícil é estabelecer uma Teoria Geral para o Direito como um todo, pois, exemplificando, ter-se-ia uma grande dificuldade em se estabelecer uma ‘teoria geral’ do direito que envolvesse, numa só concatenação de idéias os diversos ramos: direito do trabalho e direito espacial, entre tantos outros (conhecidos, explorados, novéis ou que venham a surgir com o desenvolvimento – e necessidade – da sociedade como, por exemplo, a *internet* – já velha, no plano fático, mas ainda não totalmente regulamentada, no plano jurídico – e a clonagem, cuja premente necessidade aponta para o contínuo esforço dos estudiosos do Direito para o fim de se chegar logo e tempestivamente a um regramento eficaz).

Não há dúvidas de que o Direito é sim um Sistema<sup>54-55</sup>.

---

<sup>54</sup> Um sistema integrado, todavia. O direito sendo um conjunto de normas e, entre estas, a hierarquia conhecida e baseada na estrutura de Hans KELSEN, deve ser considerado em conjunto e não isoladamente com a interpretação pura e simples de uma regra específica; ou seja, por mais específica que seja uma regra – sem olvidar, todavia, que a lei específica prevalece sobre a geral porque não é disto que tratamos aqui – ela deve ser harmônica com o Sistema, isto é, deve ser entendida no contexto da ópera, deve ser aplicada de acordo com os princípios que as antecede, com a finalidade social da Lei e em proveito do cidadão, sempre com observância irrestrita à norma fundamental e aos direitos e garantias individuais expressos na Constituição Federal. A isso dá-se o nome de interpretação lógica-sistemática e teleológica do plexo normativo vigente.

<sup>55</sup> E não se deslembre que o direito é mesmo um sistema e deve ser compreendido da maneira acima exposta, ou seja, como um todo, embora decomposto em ramos que deve manter a sua unidade. Prova maior disto, além do que já se disse, é que o juiz não pode se eximir de julgar à míngua de vazio legislativo (art. 126 do Código de Processo Civil): o sistema jurídico dá-lhe condições de resolver quaisquer situações que lhes sejam postas a exame, pois num Estado de Direito cabe ao Poder Judiciário, quando e se provocado, interpretar e aplicar a lei ao caso concreto; não existindo lei, deve resolver de acordo com as normas gerais, ou recorrendo à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito. Poucos anos atrás, a Rede Globo de Televisão transmitiu uma telenovela na qual a questão da clonagem foi debatida, inclusive sob o ponto de vista jurídico. Na



MIGUEL REALE explica que:

“(…) a Ciência do Direito, ou Jurisprudência – tomada esta palavra da sua acepção clássica –, tem por objeto o fenômeno jurídico tal como ele se encontra historicamente realizado. (...) A Ciência do Direito estuda o fenômeno jurídico tal como ele se concretiza no espaço e no tempo (...)”<sup>56</sup>.

Por isto, ainda para ele:

“a Ciência do Direito é sempre uma ciência de um Direito positivo, isto é, positivado no espaço e no tempo, como experiência efetiva, passada ou atual”<sup>57</sup>.

Questão interessante dentro do presente tema refere-se à qualificação da Lei perante o Direito, a sociedade e, outrossim, ao Estado. Sem deslembrar que o Brasil constitui-se numa República Federativa e assenta-se no primado de ser um Estado Social e Democrático de Direito, não se revela necessário um conhecimento maior para extrair desta conceituação ou deste modelo de Estado a inarredável circunstância segundo a qual a Lei é sobremaneira importante em nosso país.

Mas, a que Lei se refere a Constituição ao estabelecer que o Brasil é um Estado Social e Democrático de Direito? Ou, em outra vertente, significa indagar: até que ponto há uma repercussão desta identidade da República com a questão da Ciência do Direito?

---

ocasião, houve um julgamento para decidir se uma pessoa clonada seria filha dos pais biológicos em sentido estrito (quais sejam, aqueles dos quais descende geneticamente) ou dos pais – no caso apenas a mãe, é claro –, que havia tido gestado e parido. O direito objetivo não regula a situação mas o juiz, repita-se, tem o dever de julgar a espécie pois, num Estado de Direito, pertence ao Poder Judiciário mencionada atribuição e dela não pode se furtar, sob pena de malferir direito e garantia individual do cidadão e do jurisdicionado previstos no texto constitucional. Esta é a idéia do Direito que deve prevalecer, ou seja, o Direito enquanto sistema do que resultam 2 (duas) principais assertivas: (i) por mais particular que seja uma regra, – sem olvidar, reitera-se, sua prevalência sobre a lei geral – não se pode negar que ela deve ser analisada, entendida e aplicada de acordo com o sistema jurídico que é uno e (ii) embora um determinado caso não tenha sido regulado pelo legislador, ainda assim o Estado-juiz deve dar uma solução pois, da mesma forma, esta unicidade do direito enquanto sistema ajuda-lhe a dar cumprimento ao art. 126 do Código de Processo Civil e a tornar efetivo direito e garantia individual da cláusula constitucional do amplo acesso à pretensão e à tutela jurisdicional.

<sup>56</sup> Miguel REALE. **Lições preliminares de direito**, 20ª ed., São Paulo, Saraiva, 1993, p. 16.

<sup>57</sup> **Idem, ibidem**, p. 17.

A lei, outrossim, deve ser considerada de forma fria, como se 2 (dois) mais 2 (dois) sempre fossem 4 (quatro)? Ou permite-se ao intérprete, senão ao cientista, perquirir quais seriam as suas finalidades sociais (conforme o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil), de entendê-la de acordo com o Sistema, de valer-se de princípios que seriam a ela hierarquicamente superiores – e entre estes, os próprios *supraprincípios* –, ou, entre tantas outras formas, da antinomia, da proporcionalidade, da interpretação “conforme” ou da moralidade para chegar ao real alcance da norma?<sup>58</sup>

Sem desfocar o assunto, antes pelo contrário, no sentido de enquadrá-lo à vertente levada a efeito nesta passagem (estudo do art. 27 da Lei 9.868/99 – e outrossim da possibilidade excepcional de o Supremo Tribunal Federal declarar lei ou ato normativo do Poder Público inconstitucional mas trabalhar com o alcance o e os efeitos das decisão) a chamada dogmática jurídica vem a ser uma *ciência* ou uma *arte*?

São indagações que possibilitam a defesa de teses numa ou noutra direção, com sólidos fundamentos.

Entretanto, certa feita, este candidato ouviu de um professor da graduação, nesta mesma casa de ensino, experiência que guarda para toda a vida, e que permite, a despeito de uma melhor técnica, trazer à colação neste estudo: se você quer saber o que é o Direito, ou qual o direito (no sentido de regra) que deve prevalecer numa determinada situação, vá a uma banca de jornal e pergunte às pessoas que estiverem por ali – vendendo jornal, comprando, tomando conta do carro, fazendo ativa ou passivamente aposta no jogo do

---

<sup>58</sup> Acrescente-se à antinomia, à proporcionalidade, à interpretação “conforme” e à moralidade, hoje, os atributos da efetividade e da eticidade do direito, seja na esfera processual – pois, conforme o Tratado de São José da Costa Rica, o processo deve ser rápido o suficiente para que a decisão final seja efetiva e, bem por isto, justa – e seja na esfera material, onde, como já dissemos, o juiz recebeu poderes para, numa palavra, manter ou tornar equilibrada uma relação social que lhe chegue a conhecimento como litigiosa – e aqui referimo-nos, primeiro, às disposições do Código de Defesa do Consumidor e, depois, do Código Civil vigente que permite, este último, ao juiz intervir na própria relação para tornar também efetivo o direito material.

bicho, enfim, qualquer do povo – qual seria a solução mais correta para aquele caso concreto<sup>59</sup>.

Talvez esta resposta justifique que o Direito é uma Ciência feita, entretanto, não por cientistas, mas sim pelos seus próprios destinatários.

Isto não é de um todo anormal, se pensarmos que há “leis que pegam” e “leis que não pegam”. Sempre que o direito se aproximar da realidade social, o risco de ser questionado é diminuto<sup>60</sup>.

Leis que não possuem, outrossim, adequação social, pertinência temática ou contrariem a necessidade social, são pela sociedade repudiadas e tendem ao desuso, precedido, como não poderia deixar de ser, do seu reiterado descumprimento.

E da mesma forma, leis que foram cumpridas, e que, portanto, geraram situações jurídicas perfeitas e acabadas, não podem ser, apesar de inconstitucionais, desconsideradas como se nunca tivessem existido: afastar a aplicação de uma lei inconstitucional sem que houvesse uma válvula de escape, sem que houvesse a possibilidade para um regime de exceção (bem entendido, um regime de exceção à regra de que a lei inconstitucional é ato nulo de pleno direito), seria o mesmo que desprestigiar a necessidade social – gênero do qual são espécies a segurança jurídica e o excepcional interesse social.

Ao dizer que o Brasil é República assentada na lei e que há leis que não pegam, são descumpridas e depois caem em desuso, traríamos mais algum paradoxo a tais inquietações? E de plano tomamos a liberdade de responder que sim, se fosse desconsiderada

---

<sup>59</sup> O senso comum costuma pontuar que “a voz do povo, é a voz de Deus”.

<sup>60</sup> E aqui, no ponto e de forma bastante simples, encontra-se a essência do art. 27 da Lei Federal n.º 9868/99, que analisamos.

a teoria segundo a qual o Direito – ou a Ciência do Direito – guarda relação absoluta de identidade com a sociologia.

E quanto ao sistema jurídico, seria ele talvez existente?

Em boa medida, acreditamos que sim. Porém, a despeito de existir de forma isolada dos demais sistemas – o que é uma característica própria de todos os sistemas, senão não teriam esta qualificação – não cremos que a melhor saída seja o isolamento e o confinamento do Direito. Afinal, o mesmo existe em função da sociedade que, em sentido diametralmente oposto, não existe em sua função: antes pelo contrário, a sociedade existe para a economia, para a política, para o desporto, para a religião etc.

Bom seria que não fossem necessárias regras de conduta; porém seria quando menos utópico, para não dizer hoje leviano – já que, mesmo tendo regras, muitos não as cumprem, em razão do sentimento progressivo de impunidade que há no país (decorrente de vários fatores, dentre os quais a impunidade e a corrupção lamentavelmente merecem destaque) – pensar numa sociedade sem regras.

E da mesma forma, seria açodado pensar que, conquanto declarada inconstitucional, uma lei que gerou seus efeitos – no tempo e no espaço, e, sobretudo, com grande repercussão social – não se pudesse admitir, para o bem da segurança jurídica e do excepcional interesse social – ela não pudesse, em regime de exceção, sujeitar-se à técnica preconizada pelo art. 27 da Lei Federal n.º 9.868/99.

Levando-se em consideração, outrossim, a idéia de Sistema jurídico e os demais elementos adrede mencionados – evidentemente que não pelos argumentos desenvolvidos na presente passagem, mas sim por meio de outros que melhor qualifiquem cada um destes “atributos” do Direito – é que o art. 27 da Lei 9.868/99 faculta ao Supremo

Tribunal Federal a defesa do excepcional interesse social e da segurança jurídica para, assumindo seu verdadeiro papel – ou, na verdade, assumindo a feição de um Tribunal Constitucional – restringir o efeito e o alcance da declaração de inconstitucionalidade de leis e outros atos normativos do Poder Público na esfera estadual e federal.

Em última análise, o aludido art. 27 não faz senão possibilitar ao Supremo Tribunal Federal, assumindo para si o papel de uma Corte Constitucional, a verificação de qual situação é menos prejudicial para a sociedade e, uma vez certo do caminho, seguir firme ao seu destino: se a lei inconstitucional for avaliada em razão da segurança jurídica ou do excepcional interesse social, e se estes atributos demonstrarem ao Tribunal, por sua maioria qualificada, que efeitos mais positivos seriam produzidos na sociedade se mantida do que se extirpada a lei do ordenamento jurídico, possa ele então restringir os efeitos e o alcance de sua decisão sobre o tema.

GILMAR FERREIRA MENDES, a este respeito, esclarece que:

“(...) hoje, não há como negar a ‘comunicação entre norma e fato’ (*kommunikation zwischen Norm und Sachverhalt*), que constitui condição da própria interpretação constitucional. É que o processo de conhecimento aqui envolve a investigação integrada de elementos fáticos e jurídicos”<sup>6162</sup>.

---

<sup>61</sup> **Op. cit.**

<sup>62</sup> Interessante traçar um paralelo entre esta tendência de adequação da norma ao fato como justificativa para a adoção do regime excepcional do controle de constitucionalidade – este, por meio do qual o Supremo Tribunal Federal possa limitar efeito e alcance da declaração de inconstitucionalidade de lei ou de outro ato normativo do poder público federal ou estadual – com a própria noção de Estado, seus fins e sua condição de elemento meio para o alcance dos propósitos sociais (em especial, no Brasil, propósitos sociais de cunho democrático e sob a ordem jurídica). Tobias BARRETO deixou registrado que “o Estado não é uma sociedade perpétua. Todo organismo tende a destruir-se; e destruído o organismo cessam suas funções, cessando com ellas sua resultante – a vida. Ora o Estado é um organismo. Não pode, conseqüentemente, deixar de submeter-se a essa imposição das leis naturaes. É verdade que elle não morre como o organismo humano, porque aqui há um ser individual que desaparece em pouco tempo, alli há um ser colectivo, uma série de gerações que se succedem, mas que hão de fatalmente exaurir-se e definir pela continuidade do tempo. A própria história nos dá conta de grande número de Estados que tiveram sua infância, sua puberdade, virilidade, e pereceram pela senilidade. Assim não se pode dizer que o Estado é uma sociedade perpétua. O fim do Estado, como pensam alguns publicistas da velha eschola, é o último destino da sociedade. Esta questão, a menos que não seja devidamente explorada, é uma tolice metaphysica. O fim do Estado não é uma cousa que esteja adiante e distante delle, para a qual elle tenda como para uma aspiração, um desideratum. Não. O fim do Estado é um facto que a cada momento se realisa na sociedade e que a cada momento está para ser realiado. Sempre se realisou e nunca acaba de se realisar. É um acto interminavelmente repetindo-se, incessantemente renovando-se. Todas as vezes

No direito comparado, é comum observarmos que, nos países em que se valoriza a Constituição Federal como lei suprema – nada obstante filiem-se ao sistema da *civil law* ou da *common law*, já que também estes não são mais inflexíveis como se supunha fossem –, o controle de constitucionalidade exercido pelo órgão próprio, notadamente jurisdicional, hoje em dia privilegia e caracteriza-se por esta *flexibilização da inconstitucionalidade*<sup>63</sup>, o que significa dizer que permite-se ao órgão fixar limites temporais e de abrangência ao texto de lei ou de outro ato normativo do Poder Público que seja declarado, por ele mesmo, inconstitucional.

Nos Estados Unidos da América do Norte, a despeito da máxima de que a expressão lei inconstitucional não mais seria que uma *contradictio in terminis* posto que lá sempre se entendeu que a “lei” declarada inconstitucional era um “nada” jurídico e que, por isto mesmo, não podia gerar, nunca e para ninguém, efeitos, hoje em dia já se admite o

---

que a lei penal pune aquelle que se poz em conflicto contra a ordem pública, offendendo direitos de terceiro, está se realizando o fim do Estado. Todas as vezes que o cidadão que trabalha gosa pacificamente dos proventos do seu trabalho, e o cidadão que estuda gosa dos fructos de suas vigílias, de suas indagações, à sombra, da Lei, o fim do Estado está se realizando.” (Tobais BARRETO, Prelecções de direito constitucional, in: **Estudos de Direito**, v. II, Sergipe, E.C.E, 1926, p. 49-55). O paralelo que propomos é o seguinte: da mesma forma como o Estado tem vida e, outrossim, está sujeito à morte; da mesma forma como o fim do Estado é o próprio fim da sociedade e da mesma forma que o fim do Estado é cada prática e ocorrência de um fato sobre o qual a lei venha a incidir, é possível dizer que revela-se necessário que haja uma adequação entre a lei e o fato para que, decididamente, o Estado venha a alcançar o seu desiderato. Ou seja: se o próprio Estado é sujeito a mutações porque não existe senão em função da sociedade, as leis, a despeito de reconhecidamente inconstitucionais, podem, excepcionalmente, guardar um mínimo de validade, pese embora inconstitucionais, porque a despeito deste predicativo, num dado momento, elas poderiam estar mais próximas à finalidade do Estado do que se desde então inexistentes. A linha é tênue e a matéria é excepcional. Porém, não fica difícil compreender que a lei inconstitucional possa produzir efeitos, mesmo quando assim declarada, se entendermos que o próprio Estado não é assim estático e ele mesmo está sujeito à realidade social posto que, a cada fato, se renova, se realiza, se reafirma. Pois bem: a renovação, a realização e a reafirmação do Estado, em casos qualificados pelo regime da exceção, podem ser atestadas mais pela aplicação de uma lei inconstitucional, para o prestígio da segurança jurídica ou do interesse social, do que por sua subtração pura e simples das relações sociais.

<sup>63</sup> O termo *flexibilização* tem sido utilizado em grande escala, hodiernamente. Seu sinônimo, de igual frequência, é a relativização. Assim, *verbi gratia*, a flexibilização da coisa julgada ou a relativização da coisa julgada, tão em voga no direito processual. O Direito, enquanto Ciência, neste século há pouco iniciado, está quebrando alguns mitos, alguns dogmas, algumas verdades antes incontestáveis; perceberam a doutrina e a jurisprudência que o Direito não é senão algo a serviço da sociedade e não o contrário, isto é, que a sociedade não vive em função do Direito mas que este, ele sim, deve sempre beneficiá-la; a partir do momento que não o faz, como os dogmas da coisa julgada, ou da tradicional teoria do controle de constitucionalidade, é preciso ter coragem – não dissociada, decerto, do equilíbrio – para se afastar de um e outro. Evidente que não somos defensores do abandono puro e simples de importantes institutos jurídicos, entre os quais os citados, mas também não somos daqueles que, a pretexto da sua respectiva defesa, fazem vista grossa aos reclamos legítimos da sociedade.

temperamento desta declaração judicial de inconstitucionalidade para que, apesar de inconstitucional, aquela lei ou aquele ato normativo do Poder Público possa ter, em casos especiais, algum tipo de eficácia.

Abandonaram, pois, a idéia de que a inconstitucionalidade declarada simplesmente dizia que aquele ato sempre foi nulo de pleno direito e passaram a reconhecer que, mesmo contrário à Constituição, em casos excepcionais, poderia gerar efeitos e, portanto, serem tolerados se em proveito da sociedade.

Na Alemanha, a técnica do controle de constitucionalidade sempre teve requintes que, ao final, acabaram por influenciar toda a doutrina sobre o tema<sup>64</sup>.

Citamos, entre outras de igual importância, a decisão de apelo (apelo ao legislador), a declaração de nulidade e a declaração de incompatibilidade ou declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade.

Com redação bastante próxima do nosso art. 27 da Lei Federal n. 9.868/99, a Constituição portuguesa também permite ao Tribunal que, por razões de segurança jurídica, equidade ou interesse público de excepcional relevo revelarem-se presentes, reduzir o alcance e a eficácia da decisão que declarar inconstitucional uma lei.

Observemos, no particular, que a aproximação com o direito lusitano vai além, e muito além da semelhança do vernáculo: dirige-se ao próprio conteúdo da norma.

---

<sup>64</sup> A influência da doutrina alemã sobre o assunto foi destacada por Celso Ribeiro BASTOS e André Ramos TAVARES (Reféns da desinformação, in: **Revista Jurídica**, v. I, n.º 11, abril de 2000. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_11/desinformacao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_11/desinformacao.htm). Acessado em 26 de fevereiro de 2007), onde ambos, aliando humor e conhecimento, escreveram que: “quanto à possibilidade de se reconhecer a inconstitucionalidade mas admitir que a lei continue sendo aplicada por determinado tempo, nada de novo há, aqui, entre o Céu e a Terra. É prática originada da jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, já incorporada pela praxis do Supremo Tribunal Federal, e denominada, tecnicamente, de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade. É o que o Ministro Moreira Alves indica como uma das modernas formas de interpretação constitucional.”

Já na Espanha, a exemplo do que sucedeu no Brasil antes do advento da Lei Federal n.º 9.868/99 e do seu art. 27, mesmo sem que a lei preveja a técnica da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, a Corte Constitucional a aplica seguindo a tradição alemã pois lá também já se percebeu que, em alguns casos, revela-se necessário admitir que uma lei, mesmo inconstitucional, possa produzir um mínimo de efeitos, por menores que sejam.

Queremos com isto demonstrar que é uma tendência mundial admitir-se, como técnica de interpretação, que o Tribunal competente para declarar uma lei inconstitucional possa, mesmo depois de decidir que a lei ou o ato normativo é de fato inconstitucional, reconhecer que, para um certo grupo e/ou por um determinado período, a despeito de inconstitucional, aquele texto legislativo tenha validade.

Esta evolução do instituto no direito comparado – onde, reitere-se, a Alemanha assume o papel de guardião das mais avançadas doutrinas sobre o assunto, os Estados Unidos da América do Norte desgarram-se do pré-conceito de que “the unconstitutional statute is not law at all<sup>65</sup>”, a Espanha, mesmo sem lei, a exemplo do que conosco ocorria, já o aplica e Portugal tem disposição legislativa semelhante, no vernáculo e no conteúdo, àquela objeto do nosso estudo – indica que o Brasil não poderia deixar de atentar para a necessidade social, qual seja, a de que é preciso relativizar o conceito da nulidade absoluta da Lei inconstitucional, que remonta ao limiar do século passado.

---

<sup>65</sup> Ou, no vernacular, “a lei reputada inconstitucional é um nada jurídico” (nossa tradução livre).



### 1.3.1.1 Nossas conclusões sobre o assunto

Cogitar – como muitos o fazem, numa primeira leitura – que o art. 27 da Lei Federal nº 9.868/99, ao autorizar o Supremo Tribunal Federal, em votação qualificada, delimitar os efeitos e o alcance de uma decisão que declarar uma lei ou um outro ato normativo do Poder Público inconstitucional representa, em si, uma inconstitucionalidade ou, quando menos, um contra-senso – *the unconstitutional statute is not law at all* – na medida em que, segundo RUI BARBOSA, a lei declarada inconstitucional terá sido, desde sempre, um ato nulo e írrito de pleno direito, é o mesmo que fechar os olhos para uma necessidade cada vez mais aguda de que as decisões judiciais reflitam a realidade social.

É neste contexto que, a despeito de aparentemente representar uma anomalia que uma lei ou um ato normativo do Poder Público, mesmo depois de declarada inconstitucional, em algum momento tenha produzido efeitos ou continue a produzi-los para uma determinada situação jurídica – de fato e de direito, pois se reitere o que preconizou GILMAR FERREIRA MENDES, para quem “não há como se negar a ‘comunicação entre a norma e o fato’, que constitui condição da própria interpretação constitucional” – na verdade, a nova ordem jurídica-constitucional autoriza e reclama, a um só tempo, que o guardião máximo da Constituição amplie seu horizonte de atuação e, respeitando sempre a tripartição de Poderes, mas a entendendo da forma como deva ser entendida, atue de forma positiva e exerça um *verdadeiro* controle jurisdicional da constitucionalidade da Lei ou de outro ato normativo do Poder Público.

Sobretudo porque, não é demasiado dizer, é a mesma Constituição que está sendo defendida no controle concreto de constitucionalidade que prevê a segurança jurídica e o interesse social como princípios de elevada magnitude: de um lado, a defesa da Constituição contra lei ou outro ato normativo que a transgrida, no todo ou em parte; de outro,

seus princípios da segurança jurídica e do interesse social justificando que, mesmo inconstitucional, talvez não seja o melhor para a sociedade extirpar do ordenamento jurídico aquela lei ou aquele outro ato normativo do Poder Público como se ela, ou ele, nunca tivessem existido.

Seria pobre, muito pobre, o papel do Supremo Tribunal Federal se ficasse limitado a declarar a lei ou o ato normativo do Poder Público inconstitucional. E se não pudesse tratar de efeito e eficácia, correria o risco<sup>66</sup>, ele mesmo, quem seja, o Supremo Tribunal Federal, de decidir sobre uma inconstitucionalidade de forma também ele inconstitucional pois, preso à tradição de que a lei contrária à Constituição nunca foi lei e, portanto, nunca poderia produzir efeitos, teria o Pretório Excelso, a pretexto da defesa da Carta Magna, a violado por contrariar, mediante uma singela (porém de nefastos efeitos) omissão quanto aos princípios constitucionais da segurança jurídica e do interesse social – ou, quando menos, por tê-los ignorado.

É uma técnica de interpretação que o art. 27 da Lei 9.868/99 trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro.

Uma técnica, diga-se de passagem, perfeitamente alinhada com sistemas jurídicos de relevante importância jurídica e econômica – sim, nunca nos esqueçamos que o direito não é uma ciência isolada do mundo, como se fosse a Terra no Universo supondo que apenas nela exista vida – como o dos Estados Unidos da América do Norte, de Portugal e Espanha e da Alemanha.

Faz bem o direito brasileiro em adequar-se à nova realidade mundial.

Faz bem facultar ao Supremo Tribunal Federal, em votação qualificada, para a defesa do

---

<sup>66</sup> Para não correr este risco, então, simplesmente o Supremo Tribunal Federal deixaria de analisar a constitucionalidade de uma lei – fato, em si, levando em consideração para a introdução do art. 27 da Lei Federal n.º 9.868/99 em nosso ordenamento, enquanto técnica de interpretação facultada ao Supremo Tribunal Federal.

interesse social e da segurança jurídica, adentrar ao alcance e eficácia das decisões que venha a proferir no âmbito de sua competência originária do controle de constitucionalidade das leis e dos demais atos normativos do Poder Público. Caminha-se bem – no mesmo sentido – a jurisprudência da Corte que consagra tal possibilidade inclusive ao julgamento do recurso extraordinário, como no avançar do estudo poderemos analisar com vagar – com ou sem exame e declaração de constitucionalidade.

Não queremos com isto, em hipótese alguma, negar a indisputável qualidade da doutrina de RUI BARBOSA e de todos aqueles que ajudaram a desenvolver a idéia de que, uma vez declarada a inconstitucionalidade, aquela lei ou aquele ato normativo nunca existiram.

Não, antes pelo contrário.

A regra é realmente esta: quando o Supremo Tribunal Federal faz o controle de constitucionalidade por meio de ação própria, seus efeitos são *erga omnes* e a sua eficácia é retroativa.

Não nos distanciamos, outrossim, daqueles ensinamentos que remontam ao século passado e que estão fortificados em nosso sistema jurídico.

Todavia, àquela época, talvez a segurança jurídica e o interesse social mais se afinassem com a declaração retroativa de inconstitucionalidade de abrangência geral do que, hoje ao contrário, se afinam com a exceção da regra.

Nem muito menos seria o caso, naqueles tempos, de se cogitar da proporcionalidade, isto é, de reconhecer uma certa dosagem ou escala de intensidade<sup>67</sup> no bojo da decretação de inconstitucionalidade contra uma lei ou um ato normativo do Poder Público.

O Estado Social e Democrático de Direito terá sido, então, o fiel da balança para que o interesse social e a segurança jurídica tenham saído do âmbito da declaração *erga omnes* e retroativa *ab initio* da inconstitucionalidade da Lei ou de outro ato normativo do Poder Público para, em regime de exceção, filiarem-se ao âmbito de uma nova atuação do Supremo Tribunal Federal, no sentido de agora objetivar, no máximo quanto lhe for possível, a defesa da Constituição.

Sim, porque segurança jurídica e interesse social são institutos pertencentes ao Estado Social e Democrático de Direito<sup>68-69</sup>. Os que defendem opinião em

---

<sup>67</sup> Toda vez que no direito brasileiro foi utilizada esta técnica de peso e medida, a idéia, por melhor que defendida fosse, causava espécie àqueles outros que a ela não se filiavam. Assim foi, por exemplo, com a doutrina de Pontes de Miranda a respeito da carga da eficácia de uma decisão judicial quando, deixando muitos perplexos, dissera que as sentenças poderiam ser classificadas de acordo com o aspecto preponderante mas que, de igual forma, teriam, mesmo que de forma mínima, um ou mais aspectos que não seriam desprezíveis, a despeito de secundários. *Mutatis mutandis*, também a inconstitucionalidade admite dosagem. É por isto que, com apoio em Paulo SEREJO, também entendemos correto que “uma inconstitucionalidade qualquer, sendo um valor, poderá ser mais ou menos intensa, conforme o grau de contrariedade que tenha em relação aos valores fundamentais, o que depende de nossa contínua ação valorativa, em seu curso histórico. Assim, uma mesma inconstitucionalidade poderá variar no tempo de mais intensa a menos intensa e vice-versa.” (**Op. et. loc. cit.**).

<sup>68</sup> Em idéia aproximada a esta afirmativa, confira-se o que escreveu Inocêncio Mártires COELHO em defesa do art. 27 da Lei Federal n.º 9.868/99: “Afinal de contas, sempre se entendeu que uma lei declarada inconstitucional não é lei de forma alguma e, por isso, há de ser tida como nula e de nenhum efeito (...) Então, por que mudar? Por que abandonar esse velho e confortável entendimento, que tem a seu favor argumentos lógicos de maior consistência? Por que, enfim, preservar situações que se criaram ao abrigo de normas sabidamente inconstitucionais? Simplesmente porque assim o exige a natureza das coisas e porque a vida do direito não tem sido lógica, tem sido experiência (...) Pela radical mudança de perspectiva consubstanciada nessa ousada proposta, é de se considerar que aí se encontra a maior e mais importante abertura em nosso processo de controle abstrato de constitucionalidade, porque dará ensejo a que o Supremo Tribunal Federal – alertado sobre todas conseqüências das suas decisões –, venha a adotar, sem contorcionismos, uma realística jurisprudência de resultados, assumidamente inspirada nos valores da segurança jurídica e do interesse social, que são congêntos à idéia de direito.” (Constitucionalidade/inconstitucionalidade: uma questão política?, in: Revista Diálogo Jurídico, n.º 12, Salvador, março de 2002. Disponível em: [http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_12/DIALOGO-JURIDICO-12-MARCO-2002-INOCENCIO-MARTIRES-COELHO.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_12/DIALOGO-JURIDICO-12-MARCO-2002-INOCENCIO-MARTIRES-COELHO.pdf). Acessado em 26 de fevereiro de 2007).

<sup>69</sup> Não poderia ter sido mais feliz a observação de Paulo SEREJO (**Op. et. loc. cit.**) segundo quem se deve compreender o Direito a partir da vida, não a vida a partir do Direito, que é um instrumento da realização dos

sentido contrário – ou seja, os que se revelam contrários à possibilidade segundo a qual o art. 27, da Lei em comento empresta ao Supremo Tribunal Federal quando do exercício do controle de constitucionalidade por meio de ação própria – utilizam-se, em sua grande maioria, de 2 (dois) principais argumentos: primeiro, deixar de ser retroativa à edição da Lei a sua declaração de inconstitucionalidade é o mesmo que, no tempo em que se permitir que ela produza efeitos, contrariar a supremacia da Constituição pois uma lei ser-lhe-ia superior e, segundo, que, se fosse isto possível nos países de Constituição rígida, que a disposição legislativa pertenceria, então, à alçada da própria Constituição, recaindo fosse ao Poder Constituinte originário ou, pelo menos, ao Poder Constituinte derivado pois, neste, o processo legislativo da Emenda Constitucional é diferente de um mero processo de produção de leis ordinárias, como a que trouxe ao nosso ordenamento a técnica agora examinada<sup>70</sup>.

Um e outro argumentos<sup>71</sup> – o segundo mais forte, é bem verdade – impressionam à primeira vista; todavia, não resistem a um exame mais detido sobre o assunto.

Se as razões e a fundamentação extraídas do direito comparado já não se revelassem suficientes, não se pode perder de vista, ademais, a própria justificativa do projeto de lei a que, no intróito do presente, deu-se o devido destaque com a citação de ensinamento de GILMAR FERREIRA MENDES onde a técnica de interpretação do citado art. 27 era introduzida porque:

---

fins humanos maiores, Liberdade, Igualdade e Justiça, enfim, Amor, aspiração última, em que se encontram e confundem todas as outras.

<sup>70</sup> É a posição de Anco Márcio VALLE, por exemplo.

<sup>71</sup> Some-se a estes dois argumentos, ainda, um outro desenvolvido por José Ribamar Sanches PRAZERES, segundo o qual a atribuição desta faculdade ao Supremo Tribunal Federal não seria menos que, ao arrepio, da Constituição, equipará-lo ao Poder Constituinte originário (Lei 9868/99: a inconstitucionalidade interrompida, in: *Jus Navigandi*, n.º 47, novembro de 2000. Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=131> >. Acessado em 26 de fevereiro de 2007). Com a devida venia, tal posicionamento distancia-se do acerto na medida em que o Supremo Tribunal Federal, na aplicação, do art. 27 da Lei Federal n.º 9.868/99, não estaria legislando e, sim, interpretando a Constituição – mister que lhe foi atribuído pela Carta Magna – no sentido de verificar, no proveito da sociedade, qual a melhor solução a ser dada, no que se refere ao controle de constitucionalidade, levando em consideração os atributos do interesse social e da segurança jurídica.

“(...) o princípio da nulidade absoluta será afastado ‘in concreto’ se, a juízo do próprio Tribunal, **se puder afirmar que a declaração de nulidade acabaria por distanciar-se ainda mais da vontade constitucional**” (grifos nossos)<sup>72-</sup>

<sup>73</sup>

O Supremo Tribunal Federal é assim: ou se confia nele, ou então, desconfiando, objeta-se-lhe a faculdade legislativa que lhe foi conferida pelo art. 27, da Lei Federal n.º 9.868/99.

Nós, contudo, continuaremos acreditando que pertence ao Supremo Tribunal Federal, enquanto guardião da Constituição, esta possibilidade de, no proveito daquela, admitir válida uma lei que ele mesmo declarar inconstitucional<sup>74</sup>.

Na verdade, somos daqueles que confiam confiando. E, em se tratando de um Tribunal da envergadura do Supremo Tribunal Federal – composto por Homens, é

---

<sup>72</sup> Sobre o tema, é possível dizer, com apoio em texto de Celso Ribeiro BASTOS e André Ramos TAVARES (**Op. et. loc. cit.**) – quando se pronunciaram em defesa à lei que regula a arguição de preceito fundamental do ataque gratuito que foi-lhe dirigido, à época, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – que “as Constituições, em todo mundo civilizado, passaram então a contemplar os valores sociais em fórmulas suficientemente abstratas para permitir sua perenidade, tão almejada pela alma humana. Com este expediente, permitiu-se a permanência, e ao mesmo tempo, a constante evolução dos valores basilares da conduta humana. O grau de generalidade em que eram expostos permitiu, pois, que, mantido seu núcleo central, houvesse, paralelamente, a necessária desenvoltura dos valores, permitindo-lhes alcançar novas realidades surgidas com o passar dos tempos, o que se realiza, até hoje, pela atividade serena do intérprete e aplicador da Constituição.”

<sup>73</sup> No mesmo sentido, Arnaldo WALD, antes mesmo da adoção de tal técnica de interpretação vir expressa em lei, comentava que valeria a pena permitir que o Supremo Tribunal Federal, considerando as peculiaridades do caso, pudesse considerar a lei inconstitucional ex nunc ou até fixasse o período que seria atingido pela sua decisão, podendo admitir ou não, a aplicação no passado, do ato considerado inconstitucional. Não há dúvida de que a dogmaticamente a solução pode não ser recomendável, mas, no mundo pragmático em que vivemos, dominado pelo relativismo do direito, a segurança jurídica deve, em certos casos, temperar a aplicação das normas legais. Noutra passagem, WALD escreve que “a desconstituição parcial das situações jurídicas, em virtude de inconstitucionalidade da Lei, pode levar a resultados iníquos. Basta lembrar o caso das tablitais, ainda não julgado pelo Supremo Tribunal Federal, que teria repercussões sobre milhões de operações jurídicas realizadas nos treze últimos anos, retroagindo a 1986)” (**Op. et. loc. cit.**).

<sup>74</sup> A questão da confiança no Supremo Tribunal Federal para, entre outras augustas atribuições, defender o interesse social e a segurança jurídica no contexto do controle de constitucionalidade das leis ou outros atos normativos do poder público federal ou estadual não está à mercê de comentários como o de José Ribamar Sanches PRAZERES para quem, sendo inoportuna a introdução da técnica de interpretação comentada em nosso sistema, “é como se tivessem dado à Suprema Corte o poder de transformar a essência das coisas, ou melhor, dos institutos jurídicos, com parâmetros extremamente subjetivo e indeterminado, modificando-os ao mero sabor das conveniências políticas, para permitir aos nossos governantes dirigir os destinos do país, de forma mais ‘tranqüila’ e menos ‘perturbadora’, atendendo como sempre aos ‘interesses econômicos’ dos grandes grupos nacionais.” (**Op. et. loc. cit.**). É quando menos injusta a imputação de tal comportamento ao Supremo Tribunal Federal e aos seus integrantes que – estes, como seres humanos que são e, portanto, suscetíveis a erros – têm prestado relevantes serviços à nação brasileira no que refere, especificamente, à defesa da Constituição Federal.

verdade, e por isto sim sujeito a erros – não admitimos descrença, desconfiança nem descrédito.

O dia em que isto ocorrer, em nosso sentimento, teremos perdido a própria confiança no Brasil, um Estado Social e Democrático de Direito.

### 1.3.2 A “súmula<sup>75</sup> vinculante”<sup>76</sup>

*Quanta tinta se tem gasto (a imagem, reconhecemos, é obsoleta na era da informática, em que ninguém mais usa tinta para escrever) no debate entre os partidários e os adversários de reforma constitucional destinada a atribuir eficácia vinculante a proposições inspiradoras de precedentes nos mais altos tribunais do país! Pois bem: sem precisão de emenda, a vinculação, para fins práticos, em boa medida vai-se insinuando, pé ante pé, sorratamente, como quem não quer nada, e não apenas em benefício de teses ‘sumuladas’, senão até das simplesmente bafejadas pela preferência da maioria dos acórdãos.*

*Emenda constitucional, para estabelecer que as Súmulas, sob certas condições, passarão a vincular os outros órgãos judiciais? Ora, mas se já vamos além, e ao custo – muito mais baixo – de meras leis ordinárias (será que somente na acepção técnica da palavra?). O mingau está sendo comido pelas beiradas, e é duvidoso que a projetada emenda constitucional ainda encontre no prato o bastante para satisfazer seu apetite (...).*

**JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA<sup>77</sup>.**

#### 1.3.2.1 Intróito acerca do tema

A distribuição da justiça por meio da tutela jurisdicional é um dos grandes problemas que a sociedade mundial enfrenta. Não se trata de um privilégio nacional. Países de cultura e economia mais desenvolvidas que as nossas também padecem deste mesmo mal<sup>78</sup>.

---

<sup>75</sup> Roberto ROSAS, *expert* no assunto, conceitua súmula nos seguintes termos: “Que é súmula? Esta reflete a jurisprudência de um tribunal ou de uma seção especializada autorizada a emitir a consolidação.” (Jurisprudência. Uniformização. Súmula, in: **Direito Processual – Inovações e perspectivas: estudos em homenagem ao ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira**, São Paulo, Saraiva, 2003). O reportado autor aproveita a oportunidade, ainda, para, sobre o conceito de súmula, apontar o voto do Ministro Carlos VELLOSO, do Supremo Tribunal Federal, na ADIn n.º 594, in: RTJ, 151/20.

<sup>76</sup> André Ramos TAVARES com razão adverte que embora de uso corrente, deve-se acentuar que se trata de designação reduzida da terminologia mais rigorosa: ‘súmula da jurisprudência predominante do Tribunal, com efeito vinculante’. (Celso Ribeiro BASTOS e André Ramos TAVARES, **As tendências do direito público no limiar de um novo milênio**, São Paulo, Saraiva, 2000)

<sup>77</sup> José Carlos Barbosa MOREIRA, Algumas inovações da Lei 9.756 em matéria de recursos civis, in: Teresa Arruda Alvim WAMBIER, Nelson NERY JÚNIOR (Coords.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, p. 329.

<sup>78</sup> Sobre o assunto, confira-se também o esclarecimento de Sálvio de Figueiredo TEIXEIRA, que consegue enxergar a discussão do Judiciário como um fenômeno de ocorrência mundial. Para ele, “encontra-se atualmente o Judiciário no centro das discussões, travadas não só entre os chamados ‘operadores do Direito’, mas também a envolver pensadores, Universidade, governantes e jurisdicionados, fenômeno, diga-se de passagem, que assume proporções mundiais, não se circunscrevendo a esse ou aquele país.” (O Judiciário



No Brasil, a situação torna-se ainda mais grave porque, além dos problemas próprios a um país que pertence ao grupo das nações em desenvolvimento – *entre os quais, notadamente, os de cunho econômico e os relacionados ao que se chama “custo-Brasil”* – somos uma República Federativa assentada num Estado Social e Democrático de Direito, à qual pertence ao Poder Judiciário uma elevada função, em termos bastante resumidos, de cuidar da aplicação da lei em terra pátria.

Nossa análise sobre o assunto, a despeito de não ter qualquer cunho de natureza política ou ideológica, não escapa, pelo menos superficialmente, destes atributos.

Em particular, a morosidade do Poder Judiciário é um fator considerável para a medição do nível de desenvolvimento de uma nação.

É fato incontroverso que os investimentos num determinado país são realizados levando-se em consideração uma série de fatores, dos mais variados possíveis. Um deles, sem dúvida, é a distribuição da tutela jurisdicional<sup>79</sup>.

No contexto da “súmula vinculante” o assunto deve ser observado pelo menos sob 2 (dois) pontos de vista: o primeiro, concernente à certeza do significado da Lei, se questionada em juízo e, o segundo, do tempo necessário para a resposta ser dada ao jurisdicionado. Jurídica e socialmente, todavia.

Segurança e tempo, para resumir, são fatores que implicam na escolha do capital estrangeiro para fazer investimento num determinado país pois é claro que ninguém

---

brasileiro e as propostas de um novo modelo, in: **Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**, n.º 1, Brasília, Brasília Jurídica).

<sup>79</sup> O nosso estudo, declaradamente, tratará do tema sob o ponto de vista jurídico e sob o ponto de vista social, inclusive, neste, à luz da economia. Armando Castelar PINHEIRO, repetidas vezes, esclarece que as profissões da área jurídica se distinguem substancialmente dos economistas porque, entre uma série de outros fatores, “ao analisar o Judiciário, o economista está preocupado, muito mais do que com a eficiência com que este opera, com as consequências da sua atuação para a economia como um todo.” (Reforma do Judiciário: observações de um economista, in: **Revista do Advogado**, n.º 75, São Paulo, AASP).

investe sem tomar todos os cuidados inerentes ao seu projeto, bem como são importantes no contexto da circulação interna da riqueza.

Some-se a isto, inclusive, o fato segundo o qual a distribuição da tutela jurisdicional deve levar em consideração, ainda, a necessidade interna da população, que também precisa de segurança e rapidez.

A adoção da “súmula vinculante” traz, inegavelmente, a segurança e a rapidez necessárias e desejadas pelo país.

#### ***1.3.2.1.1 Dados estatísticos***

Sabe-se que a ciência jurídica no Brasil é carente de dados estatísticos que a auxiliem no contato mais próximo e mais eficiente com a sociedade, em última análise, destinatária final de suas ações.

Caso houvesse estudos mais completos a respeito da quantidade de demandas e considerações acerca da natureza das matérias discutidas, bem como das partes envolvidas, de um lado e, de outro, um exame sobre a quantidade de recursos providos em segundo grau jurisdicional ou, na instância superior, admitidos e providos, poderia a sociedade melhor organizar-se na consecução de seus propósitos – tanto coletivos como individuais.

Por hipótese, soubesse o advogado que determinada matéria, em determinado Tribunal, já fora julgada “n” vezes e em dado sentido, melhor poderia orientar seu cliente na propositura ou continuidade da ação.

Soubessem as empresas dados semelhantes, melhor poderiam direcionar seus investimentos ou modificar seus comportamentos para uma adequação à lei, aos olhos do Judiciário<sup>80</sup>.

Por fim, soubessem nossos legisladores apontamentos daquela natureza, também eles poderiam legislar<sup>81</sup> para ratificar determinados posicionamentos jurisprudenciais ou solucionar conflitos que porventura haja.

Qualquer que seja o ângulo do observador, é verdadeiro que a existência de dados estatísticos mais completos como os acima mencionados – ou seja, tratados como Ciência, inclusive –, no seio da distribuição da tutela jurisdicional, seria muito bem vinda.

E neste contexto podemos observar, para o propósito das presentes reflexões, que a existência de alguns dados estatísticos, ainda que incompletos<sup>82</sup>, remetem

---

<sup>80</sup> Pedro da Silva DINAMARCO teve a oportunidade de participar de Congresso realizado em Roma, entre os dias 20 e 22 de maio de 2004. Segundo ele, esse tema foi bastante debatido, sob a denominação de ‘a função atual da jurisprudência e os métodos de uniformização’. Destacou-se exatamente a idéia da função da súmula como forma de pacificação social, na medida em que os cidadãos podem agir sabendo como será a interpretação do Judiciário, em caso de litúgio. Isso inclusive evita que as pessoas violem a lei ou tenham necessidade de ir ao Judiciário. Ou seja, o número de demandas judiciais reduzirá.

<sup>81</sup> Mais adiante, quando, adianta-se, contestaremos o argumento da afronta à separação de Poderes usados por aqueles que rejeitam a adoção da “súmula vinculante”, perceberemos que, exatamente em razão da possibilidade do legislativo criar uma lei contrária à determinada súmula – posto atribuição de sua competência constitucional – não há o risco de afronta a este princípio que dá embasamento à forma de governo do nosso país.

<sup>82</sup> A necessidade do tratamento profissional deste assunto foi muito bem demonstrada por Moniz de ARAGÃO (Estatística Judiciária, in: **Revista de Processo – REPRO**, n.º 110, São Paulo, Revista dos Tribunais). Segundo ele, “o levantamento puro e simples dos feitos distribuídos e julgados pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça permite uma diversidade muito grande de conclusões e significam quase nada.” Todavia, reconhece que “(...) esse volume inacreditável de julgamentos efetivamente aconteceu, quanto a isso não há a menor dúvida; pelo contrário, é absolutamente certo.” Concordamos com a crítica que faz à inadequação científica do mero levantamento de dados, porque também acreditamos necessário fazer-se “(...) indagação estatística a sério, concebida, realizada e dissecada por técnicos.” No mais, concordamos com a sua conclusão sobre esta necessidade: “(...) somente com investigação estatística profissionalmente planejada e conduzida, abrangente de todos os níveis do Poder Judiciário e de todos os órgãos que contribuem para o ‘acesso à justiça’, poder-se-á chegar a resultado satisfatório.” Seja como for, se ainda não alcançamos esta situação considerada ideal (tratamento científico-profissional da ciência estatística do Judiciário brasileiro), não podemos ignorar a escandalosa (e progressiva) existência de processos na justiça brasileira: mesmo estes meros dados, mesmo havendo questionamentos diversos sobre eles – entre os quais, por exemplo, um levantado por Moniz Aragão, referente aos julgados de gabinete –, enfim, mesmo o exame amador já é suficiente para nos apontar que a quantidade de processos em andamento e para julgamento, inclusive *per capita* em nossa

pelo menos para um estudo mais sério acerca da necessidade da introdução, em nosso país, da “súmula vinculante” – *para nós, diga-se de passagem, mais do que evidente.*

A quantidade de processos em tramitação no Brasil é assustadora – proporcional, decerto, à quantidade de habitantes e intrínseca à cultura litigiosa de nossa sociedade<sup>83</sup> –, e cresce em regime de progressão geométrica, induzindo-nos a pensar com grande probabilidade de acerto que, em (muito) pouco tempo já não haverá mais nem as mínimas condições de trabalho à cada vez menos adequada estrutura do Poder Judiciário: quantidade insuficiente de magistrados, de um lado, dificuldades operacionais decorrentes da tão criticada Lei de Responsabilidade Fiscal<sup>84</sup>, de outro, e tantos outros fatores levam-nos a vislumbrar um horizonte pouco ou nada animador.

O Supremo Tribunal Federal, composto por 11 (onze) Ministros, tem percebido de perto este crescimento do contingente processual. No ano 1950, julgou mais de 3.500 (três mil e quinhentos) processos. Em 1960, foram mais de 7.000 (sete mil) causas. Décadas depois, já em 1994, foram outros 18.000 (dezoito mil) julgamentos, número significativamente menor do que aquele encontrado no ano seguinte, em 1995, quando houve o exame de mais de 35.000 (trinta e cinco mil) processos, perfazendo um total superior a

---

magistratura – às vezes, por isto, sobrenatural – é um indicativo de que as coisas não vão bem e que assim não podem ficar, não pelo menos aos olhos de quem precisa e busca condições de vida um pouco mais dignas.

<sup>83</sup> Paralelamente ao famigerado “jeitinho brasileiro” decorrente da famosa e tão bem aplicável Lei de Gérson, a sociedade brasileira é acostumada ao litígio. Situações que facilmente poderiam se resolver de forma amigável e consensual, não raro, são levadas ao exame do Poder Judiciário. No particular da advocacia, percebemos que o graduando é muito mais treinado para o litígio do que para a composição. Segundo pensamos, começaria pela reformulação do ensino jurídico no Brasil, no particular, um processo de modificação cultural – de que resultaria, entre outros, um novo conceito de cidadania em nossa sociedade.

<sup>84</sup> Sobre a Lei de Responsabilidade Fiscal no contexto da reforma do Código de Processo Civil havida por ocasião das Leis Federais n.º 10.352/01, 10.358/01 e 10.444/02, André Almeida GARCIA escreveu que “fica, portanto, evidente a existência de um enorme contra-senso, pois, ao mesmo tempo em que as reformas aumentam o acesso à Justiça, a Lei de Responsabilidade Fiscal veda a possibilidade de crescimento do Poder Judiciário e, conseqüentemente, não lhe dá condições para que novas demandas sejam atendidas, com uma prestação jurisdicional célere e efetiva.” Depois, o citado conclui nos seguintes termos: “enfim, o que se percebe é que são necessárias mudanças estruturais no Poder Judiciário, o que passa por profundas alterações na Lei de Responsabilidade Fiscal. Caso contrário, de nada adiantarão os esforços da comunidade jurídica para que sejam realizadas mudanças na sistemática processual vigente (...)” (A reforma processual civil e a Lei de Responsabilidade Fiscal, in: Hélio Rubens Batista Ribeiro COSTA, José Horácio Halfeld Rezende RIBEIRO e Pedro da Silva DINAMARCO (Coords.), **A nova etapa...cit.**, pp. 420-421).

3.000 (três mil processos) por Ministro. Percebamos – *e lamentemos* – que em 1995, cada Ministro julgou o mesmo número de processos que o Tribunal houvera julgado durante todo o ano de 1950.

Mas a angústia continuou. Em 1997, o Supremo Tribunal Federal recebeu outros 33.000 (trinta e três mil) processos, além daqueles outros 40.000 (quarenta mil) que houvera julgado – dos quais, saliente-se, 80% (oitenta por cento) eram repetidos. No ano 1998, os Ministros (leia-se: verdadeiros heróis), julgaram, cada um deles, 480 (quatrocentos e oitenta processos): seria uma notícia muito boa, se depois dela não viesse o esclarecimento: por mês! Naquele ano, cada Ministro julgou perto de 4.700 (quatro mil e setecentos) processos, totalizando, portanto, mais de 50.000 (cinquenta mil) julgamentos<sup>85</sup>. O quadro completo de movimentação processual dos anos 1940 a 2007 demonstra o que falamos<sup>86</sup>:

<sup>85</sup> Interessante e oportuno o levantamento feito pelo Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário, do Supremo Tribunal Federal, sobre o número de processo recebidos e julgados pelo referido Tribunal, utilizado pelo Ministro Celso de MELLO (Algumas reflexões sobre a questão judiciária, in: **Revista do Advogado**, nº 105, São Paulo, AASP):

	1989	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996
Processos Recebidos	4.721	8.564	8.438	10.447	11.377	12.295	13.743	14.8134
Julgamentos Profetizados	7.432	6.449	4.366	5.236	6.737	7.221	8.125	9.0829
	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004*
Processos Recebidos	6.490	2.636	8.369	10.5307	11.0771	16.0453	87.186	1.5211
Julgamentos Profetizados	9.944	1.307	6.307	86.138	109.743	117.484	158.785	13.851

\*: O ano 2004 contém dados até 07 de março.

<sup>86</sup> Disponível em <http://www.stf.gov.br/bndpj/stf/MovProcessos.asp>. Acessado em 23 de março de 2007.

## STF

## Movimento Processual nos anos de 1940 a 2007\*

<b>Movimentação STF</b>	<b>1940</b>	<b>1941</b>	<b>1942</b>	<b>1943</b>	<b>1944</b>	<b>1945</b>	<b>1946</b>	<b>1947</b>	<b>1948</b>	<b>1949</b>	<b>TOTAL</b>
Processos Recebidos	2.419	2.629	2.496	2.480	2.584	3.422	2.415	2.773	2.729	3.335	27.282
Processos Distribuídos	2.211	2.503	2.310	2.281	2.324	2.566	2.246	2.430	2.569	3.705	25.145
Julgamentos	1.807	2.265	2.447	2.355	2.321	1.860	1.819	2.565	2.988	3.269	23.696
Acórdãos publicados	1.469	2.105	2.238	2.111	2.001	1.801	1.251	1.992	2.079	2.758	19.805

<b>Movimentação STF</b>	<b>1950</b>	<b>1951</b>	<b>1952</b>	<b>1953</b>	<b>1954</b>	<b>1955</b>	<b>1956</b>	<b>1957</b>	<b>1958</b>	<b>1959</b>	<b>TOTAL</b>
Processos Recebidos	3.091	3.305	3.956	4.903	4.710	5.015	6.556	6.597	7.114	6.470	51.717
Processos Distribuídos	2.938	3.041	3.572	4.623	4.317	4.686	6.379	6.126	7.816	7.440	50.938
Julgamentos	3.371	2.917	4.197	4.464	3.933	4.146	4.940	6.174	7.302	8.360	49.804
Acórdãos publicados	3.395	2.217	2.476	3.388	4.474	3.730	3.794	5.251	6.400	7.980	43.105

<b>Movimentação STF</b>	<b>1960</b>	<b>1961</b>	<b>1962</b>	<b>1963</b>	<b>1964</b>	<b>1965</b>	<b>1966</b>	<b>1967</b>	<b>1968</b>	<b>1969</b>	<b>TOTAL</b>
Processos Recebidos	6.504	6.751	7.705	8.216	8.960	8.456	7.378	7.614	8.612	8.023	78.219
Processos Distribuídos	5.946	6.682	7.628	8.737	8.526	13.929	7.489	7.634	8.778	10.309	85.658
Julgamentos	5.747	6.886	7.436	6.881	7.849	6.241	9.175	7.879	9.899	9.954	77.947
Acórdãos publicados	4.422	7.000	7.317	7.316	7.511	5.204	6.611	6.479	6.731	5.848	64.439

<b>Movimentação STF</b>	<b>1970</b>	<b>1971</b>	<b>1972</b>	<b>1973</b>	<b>1974</b>	<b>1975</b>	<b>1976</b>	<b>1977</b>	<b>1978</b>	<b>1979</b>	<b>TOTAL</b>
Processos Recebidos	6.367	5.921	6.253	7.093	7.352	8.775	6.877	7.072	8.146	8.277	72.133
Processos Distribuídos	6.716	6.006	6.692	7.298	7.854	9.324	6.935	7.485	7.815	8.433	74.558
Julgamentos	6.486	6.407	6.523	8.049	7.986	9.083	7.565	7.947	8.848	10.051	78.945
Acórdãos publicados	3.328	3.491	3.926	4.340	4.459	3.913	3.377	3.741	3.755	3.554	37.884

<b>Movimentação STF</b>	<b>1980</b>	<b>1981</b>	<b>1982</b>	<b>1983</b>	<b>1984</b>	<b>1985</b>	<b>1986</b>	<b>1987</b>	<b>1988</b>	<b>1989</b>	<b>TOTAL</b>
Processos Recebidos	9.555	12.494	13.648	14.668	16.386	18.206	22.514	20.430	21.328	14.721	163.950
Processos Distribuídos	9.308	12.853	13.846	14.528	15.964	17.935	21.015	18.788	18.674	6.622	149.533
Julgamentos	9.007	13.371	15.117	15.260	17.780	17.798	22.158	20.122	16.313	17.432	164.358
Acórdãos publicados	3.366	3.553	4.080	4.238	5.178	4.782	5.141	4.876	4.760	1.886	41.860

<b>Movimentação STF</b>	<b>1990</b>	<b>1991</b>	<b>1992</b>	<b>1993</b>	<b>1994</b>	<b>1995</b>	<b>1996</b>	<b>1997</b>	<b>1998</b>	<b>1999</b>	<b>TOTAL</b>
Processos Recebidos	18.564	18.438	27.447	24.377	24.295	27.743	28.134	36.490	52.636	68.369	326.493
Processos Distribuídos	16.226	17.567	26.325	23.525	25.868	25.385	23.883	34.289	50.273	54.437	297.778
Julgamentos	16.449	14.366	18.236	21.737	28.221	34.125	30.829	39.944	51.307	56.307	311.521
Acórdãos publicados	1.067	1.514	2.482	4.538	7.800	19.507	9.811	14.661	13.954	16.117	91.451

<b>Movimentação STF</b>	<b>2000</b>	<b>2001</b>	<b>2002</b>	<b>2003</b>	<b>2004</b>	<b>2005</b>	<b>2006</b>	<b>2007*</b>	<b>TOTAL</b>
Processos Recebidos	105.307	110.771	160.453	87.186	83.667	95.212	127.535	14.459	784.100
Processos Distribuídos	90.839	89.574	87.313	109.965	69.171	79.577	116.216	27.363	670.100
Julgamentos	86.138	109.692	83.097	107.867	101.690	103.700	110.284	31.720	734.100
Acórdãos publicados	10.770	11.407	11.685	10.840	10.674	14.173	11.421	1.760	82.700
Homologação de Desistência	0	51	34.387	50.918	4.538	357	13.762	97	104.100
Total (Julgamento Mérito e Homologação)	86.138	109.743	117.484	158.785	106.228	104.057	124.046	31.817	838.100

A situação dos 33 (trinta e três) Ministros que atualmente compõem o Superior Tribunal de Justiça é tão desanimadora quando aquela outra. No ano 1990, recém criado, o Tribunal já contava com 15.000 (quinze mil) casos recebidos, número que cresceu para mais de 50.000 (cinquenta mil) em 1996 e que provocou, no ano 1998, o exame de mais de 100.000 (cem mil) casos, numa média de 300 processos por Ministro por mês, que se analisam, então, em 8 (oito) por dia com sentença individual em intervalo inferior a 1 (uma) hora.

Nos Estados Unidos da América do Norte, a Suprema Corte recebeu 4.000 (quatro mil) processos em 1995, admitiu 300 (trezentos) e julgou 180. Na Alemanha,

dos 5.000 (cinco mil) processos recebidos naquele ano, sua Corte maior julgou apenas 100 (cem).

Esta pequena amostragem<sup>87</sup> numérica<sup>88</sup> não tem pretensão outra senão estimular o estudo e o debate a respeito da introdução da súmula de eficácia vinculante no Brasil, notadamente se observarmos que grande parte deste assustador contingente de demandas refere-se a causas já julgadas – e exaustivamente julgadas, diga-se de passagem – e que, em grande parte também, refere-se ao protagonista das ações judiciais neste país: o próprio Estado.

A afirmação de JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI a respeito da efetividade do processo, analisando o tempo a obter a prestação jurisdicional plena, deve ser objeto de nossas maiores reflexões:

“Cumpra ao ordenamento processual atender, do modo mais completo e eficiente possível, ao pleito daquele que exerceu o seu direito à jurisdição, bem como daquele que resistiu, apresentando defesa”<sup>89</sup>.

Vale dizer que a plenitude da prestação jurisdicional não pode sucumbir ao fator tempo para a efetiva entrega ao jurisdicionado.

Ainda segundo o citado autor:

---

<sup>87</sup> Que devemos creditar a Candido Rangel DINAMARCO, a quem ouvimos em Salvador por ocasião da III Jornada de Direito Processual Civil, promovida pelo IDDP, Instituto de Direito Processual. Esta palestra foi publicada sob o título “Decisões vinculantes” (In: **Revista de Processo – REPRO**, n.º 110, São Paulo, Revista dos Tribunais). Não procedemos a levantamentos porque, para a compreensão de nossa idéia, revelavam-se suficientes aqueles. Mas é fato incontroverso, público ou notório, como queiram, que este volume de feitos tem aumentado consideravelmente ano a ano (mês a mês, dia a dia e daí em diante).

<sup>88</sup> Sálvio de Figueiredo TEIXEIRA relatou que, pelos idos de 1999, havia a confirmação dos seguintes dados: “(...) 1 (um) juiz para cada 25 a 29 mil habitantes (a média, na Europa, é de 1 para 7000), quando o Supremo Tribunal Federal julga mais de 40.000 (quarenta mil) processos por ano (enquanto a Suprema Corte dos Estados Unidos julga menos de 100 (cem) causas em igual período) e o Superior Tribunal de Justiça mais de 100.000 (cem mil), números de longe sem similar no plano internacional, sendo de acrescentar que igualmente supercongestionadas estão as instâncias ordinárias.” (**Op. et loc. cit.**).

<sup>89</sup> **Tempo e processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, pp. 144 e ss.



“Sem embargo da impossibilidade de precisar em que medida atuam os males da demora da tutela jurisdicional, sabe-se que o prejuízo é sempre enorme: a) aos protagonistas do processo; e, até mesmo, b) à economia do país”<sup>90</sup>.

Nossa melhor doutrina é unânime no tratamento que se deva dar ao processo, seja em sua função, seja em relação ao que de fato dele espera a sociedade.

BARBOSA MOREIRA adverte que:

“(...) toma-se consciência cada vez mais clara da função instrumental do processo e da necessidade de fazê-lo desempenhar de maneira efetiva o papel que lhe toca”<sup>91</sup>.

CANDIDO RANGEL DINAMARCO estabelece que o processo não pode ser considerado uma:

“(...) fonte perene de decepções”<sup>92</sup>.

Daí comentar, com espeque em BIELSA e GRAÑA<sup>93</sup> que:

“(...) um julgamento tardio irá perdendo progressivamente seu sentido reparador, na medida em que postergue o momento do reconhecimento judicial dos direitos; e, transcorrido tempo razoável para resolver a causa, qualquer solução será, de modo inexorável, injusta, por maior que seja o mérito científico do conteúdo da decisão”<sup>94</sup>.

O processualista latino EDUARDO JOSE COUTURE caminha na mesma direção ao estabelecer que:

“(...) *en el proceso el tiempo Estado algo más que oro: es justicia*”<sup>95</sup>.

---

<sup>90</sup> **Idem, ibidem.**

<sup>91</sup> **Temas de direito processual: tendências contemporâneas do direito processual civil**, São Paulo, Saraiva, 1984, p. 3.

<sup>92</sup> **A instrumentalidade do processo**, 5ª ed., São Paulo, Malheiros, 1996, p. 271.

<sup>93</sup> *El tiempo y el proceso*, p. 189, *apud* Cândido Rangel DINAMARCO, **op. cit.**

<sup>94</sup> **A instrumentalidade...cit.**, p. 271.

<sup>95</sup> *Proyecto de Código de Procedimiento Civil*, Montevideo, 1945, p. 37.

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA conceitua, entre outros, a efetividade do processo como:

“(a) em toda a extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento e (b) cumpre que se possa atingir semelhante resultado com o mínimo dispêndio de tempo e energias”<sup>96</sup>.

BARBOSA MOREIRA, citando CHIOVENDA no que concerne ao fundamento (a) *supra*, deve-se ter em mente que:

*(...) il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi há un diritto tutto quello e proprio quello ch’egli há diritto di conseguire*<sup>97</sup>.

No que atine ao fundamento (b) explicitado, BARBOSA MOREIRA conclui que:

*(...) enfim, o tópico traz à mente, de imediato, o coro universal das lamentações acerca da excessiva complexidade e duração dos processos, com todo o cortejo de suas nefastas conseqüências*<sup>98</sup>.

É deste processo que versam as presentes linhas.

---

<sup>96</sup> Notas sobre o problema da ‘efetividade’ do processo, in: José Carlos Barbosa MOREIRA (Coord.), **Estudos de Direito Processual em Homenagem a José Frederico Marques**, São Paulo, Saraiva, 1982, p. 204.

<sup>97</sup> *Saggi di Diritto Processuale Civile*, v. 1, Roma, Editora, 1930, p. 110.

<sup>98</sup> **Op. et. loc. cit.**, p. 205.

### 1.3.2.1.II *Momentos históricos do Brasil*

O Código de Processo Civil existe há 34 anos, dos quais 33 de vigência, foi publicado em janeiro de 1973 e passou a ter vigência em janeiro de 1974 (art. 1.220), em meio à ditadura militar<sup>99</sup> e <sup>100</sup> que então governava o país.

É inegável admitir que, por esta razão, vários institutos do nosso ordenamento processual possuem características mais adequadas àquela forma de Governo<sup>101</sup>. Por isto, mas também por outros motivos, o Código de Processo Civil brasileiro até então passou por várias modificações legislativas.

Nesses mais de trinta anos de vigência do Código de Processo Civil, convém destacar, houve a modificação da organização do Estado, da ditadura à democracia. O ano 1988 foi um marco em nossa existência, com a promulgação da Constituição Federal que,

---

<sup>99</sup> João Carlos Pestana de Aguiar SILVA faz uma observação interessante sobre a “fonte histórica da súmula vinculativa”, tratando da chamada “interpretação vinculada” prevista, segundo o autor, na ditatorial Emenda Constitucional nº 7 de 13/4/77, através da qual era permitida a criação de um perigoso sistema de súmulas vinculativas, ou seja, com força de lei. Ei-la e depois nossos comentários: “(...) se a liberdade de julgar fora, naqueles tempos de repressão ao comunismo, considerada como um excesso comprometedor da ordem constituída então vigente, servia aquela ‘interpretação’, forcejada e aliada à súmula obrigatória, como o meio de coibição de qualquer suposto extremismo. Hoje isso seria um sombrio passado, não estivesse surgindo, no seio da reforma constitucional, a pretensa regulamentação dessa mesma idéia de, agora sob o pretexto de ser um mecanismo para reduzir a multiplicação de processos, se manietar, engessar, robotizar ou despreparar toda a magistratura nacional, exceto aquela elitizada que editará as súmulas, assim também se mumificando, envolvendo ou estereotipando a jurisprudencial nacional” (A súmula vinculativa como um retrocesso perante a histórica evolução da jurisprudência, in: **Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**, Brasília: Brasília Jurídica, 1999). Compreendemos perfeitamente a insatisfação pretérita, mas discordamos da sua projeção para o presente e das implicações subentendidas para o futuro: se os propósitos primeiros, no nascedouro, da tentativa da introdução da “súmula vinculante” neste país eram nefastos e voltados para a manutenção de um determinado regime de governo, não será por isto que, agora, em plena democracia e da qual não corremos mais riscos de perda – o que se afirma senão pela forma como adquirida, também em razão de como vem sendo exercida e, sobretudo, pelo nível de conscientização do povo brasileiro (que, na verdade, não mais se sujeitaria a exílio, mas lhe mandaria quem não suportasse a vivência social-democrática) – propõe-se a sua adoção. Na verdade, também agora a “súmula vinculante” vem para referendar, se assim pode ser dito, a forma democrática de direito de governo do Brasil; sim, porque não se faz democracia de direito sem que haja um Judiciário forte, que dê prontas e idênticas soluções aos jurisdicionados.

<sup>100</sup> Não se ignora, de outra sorte, que a “súmula vinculante” já por Emenda Regimental fora introduzida no Supremo Tribunal Federal em data de 28 de agosto de 1963, com o propósito, então, de que pudesse aquele órgão do Judiciário (na época, com atribuições quantitativamente maiores que as de hoje – direito federal) alcançar seu propósito de unificação da aplicação da Lei, eliminado ou pelo menos diminuindo os dissídios jurisprudenciais.

<sup>101</sup> Tome-se como exemplo o reexame necessário que, segundo pensamos, bem poderia ser extirpado do ordenamento jurídico.

sob a batuta de ULISSES GUIMARÃES, acabou recebendo a denominação informal de “Constituição-cidadã”.

A conquista – tormentosa, é verdade – da democracia no Brasil trouxe consigo uma jamais verificada conscientização dos direitos pela sociedade, quer seja no seu questionamento e na sua defesa, quer seja, em contrapartida, na exigência do cumprimento das obrigações do cidadão.

Paralelamente à promulgação daquele texto, em 1988, pelo menos da década de 90 para frente observou-se a ocorrência de um fenômeno legislativo que pode ser considerado como uma “onda” de direitos sociais no Brasil.

Neste contexto, grande ênfase foi dada aos direitos do cidadão, inclusive no aspecto de sua defesa coletiva<sup>102</sup>: referimo-nos às ações voltadas para a defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Sem nenhuma outra intenção senão a de mencionar importantes legislações e institutos jurídicos que surgiram no contexto desta conscientização de direitos experimentada, sobretudo, após a promulgação da Constituição Federal, destacamos o Código de Defesa do Consumidor, a criação dos Juizados Especiais (e, neles, a sua filosofia de simplificação das formas para alcançar-se de forma mais rápida, adequada e oportuna a prestação da tutela jurisdicional), toda a legislação que trata da defesa coletiva dos direitos (em especial, mas não exclusivamente, a parte específica do Código de Defesa do Consumidor e a Lei de Ação Civil Pública que, a despeito de anterior, tomou fôlego naquele contexto da conscientização dos direitos pela “Constituição-cidadã”) e a Lei de Arbitragem, inicialmente questionada perante o Supremo Tribunal Federal, mas que hoje representa uma

---

<sup>102</sup> A defesa coletiva de direitos, aliás, tem uma certa ligação com a tentativa de introdução da “súmula vinculante”.

importante, embora ainda pouco utilizada, alternativa para a solução de conflitos jurídico-sociais no Brasil<sup>103</sup>.

O Código Civil vigente desde 2003 também ensejou uma substancial modificação sócio-legislativa. A sua natureza social, inspirada nos modelos europeus do século XX (principalmente o italiano de 1942 e o português de 1966, mas não só estes) e ladeada com a propugnada efetividade material que se alicerça notadamente nos princípios da ética e da boa-fé, e os poderes que confere – como não antes – ao juiz trouxeram novos ares à sociedade brasileira.

No campo processual, também a década de 90 e daí em diante foi um período marcado por reformas legislativas, fossem elas de caráter inovador ou de aperfeiçoamento, tudo em nome da agilidade da tramitação do processo e no contexto do debate do formalismo processual, muitas vezes inadequado à finalidade do Poder Judiciário (ou, mais precisamente, do serviço por ele prestado).

---

<sup>103</sup> Vale citar as palavras de José Renato NALINI: “nos últimos 20 anos, o Brasil passou por muitas transformações: trocou a ditadura militar por uma democracia, cada vez mais sedimentada e vibrante; adotou uma nova Constituição, já emendada algumas vezes; abriu suas economias às importações e aos fluxos de capital estrangeiro; privatizou um sem-número de estatais; fez profundas reformas regulatórias, dos direitos do consumidor e da proteção ao meio ambiente às regras que norteiam a defesa da concorrência e a operação de serviços públicos; e assim por diante. O funcionamento do Estado brasileiro passou no mesmo período por mudanças igualmente significativas, adaptando-se ao novo quadro político e econômico. Ganharam poderes o Legislativo e os governos subnacionais, cujas atribuições e responsabilidades cresceram com o processo de democratização. De empresário e orientador do investimento privado, o Estado passou a regulador. Aumentaram as suas atividades na área social, em parte como reflexo de um continuado processo de urbanização e mudanças demográficas que vêm alterando o perfil etário de nossa população. Seria errado dizer que o Judiciário permaneceu alheio a tudo isso. Não foi esse o caso. Entre outras transformações, ele aumentou muito de tamanho, em termos de números de magistrados, de casos julgados e de seu orçamento, ganhando mais influência política, econômica e social, com suas decisões passando a ter um peso na vida da nação muito maior que há 20 ou 30 anos. Mas em vários aspectos a Justiça no Brasil mudou pouco. A formação de advogados e magistrados, as práticas gerenciais nos tribunais, os códigos de processo e vários outros elementos, que juntos ditam a forma de ser do Judiciário brasileiro, permaneceram praticamente inalterados, fazendo com que o Judiciário seja o único dentre os poderes do Estado que ainda não se adequou à modernidade e que não conseguiu responder satisfatoriamente à sobrecarga resultante de uma nova ordem constitucional, instaurada em 1988” (A Reforma da Justiça, in: Armando Castelar PINHEIRO (Org.), **Reforma do Judiciário: problemas, desafios e perspectivas**, Campinas, Booklink, 2003). Em nossa opinião, 2 (dois) pontos de reforma podem ser extraídos destas verdadeiras constatações: a formação do profissional da área do direito, sobre o que falaremos incidentalmente e a adoção da “súmula vinculante”, que é o tema central deste capítulo.

A antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional e a ação monitória (esta, registre-se, de pouca utilização em nosso meio forense) são exemplos de inovações legislativas ocorridas neste período.

A modificação do procedimento do recurso de agravo, bem como a possibilidade de comunicação de efeito suspensivo ou mesmo de antecipação dos efeitos da tutela no âmbito recursal, o regime de processamento de recursos especial e extraordinário quando interpostos contra decisões de conteúdo interlocutório e, entre outras, a modificação do procedimento dos embargos infringentes, bem como de seu cabimento, são exemplos outros de reformas processuais que pressupunham a melhora da prestação da tutela jurisdicional<sup>104</sup>.

A conseqüência<sup>105</sup> desta evolução histórico-legislativa que em rápidas linhas mencionamos – numa expressão, a era da conscientização dos direitos – é o aumento do nível de cidadania em nosso país.

Todavia, talvez não estivéssemos preparados para este fenômeno. Sobretudo os operadores do Direito, que não recebem, na sua formação acadêmica-profissional, ensinamentos de natureza preventiva, ou conciliatória

Com isto, significa dizer que a nossa vocação ainda é para o litígio e são poucos aqueles, entre advogados e juízes, capacitados para as soluções alternativas e, sobretudo, para o trabalho de natureza consultiva (aqui, claro, com a exceção dos magistrados, cuja atribuição lhes escapa), preventiva e de conciliação de interesses – talvez a forma mais adequada de pacificação de conflitos sociais.

---

<sup>104</sup> Merece atenção, para a presente reflexão, a possibilidade de relatores, em nossos Tribunais, decidirem isoladamente as causas de competência do Tribunal, notadamente no âmbito recursal.

<sup>105</sup> Ou terá sido sua causa? Dissemos conseqüência em primeiro lugar porque, sendo uma via de mão dupla na dialética da causa e da conseqüência, no particular, sobreleva notar que quanto mais causa se dá, maior grau de desenvoltura social (conseqüência) se atinge.

Cria-se, portanto, o seguinte cenário: de um lado, o jurisdicionado ciente de seus direitos e obrigações, procurando-os a todo custo e, de outro, no particular dos operadores do direito, uma grande deficiência em nosso ensino, que privilegia, quando não deveria, a busca quase incessante pelo litígio – sim, porque prepara profissionais para atuarem nesse contexto.

Todavia, se não fosse pouco, há um ingrediente indigesto: a morosidade do Poder Judiciário no Brasil – e aqui limitamo-nos a trazer o fato, que é conhecido, sem dirigirmos preocupação às causas, que são várias.

Assim, quanto mais consciente dos seus direitos seja o jurisdicionado, maior a tendência de que haja litígio, pois nossa formação é neste sentido. O ideal seria que da consciência de seus direitos decorresse também respeito aos alheios e que, cômico seja dos seus direitos como de seus deveres, tivesse o jurisdicionado – acima de tudo – a compreensão do que seja viver em sociedade e estivesse menos pré-disposto ao litígio, que, no Brasil, parece ter um gosto especial – amargo, embora, se em última análise observado.

Havendo mais litígios, mais moroso se torna o Poder Judiciário, criando um círculo vicioso que resulta na insatisfação da população e, pior, com o atributo negativo disto vir a significar, infelizmente, o descrédito àquela instituição que é um dos poderes constituídos da República.

Do ponto de vista econômico, não é demasiado lembrar, perdem-se investimentos e o capital estrangeiro escapa pelos dedos, enfraquecendo nosso país.

Claro que o assunto é demasiado grave e mereceria ser tratado de forma mais adequada e por quem tivesse mais conhecimento e, sobretudo, autoridade.

Seja como for, a nossa contribuição pelo menos servirá como um sinal de alerta, que em linguagem universal é conhecido pela sigla S.O.S.

A reforma cultural de nossa sociedade e, mais de perto, dos operadores do direito – bem como, neste particular, uma séria, profunda e compromissada reflexão acerca do ensino jurídico<sup>106-107</sup> no Brasil – bem poderiam ser soluções para estes problemas apontados.

---

<sup>106</sup> Sobre o assunto, em companhia de Joel de ANDRADE JUNIOR, escrevemos (excluídas as notas de rodapé) que “a desavisada proliferação de cursos jurídicos no Brasil revela uma situação tendenciosa. A despeito do gabarito e da qualificação técnica indispensável a que se exerça, no futuro, a essencialidade do art. 133 da CF/88, elegeu-se o critério do capital para a criação e manutenção de instituições de ensino jurídico em cujas quais a preocupação é apenas com a forma e não com o conteúdo do bacharelado. Em suma, é a mercantilização do ensino jurídico. Assiste-se hoje à criação e manutenção de Faculdades de Direito que, a par de não cumprirem requisitos mínimos para a saudável existência, alicerçam-se em festejado material de propaganda e divulgação com indubitosa captação de alunos, a quem começam a enganar agora e terminam no futuro, onde esse bacharel irá se deparar com um mercado competitivo, onde somente se sobressaem os mais preparados. Em que pese a lei conferir à Ordem dos Advogados do Brasil o dever de colaborar com o aperfeiçoamento dos cursos jurídicos e opinar, previamente, nos pedidos apresentados aos órgãos competentes para criação, reconhecimento ou credenciamento desses cursos (art. 54, XV da Lei Federal n.º 8.906/94), é esse preceito infelizmente preterido pelas determinações do Ministério da Educação. Por mais que a Ordem dos Advogados do Brasil se esforce para dar cumprimento a este dever que a lei, a um só tempo, lhe concede e impõe, seu trabalho de avaliação de cursos jurídicos a implementarem ou implementados, representa não mais que uma singela manifestação. A ela, infelizmente, não se vincula a decisão do Ministério da Educação, que pode ser de deferimento quando aquela outra fosse indeferitória. Por esta razão, o louvável trabalho da OAB perde-se no contexto final da avaliação de cursos jurídicos, valendo senão como material histórico por meio do qual haverá o registro de sua firme posição em evitar que o ensino jurídico venha a se denegrir no tempo. Hoje, em regime de progressão geométrica. A consequência desta profusão de cursos jurídicos dirige-se inevitavelmente ao inescandível despreparo dos operadores do direito, em especial, mas não exclusivamente dos advogados – sobre quem nos propusemos a falar.” (**Op. et. loc. cit.**, p. 57-58).

<sup>107</sup> Ainda sobre o ensino jurídico no Brasil, na oportuna proposta para a redução da carga horária da Câmara de Ensino Superior de Educação, escrevemos, ainda com Joel de ANDRADE JUNIOR: “não obstante a grave crise do ensino jurídico brasileiro seja reconhecida, declarada e repudiada pela Ordem dos Advogados do Brasil é negativamente surpreendente a proposta da Câmara de Ensino Superior do Conselho Nacional de Educação que, por meio do Parecer 0146/02, propõe (i) a redução de carga horária do curso de direito de 5 (cinco) para 3 (três) anos e (ii) a dispensa do acervo mínimo de 10.000 (dez mil) obras nas bibliotecas de faculdades de direito. Não causa apenas estranheza esta proposta, mas também irrita aqueles que vivem em função da Justiça, e também preocupa toda a sociedade que ficará à mercê de profissionais despreparados para defendê-la, para orientá-la e para outorgar-lhe a prestação jurisdicional, na importante atividade judicante. As próprias condições da Portaria 1.886/94 precisam ser revistas, quando mais dizer de uma proposta tão inoportuna como a de redução de carga horária e eliminação de acervo didático. É inadmissível a redução da duração do curso de direito de 5 para 3 anos, equiparando-o à carga horária dos cursos de Hotelaria, Turismo, Secretariado Executivo, Música, Dança, Teatro e Design, não porque estas carreiras não mereçam nosso respeito, mas porque aquela outra formará profissionais entre os quais, no que cabe dizer, essenciais à administração da Justiça. Evidente que são desiguais, em tudo e por tudo, profissionais egressos de um e de outros cursos. É manifestamente inconcebível reduzir a carga horária do curso de Direito. Tanto porque a atual, de 5 anos, já está ela mesma defasada e a reclamar imediata majoração. Não se deslembre que, no romper do século XXI, editamos um novo Código Civil cuja vigência iniciou-se em janeiro passado. E também não sejam desprezadas as tendências da era digitalizada. E, no mais, atente-se para a criação de novos ramos do direito, tendentes senão à socialização do direito (defesa da tutela coletiva, preocupação com o meio ambiente e valores



De qualquer forma, a adoção da “súmula vinculante” também.

### 1.3.2.1.III *Sistemas jurídicos correlatos: civil law e common law*

Os sistemas jurídicos da *civil law* e da *common law* assumem grande importância no cenário da “súmula vinculante”. Não tem a presente passagem, todavia, pretensão outra senão a de expor características gerais de um e outro sistemas, com ligeira opinião do candidato sobre o tema.

Em rápida, superficial – porém suficiente – análise, consigne-se que o sistema da *common law* (Estados Unidos da América e Inglaterra) é baseado em precedentes, tem na jurisprudência sua fonte formal e na lei a fonte secundária; a doutrina, lá, se faz pelo precedente; no sistema da *civil law* (Europa continental e Brasil), de tradição romano-germânica, a lei é a fonte primária de introdução das normas jurídicas.

Poder-se-ia ainda dizer que os sistemas da *common law* e da *civil law* possuem as seguintes características:

<i>Common Law</i>	<i>Civil law</i>
Estados Unidos da América, Inglaterra	Europa continental, Brasil

---

culturais, estéticos, paisagísticos e históricos), como também à constitucionalização do direito material e processual, tendência trazida a efeito pelo constituinte de 1988 na chamada Carta Cidadã. Esta nova era do direito exige a majoração da carga horária da Faculdade de Direito. Quando menos a sua manutenção, jamais, entretanto, a redução para 3 anos – reprovável sob todos os ângulos que se observe. O acadêmico de direito, nos três primeiros anos do curso, via de regra, mal tempo tem para um contato mais próximo com a Ciência do Direito, evidentemente. Quando muito, estes anos servem enquanto base para que os institutos comecem a ser tratados, para serem solidificados os conceitos. Some-se a isto a invariável circunstância da experiência de vida, se se considerar que o ingresso em curso superior pode ocorrer ainda com a menoridade legal, situação em que a jovem pessoa é nada mais que um precoce estudante. E por fim, para parar nestes entre outros tantos argumentos, a própria beleza histórica do bacharelado estaria sendo desprezada, sem que fosse dado tempo ao aluno de não apenas aproveitar o núcleo científico que a faculdade proporciona, mas de forma a se inserir no meio, com estágio e contato com outros colegas e na própria sociedade, quando em regra passaria a ter produtividade econômica. É de ser recusada a proposta de redução de carga horária (...)” (**Idem, ibidem**, pp. 58-61).

Jurisprudência é a fonte primária do Direito	Lei é a fonte primária do Direito
Antecede a separação de Poderes (concentração de atividades)	Regido pela separação de Poderes (distribuição de atividades)
Juiz cria o Direito	Juiz aplica a lei e os princípios
Legislador: técnico de gabinete	Legislador: profeta
Juiz: fonte criadora do Direito	Juiz: aplicação circunscrita à limitação da letra da Lei e do alcance dos princípios
Efeito vinculante para o precedente para as instâncias inferiores	Sem efeito vinculante, nem para o próprio juiz
Do caso concreto para os casos iguais	Do abstrato e geral para o caso concreto
Tende a ser continuista	Permite a evolução
Justiça	Legalidade
Prático	Teórico
Assistemático	Sistemático

Tais características dos sistemas da *civil law* e da *common law* pertencem a uma conceituação bastante rígida.

Hoje, sabe-se que um e outro sistemas estão sendo temperados, isto é, mantém sim suas características gerais mas começam a admitir uma indispensável flexibilização para que um novo modelo venha a ser constituído. A isto, dá-se o nome de evolução<sup>108</sup>.

---

<sup>108</sup> Observada, decerto, por Teresa Arruda Alvim WAMBIER quando trata do assunto inclusive dizendo que já fazemos uso desta mescla de sistemas: “o Brasil, então passaria a ter também nesse ponto um sistema misto, de inspiração romano-germânica e anglo-saxônica. Isto já ocorre em outros pontos, em que as inovações introduzidas pela Reforma se inspiram no sistema norte-americano, afastando-se do nosso modelo originário, por exemplo, no que tange às ‘class actions’ ou mesmo no que diz respeito à introdução, do art. 461 no CPC, relativo

Seja como for, pelo menos em linhas gerais, os sistemas mencionados possuem vantagens e desvantagens.

E no que diz respeito à nossa proposta, vejamos quais seriam as vantagens e as desvantagens da *common law*: a) como vantagens (i) a certeza da interpretação do direito, (ii) seu caráter prático, (iii) a reduzida possibilidade de decisões arbitrárias e (iv) o fato de que evita pessoalismo do juiz; b) como desvantagens (i) a falta de clareza e precisão, (ii) a estagnação do direito, (iii) a diminuição da liberdade do juiz e (iv) seu caráter assistemático.

Consideramos que ao juiz deva ser dado um papel diferente para cada sociedade, isto é, que realmente seja mais adequada a consolidação de um sistema jurídico que contemple prerrogativas e vantagens seja da *civil law*, seja da *common law* e que, d'outro lado, dispense os aspectos negativos de cada qual deles.

Nem tanto ao mar, nem tanto à terra, como de longa data vaticina o dito popular.

De fato, o juiz não pode ser apenas “a boca que pronuncia palavras da Lei”, na conhecida expressão de MONTESQUIEU<sup>109</sup>, mas também não pode indistintamente criar a ordem jurídica; o que pode e deve fazer é interpretar<sup>110</sup> a lei, que, entre nós, é a fonte máxima do direito, de forma o mais eficaz possível.

---

às ações cujo objetivo é dar cumprimento às obrigações de fazer e não fazer, também fortemente inspirado nas astreintes do direito francês.” (Súmula vinculante: desastre ou solução?, in: **Revista de Processo – REPRO**, nº 98, São Paulo, Revista dos Tribunais).

<sup>109</sup> MONTESQUIEU ?

<sup>110</sup> Interessantes decisões dos nossos Tribunais Superiores sobre o assunto foram colacionadas por Theotônio NEGRÃO em seu essencial **Código de Processo Civil e legislação processual civil em vigor** (34ª ed. rev. e atual., São Paulo, Saraiva, 2002, p. 224, n. 1, 1a e 1b, ao art. 126): “(i) Não pode o juiz, sob a alegação de que a aplicação do texto da Lei à hipótese não se harmoniza com o seu sentimento de justiça ou equidade, substituir-se ao legislador para formular ele próprio a regra de direito aplicável. Mitigue o juiz o rigor da Lei, aplique-a com equidade e equanimidade, mas não a substitua pelo seu critério (STF-RBDP 50/159 e AMAGIS

### 1.3.2.2 Argumentos favoráveis e contrários à adoção da “súmula vinculante”

Na doutrina, encontramos vários defensores da adoção da “súmula vinculante” no Brasil, dentro os quais cumpre destacar ANDRÉ RAMOS TAVARES, ALFREDO BUZUID, CANDIDO RANGEL DINAMARCO, CARLOS AURÉLIO MOTA DE SOUSA, CARREIRA ALVIM, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, CARLOS MARIO DA SILVA VELLOSO, IVES GANDRA DA SILVA MARTINS, JOSÉ AUGUSTO DELGADO, JOSÉ ANCHIETA DA SILVA, MIGUEL REALE, RAUL HORTA MACHADO, SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, SAULO RAMOS, SEPÚLVEDA PERTENCE e TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER.

Os argumentos mais utilizados por aqueles que defendem a adoção da “súmula vinculante” no Brasil são (i) a certeza<sup>111</sup> do direito, na tradução do princípio da segurança jurídica, (ii) a verificação das decisões iguais para casos iguais, na consecução do princípio da isonomia<sup>112</sup>, (iii) a efetividade da prestação da tutela jurisdicional e (iv) o

---

8/363); (ii) A figura do ‘judge made law’ é incompatível com a tripartição do Poder, pois gera o arbítrio do Judiciário, a par de invadir a esfera legiferante, atribuição de outro Poder (...) Onde irá a certeza do direito se cada juiz se arvorar em legislador? (RT 604/43); (iii) A melhor interpretação da Lei é a que se preocupa com a solução justa, não podendo o seu aplicador esquecer que o rigorismo na exegese dos textos legais pode levar a injustiças (RSTJ 4/1.554 e STJ-RT 656/188); (iv) A interpretação das leis não deve ser formal, mas sim, antes de tudo, real, humana, socialmente útil. (...) Se o juiz não pode tomar liberdades inadmissíveis com a lei, julgando ‘contra legem’, pode e deve, por outro lado, optar pela interpretação que mais atenda às aspirações da Justiça e do bem comum. (Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, in: RSTJ 26/378; a citação é da p. 383.” (v) A interpretação meramente literal deve ceder passo quando colidente com outros métodos exegéticos de maior robustez e cientificidade. (RSTJ 56/152).”

<sup>111</sup> “Antes jurisprudência errada, mas uniforme, do que jurisprudência incerta” – ensina Roberto ROSAS – “porque diante de jurisprudência uniforme cada um sabe com o que pode contar; diante de jurisprudência incerta, ninguém está seguro do seu direito” (**Direito Sumular – Comentários às súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça**, 13ª ed., São Paulo, Malheiros, 2006).

<sup>112</sup> Roberto ROSAS (**Idem, ibidem**), citando José Alberto dos REIS, destaca no seguinte sentido: “que adianta a lei ser igual para todos se for aplicada de modo diferente a casos análogos?”

preenchimento do vazio gerado pelo sistema jurídico brasileiro, em que a súmula seria a ponte entre a lei abstrata e a decisão concreta.

Abraçando senda oposta, contrários à adoção da “súmula vinculante” no Brasil temos DALMO DALLARI, DJANIRA MARIA RADAMÉS DE SÁ, EVANDRO LINS E SILVA, JOSÉ CELSO DE MELLO FILHO, LENIO STRECK, bem como a posição consolidada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

Os argumentos mais utilizados por aqueles que são contra a adoção da “súmula vinculante” no Brasil são (i) a afronta à separação de Poderes, (ii) a perda de independência do juiz, (iii) a petrificação do direito, (iv) a violação ao juiz natural, (v) a incompatibilidade com o nosso sistema, (vi) o descompromisso com a legalidade e com a legitimidade e (vii) a violação ao princípio do contraditório.

Como defensores da “súmula vinculante”, passaremos a tratar dos principais pontos contrários que comumente são expostos por aqueles que entendem ser incabível, em nosso sistema, sua implantação e agora, utilização e manutenção no sistema jurídico brasileiro. Os demais, inclusive porque com eles relacionados, não nos parecem relevantes à contrariedade: são frágeis, pensamos.

### 1.3.2.2.1 A afronta à separação<sup>113</sup> de Poderes<sup>114</sup>

O questionamento feito à luz da separação de Poderes, no contexto da adoção da “súmula vinculante”, refere-se à possibilidade – indesejada, diga-se desde logo – do Judiciário passar a legislar, se lhe fosse possível proferir julgamentos dotados daquele atributo.

Isto é: o juiz, proferindo decisões com força vinculante, estaria legislando e, com isto, ultrajando a separação de Poderes?

Não pensamos assim.

A sociedade exige uma evolução constante de raciocínios e de conceitos. Ninguém poderia negar a existência da separação de Poderes.

O que se pede é que não haja uma estagnação conceitual da teoria clássica de Montesquieu, porquanto nada deva ser considerado como “absoluto”: o Estado-juiz precisa acompanhar as modificações sociais e dar-lhes respostas efetivas. Parece-nos inconcebível deixar o Judiciário à margem destas evoluções.

---

<sup>113</sup> Na opinião de Teresa Arruda Alvim WAMBIER (*Op. et. loc. cit.*): “(...) a separação de poderes pode existir, sem ser absoluta. De fato suas feições definitivas dependem de como venha a ser prevista pelo sistema jurídico positivo de um país e não deve necessariamente ter as feições que tinha quando concebida pelos filósofos cujas idéias estavam por trás do movimento revolucionário na França, notadamente Montesquieu. Não nos parece, portanto, que a separação de poderes passaria a deixar de existir com a adoção da súmula vinculante. Assim como não se pode dizer terem deixado de existir os princípios da isonomia e da legalidade em função da circunstância de o sistema atual possibilitar que haja decisões totalmente diferentes para situações fáticas absolutamente idênticas.”

<sup>114</sup> Segundo Djanira Maria Radamés de SÁ, “na hipótese da súmula vinculante, no entanto, o poder legislativo do Judiciário torna-se mais abrangente que o atribuído àquele que exerce a função de forma preponderante; norma de caráter geral mais poderosa que a regra legislada é criada, posto que praticamente insuscetível de discussão.” (**Súmula vinculante: análise crítica de sua adoção**, Belo Horizonte, Del Rey, 1996). Pensamos de modo diverso. O Judiciário, para formular um enunciado sumular, terá analisado uma lei de produção do Legislativo; neste exame, levará em consideração a sua constitucionalidade e a afinidade com o sistema jurídico, de acordo com as demais regras existentes. A discussão que deve haver no primeiro caso terá antecedido a formação da súmula, no segundo.

É claro que o juiz e o legislador precisam ter funções sobremaneira distintas e é claro que nenhum deles pode adentrar à esfera de atuação do outro, sob pena, aí sim, de violação ao princípio constitucional da separação tripartida de poderes.

O magistrado<sup>115</sup> deve aplicar, e não criar a lei. Todavia, não se pode ignorar que, ao julgar, nada mais estará fazendo o juiz senão aplicar a lei ao caso concreto.

O legislador, todavia, é abstrato. O trabalho dele antecede ao trabalho daquele, pelo menos em regra. Disto resulta que o juiz deva ser imparcial, porque não pode levar em consideração aspectos de natureza abstrata. Já o legislador é parcial, porquanto atua no campo do abstrato, e trabalha para favorecer a sociedade naquilo que supõe seja do interesse comum.

Afirma-se, com apoio em OSCAR DIAS CORREA, que não há interferência do Judiciário no Legislativo, se adotar-se a “súmula vinculante”, porque nada impediria que, mesmo sumulada, uma matéria fosse objeto de novo processo legislativo. Ou seja: o juiz aplica, num exercício de profunda interpretação, a lei e sumula um entendimento que esteja pacificado e o legislativo, a tempo e modo, estará sempre livre para editar novas leis que serão, tal como aquelas, objeto de julgamento, quando necessário.

---

<sup>115</sup> É premissa do nosso raciocínio deduzido neste tópico, todavia, o conteúdo do art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil: “Art. 5º. Na aplicação, da Lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.”

### 1.3.2.2. II A perda de independência do juiz<sup>116</sup>

O risco da perda de independência do juiz de direito, utilizado por muitos como óbice à instituição da “súmula vinculante”, para nós é nenhum<sup>117</sup>.

O julgador continuará exercendo seu mister com a liberdade de atuação inerente ao cargo que ocupa, de cuja natureza se extrai a excelência (que, em tudo e por tudo, deve ir além do pronome de tratamento para se transformar em verdadeiro adjetivo à função judicante). Isto não significa, evidentemente, que sua atuação possa ser indiscriminada, absoluta, majestosa, a ponto de não seguir um posicionamento já consolidado por aqueles Tribunais aos quais caiba o exame final da matéria que estaria julgando<sup>118</sup>.

---

<sup>116</sup> Merece registro a manifestação de J. J. Calmon de PASSOS sobre futuro que projeta para a função judicante no Brasil: “o juiz do futuro será um juiz participante: nem neutro nem engajado. Não é neutro, porque não vive a ideologia de que na lei está todo o Direito, só lhe cumprindo revelar ou detectar a vontade do legislador. Não é engajado, porque descomprometido com qualquer ideologia oficial. Mais representativo da comunidade do que delegado do Poder. Até certo ponto, um juiz legislador, porque com poderes normativos, mas precipuamente um magistrado, visto como disciplinará, tendo em vista o embate dialético dos interesses em conflito no processo, que deverá ser largamente participativo, mas submetido, em seu desenlace, aos grandes princípios postos pelo legislador maior, mandatário do povo como sociedade política global. Assim, o processo se fará ao mesmo tempo jurisdicional e legislativo, pondo-se como momento intermediário entre a formulação das linhas mestras da convivência social e a exigência da disciplina das contingentes e mutáveis relações dos grupos e comunidades no seio da sociedade política.” (Administração da justiça no Brasil: visão para além do imediato, in: MOREIRA, José Carlos Barbosa (Org.), **Estudos de Direito Processual em Homenagem a José Frederico Marques**, São Paulo, Saraiva, 1982).

<sup>117</sup> A opinião do Ministro Carlos VELLOSO, defensor da “súmula vinculante”, merece atenção; aqui, tanto pelos eruditos conhecimentos de sua Excelência, quanto pelo aspecto testemunhal que, deliberadamente, se lhe impôs: “argumentam seus opositores – os da “súmula vinculante” – com a falácia de que a súmula retiraria a independência dos juízes de 1º Grau. Registre-se, todavia, que a súmula vinculante interessa pouco aos juízes. Fui juiz de 1º Grau e sei como se comportam os magistrados, a maioria interessada em resolver rapidamente e racionalmente as questões. Os juízes, de modo geral, quando vão proferir sentença, o que fazem, primeiro, é pesquisar jurisprudência, acompanhando-a, de regra. E se um ou outro deixa de aplicar entendimento consolidado nos Tribunais, cria simplesmente esperanças vãs, por isso que a decisão acabará sendo reformada.” (Poder Judiciário: controle externo e súmula vinculante, in: **Revista do Advogado**, n.º 75, São Paulo, AASP). No mesmo sentido desta afirmação do Ministro Carlos VELLOSO, não se perca de vista, inclusive, que em vários julgamentos proferidos no Supremo Tribunal Federal é comum que o julgador curve-se à decisão já consolidada pela maioria, acatando-a, mesmo que dela discorde. O importante canal TV Justiça, ao pioneira e acertadamente transmitir julgamentos realizados pelo Supremo Tribunal Federal, mostra à sociedade como aqueles ministros se portam frente a este assunto. No dia a dia, por exemplo, é comum observar o Ministro Marco Aurélio MELLO esclarecer que, quando vota como relator de um processo, adota entendimento consolidado pelo Tribunal; do contrário, quando apenas integra o julgamento, às vezes, até mantém seu ponto de vista posto saber, ao fim e ao cabo, que seu entendimento restará mesmo vencido; porém, ficará registrado. Trata-se, segundo pensamos, de um expediente comum apenas aqueles que, como sua Excelência, inserem-se no contexto e não como o centro do Judiciário.

<sup>118</sup> Em sentido mais ou menos próximo, confira-se a lição de Diomar Bezerra LIMA (Súmula vinculante: uma necessidade, in: **Revista de Processo – REPRO**, n.º 106, São Paulo, Revista dos Tribunais), para quem “o



Antes pelo contrário.

Muito antes de ser apontado como óbice à instituição da “súmula vinculante”, o papel do magistrado no contexto da estrutura do Poder Judiciário brasileiro deveria ratificar sua adoção.

As facilidades geradas pela *internet* em nossa sociedade permitem ao juiz – e a qualquer pessoa – identificar como determinada questão ou assunto vem sendo resolvida pelo Judiciário brasileiro.

Qualquer juiz, como qualquer advogado, pesquisa decisões judiciais a respeito da matéria sobre a qual deva se manifestar para proferir suas decisões ou para apresentar seus argumentos.

O precedente jurisprudencial, quanto mais quando sumulado, assume – senão formal, pelo menos informalmente – substancial importância para a sorte de um processo: é bem provável que a decisão pertencente à jurisprudência de um Tribunal seja adotada quando da prolação de outras decisões, sobretudo quando objeto de verbete sumular – e inserido na súmula vinculante, já citada.

Deixar de seguir aquele posicionamento, gratuitamente, é não apenas criar falsas expectativas ao jurisdicionado, como adverte CARLOS VELLOSO, como prolongar um conflito já existente quando, na verdade, o papel do Estado seria o de pacificá-lo o quanto antes.

E não apenas.

---

perigo do livre arbítrio judicial é cada vez mais patente em nossos dias como decorrência natural da multiplicidade de juízes, fazendo surgir a possibilidade de soluções contraditórias para casos iguais. O lógico e razoável é que, para todo o território submetido à mesma soberania, a solução judicial seja a mesma para casos iguais ou semelhantes. Se assim não acontece, comprometido resultará decerto o valor da segurança que todo sistema jurídico deve proporcionar à sociedade.”

Caminharíamos em sentido oposto a todos os ensinamentos da moderna concepção do processo civil, enquanto meio e não fim em si mesmo: se não fosse imposto o “efeito vinculante” às súmulas, a pretexto de uma maior liberdade funcional do juiz – ou, na contrária, para não afetar a sua independência – a possibilidade de uma decisão conflitante levaria a parte a discutir apenas o “processo”, desesperadamente tentando levar a causa ao conhecimento nem sempre fácil dos Tribunais Superiores e do Supremo Tribunal Federal

O que se pretende dizer é que a parte pode perder uma causa cuja tese jurídica já esteja consolidada em sentido favorável à sua pretensão por questões de natureza meramente processuais, *v.g.*, por não conseguir a subida do especial ou do extraordinário<sup>119</sup>, como em regra soe acontecer na prática do dia-a-dia.

---

<sup>119</sup> Não é surpresa para ninguém o alto índice de não admissão de recursos dirigidos às Instâncias Superiores, técnicos por excelência. É comum ouvir reclamações no sentido de que são criadas verdadeiras armadilhas aos advogados para que os seus recursos (especial e extraordinário) não sejam conhecidos. Estas reclamações podem até proceder, mas apenas em parte. Lembramos aqui o lamentável episódio da certidão de intimação do acórdão objeto de recurso especial ou extraordinário que, a despeito de não ser dada como obrigatória em lei, propiciou o não conhecimento de grande quantidade de recursos. No âmbito do Supremo Tribunal Federal, todavia, a sempre eloqüente voz do Ministro Marco Aurélio MELLO assentou em voto que a adoção daquela prática equivaleu à modificação da regra no curso do jogo. Mas o outro lado também deve ser observado. Grande parte das decisões que negam seguimento a recursos dirigidos aos Tribunais Superiores decorrem do despreparo do profissional que os elaborou. Por isto, já defendemos, juntamente com Joel de ANDRADE JUNIOR, a limitação do exercício profissional da advocacia perante os Tribunais Superiores – tema que, *de lege ferenda*, trataremos nesta dissertação: “sabe-se que, sobretudo no acesso recursal à instância superior, são inúmeras as dificuldades para o processamento das medidas intentadas pelas partes. Não seria demais dizer, nesse sentido, que uma boa parte das decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, no particular, acabam esbarrando em óbices processuais, dos quais muitos já expressos em verbete da súmula da jurisprudência de cada uma daquelas cortes. Embora muita crítica haja em relação à progressiva sistemática de inadmissão de recursos aos Tribunais Superiores – às vezes chegando mesmo ao absurdo de modificação das regras do jogo como no episódio das peças de traslado para a formação de instrumento de agravo denegatório –, devemos de igual forma registrar que também uma boa parte dos recursos dirigidos a esses Tribunais pecam em sua elaboração e deixam de cumprir requisitos de admissibilidade. Em razão desses e outros fatores de igual relevância, entendemos que o advogado que pretenda exercer seu ofício nos Tribunais Superiores deva cumprir requisitos objetivos, qual sejam a idade de 35 anos ou mais, o exercício de pelo menos 10 anos de advocacia, suprido se egresso de Ministério Público ou Magistratura em igual período e aprovação em exame específico para esta finalidade, a ser conduzido pelas subseções da Ordem dos Advogados do Brasil por delegação do Conselho Federal.” (Op. et. loc. cit.)

ANDRÉ RAMOS TAVARES<sup>120</sup> trata muito bem do assunto, conseguindo demonstrar que, realmente, o risco da perda da independência do juiz, se adotada a “súmula vinculante”, será nenhum:

“(…) outro ponto a ser devidamente ponderado, portanto, diz respeito à suposta retirada de autonomia do restante do Judiciário pela adoção das súmulas vinculantes dos tribunais superiores. É que, assim como a lei, a súmula seria de aplicação obrigatória pelos magistrados. Contudo, há de se objetar aqui essa posição, lembrando-se que: a) ao magistrado sempre restará avaliar se aplica ou não uma dada súmula a um determinado caso concreto ( a operação de subsunção há de ser feita também aqui), o que amplamente é reconhecido nos precedents do Direito norte-americano; b) de outra parte, também a própria súmula é passível de sofrer uma interpretação, porque vertida em linguagem, tal qual as leis em geral”<sup>121-122</sup>.

Como ele, ROBERTO ROSAS também expressa opinião incontestável ao assunto, tratando de demonstrar que o risco da perda da independência do juiz não existe, adotada a “súmula vinculante”:

---

<sup>120</sup> Nesse sentido, mister se faz levar em consideração, todavia, sua advertência, segundo a qual o que se critica é o odioso ‘crime de hermenêutica’, previsto em projetos em tramitação no Congresso Nacional. Realmente, nessa fase de nossa estrutura social, imputação desta natureza representaria um odioso e indesejado retrocesso: o chamado crime de hermenêutica não merece mais do que o registro no lado negro de nossa história institucional. Ele não apenas retira a independência do juiz, como e mais afronta a profissão do magistrado e a dignidade da pessoa (humana) do juiz

<sup>121</sup> No mesmo sentido, e com anotações suplementares, Teresa Arruda Alvim WAMBIER, que pondera: “haverá súmulas erradas? Talvez. Haverá súmulas inconstitucionais? É provável. Ao juiz caberá não aplicá-las, se demonstrar que a situação de fato em que incide aquela súmula não é igual à dos outros; ao juiz caberá também recusar seu cumprimento, se a entender inconstitucional. Isto já ocorre com textos de lei infraconstitucionais.” (**Op. et. loc. cit.**)

<sup>122</sup> Depois desta explicação de André Ramos TAVARES, causa ainda mais espécie o risco antevisto por João Carlos Pestana de Aguiar SILVA que, apesar de integrante do órgão de cúpula do Judiciário carioca, disse que: a pretensão eficácia vinculativa ou vinculante das projetadas súmulas, a serem produzidas pelas Cortes Superiores Federais, notadamente com força de lei sobreposta à própria lei nova e como meio de redução da plethora de demandas nos tribunais, será a todo tempo por nós combatida como um temerário instrumento de retrocesso jurisprudencial, convertendo juízes monocráticos em medíocres amanuenses carimbadores, progressiva e preguiçosamente acomodados e despreparados para sua constante assessoria jurisdicional aos Tribunais ad quem e ascensão na carreira ao degrau destinado à formação dessas próprias súmulas (**Op. et. loc. cit.**). Impressiona, já à primeira vista, o argumento de que se o juiz passou a vida inteira “aplicando” a súmula, quando chegar a sua vez de elaborá-la não saberá com fazê-lo. Todavia, por tudo o que foi dito por André Ramos TAVARES, Roberto ROSAS, pelos Ministros Carlos VELLOSO e Marco Aurélio MELLO, ambos do Supremo Tribunal Federal e, por fim, por nós, é fácil perceber que deste risco não padecerá o juiz e nem tampouco a magistratura brasileira, sobretudo porque o juiz deve “manter conduta irrepreensível na vida pública e particular” (Lei Orgânica da Magistratura, art. 35, VIII), ou seja, não se lhe permitirá a acomodação sobredita, e nem muito menos o abandono à técnica e à ciência jurídica, de cujo estudo se ocupará de mantê-lo sempre ativo. Não nos parece que a alta vocação judicante permita ao magistrado, que tanto estuda no seu dia a dia – antes do ingresso à concorrida carreira, inclusive –, abandonar seus horizontes qualificados pela excelência que, como dissemos acima, não pode ser um mero pronome de tratamento. E, como bem advertiu Roberto ROSAS, tratará ele – com tempo, inclusive – de questões novas, de lei novas – e não se deslembre o quão intensa é a produção legislativa neste país que, até na forma mais excepcional (medida provisória) é (infelizmente) usual.

“(…) há conteúdo compulsório em tudo isso, e, portanto, obediência a essas decisões, por todos os níveis. Dirão: mas há liberdade do juiz em decidir! Verdade. Mas o verbete de uma súmula somente será decisivo depois de muito debate; por isso, foi sumulado. A liberdade judicial, apanágio do estado democrático, dirige-se a novas questões, a novas leis, a tema em aberto. Aí sim, o juiz, com sua livre decisão, prestará notável serviço à Justiça”<sup>123</sup>.

### 1.3.2.2.III **A incompatibilidade com o nosso sistema**

Quando tratamos dos sistemas jurídicos da *civil law* e da *common law* – este mais afinado com a “súmula vinculante” –, deixamos claro que a evolução cuidou de temperar a rigidez das características de cada um deles.

Rogávamos, outrossim, pela constituição de um novo modelo jurídico, que pudesse flexibilizar (para usar uma palavra tão em moda hoje em nosso processo civil) o conceito de cada um deles.

As características da *civil law* e da *common law* vêm sendo temperadas em nome de uma nova era do Direito, para que ele se aproxime o quanto mais possível da Justiça e seja o quanto mais possível eficaz (no tempo e no espaço) à sociedade, razão final da sua existência.

A sociedade não é refém do Direito ao ponto de se objetar a “súmula vinculante” ao sistema jurídico da *civil law* pela incompatibilidade com os seus atributos e características principais.

Na verdade, se a adoção deste ou de qualquer instituto for positiva e trouxer benefícios para a sociedade, nenhuma consideração técnica-acadêmica, como esta, poderia servir de óbice para o aprimoramento do Direito.

---

<sup>123</sup> **Op. et. loc. cit.**

É por isto que a recusa da “súmula vinculante” pelo fundamento da inadequação ao nosso sistema (*civil law*) não merece procedência: temperem-se suas características, então, porque ficar presos aos conceitos estáticos já foi visto é a pior escolha no contexto de uma avaliação social.

Ora, o Direito deve servir a sociedade, nunca prejudicá-la.

### 1.3.2.3A “súmula vinculante” no contexto do Código de Processo

#### Civil vigente.

O Código de Processo Civil contempla a possibilidade de serem proferidas decisões com bases em precedentes – o que, reiteramos, merece a crítica anteriormente copiada de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, à vista e quando da falta de regulamentação do instituto.

No conflito de competência, o parágrafo único do art. 120 do aludido diploma codificado, estabelece que:

“Art. 120 – (*omissis*)

Parágrafo único – Havendo jurisprudência dominante do tribunal sobre a questão suscitada, o relator poderá de plano decidir o conflito de competência, cabendo agravo, no prazo de cinco dias, contado da intimação da decisão às partes, para o órgão recursal competente”.

No reexame necessário<sup>124</sup>, o § 3º do art. 475 do Código de Processo Civil, prevê que:

---

<sup>124</sup> Sem o propósito de discutir a natureza jurídica do reexame necessário, apenas registramos nossa contrariedade à manutenção do pouco eficaz e historicamente ditatorial instituto no Brasil; segundo pensamos, não há necessidade da adoção deste instituto no processo civil brasileiro e, portanto, *de lege ferenda*, deveria ser abolido. Recente etapa reformista, do Código de Processo Civil teve a oportunidade para fazê-lo, mas preferiu

“Art. 475 – (*omissis*)

§ 3º – Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente”.

Em sentido bastante próximo do que se propugna – a adoção, em certa dose, da “súmula vinculante” no contexto, do Código de Processo Civil – é ainda destacável a regra inerente ao processamento da declaração de inconstitucionalidade por meio do controle incidental na forma do parágrafo único, do seu art. 481, onde:

“Art. 481 – (*omissis*)

Parágrafo único – Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a argüição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão”.

É bem verdade que, aqui, dá-se uma extensão ao instituto mas, no fim e ao cabo, não deixa de ser uma vinculação às decisões proferidas sobre determinado tema.

Também nesta linha paralela de identidade, a própria uniformização de jurisprudência pode ser mencionada como mais um instituto processual civil que impõe dever de vinculação às decisões proferidas anteriormente.

Nesse sentido, o art. 478 do Código de Processo Civil estabelece que:

“Art. 478 – O tribunal, reconhecendo a divergência, dará a interpretação a ser observada, cabendo a cada juiz emitir o seu voto em exposição fundamentada”.

A partir da uniformização, todos os julgamentos havidos naquele Tribunal deverão obedecer aquele entendimento.

---

apenas limitar sua incidência e regulamentar o processamento (Lei 10.352/01). Cumpre mencionar que, no âmbito do Juizado Especial Federal, já não existe previsão legal para o reexame necessário.

No título dedicado aos recursos, podemos encontrar vários dispositivos que tangenciam a adoção da “sumula vinculante” – sempre mantida, reitere-se, a crítica de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA.

O inciso I do art. 527 do diploma processual civil estabelece que o relator de agravo de instrumento *negar-lhe-á seguimento, liminarmente, nos casos, do art. 557.*

O mencionado art. 557, por sua vez, dispõe que:

“Art. 557 – O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior”.

Ato contínuo, o § 1º-A estabelece que:

“§ 1º-A – Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso”.

Em igual sentido, a regra da primeira parte do § 3º do art. 544 do Código de Processo Civil (aplicável também ao agravo contra decisão de inadmissão de processamento de recurso extraordinário, exceto *quando, na mesma causa, houver recurso especial admitido e que deva ser julgado em primeiro lugar*”, por força do § 4º, do mesmo dispositivo), segundo a qual:

“Art. 544 – (omissis)

§ 3º – Poderá o relator, se o acórdão recorrido estiver em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, conhecer do agravo para dar provimento ao próprio recurso especial (...)”.

Percebe-se a adoção de “efeito vinculante” para decisões jurisprudenciais, mesmo não sumuladas, em diversas passagens do Código de Processo Civil, lei meramente ordinária da esfera federal.

A pergunta que até 2004 se fazia era a seguinte: por que não, a sério, introduzir por meio de emenda constitucional o regramento da “súmula vinculante” no Brasil?

E a resposta, até dezembro daquele ano era que talvez o que à época impedisse esta tomada de posição fosse o medo, inerente às novidades e o descrédito no instituto, no sentido de que já vinha sendo questionado se realmente proporcionaria um processo mais rápido.

Para tais restrições, temos estas respostas: (i) o medo deve ser corajosamente, porém não aleatoriamente, enfrentado e (ii) o descrédito na rapidez decorrente da adoção da “súmula vinculante” pode ser objetado por um outro atributo do instituto, que é a segurança jurídica. Assim, ainda que não se consiga um processo mais rápido com a introdução da “súmula vinculante” no ordenamento jurídico brasileiro, não se pode menosprezar que, da mesma ou até maior importância que a celeridade processual – que depende também da simplificação das formas, de ajustes recursais e dependia, sobretudo, da reforma mais que urgente do processo de execução, no campo processual; de uma reforma absoluta da mentalidade dos operadores do Direito, sob o ponto de vista social e, entre outros, de uma reformulação da estrutura do Poder Judiciário, até mesmo com revisão de temas relacionados à Lei de Responsabilidade Fiscal, na sede legislativa – há o atributo da segurança jurídica ínsito à “súmula vinculante”.

Em dezembro de 2004, veio à *lume* a Emenda Constitucional n.º 45, cujo teor, dentre outras tantas inovações, introduziu no seio da Constituição Federal o art.



103-A, versando exatamente sobre a possibilidade de aprovação, pelo Supremo Tribunal Federal, de súmula de efeitos vinculantes.

#### **1.3.2.4A disciplina da “súmula vinculante” fora do Código de Processo Civil: a Emenda Constitucional n.º 45/2004 e a Lei Federal n.º 11.417/06**

Diversos são os Regimentos Internos de Tribunais que, no âmbito do processamento de causa de competência originária ou de competência recursal, tratam da adoção do efeito vinculante a decisões jurisprudenciais, mesmo quando não sumuladas.

Além disto, também a legislação federal infraconstitucional já vem tratando do tema há muito tempo.

Conhecidos, uns e outros, não trataremos deles neste estudo, mas sim, como já deixamos entrever, passaremos, ainda que superficialmente, sobre o tratamento constitucional da súmula vinculante.

Acreditamos que a adoção da “súmula vinculante” possa ajudar a melhorar a entrega da prestação da tutela jurisdicional. A certeza da decisão, aliada ao menor tempo<sup>125</sup> necessário para se atingi-la, dentro de um sistema processual que contempla o mais

---

<sup>125</sup> A só introdução da “súmula vinculante”, todavia, poderá não ser fator decisivo para a diminuição do tempo de tramitação processual. É bem lançada a inteligente advertência de João Carlos Pestana de Aguiar SILVA (**Op. et. loc. cit.**), para quem “a tal crença podemos contrapor a de, na maioria das vezes, obstinadamente entenderem, os potenciais litigantes e os respectivos advogados, haver peculiaridades, na específica hipótese in concreto de cada qual, a afastá-la da rigidez inevitável e conseqüente incidência da súmula. E só após a tramitação da controvérsia por todos os graus de jurisdição e esgotados todos os recursos, que se chegará ao resultado positivo ou negativo.” Para objetar a adoção da “súmula vinculante” no ordenamento jurídico brasileiro, desta feita contestando um dos seus motivos – a entrega mais rápida possível da tutela jurisdicional – o desembargador carioca argumenta que a discussão morosa, ainda, passaria a ser sobre a incidência ou não da súmula no caso concreto. Por isto é que dissemos que a introdução da “súmula vinculante” é um entre os passos

amplo contraditório, mercê da natureza do nosso Estado, são fatores que, sem dúvida alguma, dependem da tomada desta decisão – e, além desses atributos, um outro de igual importância, mas de outra natureza: a eliminação de casos repetitivos – no mais das vezes, cansativamente repetitivos –, com grande participação estatal neste cenário.

É hora de se dar um passo importante na estrutura do Poder Judiciário brasileiro.

A tão proclamada, falada e criticada “Reforma do Judiciário” enfrentou sem medos a questão da “súmula vinculante”. Será ela um remédio para todos os nossos problemas? Evidente que não<sup>126</sup>. Mas é preciso sonhar e acreditar. É preciso perseguir o sonho. É preciso torná-lo, como de fato, realidade<sup>127</sup>.

Em nossa opinião, a adoção da “súmula vinculante”, ao lado de medidas outras – como a reeducação cultural dos profissionais de carreiras jurídicas<sup>128</sup> e a

---

necessários para uma melhor qualidade da prestação da tutela por meio do Judiciário. Um outro atributo deveras importante, no particular, é de natureza cultural: de nada adiantaria, é verdade, substituir o foco da decisão e continuar com um processo moroso; por isto, aos operadores do Direito em geral e à sociedade, também, caberá uma mudança comportamental já sugerida, em que se troque o litígio pelo consenso e onde não haja espaço para recalcitrâncias gratuitas. Certamente o legislador saberá como reprimir abusos e protelações indevidas, consistentes em discussões infundadas sobre a aplicação ou não da súmula no caso concreto; aliás, o próprio processo civil de hoje já contempla punições que seriam eficientes para aquelas hipóteses – entre elas, v.g., o instituto do *contempt of court*.

<sup>126</sup> Flávio Luiz YARSHELL anotou que “a capacidade desse instrumento de reduzir o número de recursos já foi posta em dúvida, ao argumento de que, quando editada a súmula, os recursos já se encontrariam pendentes e, portanto, não haveria como fugir do dispêndio de tempo e de energia para o respectivo julgamento. A objeção procede em parte: a experiência mostra que, em muitos casos (como na exigência de tributos ou no dever de pagar indenizações) a Administração afoga o Poder Judiciário com importante volume de recursos que se batem por uma mesma e superada tese de direito. Assim, de um lado a súmula é apta a inibir a interposição de novos recursos e, mesmo com relação àqueles já interpostos, a vinculação poderá agilizar o julgamento dos inconformismos pendentes (seja qual for a instância). É preciso, nesse particular, que os tribunais estaduais e federais, considerando a repetição que aí se encerra, animem-se a aumentar o volume de julgamento de recursos, mediante a racionalização de seu trabalho e aplicação das súmulas.” (A reforma do Judiciário e a promessa de ‘duração razoável do processo, in: **Revista do Advogado**, n.º 75, São Paulo, AASP).

<sup>127</sup> Sálvio de Figueiredo TEIXEIRA, encerrando seu artigo já mencionado (**Op. et. loc. cit.**), conclui que “a transformação do Judiciário brasileiro é tarefa complexa e difícil, especialmente porque, além de interesses que eventualmente serão contrariados, os vícios e as anomalias vêm de séculos. Mas é viável e imperiosa. Se quisermos todos, poderemos realizá-la, com determinação e idealismo. A mesma determinação e o mesmo idealismo que de tempos em tempos têm mudado os horizontes do mundo em que vivemos.”

<sup>128</sup> Pedro da Silva DINAMARCO defende que “(...) os magistrados devem assumir papel ativo no processo, como efetivos sujeitos do contraditório. Imparcialidade não significa neutralidade. O juiz neutro, que assiste passivamente ao debate entre as partes, não contribui para a eliminação das desigualdades de forças. Até

revisão da legislação que trata da indispensável responsabilidade fiscal –, produzirá efeitos positivos em nossa sociedade.

Mal não fará. O bem dependerá apenas de nós, os operadores de direito.

Por mais receio<sup>129, 130 e 131</sup> que a introdução da “súmula vinculante” trouxesse ao operador do direito – como, de regra, toda novidade tem patente a condição da rejeição inerente –, a súmula vinculante, bem delimitada, mostra-se como um instrumento bastante eficaz para a sociedade.

CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO costumava dizer, no seu magistério, que as súmulas eram mais do que um mero conselho e menos do que uma ordem.

mesmo nos Estados Unidos, onde boa parte da disputa se desenvolve longe das cortes, o exagerado sistema de neutralidade judicial tem sofrido críticas consideráveis. Enfim, juiz mais ativo é apoio, não obstáculo.” (A segunda etapa da reforma, do Código de processo civil e suas premissas hermenêuticas, in: Hélio Rubens Batista Ribeiro COSTA, José Horácio Halfeld Rezende RIBEIRO, Pedro da Silva DINAMARCO (Coords.), **A nova etapa...cit.**, p. 21).

<sup>129</sup> Candido Rangel DINAMARCO (**A instrumentalidade...cit.**) é bastante realista e crítico: “todos são unânimes em proclamar que a Justiça está abarrotada e é lenta, que os casos repetitivos recebem tratamentos desiguais e trazem o seríssimo mal da quebra da equidade, que essa situação desgasta o Poder Judiciário e prejudica o universo de consumidores dos serviços jurisdicionais etc. etc. . – mas, paradoxalmente, essa mesma coletividade de profissionais críticos do sistema vem adotando uma postura de reação às inovações inovadoras. É preciso ter coragem e visão de outros sistemas jurídico-judiciários diferentes dos nossos, não envenenados por dogmas que aceitamos sem discutir, para então ousarmos romper com eles e caminharmos em direção de soluções coletivadoras da tutela jurisdicional – sob pena de renunciarmos definitivamente a qualquer progresso.” Cabe um esclarecimento: segundo o texto de Cândido Rangel DINAMARCO, foi constituído um grupo composto por ele, Ada Pellegrini GRINOVER, Waldemar Mariz de OLIVEIRA JÚNIOR e Kazuo WATANABE “(...) para a tentativa de um projeto de lei que fosse capaz de provocar julgamentos de eficácia e autoridade ultra partes, embora proferidos em litígios individuais.” A adoção da “súmula vinculante” no Brasil se aproxima desta finalidade, vejamos: “(...) o que pretendia aquele grupo era uma solução legislativa capaz de impedir que o trato de questões potencialmente portadoras de um impacto de massa prosseguisse no plano puramente individual e sem consideração do interesse coletivo que lhes está à base. Nisso, a idéia de então se identifica com a do Ministro Sepúlveda PERTENCE. Tanto então como agora, tinha-se consciência da inadequação de uma insistência por tutela individual, fragmentária e contraditória, em tempos de coletivização da tutela jurisdicional e em clima de um direito de massa, inerente à sociedade de massa deste fim de século.”

<sup>130</sup> Segundo o Ministro Nilson NAVES, ex-presidente do Superior Tribunal de Justiça, a proposta da súmula vinculante “tem o objetivo de contribuir com princípios de segurança jurídica e da efetividade do processo, igualmente o de atacar a sobrecarga do Judiciário, motivo crônico da crise que inquieta toda a sociedade. A queixa principal não é contra a lentidão? A súmula reproduzirá, tecnicamente, a melhor interpretação, da Lei, após exaustiva e ampla discussão da matéria controvertida. Não há por que ter medo dela. Com a sua a aplicação, situações concretas semelhantes ou idênticas terão decisões iguais, apressando, assim, os passos do processo.” (Disponível em [www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br), “Seção Notícias”. Acessado em 22 de agosto de 2002).

<sup>131</sup> Teresa Arruda Alvim WAMBIER afirma: “é saber se vale ou não a pena correr-se o risco. Optar-se por correr o risco significa ter disposição e coragem de enfrentar dogmas e prudência para adotar (e utilizar) institutos que nasceram e se desenvolveram em sistemas jurídicos diferentes do nosso.” (**Op. et. loc. cit.**).

Pois bem, que sejam simplesmente súmulas, dentro deste novo conceito aqui propugnado: súmula com atribuição de efeito vinculante, nem só como se um conselho fosse, não tanto como se de ordem tratasse.

Ao fim e a cabo destas elucidações, sugerimos algumas posturas e idealizamos outras, para que, academicamente, sejam discutidas, mesmo após o debate sobre a aprovação da introdução da “súmula vinculante” no Brasil.

Exceto as nossas sugestões, as demais não contam com nosso juízo valorativo mas são colocadas aqui para que todos possamos estudar a conveniência de cada uma delas. Entendemos, com isto, uma colaboração para a construção de um instituto sólido – e não apenas vinculante.

São elas:

a) “ao se inserir a súmula vinculante na ordem constitucional, se condicione a sua eficácia de norma jurídica à aquiescência do Poder Legislativo, que, aprovando, a legitimaria e participaria do processo derradeiro de sua elaboração”<sup>132</sup> ou;

b) “para a institucionalização da súmula vinculante, fosse ouvida a sociedade, por meio de plebiscito, uma das formas por que se exercita a soberania popular, afinal de contas a sociedade estaria consentido em transferir ao Judiciário prerrogativa que somente pertence ao povo”<sup>133</sup>.

c) adoção:

“(..) restrita a determinadas controvérsias com torrencial jurisprudência já consolidada e intensa incidência prática desde que votada sua criação, caso a caso, pela totalidade dos membros do mais alto colegiado de cada qual dos Tribunais respectivos, com possibilidade de revisão a qualquer tempo”<sup>134</sup>.

d) de cunho genérico:

---

<sup>132</sup> Sugestão de Luiz Carlos ALCOFORADO (Súmula vinculante, in: **Revista de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**, nº 16, Brasília, Brasília Jurídica).

<sup>133</sup> **Idem, Ibidem**, mesma página.

<sup>134</sup> Sugestão de João Carlos Pestana Aguiar SILVA (**Op. et. loc. cit.**), ao que parece, citando Evandro LINS E SILVA.

“(…) saber o que pode ser sumulado, (e este nos parece ser o principal problema) (…) necessidade definitiva e imperiosa de aprimoramento dos magistrados (…) como se redigir uma súmula”<sup>135</sup>.

E mais especificamente: a) quanto ao objeto da súmula:

“(…) 1) nem tudo pode ser objeto de súmula, mas exclusivamente teses jurídicas; 2) e que as súmulas devem poder ser objeto de alteração por um sistema cuja iniciativa seja acessível à própria parte”;

b) quanto ao conteúdo redacional da súmula:

“(…) a súmula, na verdade, deve ser menos abrangente do que a lei e deve ser redigida de molde a gerar menos dúvidas interpretativas, principalmente quanto à sua incidência”.

De nossa parte<sup>136</sup>, entendemos que devam ser realmente verificadas as matérias que possam ser objeto de súmula e, na sua instituição, a previsão de questionamento por argumentação nova.

No mais, o dia-a-dia se encarregará dos ajustes necessários à sobrevivência do instituto, que em boa hora veio em nosso ordenamento jurídico.

De forma a regulamentar o art. 103-A da Constituição Federal e alterar a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, assim disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, com outras providências, foi editada a Lei Federal n. 11.417/06, em data 19 de dezembro de 2006, que

---

<sup>135</sup> Sugestões genéricas de Teresa Arruda Alvim WAMBIER (**Op. et. lo.c cit.**).

<sup>136</sup> Teríamos outras sugestões, mas que demandam um exame um pouco mais profundo e, por isto, ficarão para outra oportunidade; estas aqui lançadas, por ora, ajudam-nos, todos, a continuarmos o estudo deste tema – propósito maior do nosso trabalho – porque com certeza sua importância é demasiado clara aos operadores do Direito, em particular, e à sociedade de modo geral.

teve *vacatio* de 3 (três) meses, conforme art. 11, ou seja, com vigência a partir de 19 de março de 2007.

Ainda que não haja maiores elementos, minimamente o trabalho poderá abordar os principais pontos da Lei 11.417/06.

Uma vez consolidada nossa posição favorável ao instituto e a grande esperança que dele guardamos – no sentido inclusive de ser, ao lado da própria repercussão geral, uma forma de coletivização da prestação da tutela jurisdicional – passaremos a examinar os dispositivos da Lei n. 11.417, de 19 de dezembro de 2006, que “regulamenta o art. 103-A, da Constituição Federal e altera a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências”.

A reforma constitucional de 2004 (Emenda Constitucional n.º 45) estabeleceu a “súmula vinculante” do Supremo Tribunal Federal nos seguintes moldes:

“Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou

cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso”.

São estes – portanto – os contornos constitucionais do instituto, aos quais lei e regimento interno do Supremo Tribunal Federal devem obediência; de sorte que, caso deles se afastem – inclusive a interpretação e a aplicação pelo Judiciário – o ato de elaboração, revisão, cancelamento ou aplicação sumular padecerá de inconstitucionalidade.

De forma esquemática:

a) competência para edição, revisão e cancelamento: exclusiva do Supremo Tribunal Federal;

b) *quorum* deliberativo: 2/3 (dois terços);

c) requisito: reiteradas decisões sobre matéria constitucional;

d) publicidade: a súmula terá efeito vinculante após publicação na imprensa oficial;

e) alcance: demais órgãos do Judiciário e Administração Pública direta e indireta;

f) objetivo: validade, interpretação e eficácia de normas;

g) atributos:

- necessidade de controvérsia atual entre órgãos do Judiciário ou entre esses e administração pública;
- insegurança jurídica; e
- multiplicação de processos idênticos.

Dentro destas diretrizes – e não menosprezando que a própria Constituição Federal reformada também previu os legitimados para provocação de edição, revisão e cancelamento de verbetes da súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal e, ainda, a reclamação para o caso de contrariedade ou má aplicação do respectivo texto – é que o instituto deve ser compreendido.

Isto colocado como intróito, analisemos a Lei n.º 11.417, de 19 de dezembro de 2006<sup>137</sup>.

**“Art. 1º Esta Lei disciplina a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal e dá outras providências”.**

Regulamentação da Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004 (art. 103-A, § 2º), que, entre outros, instituiu no ordenamento jurídico brasileiro a “súmula vinculante”.

Despicienda, a esta altura, discussão sobre a necessidade de lei para a adoção da “súmula vinculante” – tal como a outra, sobre ser necessária lei para a repercussão geral ser exigida como requisito de admissibilidade de recurso extraordinário –: publicadas as leis, pereceu o questionamento.

---

<sup>137</sup> Na “Mensagem da presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministra Ellen Gracie Northfleet ao Congresso Nacional na abertura da Sessão Legislativa, em 02/02/07”, o tema mereceu o devido destaque: “outra das providências aprovadas por Vossas Excelências, a Lei n. 11.417/2006, que estabeleceu a súmula vinculante, também terá reflexos de profunda repercussão no modo de como a sociedade, os poderes de Estado e o próprio judiciário se relacionam com o ordenamento jurídico em sua interpretação última. (...) De fato, não pode ser operante um sistema judiciário em que a mesma questão de direito receba, indefinidamente, diversa e variada interpretação, ao sabor das filiações doutrinárias dos julgadores. Pois bem, é a esse descrédito da lógica jurídica, a essa insegurança quanto ao que seja afinal a lei do país, que põe cobro a medida aprovada por este Parlamento e consubstanciada na Lei n. 11.417/2006. A partir de agora, quando o Supremo Tribunal Federal houver definido formalmente uma questão de direito, aplicando-lhe o efeito vinculante e fazendo-a inserir no enunciado de sua súmula, pacifica-se a discussão nos juízos inferiores e, sobretudo, todos os agentes públicos deverão respeitar a interpretação fixada, evitando-se o surgimento de novas ações.” (Disponível em <http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaBibliotecaDigital/anexo/MinistraEllenGracie.pdf>. Acessado em 27 de fevereiro de 2007).



Contudo e como mero registro, ainda que houvesse relevantes e respeitáveis opiniões em sentido contrário, pensávamos como a maioria: a adoção da “súmula vinculante” e a exigência da repercussão geral para a admissão do recurso extraordinário dependiam – a despeito da disciplina constitucional reformada – da legislação federal infraconstitucional.

Sobreleva notar que a existência agora de uma súmula vinculante exige previsão legislativa, não mais sendo suficientes meras disposições regimentais, estas, cabíveis quando se tratasse apenas de um verbete que integrasse a súmula ordinária (ordinária por ser contraposta à classe vinculante) do Supremo Tribunal Federal.

Com relação aos verbetes integrantes da chamada súmula “ordinária” do Supremo Tribunal Federal – aqueles consolidados antes da reforma constitucional de 2004, que não possuem eficácia vinculante – dois comentários nos parecem adequados: 1) nada impede que o Supremo Tribunal Federal continue a editar verbetes de sua súmula (a não vinculante), sempre que entender viável e, mais, sempre que a matéria embora relevante para vir a integrar a súmula, não atenda os requisitos da súmula vinculante; e 2) é possível que o Supremo Tribunal Federal, de ofício ou provocado pelos legitimados, dê a respectivo verbe de sua súmula ordinária extensão para a súmula vinculante. Nesse caso, só poderá fazê-lo observando não apenas as disposições legais de processamento, mas os requisitos gerais em função dos quais possa ser tema constitucional sumulado e venha a integrar, o respectivo verbe, sua súmula vinculante (necessidade de controvérsia atual entre órgãos do Judiciário ou entre esses e administração pública; insegurança jurídica; e multiplicação de processos idênticos).

**“Art. 2º O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e**

**à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma prevista nesta Lei”.**

A primeira observação que se revela necessária é a exclusividade do Supremo Tribunal Federal para a instituição – e também para a revisão e cancelamento – de verbetes que integrem sua súmula vinculante. Outro tribunal não poderá fazê-lo, criar uma súmula cujos verbetes tenham eficácia vinculante.

Deve-se destacar – em segundo lugar – que a edição de verbete sumular com eficácia vinculante caberá ao Supremo Tribunal Federal de ofício ou por provocação; de forma a interpretar adequadamente a construção gramatical do dispositivo legal examinado, é conveniente perceber que não apenas a edição de verbetes da súmula do Supremo Tribunal Federal, como a revisão e o cancelamento podem ser suscitadas de ofício ou a requerimento.

Terceira observação: apenas matéria de natureza constitucional pode compor a súmula do Supremo Tribunal Federal, com eficácia vinculante.

Este art. 2º enuncia as diretrizes do instituto. A quarta observação refere-se à publicidade: o verbe da súmula do Supremo Tribunal Federal somente terá eficácia vinculante a partir de sua publicação em imprensa oficial. É preciso considerar que a publicação trará o efeito vinculante; mas isto não guarda alguma relação de identidade com a retroatividade do efeito vinculante, nem com a modulação temporal – do que nos ocuparemos no curso desta dissertação. É que a administração pública direta ou indireta e os demais órgãos do Judiciário apenas estarão sujeitos à eficácia vinculativa daquele determinado verbe do compêndio do Supremo Tribunal Federal a partir da publicação – na imprensa oficial – de seus exatos termos. De sorte que, mesmo acabado o julgamento e informalmente conhecido o posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre determinado tema constitucional, que venha a integrar a sua súmula vinculante, este enunciado apenas poderá

vincular o Poder Judiciário e a Administração Pública a partir de sua publicação na imprensa oficial. Dentre os principais motivos para a necessidade da publicação, dois podem ser mencionados: primeiro, a regra clássica do processo civil referente à publicação das decisões judiciais, a partir da qual ela passa a ser exigida e produzir seus efeitos; segundo – e preponderantemente –, a relevância da redação do respectivo verbete, de forma a que se saiba exatamente qual seja o posicionamento do Supremo Tribunal Federal a respeito daquele tema constitucional que passou a integrar sua súmula vinculante – nisto compreendendo-se, inclusive, a questão da modulação temporal, que alhures trataremos.

Por fim, o dispositivo menciona que a decisão do Supremo Tribunal Federal – uma vez publicada na imprensa oficial (leia-se: “em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União”) – passa a integrar sua súmula de eficácia vinculante passando – portanto – a vincular os demais órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública direta e indireta, nas três esferas de competência (municipal, estadual e federal).

A mais satisfatória interpretação desta parte final do art. 2º da Lei 11.417, de 19 de dezembro de 2006, caminha no seguinte sentido:

a) no âmbito do Judiciário – salvo as possibilidades da revisão da tese, no âmbito endoprocessual, e da revisão e cancelamento do verbete, na esfera metaprocessual – os “demais órgãos do Poder Judiciário” ficam obrigados a seguir o direcionamento dado pelo Supremo Tribunal Federal àquela matéria constitucional constante de sua súmula vinculante. Assim, juízes e tribunais, quaisquer que sejam eles, da justiça comum e da especializada – conforme o caso – sempre deverão seguir a decisão constante da súmula e representada por determinado verbete. Ainda que a lei tenha se utilizado da expressão *terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário* parece-nos adequado compreender que o verbete precisa ser seguido inclusive pelo Supremo

Tribunal Federal – sobretudo pelos Ministros que, eventualmente, tenham votado vencido no processo de sua edição. Esta afirmação precisa ser explicada: em regra, a matéria sumulada deverá ser seguida pelo próprio Supremo Tribunal Federal; todavia, de forma fundamentada, poderá o Tribunal revisar, cancelar ou mesmo editar outro verbete que reflita, então, a interpretação constitucional da Corte sobre a determinada matéria. Não fosse assim, se o Supremo Tribunal Federal não devesse seguir em regra seus verbetes da súmula vinculante, poder-se-ia entender enfraquecido o instituto. E, por outro lado, se ao considerar a súmula vinculativa também ao Supremo, não se possibilitar atuação de ofício para revisão, cancelamento e nova edição sumular sobre a mesma matéria, ter-se-ia o inconcebível e indesejável engessamento da Corte. Daí porque em regra seja vinculante também ao Supremo Tribunal Federal, embora lhe seja possível, de forma fundamentada, mesmo de ofício, promover revisão, cancelamento e nova edição de verbete sobre aquela matéria constitucional. Ou seja: é vinculante (ao Supremo) até onde deva sê-lo.

b) a Administração Pública direta e indireta será alcançada pelo respectivo verbete da súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal, de sorte que: (i) em todos os processos administrativos sobre aquela determinada matéria, em qualquer instância e estando o processo em qualquer fase, deverá seguir o direcionamento dado pelo Supremo Tribunal Federal; (ii) certidões de dívida ativa, execuções fiscais e demais ações propostas com base em matéria veiculada em verbete sumular do Supremo Tribunal Federal, quando este for contrário à pretensão e ao direito da administração pública nelas versados, deverão ser canceladas, ou mesmo objeto de desistência; e (iii) portarias, resoluções e atos da Administração Pública direta e indireta contrários ao posicionamento sumulado pelo Supremo Tribunal Federal não poderão mais produzir efeitos.

c) o jurisdicionado – no mais – não é (diretamente) alcançado pelo efeito vinculante da matéria sumulada pelo Supremo Tribunal Federal; por opção legislativa, apenas o são os demais órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública direta e indireta, não alcançando, o legislador, o jurisdicionado – que bem poderá intentar ação mesmo a despeito do verbete do Supremo Tribunal Federal. Todavia, salvo pedido de revisão de tese feito no âmbito daquele determinado processo, a ação será improcedente, caso o direito constitucional nela versado conflite com a orientação sumulada. A propositura de demanda nesta condição – ou seja, contra matéria constitucional integrante da súmula do Supremo Tribunal Federal – poderá ensejar responsabilidade civil e processual, inclusive podendo ser utilizado o instituto da litigância de má-fé. Na mesma linha de interpretação, a matéria constitucional sumulada pelo Supremo Tribunal Federal em sua súmula vinculante não alcança o Poder Legislativo, inclusive em respeito à tripartição de poderes. De sorte que, a despeito do posicionamento do Supremo Tribunal Federal consubstanciado em verbebo integrante de sua súmula vinculante, poderá o legislador legislar novamente sobre a matéria já analisada pelo Supremo Tribunal Federal. Nesse caso, embora formalmente possa o Legislativo tornar a matéria, funcionando de certa forma como um “revisor” de súmula, a questão – no seu conteúdo – deverá ser analisada em função das próprias normas do processo legislativo, nas quais se inclui, dentre outras, a própria inexistência de vício de constitucionalidade. Em suma: o que não pode haver, de antemão, é a extensão dos efeitos vinculantes da súmula do Supremo Tribunal Federal ao Poder Legislativo.

**“§ 1º O enunciado da súmula terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja, entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública, controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão”.**

A lei estabelece o alcance da matéria objeto da súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal: validade, interpretação e eficácia de normas determinadas.

É preciso – contudo – que haja controvérsia entre os órgãos judiciários ou mesmo entre eles e a administração pública; essa controvérsia deve ser atual, acarretar grave insegurança jurídica e ensejar relevante multiplicação de processos com a mesma matéria.

Os adjetivos usados pelo legislador – atual para identificar a controvérsia; grave para qualificar a insegurança jurídica; e relevante para a especificação da multiplicação de causas idênticas – deverão ser levados em conta pelo Supremo Tribunal Federal quando da verificação da aplicação ou da não aplicação da Lei – ou, por outras palavras, quando decidir se é caso para integrar sua súmula de efeito vinculante ou não.

Os verbetes que compõe a atual (e não vinculante) súmula do Supremo Tribunal Federal só poderão receber o atributo da eficácia vinculante, nesta lei prevista, em processo próprio de transmutação, se atenderem os requisitos acima especificados.

Ao utilizar a expressão “entre órgãos judiciários”, quer entre eles, quer entre eles e a administração pública, a lei refere-se ao Supremo Tribunal Federal, ao Conselho Nacional de Justiça, ao Superior Tribunal de Justiça, aos Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais, aos Tribunais e Juízes do Trabalho, aos Tribunais e Juízes Eleitorais, aos Tribunais e Juízes Militares e aos Tribunais e Juízes dos Estados, do Distrito Federal e Territórios. Estes são os “órgãos do Poder Judiciário”, conforme o artigo 92 da Constituição Federal.

Assim, as decisões judiciais conflitantes entre os órgãos do Poder Judiciário e entre eles e a administração pública serão todas aquelas onde dois ou mais entre eles tenham entendimento diverso a respeito de determinada matéria constitucional.

**“§ 2º O Procurador-Geral da República, nas propostas que não houver formulado, manifestar-se-á previamente à edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante”.**

O dispositivo exige a manifestação prévia do Procurador-Geral da República – quando ele não tenha formulado a respectiva proposta – a respeito da edição, revisão ou cancelamento de enunciado da súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal.

Pode-se extrair o fundamento desta participação obrigatória do § 1º, do art. 103 da Constituição Federal, segundo o qual “o Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processo de competência do Supremo Tribunal Federal”, isto em virtude do inegável interesse público da matéria.

O Procurador-Geral da República é o chefe do Ministério Público da União (que abrange o Ministério Público Federal, o Ministério Público do Trabalho, o Ministério Público Militar e o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios), na forma do § 1º do art. 128 e seu inciso I da Constituição Federal e do art. 25 da Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993.

As atribuições do Ministério Público, como um todo e no geral, estão previstas no art. 129 da Constituição Federal. A Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993 e o Regimento Interno do Ministério Público Federal (portaria nº 358, de 2 de junho de 1998), ambas no artigo 1º, estabelecem as finalidades do Ministério Público Federal.

Dentre os instrumentos de atuação do Ministério Público Federal (art. 6º Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993) encontram-se a ação direta de inconstitucionalidade e o respectivo pedido de medida cautelar; a ação direta de

inconstitucionalidade por omissão; a argüição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição Federal; e a representação para intervenção federal nos Estados e no Distrito Federal.

O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal prevê (art. 52) os casos em que se dará vistas dos autos ao Procurador-Geral da República, devendo a ele ser acrescentado a participação nos processos de criação, revisão ou cancelamento de verbete de sua súmula vinculante.

Oportuno dizer que este dispositivo que exige a manifestação prévia do Procurador-Geral da República – quando ele não tenha formulado a respectiva proposta – a respeito da edição, revisão ou cancelamento de enunciado da súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal tem natureza cogente e, na forma do artigo 84 do Código de Processo Civil, mesmo que por analogia (tratando-se o processo de revisão, cancelamento ou edição de verbete da súmula vinculante algo à parte de determinada relação jurídica-processual), será nulo se ao Procurador-Geral da República não for facultada possibilidade de manifestação. Não passe despercebida, todavia, a circunstância de que o Procurador será ouvido “(...) quando ele não tenha formulado a respectiva proposta (...)”. É, de certa forma, correção ao procedimento previsto nas ações diretas, onde, mesmo por ela propostas, admite-se e prevê-se nova oitiva, podendo ele inclusive modificar sua opinião.

A exigência da manifestação prévia contida neste dispositivo foi utilizada pela Associação Brasileira de Loterias Estaduais – ABLE para requerer a nulidade do verbete n. 1 da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal, uma vez que o parecer da Procuradoria Geral da República fora emitido em data anterior a 20 de março de 2007, data esta a da vigência da lei. Nos comentários ao artigo 11 voltaremos ao assunto.



**“§ 3º A edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula com efeito vinculante dependerão de decisão tomada por 2/3 (dois terços) dos membros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária”.**

Trata-se do *quorum* deliberativo para a edição, revisão e cancelamento de súmula com efeito vinculante.

Este *quorum* é o mais qualificado que existe no Supremo Tribunal Federal, representando – para a atual previsão constitucional – 8 (oito) dos 11 (onze) Ministros que o compõe.

Interpretação diversa parece-nos equivocada, inclusive aquela que pretender estabelecer os 2/3 (dois terços) entre os presentes da respectiva sessão: este *quorum* deverá ser considerado sempre em função da composição total do Tribunal, não daquela pontual de determinada sessão – à qual possam estar ausentes um ou mais ministros, do seu todo de onze.

**“§ 4º No prazo de 10 (dez) dias após a sessão em que editar, rever ou cancelar enunciado de súmula com efeito vinculante, o Supremo Tribunal Federal fará publicar, em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União, o enunciado respectivo”.**

Necessidade imposta inclusive pela Emenda Constitucional n.º 45/2004. A edição, a revisão e o cancelamento de um verbete sumular dotado de eficácia vinculante – por suas inerentes implicações – precisam ser amplamente divulgados.

Contudo, seja em função da regra processual de que os prazos direcionados aos juízes são impróprios, seja porque – nesse caso – se está diante de uma casuística de natureza meramente administrativa, seja, enfim, pela ausência de sanção,

prevista em lei, sempre que o prazo de dez dias não for observado – evidentemente – não se poderá alegar nulidade de espécie alguma.

**“Art. 3º São legitimados a propor a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante:**

**I - o Presidente da República;**

**II - a Mesa do Senado Federal;**

**III – a Mesa da Câmara dos Deputados;**

**IV – o Procurador-Geral da República;**

**V - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;**

**VI - o Defensor Público-Geral da União;**

**VII – partido político com representação no Congresso Nacional;**

**VIII – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional;**

**IX – a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;**

**X - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;**

**XI - os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares”.**

O rol dos legitimados para propositura de edição, revisão ou cancelamento de verbete que integre a súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal é exaustivo, não exemplificativo.

Guarda relação de identidade, ao menos em parte, com o rol dos legitimados para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade, previsto no art. 103 da Constituição Federal e no art. 2 da Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999.

À lista constitucional das ações de controle de constitucionalidade, foram acrescentados dois outros legitimados para a propositura de edição, revisão ou cancelamento de verbete da súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal: (i) o Defensor-Público Geral da União e (ii) os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares.

Abaixo, analisaremos a questão da participação de terceiros, na forma do § 2º deste artigo em exame.

**“§ 1º O Município poderá propor, incidentalmente ao curso de processo em que seja parte, a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante, o que não autoriza a suspensão do processo”.**

Embora não possua legitimidade para propor a edição, revisão ou cancelamento de enunciado da súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal, o Município poderá propor – de forma incidental na relação jurídica-processual de que faça parte, sem prejuízo do andamento do processo – a edição, a revisão ou o próprio cancelamento do respectivo verbete.

Há necessidade, outrossim, de ser judicial “o processo de que seja parte”, o Município, não valendo, para estes fins, o processo administrativo que ele mesmo pudesse instaurar, como que a lhe permitir usar da prerrogativa deste dispositivo.

**“§ 2º No procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado da súmula vinculante, o relator poderá admitir, por decisão irrecurável, a manifestação de terceiros na questão, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal”.**

A manifestação de terceiros nos procedimentos de edição, revisão ou cancelamento de verbete sumular vinculante – na condição de *amicus curiae*<sup>138</sup> – é medida altamente salutar à importância do instituto e em função – inclusive – do seu alcance e efeitos.

Desde o julgamento da questão dos fetos anencéfalos, em sua história mais recente, o Supremo Tribunal Federal passou a adotar o instituto do *amicus curiae* tornando mais democráticas e participativas as discussões a respeito dos importantes temas que analisa.

No contexto da súmula vinculante esta medida é adequada e necessária, uma vez que permitirá à sociedade como um todo participar do processo argumentativo – ficando evidentemente o decisório ao cargo do Supremo Tribunal Federal – , com importantes contribuições de modo a minimizar, o quanto mais possível, a possibilidade humana do erro.

Esses *terceiros* são pessoas físicas (considerar explicação logo a seguir) ou jurídicas que possuam ligação com a norma controvertida objeto do verbete a ser editado, revisto ou cancelado, não assim se considerando os legitimados para os requerimentos de edição, revisão ou cancelamento de verbete sumular dotado de eficácia vinculante, que atuam

---

<sup>138</sup> Cássio Scarpinella BUENO obteve o título de Livre-Docente em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo versando sobre *Amicus Curiae* no Processo Civil Brasileiro (vindo a publicar livro com o título ***Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro: um terceiro enigmático***, São Paulo, Saraiva, 2006). Cássio Scarpinella BUENO defende a idéia de cooperação entre os exercentes do Poder (judiciário) e seus destinatários. Desenvolve o tema com maestria, podendo ser – dentre as muitas relevantes passagens da tese – destacada a que mais diretamente diz respeito à participação de terceiros no contexto da “súmula vinculante”: “enfrentadas as dificuldades em seu contexto adequado, como esperamos tenhamos conseguido demonstrar, não há como negar possa – na verdade, ‘deva’ – o *amicus* ser legítimo portador dos ‘interesses’ que estão ‘fora’ do processo em julgamento mas que, de alguma forma, mais ou menos intenso, será afetado por aquilo que for anteriormente decidido. Justamente porque não há como, sem agredir o ‘modelo constitucional do processo’, afetar algum bem jurídico, interesse ou direito sem o ‘devido processo legal’, o ‘contraditório’ e a ‘ampla defesa’. Sem que haja prévia cooperação entre os exercentes do Poder e os seus destinatários.” Cássio Scarpinella BUENO adota a posição de William Santos FERREIRA, segundo quem a manifestação do *amicus curiae* “supera o simples auxílio informativo, pois é o que legitima constitucionalmente o caráter vinculativo da solução a ser dada pelo STF, que objetivamente alcança aqueles que não participaram do processo, e que, individualmente, não lhes é facultada a intervenção, embora uma sociedade organizada, em estágio avançado político-socio-cultural, pode, realmente, contar a considerável eficiência deste mecanismo participativo” (Súmula vinculante – solução concentrada: vantagens, riscos e a necessidade de um contraditório de natureza coletiva, in: WAMBIER, WAMBIER, GOMES JR, FISCHER, FERREIRA (Coords.), **Reforma do Judiciário – Primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005).

nesta condição ainda que não tenham requerido a abertura do processo. Cabe um particular: embora a raiz desta intervenção de terceiros no processo concernente à súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal esteja, inegavelmente, no instituto do *amicus curiae* previsto no § 2º do art. 7 da Lei 9869/99, sustentamos – a despeito da partícula “outros órgãos ou entidades” nele prevista – que não apenas outros órgãos ou entidades possam dele participar, mas também pessoas físicas, inclusive a convite do próprio Tribunal, dependendo do caso, como professores, juristas ou mesmos especialistas e técnicos de área relacionada com o assunto em exame, como medicina, economia etc. As justificativas deste nosso pensamento são a natureza e a importância dos assuntos concernentes à edição, revisão ou cancelamento de verbete da súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal.

No mais, parece ser de todo razoável que se exija do terceiro pretendente possua representatividade, na forma do § 2 do art. 7 da Lei 9869/99, a exemplo do que veio a ocorrer em julgamento relatado pelo Ministro GILMAR MENDES, na ADPF n.º 33/PA onde, aplicando-se-o por analogia, entendeu-se que para este tipo de ação a intervenção de terceiros – *amicus curiae* – também estava a depender da “representatividade dos postulantes”.

Aos terceiros caberá ampla participação do processo de edição, revisão ou cancelamento do respectivo verbete da súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal, cabendo-lhes, por exemplo, a participação em audiências preliminares designadas pelo Tribunal, a elaboração de memoriais ou pareceres e a sustentação oral de razões.

**“Art. 4º A súmula com efeito vinculante tem eficácia imediata, mas o Supremo Tribunal Federal, por decisão de 2/3 (dois terços) dos seus membros, poderá restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público”.**

O art. 4º possibilita ao Supremo Tribunal Federal delimitar os efeitos vinculantes ou decidir o momento em que o respectivo verbete passe a ter eficácia.

Esta prerrogativa do Supremo Tribunal Federal depende ou de haver razões de segurança jurídica ou de se tratar de excepcional interesse público; somente assim é que o Supremo Tribunal Federal poderá – excepcionalmente –, ao tratar de verbete de sua súmula vinculante, restringir os efeitos vinculantes ou decidir o momento em que passe a ter eficácia.

Este dispositivo parece ter inspiração no art. 27 da Lei Federal n.º 9.868/99, que trata da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, já abordada nesta dissertação.

Por isto, ao editar verbete de sua súmula vinculante, o Supremo Tribunal Federal – tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público – poderá restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de determinado ou mesmo alcance determinadas relações jurídicas. Parece-nos possível que ao processo de revisão ou ao processo de cancelamento também se aplique o disposto neste dispositivo, não se limitando ele à edição de verbete.

Por “razões de segurança jurídica” deve-se entender a estabilidade do direito e das relações sociais por ele reguladas. Dado que a edição de um verbete da súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal exige “controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão” sobre matéria constitucional, é fácil compreender que a decisão do Supremo Tribunal Federal alcançará relações jurídicas e sociais já verificadas no tempo e no espaço. Poderá a segurança

jurídica recomendar a adoção da exceção à regra de que a súmula vinculante produz efeitos mediatos.

Assim o “excepcional interesse público”: também ele pode levar o Supremo Tribunal Federal a – em regime de exceção e, portanto, por decisão de 2/3 de seus membros – restringir efeitos ou limitar no fato tempo o alcance do verbete integrante de sua súmula de efeito vinculante. “Excepcional interesse público” – conceito vago e indeterminado – será aquele onde se releve mais vantajoso à sociedade brasileira adotar-se a exceção e limitar efeitos ou a eficácia temporal do respectivo verbete, que a regra.

“Restringir os efeitos vinculantes” significa que o Supremo Tribunal Federal possa – excepcionalmente – reduzir o alcance dos efeitos do verbete sumulado.

“Decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento” significa que o Supremo Tribunal Federal possa – excepcionalmente – fixar o termo *a quo* da eficácia do verbete sumular, que deixará de ser da sua edição, no caso de verbete sumular-vinculante, para ser exatamente aquele por ele fixado. Trata-se do instituto da modulação temporal, que se aplica à súmula vinculante, à declaração de inconstitucionalidade e à arguição de descumprimento de preceito fundamental.

A utilização da conjunção alternativa “ou” dá a entender que o Supremo Tribunal Federal possa – excepcionalmente – uma de duas, restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento; razão alguma – todavia – impede que o Supremo Tribunal Federal restrinja os efeitos de determinado verbete da súmula vinculante e, também, decida sobre o momento de sua eficácia (modulação temporal), desde que haja razões de segurança jurídica ou excepcional interesse público – aqui sim, de forma alternativa.

É preciso dizer que a limitação dos efeitos do verbete da súmula vinculante ou sua modulação temporal deverão constar de forma expressa de sua redação. Além disto, segurança jurídica ou excepcional interesse público deverão constar da fundamentação do verbete, assim como a votação.

**“Art. 5º Revogada ou modificada a lei em que se fundou a edição de enunciado de súmula vinculante, o Supremo Tribunal Federal, de ofício ou por provocação, procederá à sua revisão ou cancelamento, conforme o caso”.**

Possibilita o art. 5º a revisão ou o cancelamento de verbete integrante da súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal quando a lei sobre a qual se tenha fundado sua edição tenha sido revogada ou modificada.

Assim, se revogada a lei, o verbete em tese deverá ser cancelado; e quando modificada, também via de regra, ele deverá ser revisado.

Importantíssimo considerar que o dispositivo trata de verbetes da súmula vinculante do Supremo que tenham sido editados em função de lei que venha a ser modificada ou revogada; daí nos ter surgido indagação para a qual – pelo menos neste inicial exame da Lei – não conseguimos ter resposta: lei e verbete tratam – por hipótese – do instituto da fiança; lei é revogada (naturalmente por outra, que a revoga por fim, mas disciplina a fiança por início). Neste caso, poderia o Supremo Tribunal Federal disciplinar a interpretação da Lei nova, via verbete de sua súmula vinculante?

No caso da declaração de inconstitucionalidade, mesmo ela declarada, não fica o legislador (nem o Executivo, quando exerce função legislante) impedido de formular nova lei sobre a matéria; esta nova lei não poderá – senão pelas vias próprias – ser declarada inconstitucional em função da decisão de inconstitucionalidade da qual a anterior tenha sido objeto.



No caso do verbete e da revogação da Lei, a salvo de um melhor juízo – que não se revela presente neste primeiro exame da Lei – parece-nos que a nova lei, que a revogou, deverá pertencer à livre alçada legislativa, não podendo o Supremo Tribunal Federal “revisar” o respectivo verbete sumular-vinculante que interpretava a anterior. Em linha de coerência, inclusive, com o que se disse sobre o alcance da súmula vinculante, que não atinge o Legislativo, conforme comentários ao art. 2º.

**“Art. 6º A proposta de edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante não autoriza a suspensão dos processos em que se discuta a mesma questão”.**

O dispositivo precisa ser compreendido no contexto da Lei como um todo. Embora a princípio a possibilidade da suspensão do andamento dos processos em que se discuta a mesma questão sobre a qual haja proposta de edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante pudesse ser justificada e, até certo ponto, seja dotada de um grande apelo sócio-processual, o fato é que o art. 6º representa grande coerência legislativa, como se verá.

A suspensão do andamento dos processos que, em trâmite, versem sobre a matéria analisada (edição, revisão ou cancelamento) pelo Supremo Tribunal Federal é prática usual e ordinária dentro do conceito dos chamados *processos objetivos*. Nesta linha de argumentação, dever-se-ia possibilitar a suspensão do andamento dos processos com matéria mesma daquela objeto da edição, revisão ou cancelamento de verbete da súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal.

Outro dos principais argumentos que, se de forma isolada, poderia ser utilizado para que viesse a ser possível a suspensão destes processos é o da própria estrutura

atual do processo civil, a contemplar, senão a medida cautelar para resguardo de direitos, a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional.

Embora pareçam convincentes e até mesmo chamativos estes argumentos, e, ainda que aliados a outros de idêntica força, a vedação expressa da Lei quanto à suspensão do andamento de processos com tema igual ao objeto do processo de edição, revisão ou cancelamento de verbete da súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal tem o seu motivo.

Conforme o art. 4º a súmula com efeito vinculante tem eficácia imediata; vale dizer: se ela produzirá efeitos imediatos (ou, quando não, futuros, de acordo com a parte final, do art. 4º – naquelas condições), a suspensão dos processos seria uma burla ou, quando menos, uma contradição interna à lei, uma vez que seriam obstados os julgamentos das ações com matéria idêntica àquela versada no processo de edição, revisão ou cancelamento de verbete da súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal, chegando-se, desta forma, mesmo que indiretamente, a uma certa eficácia retroativa do respectivo verbete.

**“Art. 7º Da decisão judicial ou do ato administrativo que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação”.**

A reclamação é medida constitucionalmente prevista para o Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102, I, 1), dentro de sua competência originária, cabendo para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões.

Este dispositivo legal encontra suporte no próprio § 3º do art. 103-A, da Constituição Federal, cuja redação é a seguinte:

“Art. 103-A

(...)

§ 3º. Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.”

Há um núcleo verbal na lei não existente na Constituição: falando a lei em decisão que contrariar, negar vigência ou aplicar indevidamente verbete da súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal, ela acresce a negativa de vigência, uma vez que a Constituição prevê apenas a contrariedade e a aplicação indevida. Acréscimo este até certo ponto desnecessário, uma vez que com folga e tranqüilidade se pode inserir no contexto da contrariedade já prevista na Constituição, a negativa de vigência de que versou a lei.

Assim, decisões judiciais ou atos administrativos que – de alguma forma – não estejam alinhados a qualquer verbete da súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal serão objeto de reclamação, de forma a se garantir a autoridade da decisão emanada do tribunal.

Parece claro ser reclamação fundamentada em garantia de autoridade, não preservação de competência. A diferença é a seguinte: garantia de autoridade volta-se para verbete que já integre a súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal; preservação de competência, de sua vez, seria a situação onde determinada matéria estivesse ou mesmo pudesse ser sumulada pelo tribunal e, no curso do processo (principalmente de edição de verbete), viesse a ser cabível a reclamação. Seria uma forma de paralisar o andamento dos processos, via reclamação, quando houvesse iminente ou mesmo mera possibilidade de o Supremo tratar da matéria no contexto de sua súmula vinculante. Em outras palavras: não cabe reclamação para preservação da competência do Supremo Tribunal Federal em editar, revisar ou cancelar verbete da súmula vinculante.

Para que caiba reclamação precisa haver um verbete já editado e em vigência; assim, se é necessário haver um verbete editado, a hipótese de cabimento da reclamação é a de garantia de autoridade da decisão do Supremo Tribunal Federal que o tiver editado – não de preservação de competência.

**“§ 1º Contra omissão ou ato da administração pública, o uso da reclamação só será admitido após esgotamento das vias administrativas”.**

O dispositivo permite o uso da reclamação, junto ao Supremo Tribunal Federal, contra omissão ou ato da administração pública, apenas após o esgotamento das vias administrativas.

Não fosse assim, transformar-se-ia o Supremo Tribunal Federal em endereço certo e exclusivo de propositura, exame e julgamento de reclamações. Estes assim chamados “remédios legislativos” – como, por exemplo, o mandado de segurança, de larga utilização pretérita no processo civil dantes da existência do “efeito suspensivo” ou da “tutela antecipada” (e parece que ele possa agora voltar, depois das mais recentes reformas processuais na esfera recursal) – tendem a engessar o andamento do Judiciário, se a eles não se der um regramento que já estabeleça restrições necessárias, como neste caso (esgotamento das vias administrativas).

Não fosse assim – insista-se – inviabilizar-se-ia o andamento do tribunal; assim como antes os tribunais em geral analisavam um sem número de mandados de segurança, quando, por exemplo, o agravo não previsse o “efeito suspensivo” (o que na prática significava um duplo trabalho), haveria o risco, não fosse a norma comentada, que o Supremo Tribunal Federal ficasse inviabilizado por um sem número de reclamações,

justamente agora que há um substancial filtro de processos junto à sua carga maior de atuação: a repercussão geral como requisito especial de admissibilidade do recurso extraordinário.

**“§ 2º Ao julgar procedente a reclamação, o Supremo Tribunal Federal anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial impugnada, determinando que outra seja proferida com ou sem aplicação da súmula, conforme o caso”.**

Uma vez exista decisão judicial ou ato administrativo que desrespeitem comando do Supremo Tribunal Federal constante de verbete de sua súmula vinculante e, sobre os quais, se tenha proposta reclamação, o tribunal cuidará apenas de mandar que o respectivo órgão prolate uma outra decisão nos moldes do que por ele sumulado.

Anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial impugnada, conforme seja o caso, mas não procederá a qualquer julgamento. O que o Supremo Tribunal Federal fará, se acolher a reclamação, será determinar que se proceda a novo e correto julgamento, com respeito a determinado enunciado, anulando o ato administrativo ou cassando a decisão judicial impugnada.

**“Art. 8º O art. 56, da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, passa a vigorar acrescido do seguinte § 3º:**

**“Art. 56. ....**

**.....**

**§ 3º Se o recorrente alegar que a decisão administrativa contraria enunciado da súmula vinculante, caberá à autoridade prolatora da decisão impugnada, se não a reconsiderar, explicitar, antes de encaminhar o recurso à autoridade superior, as razões da aplicabilidade ou inaplicabilidade da súmula, conforme o caso”.**

A Lei Federal n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999, regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. O art. 56, ao qual a lei da súmula vinculante acrescentou parágrafo, que veio a ser o terceiro, tem a seguinte redação originária:

“Art. 56. Das decisões administrativas cabe recurso, em face de razões de legalidade e de mérito.

§ 1º O recurso será dirigido à autoridade que proferiu a decisão, a qual, se não a reconsiderar no prazo de cinco dias, o encaminhará à autoridade superior.

§ 2º Salvo exigência legal, a interposição de recurso administrativo independe de caução”.

Assim, este parágrafo terceiro agora acrescentado deve ser compreendido em seu exato contexto: tratar-se de processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal e da existência de uma decisão administrativa impugnada por recurso, seja por razões de legalidade, seja por razões de mérito.

Sobreleva notar que a legitimidade recursal nestes processos administrativos regidos pela Lei 9784/99 está prevista no respectivo art. 58:

“Art. 58. Têm legitimidade para interpor recurso administrativo:

I - os titulares de direitos e interesses que forem parte no processo;

II - aqueles cujos direitos ou interesses forem indiretamente afetados pela decisão recorrida;

III - as organizações e associações representativas, no tocante a direitos e interesses coletivos;

IV - os cidadãos ou associações, quanto a direitos ou interesses difusos”.

Assim, qualquer legitimado recursal que entender existir contrariedade entre a decisão administrativa e verbete da súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal poderá dela recorrer. A autoridade que a tiver prolatado, à vista do recurso, poderá reconsiderá-la (importante o destaque) ou, se a mantiver, deverá então explicitar as razões pelas quais não aplicou o respectivo verbete no caso concreto. Apenas depois de explicitar suas razões a respeito da não aplicação do verbete, caso em que manteve a decisão administrativa objeto do recurso, é que se o haverá de encaminhar à autoridade superior para julgamento.

Este procedimento consegue levar ao órgão recursal administrativo também a discussão sobre ser ou não ser aplicável o verbete da súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal.

**“Art. 9º A Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, passa a vigorar acrescida dos seguintes arts. 64-A e 64-B:**

**‘Art. 64-A. Se o recorrente alegar violação de enunciado da súmula vinculante, o órgão competente para decidir o recurso explicitará as razões da aplicabilidade ou inaplicabilidade da súmula, conforme o caso.’**

**‘Art. 64-B. Acolhida pelo Supremo Tribunal Federal a reclamação fundada em violação de enunciado da súmula vinculante, dar-se-á ciência à autoridade prolatora e ao órgão competente para o julgamento do recurso, que deverão adequar as futuras decisões administrativas em casos semelhantes, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal’”.**

Segue-se na esteira do processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. O art. 64, ao qual a lei da súmula vinculante acrescentou letras *a* e *b* tem a seguinte redação originária:

“Art. 64. O órgão competente para decidir o recurso poderá confirmar, modificar, anular ou revogar, total ou parcialmente, a decisão recorrida, se a matéria for de sua competência.

Parágrafo Único. Se da aplicação do disposto neste artigo puder decorrer gravame à situação do recorrente, este deverá ser cientificado para que formule suas alegações antes da decisão”.

O art. 64-A determina que o órgão recursal competente deva explicitar as razões para a aplicação ou para a não aplicação do respectivo verbe sumular, caso a tenha mantido o órgão inferior, não se retratando como lhe faculta o artigo anteriormente analisado.

O art. 64-B trata da hipótese de a Administração Pública ter adotado um posicionamento que, em sede de reclamação, o Supremo Tribunal Federal entendeu contrário a enunciado de sua súmula vinculante.

Nesta hipótese, como o Supremo Tribunal Federal não julga o caso concreto, senão anula o ato administrativo determinando que se proceda a novo e correto julgamento, com respeito a determinado enunciado, o acolhimento da reclamação impõe dois deveres à Administração Pública à qual pertençam a autoridade prolatora do ato reclamado e o órgão que o prolatou: (1) julgar o caso concreto de acordo com o respectivo verbete que tenha dado ensejo à reclamação, e, (2) adequar as futuras decisões administrativas, sob pena de responsabilidade civil, administrativa e penal.

**“Art. 10. O procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula com efeito vinculante obedecerá, subsidiariamente, ao disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal”.**

A introdução da súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal deu-se pela Reforma Constitucional de 2004, por meio da Emenda Constitucional n.º 45, da qual seguiu-se a lei ora analisada.

Pertence à alçada legislativa, inegavelmente, o regramento do instituto. Não pode o Supremo Tribunal Federal, por meio de seu Regimento Interno, deixar de obedecer disposições constantes da Constituição e da Lei.

A obediência subsidiária a que se refere este art. 10 guarda relação apenas ao procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula com efeito vinculante; não poderá ser criado direito, nem suprimido, pelo Tribunal, cujo regimento poderá apenas tratar de procedimento – insista-se.

O próprio e já comentado § 2º do art. 3º permissivo da figura do *amicus curiae*, é bom exemplo: a lei previu a possibilidade de participação de terceiros, e o Regimento Interno tratará da forma como este terceiros poderão participar – ou seja:



procedimento. Não poderia o Supremo Tribunal Federal, por disposição regimental, criar a possibilidade de intervenção de terceiros, ou mesmo vedá-la.

É no contexto e caráter de subsidiariedade que se deve compreender o papel do Regimento Interno face à edição, revisão ou cancelamento de verbete integrante de sua súmula vinculante.

**“Art. 11. Esta Lei entra em vigor 3 (três) meses após a sua publicação”.**

Período de *vacatio legis*. Publicada no Diário da Justiça de 20 de dezembro de 2006, a partir de 20 de março de 2007 foi verificada a vigência da Lei Federal n. 11.417, de 19 de dezembro de 2006.

É interessante considerar que o art. 11 e o período de *vacatio* nele estabelecido serviram de fundamento para a Associação Brasileira de Loterias Estaduais – ABLE requerer a nulidade do verbete n.º 1 da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal, uma vez que o parecer da Procuradoria Geral da República fora emitido em data anterior a 20 de março de 2007.

O pedido foi rejeitado pelo Supremo Tribunal Federal, que entendeu ter ocorrido a edição do verbete já na vigência da Lei, sendo irrelevante a oferta ministerial anterior, uma vez que, segundo a Ministra ELLEN GRACIE NORTHFLEET, sua presidente:

“(…) a letra do art. 2º, § 2º, da Lei Federal n.º 11.417/2006, apenas instituiu o requisito da prévia manifestação ministerial, que já se encontrava plenamente atendido no momento da apreciação da proposta de edição do enunciado, ocorrido, como visto, muito depois do início da vigência daquele Diploma”.

O argumento da ABLE tinha exclusivo caráter formal, que muito bem soube o Supremo Tribunal Federal analisar, uma vez que a mera elaboração de um parecer

antes da vigência da Lei não poderia ter o condão de impedir integrasse o verbete sua súmula vinculante. A consequência da nulidade pressupõe até mesmo a motivação do requerimento, seria impedir que o verbete integrasse por vício de forma a súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal, pertencendo, por conseguinte, apenas à súmula ordinária da Corte.

## PARTE II

# O RECURSO EXTRAORDINÁRIO<sup>139</sup>, SEUS DESDOBRAMENTOS E QUESTÕES CORRESPONDENTES

---

<sup>139</sup> A dissertação doravante se ocupará do seu tema central, que é o estudo do recurso extraordinário no ordenamento jurídico brasileiro, mais precisamente de acordo com a Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, que, entre outros pontos, (i) introduziu a repercussão geral da questão constitucional como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário e (ii) criou uma nova alínea de cabimento para este recurso, a atual letra d do permissivo constitucional – vale dizer, a lei local contestada em face de lei federal, antiga competência do Superior Tribunal de Justiça pela via do recurso especial. Parece-nos adequado e oportuno o registro comparativo das previsões constitucionais de cabimento do recurso extraordinário:

Constituição 1824	Constituição 1891	Constituição 1934	Constituição 1937	Constituição 1946	Constituição 1988
----------------------	----------------------	----------------------	----------------------	----------------------	----------------------

<p>Art. 164. A este Tribunal Compete:</p> <p>I. Conceder, ou denegar Revistas nas Causas, e pela maneira, que a Lei determinar.</p> <p>II. Conhecer dos delictos, e erros do Officio, que commetterem os seus Ministros, os das Relações, os Empregados no Corpo Diplomatico, e os Presidentes das Provincias.</p> <p>III. Conhecer, e decidir sobre os conflictos de jurisdicção, e competencia das Relações Provinciales.</p>	<p>Art. 59 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:</p> <p>I - processar e julgar originária e privativamente:</p> <p>a) o Presidente da República nos crimes comuns, e os Ministros de Estado nos casos, do art. 52;</p> <p>b) os Ministros Diplomáticos, nos crimes comuns e nos de responsabilidade;</p> <p>c) as causas e conflitos entre a União e os Estados, ou entre estes uns com os outros;</p> <p>d) os litígios e as reclamações entre nações estrangeiras e a União ou os Estados;</p> <p>e) os conflitos dos Juizes ou Tribunais Federais entre si, ou entre estes e os dos Estados, assim como os dos Juizes e Tribunais de um Estado com Juizes e Tribunais de outro Estado.</p> <p>II - julgar, em grau de recurso, as questões resolvidas pelos Juizes e Tribunais Federais, assim como as de que tratam o presente artigo, § 1º, e o art. 60;</p> <p>III - rever os processos, findos, nos termos, do art. 81.</p> <p>§ 1º - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:</p> <p>a) quando se questionar sobre a</p>	<p>Art 76 - A Corte Suprema compete:</p> <p>1) processar e julgar originariamente:</p> <p>a) o Presidente da República e os Ministros da Corte Suprema, nos crimes comuns;</p> <p>b) os Ministros de Estado, o Procurador-Geral da República, os Juizes dos Tribunais federais e bem assim os das Cortes de Apelação dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, os Ministros do Tribunal de Contas e os Embaixadores e Ministros diplomáticos nos crimes comuns e nos de responsabilidade, salvo, quanto aos Ministros de Estado, o disposto no final do 1º, do art. 61;</p> <p>c) os Juizes federais e os seus substitutos, nos crimes de responsabilidade;</p> <p>d) as causas e os conflitos entre à União e os Estados, ou entre estes;</p> <p>e) os litígios entre as nações estrangeiras e a União ou os Estados;</p> <p>f) os conflitos de jurisdicção entre Juizes ou Tribunais federais, entre estes e os Estados, e entre Juizes e Tribunais de Estados diferentes, incluídos, nas duas últimas hipóteses, os do Distrito Federal e os dos</p>	<p>Art 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:</p> <p>I - processar e julgar originariamente:</p> <p>a) os Ministros do Supremo Tribunal;</p> <p>b) os Ministros de Estado, o Procurador-Geral da República, os Juizes dos Apelação dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, os Ministros do Tribunal de Contas e os Embaixadores e Ministros diplomáticos, nos crimes comuns e nos de responsabilidade, salvo quanto aos Ministros de Estado e aos Ministros do Supremo Tribunal Federal, o disposto no final do § 2º, do art. 89 e no art. 100;</p> <p>e) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, ou entre estes;</p> <p>d) os litígios entre nações estrangeiras e a União ou os Estados;</p> <p>e) os conflitos de jurisdicção entre Juizes ou Tribunais de Estados diferentes, incluídos os do Distrito Federal e os dos Territórios;</p> <p>f) a extradição de criminosos, requisitada por outras nações, e a homologação de sentenças estrangeiras;</p>	<p>Art 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:</p> <p>I - processar e julgar originariamente:</p> <p>a) o Presidente da República nos crimes comuns;</p> <p>b) os seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República nos crimes comuns;</p> <p>c) os Ministros de Estado, os Juizes dos Tribunais Superiores Federais, os Desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, os Ministros do Tribunal de Contas e os Chefes de Missão Diplomática em caráter permanente, assim nos crimes comuns como nos de responsabilidade, ressalvado, quanto aos Ministros de Estado, o disposto no final, do art. 92;</p> <p>d) os litígios entre Estados estrangeiros e a União, os Estados, o Distrito Federal ou os Municípios;</p> <p>e) as causas e conflitos entre a União e os Estados ou entre estes;</p> <p>f) os conflitos de jurisdicção entre Juizes ou Tribunais Federais de Justiças diversas, entre quaisquer Juizes ou Tribunais Federais e os dos Estados, e entre Juizes ou Tribunais de Estados</p>	<p>Art. 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:</p> <p>onze Ministros escolhidos cidadãos com mais de trinta e cinco e de sessenta e cinco anos de idade, notável saber jurídico e reputação ilibada;</p> <p>§ único - Os Ministros do Supremo Tribunal Federal nomeados Presidente da República, depois de aprovada a eleição pela maioria absoluta do Senado Federal.</p> <p>Art. 102 - Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda, a Constituição, cabendo-lhe:</p> <p>I - processar e julgar, originariamente:</p> <p>a) a directa inconstitucionalidade de lei ou de decreto normativo federal e estadual e a declaratória de inconstitucionalidade de lei ou de decreto normativo federal;</p> <p>b) as infrações comuns, o Presidente da República, o Presidente, o Vice-Presidente, membros do Congresso Nacional, seus membros, os Ministros e o Procurador-Geral da República;</p> <p>c) as infrações comuns e nos crimes de responsabilidade dos Ministros de Estado e dos Comandantes da Armada, da Aeronáutica e do Espaço, ressalvado o disposto no art. 52, e os membros</p>
---	---	---	---	--	--

## 1. NATUREZA JURÍDICA DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

MARIA HELENA DINIZ ensina que natureza jurídica é o:

“(...) significado último dos institutos jurídicos ou, ainda, a afinidade que um instituto jurídico tem, em diversos pontos, com uma grande categoria jurídica, podendo nela ser incluído a título de classificação”<sup>140</sup>.

E o exame da natureza jurídica do recurso extraordinário principia-se pela compreensão do termo recurso.

A palavra recurso possui diversas conotações<sup>141</sup>.

Mesmo apenas na acepção jurídica, o termo comporta mais de um entendimento.

Possui a expressão – como anota ANTONIO CARLOS MATTEIS DE ARRUDA:

“(...) sentido lato e sentido técnico processual restrito, de tal sorte que, genericamente, recurso significa uma espécie ou modalidade de remédio, ou meio-jurídico processual, passível de ser utilizado para pleitear o auxílio da proteção do Poder Judiciário (‘a parte deve recorrer às vias ordinárias’, ‘a parte deve recorrer ao processo cautelar’, ‘a parte deve recorrer ao Judiciário’, etc), razão pela qual, nesse sentido lato, cabem todos os meios processuais: a ação, a contestação, a exceção, a reconvenção, as medidas preventivas etc. enquanto que, no sentido

---

<sup>140</sup> Maria Helena DINIZ, **Dicionário jurídico**, v. III, São Paulo, Saraiva, 1998, p. 337.

<sup>141</sup> No léxico, a palavra recurso tem os significados de ato ou efeito de recorrer, ou ação pela qual se invoca o auxílio, o socorro ou o valimento de alguém, ou aquilo de que se lança mão para vencer uma dificuldade ou um embaraço, ou meio apropriado para chegar a um fim difícil de ser alcançado, ou auxílio, proteção, socorro, ou remédio, ou abrigo, refúgio, ou, para o direito, ação que compete à pessoa condenada em juízo ou tribunal, para recorrer a outro juízo ou tribunal superior, ou ainda para o direito, ação de garantias, ou pedido de reparação, de indenização, ou ato de apelar ou recorrer para um poder maior, ou no popular, casa onde se aluga quarto para encontros amorosos. Como substantivo masculino, recurso significa bens materiais, dinheiro, haveres, fortuna, ou meios pecuniários, ou elementos de força, de produção de riqueza (por exemplo, país de grandes recursos), ou dotes, faculdades, ou habilitações, possibilidades, aptidões, meios (Aurélio Buarque de Holanda FERREIRA, **Novo dicionário básico da língua portuguesa**, Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1994-95, p. 556; Francisco FERNANDES, **Dicionário de sinônimos e antônimos da língua portuguesa**, Porto Alegre, Globo, 1945, p. 775).

técnico processual restrito, recurso é meio de ataque ou de impugnação de uma decisão judicial”<sup>142</sup>.

Logo, percebe-se que a palavra recurso pode ser empregada de diversas formas e com vários significados, um em complemento ao outro, conforme a conotação seja laica ou jurídica e, quando jurídica, em sentido lato ou em sentido técnico-estrito.

A frase “a parte deve recorrer ao recurso, tendo recursos para fazê-lo” bem evidencia a utilização da palavra recurso nas suas variadas acepções; fragmentando: “a parte deve recorrer ao recurso” significa que a mesma deve utilizar-se de um remédio jurídico-processual para efetivar a prestação favorável da tutela jurisdicional, num sentido lato e na primeira parte da frase e, na segunda, com aspecto estrito, de que o recurso será o tal remédio, enquanto impugnação de determinada decisão judicial que lhe tenha sido desfavorável; por sua vez, a expressão “tendo recursos para fazê-lo” representa a utilização laica do termo recurso, aqui significando estritamente dinheiro, porque uma boa parte dos recursos previstos exigem o preparo, que é o pagamento pecuniário de soma em dinheiro pré-determinada para que seja processado.

Seja como for, centremo-nos na conceituação técnica-jurídica de recurso<sup>143</sup>, em seu sentido estrito.

LUIZ FUX conceitua-o como:

---

<sup>142</sup> Antonio Carlos MATTEIS DE ARRUDA, **Recursos no processo civil: teoria geral e recursos em espécie**, São Paulo, Juarez de Oliveira, 2002.

<sup>143</sup> Adotando, em todos os sentidos, a posição de Gilson Delgado MIRANDA (In: Antônio Carlos MARCATO (Coord.), **Código de Processo Civil interpretado**, São Paulo, Atlas, 2005, p. 1.569), para quem “há duas correntes doutrinárias acerca da natureza jurídica do recurso: (a) de uma ação autônoma e independente (por todos, Emilio Betti, *Diritto processuale civile italiano*); (b) extensão do direito de ação (por todos, Ugo Rocco, *Trattato di diritto processuale civile*; José Carlos Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*; Enrico Tullio Liebman, *Manuale do diritto processuale civile*). Em sentido atual, a tese que se acolhe é a segunda, ou seja, o recurso não tem natureza jurídica de ação autônoma, pois encampa, sim, a extensão do próprio direito de ação.”

“(…) instrumento jurídico processual através do qual, a parte ou outrem autorizado por lei pleiteia, voluntariamente, o reexame da decisão, com o fim de modificá-la, cassá-la ou integrá-la. Enquanto há recurso, há possibilidade de modificação da decisão”<sup>144</sup>.

Em sentido muito próximo, JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA estabelece que:

“(…) recurso, no direito processual civil brasileiro, é o remédio voluntário idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração de decisão judicial que se impugna”<sup>145</sup>.

Seguindo as premissas estabelecidas nas conceituações usuais de recurso feitas pela doutrina brasileira<sup>146</sup> a partir da legislação vigente, podemos conceber recurso como o meio voluntário previsto em lei que a parte, o Ministério Público e o terceiro juridicamente interessado têm para impugnar (dentro da mesma relação jurídica-processual, observados requisitos genéricos e próprios), um pronunciamento judicial com carga decisória que lhe tenha causado sucumbência – e, portanto, para alcançar resultado satisfatório –, mediante

<sup>144</sup> Luiz FUX, **Curso de direito processual civil**, Rio de Janeiro, Forense, 2001.

<sup>145</sup> **Comentários ao Código de Processo Civil**, v. V, 13ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2006, p. 233.

<sup>146</sup> Dentre as conceituações do termo – e instituto – recurso dadas pela doutrina, destacamos que “o recurso é o meio processual que a lei coloca à disposição das partes, do Ministério Público e de um terceiro, a viabilizar, dentro da mesma relação jurídica processual, a anulação, a reforma, a integração ou o esclarecimento da decisão judicial impugnada” (Nelson NERY JUNIOR, **Princípios Fundamentais...cit.**). Adotam-na, tal conceituação, sem variação, José Miguel Garcia MEDINA (**O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial**, 4ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999) e Candido Rangel DINAMARCO (Os efeitos dos recursos, in: Nelson NERY JUNIOR e Teresa Arruda Alvim WAMBIER (Coords.), **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 10.352/2001**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002). Ainda: “recurso é uma espécie de remédio processual que a lei coloca à disposição das partes para impugnação de decisões judiciais, dentro do mesmo processo, com vistas à sua reforma, invalidação, esclarecimento ou integração, bem como para impedir que a decisão impugnada se torne preclusa ou transite em julgado” (Nelson Luiz PINTO, **Manual dos Recursos Cíveis**, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 2002, p. 27). Ou: “(…) os recursos são instrumentos que o ordenamento jurídico coloca à disposição das partes, do Ministério Público ou de terceiro interessado para impugnar decisão judicial, dentro da mesma relação jurídica-processual, com o escopo de reformá-la, anulá-la, aclará-la ou esclarecê-la, a serem julgados pelo mesmo órgão prolator da decisão ou por outro hierarquicamente superior. (Gleydson Kleber Lopes de OLIVEIRA, **Recurso Especial**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 21). Também: “(…) constitui-se o recurso no meio juridicamente idôneo (isto é, previsto pelo ordenamento jurídico positivo), inserido na mesma relação jurídica processual em que foi proferida a sentença ou decisão, objeto de impugnação, através da qual a parte ou o terceiro prejudicado, inconformados com a decisão, pleiteiam novo pronunciamento do órgão superior ou do próprio órgão, que lhe seja favorável. (José Manoel de Arruda ALVIM NETO, Anotações sobre a teoria geral dos recursos, in: Nelson NERY JUNIOR e Teresa Arruda Alvim WAMBIER (Coords.), **Aspectos polêmicos...cit.** pp. 84-85).

reexame pela mesma autoridade judiciária ou hierarquicamente superior, para reformá-lo, invalidá-lo, esclarecê-lo ou mesmo integrá-lo, retardando, desta forma, que se opere preclusão ou trânsito em julgado da decisão impugnada.

Conquanto não seja mister que a lei delimite institutos jurídicos – em que pese, em alguns casos, equivocadamente tê-lo feito o nosso Código de Processo Civil –, cabe registrar que boa parte da doutrina brasileira concebe recurso a partir da lista taxativa prevista no art. 496 do Código de Processo Civil.

Desta forma, claramente crescem ao entendimento de recurso o propósito de esclarecimento ou integração da decisão contra a qual se o interponha, pois somente assim conseguirão nele incluir os embargos de declaração. Nesse sentido, segundo nossa reserva, os embargos de declaração não possuem natureza jurídica recursal e apenas são tratados como tal porque assim estão previstos em lei.

De qualquer forma, quanto à seara recursal e aos elementos comumente utilizados em doutrina para delimitá-lo, examinemos pormenorizadamente cada partícula, a partir do nosso conceito adrede mencionado:

*Como meio* voluntário, diz-se que o recurso é meio voluntário em contraposição à obrigatoriedade que há no reexame necessário<sup>147</sup>.

No recurso, essa voluntariedade tem estrita ligação com o aspecto de ônus que qualifica o ato de recorrer porque, caso o recurso não seja interposto por quem tenha

---

<sup>147</sup> Segundo Luiz FUX, “a ‘voluntariedade’ que marca os recursos distingue-os daquelas causas em função das quais a lei impõe uma dupla aferição jurisdicional antes de torná-la eficazes. Referimo-nos aos casos denominados de duplo grau obrigatório de jurisdição. Nestes, a sentença não produz efeito, tampouco transita em julgado, senão depois de apreciada a causa pelo tribunal; por isso, o juiz deve ordenar a remessa à instância superior haja ou não impugnação voluntária (art. 474 e § único, do CPC). Não se tratando de recurso, mas de condição suspensiva de eficácia da decisão, o regime jurídico que se empresta à remessa obrigatória não é o aplicável aos recursos; por isso, v.g., não são necessários preparos, regularidade formal ou qualquer manifestação da parte em favor da qual foi instituído o duplo grau, permitindo-lhe, inclusive e sem prejuízo, oferecer recurso voluntário simultaneamente.” (**Op. cit.**).



titularidade, não se terá satisfeito interesse próprio, sujeitando-se às conseqüências que seriam a consolidação definitiva dos efeitos da sucumbência<sup>148</sup>.

“Previsto em lei” já que um dos princípios que rege a teoria geral dos recursos é o da taxatividade.

A parte, o Ministério Público e terceiro só podem impugnar uma decisão se houver recurso elencado na lei.

A previsão legislativa de recursos está no art. 496 do Código de Processo Civil<sup>149</sup>. Trata-se de lista exaustiva e não meramente exemplificativa, de sorte que apenas aqueles recursos nele previstos são admitidos pelo sistema processual civil brasileiro como meio idôneo de impugnação, num mesmo processo, de pronunciamento judicial com carga decisória.

---

<sup>148</sup> Ou, como anota Antonio Carlos Matteis de ARRUDA, “daí ser ônus processual e não dever, na medida em que o dever está ordenado à satisfação de um interesse alheio, enquanto o ônus processual dele se diferencia por estar ordenado à satisfação de um interesse próprio, vale dizer, o ônus processual significa que, se a parte não recorrer, estará deixando de satisfazer um interesse próprio e poderá ou não vir a sofrer as conseqüências do ônus, consistente na consolidação e definitividade dos efeitos da sucumbência.” (**Op. cit.**, p. 13)

<sup>149</sup> Por força do inciso I do art. 22 da Constituição da República Federativa do Brasil, compete privativamente à União legislar sobre direito civil, penal, comercial, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho. Desta forma, lei de cunho federal (ordinária, a propósito) poderá criar, alterar ou suprimir recursos. Todavia, a possibilidade de legislação ordinária federal criar, alterar ou suprimir recursos, na forma do inciso I do supracitado artigo da Constituição Federal não alcança os chamados recursos extraordinários (classificação esta sobre a qual discorreremos na seqüência) pois, porque previstos na própria Constituição, não estão sujeitos a este tipo de legislatura. Nesse sentido, fazem-se oportunas as considerações de Antonio Carlos Matteis de ARRUDA, para quem “(...) a Constituição Federal disciplina integralmente o cabimento desse recurso (referindo-se o doutrinador ao recurso extraordinário, mas cuja premissa, *mutatis mutandis*, se aplica também ao recurso especial) circunstância essa que significa não ser possível acrescentar-lhe outros requisitos ou exigências por meio de lei ordinária, uma vez que o legislador ordinário não tem competência para restringir ou ampliar área de cabimento e nem o próprio STF pode, por meio de seu Regimento Interno, introduzir-lhe acréscimos ou alterações. Mas adverte que essas proibições de restrição ou ampliação da área de cabimento do Recurso Extraordinário, não impedem o Supremo Tribunal Federal, ao proceder o julgamento dos casos de interposição desse recurso, de estabelecer em seus julgados ou súmulas, o entendimento quanto a não admissibilidade de Recurso Extraordinário, quando não atendido, pelo recorrente, os pressupostos para seu exercício no caso concreto. Trata-se de interpretação pelo STF dos permissivos constitucionais de admissibilidade à luz do caso concreto, não se constituindo em acréscimos de outros requisitos ou exigências para sua interposição além das que constam da Constituição Federal, mas sim resultado do exercício pleno, pelo STF, de sua competência própria e específica, traçada pela Lei Maior, para proceder com exclusividade, tanto ao juízo de admissibilidade quanto ao juízo de mérito, em relação a tal modalidade recursal.” (**Idem, ibidem**).

Não se deslembre, demais disso, que leis extravagantes podem prever recursos, como, por exemplo, o aquele previsto no § 1º do art. 41 da Lei Federal n.º 9.099/95.

“Que a parte, o Ministério Público e terceiro juridicamente interessado têm” significa que o recurso pode ser interposto pela parte, pelo Ministério Público ou por terceiro juridicamente interessado, e não apenas a parte da relação jurídica-processual – muito embora, é verdade, esta seja a forma mais usual de interposição de recurso.

“Para impugnar” quer dizer o recurso é meio para impugnação de pronunciamento judicial com carga decisória, a partir do qual, consistindo em ônus, a parte, o Ministério Público ou o terceiro pretendem uma posição mais favorável.

A impugnação guarda relação direta de identidade com a sucumbência experimentada, de sorte que só se impugna o que se perdeu ou deixou de ganhar.

“Dentro da mesma relação jurídica-processual” pois a característica preponderante do recurso que o distingue dos demais remédios para a impugnação de um pronunciamento judicial com carga decisória é que o mesmo opera-se dentro da mesma relação jurídica-processual<sup>150</sup>, não inaugurando uma outra<sup>151</sup>.

---

<sup>150</sup> É o que ensina Nelson NERY JÚNIOR (**Princípios fundamentais...cit.**, p. 175). Segundo tal autor, “partindo, portanto, do sistema, da Lei brasileira para indagarmos sobre a qualidade de recurso que um instituto processual possa ter ou não ter, verificaremos que uma característica comum a todos eles dá a nota distintiva: o fato de serem exercitáveis na mesma relação jurídica processual em que foi proferida a decisão recorrida, sem que se instaure um novo processo.”

<sup>151</sup> De sorte que o recurso, sendo, portanto, uma continuidade do processo e não a inauguração de outra relação jurídico-processual, despicienda a outorga de outra procuração, menos ainda a citação da parte contrária, senão intimação para resposta e acompanhamento, e outros desideratos desta mesma natureza. É o que adverte Nelson NERY JUNIOR: “não é demais observar que, como o recurso é interposto no decorrer da relação jurídica processual, sem que se inicie novo processo, seria superfetação determinar-se a citação do recorrido, exigir-se outorga de nova procuração aos advogados, entre outros atos.” (**Ibidem**, mesma página).

Desta maneira, se a impugnação do pronunciamento judicial com carga decisória realizar-se fora do âmbito da relação processual, por meio de nova medida, recurso não se tratará, mas sim um meio autônomo de impugnação<sup>152</sup>. Nada mais.

“Observados requisitos genéricos e próprios”<sup>153</sup> porque o recurso, mesmo que sendo um prolongamento da ação – e, assim, não constituindo uma nova relação jurídica-processual – sujeita-se a requisitos genéricos e próprios.

Estes, conforme a modalidade recursal prevista em lei e utilizada pelo recorrente e, aqueles, comuns a todos.

Consistindo uma nova fase da relação processual – e não em nova relação processual, como dissemos – é correto traçar um paralelo de identidade entre as condições da ação e os pressupostos processuais na fase de conhecimento com aqueles estabelecidos na fase recursal.

“Pronunciamento judicial com carga decisória” é a expressão utilizada em substituição à expressão “decisão”, porque alguns pronunciamentos judiciais não se enquadram na categoria de decisão e, ainda assim, possuem algum elemento decisório; nesta parcela, então, podem ser objeto de recurso.

“Que lhe tenha causado sucumbência” está a dizer que o interesse recursal mede-se pela existência de sucumbência.

---

<sup>152</sup> Ainda segundo Nelson NERY JÚNIOR “(...) se o interessado utilizar o mandado de segurança, o habeas data, o mandado de injunção, a ação rescisória, por exemplo, para impugnar determinada decisão judicial, não se pode falar que houve interposição de recurso, já que esses remédios instauram um novo processo.” (*Ibidem*, mesma página).

<sup>153</sup> Acerca do recurso extraordinário, em particular, o princípio da fungibilidade não o alcança. Voltando-se para o aspecto puramente constitucional, sua interposição é livre de “dúvida objetiva” de sorte que não pode ser recebido se erroneamente interposto como recurso especial nem mesmo pode ser admitido se interposto com base em hipótese equivocada do permissivo constitucional. Aqui, o rigor ostenta natureza absoluta. Voltaremos ao ponto oportunamente.

A parte, o Ministério Público ou o terceiro, para a interposição do recurso, precisa demonstrar a sucumbência e, a partir dela, requerer ao mesmo juiz ou a órgão hierarquicamente superior a este que a reexamine a questão em seu proveito, melhorando sua situação frente ao que se decidir.

E, portanto, “para alcançar resultado satisfatório” no sentido segundo o qual o resultado satisfatório é o provimento do recurso.

Tal como a procedência de um pedido – o que reforça o entendimento de que o recurso é um prolongamento da ação numa nova fase do processo (e não uma nova ação) –, o provimento pode ser total ou parcial.

“Mediante reexame pela mesma autoridade judiciária ou hierarquicamente” pois o reexame do assunto a fim de se chegar a um resultado mais favorável ao recorrente, como acima mencionado, pode ser feito pelo mesmo juiz que tiver julgado o assunto pela primeira vez ou por outro, de posição hierárquica superior.

“Para reformá-lo” visto que a reforma de uma decisão ocorre toda vez que nela houver *error in iudicando*, de sorte que o recurso ensejará nova aplicação – e agora correta – do direito à espécie.

Invalidá-lo na exata medida em que a invalidação de uma decisão ocorre toda vez que nela houver *error in procedendo*.

“Esclarecê-lo ou mesmo integrá-lo”, sendo esta partícula final objeto de construção doutrinária a fim de que os embargos de declaração, porque assim previstos em lei – e apenas por isto – possam ser enquadrados como um dos recursos definidos pela legislação.

“Retardando, desta forma, que se opere preclusão ou trânsito em julgado da decisão impugnada” já que uma das conseqüências do recurso é a de impedir, conforme a natureza jurídica do pronunciamento judicial impugnado, a formação de coisa julgada sobre a decisão recorrida.<sup>154</sup>

Uma vez esmiuçado o conceito de recurso, passemos agora ao exame da natureza jurídica do recurso extraordinário.

Recurso extraordinário é um termo que comporta, pelo menos, 2 (duas) acepções dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

A primeira delas, de sentido lato, representa o grupo de recursos chamados extraordinários ao passo que a segunda, um entre aqueles recursos extraordinários que, *stricto sensu*, também pode ser chamado de recurso extraordinário.

Contudo, alguns ordenamentos jurídicos adotam uma divisão divergente.

No direito estrangeiro, por vezes recurso ordinário será aquele cabível para impugnar decisões judiciais ainda não transitadas em julgado e, de sua vez, extraordinário será o recurso usado para a impugnação de decisões que já tenham alcançado o trânsito em julgado. Ou seja: há no direito estrangeiro a utilização de recurso- no caso, extraordinário – para as hipóteses mesmo de verificação de trânsito em julgado: como dizer que, no direito brasileiro, fosse a ação rescisória um recurso extraordinário – pelo fato de impugnar um decisão já transitada em julgado.

---

<sup>154</sup> Neste particular, a crítica de Nelson NERY JÚNIOR é procedente nos seguintes termos: “(...) costuma-se dizer em doutrina que o recurso tem como conseqüência impedir, evitar a formação da coisa julgada. Preferível, por ser mais exato, dizer-se que sua interposição adia, retarda a verificação da preclusão e/ou coisa julgada. Desde que proferida a decisão judicial, a preclusão vai inevitavelmente ocorrer; prolatada a sentença de mérito, a coisa julgada é dela decorrência inexorável. Não se nos afigura correto dizer-se que a interposição de recurso impede ou evita a coisa julgada, pois esta circunstância é conseqüência do princípio da inevitabilidade da jurisdição, aliado à sujeição das partes ao resultado da atividade jurisdicional, em face da própria essência da jurisdição, de atividade estatal substitutiva da vontade das partes.” (**Princípios fundamentais...cit.**, p. 176).

Seja como for, no ordenamento jurídico brasileiro vigente, conforme dissemos, só se pode falar em recurso enquanto não constituída a coisa julgada. Quando a mesma for existente, o remédio deixará de ser recurso para ser outro, autônomo – e fora daquela relação jurídica-processual –, de impugnação.

Entre nós não prospera tal divisão.

Podendo um pronunciamento judicial com carga decisória ser atacado por um remédio endo-processual, de que é evidência o recurso, deve-se considerar que, ainda nesta categoria, existem classes distintas, quais sejam, o recurso comum (ou ordinário) e o recurso excepcional (ou extraordinário *lato sensu*), neste se compreendendo o extraordinário *stricto sensu*.

Via de regra, os recursos ordinários previstos na processualística civil brasileira são o de apelação, o de agravo, os embargos infringentes, os embargos de declaração e o recurso ordinário, seguindo a ordem prevista nos incisos I a V do art. 496 do Código de Processo Civil.

Os recursos extraordinários *lato sensu* previstos no ordenamento processual civil vigente são, a seu turno, o recurso especial, o recurso extraordinário e os embargos de divergência em recurso especial e em recurso extraordinário *stricto sensu*, seguindo-se a ordem dos incisos VI a VIII do mesmo dispositivo mencionado<sup>155, 156 e 157</sup>.

---

<sup>155</sup> No mesmo sentido desta afirmação, Nelson Luiz PINTO, para quem, “dependendo do objeto a que visa o sistema jurídico imediatamente tutelar através dos recursos, podem eles, ainda, ser classificados em ordinários e extraordinários. (...) Os recursos ordinários (previstos nos incisos I a V do art. 496 do CPC) são criados e, pois, utilizados objetivando proteger, imediatamente, o direito subjetivo das partes litigantes contra eventual vício ou injustiça da decisão judicial, entendendo-se como injusta a decisão que não aplica adequadamente o Direito aos fatos retratados no processo. Já os recursos extraordinários (incisos VI, VII e VIII, do art. 496 do CPC) têm como objeto imediato a tutela do direito objetivo, ou seja, das leis e tratados federais, no caso do recurso especial; da Constituição Federal, no caso do recurso extraordinário *stricto sensu*; e de ambos, no caso dos embargos de divergência. Somente de uma forma reflexa ou mediata protegem estes recursos o direito subjetivo da parte, apesar de ser este o objeto psicológico direto que impulsiona a parte a recorrer. Entretanto,

A adoção da classificação dos recursos em classe ordinária e em classe extraordinária guarda relação de identidade com a outra forma de classificação dos recursos.

Malgrado também os embargos de declaração sejam de fundamentação vinculada – porque serão cabíveis apenas e se a parte demonstrar a omissão, a obscuridade ou contradição –, classicamente os recursos extraordinários *lato sensu* são de fundamentação vinculada, ao passo que os recursos ordinários são de fundamentação livre.

A classificação recursal proposta leva em consideração a opção legislativa quanto ao cabimento do recurso, de sorte que a lei é que estabelecerá se a parte está livre para interpor o recurso, no que refere à fundamentação, ou se está sujeita a determinados limites<sup>158</sup>.

Ainda no tocante a estas 2 (duas) classificações recursais, temos que tanto a categoria de recurso ordinário e extraordinário *lato sensu* quanto a categoria de fundamentação livre e fundamentação vinculada identificam-se com a estrutura do Poder Judiciário brasileiro.

---

para o sistema não importa a eventual injustiça da decisão no caso concreto, ao se examinar esses recursos, pois foram eles criados especialmente para garantir a integridade do sistema jurídico federal e o respeito à disposições constitucionais. Ainda que para a parte recorrente o objetivo de qualquer recurso seja a imediata proteção de seu direito subjetivo, sob a ótica do legislador a função desses recursos extraordinários é a proteção do direito objetivo, mesmo que sempre dependendo da atuação voluntária da parte.” (**Op. cit.**, p. 36-37).

<sup>156</sup> Também admitindo a classificação dos recursos em de tipo comum (ou ordinário) e de tipo excepcional (ou extraordinário), mas com pequena variação quanto à classificação dos embargos de divergência – pois para ele considerados como pertencentes à primeira categoria (ao contrário da concepção transcrita na nota anterior) –, Rodolfo de Camargo MANCUSO, para quem “(...) dentre os recursos, parece válido e útil distingui-los em de tipo comum ou ordinário e de tipo excepcional, cabendo nesta última classe o extraordinário e o especial.” (**Recurso extraordinário e recurso especial**, 7ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001).

<sup>157</sup> José Carlos Barbosa MOREIRA, no entanto, rejeita a classificação dos recursos em ordinários e extraordinários por não vislumbrar relevância alguma, prática ou teórica, uma vez que os chamados recursos extraordinários não teriam particularidades que assim o justifica-se.

<sup>158</sup> Nelson Luiz PINTO elucida o assunto do seguinte modo: “o recurso poderá, ainda, ser de fundamentação livre ou vinculada. Há casos em que a lei, ao estabelecer as hipóteses de cabimento do recurso, limita sua fundamentação, ou seja, o tipo de crítica que se pode fazer à decisão através do recurso. Outras vezes a lei deixa a parte livre para, em seu recurso, deduzir qualquer tipo de crítica em relação à decisão, sem que isto tenha influência na admissibilidade do mesmo. Estes últimos são de fundamentação livre, e aqueles de fundamentação vinculada.” (**Op. cit.**, p. 35). Adiante, o citado autor complementa suas idéias sobre aos chamados recursos extraordinários *lato sensu*: “diferentemente ocorre com os recursos especial e extraordinário, que são tipicamente recursos de fundamentação vinculada, pois têm seus respectivos conhecimentos condicionados ao tipo de crítica dirigida à decisão recorrida, delimitada por lei (arts. 102, III, e 105, III, da CF). Esses recursos encontram na lei, em enumeração taxativa, os tipos de vícios que podem ser apontados na decisão recorrida.” (**Idem, ibidem**, p. 36).

Assim sendo, os recursos ordinários – que, em regra, têm fundamentação livre – são aqueles utilizados na passagem da primeira para a segunda instância, ao passo em que os recursos extraordinários *lato sensu* e de fundamentação vinculada são os utilizados na passagem da segunda ou mesmo originária para superior instância, ou para a eliminação de divergência, ou para a unificação da aplicação do direito federal *infraconstitucional* ou para a defesa da Constituição. Observa-se, contudo, que o recurso ordinário *stricto sensu* pertence à primeira categoria.

É justamente neste contexto que se aplica o conceito de instância superior, consistente no aparelhamento jurisdicional reservado à tutela da unificação da aplicação do direito federal de natureza *infraconstitucional* no território brasileiro – em toda hora bem vindo, diga-se de passagem –, que se faz por meio do recurso especial (e, com mais detalhe ainda, nos embargos de divergência interpostos contra acórdãos proferidos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça) e da preservação dos dispositivos (e princípios) da Constituição da República Federativa do Brasil, inclusive como evidência do postulado maior do Estado brasileiro, o de ser um Estado Social e Democrático de Direito.

Elevada distinção cabe ao recurso extraordinário *stricto sensu*.

Assume relevo, a esta altura, a explicitação da idéia de que a estrutura do Poder Judiciário brasileiro compreende a primeira, a segunda e a superior instância, de sorte que os Tribunais Superiores e o Supremo Tribunal Federal, quando funcionam como órgãos *ad quem* de julgamento de recurso especial e de recurso extraordinário – e não, portanto, na condição de instância originária ou de segundo grau, como no caso do recurso ordinário constitucional – não podem ser qualificados como terceira, quarta ou quinta instância (esta, no caso do recurso extraordinário ser interposto contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça proferido no âmbito do recurso especial).



Nessas circunstâncias, funcionando o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça como instância superior, é que surge o conceito de instância de superposição.

Somadas todas estas considerações, pode-se dizer que o recurso extraordinário<sup>159-160-</sup>

<sup>161-162-163-164</sup> *stricto sensu* é um meio de impugnação de decisão judicial de fundamentação

---

<sup>159</sup> Rodolfo de Camargo MANCUSO (**Recursos...cit.**, p. 123) traça as características do recurso extraordinário, chegando mesmo a dizer – com acerto – sejam comuns ao do especial; daí porque os trata de excepcionais: “a) exigem o prévio esgotamento das instâncias ordinárias; b) não são vocacionados à correção da injustiça do julgado recorrido; c) não servem para a mera revisão da matéria de fato; d) apresentam um sistema de admissibilidade desdobrado ou bipartido, com uma fase perante o Tribunal a quo e outra perante o ad quem; e) os fundamentos específicos de sua admissibilidade estão na CF e não no CPC; f) a execução que se faça na sua pendência é provisória”.

<sup>160</sup> Antonio Cláudio da Costa MACHADO (**Código de Processo civil Interpretado**, Barueri, Manole, 2006, p. 934), ao comentar o artigo 496 do Código de Processo Civil, versa sobre recurso extraordinário: “este art. 496 elenca os principais recursos ordinários existentes no sistema processual (incs. I, II, III e V) – além desses, v.g. existem os chamados embargos infringentes da execução fiscal). Bem como os dois recursos especiais instituídos pela CF (incs. VI e VII), que, desde a Reforma de 1994, têm seu procedimento disciplinado pelo CPC. Recursos ordinários são aqueles que existem apenas para permitir o exercício do direito ao duplo grau de jurisdição, o exercício da faculdade da parte de se inconformar com uma decisão (apelação, agravo, embargos infringentes, recurso ordinário). Especiais são aqueles instituídos com a finalidade de assegurar a autoridade, da Constituição (recurso extraordinário) ou a autoridade, a supremacia, e a uniformidade interpretativa, da Lei federal (recurso especial)”.

<sup>161</sup> Luiz FUX (**Op. cit.**, pp. 939-940) afirma que o recurso especial é o recurso extraordinário têm base comum, decorrente ainda “(...) da característica de que ambos revelam seus pressupostos primários na Constituição Federal, bem como seus pressupostos jus-políticos também são os mesmos, uma vez que tutelam ‘imediatamente’ a ordem jurídica. (...) Tratam-se de recursos que pertencem ao sub-ramo do ‘direito processual constitucional’, em razão da fonte legal de onde promanam. Essa eminência constitucional que alcançaram também responde pela autorização concedida a esses tribunais superiores para regular em minúcias o trâmite desses meios excepcionais de impugnação, tanto mais que cabe a cada um deles a interpretação autêntica das normas que tutelam. Aliás, os termos ‘extraordinário’ e ‘especial’ indicam a singularidade do cabimento dessas impugnações.”

<sup>162</sup> Sergio Sahione FADEL (**Código de Processo Civil Comentado**, 7ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2003, p. 689) explica que “o recurso extraordinário tem uma função transcendental no sistema judiciário brasileiro. Ele nasceu como uma exigência do regime federativo que, supondo a dualidade legislativa emanada da União e dos Estados, reconhece, contudo, a supremacia, da Constituição e das leis federais, cuja vigência de estende a todo o território da República. E para zelar pela supremacia e uniformidade das normas constitucionais, em face de decisões que contrariem a Constituição, declarem a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, ou julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face, da Constituição (art. 102, III, “a” a “c”) foi instituído o recurso extraordinário”. Deve-se atentar para as hipóteses de cabimento pós reforma-constitucional de 2004, advertimos, posto a obra citada ser-lhe anterior.

<sup>163</sup> Nelson NERY JUNIOR e Rosa Maria de Andrade NERY (**Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**, 10ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 795) esclarecem que “embora os RE e RESp sejam recursos de fundamentação vinculada, cabíveis apenas de questões de direito, a norma” – (CPC, art. 541, I) – “exige que sejam mencionados os fatos constitutivos do pedido do recorrente, bem como as razões de direito de sua irresignação recursal.”

<sup>164</sup> José Afonso da SILVA (**Do recurso extraordinário no direito processual civil**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1963, pp. 103-104) esclarece: “a natureza do Recurso Extraordinário, portanto, deve desumir de sua essência e não do seu nome ou do fato de figurar entre os recursos. Examinando-o, descobriremos os seguintes elementos: 1, é um remédio da parte sucumbente para impugnar uma decisão desfavorável, como os demais recursos processuais; 2, interpõe-se de decisão ainda não passado em julgado, vale dizer, prolonga a relação processual, cujo fim definitivo somente se constitui com a sentença que lhe decidir o mérito, ou lhe truncar o andamento por falta de um pressuposto de seu procedimento; 3, em consequência, sua interposição suspende o prazo para que se opere a suma preclusão da sentença impugnada. Por causa do Recurso

vinculada – vinculação esta predeterminada no permissivo constitucional – por meio do qual a parte, o Ministério Público ou o terceiro juridicamente interessado pleitearão, ao Supremo Tribunal Federal, o restabelecimento da ordem constitucional, dentro de um determinado processo – e desde que haja repercussão geral da questão constitucional nele versada.

---

Extraordinário, pode-se afirmar que qualquer decisão, de única ou de última instância, só se transforma em coisa julgada, após decorrido o prazo de dez dias para a sua interposição.” (a questão do prazo refere-se à sistemática anterior, de quando escrito o texto). Adiante, segue lição importante do tratadista: “do Recurso Extraordinário se pode afirmar o mesmo que dissera CALAMANDREI da cassação italiana: permite ao Supremo Tribunal federal fazer com que marchem, a igual passo, o interesse individual na justiça do caso singular e o interesse público na interpretação exata, da Lei em abstrato.” Prossegue: “seu fundamento e sua finalidade são, pois, político-constitucionais. Mas isto não lhe retira o caráter, eminentemente, processual. É um meio processual que o Estado pôs à disposição das partes, para que, defendendo o próprio interesse subjetivo, dêem ao Pretório Excelso o instrumento de controle da unidade do Direito nacional e, sobretudo, da supremacia, da Constituição” (explique-se: escrito antes, da Constituição Federal de 1988). Por fim, extraímos de José Afonso da SILVA o conceito de recurso extraordinário e suas implicações, devendo ser lido e compreendido de acordo com a vigente sistemática constitucional: “a análise da natureza, finalidade, fundamento e índole do Recurso Extraordinário permite-nos conceituá-lo como um meio de impugnação de decisões judiciais desfavoráveis, de única ou de última instância, dirigido ao Supremo Tribunal Federal, por motivo de violação da supremacia constitucional ou da incolumidade e uniformidade de interpretação do Direito Federal. O exame do conceito revela: a) a natureza jurídica do recurso na expressão ‘meio de impugnação de decisões judiciais desfavoráveis’; no qualificativo ‘desfavoráveis’ está a indicação do interesse individual de recorrer, cabível, em regra, apenas à parte sucumbente; b) seu fundamento, sua finalidade decorrem da expressão ‘por motivo de violação da supremacia constitucional ou da incolumidade e da uniformidade de interpretação do Direito Federal’; c) e, ainda, o órgão competente para julgá-lo, na expressão ‘dirigido ao Supremo Tribunal Federal’; d) e mais: em síntese, seus pressupostos constitucionais (que serão objeto de análise no Título seguinte), nas expressões ‘finais de única ou última instância’ e ‘por motivo de violação da supremacia constitucional ou da incolumidade e da uniformidade de interpretação do Direito Federal’”.

## 2. HIPÓTESES LEGAIS DE SEU CABIMENTO

O recurso extraordinário tem o seu cabimento previsto na Constituição Federal<sup>165-166</sup>. A afirmação embora possa parecer simples, precisa ser entendida em sua exata extensão. Significa dizer: não é dado à lei<sup>167</sup>, ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal<sup>168</sup> nem à súmula da sua jurisprudência predominante modificar, sob qualquer rubrica, as hipóteses de cabimento do recurso extraordinário – como a qualquer elemento a ele relacionado<sup>169</sup> – e também do recurso especial<sup>170</sup>, previstas com exclusividade na Constituição

---

<sup>165</sup> É conveniente destacar que a Constituição Federal de 1988 trouxe substancial modificação de atuação do Supremo Tribunal Federal, reservando-lhe a guarda da Constituição, deixando as questões federais infraconstitucionais ao exame do Superior Tribunal de Justiça, por ela criado. Confira-se o registro de Antonio Carlos Matteis de ARRUDA (**Op. cit.**, p. 273): “a Constituição Federal promulgada em 5 de outubro de 1988 trouxe (...) relevante modificação na estrutura do Poder Judiciário no Capítulo III (Do Poder Judiciário), criando, ao lado do Supremo Tribunal Federal (art. 92, I), o Superior Tribunal de Justiça. Com a criação do novo tribunal, alterou-se a anterior competência recursal, que era atribuída ao Supremo Tribunal federal de julgar, via Recurso Extraordinário, tanto as causas atinentes à preservação e supremacia das normas constitucionais quanto às causas decididas em única ou última instância pelo tribunais, a respeito do direito federal. Estas últimas (questões federais comuns) foram atribuídas ao novo tribunal a quem compete velar pela autoridade, integridade e unicidade do direito federal em nível infra-constitucional. Ficou reservado à competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal ‘... precipuamente, a guarda da Constituição...’, velando, portanto, em caráter primacial, pela integridade, da Lei Maior (...)”

<sup>166</sup> Luiz FUX (**Op. cit.**, p. 939) ensina que “a base comum desses recursos” – especial e extraordinário, explico – “decorre, ainda da característica de que ambos revelam seus pressupostos primários na Constituição Federal, bem como seus pressupostos jus-políticos também são os mesmos, uma vez que tutelam ‘imediatamente’ a ordem jurídica. (...) Tratam-se de recursos que pertencem ao sub-ramo do ‘direito processual constitucional’, em razão da fonte legal donde promanam. Essa eminência constitucional que alcançaram também responde pela autorização concedida a esses tribunais superiores para regular em minúcias o trâmite desses meios excepcionais de impugnação, tanto mais que cabe a cada um deles a interpretação autêntica das normas que tutelam. Aliás, os termos ‘extraordinário’ e ‘especial’ indicam a singularidade do cabimento dessas impugnações.”

<sup>167</sup> Mas é lícito que a lei regre o processamento do recurso extraordinário. Nos dizeres de Rodolfo de Camargo MANCUSO (**Op. cit.**, p. 182) “(...) no CPC encontramos apenas a parte que diríamos procedimental (prazo, modo de interposição, contraditório no juízo de admissibilidade a quo, agravo de despacho que negue seguimento), dado não haver, na matéria, maior espaço para o legislador ordinário federal – CF, art. 22, I. No mais, isto é, no que concerne ao fundamento, ao mérito, ao fulcro desses recursos, as leis processuais se calam, porque os Tribunais Superiores é que verificarão esses aspectos, à luz dos permissivos constitucionais. Aliás o art. 541 do CPC diz, apropriadamente, que esses recursos serão interpostos ‘nos casos previstos na Constituição Federal’”.

<sup>168</sup> Nelson NERY JR e Rosa Maria de Andrade NERY (**Constituição...cit.**, p. 277) asseveram que “porque expressas na CF e na lei federal, o RISTF não pode alterar: a) a composição da Corte; b) sua competência. No julgamento das causas de sua competência originária ou recursal, é vedado ao STF regular no RISTF matéria de direito processual, sendo-lhe defeso exigir requisitos processuais além dos enumerados na CF ou na lei federal, bem como dispensar outros cuja indispensabilidade vem mencionada na CF ou na lei federal.”

<sup>169</sup> Seguramente não foi o que se deu com a edição da Lei 11.418/2006 que, a pretexto de disciplinar a repercussão geral da questão constitucional como requisito de admissibilidade de recurso extraordinário, conforme a Emenda Constitucional 45, que regulamenta, acabou por introduzir mudanças estruturais no recurso extraordinário, como, em capítulo próprio, teremos a oportunidade de registrar em detalhes.

<sup>170</sup> Mas nem sempre foi assim. Sistemas constitucionais pretéritos permitiam, por exemplo, ao Supremo Tribunal Federal, por meio do seu Regimento Interno, estipulasse requisitos outros de cabimento que não os

Federal<sup>171</sup>. E, de outro lado, é preciso compreender que o Supremo Tribunal Federal<sup>172</sup>, respeitando o texto constitucional, pode (e deve) interpretá-lo<sup>173</sup>, inclusive no que refere ao próprio cabimento do recurso extraordinário visto sob o foco dos requisitos nele previstos<sup>174</sup>. Destaque-se, inclusive, que o Supremo Tribunal Federal pode – respeitado limite<sup>175</sup> jurisprudencial – em recurso extraordinário, examinar a decisão do Superior Tribunal de Justiça a respeito do cabimento do recurso especial, uma vez que seus pressupostos, a exemplo dos do recurso extraordinário, estão na Constituição Federal. Voltaremos ao tema

expressos no bojo do texto constitucional. José Carlos Barbosa MOREIRA (**Comentários...cit.**, p. 590) anota: “o cabimento do recurso extraordinário está fixado no art. 102, n. III, letras a a d, da Constituição da República (...). Até 1988, o Supremo Tribunal Federal estava autorizado a estabelecer, no seu Regimento Interno, requisitos suplementares de cabimento do recurso extraordinário. (...) Tal possibilidade cessou com o advento da nova Constituição. A disciplina do cabimento, hoje, está toda no próprio texto constitucional; nem a lei ordinária, nem disposição regimental pode introduzir-lhe acréscimos ou quaisquer outras alterações.”

<sup>171</sup> Também por isto evidencia-se, segundo Rodolfo de Camargo MANCUSO (**Op. cit.**, p. 182) o caráter excepcional do extraordinário e do especial: “outra circunstância reveladora de que os recursos extraordinário e especial pertencem à classe dos ‘excepcionais’ reside em que seus pressupostos não são dados pela lei processual, e sim pela Constituição Federal. O que, bem examinado, não deveria causar espécie, já que ambos não são recursos comuns, desses a que a simples sucumbência basta para liberar o exercício: exigem um plus, que, respectivamente, vem a ser a questão constitucional e a questão federal. Corolariamente, mais do que recursos, são meios de possibilitar ao STF o controle da constitucionalidade e ao STJ o controle da validade, inteireza positiva, autoridade e uniformidade do direito federal, comum (...)”

<sup>172</sup> É o que nos ensina João Claudino de Oliveira e CRUZ (**Dos recursos no Código de Processo Civil**, Rio de Janeiro, Forense, 1954, p. 383): “cabe ao Supremo Tribunal Federal fixar a verdadeira inteligência dos dispositivos constitucionais mencionados, orientando, assim, quanto ao cabimento do recurso em tese, como mais alto intérprete da Lei magna.”

<sup>173</sup> Oportuna, nesse passo, a lição do Ministro Alexandre de MORAES (**Constituição do Brasil Interpretada**, São Paulo, Atlas, p. 1.508): “como garantia de respeito à Constituição Federal, o legislador constituinte erigiu o STF em guardião da Constituição, consagrando sua competência recursal extraordinária para que, por via recursal, possa assegurar a supremacia das normas constitucionais, de acordo com sua própria hermenêutica.”

<sup>174</sup> Antonio Carlos Matteis de ARRUDA (**Op. cit.**, p. 284) deduz que “a competência recursal extraordinária é atribuída com exclusividade ao Supremo Tribunal Federal (...) a Constituição Federal disciplina integralmente o cabimento desse recurso, circunstância essa que significa não ser possível acrescentar-lhe outros requisitos ou exigências por meio de lei ordinária, uma vez que o legislador ordinário não tem competência para restringir ou ampliar sua área de cabimento e nem o próprio STF pode, por meio de seu Regimento Interno, introduzir-lhe acréscimos ou alterações. Essas proibições de restrição ou ampliação da área de cabimento do Recurso Extraordinário, não impedem o Supremo Tribunal Federal, ao proceder o julgamento dos casos de interposição desse recurso, de estabelecer em seus julgados ou súmulas, o entendimento quanto a não admissibilidade do Recurso Extraordinário, quando não atendido, pelo recorrente, os pressupostos para seu exercício no caso concreto. Trata-se de interpretação pelo STF dos permissivos constitucionais de admissibilidade à luz do caso concreto, não se constituindo em acréscimos de outros requisitos ou exigências para sua interposição além das que constam da Constituição Federal, mas sim resultado do exercício pleno, pelo STF, de sua competência própria e específica, traçada pela Lei Maior, para proceder com exclusividade, tanto ao juízo de admissibilidade quanto ao juízo de mérito, em relação a tal modalidade recursal.”

<sup>175</sup> Nesse sentido e delimitando a abrangência de eventual extraordinário: “a alegação de ofensa do art. 105, III, CF pode servir de base a recurso extraordinário quando, para conhecer ou não conhecer do recurso especial, a decisão do STJ contiver proposição contrária, em tese, aos seus pressupostos típicos de admissibilidade, que aquele preceito constitucional define; não cabe, porém, o extraordinário para o reexame das premissas concretas de que haja partido a decisão do STJ, em tese, correta” (RSTJ 180/680)

linhas abaixo, quando tratarmos da possibilidade de interposição de recurso extraordinário contra decisão proferida no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

Por isto está muito correto RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO quando, do somatório das *normas* relacionadas ao recurso extraordinário – Constituição Federal, Código de Processo Civil, Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e a súmula da sua jurisprudência predominante – demonstra como e de que forma se deva proceder à interposição do recurso extraordinário, falando também do recurso especial:

“(...) a dualidade procedimental desses recursos impõe que o advogado labore com várias normações: a) *CF*, para saber se o recurso é *cabível*, isto é, se a *fattispecie* corresponde aos modelos previstos nos arts. 102, III, ou, 105, III, conforme o caso; b) *CPC*, na parte geral dos recursos (arts. 496 a 512), e, especificamente, os arts. 541 a 545 e art. 557, para ser observado o rito (prazo, preparo, contraditório, limites do juízo de admissibilidade); c) *regimentos internos* do STF ou do STJ e demais normas procedimentais extravagantes (resoluções, instruções normativas), para bem se inteirar do *iter* a ser seguido nessas Cortes Superiores; d) *súmulas e jurisprudência dominante* do STF e do STJ”<sup>176-177-178</sup>.

É comum no linguajar forense, tanto na petição de interposição do recurso extraordinário, quanto nos juízos provisório e definitivo de admissibilidade, quanto, ainda, nos votos dados no julgamento do recurso, por ministro integrante do Supremo Tribunal Federal, a utilização da expressão “com fundamento” em *tal* letra do “permissivo constitucional”.

---

<sup>176</sup> Esta passagem reafirma nosso convencimento – que no final do trabalho será exposto *de lege ferenda* – de que o exercício da advocacia nos Tribunais Superiores e no Supremo Tribunal Federal, nele sobretudo, deva ser limitado a profissionais credenciados.

<sup>177</sup> É a mesma posição de Nelson NERY JR e Rosa Maria de Andrade NERY (**Código de Processo Civil...cit.**, p. 795): “os CPC 541 a 546 apenas fixaram regras para o procedimento do RE e do RESP, não podendo alargar ou diminuir as hipóteses de cabimento, tampouco alterar as competências do STF e do STJ, fixadas na CF.”

<sup>178</sup> Prosseguiu dizendo que seria este outro fator para se identificar os recursos extraordinário e especial como excepcionais: “a necessidade da consulta a todo esse arsenal, em verdade, é mais um indicativo de que o RE e o REsp não são recursos de tipo comum, porém meios impugnativos excepcionais, tanto em seu conteúdo como nos aspectos procedimentais.” (**Op. cit.**).

Com a recente modificação constitucional brasileira, o recurso extraordinário, em razão da Emenda Constitucional n.º 45<sup>179</sup>, passou a ter mais uma hipótese de cabimento; hoje, proclama o artigo 102, III, letras *a* a *d*, da Constituição Federal quando cabe o recurso extraordinário:

“Art. 102. 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<sup>180</sup>, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou de 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.<sup>181</sup>

§ 3º. No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da Lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de 2/3 (dois terços) de seus membros”<sup>182</sup>.

Antes do exame individual das hipóteses de cabimento do recurso extraordinário – e sem querer conflitar com temática que possa vir a ser tratada em capítulo ou item específico desta dissertação – é interessante um comentário geral sobre o cabimento do recurso extraordinário à luz da previsão constitucional, com exame das principais locuções constantes do *permissivo*:

---

<sup>179</sup> Não se perca de vista que, além das hipóteses de cabimento previstas nas letras a a d do permissivo constitucional, também a Emenda Constitucional condicionou um requisito genérico e especial de admissibilidade do recurso extraordinário: a repercussão geral da questão constitucional nele discutida, regulada pela Lei 11.418, de 19 de dezembro de 2006 e que é objeto de capítulo próprio desta dissertação.

<sup>180</sup> Especialmente nesta parte, confira-se a substancial diferença com a previsão constitucional de cabimento de recurso especial – que leva a maioria da doutrina e a jurisprudência à afirmação de não ser cabível recurso especial nas causas do âmbito do Juizado Especial: “Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: III – 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 válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal; c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal; d) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal.”

<sup>181</sup> Acrescentado pela EC 45/04.

<sup>182</sup> *Idem* à nota anterior.

“julgar mediante recurso extraordinário” – o alcance do verbo julgar é também amplo<sup>183</sup>, uma vez que ao Supremo Tribunal Federal compete a admissão, o reexame e eventualmente um novo provimento. Consigne-se, outrossim, que, a despeito do juízo inicial e provisório de admissibilidade do recurso extraordinário realizar-se no âmbito dos órgãos *a quo*, a palavra final sobre a admissão pertencerá ao Supremo Tribunal Federal, desde que a parte interponha recurso de agravo. Voltaremos ao tema à luz do particular do juízo de admissibilidade em função da repercussão geral.

“causas decididas<sup>184</sup>” – considera-se o termo causa<sup>185</sup> em sua utilização mais abrangente<sup>186-187-188</sup>, nem mesmo sendo o caso de que a decisão a ser objeto de recurso

---

<sup>183</sup> É a lição de Rodolfo de Camargo MANCUSO (**Op. cit.**, p. 182): “quando a CF usa as expressões ‘julgar, mediante recurso extraordinário’ e ‘julgar, em recurso especial’ (arts. 102, III, e 105, III), conforme se trate, respectivamente do STF e do STJ, quer significar que se trata de julgamento completo (juízo de admissibilidade, reexame do mérito e novo provimento sobre este) (...)”

<sup>184</sup> Decididas, vale dizer, nos termos do inciso IX do artigo 93 da Constituição Federal, isto é, devidamente fundamentadas. É também por este motivo que um acórdão omissivo e contra tenham sido opostos embargos de declaração prequestionadores é nulo e não desafia, só pela oposição deles, recurso para o Supremo Tribunal Federal e/ou para o Superior Tribunal de Justiça. Abordaremos o tema com maior profundidade em capítulo próprio, quando tratarmos do presquestionamento e dos verbetes da Súmula do STF e da Súmula do STJ sobre o assunto, adiantando que hoje em dia a jurisprudência tem adotado duas saídas: seja o recurso interposto em função da omissão e também da matéria de fundo, nele versada, infra-constitucional ou constitucional – conforme caso.

<sup>185</sup> Conforme Nelson NERY JR e Rosa Maria de Andrade NERY (**Constituição Federal...cit.**, p. 279) “para efeito de impugnabilidade por recurso extraordinário, causa é toda questão decidida por meio de atividade jurisdicional, em última ou única instância. Questões administrativas, ainda que decididas por órgão do Poder Judiciário, não se configuram como causa para fins de RE.”

<sup>186</sup> Esta maior abrangência alcança inclusive as diversas espécies de demanda ou de postulação judiciária, como a partir da lição de Castro NUNES ensina Celso Ribeiro BASTOS (**Comentários à Constituição do Brasil**, v. IV, São Paulo, Saraiva, p. 220): “o texto constitucional emprega a palavra causa no seu sentido mais amplo e compreensivo. É todo procedimento em que se decida do direito da parte. Não é preciso que seja, formalmente, uma ação. Qualquer processo, seja de que natureza for, se nele for proferida decisão de que resulte comprometida uma lei federal, é causa para efeitos do recurso extraordinário. Aliás, é essa acepção que corresponde à palavra causa na terminologia forense – processos judiciários, seja qual for sua natureza ou fim. (Teoria e prática do Poder Judiciário, 1943, p. 328)”. Adiante, o próprio Celso BASTOS expôs que “(...) não cabe recurso extraordinário contra decisões do Tribunal de Contas (...) porque, não exercendo função jurisdicional, já que não é órgão do Poder Judiciário, suas decisões não ensejam o remédio excepcional.”

<sup>187</sup> É o que também assevera Marcelo Andrade FÉRES (Do recurso extraordinário, in: Marcelo Andrade FÉRES e Paulo Gustavo M. CARVALHO, **Processo nos tribunais superiores**, São Paulo, Saraiva, 2006, p. 625): “(...) tal locução há de ser interpretada em sentido amplo, de modo a albergar, em geral, toda e qualquer decisão proferida em única ou última instância por órgãos jurisdicionais. Não importa o conteúdo do decisório, se proferido em processo de conhecimento, cautelar ou de execução. É irrelevante, por exemplo, se a decisão é uma interlocutória, uma sentença ou um acórdão.”

<sup>188</sup> João Claudino de Oliveira e CRUZ (**Dos recursos...cit.**, p. 382), com suporte em precedentes do Supremo Tribunal Federal e na doutrina de CASTRO NUNES, assinala que “o dispositivo constitucional emprega a palavra causas. O sentido de tal palavra é amplo. Não se confunde com ação. Se todas as ações são causas, nem todas as causas são ações. A causa é gênero, de que a ação é espécie. ‘Qualquer processo’ – diz

extraordinário verse sobre o mérito<sup>189</sup>. Excluídas, todavia, as decisões de caráter meramente administrativo<sup>190</sup>, ainda que proferidas por tribunais ou juízes.

“em única ou última instância<sup>191-192</sup>” – a necessidade de a decisão<sup>193</sup> ser de única<sup>194</sup> ou última instância refere-se à sua irrecorribilidade ordinária<sup>195</sup>, isto é, contra ela só podem

Castro Nunes – ‘seja de que natureza for, se nele for proferida decisão de que resulte comprometida lei federal, é uma causa para os efeitos de recurso extraordinário’. O Supremo Tribunal Federal, pelo voto vencedor de OROZIMBO NONATO e em sessão plena, fixou o entendimento de que a palavra causa, no texto constitucional sobre recurso extraordinário, tem o sentido amplo de questão, de controvérsia. (S.T.F., acórdão de 11-7-47, in apenso ao Diário da Justiça de 7-2-49, p. 565, apud ALEXANDRFE DE PAULA. Em outro acórdão da 1 Turma: ‘a reclamação, embora sem forma regular de ação, conceitua-se como causa para efeitos do recurso extraordinário, desde que por ela se decidiu do direito das partes’ (acórdão de 18-10-48, Arquivo Judiciário, vol. 89, p. 407).”

<sup>189</sup> Neste sentido, José Carlos Barbosa MOREIRA (**Comentários...cit.**, v. V, p. 593): “não obstante fale o texto constitucional em ‘causas decididas’, o melhor entendimento é o de que a decisão não precisa versar sobre o mérito”.

<sup>190</sup> Sobre o descabimento de recurso extraordinário quando se tratar de decisão de caráter administrativo, Nelson NERY JR e Rosa Maria de Andrade NERY (**Constituição...cit.**, p. 291-292) levantaram com base em precedentes do próprio Supremo Tribunal Federal algumas hipóteses onde não cabe recurso extraordinário: “para efeito de recurso extraordinário, somente se consideram como causa as decisões do Poder Judiciário que tenham conteúdo jurisdicional. As decisões administrativas não caracterizam ‘causa’, razão pela qual não podem ser impugnadas por RE. É o caso, por exemplo, das decisões proferidas em ‘dúvidas’, nos procedimentos previstos na LRP (RTJ 109/1161, 97/1250, 90/913, 90/676) e das ‘justificações’ perante a Justiça Militar (RTJ 127/669, 102/440, 94/1188).” Prosseguem os exemplos, tanto de cabimento, quanto de descabimento de recurso extraordinário: “a decisão de tribunal que declara a perda do posto e da patente de oficial das Forças Armadas configura ‘causa’ para efeito da competência do STF para julgá-la mediante RE. Conhecido o RE interposto contra acórdão do TJES proferido nos autos do processo de justificação, rejeitada a preliminar argüida pelo MP estadual, no sentido de que a perda do posto e da patente de militar por indignidade para o oficialato teria a natureza de procedimento ‘para-jurisdicional’ (STF, 1 T., RE 186116-ES, Relator Ministro Moreira Alves, j. 25.8.1998)”. Depois, prosseguem com dois exemplos de não cabimento recursal: “não há ‘causa’ (CF 102 III) no procedimento político-administrativo de requisição de intervenção estadual nos municípios para prover a execução de ordem ou decisão judicial (CF 35 IV), ainda quando requerida a providência pela parte interessada, e, portanto, contra decisão tomada nesse procedimento não cabe RE por faltar o requisito da CF 102 III, isto é, de que a decisão recorrida seja ‘causa’ decidida em única ou última instância (STF, 1 T. Ag 246274-SP, Relator Ministro Moreira Alves, j. 30.6.1999, DJU 23.8.1999, p. 43)” e “STF 733: não cabe recurso extraordinário contra decisão proferida no processamento de precatórios.”, sobre a qual trataremos oportunamente. Não se furtaram, por fim, de comentar a motivação desta impossibilidade recursal, em se tratando de decisão versante sobre precatório, ainda que proferida por juiz de direito ou tribunal, e mesmo que sendo discussão sobre o direito constitucional, dotado de repercussão geral: “as decisões do Poder Judiciário relativamente ao processamento dos precatórios judiciais são administrativas, não sendo impugnáveis por RE. A atividade jurisdicional termina com a expedição do precatório. O processamento dele caracteriza função administrativa do Poder Judiciário. Não cabe RE contra decisões dos tribunais, relativas ao processamento e questões incidentes dos precatórios judiciais. Neste sentido: RTJ 80/691, 71/572: ‘são impugnáveis na via recursal extraordinária apenas as decisões finais no âmbito de procedimento judicial que se ajuste ao conceito de causa (CF 102 III). A existência de uma causa – que atua como inafastável pressuposto de índole constitucional inerente ao RE – constitui requisito formal de admissibilidade do próprio apelo extremo. A locução constitucional ‘causa’ designa, na abrangência do seu sentido conceitual, todo e qualquer procedimento em cujo âmbito o Poder Judiciário, desempenhando sua função jurisdicional típica, pratica atos de conteúdo estritamente jurisdicional. Não cabe RE contra decisão em procedimento de precatório judicial.” (STF, Pleno, AgRgRE 164.458-DF, Relator Ministro Celso de Mello, DJU 2.6.1995).”

<sup>191</sup> “Pode tratar-se de causa de competência originária de tribunal (v.g, ação rescisória), do julgamento de recurso, seja qual for, ou ainda de qualquer dos casos de revisão obrigatória em segundo grau (art. 475 ou disposição análoga), mesmo que ninguém haja recorrido”, destaca José Carlos Barbosa MOREIRA



(**Comentários...cit.**, v. V, p. 594). O doutrinador carioca prossegue dizendo que “verificando-se o incidente de declaração de inconstitucionalidade, não é o pronunciamento do tribunal pleno sobre a prejudicial que poderá constituir objeto do recurso extraordinário, mas o acórdão do órgão fracionário que decidir a espécie à luz daquele pronunciamento” e *mutatis mutandis*, valendo a observação “para o incidente de uniformização da jurisprudência.”

<sup>192</sup> Gilson Delgado MIRANDA e Patrícia Miranda PIZZOL (Algumas considerações sobre os recursos especial e extraordinário – requisitos de admissibilidade e recursos retidos, in: Eduardo Pellegrini de Arruda ALVIM, Nelson NERY JR. e Teresa Arruda Alvim WAMBIER, **Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 186) anotam que “esse requisito foi inserido na CF de 1988, ampliando a hipótese de cabimento do extraordinário. Na CF de 1967 a situação era outra, pois exigia-se que a decisão recorrida fosse proferida por Tribunal. Pela nova regra, torna-se perfeitamente cabível o recurso extraordinário: a) para impugnar decisão proferida em embargos infringentes (Lei 6.830/80); b) contra decisões consideradas irrecuráveis na Justiça do Trabalho; c) decisões proferidas pelas Turmas Recursais nos Juizados Especiais Cíveis. Reside, neste particular, a grande diferença em relação ao especial. Pela regra, do art. 102, III, da CF, pode-se ter, portanto, recurso contra decisão de primeiro grau, bem como contra decisão de qualquer tribunal (das Justiças Especiais ou Comuns), o que não se admite quanto ao especial.”

<sup>193</sup> Note-se que usamos a palavra decisão, e não seu limitador acórdão, uma vez que o recurso extraordinário será cabível sempre que não caiba recurso ordinário *lato sensu*, inclusive contra sentenças irrecuráveis de primeira instância. Também as decisões proferidas nos Juizados Especiais, dadas no julgamento do recurso para o seu colegiado, aceitam – se versarem matéria constitucional que tenha repercussão geral – recurso extraordinário. José Carlos Barbosa MOREIRA (**Comentários...cit.**, v. V, p. 594) assim se manifestou sobre o ponto: “questão que se pôs foi a de saber se pode caber recurso extraordinário contra decisão irrecurável por outra via, proferida em primeiro grau de jurisdição (v.g: Lei n. 6.830, art. 34 e seu § 3; Lei 9.099, arts. 41 e segs., e., antes, Lei n. 7.244, arts. 41 e segs). O texto constitucional de 1967, art. 114, n. III, aludia a ‘causas decididas, em única ou última instância, por outros tribunais ou juízes’; à vista dele, seria categoricamente afirmativa a resposta à indagação. Sobreveio o Ato Institucional n. 6, de 1.2.1969, que deu nova redação ao dispositivo, suprimindo a cláusula final, sem dúvida para excluir a possibilidade de recorrer-se extraordinariamente contra julgamentos não emanados de órgãos de grau superior. Não se modificou a situação com o advento da Emenda Constitucional n. 1, de 1969 (art. 119, n. III). A Carta em vigor nem incluiu nem excluiu, em termos expressos. Todavia, o confronto entre o art. 102, n. III e o art. 105, n. III, ministra dado relevante. No segundo dispositivo, atinente ao recurso especial, cuidou-se de deixar claro que recorríveis só podem ser decisões de tribunais. Se a cláusula limitativa não figura no outro texto, conclui-se que, para o recurso extraordinário, não prevalece a limitação.” Tanto mais porque, se nos for permitido acrescer, no dispositivo versante sobre o cabimento do recurso especial, a Constituição ainda designou quais seriam os tribunais de cujas decisões poder-se-ia interpor o recurso dirigido ao Superior Tribunal de Justiça. Nesse sentido, a manifestação de Nelson Luiz PINTO (**Código de Processo Civil Interpretado...cit.**, p. 1.615): “o recurso extraordinário tem como objeto (...) qualquer decisão de única ou última instância proferida por juiz ou tribunal, desde que presentes as hipóteses constitucionais (...) Nesse passo difere, acentuadamente, do recurso especial, que somente pode ser dirigido contra decisões de única ou última instância proferidas pelos tribunais especificamente elencados no art. 105, III, da CF.”

<sup>194</sup> João Claudino de Oliveira e CRUZ (**Dos recursos...cit.**, p. 381), com suporte em precedentes do Supremo Tribunal Federal, assinala que “a lei se refere, ainda, a única instância. Assim, é cabível o recurso nas causas de alçada, contra sentenças de primeira instância e nesse sentido é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (Acórdão da 2 Turma do S.T.F, unânime, de 18-4-47, Arquivo Judiciário, vol. 82, p. 172). O valor da causa, por ínfimo que seja, não exclui a possibilidade de ter sido comprometida pela decisão a autoridade do direito federal (Ac. unânime da 1 Turma do S.T.F, de 22-5-47, Revista Forense, vol. CXV, p. 93. ‘Pode caber recurso extraordinário da decisão de juiz de qualquer categoria, colegiados ou singulares, e até de juízes de paz nas causas de alçada em que sejam proferidas decisões terminativas’ (ac. unânime da 2 Turma do S.T.F, de 15-6-48, Revista Forense, vol. XCIX, p. 404).”

<sup>195</sup> No mesmo artigo, Gilson Delgado MIRANDA e Patrícia Miranda PIZZOL, a respeito do não cabimento de recurso ordinário como condição para a recorribilidade extraordinária, entenderam que a “obrigatoriedade de esgotamento de todos os recursos ordinários (...) se depreende do texto constitucional (...) e está contida na Súmula 281 do STF: ‘É inadmissível o recurso extraordinário, quando couber, na Justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada.’” Adiante e em capítulo próprio, trataremos do assunto com análise do verbete referenciado.

caber os recursos<sup>196</sup> extraordinários *lato sensu*: se ainda couber recurso ordinário<sup>197</sup>, como os infringentes e, notadamente, os declaratórios – pois estes têm inclusive função prequestionadora –, não está aberta a possibilidade de interposição de recurso extraordinário nem de recurso especial. É importante esclarecer que o fato de a parte não ter interposto recurso da classe ordinária a impede de postular no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça o exame do assunto, pela via do extraordinário e do especial, senão em razão do próprio trânsito em julgado, quando idênticos os prazos recursais, também porque não se atingiu a última decisão possível dentro daquela relação jurídica-processual que

---

<sup>196</sup> Nelson NERY JR e Rosa Maria de Andrade NERY (**Constituição...cit.**, p. 280), atentos à necessidade de não se revelar cabível recurso de natureza ordinária para que então se possa interpor recurso extraordinário, lembram que o cabimento de ação rescisória não tem influência na possibilidade de interposição de recurso extraordinário – devendo-se considerar, claro, que a rescisória depende do trânsito em julgado, que é obstado pela interposição recursal: “o RE é admissível quando já esgotadas todas as possibilidades recursais nas instâncias ordinárias. Se couber algum recurso contra a decisão judicial, terá de ser interposto antes da utilização da via excepcional do RE (STF 281). A eventual possibilidade de ataque à decisão, pela via de ação autônoma de impugnação (como por exemplo a ação rescisória), não impede de, no mesmo processo, recorrer-se por meio do RE. Devem ser esgotadas somente as vias recursais (dentro de uma mesma relação processual) e não todas as formas de impugnação, para que seja admitido o RE.”

<sup>197</sup> João Claudino de Oliveira e CRUZ (**Dos recursos...cit.**, p. 379), com suporte em precedentes do Supremo Tribunal Federal, assinala que “o pressuposto fundamental do recurso extraordinário é que a causa tenha sido decidida em única ou última instância (por outros tribunais ou juízes). Assim, como entendeu o Supremo Tribunal Federal, ‘não pode ser interposto recurso extraordinário enquanto a causa estiver sujeita, embora parcialmente, a julgamento de outras instâncias, pois este recurso pressupõe que a jurisdição dos órgãos competentes para o julgamento da causa esteja completamente encerrada’ (Acórdão da 2 Turma, de 28-1-47, ag n. 13.100, Revista Forense, vol. CXII, pág.410). Inadmissível é o recurso extraordinário antes de exaustos todos os recursos permitidos perante a justiça local (Ac. Unânime da 2 Turma do S.T.F, de 17-10-47, Arquivo Judiciário, vol. 86, p. 133). A parte deve esgotar os meios ordinários antes de socorrer-se dos extraordinários (Acórdão da 2 Turma, unânime, do S.T.F, de 28-10-47, Revista Forense, vol. CXVIII, p. 441). O que importa é a definitividade da decisão recorrida, esgotados todos os recursos ordinários cabíveis. A causa deve ter sido decidida em única ou última instância, isto é, definitivamente encerrada.” Pois, conforme registro feito mais adiante, “tal recurso pressupõe que a jurisdição dos órgãos competentes para o julgamento da causa esteja completamente encerrada. (V. ac. Unânime da 2 Turma do S.T.F, de 28-1-47, Revista Forense, vol. CXII, p. 410). Se a parte não usar de recurso ordinário cabível, a decisão transita em julgado e não caberá recurso extraordinário. Não esgotados os recursos ordinários cabíveis, não se conhecerá do extraordinário interposto. O recurso é, enfim, cabível, se a decisão proferida foi a última, foi definitiva, esgotados os meios ordinários de impugnação, não importando a natureza da decisão. (Acórdão da 2 Turma do S.T.F, unânime, de 28-1-47, Revista Forense, vol. CXII, p. 410)”. Parece-nos adequado um comentário incidental a respeito da expressão “tal recurso pressupõe que a jurisdição dos órgãos competentes para o julgamento da causa esteja completamente encerrada”: se assim é para a verificação do cabimento do recurso extraordinário, assim deveria ser em todas as hipóteses, notadamente no que refere à competência para a comunicação de “efeito suspensivo” a recurso extraordinário. Trataremos do assunto, com exatidão, em capítulo específico.

pudesse viabilizar o encerramento da instância e oportunizar a interposição de recurso para a instância superior<sup>198</sup>.

“quando a decisão recorrida” – parece ser este o berço (atual) do prequestionamento<sup>199</sup>, uma vez que a recorribilidade é dada em função da decisão recorrida incorrer numa das hipóteses das letras *a a d* deste *permissivo constitucional*.

Ainda antes do exame pormenorizado das hipóteses previstas no *permissivo constitucional*, parece-nos adequado discorrer um pouco mais sobre o cabimento do recurso extraordinário em razão do órgão (em sentido lato considerado) do qual emane a decisão contra a qual se o pretenda interpor.

Surgem, nesse passo, questões interessantíssimas, que ensejam um estudo mais particularizado.

---

<sup>198</sup> A posição de José Afonso da SILVA (**Do recurso extraordinário...cit.**, p. 246) é também nesse sentido: “decisão judicial de única ou de última instância assim chamamos o conjunto das exigências formais que a Constituição estabelece na cabeça do art. 101 e do inc. III, para que se possa admitir o conhecimento do mérito do Recurso Extraordinário, quer dizer, para que possa o Tribunal verificar a existência, ou não, da questão federal, à qual se restringirá o seu julgamento. Constitui, pois, um dos pressupostos constitucionais do Recurso Extraordinário a exigência de ser a decisão judicial e definitiva, no sentido de que dela não caiba recurso algum no sistema judiciário em que foi proferida. Trata-se de sentença irrecorrível por um daqueles recursos que denominamos ordinários, via comum, segundo a classificação atrás formulada. Essa irrecorribilidade há de derivar do fato de já terem sido esgotadas todas as vias comuns, não porque se tenha deixado de usar uma delas, ou porque a decisão se tenha tornado irrecorrível em via comum por ter a parte decaído do prazo do recurso comum cabível, ou por qualquer motivo do direito de recorrer. Mas por não haver cabimento de qualquer outro recurso ordinário, via comum.”

<sup>199</sup> A doutrina de Nelson NERY JR e Rosa Maria de Andrade NERY (**Constituição...cit.**, pp. 279-280) vai no mesmo sentido – embora admita prequestionado determinado tema constitucional com a só oposição dos declaratórios: “por meio do RE, o STF somente revê julgamentos dos tribunais inferiores. Assim, apenas quando tiver sido decidida a causa é que, em tese, cabe RE ao STF, se o recorrente alegar que o tribunal a quo proferiu julgamento com infringência ao texto constitucional federal. Questão não decidida na instância inferior, não enseja revisão por meio do RE: o que não foi decidido não pode ser revisto. Daí por que tem razão o STF quando exige o prequestionamento da questão constitucional, para que possa conhecer do RE (STF 282 e 356). Pquestionar significa provocar o tribunal inferior a pronunciar-se sobre a questão constitucional, previamente à interposição do RE. Não havendo sido decidida a questão, se efetivamente alegada anteriormente, a parte terá de opor embargos de declaração (STF 356), para provocar o julgamento do tribunal inferior sobre a questão por ela argüida. Mesmo com a oposição dos EDcl, caso o tribunal permaneça sem julgar a questão, entende-se que houve decisão negativa por omissão e, portanto, admite-se o RE.”

## **2.1 Cabimento de recurso extraordinário contra decisão do Supremo Tribunal Federal**

Esta dissertação já abordou – ao menos em linhas gerais – a competência jurisdicional do Supremo Tribunal Federal, mencionado que exerce jurisdição originária e recursal. Para efeitos deste item de estudo, dividamos as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em duas categorias: (i) as proferidas no âmbito do julgamento de recurso extraordinário e (ii) as proferidas fora do âmbito do julgamento do recurso extraordinário.

Na primeira categoria – julgamento de recurso extraordinário pelo Supremo Tribunal Federal – deve necessariamente estar incluído todo e qualquer derivativo daquela espécie recursal, como os embargos de declaração, o agravo e os embargos de divergência, desde que, todos, tenham a mesma matriz (recurso extraordinário). A pergunta que se estabelece é a seguinte: acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal em julgamento (definitivo) de recurso extraordinário é sujeito a (outro) recurso extraordinário?

A pergunta deve ser entendida à luz do inciso III do art. 102 da Constituição Federal, uma vez que, em tese, compete ao STF “julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância”, isto é, cabe a indagação se ao Supremo Tribunal Federal compete julgar em recurso extraordinário as causas por ele mesmo decididas, em julgamento de antecedente recurso extraordinário, pois que na hipótese não deixaria de ser um julgamento de “última instância.”

Temos que a interposição de recurso extraordinário contra acórdão proferido em julgamento de recurso extraordinário (e seus derivativos), a despeito de situar-se, ele, acórdão, no âmbito de compreensão da expressão “causas decididas em (...) última instância” encerraria evidenciado despreparo técnico: o Supremo Tribunal Federal já teria interpretado a

norma constitucional que se imputasse por malferida<sup>200</sup>, e já não cabe (outro) recurso extraordinário. Sem contar que seria um *bis in idem*.

Segue-se a segunda categoria: a decisão do Supremo Tribunal Federal ter ocorrido fora do âmbito do recurso extraordinário, quer seja no exame de ações de sua competência originária, quer seja em matéria de competência recursal estranha a daquela espécie.

Quer se trate de ação originária, quer se trate de competência recursal estranha ao recurso extraordinário, mesmo que a decisão do Supremo Tribunal Federal possa ser compreendida – e de fato e de direito o é – “decisão de última instância” ainda assim não cabe recurso extraordinário para ele mesmo, Supremo Tribunal Federal. É que o exame constitucional já terá ocorrido, sendo desnecessário e descabido um outro, pela via do extraordinário.

É por isto que, a despeito de a decisão do Supremo Tribunal Federal ser “decisão de última instância” – tanto a que julga recurso extraordinário, quanto a que aprecia suas demais competências –, não cabe recurso extraordinário de acórdão proferido pelo (próprio) Supremo Tribunal Federal. Num derradeiro argumento: se a função do extraordinário é propiciar ao Supremo Tribunal Federal zelar pela Constituição Federal – desde que a matéria nele versada seja de repercussão geral – e se, por outra, é de igual cabença ao Supremo zelar pela Constituição em suas outras competências, não cabe duas

---

<sup>200</sup> Talvez nesta hipótese de o Supremo Tribunal Federal ter julgado recurso extraordinário e persistir resquício de inconstitucionalidade – e falamos apenas no campo teórico, sem ter aprofundado o exame do assunto – o máximo que se poderia cogitar é buscar-se a solução já não mais por meio de recurso, mas sim por outras e exteriores formas de revisão de decisão judicial, que tenham como pressupostos ou a formação da coisa julgada (ação rescisória, por exemplo) ou o descabimento de recurso (mandado de segurança). Em capítulo mais adiantado deste trabalho, abordaremos a questão da modulação dos efeitos das decisões judiciais, algo que – ao menos *mutatis mutandis* – pode ter alguma ligação com este assunto, ensejando um pedido de limitação de efeitos e alcance do decisório, sempre à luz da necessidade da preservação de interesse social ou em virtude de reconhecido aspecto de segurança jurídica.

vezes a análise da matéria constitucional pelo Tribunal, que já por ela – por um ou por outra – terá zelado.

## **2.2 Cabimento de recurso extraordinário contra decisão do Superior Tribunal de Justiça**

O cabimento de recurso extraordinário contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça há de ser estudado e examinado de acordo com a casuística ou situação específica. Cabe lembrar que, conforme a letra a do inciso II do art. 102 da Constituição Federal, em se tratando de ações (remédios) constitucionais com decisão denegatória proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, a hipótese é a de recurso ordinário, e não extraordinário.

Isto colocado – e assim compreendido que analisaremos neste tópico notadamente o cabimento do extraordinário contra decisão proferida no âmbito do recurso especial (ainda que cabível inclusive contra as demais ações de competência do Superior Tribunal de Justiça) –, o primeiro item de interesse refere-se à situação por meio da qual o recurso extraordinário tenha por escopo a verificação de ofensa ao permissivo constitucional de cabimento do recurso especial.

Uma vez que o recurso especial está previsto no art. 105, III, letras *a a c*, da Constituição Federal, evidencia-se a questão de saber se desafia recurso extraordinário a decisão do Superior Tribunal de Justiça que, no caso concreto, aplica o dispositivo constitucional de cabimento do recurso especial.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal está consolidada no sentido de que o recurso extraordinário é cabível contra decisão do Superior Tribunal de Justiça, por

ofensa ao art. 105, III, e alíneas, da Constituição Federal, desde que a discussão limite-se à verificação dos pressupostos de cabimento do recurso especial, que tem sede constitucional.

Foi neste sentido que a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal se manifestou, julgando Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n.º 155887-4, de São Paulo, de que foi relator o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ de 24.06.94:

“(…) a alegação de ofensa do art. 105, III, CF, pode servir de base a recurso extraordinário, quando, para conhecer ou não conhecer do recurso especial, a decisão do STJ contiver proposição contrária, em tese, aos seus pressupostos típicos de admissibilidade, que aquele preceito constitucional define; não cabe, porém” – prossegue a ementa – “o extraordinário para o exame das premissas concretas de que haja partido a decisão do STJ, em tese, correta”.

É porque, nos termos do voto do relator, o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, não se nega, em termos absolutos:

“(…) que a alegação de ofensa ao art. 105, III, CF, possa servir de base a recurso extraordinário: este será admissível, se, para conhecer ou não conhecer do especial, a decisão do STJ acaso contenha proposição contrária aos seus pressupostos típicos de admissibilidade, definidos explícita ou implicitamente por aquele preceito constitucional.”

Todavia, como destacado naquela decisão:

“o recurso extraordinário não caberá, porém, (...) para examinar as premissas de fato, da lide ou do processo, de que haja partido a decisão do STJ, se, em tese, esta é correta (...)”

Examinando outros precedentes do Supremo Tribunal Federal é possível identificar a linha – às vezes, admita-se, tênue – entre o cabimento e o não cabimento de recurso extraordinário por ofensa ao inciso III do art. 105 da Constituição Federal.

No julgamento do AI n. 146.736-AgR/DF, relator Ministro Carlos Velloso, DJ de 05.05.93) a decisão foi a seguinte:

“(…) alegação no sentido de que, tendo o STJ inadmitido o recurso especial, recurso que, na ótica da recorrente, apresentava os requisitos de sua admissibilidade, teria violado o art. 105, III, *a*, da Constituição. Improcedência da argumentação: a uma,

porque, se prosperasse o alegado, o STF passaria, em última análise, a julgar recurso especial, fazendo ruir o sistema da Carta; a duas, porque a verificação da ocorrência dos pressupostos do recurso especial, já que situada no campo infraconstitucional, é do STJ; a três, porque, na hipótese de o STJ não conhecer do recurso especial, em razão da interpretação equivocada da matéria sob julgamento, terá ocorrido ofensa direta à norma infraconstitucional. A ofensa à Constituição teria sido, quando muito, indireta, o que não autoriza o recurso extraordinário”<sup>201</sup>.

Percebe-se, outrossim, que o recurso extraordinário – por evidência – não pode fazer as vezes de um *agravo* que se pudesse interpor contra decisão de recebimento de recurso especial; nem de outro recurso que viesse a considerar o Supremo Tribunal Federal como 3ª (terceira) ou 4ª (quarta) instância julgadora.

O extraordinário por violação do artigo 105, III, da Constituição Federal, além de ser medida rara a ser usada de forma excepcional<sup>202</sup>, só pode ser interposto quando a decisão do Superior Tribunal de Justiça, ao examinar recurso especial, distancia-se do cabimento constitucionalmente previsto para aquela espécie recursal: ou o recebe quando não

---

<sup>201</sup> Na esteira desta decisão, deu-se o julgamento do Agravo Regimental n. 147.736-9/DF, também relatado pelo Ministro Carlos VELLOSO que, repetindo textualmente esta ementa, fornece extensa fundamentação: “(...) desde que ocorrentes os pressupostos constitucionais, é cabível recurso extraordinário de decisão do Superior Tribunal de Justiça (C.F., art. 102, III). É que, enquanto o S.T.J põe-se, segundo a Constituição, como responsável pela interpretação do direito federal comum (C.F., art. 105, III, a, b e c), é o Supremo Tribunal Federal o guardião maior da Constituição. Destarte, se o acórdão do STJ discute e decide matéria constitucional (o que é possível, tendo em vista o controle de constitucionalidade difuso consagrado no nosso sistema constitucional), é cabível, em tese, o extraordinário, já que, nessa matéria, a palavra final é do Supremo Tribunal Federal (C.F., art. 102, III). Mas o que deseja a agravante, aqui, é coisa diversa. Sustenta ela que, tendo o STJ inadmitido o recurso especial, recurso especial que, na ótica da agravante, apresentava ‘todos os requisitos de sua admissibilidade’, teria violado o art. 105, III, a, da Constituição. (...) se prosperasse o argumento da agravante, o Supremo Tribunal Federal passaria, em última análise, a julgar recurso especial. Isto, evidentemente, não é razoável e faria ruir o sistema consagrado na Carta, que reservou o contencioso de direito federal comum para o Superior Tribunal de Justiça (C.F., art. 105, III). Por isso, o STJ decide, soberanamente, da ocorrência ou não dos pressupostos do recurso especial, dado que é daquela Corte vela pela inteireza (art. 105, III, a), pela autoridade (art. 105, III, b) e pela uniformidade de interpretação do direito federal comum (art. 105, III, c). A verificação da ocorrência dos pressupostos constitucionais do recurso especial situa-se no campo infraconstitucional. Na hipótese, por exemplo, de o STJ não conhecer do recurso especial, em razão de interpretação ou compreensão equivocada da matéria sob julgamento, terá ocorrido ofensa direta à norma infraconstitucional, porque a matéria de fundo é de direito federal comum. A ofensa à Constituição, em tal caso, teria sido, quando muito, indireta, o que é bastante e suficiente para a inadmissão do recurso extraordinário. É que a ofensa a preceito constitucional que autoriza o recurso extraordinário é ofensa ‘direta e frontal’ (RTJ 107/661), ‘direta e não por via reflexa’ (RTJ 105/704).” Deve-se registrar que, neste julgamento, o Ministro Marco Aurélio MELLO expressou no seu voto, embora negasse provimento ao agravo, a potencialidade de interposição de extraordinário por violação ao art. 105, III da Constituição Federal: “(...) também não retiro da guarda do Supremo Tribunal Federal a intangibilidade do art. 105, inciso III, da Constituição. Admito que, em tese, cabe o recurso extraordinário com base na vulneração a esse dispositivo (...)”

<sup>202</sup> Pois, conforme RE 345.574-AgR/RJ, relator Ministro Carlos VELLOSO, DJ de 13.08.04, “(...) não compete ao Supremo Tribunal Federal, de regra, o exame dos pressupostos do recurso especial. Essa competência ocorreria no caso de conter a decisão do STJ ‘proposição contrária, em tese’ aos pressupostos constitucionais do recurso especial (...)”



era caso de recebê-lo, ou não o conhece. E ainda assim, desde que, ao proceder desta maneira, encerre questão consitutucional dotada de repercussão geral, neste caso, demonstrada em função de reiterado comportando do Superior Tribunal de Justiça.

Um interessante julgamento foi o do RE 208.775-1/SP, relator Ministro MOREIRA ALVES, DJ de 19.05.00, cuidando de hipótese de recurso extraordinário por ofensa à letra *a* do inciso III do art. 105 da Constituição Federal, consubstanciada no fato de ter a decisão proferida no recurso especial tratado de tema não prequestionado.

Ou seja: entendendo-se ausente um dos requisitos de admissibilidade do recurso especial conforme previsão constitucional – o prequestionamento, no caso –, deu-se a interposição, admissão e conhecimento do recurso extraordinário que cassou o acórdão do Superior Tribunal de Justiça e restabeleceu a decisão anterior, objeto do recurso especial, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo<sup>203</sup>.

Lê-se de sua ementa:

“Recurso especial. Falta de prequestionamento. O acórdão recorrido violiu, pelo menos, o artigo 105, III, ‘a’, ao decidir sobre questão que não fora prequestionada, por não ter sido ventilada pelo acórdão local, nem ter sido objeto de embargos de declaração nessa instância, o que, aliás, determinou que não fosse ela invocada no recurso especial.”

No julgamento do AgRG no AI n. 306.212-7/MG, 1 Turma, relatora Ministra ELLEN GRACIE, DJ de 11.10.2001, todavia, a questão da ausência de prequestionamento em recurso especial não configurou hipótese de cabimento de recurso extraordinário, que se fundamentara em ofensa ao artigo 105, III, da Constituição. Negou-se provimento ao agravo regimental, no Supremo Tribunal Federal,

---

<sup>203</sup> Interessante: “em face do exposto, conheço do presente recurso e lhe dou provimento, para, afastando o provimento parcial do recurso especial, restabelecer o dispositivo do aresto prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.”

“(…) por situar-se o acórdão recorrido em questão restrita ao juízo de admissibilidade do recurso especial (prequestionamento) e em entendimento dado à lei ordinária, pelo Superior Tribunal de Justiça, no uso de sua competência constitucional.” No voto, a relatora, hoje Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministra Ellen Gracie, foi clara e objetiva: “não cabe recurso extraordinário para discutir questão processual relativa ao preenchimento do requisito do prequestionamento como pressuposto de admissibilidade de recurso especial, nem para reexame do entendimento dado à lei ordinária (...) pelo Superior Tribunal de Justiça, com base em precedentes daquela Corte e no uso de sua competência constitucional.”

Longo e fundamentado acórdão do Supremo Tribunal Federal no RE 190.104-7/RJ, relator Ministro NÉRI DA SILVEIRA, DJ de 14.11.97, bem situa o limite entre o que é dado e o que não é dado submeter ao STF, pela via do recurso extraordinário por malferimento ao artigo 105, III da Constituição Federal. A ementa merece transcrição parcial:

“(…) 11. limites do recurso extraordinário, para o Supremo Tribunal Federal, contra acórdão em recurso especial, do Superior Tribunal de Justiça, em face do sistema da Constituição Federal (arts. 102, III, letras a, b e c e 105, III, letras a, b e c). Definida a área de competência de ambas as Cortes, certo está que o Supremo Tribunal Federal, pela competência excepcional e incontestável prevista no caput do art. 102 da Lei Magna, enquanto guarda da Constituição, pode, em princípio, conhecer de recurso extraordinário também de decisão proferida pelo STJ, quer no exercício da competência originária, quer de competência recursal ordinária, quer em recurso especial (CF, art. 105, I, II e III), desde que o julgado contrarie dispositivo da Constituição, inclusive o art. 105 e seus incisos. Assim, *ad exemplum*, se o Superior Tribunal de Justiça julgar, em recurso especial, causa não enquadrável nas hipóteses a), b) e c) do inciso III, do art. 105 aludido, pode, eventualmente, configurar-se espécie submetida a recurso extraordinário, ut art. 102, III, a) da Constituição, precisamente, por ofensa ao art. 105, III da Lei Maior. Decerto, não há de caber recurso extraordinário, desde logo, como instrumento revisional do acerto ou não da decisão de mérito do STJ, quando confere, em recurso especial, determinada interpretação a norma infraconstitucional, ao decidir se o acórdão local recorrido, em aplicando a mesma norma, fê-lo corretamente, ou se lhe negou vigência, deixando de fazê-la incidir em situação onde seria aplicável, ou por tê-la feito disciplinar hipótese em que não devia fazê-lo. Nesses casos, tudo ocorre no plano infraconstitucional e segundo a competência prevista no art. 105, III da Lei Magna.

(…)

16. (...) o acórdão, ora extraordinariamente recorrido, ofendeu o art. 105, III, a., da Constituição, ao dar, ao recurso especial, a extensão e eficácia que lhe conferiu, bem assim vulnerou os incisos LIV e LV, do art. 5 da Constituição, quanto ao devido processo legal, ao contraditório e ampla defesa, devidamente prequestionados, em suprimindo instância ordinária onde possível ainda discutir fatos e produzir provas, originariamente, no reconhecido âmbito dos embargos de declaração.”

É registrável a fundamentação contida no voto do relator, Ministro NÉRI DA

SILVEIRA:

“a primeira quaestio juris que se propõe, na espécie, concerne aos limites do recurso extraordinário contra aresto em recurso especial. É certo que, pelo sistema, da Constituição, as instâncias ordinárias, em princípio, se exaurem com as decisões adotadas nas Cortes de segundo grau, federais ou estaduais. Cabe do julgamento definitivo, em única ou última instância, recurso extraordinário, para o Supremo Tribunal Federal, por ofensa a norma da Constituição Federal ou se declarada a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal ou, ainda, se a decisão julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Lei Maior da República (Constituição, art. 102, III, letra “a”, “b” e “c”). Prevê-se recurso especial, para o Superior Tribunal de Justiça, quando o acórdão, em causa decidida, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal ou der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro Tribunal (Constituição, art. 105, III, letras “a”, “b” e “c”)<sup>204</sup>. O recurso extraordinário para o STF (Constituição, art. 102, III) e o recurso especial para o STJ (Constituição, art. 105, III), são assim de natureza extraordinária e se sujeitam, em consequência, a cânones formais para sua interposição. Afirmou esta Turma, no Ag (AgRg) n 145.860-SP, relator o ilustre Ministro Marco Aurélio, a 9.2.1993, acerca do recurso especial, verbis: ‘recurso especial. Natureza. O recurso possui natureza extraordinária, ou seja, além dos pressupostos gerais de recorribilidade, a parte sequisoa em ver a controvérsia guindada ao Superior Tribunal de Justiça perquire o enquadramento da hipótese no permissivo constitucional a partir da moldura fática delineada pela Corte de origem, quando da prolação do acórdão atacado, sendo-lhe defeso o revolvimento dos elementos probatórios para, à mercê do quadro diverso, chegar à conclusão sobre a pertinência do especial’ (RTJ 146, pág. 327)”. Volta a discorrer o relator, Ministro Néri da Silveira: “definida a área de competência de ambas as Cortes, pela Constituição, certo está que o Supremo Tribunal Federal, pela competência excepcional prevista no caput, do art. 102 do Estatuto Magno, enquanto guarda da Constituição, pode, em princípio, conhecer de recurso extraordinário também de decisão, em causa de competência do STJ, quer originária, quer em recurso ordinário, quer em recurso extraordinário (art. 105, I, II e III), desde que o julgado contrarie dispositivo da Constituição, inclusive o art. 105, III. Assim, se o Superior Tribunal de Justiça julgar, em recurso especial, causa não enquadrável nas hipóteses a), b) e c) do inciso III, do art. 105, pode, eventualmente, configurar-se espécie submetida a recurso extraordinário, ut art. 102, III, a) da Constituição, precisamente por ofensa ao art. 105, III, aludido. Mister será, a tanto, que o julgamento do recurso especial desatenda aos parâmetros de sua natureza extraordinária. Decerto, não há de caber, destarte, o recurso extraordinário, desde logo, como instrumento revisional do acerto da decisão de mérito do STJ, quando confere, em recurso especial, certa interpretação a norma infraconstitucional, ao decidir se o acórdão local recorrido, em aplicando a mesma norma, fê-lo corretamente, ou se lhe negou vigência, deixando de fazê-la incidir em situação onde seria aplicável, ou por tê-la feito disciplinar hipótese em que não deveria fazê-lo. Tudo ocorre, nesses casos, no plano infraconstitucional e segundo a competência prevista no art. 105, III da Lei Magna. Não há falar, aí, em ofensa a esse dispositivo maior.”.

O acórdão prossegue tratando da possibilidade de interposição bem sucedida de recurso extraordinário por violação ao artigo 105, III da Constituição Federal, tendo agora como foco a letra c do permissivo constitucional, isto é, abordando sob quais condições pode

---

<sup>204</sup> Observe-se que a decisão é de 1997, portanto, (bem) anterior à Reforma do Poder Judiciário, que modificou o cabimento de recurso extraordinário e de recurso especial.

haver sua interposição contra decisão do Superior Tribunal de Justiça, dada em recurso especial, a respeito da divergência jurisprudencial argüida pelo recorrente:

“(…) tenho como questão controvertida” – e quem o diz é o relator, Ministro NÉRI DA SILVEIRA – “saber se cabe recurso extraordinário de aresto que conhece e dá provimento a recurso especial, interposto por alegado dissídio jurisprudencial, quando o recorrente não indica na petição de recurso especial qualquer aresto de ‘outro tribunal’ a fundamentar o apelo. A ‘interpretação divergente’ a que se refere a norma maior (CF, art. 105, III, c) há de ser explicitamente indicada, com a interposição do recurso, no prazo da Lei. Se tal não sucede, presente não se faz pressuposto de conhecimento desse apelo de natureza extraordinária. Penso que, em situação tal, o recurso extraordinário seria interponível contra o acórdão que tivesse desse modo conhecido de recurso especial e o provido, fora dos parâmetros do art. 105, III, letra ‘c’ da Constituição. Do mesmo modo, se a Corte local não considerou cabível certo recurso para dirimir determinada matéria, o recurso especial há de basear-se, então, por primeiro, na alegação de negativa de vigência do dispositivo processual que disciplina o recurso em referência.” (O voto adentra à questão dos declaratórios, cujo não conhecimento implicaria em recurso por ofensa aos incisos I e II, do art. 535 do Código de Processo Civil, sobre que, e com detalhes, terá se ocupado outro capítulo deste trabalho.)

Seguiram-se votos, interessantíssimos debates e ao final o Tribunal acabou por maioria de votos conhecendo em parte do recurso extraordinário e, dando-lhe provimento, cassou em parte a decisão do Superior Tribunal de Justiça; os votos vencedores foram dos Ministros NÉRI DA SILVEIRA, Presidente e relator, FRANCISCO REZEK e MAURÍCIO CORRÊA e, vencidos, os Ministros MARCO AURÉLIO e CARLOS VELLOSO.

O estudo deste ponto do trabalho – cabimento de recurso extraordinário por ofensa ao inciso III do art. 105 da Constituição Federal – não pode abrir mão do exame dos votos vencedores e vencidos que houve neste importante julgamento do Supremo Tribunal Federal. Insta consignar que os Ministros MARCO AURÉLIO e CARLOS VELLOSO votaram vencidos não porque não admitissem, ao menos em tese, o cabimento de recurso extraordinário por malferimento do inciso III do art. 105 da Constituição Federal, mas – e exclusivamente – por questões próprias àquele julgamento; ora, se é assim, acabaram ao menos tacitamente e no plano teórico admitindo a possibilidade de recurso extraordinário para a análise da admissão de recurso especial.

Feita a digressão, voltemos aos votos.

O Ministro MAURÍCIO CORRÊA destacou que:

“(...) tendo o Superior Tribunal de Justiça exorbitado da sua estrita atribuição constitucional, evidentemente que houve violação ao art. 105, III, ‘a’, bem como na parte relativa ao devido processo legal, atingiu o inciso LV da Constituição Federal”.

O Ministro FRANCISCO REZEK, embora conhecendo em parte e nela, provendo o extraordinário, fez questão de destacar sua preocupação com a possibilidade (desmedida) de o Supremo Tribunal Federal passar a receber recursos extraordinários fundados em alegação de violação do art. 105, III da Constituição Federal. São suas as palavras:

“(...) enfrente alguma dificuldade em acolher recurso extraordinário por alegada afronta a normas constitucionais como o art. 105-III-‘a’. (...) Em que medida não estaríamos, na hipótese de acolhimento do recurso extraordinário por afronta à regra constitucional, fazendo varredura do processo para identificar a quebra de uma norma ordinária? (...) O receio que sempre tenho é o da ordinarização da norma trabalhada em recurso extraordinário, e da conseqüente banalização do recurso extraordinário.”

As considerações do Ministro REZEK são relevantíssimas não só para o estudo de que ora cuidamos – cabimento de recurso extraordinário por vulneração do inciso III do art. 105 da Constituição Federal –, mas também para o próprio objeto desta nossa dissertação, o recurso extraordinário como um todo. É que o recurso deve ter espaço sobremodo delimitado – e mesmo limitado – em nosso cotidiano forense, tratando de temas eminentemente constitucionais, diretos e, agora, dotados de repercussão geral.

É por isto que destacamos, agora, o voto do Ministro CARLOS VELLOSO:

“(...) sou parcimonioso, os meu colegas sabem disso, no decidir as alegações de ofensa ao devido processo legal, C.F, art. 5, LV, como também sou parcimonioso no examinar a alegação de ofensa ao princípio da legalidade – C.F., art. 5, II – porque essas alegações são constantes em recursos extraordinários. E se não formos parcimoniosos, vamos rever acórdãos e mais acórdãos, vamos conhecer de milhares de

recursos extraordinários, porque alegações desse tipo<sup>205</sup>, repito, são constantes. Vamos, então, fazer as vezes dos juízes que julgam os recursos especiais (STJ e TSE) e o recurso de revista (TST). O que devemos compreender é que o devido processo legal não compreende questões processuais pequenas, questões de procedimento. Devido processo legal – C.F., art. 5, LV – quer dizer direito de defesa. Então, houve, no processo, supressão desse direito, ter-se-á ofensa ao *due process of law*. Se tiver havido, no processo, em síntese, ofensa a princípio constitucional processual, poderá ter havido ofensa ao devido processo legal. Questões processuais, entretanto, meras questões processuais, questões de procedimento, são questões infraconstitucionais, em que as ofensas a elas são ofensas diretas à norma infraconstitucional. Quando muito há, em tais casos, ofensa indireta à Constituição, o que não autoriza a admissão do recurso extraordinário. Assim temos decidido nós, todos nós, num rol de casos. O mesmo deve ser dito em relação à alegação de ofensa ao princípio da legalidade – C.F., art. 5, II. O que acontece é que cumpre ao Judiciário, no conflito de interesses, fazer valer a vontade concreta da Lei, interpretando-a. Essa interpretação há de ser, é claro, razoável. Todavia, se não o for, se for desarrazoada, isto se esgota no contencioso infraconstitucional, que não cabe no contencioso do recurso extraordinário, que é puramente constitucional. (...) Importa dizer, sobretudo, que não cabe ao Supremo Tribunal Federal, no recurso extraordinário, puramente constitucional, enfrentar essas questões processuais (...). Não cabe ao Supremo Tribunal Federal corrigir erro processual de Tribunal algum, porque não nos cabe decidir de matéria infraconstitucional de índole processual. Isto é da competência do Superior Tribunal de Justiça”.

Sobreleva notar – e nisto concordamos com os posicionamentos adrede registrados dos Ministros REZEK e VELLOSO – que o cabimento de recurso extraordinário por malferimento ao inciso III do art. 105 da Constituição Federal é exceção e não pode servir para ordinarização, ou banalização, do instituto.

Feita a ressalva, não nos parece correto o entendimento por vezes levantado segundo o qual a própria Constituição Federal teria reservado com exclusividade ao Superior Tribunal de Justiça o exame de admissibilidade do recurso especial. É fato que haja previsão constitucional do recurso especial; todavia, o que está a mais e com o que não concordamos é a assertiva de que esta competência, em termos do exame dos requisitos *constitucionais* de admissibilidade, seja exclusiva daquela Corte. Conquanto de natureza constitucional, por isso mesmo não escapa do controle do Supremo Tribunal Federal<sup>206-207</sup>.

---

<sup>205</sup> Assim, vão sendo somados argumentos para que ao final possamos defender proposta segundo a qual apenas advogados habilitados à advocacia no Supremo Tribunal Federal possam militar naquela Corte.

<sup>206</sup> É a exata posição de José Miguel Garcia MEDINA (**O prequestionamento...cit.**, pp. 157-160): “os pressupostos de admissibilidade dos recursos extraordinário e especial estão previstos, como seu viu, na

É preciso levar em consideração, todavia, que há um impacto muito grande da repercussão geral como requisito de admissibilidade de recurso extraordinário quando, no caso concreto, se tenha como alegado o malferimento ao inciso III, do art. 105 da Constituição Federal.

É que o cabimento do especial, se em tese pode ser analisado pelo Supremo Tribunal Federal – porque é ele previsto na Constituição Federal e, como tal, sujeito ao controle do STF –, no mais das vezes guarda relação direta de identidade apenas e tão somente com a relação jurídica-processual; sendo assim, a questão constitucional (art. 105, III) dificilmente terá repercussão outra que não endoprocessual. Voltaremos ao tema já no próximo tópico.

---

Constituição Federal (arts. 102, III e 105, III). Deste modo, considerando que ao Supremo Tribunal Federal compete ‘precipualemente, a guarda da Constituição’, pensamos que o Supremo Tribunal Federal tem competência para apreciar a correção do juízo de admissibilidade do recurso especial realizado pelo Superior Tribunal de Justiça. Sendo, desse modo, cabível o recurso especial, e não tendo sido conhecido o referido recurso pelo STJ, deverá ser admitido, ao menos em tese, recurso extraordinário com base em violação ao art. 105, III, da CF. O mesmo pode se dizer, *mutatis mutandis*, no caso de o recurso especial ser conhecido pelo STJ.” Em seguida, o autor rebate os argumentos comumente utilizados para quem sustenta não ser possível interpor-se recurso extraordinário por vulneração do art. 105, III, da Constituição Federal, chegando finalmente a examinar a questão da previsão constitucional que afeta ao Superior Tribunal de Justiça o processamento e julgamento do especial: “Dente outros argumentos, afirma-se que, admitindo-se a interposição do recurso extraordinário na hipótese aventada, ‘passaria o STF a ser instância revisora dos julgados do STJ, no que concerne à verificação, pura e simples, dos pressupostos de cabimento do apelo especial (STJ, Vice-Presidência, RE no AGRG no REsp 247493-RS, Ministro Nilson Naves, j. 14.12.2001, DJU 05.04.2002; STJ, Vice-Presidência, RE no AG 375016-RS, Ministro Edson Vidigal, j. 15.04.2002, DJU 26.04.2002). Data maxima venia entendemos que esse entendimento é contrário à própria norma constitucional. É que, no caso, não se está diante de definir o STF como mera instância revisora dos julgados do STJ: trata-se, na verdade, de se ter em conta que os requisitos do recurso especial estão gravados na Constituição Federal e por isso – e mesmo que isso possa ser considerado inconveniente, no que tange ao acúmulo de processos no STF – o recurso extraordinário deve ser admitido, na hipótese. Poder-se-ia dizer, contrariamente a essa nossa opinião, que a própria Constituição Federal estabelece que é competência do STJ o exame do recurso especial. Isso não significa, no entanto, afastar a competência do STF sempre que se estiver diante de violação à própria norma constitucional. Ora, a competência para a realização do juízo de admissibilidade da apelação é do Tribunal estadual ou federal local, mas ninguém duvida que seja admissível recurso especial contra decisão que não conheça da apelação, desde que presentes os requisitos previstos no art. 105, III, da CF – a não ser que se negue ao STJ competência para realizar tal exame, sob o argumento de que esse Tribunal se converteria em mera instância revisora dos julgados dos Tribunais inferiores. O mesmo raciocínio se aplica ao problema ora apresentado, havendo-se de se admitir que, sempre que se alegue violação à Constituição Federal por decisão proferida pelo STJ, e verificando-se os requisitos do art. 102, III, da CF, o recurso extraordinário deverá ser admitido.”

<sup>207</sup> O cabimento de recurso extraordinário por vulneração ao artigo 105, III, é também e em tese aceito por Rodolfo de Camargo MANCUSO (**Recurso...cit.**, p. 280): “uma variante dessa imbricação RE/REsp pode ocorrer quando, ao conhecer ou não conhecer o REsp, venha o STJ afirmar premissa que contraria os pressupostos constitucionais de admissibilidade desse recurso (CF, art. 105, III e alíneas), caso em que prevalece a configuração de questão constitucional, desafiando recurso extraordinário.”

Demonstrada em que circunstâncias poderia caber recurso extraordinário por violação ao inciso III do art. 105 da Constituição Federal, o segundo item de interesse neste particular da dissertação refere-se à situação por meio da qual a questão constitucional (de repercussão geral) surja no julgamento do recurso especial.

Nessa hipótese – porque se ela fosse pré-existente, seria caso de interposição de recurso especial e de recurso extraordinário contra o primeiro acórdão –, é possível que o acórdão do Superior Tribunal de Justiça desafie a interposição de recurso extraordinário, porque o STJ está compreendido na locução “causas decididas em única ou última instância” constata do inciso III do art. 102 da Constituição Federal. Assim – e é bom que se diga desde logo – a ressalva da interposição dupla acima mencionada vale para os casos de competência recursal do Superior Tribunal de Justiça – e, nela, do recurso especial apenas, não do ordinário, por exemplo –, não alcançando, por óbvio, as causas de competência originária e mesmo as da recursal estranhas ao especial.

Seja como for, o cabimento de recurso extraordinário contra acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça depende, por evidência, do preenchimento dos requisitos constitucionais daquela espécie, dentre eles e com destaque, o novel da repercussão geral da questão constitucional e o já antigo do prequestionamento.

Embora já se tenha dito que os requisitos de admissibilidade, visto pelo foco da consequência, que é a inadmissão se ausentes, têm todos o mesmo peso – isto é: pouco importa se o recurso é intempestivo ou se a questão constitucional nele versada é desprovida de repercussão geral, porque qualquer das hipóteses se basta para a não admissão do extraordinário –, damos ênfase a estes dois (repercussão geral e prequestionamento) porque são eles relevantes para o estudo que agora fazemos, o do cabimento de recurso extraordinário contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça.



A repercussão geral da questão constitucional tem uma implicação direta com as questões processuais mal versadas no recurso especial. Tome-se por exemplo acórdão já mencionado neste trabalho, em que se discutia – e não vamos aqui tornar ao assunto – a adequação procedimental. Hoje e à luz da repercussão geral como requisito de admissibilidade de recurso extraordinário, aquela decisão não desafiaria recurso para o Supremo Tribunal Federal. Agora a discussão a respeito da ofensa ao devido processo legal, contraditório, ampla defesa e, por todos, legalidade – que já objetava o cabimento do extraordinário porque se ofensa houvesse, seria ela indireta – já não tem mais lugar e importância. Direta ou indireta, este tipo de ofensa raríssimamente terá ao seu lado a repercussão geral, uma vez que a discussão é endoprocessual. Mesmo que se trate de uma causa coletiva – e isto aqui nada importa –, ou mesmo de uma causa onde a matéria constitucional versada seja reconhecidamente de repercussão geral, nestas hipóteses de ofensa procedimental será quase impossível – se com propriedade esta expressão puder ser usada – encontrar-se uma situação onde haja repercussão geral da questão constitucional. Talvez dela se possa cogitar quando, por absurdo, o Superior Tribunal de Justiça deixe de aplicar norma processual e o faça como diretriz, não em caso isolado. Só aí ter-se-ia repercussão geral que viabilizasse recurso extraordinário.

Assim, os recursos extraordinários versantes sobre questões processuais antes obstados pela natureza indireta da ofensa – devido processo legal, contraditório, amplo acesso e legalidade indiretamente versados na causa, porque, antes e bem antes, já deles se ocupava a lei federal infraconstitucional, em boa parte das vezes, o próprio Código de Processo Civil – deixarão de ser analisados não mais porque indireta a ofensa, mas porque, em regra e uma regra perto de ser absoluta, tratariam de temas com interesse endoprocessuais – ou, em outras palavras, desprovidos, como tais, de repercussão geral.

Sobre o prequestionamento, o recurso extraordinário está vinculado a dois fatores: (i) que a questão constitucional tenha surgido no julgamento do recurso especial – ou outro de competência do Superior Tribunal de Justiça –, isto é, não seja precedente, hipótese em que, em se tratando de recurso especial, deveria a parte ter interposto um e outro; e (ii) que, assim surgida, venha a ser objeto de prequestionamento na esteira de longo e fundamentado acórdão do Supremo Tribunal Federal no RE 190.104-7/RJ, relator Ministro NÉRI DA SILVEIRA, DJ de 14.11.97:

“(...) os temas constitucionais emergentes do julgamento do recurso podem fundamentar recurso extraordinário, justificando-se, ademais, aí, a interposição de embargos de declaração, no STJ, para o regular prequestionamento desses assuntos constitucionais a serem, após, deduzidos no pleito do apelo extremo.”

Resta dizer que é perfeitamente cabível – em tese – recurso extraordinário contra decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça que verse, originariamente, questão constitucional – desde que esta questão constitucional seja dotada de repercussão geral. Já se disse que no Brasil o controle de constitucionalidade de lei e de atos normativos do Poder Público é feito livremente por todos os juízes, neles inclusos os Ministros do Superior Tribunal de Justiça. Se e quando o acórdão deste Tribunal versar pela primeira vez de questão constitucional, poderá a parte – se satisfatoriamente demonstrar o cabimento, em especial, mas não exclusivamente, em função da repercussão geral deste tema constitucional – interpor recurso extraordinário conforme o permissivo em que se adeque a pretendida recorribilidade.

## 2.3 Cabimento de recurso extraordinário contra decisão de outros Tribunais Superiores

### 2.3.1 Tribunal Superior Eleitoral

Os acórdãos proferidos pelo Tribunal Superior Eleitoral têm a recorribilidade regulada pelo art. 121 da Constituição Federal, sendo em regra irrecorríveis, só cabendo recurso quando contrários à Constituição Federal ou quando denegatórios de mandado de segurança ou *habeas corpus*<sup>208-209</sup>. No primeiro caso, o recurso cabível é o extraordinário e, nas duas hipóteses finais – denegação de mandado de segurança ou *habeas corpus* – o recurso é o ordinário.

Em que pese o Código de Processo Civil estabelecer que o prazo de interposição de recurso extraordinário é de 15 (quinze) dias e, ainda, o Regimento Interno do Tribunal Superior Eleitoral estabelecer que será de 10 (dez) dias este prazo<sup>210</sup> – assim como que serão “processados na conformidade das normas traçadas no Código de Processo Civil –,

---

<sup>208</sup> Nesse sentido, o § 3º do art. 121 da Constituição: “Art. 121. Lei complementar disporá sobre a organização e competência dos tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais. § 3º - São irrecorríveis as decisões do Tribunal Superior Eleitoral, salvo as que contrariarem esta Constituição e as denegatórias de “habeas-corpus” ou mandado de segurança.”

<sup>209</sup> Conforme art. 281 do Código Eleitoral: “São irrecorríveis as decisões do Tribunal Superior, salvo as que declararem a invalidade de lei ou ato contrário à Constituição Federal e as denegatórias de habeas corpus ou mandado de segurança, das quais caberá recurso ordinário para o Supremo Tribunal Federal, interposto no prazo de 3 (três) dias. § 1º Juntada a petição nas 48 (quarenta e oito) horas seguintes, os autos serão conclusos ao presidente do Tribunal, que, no mesmo prazo, proferirá despacho fundamentado, admitindo ou não o recurso. § 2º Admitido o recurso, será aberta vista dos autos ao recorrido para que, dentro de 3 (três) dias, apresente as suas razões. § 3º Findo esse prazo, os autos serão remetidos ao Supremo Tribunal Federal.”

<sup>210</sup> Conforme art. 43: “Os recursos das decisões do Tribunal para o Supremo Tribunal Federal serão interpostos dentro do prazo de dez dias contados da publicação da decisão, e processados na conformidade das normas traçadas no Código de Processo Civil.”

em jurisdição eleitoral o prazo de interposição de recurso extraordinário é de 3 (três) dias, na forma do art. 12 da Lei Federal n.º 6.055/74<sup>211</sup>.

No julgamento do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 371.643-8, relator Ministro CELSO DE MELLO, DJ de 11.10.2002, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal decidiu a matéria com a seguinte ementa:

“Matéria eleitoral. Recurso extraordinário contra acórdão emanado do Tribunal Superior Eleitoral. Prazo de interposição: 3 (três) dias. Intempestividade. Agravo de instrumento deduzido contra a decisão do presidente do TSE que não admitiu o apelo extremo. Integral correção desse ato decisório. Agravo improvido. Em matéria eleitoral, o prazo de interposição do recurso extraordinário é de 3 (três) dias. A norma legal que define esse prazo recursal (Lei nº 6.055/74, art. 12) - por qualificar-se como *lex specialis* - não foi derogada pelo art. 508 do CPC, na redação que lhe deu a Lei nº 8.950/94. Doutrina. Precedentes. É também de 3 (três) dias, consoante prescreve o Código Eleitoral (art. 282), o prazo de interposição do agravo de instrumento, cabível contra decisão da Presidência do Tribunal Superior Eleitoral, que nega trânsito a recurso extraordinário deduzido contra acórdão emanado dessa alta Corte Judiciária. Doutrina. Precedentes”.

Pela relevância da matéria, cabe transcrever o voto do relator, Ministro

CELSO DE MELLO:

“Não se pode perder de perspectiva, neste ponto, que o prazo de interposição do recurso extraordinário, em matéria eleitoral, é de apenas 3 (três) dias (Lei nº 6.055/74, art. 12). Esse entendimento - que encontra apoio no magistério da doutrina (COSTA, Tito. Recursos em matéria eleitoral, p. 144, item nº 8.5, 7. ed., 2000, RT; MENDES, Raul Armando. Da interposição do recurso extraordinário, p. 122, 1984, Saraiva; CÂNDIDO, Joel José. Direito Eleitoral brasileiro, p. 250, item nº 11.1.4, 9. ed., 2001, Edipro; FERREIRA, Pinto. Código Eleitoral comentado, p. 323, 5. ed., 1998, Saraiva) - reflete-se, por igual, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (Ag nº 129.876/PR, Relator Ministro Celso de Mello; Ag nº 135.906/DF, Relator Ministro Celso de Mello; Ag nº 299.089/MG (AgRg), Relator Ministro Celso de Mello; RE nº 120.971/DF, Relator Ministro Sepúlveda Pertence). Recentemente, quando do julgamento do Ag nº 354.555/RS (AgRg), Relator Ministro Moreira Alves (Informativo-STF nº 245), a colenda Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal reafirmou essa orientação, enfatizando que ainda é de 3 (três) dias o prazo para a interposição de recurso extraordinário contra acórdão emanado do Tribunal Superior Eleitoral, eis que a norma legal que define esse prazo recursal (Lei nº 6.055/74, art. 12) - por qualificar-se como *lex specialis* - não

---

<sup>211</sup> “Art 12. O prazo para interposição de recurso extraordinário contra decisão do Tribunal Superior Eleitoral para o Supremo Tribunal Federal será de 3 (três) dias. Parágrafo único. O recurso extraordinário será processado na forma prevista nos arts. 278 e 279 do Código Eleitoral.”

foi derogada pelo art. 508 do CPC, na redação que lhe deu a Lei nº 8.950/94. Cabe destacar, ainda, por necessário, que o prazo para a interposição de agravo de instrumento, em matéria eleitoral, é também disciplinado em sede normativa própria. Com efeito, e nos termos do que prescreve o art. 282 do Código Eleitoral, 'Denegado o recurso, o recorrente poderá interpor, dentro de 3 (três) dias, agravo de instrumento, observado o disposto no art. 279 e seus §§ (...)'! O agravo de instrumento rege-se, no processo eleitoral, por normas legais próprias. Essa modalidade recursal - ao contrário do que prescreve o Código de Processo Civil - dispõe de prazo especial de interposição. O agravo de instrumento eleitoral, bem por isso, tem, na Lei nº 4.737/65, a sua sede materiae. Esse estatuto de regência, que constitui *lex specialis*, fixa em apenas 3 (três) dias o prazo de interposição do agravo de instrumento. O tríduo legal, para a oportuna interposição, em sede eleitoral, do agravo de instrumento, é também reconhecido pela doutrina (COSTA, Tito. Recursos em matéria eleitoral, p. 144, item nº 8.5, 7. ed., 2000, RT; CÂNDIDO, Joel José. Direito Eleitoral brasileiro, p. 250, item nº 11.1.4, 9. ed., 2001, Edipro; FERREIRA, Pinto. Código Eleitoral comentado, p. 323, 5. ed., 1998, Saraiva). A razão subjacente a esse entendimento - a que justifica a exigüidade dos prazos recursais em matéria eleitoral, mesmo tratando-se do próprio recurso extraordinário contra acórdãos emanados do Tribunal Superior Eleitoral - assim tem sido exposta pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: 'Prazo recursal em matéria eleitoral. Os recursos em matéria eleitoral acham-se submetidos, quanto ao respectivo prazo de interposição, a regramento normativo próprio, definido em legislação especial. A disciplina legislativa dos recursos eleitorais tem, no próprio Código Eleitoral, a sua pertinente sede materiae, razão pela qual esse tema - tratando-se da definição dos prazos recursais - não sofre o influxo das prescrições gerais estabelecidas na legislação processual comum. Esse entendimento ajusta-se à exigência de celeridade que constitui diretriz fundamental na regência do processo eleitoral, e, especialmente, na disciplina dos recursos interponíveis em seu âmbito. Em tema de prazos recursais em sede eleitoral, a precedência jurídica cabe ao que dispuserem as normas de Direito Eleitoral, porque são estas - e não a legislação processual comum - que constituem o estatuto de regência peculiar à disciplina da matéria. Eventuais conflitos normativos que se registrem na definição legal dos prazos recursais, envolvendo proposições incompatíveis constantes do Código Eleitoral e da legislação processual comum, qualificam-se como meras antinomias aparentes, posto que passíveis de solução à luz do critério da especialidade, que confere primazia à *lex specialis*, em ordem a bloquear, em determinadas matérias, a eficácia e a aplicabilidade da regra geral, ensejando, desse modo, com a prevalência da norma especial, a superação da situação antinômica ocorrente.' (RTJ 160/472-474, 473, Relator Ministro Celso de Mello.) Cabe referir, finalmente, que essa diretriz jurisprudencial vem sendo observada no âmbito desta Corte, como se depreende de outros julgamentos que versaram questão idêntica à ora discutida na presente sede recursal (RTJ 157/686, Relator Ministro Celso de Mello - Ag nº 224.618/MG (AgRg), Relator Ministro Sydney Sanches, v. g.)”.

A matéria está pacificada no âmbito do Supremo Tribunal Federal, que sobre ela fez editar o verbete n.º 728, da súmula da jurisprudência predominante:

“Súmula n.º 728, do STF: É de *três dias* o prazo para a interposição de recurso extraordinário contra decisão do Tribunal Superior Eleitoral, contado, quando

for o caso, a partir da publicação do acórdão, na própria sessão de julgamento, nos termos do art. 12 da Lei no 6.055/74, que não foi revogado pela Lei no 8.950/94”.

Cabe dizer, ainda, que o agravo contra a decisão denegatória de processamento de recurso extraordinário deve ser interposto também no prazo de 3 (três) dias, ainda que o parágrafo único<sup>212</sup> do art. 43 do Regimento Interno do TST disponha que seja ele de 5 (cinco) dias.

### ***2.3.2 Tribunal Superior Militar***

Cabe também recurso extraordinário – insista-se, desde que a questão constitucional seja de repercussão geral – das decisões proferidas pelo Tribunal Superior Militar. A matéria encontra-se disciplinada pelos arts. 131 a 134 do seu Regimento Interno<sup>213</sup>. Não admitido o recurso, cabe agravo de instrumento para o Supremo Tribunal Federal. Esse agravo tem característica singular – e sob o nosso ponto de vista, equivocada – de ser cabível também “contra decisão do Presidente do Tribunal que, apesar de admitir o apelo extremo, não lhe dê seguimento.” (art. 135, II do Regimento Interno do TSM).

---

<sup>212</sup> “Art. 43. (...) Parágrafo único. Os agravos dos despachos do presidente, denegatórios dos recursos referidos no artigo, serão interpostos no prazo de 5 dias e processados, igualmente, na conformidade do Código de Processo Civil”.

<sup>213</sup> Confira-se: “Art. 131. O Recurso Extraordinário contra decisões do Tribunal, nos casos previstos na Constituição Federal, será interposto no prazo de quinze dias, contados da intimação da decisão recorrida ou da sua publicação, em petição dirigida ao Presidente, que conterà: I - exposição do fato e do direito; II - demonstração do cabimento do recurso interposto; III - as razões do pedido de reforma da decisão recorrida”; “Art. 132. Recebida a petição pela Secretaria do Tribunal e aí protocolizada, será intimado o recorrido, abrindo-se vista pelo prazo de quinze dias para apresentar contra-razões. Parágrafo Único. Findo o prazo deste artigo, serão os autos conclusos ao Presidente para admissão ou não do recurso, no prazo de quinze dias, em decisão fundamentada”; “Art. 133. Admitido o recurso, os autos serão imediatamente remetidos ao Supremo Tribunal Federal. Parágrafo Único. Quando o recurso subir em traslado, deste constará cópia da denúncia, do Acórdão, ou da sentença, assim como as peças indicadas pelo recorrente”; “Art. 134. O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, desde que admitido, mas susta o trânsito em julgado da decisão recorrida.”

Entendemos equivocada a disposição de que caiba agravo de instrumento contra a decisão que, tendo admitido o extraordinário, não o envia ao Supremo Tribunal Federal porque, nesse caso, o remédio cabível é a reclamação, não o agravo.

Senão porque limitaria a 5 (cinco) dias a insurgência da parte (§ 1º do art. 135) – e este prazo, na hipótese de admissão e não remessa sequer teria um termo *a quo* identificável –, sobretudo porque uma vez admitido o recurso extraordinário, definitivamente encerrou-se a competência do Tribunal de interposição, já estando aberta a jurisdição do Supremo Tribunal Federal; assim, para preservar sua competência, quer nos parecer caiba reclamação – e não agravo.

É que agravo pressupõe sucumbência, encerra ônus e vindica situação jurídica mais favorável, coisa que não se pode dizer, propriamente dita, da simples remessa dos autos.

Sobreleva notar, por derradeiro, que, em se tratando de decisão denegatória de mandado de segurança ou *habeas corpus* de competência do Tribunal Superior Militar, o recurso cabível é o ordinário, não o extraordinário, conforme alínea a do inciso II do art. 102 da Constituição Federal<sup>214</sup> e artigos 128 e 129 do seu Regimento Interno<sup>215</sup>.

---

<sup>214</sup> “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: II - julgar, em recurso ordinário: a) o "habeas-corpus", o mandado de segurança, o "habeas-data" e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão.”

<sup>215</sup> “Art. 128. O Recurso Ordinário de decisão denegatória em Mandado de Segurança será interposto no prazo de quinze dias, com as razões do pedido de reforma. Parágrafo Único. Serão aplicadas, quanto aos requisitos de admissibilidade e ao procedimento neste Tribunal, as regras do Código de Processo Civil relativas à Apelação”; “Art. 129. O Recurso Ordinário de decisão denegatória de Habeas-corpus deverá ser interposto nos próprios autos em que houver sido lançada a decisão recorrida, por petição dirigida ao Presidente, com as razões do pedido de reforma, no prazo de cinco dias, contados da publicação do Acórdão ou da intimação em pública audiência, na presença das partes.”

### 2.3.3 *Tribunal Superior do Trabalho*

O cabimento de recurso extraordinário contra decisões do Tribunal Superior do Trabalho é disciplinado pelos arts. 272 a 275 do Regimento Interno do TST<sup>216</sup>, tendo como suporte constitucional o inciso III do art. 102 da Constituição Federal, uma vez que, em havendo questão constitucional – e sendo ela de repercussão geral –, trata-se de decisão de última instância e, como tal, susceptível de exame pelo Supremo Tribunal Federal<sup>217</sup>.

Dentre suas várias competências e seções especializadas – a de dissídios coletivos e a de dissídios individuais – sobleva destacar, ainda que em linhas gerais, que o Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho prevê o recurso de embargos infringentes “das decisões não unânimes proferidas pela Seção Especializada em Dissídios Coletivos, no prazo de 8 (oito) dias, contados da publicação do acórdão no Órgão Oficial, nos processos de Dissídios Coletivos de competência originária do Tribunal” (art. 240) o que significa dizer que, nessa hipótese, só caberá recurso extraordinário quando esgotada, por meio deles, infringentes, a instância.

---

<sup>216</sup> Confira-se: “Art. 272. Cabe recurso extraordinário das decisões do Tribunal proferidas em única ou última instância, nos termos, da Constituição da República. § 1º O recurso será interposto em petição fundamentada, no prazo de 15 (quinze) dias da publicação do acórdão ou de suas conclusões no Órgão Oficial. § 2º A petição do recurso extraordinário será juntada aos autos após transcorrido o prazo legal sem a interposição de recurso de competência do Tribunal Superior do Trabalho, abrindo-se, de imediato, vista dos autos à parte contrária, para apresentação das contra-razões no prazo de 15 (quinze) dias”; “Art. 273. Findo o prazo das contra-razões, os autos serão conclusos ao Vice-Presidente do Tribunal para exame da admissibilidade do recurso. (Redação dada pela Emenda Regimental nº 5/2006, DJU 5-10-2006) § 1º Indeferido o recurso, o recorrente poderá interpor agravo de instrumento, no prazo de 10 (dez) dias, a contar da data da publicação do despacho denegatório no Órgão Oficial. § 2º (Revogado pelo Ato Regimental nº 2/2003, DJU 11-09-2003)”; “Art. 274. A interposição do recurso para o Supremo Tribunal Federal não prejudicará a execução do julgado, observada a disposição dos artigos 893, § 2º, e 899 da Consolidação das Leis do Trabalho. Art. 275. Os processos julgados pelo Tribunal Superior do Trabalho só serão restituídos à instância originária findo o prazo de interposição do recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal.”

<sup>217</sup> Não admitido o recurso, cabe agravo. Interessante notar que, conforme a previsão do art. 278 do Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho, “o agravante e o agravado poderão, com documentos novos, instruir, respectivamente, a minuta e a contraminuta”, hipótese em que dar-se-á vista ao recorrido (parágrafo único).



Não passe despercebida a previsão legal contida no art. 896 da Consolidação das Leis do Trabalho:

**“Art. 896.** Cabe recurso de revista<sup>218</sup> para Turma do Tribunal Superior do Trabalho das decisões proferidas em grau de recurso ordinário, em dissídio individual, pelos Tribunais Regionais do Trabalho, quando:

a) derem ao mesmo dispositivo de lei federal interpretação diversa da que lhe houver dado outro Tribunal Regional, no seu Pleno ou Turma, ou a Seção de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, ou a Súmula de Jurisprudência Uniforme desta Corte (modificado pela L-009.756-1998);

b) derem ao mesmo dispositivo de lei estadual, Convenção Coletiva de Trabalho, Acordo Coletivo, sentença normativa ou regulamento empresarial de observância obrigatória em área territorial que exceda a jurisdição do Tribunal Regional prolator da decisão recorrida, interpretação divergente na forma da alínea "a" (Modificado pela L-009.756-1998) e;

c) proferidas com violação literal de disposição de lei federal ou afronta direta e literal à Constituição Federal. (Modificado pela L-009.756-1998)”

Nesse sentido – ao contrário do que sucede, por exemplo, com o cabimento conjunto de recurso especial e de recurso extraordinário previsto no art. 541 do Código de Processo Civil –, nas lides trabalhistas, as decisões colegiadas dos Tribunais Regionais do Trabalho desafiam recurso de revista<sup>219</sup>, apenas, e ele trata de questão constitucional. Só da decisão do Tribunal Superior do Trabalho nele proferida é que poderá caber recurso extraordinário.

---

<sup>218</sup> E o recurso de revista, como se sabe, disciplina-se pelo critério da transcendência: “Art. 896-A. O Tribunal Superior do Trabalho, no recurso de revista, examinará previamente se a causa oferece transcendência com relação aos reflexos gerais de natureza econômica, política, social ou jurídica.”

<sup>219</sup> Que, a exemplo do que sucede com o recurso extraordinário, exige como requisito de admissibilidade a demonstração satisfatória da transcendência da matéria nele versada.

## 2.4 Cabimento de recurso extraordinário contra decisão de Juizado Especial<sup>220</sup>

A matéria é objeto de dois verbetes sumulares – e com eles, em capítulo próprio, será examinada, posto compreendam em seu bojo matéria maior que a do cabimento de recurso extraordinário contra decisão de Juizado Especial: verbete n. 640 da Súmula (STF-640 – É cabível recurso extraordinário contra decisão proferida por juiz de primeiro grau nas causas de alçada, ou por Turma recursal de Juizado Especial Cível e Criminal)<sup>221</sup>; e verbete n. 727 da Súmula (STF-727 – Não pode o magistrado deixar de encaminhar<sup>222</sup> ao Supremo

---

<sup>220</sup> O cabimento de recurso extraordinário das decisões proferidas pelos colégios recursais dos Juizados Especiais é hoje matéria pacífica tanto na doutrina, quanto na jurisprudência. Há dois verbetes sumulares do Supremo Tribunal Federal sobre o tema – e eles serão analisados no capítulo versante sobre o direito sumular relativo ao recurso extraordinário. A discussão que se estabelece refere-se à possibilidade de interposição de recurso especial contra decisões proferidas pelos colégios recursais dos Juizados Especiais. O direcionamento da doutrina – e nisto é acompanhada da jurisprudência, pois o Superior Tribunal de Justiça não tem admitido recurso especial contra decisões daquela origem, embora tenha se manifestado *de lege ferenda* no sentido de que deveria ser admitido como corolário da unificação da aplicação e do entendimento da legislação federal infraconstitucional no país – é no sentido de que não cabe recurso especial nessa hipótese. Em linhas gerais, os argumentos são os seguintes: a) os colégios recursais não têm a natureza jurídica de Tribunais, nem podem ser equiparados àqueles mencionados no inciso III do artigo 105 da Constituição Federal; b) o cabimento de recurso especial das decisões proferidas pelas turmas recursais de Juizado Especial implica em afronta aos postulados desta justiça, notadamente no da celeridade processual; c) como a via do Juizado Especial é optativa, portanto, as partes sabem a regra do jogo e conformam-se, de antemão, com a impossibilidade de interposição de recurso especial, não podendo depois alegar prejuízo. Tiago Figueiredo GONÇALVES recentemente escreveu artigo (Do cabimento de recursos ordinário e especial contra acórdão proferido por turma recursal nos juizados especiais, in: Nelson NERY JR. e Teresa Arruda Alvim WAMBIER, **Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e Assuntos Afins**, v. X, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 591) onde defendeu o cabimento destes recursos contra decisões emanadas daquele órgão julgador. Seus fundamentos – que, resumidamente, procuram infirmar os óbices doutrinários acima mencionados, com a eleição de interpretação sistemática e não literal do dispositivo constitucional que regula o recurso especial – são os seguintes: “(...) fosse intuito do legislador constituinte impedir particularmente o manejo do recurso especial no procedimento dos Juizados Especiais para se lhe implementar maior celeridade, teria, em idêntica ordem, vedado o acesso ao STF pela via do recurso extraordinário, o que definitivamente não fez, no que são acordes doutrina e jurisprudência. (...) Costuma-se, outrossim, fazer-se uso do argumento de que a via do Juizado Especial não é obrigatória. Se a parte autora, portanto, opta por se utilizar do Juizado Especial, sendo que poderia se socorrer de outro procedimento, deve se sujeitar à regras previamente conhecidas que regulam aquele, inclusive a que impediria o manejo dos recursos especial e ordinário. Se ao autor é conferida a opção da escolha do procedimento, o mesmo não sucede ao réu. Em vindo a ser demandado no Juizado Especial, deverá o réu subordinar sua atuação às regras que o implementam. Assim, caso necessário, na linha do entendimento predominante, ficaria impossibilitado de manejar recursos especial ou ordinário, conforme o caso. Por fim, simples interpretação literal do art. 105, II, b e III da CF/88 não pode obstaculizar o acesso aos recursos ordinário e especial nos Juizados Especiais.”

<sup>221</sup> Roberto ROSAS foi direto: “um dos pressupostos para o recurso extraordinário é que a decisão seja de última ou única instância (CF, art. 102, III). As causas acima estão nessa hipótese.” (**Op. cit.**)

<sup>222</sup> Daí que tenham sido procedentes as Reclamações 458-9/Go, Relator Francisco REZEK (DJ de 27.05.94); 438-4/SP, Relator Sepúlveda PERTENCE (DJ de 01.10.93), entre outras.

Tribunal Federal o Agravo de Instrumento interposto da decisão que não admite recurso extraordinário, ainda que referente a causa instaurada no âmbito dos juizados especiais)<sup>223</sup>.

## **2.5 Cabimento de recurso extraordinário contra decisão singular**

Não parece ensejar maiores considerações o cabimento de recurso extraordinário contra decisões singulares, posto que elas se harmonizam tanto com a redação do inciso III do art. 102 da Constituição Federal (decisão de única instância) – e desde que não desafie recurso ordinário –, quanto com a assertiva de propósito conceitual e institucional do Supremo Tribunal Federal, de sorte que, competindo-lhe precipuamente a guarda da Constituição, decisão alguma que a vulnere, ao menos por hipótese, possa estar livre de verificação. Contudo – e aí seguindo a linha do novel ordenamento constitucional brasileiro, derivado da Reforma de 2004 (EC 45/2004) –, é preciso que também esta decisão singular verse tema constitucional de repercussão geral.

## **2.6 Cabimento de recurso extraordinário contra decisão do Senado Federal na casuística dos incisos I e II, do art. 52, da Constituição Federal.**

O Senado Federal exerce função jurisdicional consistente no julgamento de autoridades mencionadas nos incisos I e II do art. 52 da Constituição Federal por crime de responsabilidade.

---

<sup>223</sup> Para Roberto ROSAS “segundo o art. 544 do CPC, compete ao STF o julgamento do agravo tirado do despacho que nega seguimento a recurso extraordinário. Logo, não pode ser obstado essa subida.” (**Op. cit.**).

Os incisos I e II do art. 52 da Constituição Federal<sup>224</sup> estabelecem que:

“Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles<sup>225</sup>;

II - processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal<sup>226</sup>, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade”.

Uma vez que se trata de atribuição privativa do Senado Federal e que nesse caso funciona como *órgão do Judiciário*<sup>227</sup> a decisão proferida é, ao menos conceitualmente, decisão de Tribunal. Daí a pergunta: cabe recurso extraordinário contra decisão proferida pelo Senado Federal nas hipóteses, do art. 52, I e II, da Constituição Federal.

A despeito de o Senado Federal, no caso, funcionar como órgão do Poder Judiciário – o que, em tese, ensejaria a interposição de recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, em se tratando de decisão proferida por única instância, na forma do inciso III do art. 102 da Constituição Federal –, não nos parece possa caber recurso contra aquela decisão, seja ela absolviória ou condenatória.

Se bem que houvesse – e isso é inegável – repercussão geral na perda de cargo de qualquer das autoridades mencionadas nos incisos I e II do art. 52 da Constituição Federal

---

<sup>224</sup> Observe-se a redação do seu parágrafo único: “Nos casos previstos nos incisos I e II, funcionará como Presidente o do Supremo Tribunal Federal, limitando-se a condenação, que somente será proferida por dois terços dos votos do Senado Federal, à perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis.” No mesmo sentido, o parágrafo único da Lei 1.079/50.

<sup>225</sup> Redação de acordo com a Emenda Constitucional n. 23, de 1999.

<sup>226</sup> Dispõe o art. 39 da Lei 1.079/50: “Art. 39. São crimes de responsabilidade dos Ministros do Supremo Tribunal Federal: 1 - alterar, por qualquer forma, exceto por via de recurso, a decisão ou voto já proferido em sessão do Tribunal; 2 - proferir julgamento, quando, por lei, seja suspeito na causa; 3 - exercer atividade político-partidária; 4 - ser patentemente desidioso no cumprimento dos deveres do cargo; 5 - proceder de modo incompatível com a honra, dignidade e decôro de suas funções.

<sup>227</sup> Basta ver que o Regimento Interno do Senado Federal disciplina a matéria nos arts. 377 a 382, que integram o Capítulo I do Título X da Parte 1 e, mais precisamente, o art. 64 e a parte final do *caput* do art. 80 da Lei 1.079/50, “que define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento.”

– o que, no plano teórico, garantiria a presença deste novo requisito de admissibilidade de recurso extraordinário –, parece-nos que esta função judiciária atípica do Senado deva ter autonomia e ser imune a recurso, em obséquio à independência e harmonia dos poderes constituídos, Executivo, Legislativo e Judiciário.

*Mutatis mutandis*: da mesma forma que nos parece que ao Senado Federal caiba tão e somente suspender, no todo ou em parte, como diz o art. 52, X<sup>228</sup>, da Constituição Federal, “a execução (...) de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal” – sem interferência, ingerência ou questionamento sobre a decisão judicial que lhe chega<sup>229</sup> à execução<sup>230</sup>, embora não lhe seja vedada nova e desta vez constitucional legislatura sobre a mesma matéria – , quer nos parecer que, nos crimes de responsabilidade das autoridades versadas nos incisos I e II do art. 52 da Constituição Federal, a decisão caiba – e o cabe de forma privativa – ao Senado Federal.

Portanto, em que se pese tratar-se a decisão do Senado Federal uma decisão judiciária e, neste passo, de única instância e, por outro lado, embora seja inegável a repercussão geral da questão constitucional nela versada – crime de responsabilidade das altas autoridades do país – não nos parece cabível a interposição de recurso extraordinário nesta hipótese.

---

<sup>228</sup> Sobre o que falaremos, inclusive criticamente, em capítulo próprio deste trabalho.

<sup>229</sup> E chegará na forma do art. 386 do Regimento Interno do Senado Federal: “Art. 386. O Senado conhecerá da declaração, proferida em decisão definitiva pelo Supremo Tribunal Federal, de inconstitucionalidade total ou parcial de lei mediante: I – comunicação do Presidente do Tribunal; II – representação do Procurador-Geral da República; III – projeto de resolução de iniciativa da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania.”

<sup>230</sup> Extraímos a obrigatoriedade, senão por outros argumentos, pela própria redação do art. 387 do Regimento Interno do Senado Federal, no particular da expressão “cuja execução se deva suspender” nele constante: “A comunicação, a representação e o projeto a que se refere o art. 386 deverão ser instruídos com o texto, da Lei cuja execução se deva suspender, do acórdão do Supremo Tribunal Federal, do parecer do Procurador-Geral da República e da versão do registro taquigráfico do julgamento.”

## 2.7 Decisões de Tribunais não componentes do Poder Judiciário

Dado que o art. 92 da Constituição Federal preveja como:

“(...) órgãos do Poder Judiciário: I - o Supremo Tribunal Federal; I-A o Conselho Nacional de Justiça; II - o Superior Tribunal de Justiça; III - os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais; IV - os Tribunais e Juízes do Trabalho; V - os Tribunais e Juízes Eleitorais; VI - os Tribunais e Juízes Militares; VII - os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios”

quer nos parecer que somente as decisões por ele proferidas – e que seriam tipicamente jurisdicionais – ensejariam a recorribilidade ao Supremo Tribunal Federal pela via do recurso extraordinário (exceto, por evidência, as decisões de sua própria lavra, ainda que ele seja órgão do Poder Judiciário – o de cúpula, aliás).

Decisões tomadas no âmbito administrativo<sup>231</sup> – de que podem ser exemplo as tomadas pelo CADE, pelo TCU (e, nessa linha, pelos Tribunais de Contas dos Estados) e pela Justiça Desportiva – não desafiam recurso extraordinário<sup>232</sup> pelo simples fato de que o cabimento deste recurso, como explicitado na Constituição Federal, volta-se para “causas decididas em única ou última instância”. Aqui, parece-nos que o termo instância – sobretudo se considerado a partir do que lhe antecede, “causa” – é a instância judicial, jurisdicional e, como tal, própria aos órgãos que compõem o Poder Judiciário.

Dissertando sobre o tema do cabimento de recurso extraordinário das decisões tomadas por tribunais a que chamou de “administrativos”, JOSÉ AFONSO DA SILVA – é

---

<sup>231</sup> A Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999, regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal e estabelece: “Art. 56. Das decisões administrativas cabe recurso, em face de razões de legalidade e de mérito. § 1o O recurso será dirigido à autoridade que proferiu a decisão, a qual, se não a reconsiderar no prazo de cinco dias, o encaminhará à autoridade superior. § 2o Salvo exigência legal, a interposição de recurso administrativo independe de caução.” “Art. 57. O recurso administrativo tramitará no máximo por três instâncias administrativas, salvo disposição legal diversa.”

<sup>232</sup> O que nada tem a ver com a questão da “súmula vinculante”, adrede versada.

bem verdade que sob a ótica de texto constitucional anterior ao de 1988 – concluiu que elas “não dão oportunidade ao remédio constitucional” em exame (recurso extraordinário)<sup>233</sup>.

Fê-lo a partir do núcleo constitucional vigente – ser o recurso extraordinário cabível nas “causas decididas em única ou última instância por outros tribunais e juízes”, porque assim entendia:

“(...) os órgãos administrativos não decidem causas, questões, controvérsias; (...) no procedimento administrativo, não existe relação processual, para haver *única ou última instância* no sentido técnico de desenvolvimento da relação processual, nem suas decisões são definitivas, segundo o sentido de única ou última instância do texto constitucional; (...) terceiro, porque *tribunais ou juízes*, do inciso, referem-se aos órgãos jurisdicionais, têm sentido técnico de órgãos investidos de poder de resolverem conflitos de interesse”<sup>234</sup>.

A despeito de o texto constitucional vigente ter excluído a expressão tribunais ou juízes – o que, ao menos em tese, desqualifica para os dias de hoje este terceiro argumento do mencionado doutrinador –, não se pode perder de vista que o controle da constitucionalidade feito na via do recurso extraordinário é aquele decorrente do desenvolvimento de uma relação jurídica-processual, argumento este que, ao menos em tese, ratifica os 2 (dois) outros de JOSÉ AFONSO DA SILVA.

Demonstraremos abaixo a previsão constitucional e sistemática dos processos administrativos relacionados ao CADE, ao TCU e ao STJD e o faremos com o duplo propósito de demonstrar (i) que não há neles expressa referência ao recurso extraordinário como meio de controle da constitucionalidade de suas decisões e (ii) que ou a Constituição Federal ou legislação de regência ou quando menos seu respectivo Regimento Interno remetem ao Poder Judiciário tanto a execução de suas decisões, quanto – e isto por força de princípio constitucional do amplo acesso – asseguram à parte, ao prejudicado ou ao interessado a possibilidade de revisão judicial da decisão, dentro dos trâmites legais,

---

<sup>233</sup> **Do recurso extraordinário...cit.**, pp. 264-266.

<sup>234</sup> **Idem, ibidem**, mesmas páginas.

circunstância que, *a priori*, impede o exame direto do assunto pelo Supremo Tribunal Federal: é que, além de não ser próprio dizer que o termo instância alcançaria as decisões daqueles tribunais, quando menos não seria ela última, porque todas as decisões sujeitas ao exame de outra instância, nesse caso, judicial. Logo, ainda não é o momento de se pretender a revisão constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, dado que sobre o tema as instâncias judiciais ordinárias não teriam se manifestado<sup>235</sup>.

Some-se, a isto o já versado cabimento de reclamação, em se tratando de ofensa a verbete de súmula vinculante da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Adotadas essas premissas, examinemos caso a caso as decisões de tribunais não pertencentes ao Poder Judiciário e a insujeição delas ao recurso extraordinário.

### ***2.7.1 Justiça desportiva***

A Justiça Desportiva tem previsão no art. 217 da Constituição Federal:

“Art. 217. É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um, observados: I - a autonomia das entidades desportivas dirigentes e associações, quanto à sua organização e funcionamento; II - a destinação de recursos públicos para a promoção prioritária do desporto educacional e, em casos específicos, para a do desporto de alto rendimento; III - o tratamento diferenciado para o desporto profissional e o não-profissional; IV - a proteção e o incentivo às manifestações desportivas de criação nacional.”

Na forma do parágrafo primeiro do art. 217 da Constituição Federal está contida a regra de que “o Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às

---

<sup>235</sup> Foi o que disse José Afonso da SILVA (**Do recurso extraordinário...cit.**, p. 265): “se a decisão administrativa lesou, ou pareceu ao interessado ter lesado, o seu direito, cumpre-lhe ingressar em juízo, em ação própria, para pedir a solução judicial da lide. Da decisão desta lide é que, eventualmente, poderá caber o Recurso Extraordinário.” O doutrinador lançou nota de rodapé, que reproduzimos: “Cfr. CASTRO NUNES, Op. Cit., p. 330, onde cita acórdão relatado por COSTA MANSO, no rec. extr. n. 2.866, de 15-5-36: ‘se o ato lesa um direito individual, cabe ao prejudicado usar do mandado de segurança ou propor a ação que couber, e será esse o feito judicial de cuja decisão final caberá então o recurso extraordinário.’”



competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei”.

A pergunta que se impõe é: esgotadas as instâncias da justiça desportiva como manda o parágrafo 1º do art. 217 da Constituição Federal, as ações relativas à disciplina e às competições desportivas a que compita o Judiciário analisar o serão pela via do recurso extraordinário ou pelas vias ordinárias?

Senão porque o termo instância final deva corresponder às instâncias judiciais, tanto mais porque o próprio dispositivo constitucional utiliza-se da expressão “ações relativas” parece-nos adequado defender a idéia de que o Judiciário poderá sim analisar demandas oriundas da Justiça Desportiva; contudo, pela via da ação – e não do recurso extraordinário, que é um prolongamento do direito de ação, como deflui da já analisada natureza jurídica dos recursos de um modo geral analisados.

O Código Brasileiro de Justiça Desportiva disciplina a organização da Justiça Desportiva da seguinte forma:

“Art. 1º. A organização, o funcionamento, as atribuições da Justiça Desportiva e o Processo Desportivo, no que se referem ao desporto de prática formal, regulam-se pela lei e por este Código, a que ficam submetidas, em todo o território nacional, as entidades compreendidas pelo Sistema Nacional do Desporto e todas as pessoas físicas e jurídicas que lhes forem direta ou indiretamente filiadas ou vinculadas.”

De forma a deixar claro que não cabe recurso (extraordinário) das decisões proferidas pelo STJD, o art. 136 do CBJD explicita:

“Art. 136. Das decisões dos órgãos judicantes caberá recurso nas hipóteses previstas neste Código:

*(omissis)*

§ 1º As decisões do Superior Tribunal de Justiça Desportiva (STJD) são irrecorríveis”.

Se fosse o caso de serem recorríveis – porque seriam a expressão derradeira instância administrativa –, nem assim caberia recurso extraordinário dessas decisões pois, conforme a premissa estabelecida de que o Supremo Tribunal Federal exerce o controle de constitucionalidade pela via do recurso extraordinário apenas e tão somente de causas decididas por órgãos do Poder Judiciário (art. 92 da Constituição Federal) e, ainda, a vedação de cabimento de recurso pela legislação de regência (art. 136 do CBJD), é de se concluir que o prejudicado ou interessado em rever posicionamento da Justiça Desportiva deva valer-se das vias ordinárias – e não do recurso extraordinário – no âmbito do Poder Judiciário.

### **2.7.2 CADE**

“O Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE<sup>236</sup>, criado em 1962 e transformado, em 1994, em Autarquia vinculada ao Ministério da Justiça, tem suas atribuições previstas na Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. Ele tem a finalidade de orientar, fiscalizar, prevenir e apurar abusos de poder econômico, exercendo papel tutelador da prevenção e repressão do mesmo. [...] O CADE é a última instância, na esfera administrativa, responsável pela decisão final sobre a matéria concorrencial. Assim, após receber os pareceres das duas secretarias (Seae e SDE) o CADE tem a tarefa de julgar os processos. O órgão desempenha, a princípio, três papéis: 1. Preventivo; 2. Repressivo; e 3. Educativo”<sup>237</sup>

Seguem dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994 que versam sobre a competência, funcionamento, procedimento e necessidade da via jurisdicional para a execução das decisões proferidas pelo CADE:

“Art. 3º O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), órgão judicante com jurisdição em todo o território nacional, criado pela Lei nº

---

<sup>236</sup> O art. 1º do Regimento Interno tem a seguinte redação: “Art.1º. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, órgão judicante vinculado ao Ministério da Justiça, regido pela Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, com sede na Capital da República e jurisdição em todo o território nacional, tem por finalidade prevenir e reprimir as infrações à ordem econômica”.

<sup>237</sup> Disponível em <http://www.cade.gov.br/apresentacao/cade.asp#cade>. Acessado em 16 de março de 2007.

4.137, de 10 de setembro de 1962, passa a se constituir em autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal, e atribuições previstas nesta lei.”

“Art. 7º Compete ao Plenário do Cadê:

XIII - requerer ao Poder Judiciário a execução de suas decisões, nos termos desta lei”

“Art. 50. As decisões do Cade não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo, promovendo-se, de imediato, sua execução e comunicando-se, em seguida, ao Ministério Público, para as demais medidas legais cabíveis no âmbito de suas atribuições.”

“Art. 64. A execução das decisões do Cade será promovida na Justiça Federal do Distrito Federal ou da sede ou domicílio do executado, à escolha do Cade.”

Assim, é conclusivo que não cabe recurso extraordinário das decisões do CADE, que serão revistas – como se disse alhures – , no Judiciário, pelas vias ordinárias.

### ***2.7.3 Tribunal de contas***

A previsão do controle de contas tem matriz constitucional. Na Constituição Federal, o assunto vem disciplinado pelos artigos 70 e seguintes:

“Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder”.

“Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União<sup>238</sup>, ao qual compete:

---

<sup>238</sup>“Art. 1º Ao Tribunal de Contas da União, órgão de controle externo, compete, nos termos da Constituição Federal e na forma estabelecida nesta lei: I - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos das unidades dos poderes da União e das entidades da administração indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo poder público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao erário; II - proceder, por iniciativa própria ou por solicitação do Congresso Nacional, de suas Casas ou das respectivas comissões, à fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial das unidades dos poderes da União e das entidades referidas no inciso anterior; III - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, nos termos do art. 36 desta lei; IV - acompanhar a arrecadação da receita a cargo da União e das entidades referidas no inciso I deste artigo, mediante inspeções e auditorias, ou por meio de demonstrativos próprios, na forma estabelecida no regimento interno; V - apreciar, para fins de registro, na forma estabelecida no regimento interno, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer Título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo poder público federal, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de

I – apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio, que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;

II- julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo poder público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

III- apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo poder público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

IV- realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;

V- fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo;

---

aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório; VI - efetuar, observada a legislação pertinente, o cálculo das quotas referentes aos fundos de participação a que alude o parágrafo único do art. 161 da Constituição Federal, fiscalizando a entrega dos respectivos recursos; VII - emitir, nos termos do § 2º do art. 33 da Constituição Federal, parecer prévio sobre as contas do Governo de Território Federal, no prazo de sessenta dias, a contar de seu recebimento, na forma estabelecida no regimento interno; VIII - representar ao poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados, indicando o ato inquinado e definindo responsabilidades, inclusive as de Ministro de Estado ou autoridade de nível hierárquico equivalente; IX - aplicar aos responsáveis as sanções previstas nos arts. 57 a 61 desta lei; X - elaborar e alterar seu regimento interno; XI - eleger seu Presidente e seu Vice-Presidente, e dar-lhes posse; XII - conceder licença, férias e outros afastamentos aos ministros, auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal, dependendo de inspeção por junta médica a licença para tratamento de saúde por prazo superior a seis meses; XIII - propor ao Congresso Nacional a fixação de vencimentos dos ministros, auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal; XIV - organizar sua Secretaria, na forma estabelecida no regimento interno, e prover-lhe os cargos e empregos, observada a legislação pertinente; XV - propor ao Congresso Nacional a criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções de quadro de pessoal de sua secretaria, bem como a fixação da respectiva remuneração; XVI - decidir sobre denúncia que lhe seja encaminhada por qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato, na forma prevista nos arts. 53 a 55 desta lei; XVII - decidir sobre consulta que lhe seja formulada por autoridade competente, a respeito de dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes a matéria de sua competência, na forma estabelecida no regimento interno. § 1º No julgamento de contas e na fiscalização que lhe compete, o Tribunal decidirá sobre a legalidade, de legitimidade e a economicidade dos atos de gestão e das despesas deles decorrentes, bem como sobre a aplicação de subvenções e a renúncia de receitas. § 2º A resposta à consulta a que se refere o inciso XVII deste artigo tem caráter normativo e constitui prejulgamento da tese, mas não do fato ou caso concreto. § 3º Será parte essencial das decisões do Tribunal ou de suas Câmaras: I - o relatório do Ministro-Relator, de que constarão as conclusões da instrução (do relatório da equipe de auditoria ou do técnico responsável pela análise do processo, bem como do parecer das chefias imediatas, da unidade técnica), e do Ministério Público junto ao Tribunal; II - fundamentação com que o Ministro-Relator analisará as questões de fato e de direito; III - dispositivo com que o Ministro-Relator decidirá sobre o mérito do processo”.

VI- fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União, mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;

VII- prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas;

VIII- aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

IX- assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da Lei, se verificada ilegalidade;

X- sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

XI- representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados”.

Conforme o art. 277 do Regimento Interno, os processos de competência do Tribunal de Contas da União desafiam os seguintes recursos: a) recurso de reconsideração; b) pedido de reexame; c) embargos de declaração; d) recurso de revisão; e e) agravo.

Não há, de igual forma, previsão de cabimento de recurso extraordinário e, também da mesma forma que se vem defendendo neste particular da dissertação, as insurgências devem ser colocadas pela parte ou interessado pelas vias ordinárias, por meio de ação – e não mediante a interposição de recurso extraordinário.

O mesmo se deve ser dito com relação aos Tribunais de Contas dos Estados, que – e é bom que se diga – não se enquadram no conceito de “ato de governo local” que viesse a ensejar recurso extraordinário.

Feitas estas considerações, passemos ao exame caso a caso das hipóteses de cabimento de recurso extraordinário, conforme redação constitucional advinda da

Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004: as hipóteses a, b, c e d do permissivo constitucional.

## **2.8 – As hipóteses constitucionais de cabimento do recurso extraordinário**

### ***2.8.1 Contrariar dispositivo da Constituição (art. 102, III, a da Constituição Federal de 1988)***

A primeira hipótese de cabimento de recurso extraordinário é a de a decisão recorrida contrariar dispositivo constitucional, na forma da letra “a” do inciso III do art. 102 da Constituição Federal.

O ordenamento constitucional anterior previa recurso extraordinário quando a decisão recorrida *contrariasse* dispositivo da Constituição ou *negasse vigência* a tratado ou lei federal. Destaque-se que naquela sistemática constitucional ainda não havia o Superior Tribunal de Justiça nem – por consequência – o recurso especial. Daí lembrarmos que a matéria foi objeto de divisão, entre o Supremo e o Superior, a partir da Constituição de 1988 – via extraordinário e especial, respectivamente.

Buscando na mais próxima previsão constitucional o conteúdo da norma da atual – e, assim, verificando a distinção entre os termos *contrariar* e *negar vigência*

– é possível fixar de plano o alcance da primeira das quatro hipóteses de cabimento de recurso extraordinário: a de a decisão recorrida *contrariar* – e não *negar vigência* – a dispositivo constitucional.

RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO bem adverte que:

“(...) ‘contrariar’ um texto é *mais* do que negar-lhe vigência. Em primeiro lugar, a *extensão* daquele termo é maior, chegando mesmo a abarcar, em certa medida, o outro; segundo, a *compreensão* dessas locuções é diversa: ‘contrariar’ tem uma conotação mais difusa, menos contundente; já ‘negar vigência’ sugere algo mais estrito, mais rígido. Contrariamos a lei quando nos distanciamos da *mens legislatoris*, ou da finalidade que lhe inspirou o advento; e bem assim quando a interpretamos mal e lhe desvirtuamos o conteúdo. Negamos-lhe vigência, porém, quando declinamos de aplicá-la, ou aplicamos outra, aberrante da *fattispecie*; quando a exegese implica em admitir, em suma...que é branco onde está escrito preto; ou quando, finalmente, o aplicador da norma atua em modo delirante, distanciando-se de todo o texto de regência”<sup>239</sup>.

A distinção entre *contrariar* e *negar vigência* – como se vê – é muito mais que semântica, chegando mesmo ao próprio alcance de uma e de outra hipótese de cabimento de recurso, a primeira, para o recurso extraordinário e a segunda, para o recurso especial.

Adotamos sem discussão o conceito e a afirmativa de MANCUSO segundo quem *contrariar* texto legislativo seja mais do que (apenas) *negar-lhe vigência*. Nesta derradeira hipótese, a de negativa de vigência, o que se teria passado não seria outra coisa senão a da não aplicação da Lei, melhor dizendo, da Lei que deveria ser aplicada ao caso concreto e que não foi. Naquela outra, a de *contrariar* lei, o exercício é mais amplo, chegando mesmo à raiz legislativa para saber se – aplicada a lei – teria sido ela aplicada de forma correta, na sua real dimensão e de acordo com as finalidades dela esperadas.

---

<sup>239</sup> *Recurso...cit.*, p. 221.

Quando o recurso extraordinário enfrenta contrariedade a dispositivo da Constituição, o que se pretende fazer – em última análise – é o resguardo da ordem constitucional, ainda que entre as partes, no caso concreto, mas de toda a sorte (e ainda mais com a repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário) para dizer do real e exato alcance da disposição constitucional.

Por isto não é o caso de saber se preceito constitucional foi ou não foi aplicado, mas sim de saber em que moldes se deu a sua aplicação; esta é a contrariedade que enseja recurso extraordinário, não eventualmente a questão menor da negativa de vigência.

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA explica existir um juízo de valor no próprio cabimento do recurso extraordinário pela alínea *a* do permissivo constitucional; já diferentemente nas outras hipóteses – ele bem detecta – onde basta a afirmação de sua singular ocorrência (ter declarado a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal, pela letra *b* do permissivo; ter julgado válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição, pela letra *c* do permissivo; ou ter julgado válida lei local contestada em face de lei federal, pela letra *d* do permissivo) para o cabimento da espécie recursal<sup>240</sup>.

Segundo BARBOSA MOREIRA:

“(...) não é homogênea a técnica empregada pelo legislador constituinte nas várias letras do art. 102, III. Nas letras *b* e *c* (agora, também, na letra *d*), ele se ateve a uma descrição *axiologicamente neutra*: a realização do ‘tipo’ constitucional não implica de modo necessário que o recorrente tenha razão. Uma decisão pode perfeitamente ser correta e merecer ‘confirmação’ *apesar de* haver declarado a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, ou julgado válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição, ou, ainda, julgado válida lei local contestada em face de lei federal. Quer isso dizer que nas letras *b*, *c* e *d* se usa técnica bem adequada à fixação dos pressupostos de *cabimento* do recurso extraordinário, isto é, de circunstâncias cuja presença importa para que dele se conheça, mas cuja relevância não ultrapassa esse nível, deixando intacta a questão de saber se ele deve ou não deve ser *provido*. Já na letra *a*, muito ao contrário, a descrição do texto contém um *juízo de valor*: a decisão que contrarie dispositivo constitucional é decisão,

---

<sup>240</sup> *Comentários...cit.*, v. V, p. 591.



à evidência, incorreta, e como tal merecedora de reforma. Aí, portanto, se ficar demonstrada a realização do ‘tipo’, o recorrente não fará jus ao mero *conhecimento*, senão ao *provimento* do recurso<sup>241</sup>.

Esta peculiar circunstância de previsão nitidamente valorativa de uma entre as quatro hipóteses de cabimento do recurso extraordinário acaba por implicar no próprio julgamento de mérito. Uma vez que a contrariedade, sendo ela provida de juízo valorativo, volta-se tanto para o cabimento do recurso, quanto para o seu próprio mérito – revela-se necessário saber se a Constituição foi contrariada, para depois saber se o recurso é cabível, numa absoluta inversão de critérios (o correto seria saber primeiro se o recurso é cabível, para depois dizer se procede ou não) – têm preponderado decisões que confundem juízo de admissibilidade do recurso com o seu juízo de mérito.

É comum no linguajar forense do Supremo Tribunal Federal e do mais que orbita o recurso extraordinário, salvo doutrina de escol, confundir-se a *admissão* com o *mérito* do recurso, quando interposto pela letra *a* do permissivo constitucional – ou por outra, a confusão entre juízo de admissibilidade e juízo de mérito, talvez não no conteúdo, mas seguramente na forma. O raciocínio pode até seduzir, à primeira vista: tratando-se de contrariedade a dispositivo da Constituição Federal, uma vez admitido o recurso ele somente poderá ser provido, no mérito, sob pena de se convalidar a contrariedade. Mais claramente: o Supremo Tribunal Federal prefere – à luz da redação da letra *a* do permissivo constitucional – ficar na seara do conhecer e do não conhecer do recurso, significando dizer que quando conhece é porque lhe deu provimento e quando não o conhece, é porque lhe tenha negado provimento.

Assim o faz porque – sempre segundo sua técnica – não poderia conhecer do extraordinário para negar-lhe provimento, uma vez que apenas o teria conhecido em função da contrariedade a determinado dispositivo constitucional. O raciocínio poderia ser

---

<sup>241</sup> **Idem, ibidem**, mesma página.

correto, não padecesse de vício de premissa: de fato e em virtude da carga valorativa da própria hipótese de cabimento, se houve contrariedade é porque deverá ser provido o recurso; e assim o contrário. Porém, este raciocínio é apenas linear e literal, não podendo ser aceito porque despreza, sem poder, elementares conceitos da processualística civil – dentre eles, o maior: a admissão precede o mérito.

Ainda que a redação da letra *a* do permissivo constitucional não seja das mais felizes e ainda que falseie a conclusão, há – de sobra – motivos para se compreender que mesmo admitindo o recurso extraordinário por contrariedade a dispositivo da Constituição, ainda assim, o recurso pode no mérito ser improvido – se de resto esta for a sua vocação.

Mais uma vez a lição de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA:

“(...) nessa peculiaridade da redação da letra *a* reside, ao que nos parece, o fator principal de persistente mal-entendido – desde a vigência de Cartas anteriores – no que concerne ao julgamento dos recursos extraordinários interpostos com invocação do disposto em foco (ou de seus predecessores, que não aludiam a infrações apenas da Constituição, mas também de outras normas federais). Se o texto constitucional, querendo indicar *hipótese de cabimento*, usou, por impropriedade técnica, expressão que já desenha *hipótese de procedência*, isso não é razão para que, no caso, se deixe de atender à distinção entre juízo de admissibilidade e juízo de mérito. Por outro lado, já que a ocorrência *efetiva* do esquema consagrado no texto constitui requisito de *procedência*, seria absurdo exigí-la para declarar *admissível* o recurso: não se pode condicionar a admissibilidade à procedência, pois esta *pressupõe* aquela, e para chegar-se à conclusão de que um recurso merece provimento é logicamente necessário que, *antes*, se haja transposto a preliminar. Requisito de admissibilidade será, então, a mera ocorrência *hipotética* (isto é, alegada) do esquema textual: não se há de querer, para admitir o recurso extraordinário pela letra *a*, que o recorrente prove desde logo a contradição real entre a decisão impugnada e a Constituição da República; bastará que ele a *argua*. Do contrário, insista-se, estaremos exigindo, ao arrepio da técnica e da lógica, que o recurso seja procedente para ser admissível – e era o que costumava fazer o Supremo Tribunal Federal, até data recente, todas as vezes que dizia ‘não conhecer’ do recurso interposto pela letra *a* por entender que *não existia* a apontada violação da regra constitucional”<sup>242</sup>

---

<sup>242</sup> Op. cit., p. 592.

É preciso perceber que esta circunstância de confundir-se juízo de admissibilidade com juízo de mérito, ainda que em função da redação da letra *a* do permissivo constitucional, tem implicações maiores que a mera questão da lógica e da técnica jurídica.

Tão logo seja dimensionado de forma correta o alcance da expressão “contrariar dispositivo desta Constituição” – prevista como hipótese de cabimento de recurso extraordinário pela letra *a* do permissivo constitucional – poder-se-ia desde logo limitar o próprio juízo de admissibilidade inicial do processamento destes tais recursos. É que – reflexamente ao entendimento do Supremo de que só possa conhecer extraordinários que devesse depois prover – as próprias decisões iniciais sobre admissão de recurso acabam entrando na seara do mérito, para também elas dizerem que não admitem o processamento do extraordinário à mingua de contrariedade – juízo tipicamente de mérito, que não lhes pertence. Como se disse, não deixa de ser uma decorrência da confusão e da atecnia verificadas na subversão da admissibilidade pelo mérito; parece que só podem ser admitidos no juízo inicial – assim como só possam ser conhecidos pelo Supremo Tribunal Federal – os recursos extraordinários fundados na letra *a* do permissivo constitucional quando for o caso de serem providos. Em linha contrária de pensamento, então, chegamos ao absurdo verificado comumente nas instâncias de interposição de se analisar o próprio mérito recursal – quando devessem apenas verificar a admissão do recurso –, negando a contrariedade e, assim, inadmitindo o processamento do recurso (tal como se dá no caso do não conhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, baseado na improcedência recursal). Pura inversão de princípios, tanto a hipótese de não admissão baseada em mérito, quando a hipótese de não conhecimento nele fulcrada.

A outra implicação da confusão verificada entre juízo de admissibilidade e juízo de mérito decorrente da má interpretação do alcance da letra *a* do

permissivo constitucional para recurso extraordinário chega muito próximo do sistema de cautelar para comunicação de efeito suspensivo a estes recursos. Lá – tal como veremos – também impera confusão semelhante, no sentido de que a cautelar não possa ser analisada pelo Supremo Tribunal Federal – antes da admissão *a quo* do recurso extraordinário – sob pena de se o influenciar. O que nos aparenta ser outra premissa viciada.

Por isto, é perfeitamente adequado o reparo de BARBOSA MOREIRA, segundo quem:

“(…) para empregar técnica semelhante à das letras *b*, *c* e *d*, deveria o legislador constituinte ter dito na letra *a*: ‘quando a decisão recorrida for impugnada sob a alegação de contrariar dispositivo desta Constituição’”<sup>243</sup>.

Por fim, quanto a este tópico – o cabimento do extraordinário pela letra *a* do permissivo constitucional – mais adiante e em momento próprio analisaremos o verbete n.º 400 da Súmula da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal.

### ***2.8.2 Declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal (art. 102, III, b da Constituição Federal de 1988)***

A hipótese da letra *b* do permissivo constitucional não possui, como a que a antecede, carga valorativa e – por isto – não traz a mesma confusão entre juízo de admissibilidade e juízo de mérito.

Verificado que a decisão objeto de recurso extraordinário tenha – efetivamente – declarado a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal, será cabível o recurso extraordinário.

---

<sup>243</sup> **Idem, ibidem**, p. 591.

Deve-se analisar o permissivo constitucional inclusive à luz de sua previsão negativa: declarar a *inconstitucionalidade*. Decisão por hipótese que declare a constitucionalidade de tratado ou de lei federal não enseja<sup>244</sup> a interposição de recurso extraordinário pela letra *b* do permissivo constitucional, ainda que possa desafiá-lo – por hipótese – pela letra *a*.

Outro ponto a respeito do alcance do disposto na letra *b* do permissivo constitucional de interposição de recurso extraordinário refere-se à própria decisão que tenha declarado a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal. Malgrado a possibilidade de interposição de recurso extraordinário contra decisões singulares ou mesmo daquelas proferidas no âmbito de Juizados Especiais, é na seara dos julgamentos colegiados de segundo grau proferidos pelos Tribunais de Justiça e pelos Tribunais Regionais Federais que ocorre um determinado particular.

Conforme a sistemática vigente, uma vez que surja debate a respeito da constitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, o julgamento é deslocado para o órgão competente, conforme determinam os artigos 97<sup>245</sup> da Constituição Federal e 480 e 481<sup>246</sup> do Código de Processo Civil.

Assim – em última análise – quem decidirá sobre a constitucionalidade da Lei ou do ato normativo do poder público será o Tribunal Pleno, não o órgão fracionário

---

<sup>244</sup> Com apoio em Rodolfo de Camargo MANCUSO (**Recurso...cit.**, p. 266): “fincando na hipótese da alínea b, verifica-se que é de ser descartada desde logo a decisão que, justamente, declarou a constitucionalidade de tratado ou de lei federal, porque essa hipótese está fora do tipo normativo ora examinado: a regra, o normal, é que as leis vigem, são impositivas, porque haurem sua imperatividade a partir do texto constituoal, isto é, estão conformes a este; logo, quando uma decisão se funda num tratado ou lei federal é porque, naturalmente, esses textos foram tidos, ainda que implicitamente, como conformes à CF; não se compreenderia que, em tal caso, coubesse o apelo extremo. Daí ser perfeitamente compreensível que o constituinte tenha restringido o tipo de decisão que declinou a incidência de uma dada lei federal, ou tratado, tornando-os por inconstitucionais.”

<sup>245</sup> “Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou de membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.”

<sup>246</sup> “Art. 480. Argüida a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, o relator, ouvido o Ministério Público, submeterá a questão à turma ou câmara, a que tocar o conhecimento do processo.”; “Art. 481. Se a alegação for rejeitada, prosseguirá o julgamento; se for acolhida, será lavrado o acórdão, a fim de ser submetida a questão ao tribunal pleno.”

responsável pelo julgamento no qual se tenha suscitado o incidente – e que tenha sido processado e acolhido. De sorte que – em se tratando de declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal – o recurso extraordinário terá cabimento, pela letra *b* do permissivo constitucional, não contra a decisão propriamente dita que a declarar, mas sim da que vier a ser adotada pelo órgão fracionário, a ela – por tudo e em tudo – obediente.

O deslocamento da competência volta-se exclusivamente para a questão da declaração de inconstitucionalidade; ela – não a causa propriamente dita – é que será julgada pelo Tribunal Pleno, na forma do art. 97 da Constituição Federal combinado com os artigos 480 e 481 do Código de Processo Civil. Uma vez aceito o incidente e julgada a questão da inconstitucionalidade, voltam os autos para prosseguimento do julgamento, ficando o órgão fracionário vinculado – quanto a este ponto – à decisão proferida pelo Pleno. Ainda assim, é contra a decisão do órgão fracionário, não a do Tribunal Pleno, que será cabível o recurso extraordinário com fundamento na letra *b* do permissivo constitucional.<sup>247</sup>

Por fim, é necessário considerar que a Reforma de 1998, de que foi parte a lei 9.756, introduziu parágrafo único<sup>248</sup> ao art. 481 do Código de Processo Civil, tornando desnecessária a remessa de incidentes de inconstitucionalidade sempre que a matéria neles versada já tenha sido analisada e sobre ela tiver se pronunciado ou o plenário do Supremo Tribunal Federal ou o próprio Tribunal, por seus respectivos e competentes órgãos.

---

<sup>247</sup> Conforme o acertado ensinamento de Rodolfo de Camargo MANCUSO, inclusive com citação de Rogério Lauria TUCCI (**Recurso...cit.**, p. 271), por exemplo: “ainda no concernente à interposição do recurso extraordinário pela alínea b, do art. 102, III, da CF, Rogério Lauria Tucci lembra que a decisão guerreada há de ser ‘não, propriamente, o acórdão em que declarada a inconstitucionalidade, mas o subsequente, de órgão fracionário, vinculado ao julgamento do Plenário ou do Órgão Especial do tribunal a quo; exceto quando se trate de ato decisório único, no seio deste proferido.”

<sup>248</sup> “Art. 481. (...) Parágrafo Único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.”

### ***2.8.3 Julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição (art. 102, III, c da Constituição Federal de 1988)***

A próxima hipótese de cabimento de recurso extraordinário está prevista na letra *c* do permissivo constitucional: tenha a decisão recorrida julgado válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição.

Observe-se que o núcleo permanecesse no âmbito constitucional: o julgamento de validade de lei ou ato de governo – ainda que locais – contestado em face da Constituição; vale dizer: em última análise, o que se perquire é ter havido ou não ter havido o exame da constitucionalidade de lei ou ato de governo local.

Assim é que a importância maior está no julgamento de validade contestado em face da Constituição Federal – e não propriamente dito na matriz do ato analisado, se lei ou ato normativo de governo local.

### ***2.8.4 Julgar válida lei local contestada em face de lei federal (art. 102, III, d da Constituição Federal de 1988 – introduzida pela Emenda Constitucional n.º 45/2004)<sup>249</sup>***

Trata-se de nova hipótese de cabimento de recurso extraordinário, introduzida pela Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004. Convém ressaltar

---

<sup>249</sup> Nelson NERY JR e Rosa Maria de ANDRADE NERY (**Constituição...cit.**, p. 280) explicam que “a EC 45/04 criou nova hipótese de cabimento de RE, para que o STF dirima questão constitucional consistente em reexaminar decisão final ou de última instância que julgou válida lei estadual contestada em face de lei federal. Também é questão constitucional a decisão que julga válido ato de governo local contestado em face de lei federal, mas o constituinte derivado conferiu competência ao STJ para dirimir a questão, por meio do REsp.”

desde logo que, embora seja uma *nova* hipótese de cabimento de recurso extraordinário, a previsão constitucional não encerra, em si, uma novidade<sup>250</sup>. É que dela se ocupava, em sua redação original, a letra b do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, como hipótese de cabimento de recurso especial – se bem que, com uma pequena variação: “julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal.” Aliás, esta variação não está sendo tratada pela doutrina, como adiante poderemos observar.

Assim, a Constituição Federal, que já houvera repartido as atribuições do Supremo Tribunal Federal com o Superior Tribunal de Justiça, por ela criado, parece dar um passo atrás, no sentido de tornar ao Supremo<sup>251</sup> uma atribuição<sup>252</sup> que era do Superior.

Sobreleva notar que a disciplina constitucional anterior, ao prever o cabimento de recurso especial e não extraordinário quando o caso fosse de julgamento de validade de lei local contestada em face de lei federal, ensejava discussão doutrinária e jurisprudencial a respeito de qual seria o recurso cabível, se especial ou se extraordinário, uma vez que era possível sustentar tanto a ofensa à Constituição<sup>253</sup>, se se argüísse a competência constitucional para legislar, quanto a própria contrariedade da Lei Federal<sup>254</sup>.

---

<sup>250</sup> Aliás, de novidade mesmo não se trata. Conforme Osmar Mendes Paixão CÔRTEZ (As inovações da EC n. 45/2004 quanto ao cabimento do recurso extraordinário, in: WAMBIER, WAMBIER, GOMES JR, FISCHER, FERREIRA (Coords.), **Reforma do Judiciário...cit.**, p. 539) “com a EC n. 45, de 2004, foi acrescida a alínea d, que autoriza o recurso quando o acórdão recorrido julgar válida lei local em face de lei federal. Na verdade, o que é até curioso, trata-se de um resgate de hipótese de cabimento, da Constituição de 1891. O Dec. 848 já continha previsão semelhante. A intenção do legislador foi a de trazer o controle de legalidade dos atos locais para o STF. (...) o STF, em obséquio à integridade do ordenamento jurídico e do princípio federativo, retomou a hipótese de cabimento e ampliou sua competência.”

<sup>251</sup> Segundo o Ministro Alexandre de MORAES (**Constituição...cit.**, p. 1.517) “a nova hipótese de cabimento de recurso extraordinário prevista pela EC n. 45/04 reforçou o papel do Supremo Tribunal Federal no controle da constitucionalidade das leis e atos normativos, pois o novo texto passou a entender como conflito de competência federativa o julgamento de validade de lei local contestada em face de lei federal, transferindo a antiga competência do Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial, para o STF.”

<sup>252</sup> De baixa utilização, diga-se de passagem. Com efeito, a utilização de recurso especial com fundamento na letra b do permissivo constitucional originário era diminuta. É o que nos lembra Osmar Mendes Paixão CÔRTEZ (**Op. et. loc. cit.**, p. 540): “(...) essa hipótese de cabimento, quando relacionada ao recurso especial, foi pouco utilizada, se comparada às demais alíneas do art. 105, III, da Carta Política, com a redação anterior.”

<sup>253</sup> Nesta hipótese e no regime constitucional originário, o recurso extraordinário deveria ser interposto com fundamento na letra c do permissivo constitucional: “julgar válida lei ou ato de governo local contestado em



Assim, e procurando clarificar o tratamento do assunto, convém expor como o regime constitucional primitivo regulava o cabimento do recurso especial e do recurso extraordinário nos casos de lei ou ato de governo local em conflito com a lei federal ou Constituição:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:	Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:
III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:	III – 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:
c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição <sup>255</sup> .	b) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal <sup>256</sup> .

face desta Constituição.” Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO (**Comentários à Constituição Brasileira de 1988**, v. II, São Paulo, Saraiva, 1992, p. 226) o explica: “outra hipótese de recurso extraordinário, em que se revela a delicadeza da missão do Supremo Tribunal Federal, está nesta alínea. Trata-se aqui da eventualidade do conflito entre o direito local e o direito federal, havendo a decisão recorrida entendido válido o direito local. A intervenção do Supremo aqui se legitima para tutelar a supremacia da Constituição e o prevailecimento da Lei federal. Entenda-se isto, porém, nos seus devidos termos. É óbvio que o direito local contrário à Constituição federal é inconstitucional e como tal inválido, não podendo prevalecer contra ela. Entretanto, o conflito entre a lei federal e o direito local não pode ser resolvido de modo simplista, com o prevailecimento daquele. De fato, a Constituição reparte as competências entre a União, os Estados e os Municípios. Assim, o direito local, editado na esfera própria, com respeito à Constituição, prevalece contra a lei federal que estiver invadindo competência estadual ou local, que for, portanto, inconstitucional. Pode ocorrer ainda, fora desse caso extremo, que na esfera concorrente, por exemplo naquela em que à lei federal cabe estabelecer as normas gerais e ao direito estadual as adaptações necessárias (v. arts. 22, XXVII, e 24), aquela tenha descido a pormenores, não podendo prevalecer sobre a competência dos Estados. Aí não se preferirá o direito federal ao local.”

<sup>254</sup> Sobre o tema, confira-se a doutrina de Rita VASCONCELOS (A nova competência do STF para o recurso extraordinário (CF, art. 102, III, d), in: WAMBIER, WAMBIER, GOMES JR, FISCHER, FERREIRA (Coords.), **Reforma do Judiciário...cit.**, p. 650): “(...) a hipótese da alínea d estava contida, antes da EC n. 45, na regra da alínea b do inciso III do art. 105, sendo cabível à época, portanto, recurso especial. É importante registrar, também, que, na disciplina constitucional anterior, a divergência doutrinária e jurisprudencial sobre a natureza – federal ou constitucional – da questão autorizava a incidência do princípio da fungibilidade, ante a dúvida objetiva da parte entre o cabimento de recurso especial, invocando a contrariedade à lei federal, ou de recurso extraordinário, arguindo a competência para legislar, estabelecida na Constituição Federal.”

<sup>255</sup> Já analisamos o assunto no item anterior, quando tratamos do recurso extraordinário fundado na letra c do permissivo constitucional.

Significa dizer: ao Supremo Tribunal Federal, mediante recurso extraordinário, competia o exame de causa decidida em única ou última instância cuja decisão recorrida houvesse julgado válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição; e, ao Superior Tribunal de Justiça, competia julgar recurso especial interposto contra acórdão dos Tribunais estaduais que houvesse julgado válida lei ou ato de governo local contestado em face de *lei federal*.

Tirando a diferença do cabimento de recurso extraordinário de toda decisão de única ou última instância e do cabimento do recurso especial apenas de decisões de Tribunais – sobre o que tratamos alhures – , no particular diferenciavam-se um e outro pelo cabimento do extraordinário quando a lei ou ato de governo local fosse contestado em face da Constituição do especial, cuja contestação dava-se em razão de lei federal.

---

<sup>256</sup> Também sobre esta antiga hipótese de cabimento do recurso especial, hoje consistente em permissivo para extraordinário, há várias decisões colacionadas por Theotônio NEGRÃO (**Código de Processo...cit.**, pp. 1.837 e ss). As primeiras, dando o alcance do permissivo constitucional: “Conflito entre lei federal e lei local. Somente é cabível o recurso especial para resolver conflito entre lei local e lei federal quando a solução se possa obter sem declaração de inconstitucionalidade de qualquer das normas (RSTJ 141/384) No mesmo sentido: RSTJ 58/427”; “Fundamento da letra ‘b’. ‘Cabe recurso especial, para resolver conflito entre lei local e lei federal (alínea ‘b’), quando a solução se possa obter sem declaração de inconstitucionalidade. Isto somente ocorre quando os diplomas em confronto foram gerados em áreas onde concorrem a competência local e a federal (CF, art. 24)’. (RSTJ 92/89 e STJ-RT 736/192). No mesmo sentido: RSTJ 50/328”. As outras, com as casuísticas mais verificadas naquela que se revelava uma restrita hipótese de cabimento de recurso especial: “Ato normativo. ‘O recurso especial visa a propiciar a uniformização da interpretação da Lei federal, admitindo-se seu cabimento também quando se questione a respeito de regulamento tendente à sua aplicação. Não, entretanto, ao se cuidar de outros atos normativos, de menor hierarquia’ (STJ 3-Turma, REsp 13.611-RS, Relator Ministro Eduardo Ribeiro, j. 29.10.91, não conheceram, v.u., DJU 25.11.91, p. 17.074. Tratava-se, no caso, de resolução do Conselho Federal de Engenharia e Arquitetura.”; “Circular. ‘A circular, conquanto tenha natureza normativa, não se inclui na abrangência do conceito de ‘lei federal’ ’(RSTJ 82/258)”; “Convênio entre Estados. ‘Consoante orientação traçada pelo Excelso Pretório, os convênios estaduais têm força de lei federal; destarte, sua infringência viabiliza a interposição de recurso especial’ (STJ-2 Turma, REsp 60.658-SP, Relator Ministro Peçanha Martins, j. 4.3.98, deram provimento, maioria, DJU 21.9.98, p. 123). Contra: STJ 2-Turma, REsp 27.183-0-SP, Relator Ministro Antonio de Pádua Ribeiro, j. 8.9.93, não conheceram, v.u, DJU 27.9.93, p. 18.809”; “Decreto e Regulamento. ‘Segundo a melhor doutrina, e mesmo na corrente restritiva, o decreto e o regulamento federais estão compreendidos no conceito de lei federal, para os fins de recurso especial’ (RSTJ 12/372)”; “Lei Federal aplicada como supletiva de lei local”: ‘quando o Tribunal de Justiça, invocando lei federal, supre omissão da legislação estadual, integrando-a, gera norma inspirada em outra; por isso, é de natureza estadual’ e sua aplicação dá lugar a recurso especial (RSTJ 68/366).”; “Portaria ministerial e resolução administrativa. ‘Portaria não integra o conceito de lei federal’ (RSTJ 88/155). No mesmo sentido, quanto a portarias: RSTJ 75/287, 87/39. Quanto a resoluções administrativas: RSTJ 75/287.” Por fim, consigne-se que “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” (STF-Pleno: RTJ 133/1.355, maioria, RTJ 135/413, maioria, ambos em matéria infra-constitucional)” e “se a decisão recorrida é fundada única e exclusivamente em declaração de inconstitucionalidade de norma de lei federal, o recurso cabível é o extraordinário, destinado ao Pretório Excelso, e não o recurso especial, deste assim não se conhecendo.” (STJ 4-Turma, REsp 4.219-SP, Relator Min, Athos Carneiro, j. 15.4.91, não conheceram, v.u., DJU 25.7.91, p. 6.966)”

Conforme a doutrina de CELSO RIBEIRO BASTOS<sup>257</sup> a previsão contida originariamente na Constituição Federal cuidava:

“(…) da hipótese de conflito entre o direito local e a Constituição Federal. Tem cabimento o recurso extraordinário quando a decisão recorrida julgar válido o direito local. Note-se que, diferentemente do que dispunha o direito anterior (art. 119, III, c), não há, no dispositivo em análise, referência ao conflito entre o direito local e a lei federal. É que a atual Constituição, ao criar o Superior Tribunal de Justiça, conferiu-lhe competência para julgar em recurso especial as ‘questões federais’ (arts. 104 e 105). Assim, ao Supremo Tribunal Federal compete a guarda da Constituição, através da ação direta de inconstitucionalidade e do recurso extraordinário e ao Superior Tribunal de Justiça incumbe a tutela, através do recurso especial, da Lei federal, dando a última palavra no tocante à sua interpretação.”

Apresentava o sistema constitucional originário, em certa dose, uma incongruência. Posto admitisse recurso especial contra decisão que houvesse julgado válida lei ou ato de governo local em face de lei federal (art. 105, III, b), e não extraordinário como a Reforma veio a disciplinar, não compreendia que esta discussão (de validade de lei ou ato de governo local contestada em face de lei federal) encerrava, em última análise, matéria de ordem constitucional.

CELSO RIBEIRO BASTOS explicou o assunto:

“(…) quando um Tribunal estadual ou distrital julga válida uma lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal, é porque reconhece ter sido a lei ou o ato em questão editado com observância da competência constitucionalmente outorgada para tanto, tendo, nesse caso, a lei federal invadido competência local, pelo que é inconstitucional”<sup>258</sup>.

Com a Reforma do Poder Judiciário preconizada pela Emenda Constitucional n. 45/2004, o cabimento de recurso extraordinário e de recurso especial, nessas hipóteses, passou a ser o seguinte:

---

<sup>257</sup> **Comentários...cit.**, v. IV, p. 223.

<sup>258</sup> **Idem, ibidem**, p. 310.

Art. 102 Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:	Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:
III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:	III – 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:
c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição	b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal.
d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal	

Assim, a atual sistemática constitucional prevê recurso extraordinário contra decisão de única ou última instância que tenha julgado válida *lei local* contestada em face da Constituição ou de lei federal e recurso especial contra decisão de Tribunal de Justiça, proferida em única ou última instância, que tenha julgado válido *ato de governo local* contestado em face de lei federal.

A diferença que há entre as hipóteses de cabimento de recurso extraordinário e de recurso especial com relação à infração a lei federal – entenda-se bem: contestação de determinado preceito em face de lei federal, desde que se tenha sobre ele dado julgamento de validade – é verificada de acordo com a natureza jurídica do objeto da discussão: se ele for uma *lei local*, será caso de recurso extraordinário; se ele for um *ato de*

*governo* local, será caso de recurso especial<sup>259</sup>. Além, claro, de ser reservada ao Supremo Tribunal Federal a análise de contrariedade a dispositivo de ordem constitucional (CF/88, art. 102, III, c), sobre o que tratamos alhures.

É importante deixar claro: o recurso extraordinário, *de lege lata*, ocupar-se-á de casos onde a decisão de única ou de última instância tenha julgado válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição ou tenha julgado válida lei local contestada em face de lei federal; e o especial cuidará de decisão de Tribunal de Justiça, proferida em única ou última instância, que tenha julgado válido *ato de governo local* contestado em face de lei federal.

A diferença entre eles, quer nos parecer, resida na natureza jurídica da modalidade de atuação do governo local, contraposta, em termos de validade, ao direito federal combinada com o contraste que se pretenda dar, ou com a Constituição ou com lei federal: se se tratar de *lei*, o cotejo de sua validade com a Constituição ou com a lei federal será pelo Supremo Tribunal Federal, pela via do recurso extraordinário, na forma as letras *c* e *d* do permissivo constitucional, mercê de ser constitucional a premissa deste exame; verificar-se-á a questão de competência legislativa para avaliar se o julgamento de validade da Lei confrontada com a Constituição ou lei federal atendeu ou desatendeu a norma constitucional. Ou por outra: se a decisão é ou não é constitucional.

---

<sup>259</sup> Sobre o tema e com propriedade, Antonio Cláudio da Costa MACHADO (**Código...cit.**, p. 182): “(...) o presente dispositivo” – (alínea b do inciso III, do art. 105 da CF/88, com a redação dada pela EC n. 45/2004) – “autoriza a interposição do especial no caso de o acórdão que se ataca ter reconhecido que o ‘ato de governo local’, reputado pelo recorrente como violador da Lei federal, é plenamente válido. Para buscar no Superior Tribunal de Justiça a declaração de invalidade (pelo descompasso com a normatividade federal) do ‘ato de governo local’ é que a Constituição estabelece o cabimento do recurso especial nesse caso. Note-se que o descompasso pode ocorrer até mesmo na hipótese da competência concorrente, do art. 24. Como bem observa Vicente Greco Filho, o cabimento do recurso justifica-se aqui porque a afirmação da validade significa que a lei federal deixou de ser aplicada, daí dizer o jurista que ‘esta situação é uma espécie de negativa de vigência ou contrariedade à lei federal’. Pois bem, seja como for, como se deve compreender a locução ‘ato de governo local’? Tal cláusula significa tanto os atos do Poder Executivo Estadual ou Municipal, como do Poder Judiciário Estadual ou de órgão de cooperação como a Procuradoria-Geral do Estado (Celso Bastos). Trata-se, portanto, de ato administrativo da esfera estadual ou municipal, ou, em outros termos, toda forma de expressão de direito local (não-federal), que não a legislativa.”

Quando a natureza jurídica da modalidade de atuação do governo local não for legislativa, isto é, emane das funções típicas do Executivo ou do Judiciário (locais) – e é assim que se deve entender a expressão *ato de governo local* – então a solução passará tanto por este aspecto, quanto pela objeção que se colocar contra a decisão (de única ou de última instância, para o caso do extraordinário; ou de Tribunais, para o caso do especial) que a tenha julgado válida: se a objeção se der em razão de preceito de ordem *constitucional*, ainda que se trate de *ato do governo local de natureza não legislativa*, será caso de recurso extraordinário, por ser o Supremo o destinatário final do exame de constitucionalidade no Brasil; se, por outro lado, tratando-se exclusivamente de uma discussão sobre *direito federal infraconstitucional* a respeito da validade proclamada judicialmente de *ato de governo local sem natureza legislativa*, o caso será de recurso especial.

Simplificando: o *exame de constitucionalidade* pertence ao Supremo, quer com relação ao questionamento de validade de *lei* ou *ato local* confrontado com a Constituição (porque a ele cabe decidir questões de constitucionalidade), quer com relação à *lei local* contestada em face de lei federal (porque este exame pressupõe a verificação da atribuição constitucional de competência legislativa); já o exame de legalidade de ato não legislativo de governo local, na forma da letra b do inciso III, do artigo 105 da CF/88, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 45, pertencerá – e pela via do recurso especial – ao Superior Tribunal de Justiça.

O que fez o reformador constitucional foi colocar as coisas em seus devidos lugares<sup>260</sup>. Uma vez que a discussão sobre a validade de lei local contestada em face

---

<sup>260</sup> Antonio Cláudio da Costa MACHADO (*Ibidem*, p. 137) anota: “inovando em relação ao regime anterior de cabimento do recurso extraordinário, a Reforma institui a presente alínea, que transfere para o Supremo Tribunal Federal a competência que até então pertencia ao Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso especial (art. 105, III, b, que teve a redação alterada para suprimir da sua previsão o termo ‘lei’). Na verdade, retornamos em parte ao regime da Constituição de 1967 que atribuía ao Supremo tal competência. Seja como for, o fato é que, de agora em diante, a Suprema Corte passa a julgar também aqueles casos em que o

de lei federal enseja, em última análise, verificação constitucional a respeito da competência legislativa, correta nos parece ser a reforma constitucional, quando desloca para o Supremo Tribunal Federal competência que vinha definida como sendo do Superior Tribunal de Justiça, ainda que, ao fim e ao cabo, a raiz do assunto fosse de ordem constitucional.

Além disto, não fez senão espancar a dúvida<sup>261</sup> que havia, nesses casos, quanto ao cabimento de recurso especial ou de recurso extraordinário<sup>262</sup>. Embora a dúvida

---

acórdão o qual se ataca tenha reconhecido que a lei local (contestada em face de lei federal) é válida, o que significa dizer que o recorrente interpõe seu recurso para buscar, no STF, a declaração da invalidade da Lei local por invasão do espaço normativo da Lei federal. Mas, o que significa ‘lei local’ no texto desta nova alínea d? Trata-se, na realidade, de locução consagrada que compreende amplamente os atos do Poder Legislativo Estadual, Municipal ou Distrital, ou seja, toda forma de expressão ou manifestação legislativa do direito não-federal. Por último, resta-nos esclarecer o porquê de ter a Reforma do Judiciário devolvido ao Supremo competência que até então pertencia ao Superior Tribunal de Justiça para apreciar recurso interposto contra decisão que ‘julgar válida lei local contestada em face de lei federal’. Na verdade, toda e qualquer discussão que tenha por objeto tal matéria há de passar necessariamente pela disciplina constitucional das competências privativas da União (art. 22), das competências comuns da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 23) ou da competência concorrente atribuída à União, aos Estados e ao Distrito Federal (art. 24). Em suma, toda vez que se interpõe recurso com base na alínea d sob enfoque, o que se faz é suscitar uma discussão de ordem estritamente constitucional relacionada a uma das competências da União (arts. 22, 23 ou 24), o que justifica, destarte, que a Reforma tenha devolvido ao Supremo Tribunal Federal – a nossa Corte Constitucional ou ‘o guardião, da Constituição’ (art. 102, caput) – o poder jurisdicional para apreciar tal matéria, em sede de recurso extraordinário.”

<sup>261</sup> “Pela nova disciplina” – e quem o diz é Rita VASCONCELOS (**Op. et. loc. cit.**, p. 652) – “(...) diante da aplicação de lei local contestada em face de lei federal, caberá recurso extraordinário com o fim de garantir a autoridade da Constituição (art. 102, III, d); e, diante da aplicação de ato (infralegal) de governo, contestado em face de lei federal, caberá recurso especial para que seja mantida a autoridade da legislação federal. Em suma, cabe ao STJ examinar, segundo a alínea b, questão de mera legalidade, qual seja, o suposto desrespeito, pelo ato de governo, à legislação federal. (...) apesar de delimitadas, nos dispositivos constitucionais acima transcritos, as hipóteses de cabimento dos recursos aos Tribunais Superiores, não parece que o problema de se identificar, diante da situação concreta, qual o recurso adequado, tenha sido efetivamente solucionado. Isto porque, além da divergência há muito instalada na doutrina e na jurisprudência, acerca da natureza – federal ou constitucional – da questão, a insegurança, quanto à correta interpretação da ‘novidade’ em termos constitucionais poderá fazer com que as partes busquem soluções nas teses desenvolvidas em acórdãos dos próprios tribunais, em especial do STF (que supostamente poderiam ter inspirado a alteração constitucional), às quais poderão conduzir à solução diferente da que foi adotada pela EC. 45. (...) Não parece, portanto, que a interposição de recurso extraordinário em vez de recurso especial, e vice-versa, deva sempre ser considerada um erro grosseiro, simplesmente por serem específicas as hipóteses de cabimento desses recursos, todas elencadas na Constituição Federal. Esse posicionamento tem levado parte da doutrina e da jurisprudência a afastar a incidência do princípio da fungibilidade nos recursos de estrito direito. Mas, não há como negar a existência de situações peculiares – como as que foram objeto da alteração constitucional de que ora se trata – , capazes de gerar dúvida objetiva quanto ao cabimento do recurso especial ou do extraordinário, que autorizam a incidência do princípio.” Foi esta a conclusão de Rita VASCONCELOS (**Ibidem**, p. 653): “(...) na medida em que as alterações fruto da emenda constitucional em questão forem sendo ‘amadurecidas’ no âmbito da doutrina e da jurisprudência, tendo o Judiciário se posicionado claramente acerca da correta interpretação dos novos dispositivos constitucionais, deixarão de existir as circunstâncias geradoras de dúvida objetiva, deixando, por conseguinte, de ser justificável a incidência do princípio da fungibilidade. De todo modo, é forçoso reconhecer que, enquanto isso, não se deve, pura e simplesmente, considerar erro grosseiro a interposição de recurso especial em vez de recurso extraordinário, e vice-versa, a despeito da rigidez dos pressupostos desses recursos.”

<sup>262</sup> Vale destacar decisão do Superior Tribunal de Justiça: “a competência do STF exclui a do STJ; na zona cinzenta em que uma e outra podem se confundir, o critério para defini-las é prático: decidida determinada

pudesse dar ensejo à aplicação do princípio da fungibilidade – conforme a posição de RITA DE CÁSSIA CORRÊA DE VASCONCELOS<sup>263</sup> e EDUARDO DE AVELAR LAMY<sup>264</sup> – a doutrina<sup>265-266-267</sup> dificilmente o aceita para os casos de recurso de fundamentação vinculada, tanto mais porque direcionados à instância superior. Vale consignar que a própria jurisprudência<sup>268</sup> sempre se inclinou a não aceitar fungibilidade entre especial e extraordinário.

Assim e com a vênia dos que pensam de forma diferente, entendemos que o princípio da fungibilidade recursal não possa ser aplicado no âmbito dos recursos extraordinários (extraordinário e especial), quer em relação às alíneas de interposição

---

matéria pelo STF, o STJ já não pode examiná-la em recurso especial (STJ – 1 Seção, ED no REsp 137.170-SP, Relator Ministro Ari PARGENDLER, j. 7.4.00, rejeitaram os embs. V.u, DJU 15.5.00, p. 115).”

<sup>263</sup> **Princípio da fungibilidade**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007.

<sup>264</sup> Para quem “(...) existem, entretanto, algumas situações em que pode haver dúvida objetiva quanto ao cabimento dos recursos especial e extraordinário, nas quais acreditamos ser possível a incidência do princípio da fungibilidade”. (**Princípio da fungibilidade no processo civil**, São Paulo, Dialética, 2007, pp. 158-164).

<sup>265</sup> Gleydson Kleber Lopes de OLIVEIRA (**Recurso Especial...cit.**, p. 149) de forma incisiva descarta a aplicação do princípio da fungibilidade quer entre recurso especial e recurso extraordinário, quer, inclusive, quanto à fundamentação constitucional por outra, ainda que se trate da mesma espécie recursal: “com relação ao recurso especial, as suas hipóteses de cabimento estão disciplinadas na Constituição Federal (art. 105, inc. III, alíneas a, b e c). Trata-se de recurso de fundamentação vinculada, porquanto a norma, ao estatuir os requisitos específicos do recurso, fixa limites à fundamentação, fazendo com que o recorrente invoque a tipicidade do erro, a fim do conhecimento do respectivo recurso e, no mérito, demonstre a sua efetiva ocorrência para efeito de provimento. Pelo fato de serem os recursos extraordinários (extraordinário e especial) de fundamentação vinculada, e estarem as hipóteses de cabimento dispostas claramente na Constituição Federal, a respeito das quais não há dissenso doutrinário ou jurisprudencial, extrai-se o entendimento no sentido de ser inaplicável o princípio da fungibilidade nos citados recursos.”

<sup>266</sup> É também a posição de José Miguel Garcia MEDINA (**O Prequestionamento...cit.**, p. 378): “(...) os pressupostos para a admissibilidade dos recursos extraordinário e especial são específicos, e encontram-se elencados na Constituição Federal. A interposição de recurso extraordinário em vez de recurso especial, ou vice-versa, configura, sob esse prisma, erro grosseiro, a impedir a aplicação do princípio da fungibilidade à hipótese.”

<sup>267</sup> Embora tenha destacado existisse dificuldade em identificar recurso cabível para o exame de lei ou ato local contestado em face da Constituição Federal ou Lei Federal – e aí falava sob a égide constitucional de 1988 em sua redação originária –, Rodolfo de Camargo MANCUSO (**Recurso...cit.**, pp. 276-284) afastou o cabimento do princípio da fungibilidade para os recursos extraordinários *lato sensu*: “não é de ser descartada, porém, a incidência de um elemento complicador desse quadro, qual seja a dificuldade, num caso concreto, de saber se no contraponto – lei/ato local versus lei federal ou CF – o que restou arranhado foi o direito federal *stricto sensu* ou se antes já o terá sido a própria CF, quando menos em seu sistema ou diretrizes. (...) Mais se impõe a necessidade de bem se extremarem as searas do recurso extraordinário e do especial, quanto se considere que, tratando-se de recursos de direito estrito, dirigidos a Cortes diversas, componentes da cúpula do aparelho judiciário, não se lhes aplica o princípio da fungibilidade recursal (...)” Razão mais uma pela qual – advertimos – nos parece ser adequada a seleção de advogados para atuação nos Tribunais Superiores e no Supremo Tribunal Federal.

<sup>268</sup> Confira-se, por exemplo, o AgRg no AI n. 38068-8-RS, da 2 Turma do Superior Tribunal de Justiça, relator Ministro Antonio de Pádua RIBEIRO, DJ de 30.08.93: “Recurso especial. Conversão em extraordinário pela aplicação do princípio da fungibilidade. Impossibilidade. I – O recurso especial e o recurso extraordinário são excepcionais e específicos, dirigidos a Cortes diversas e com pressupostos constitucionais e legais bem definidos, circunstâncias que afastam a aplicação do princípio da fungibilidade.”



previstas no *permissivo* constitucional, quer um pelo outro. Além dos argumentos usuais em doutrina e jurisprudência – serem o extraordinário e o especial recursos de fundamentação vinculada, de estrito direito e com hipóteses descritas na Constituição Federal –, a fungibilidade não é de ser admitida, entre extraordinário e especial ou mesmo em relação às letras do *permissivo* constitucional de cada um deles, também em razão da tecnicidade exigida para a respectiva interposição, que evidencia o nosso argumento de que o exercício da advocacia naquelas Cortes há de ser restrito. Ou por outra: uma vez que os recursos extraordinário e especial são específicos e têm cabimento delimitado pela Constituição Federal, é tarefa do advogado – e daí a necessidade de ser experiente e conhecedor dos trâmites e linhas mestras destas espécies recursais – saber enquadrar a hipótese concreta no adequado *permissivo* constitucional. Contudo – e é bom que se diga – se a dúvida que pudesse ensejar a fungibilidade decorrer não da interpretação doutrinária ou do advogado, bem assim não se consistir em erro crasso, mas sim pertencer ao órgão julgador, nessas circunstâncias não se poderia afastar, de modo absoluto, a fungibilidade. É que a divergência interpretativa do órgão judicial não pode prejudicar a parte.

Feito o destaque deste ponto que nos pareceu relevante – situar o assunto em razão do princípio da fungibilidade, para entender que dificilmente poderia ser invocado com êxito –, sobleva considerar o alcance da expressão “lei local” constante da alínea d do inciso III do art. 102 da Constituição Federal.

Na esteira da doutrina de CARREIRA ALVIM<sup>269</sup>:

“(...) a expressão ‘lei local’ tem sido abrangente, compreendendo toda norma *estadual e municipal*, emanada do poder competente, coativa e de observância geral, como as leis, os decretos, os regulamentos etc.”

---

<sup>269</sup> Alguns aspectos dos recursos extraordinário e especial na reforma do Poder Judiciário, in: WAMBIER, WAMBIER, GOMES JR, FISCHER, FERREIRA (Coords.), **Reforma do Judiciário...cit.**, p. 324.

Partindo deste pressuposto e levando em consideração o que a doutrina convencionou chamar *contencioso constitucional*, CARREIRA ALVIM explica que

“(...) o Tribunal local (estadual), julgando válida lei ou ato de governo local em face da Lei federal, reconhece que se comportavam na competência constitucional assegurada ao governo local, tendo, pois, a lei federal invadido a competência local, sendo, por isso, inconstitucional”<sup>270</sup>.

Convém esclarecer que, se por um lado a Emenda Constitucional n.º 45/2004 deslocou a competência do julgamento de recurso interposto contra decisão que tenha julgado válida lei local contestada em face de lei federal, do Superior Tribunal de Justiça para o Supremo Tribunal Federal, manteve, por outro lado e contudo, a previsão de recurso especial quando “a decisão recorrida julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal”, na forma da letra b do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal.

A expressão “ato de governo local”<sup>271</sup>, segundo CARREIRA ALVIM, é:

“(...) indicativa dos atos praticados por agentes públicos *estaduais e municipais*, dotados de certa parcela de poder, como os governadores, os prefeitos, os secretários de governo etc”.

Em seguida, adverte que:

“(...) poderia, também, a competência deixada pelo STJ pela nova alínea b do item III, do art. 105, da Constituição Federal ter sido repassada ao STF<sup>272</sup>, pelo que a sua permanência nesse preceito resultou de uma opção política”.

---

<sup>270</sup> **Idem, ibidem**, mesma página.

<sup>271</sup> Comentando o direito constitucional originário, mais precisamente a alínea c do inciso III, do art. 102 da CF/88, Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO (**Comentários...cit.**, v. II, p. 227) lecionou que “lei ou ato de governo local”, neste dispositivo, é expressão que compreende as leis estaduais e municipais, os atos do Executivo estadual ou municipal.”

<sup>272</sup> O que parece fazer sentido, à luz da doutrina do Ministro MOREIRA ALVES (**O STF em face da nova Constituição – questões e perspectivas**, p. 7), segundo quem “as questões de validade de lei ou de ato normativo de governo local em face da Lei federal não são questões de natureza legal, mas, sim, constitucional, pois se revolvem pelo exame da existência, ou não, de invasão de competência da União, ou se for o caso, do Estado.”

### 3. ADMISSIBILIDADE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

#### 3.1 A expressão “causas decididas” (art. 102, III, *caput* da Constituição Federal de 1988): a questão do prequestionamento.

Pquestionamento é tema dos mais caros no estudo do recurso extraordinário e do recurso especial. A doutrina<sup>273</sup> tem se ocupado dele amiúde, há divergência<sup>274</sup> de

---

<sup>273</sup> Há farta literatura sobre o tema. Só Cássio Scarpinella BUENO, por exemplo, dedicou pelo menos quatro artigos sobre o tema, cada qual deles como reflexões (Quem tem medo do prequestionamento, in: **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, v. 1, 2003, p. 23-53; Pquestionamento - reflexões sobre a Súmula 211 do STJ, in: Eduardo Arruda ALVIM; Nelson NERY JR.; Teresa Arruda Alvim WAMBIER (Orgs.), **Aspectos Polêmicos e Atuais sobre os Recursos Cíveis**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 52-82; Súmulas 288, 282 e 356 do STF: uma visão crítica de sua (re)interpretação mais recente pelos tribunais superiores, in: Nelson NERY JR. e Teresa Arruda Alvim WAMBIER (Orgs.), **Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, p. 140-203). Dentre outros escritos, selecionamos os seguintes: a) artigos: Arruda ALVIM (O recurso especial na Constituição Federal de 1988 e suas origens, in: **Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário...cit.**, pp. 13-47), Athos Gusmão CARNEIRO (Requisitos específicos de admissibilidade do recurso especial, in: **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98...cit.**, p. 96-126), Eduardo Arruda ALVIM e Angélica Arruda ALVIM (Recurso especial e prequestionamento, in: **Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário...cit.**, pp. 160-169); Eduardo Ribeiro de OLIVEIRA (Pquestionamento, **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98...cit.**, pp. 245-257); Gilson Delgado MIRANDA e Patrícia Miranda PIZZOL (**Op. et. loc. cit.**, pp. 172-212); José Theophilo FLEURY (Do prequestionamento nos recursos especial e extraordinário – Súmula 356/STF x Súmula 211/STJ, in: **Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário...cit.**, pp. 324-358); Luís Fernando Balieiro LODI (Dos embargos declaratórios prequestionadores, **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98...cit.**, pp. 445-453); Nelson NERY JUNIOR (Ainda sobre o prequestionamento – os embargos de declaração prequestionadores, in: **Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais...cit.**, pp. 853-864); Rodrigo da Cunha Lima FREIRE (Pquestionamento implícito em recurso especial: posição divergente no STJ, in: **Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais...cit.**, pp. 957-981) e Teresa Arruda Alvim WAMBIER (Sobre a necessidade de cooperação entre órgãos do judiciário para um processo mais célere – ainda sobre o prequestionamento, in: **Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos e de outras formas de impugnação às decisões judiciais**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, pp. 513-522; Fungibilidade de meios: uma outra dimensão do princípio da fungibilidade, in: **Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais...cit.**, pp. 1.090-1.144), além de tratar do tema em sua tese de livre-docência (**Omissão judicial e embargos de declaração**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, *passim*); b) capítulos constantes em dissertações de mestrado (publicadas como obra comercial): Gleydson Kleber Lopes de OLIVEIRA (**Recurso Especial**, São Paulo, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002); Leonardo Castanho MENDES (**O recurso especial e o controle difuso de constitucionalidade**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006) e c) a obra de José Miguel García MEDINA, voltada para o tema (**O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006).

posicionamento entre o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça a respeito do seu alcance e, outrossim, os advogados e as partes encontram nele, prequestionamento, motivo para desassossego<sup>275-276</sup> processual. Temos impressão de que se esteja dando muita importância a um tema que, se bem analisado, é simples<sup>277</sup> e não deveria ensejar tantas

---

<sup>274</sup> O Supremo Tribunal Federal possui dois verbetes sobre prequestionamento em sua súmula da jurisprudência predominante: “Súmula 282 – STF. É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada” e “Súmula 356 – STF. O ponto omissivo da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.” Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça editou o verbete n. 221, de sua súmula, com entendimento diferente daquela dada pelo Supremo Tribunal Federal ao que venha a ser – ou como se identificaria – o prequestionamento: “Súmula 221 – STJ. Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal a quo”.

<sup>275</sup> Que Teresa Arruda Alvim WAMBIER (Sobre a necessidade de cooperação entre órgãos do judiciário para um processo mais célere – ainda sobre o prequestionamento, in: **Aspectos...cit.**, p. 513) atribui à divergência de posicionamentos jurisprudenciais e, mais precisamente, os sumulados pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça: “o prequestionamento tem sido fonte de acaloradas discussões no plano da doutrina, discordância dos Tribunais e, sobretudo, angústia dos advogados. Pretende-se, neste artigo, focar uma das razões que tem gerado situações indesejáveis, já que a perplexidade das partes e de seus advogados, neste caso, nasce da divergência da postura dos Tribunais locais e dos Tribunais Superiores.”

<sup>276</sup> Presenciamos uma situação sobremodo esdrúxula acontecida em julgamento do Superior Tribunal de Justiça. Como lá estivéssemos para a realização de sustentação oral – portanto, focados em nossa causa – não nos foi dado anotar os números dos recursos (especial ou agravo) julgados, senão apenas registrar o espanto com a dualidade de posicionamento da mesma turma – e, pior, do mesmo relator – a respeito da cabência de recurso especial em caso de omissão de acórdão *a quo* sobre tema prequestionado via embargos de declaração pela parte. Naquela oportunidade, ainda consultamo-nos com colega que nos acompanhava, para saber se realmente ouvimos aquilo que pensávamos – e àquela altura, já lamentávamos – ter ouvido. E a resposta foi positiva. Foram dois especiais ou agravos denegatórios; num deles, aplicou-se o verbete 356 do Supremo e, no outro, o 211 do Superior. É verdade: o primeiro dos recursos não obteve sucesso (e aqui não vamos afirmar se foi improvido ou não conhecido) porque, em que pese a parte houvesse oposto declaratórios, o acórdão embargado permaneceu omissivo e o tema federal infraconstitucional não fora decidido, de sorte que, interposto o especial já com fundamento – e exclusivamente com fundamento – na matéria prequestionada, mas não decidida, o Superior Tribunal de Justiça não poderia examinar a questão e uniformizar a aplicação da Lei federal infraconstitucional. Está certa essa decisão. Porém, no julgamento posterior, a decisão também era de insucesso do recurso porque, interposto ele, especial, com base na violação do art. 535, II, do Código de Processo Civil – isto é, que o acórdão recorrido, ao negar provimento aos declaratórios e perpetuar a omissão, era ilegal – não se revelava possível ao Superior Tribunal de Justiça examinar a matéria federal infraconstitucional sequer alegada pelo especial, que o tribunal entendeu fosse o caso de constar de suas razões. Aqui o desacerto: bastava ao Superior Tribunal de Justiça analisar a existência de omissão no julgado recorrido e, verificada, determinar ao juízo *a quo* que a analisasse, no âmbito dos declaratórios. Essa é uma das facetas desta “cooperação” entre órgãos defendida e proposta por Teresa Arruda Alvim WAMBIER. Não poderia o Superior Tribunal de Justiça entender que a matéria estava decidida se os declaratórios foram improvidos ou se não a analisaram, a despeito do não provimento. Não é admissível, outrossim, que a parte fique à mercê de entendimentos jurisdicionais, que variam de tribunal a tribunal, ou até mesmo de juiz a juiz. Nesse jogo de xadrez, em que se transformou o processo, o peão, ou melhor, a parte representada por seu advogado, deve ter sua função: se ela sente que o acórdão é omissivo, sua posição não pode ser simplesmente ignorada, mas sim analisada, e aí sim, caso a caso, deve-se verificar se realmente o tema foi ou não decidido. Se não houver cooperação e se nessa cooperação não se der papel de importância ao posicionamento da parte, fruto do trabalho de seu advogado, todo e qualquer jogo (processo) está fadado ao xeque mate, que uma ora ou outra, vem – à sorrelfa, no mais das vezes.

<sup>277</sup> Não pretendemos com essa afirmação menosprezar os estudos realizados, todos com excepcional conteúdo e que tiveram seu motivo de ser; nem constituir um paradoxo, à vista da extensão quantitativa desse capítulo, por nós mesmo escrito.

polêmicas, a maior parte delas vazia, criada e pertencente a um plano abstrato, doutrinário<sup>278</sup> (note-se: a doutrina se viu forçada a debruçar-se sobre o tema em razão das repercussões dada ao mesmo pela jurisprudência) e que não deveria influenciar as relações processuais, não pelo menos na extensão hoje verificada. Com a introdução da repercussão geral da questão constitucional como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, acreditamos, a utilização do prequestionamento como barreira de acesso ao Supremo Tribunal Federal – o que, sem dúvida, hoje se verifica – será diminuta. Até que sobrevenha igual previsão (repercussão geral) para o âmbito do recurso especial, o Superior Tribunal de Justiça continuará dando ao prequestionamento o tratamento e a relevância que hoje tem. Menos mal, porque, segundo nossa visão, o verbete n. 211 da súmula de sua jurisprudência predominante, seja como for, dá um certo amparo ao jurisdicionado.

Porque não existe senão um conceito, quando menos uma uniformidade entre os posicionamentos do Supremo e do Superior, a verdade é que as partes ficam desamparadas<sup>279</sup> e não possuem condições de saber se o prequestionamento, em determinado

---

<sup>278</sup> Leonardo Castanho MENDES (**O recurso especial e o controle difuso de constitucionalidade...cit.**, p. 139) destaca que, embora divirja a doutrina sobre conceitos e alcance do prequestionamento – saber se é ato da parte, constante de suas alegações ao longo do processo, ou do tribunal, verificado (implícita ou explicitamente) na decisão objeto de recurso extraordinário, de recurso especial ou de ambos –, em última análise as correntes doutrinárias não discrepam nos resultados: “a divergência meramente terminológica, como dito, não pode ser considerada como essencial, desde que as duas correntes, salvo pequenas dissensões, levem a resultados aproximados. Assim, desde que se entenda o prequestionamento como a presença de determinada questão na decisão recorrida, não há mal nenhum em afirmar-se que o referido requisito constitui dado essencial aos chamados recursos excepcionais, tal como configurados na Constituição Federal, apesar de não mais constar do texto constitucional, como ocorre desde a Carta Política de 1967, expressamente o termo ‘questionar’. Com ou sem menção a ‘questionar’, o prequestionamento, assim entendido, com a ressalva dessa divergência terminológica, é conatural aos recursos excepcionais”.

<sup>279</sup> Esse desamparo é inadmissível num Estado Social e Democrático de Direito. Por isso e sempre atenta à finalidade do processo – que, em última análise, é meio para a satisfação dos direitos do jurisdicionado –, Teresa Arruda Alvim WAMBIER (Fungibilidade de meios: uma outra dimensão do princípio da fungibilidade, in: **Aspectos...cit.**, p. 1.135) assinalou que “(...) existe certa divergência quanto ao que se deve entender como prequestionamento, o que gera, sem dúvida, certa insegurança das partes quanto a estar ou não preenchido este requisito de admissibilidade daqueles recursos. O que se entende conveniente é que, como se trata de uma zona cinzenta, haja certa dose de tolerância de um órgão com relação àquilo que ao outro parece ser prequestionamento. Sugere-se – prossegue Teresa WAMBIER –, portanto, que, à falta de unanimidade a respeito do que seja efetivamente o prequestionamento, um órgão aceite o entendimento de outro, e considere ter havido prequestionamento, se o que ocorreu, no caso, foi o que o outro órgão teria considerado como prequestionamento. Essa sugestão – conclui a doutrinadora –, no fundo consiste em que haja fungibilidade de

caso concreto, foi ou não foi atingido e, assim, se está ou se não está satisfeito um dos requisitos de admissibilidade de processamento e admissão do recurso extraordinário ou do recurso especial.

Aliás, já sobre a natureza jurídica do prequestionamento – como afirmado acima, seria mesmo um requisito de admissibilidade dos recursos extraordinário e especial? – o posicionamento não é claro, como devesse.

Abordaremos nesse capítulo as posições da doutrina sobre o tema, a divergência jurisprudencial havida sobretudo entre os verbetes sumulares do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça que o versam e analisaremos os principais itens, polêmicos e atuais, que a ele se refiram, como o conceito, a natureza jurídica, sua verificação, o surgimento da controvérsia acerca da aplicação do direito federal no bojo do próprio acórdão a ser impugnado via recurso extraordinário, especial ou ambos, a necessidade ou a desnecessidade de oposição em embargos de declaração nessa circunstância, a necessidade ou a desnecessidade de menção expressa dos dispositivos legislativos federais, na decisão recorrível, para o cabimento da irresignação dirigida ao Supremo, ao Superior ou a ambos.

Principiemos por encontrar nas melhores posições doutrinárias a natureza jurídica do prequestionamento.

O prequestionamento é instituto antigo no ordenamento processual brasileiro<sup>280-281-282-283</sup>.

---

‘entendimentos’, para que a parte não acabe por ficar sujeita a uma espécie de ‘loteria’ ou não tenha que se inteirar do entendimento pessoal de cada um dos Ministros dos Tribunais Superiores” (**Ibidem**, p. 1.136).

<sup>280</sup> A raiz histórica do instituto do prequestionamento encontra-se no direito norte americano, legislatura da qual o nosso direito extraordinário é oriundo. O Professor João BONUMÁ, Catedrático de Processo Civil na Universidade de Porto Alegre, ao tempo de sua eficaz doutrina escrevia que “o recurso extraordinário foi uma

Para a completa compreensão do assunto, necessário se faz um retrospectivo histórico<sup>284</sup> do próprio recurso extraordinário, com sua evolução legislativa e jurisprudencial, notadamente no que refere ao prequestionamento como requisito de admissibilidade do recurso, real ou suposto, como veremos.

---

resultante forçada da organização política e judiciária que a República trouxe ao país.” Prossegue dizendo que “tanto o projeto governamental, como o decreto 848, inspiraram-se diretamente nas leis de organização judiciária dos Estados Unidos da América – Judiciary Act, de 24 de setembro de 1789, com as modificações das leis de 5 de fevereiro de 1867 e 18 de fevereiro de 1875 –, recopiladas na Consolidação Geral das Leis Americanas.” (**Direito Processual Civil**, São Paulo, Saraiva, 1946).

<sup>281</sup> Em voto proferido nos embargos de divergência em recurso especial EREsp n.º 8.285 que apenas confirma o notável saber jurídico que qualifica sua judicatura, o E. Ministro Nilson NAVES teve a oportunidade de esclarecer, citando a doutrina de João BARBALHO e Matos PEIXOTO, que “para que caiba este recurso é necessário que a questão que o provoca tenha sido efetivamente agitada em processo movido perante as justiças estaduais e lá tenha sido julgada; não basta que tal questão se possa ou pudesse suscitar naquela ordem judiciária. Isto é expresso no ‘Judiciary Act’, a que mais de uma vez nos temos referido como a origem remota do nosso recurso(…)” esclarecendo, mais, em relação à origem do instituto, que “para se admitir o recurso, é preciso constar dos autos, expressamente ou por indução clara e necessária, que a questão federal haja surgido e tenha sido julgada na Corte Estadual. Não basta que pudesse perante ela ser suscitada. Portanto, essa questão virá fora de tempo, quando levantada somente na petição do ‘writ of error’ ”

<sup>282</sup> Segundo artigo “O recurso Especial na Constituição Federal de 1988 e suas Origens” escrito para o livro **Aspectos Polêmicos e Atuais do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário**, da editora Revista dos Tribunais (São Paulo) coordenado pela Professora Teresa Arruda Alvim WAMBIER, o Professor Arruda ALVIM esclarece que “o recurso extraordinário é originário, segundo firmemente cremos, do direito norte-americano, e através de sua evolução, tal como existiu até a Constituição Federal de 1967, redação da EC 1/69, veio a se ter o recurso especial. Sentiu-se, particularmente, a necessidade do recurso extraordinário precisamente no momento histórico em que se reestruturava juridicamente o Estado brasileiro, instaurando-se o regime federativo, também, indiscutível e indisfarçável cópia do sistema norte-americano, nessa época, no plano do direito constitucional. No direito norte-americano, a criação da Federação deveu-se a um movimento das colônias, que, abdicando de sua soberania, paulatinamente a transferiram ao Governo Central, ao qual coube legislar sobre certas matérias através de lei federal. Necessário era, assim, que a lei federal tivesse incontestável supremacia em toda Federação, sob pena de desagregação da mesma. Através do Judiciary Act, do ano de 1789, foi instituído recurso, mercê do qual, justamente quando se questionasse a respeito de lei federal (federal question), pudesse a Suprema Corte norte-americana apreciar a matéria e restabelecer, quando necessário, a supremacia, da Lei federal. Certamente, digamos desde logo, no conceito de supremacia da Lei federal compreende-se também a própria supremacia da Constituição, sobre toda e qualquer lei estadual, como também, sobre a própria lei federal ordinária. No direito brasileiro, precisamente pouco tempo depois da proclamação da República e antes mesmo da existência da Constituição de 1891, mas já na ambientação histórica do primeiro governo republicano provisório e à luz da plataforma dos republicanos, foi baixado o Dec. 848, em 11.10.1890, através do qual se organizou a Justiça Federal, criando-se o recurso que viria a ser o recurso extraordinário.”

<sup>283</sup> Registre-se, outrossim, que o instituto do prequestionamento como acesso ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça guarda relação com o direito norte americano, do qual ainda é originário nosso recurso extraordinário. De igual forma no direito argentino e no direito alemão, como magistralmente analisado por Alfredo BUZAID em decisão a respeito do verbete n.º 282 da súmula da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal onde assentou-se a sua constitucionalidade.

<sup>284</sup> Remetemos também ao capítulo específico dessa dissertação que versa sobre a evolução histórica do recurso extraordinário. Nele, encontram-se outros registros; aqui, apenas os concernentes ao prequestionamento e sua evolução no ordenamento jurídico brasileiro, assim compreendido aquele regulado pela Constituição Federal e também aquele fruto da jurisprudência.

O nascimento do recurso extraordinário, por assim dizer e na lição de ARRUDA ALVIM<sup>285</sup>, remonta ao Decreto n.º 848, de 11.10.1890<sup>286</sup>:

“(…) no direito brasileiro, precisamente pouco tempo depois da proclamação da República e antes mesmo da existência da Constituição de 1891, mas já na ambientação histórica do primeiro governo republicano provisório e à luz da plataforma dos republicanos, foi baixado o Dec. 848, em 11.10.1890, através do qual se organizou a Justiça Federal, criando-se o recurso que viria a ser o extraordinário.”

Com suporte no (valioso) trabalho de ARRUDA ALVIM, é possível identificar a evolução legislativa do recurso extraordinário<sup>287</sup> – mais tarde e por força da Constituição Federal de 1988, do próprio recurso especial, dele originado – e, particularmente, da própria evolução do prequestionamento no contexto do cabimento dos recursos dirigidos, primeiro, ao Supremo Tribunal Federal e, depois, também ao Superior Tribunal de Justiça.

Constam de seu texto as seguintes anotações:

“O Projeto do Governo Provisório (Republicano) assim dispunha (Dec. 510 de 22.06.1890, art. 59, 1): ‘... das sentenças da justiça dos Estados em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: *a*) quando se questionar sobre validade ou aplicabilidade de tratado e leis federais, e a decisão do tribunal do Estado for contra ela; *b*) quando se contestar a validade de leis ou atos de governos dos Estados, em face, da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos os atos ou leis impugnados.’

No Dec. 848, de 11.10.1890 (Governo Provisório), em seu art. 9, § único, lia-se: ‘Haverá também recurso para o Supremo Tribunal Federal das sentenças definitivas,

<sup>285</sup> O recurso especial na Constituição Federal de 1988 e suas origens...cit., in: **Aspectos...cit.**, p. 14.

<sup>286</sup> Arruda ALVIM esclarece que “a Constituição Política do Império do Brasil, de 25.03.1824, no seu art. 163 dispunha: ‘Na capital do Império, além da relação que deve existir, assim como nas demais províncias, haverá também um tribunal com a denominação de - Supremo Tribunal de Justiça - , composto de juizes letrados, tirados das relações por suas antiguidades, e serão condecorados com o título de conselheiros. Na primeira organização poderão ser empregados neste Tribunal os ministros daqueles que se houverem de abolir.’” (**Ibidem**, mesma página). Prossegue Arruda ALVIM: “rezava o texto constitucional de 1824: ‘Art. 164 – A este Tribunal compete: 1.) Conceder ou denegar revistas nas causas e pela maneira que a lei determinar.’” (**Ibidem**, p. 15). Ainda em Arruda ALVIM encontramos a assertiva de que “no regulamento 737 o assunto vinha regulado nos arts. 665 e 657. No entanto, estes recursos só muito longinquamente poderiam proporcionar qualquer analogia com o recurso extraordinário.” (**Ibidem**, mesma página).

<sup>287</sup> Sobre o histórico do Supremo Tribunal Federal, as anotações de Antonio Cláudio da Costa MACHADO (**Código...cit.**, p. 105-106): “o Supremo Tribunal Federal, que nasceu com o Decreto n. 848/1890 (que organizou entre nós a Justiça Federal) e substituiu o Supremo Tribunal de Justiça do Império (criado pela Constituição de 1824), teve seu primeiro tratamento constitucional na Carta Republicana de 1891 e foi disciplinado por todas as demais (chama a atenção o fato de ter sido denominado de Corte Suprema pela Carta de 1934). Porque guardião da Constituição é que o Supremo Tribunal Federal assume o papel institucional de órgão de cúpula do Poder Judiciário e de mais alta corte brasileira, posto figurar acima tanto da Justiça Comum como das especiais.”



proferidas pelos tribunais e juízes dos Estados: *a)* quando a decisão houver sido contrária à validade de tratado ou convenção, à aplicabilidade de uma lei do Congresso Federal, finalmente, à legitimidade do exercício de qualquer autoridade que haja obrado em nome da União – qualquer que seja a alçada; *b)* quanto à validade de uma lei ou ato de qualquer Estado que seja posta em questão contrária à Constituição, aos tratados e às leis federais, e a decisão tenha sido em favor da validade da Lei ou do ato; *c)* quando a interpretação de um preceito constitucional, ou lei federal, ou de cláusula de um tratado ou convenção, seja posta em questão, e a decisão final tenha sido contrária à validade do título, direito, privilégio ou isenção, derivado de preceito ou cláusula.”<sup>288</sup>

Parece-nos adequada a transcrição da evolução legislativa sobre o assunto:

a) Na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24.02.1891:

“Art. 59 – (*omissis*)

§ 1º: Das sentenças das justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

a) quando se questionar sobre validade, ou aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do tribunal do Estado for contra ela;

b) quando se contestar a validade de leis ou de 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.”

“Com a Reforma Constitucional de 1926”, anota ARRUDA ALVIM, “a matéria passou a ser regrada nos arts. 59, 60 e 61”.

b) Na Constituição de 16.06.1934:

“Art. 76. À Corte Suprema compete:

(*omissis*)

III – em recurso extraordinário, as causas decididas pelas justiças locais em única ou última instância:

a) quando a decisão for contra literal disposição de tratado ou lei federal, sobre cuja aplicação se haja questionado;

b) quando se questionar sobre a vigência ou validade de lei federal em face da Constituição, e a decisão do tribunal local negar aplicação à lei impugnada;

---

<sup>288</sup> O recurso especial na Constituição Federal de 1988 e suas origens...cit., in: **Aspectos...cit.**, p. 15.

c) quando se contestar a validade de lei ou ato dos governos locais em face da Constituição, ou de lei federal, e a decisão do tribunal local julgar válido o ato ou lei impugnada;

d) quando ocorrer diversidade de interpretação definitiva da Lei federal entre as Cortes de Apelação de Estados diferentes, inclusive do Distrito Federal ou dos Territórios, ou entre um destes tribunais e a Corte Suprema, ou outro tribunal federal.”

c) Na Constituição de 1937:

“Art. 101

(*omissis*)

III – julgar, em recurso extraordinário, as causas decididas pelas justiças locais em única ou última instâncias:

a) quando a decisão for contra a letra de tratado ou lei federal, sobre cuja aplicação se haja questionado;

b) quando se questionar sobre vigência ou validade da Lei federal em face da Constituição, e a decisão do tribunal local negar aplicação à lei impugnada;

c) quando se contestar a validade de lei ou ato dos governos locais em face da Constituição, e a decisão do tribunal local negar aplicação à lei impugnada;

d) quando as decisões definitivas dos Tribunais de Apelação de Estados diferentes, inclusive do Distrito Federal ou dos Territórios, ou decisões definitivas de um destes Tribunais e do Supremo Tribunal Federal derem à mesma lei federal inteligência diversa”.

d) Na Constituição de 1946:

“Art. 101

(*omissis*)

III – julgar, em recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros tribunais ou juízes:

a) quando a decisão recorrida for contrária a dispositivo desta Constituição ou à letra de tratado ou lei federal;

b) quando se questionar sobre validade de lei federal em face desta Constituição, e a decisão recorrida negar aplicação à lei impugnada;

c) quando se contestar a validade de lei ou ato de governo local em face desta Constituição ou lei federal, e a decisão recorrida julgar válida a lei ou o ato;

d) quando na decisão recorrida a interpretação da Lei federal invocada for diversa da que lhe haja dado qualquer dos outros tribunais ou o próprio Supremo Tribunal Federal”

e) Constituição de 1988<sup>289</sup> (redação de acordo com a Emenda Constitucional n.º 45, de 8 de dezembro de 2004)

“Art. 102. 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”

Demonstrada a evolução histórica do cabimento do recurso extraordinário – e, depois de 1988, também do recurso especial – sobreleva notar que o prequestionamento era item expresso de todos os diplomas constitucionais, até ser suprimido em 1946, supressão essa que permanece no diploma vigente.

O fato é que o prequestionamento sempre foi tido, entre nós, como requisito de admissão e processamento dos recursos dirigidos ao Supremo Tribunal Federal e aos Tribunais Superiores. Antes da instalação constitucional do Superior Tribunal de Justiça pela Constituição Federal de 1988 os recursos extraordinários dirigidos ao Supremo Tribunal Federal necessitavam, a que fossem conhecidos, preencher o requisito do prequestionamento.

---

<sup>289</sup> Não é demasiado destacar que a atual disciplina do recurso extraordinário prevê a repercussão geral como requisito de admissibilidade, conforme o § 3, do art. 102, da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 45, de 8.12.2004: “no recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos, da Lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.”

Parte da doutrina entende que faça parte da natureza jurídica do recurso extraordinário a necessidade do prequestionamento, que deve ser entendido como requisito de admissibilidade do processamento que deve ser verificado no corpo da decisão recorrida.<sup>290</sup> Naturalmente que, para constar do acórdão, por força do princípio dispositivo, deve a discussão ser levantada pela parte.<sup>291</sup> Há entendimento dominante onde, se a violação (sentido lato) de texto constitucional ou infra constitucional surgir no acórdão, necessariamente devem ser opostos embargos declaratórios para suscitar o prequestionamento viabilizador dos recursos especial e extraordinário.

Conforme nosso modelo jurídico processual, o acesso recursal ao Supremo Tribunal Federal e aos Tribunais Superiores vincula-se a antecedente discussão jurídica da causa (prequestionamento), que já foi definida, conforme o Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, na qualidade de relator dos embargos de divergência em recurso especial EREsp n.º 144.844/RS, como:

“a ação de discutir – desafiar – controverter – disputar tema anteriormente, ou seja, manifestar ação jurídica contrária à posta pelo juízo, respeitando-se, contudo, a sistemática processual”

---

<sup>290</sup> Eduardo Arruda ALVIM e Angélica Arruda ALVIM estabeleceram, nesta mesma linha, que “o requisito do prequestionamento é da própria essência do recurso especial” sendo, para eles, “a necessidade de prequestionamento (...) um espelho da própria disciplina constitucional do recurso especial.” (Recurso Especial e Prequestionamento, in: **Aspectos...cit.**, p. 160).

<sup>291</sup> Sob este raciocínio, José Miguel Garcia MEDINA acaba descartando o prequestionamento como requisito de admissibilidade dos recursos excepcionais para entendê-lo tão somente como atributo da própria decisão *a quo*: “Daí porque o prequestionamento, a nosso ver, apesar de ser tido pela maioria da doutrina e da jurisprudência como um requisito cuja a presença é exigida para a interposição do recurso especial e extraordinário, chegando a ser entendido como um requisito jurisprudencial para a interposição de tais recursos é, na verdade, mera decorrência do princípio dispositivo e do efeito devolutivo, analisados retro, em relação ao recurso que provoca a manifestação do Tribunal a quo acerca da questão federal ou constitucional. Discordamos, neste passo, do entendimento doutrinário e jurisprudencial que concebe o prequestionamento como um requisito decorrente da natureza extraordinária dos recursos extraordinário e especial. O fundamento da exigência do prequestionamento, a rigor, data venia, não decorre da natureza dos recursos extraordinário e especial. O prequestionamento, na verdade, é algo pertinente à instância ordinária, onde o tema constitucional ou federal deverá ser agitado. A necessidade da presença da questão federal ou constitucional na decisão recorrida, requisitos examinados nos itens precedentes, é que dão aos recursos extraordinário e especial a característica de extraordinários.” (**Op. cit.**)

Dado não mais haver referência expressa à palavra prequestionamento ou a alguma similar, a ela relacionada (questionamento, questionar etc), nos textos constitucionais posteriores ao de 1946, parece-nos que em algum momento perdeu-se o sentido das coisas. Doutrina e jurisprudência, alicerçados em sistemática antiga, continuaram a analisar a Constituição de 1988 como se equivalente fosse aos diplomas pretéritos, muitas vezes sob a permissão de ser o prequestionamento, porque referenciado noutros textos, da natureza do recurso extraordinário.

Talvez a leitura hoje realizada contenha vício de premissa já verificado quando do exame das Constituições anteriores, e daí a confusão ser ainda maior – notadamente quanto a ser o prequestionamento requisito de admissibilidade de recurso extraordinário (e também do especial) e do alcance e interpretação do verbete n. 356 da súmula do Supremo Tribunal Federal.

Nos sistemas constitucionais pretéritos, é verdade, o prequestionamento vinha expresso nos dispositivos que tratavam da admissão do recurso extraordinário (neles, destaque-se, não havia previsão nem existia o recurso especial, criado pela Constituição Federal vigente); todavia, não era ele, exclusivamente, que determinava o cabimento do recurso dirigido ao Supremo Tribunal Federal. Esse ponto nos parece relevante para a compreensão do assunto.

Tome-se por exemplo a primeira disposição constitucional que versou sobre o tema. Na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24.02.1891, o recurso para o Supremo Tribunal Federal contava com a seguinte previsão:

“Art. 59

(*omissis*)

§ 1º - Das sentenças das justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

a) quando se questionar sobre validade, ou aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do tribunal do Estado for contra ela;

b) quando se contestar a validade de leis ou de 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”.

Assim, tanto na alínea *a*, quanto na alínea *b*, cabia recurso para o Supremo Tribunal Federal “das sentenças das justiças dos Estados, em última instância” quando houvesse questionamento (prequestionamento) sobre validade ou aplicação de tratados e leis federais (letra *a*) ou quando se contestasse (prequestionamento) a validade de leis ou atos dos governos do Estados em face da Constituição ou das leis federais (letra *b*) e, isso verificado, “a decisão do Tribunal do Estado for contra ela” (primeiro caso de cabimento) ou “a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas” (segundo caso de cabimento).

O fato de haver sido prequestionada – vale dizer: questionada, no primeiro caso, a matéria e contestada, no segundo – , isoladamente, era insuficiente para o cabimento do recurso ao Supremo Tribunal Federal. Precisava, somando-se a ele, prequestionamento, que a decisão objeto do recurso houvesse tratado do tema. Do somatório desses requisitos – o prequestionamento mais a decisão sobre o tema questionado – é que se verificava cabível, ou não cabível, o recurso contra decisão (de última instância) para o Supremo Tribunal Federal.

O uso da conjunção aditiva “e” precisa ser levado em consideração. O prequestionamento, quando veio expresso nas Constituições do Brasil como requisito de admissibilidade de recurso para o Supremo Tribunal Federal, sempre veio acompanhado da necessidade de ter sido decidido, pelo tribunal e em única ou última instância, o tema questionado pela parte.

Assim, se nos ordenamentos anteriores, o prequestionamento não era – longe disso – requisito isolado de cabimento do recurso para o Supremo Tribunal Federal – pois todos os textos usavam a conjunção aditiva “e” no sentido de que era necessário tanto o prequestionamento, quanto a decisão sobre o tema questionado –, não pode vir a ser agora, que nem expresso está, como a leitura atual que se tem dado ao verbete n. 356 da súmula da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal está a sugerir. Aliás, pelo contrário: conquanto não mais previsto na Constituição Federal vigente o prequestionamento como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário e agora também do recurso especial, é sustentável a tese de que se basta à admissão da impugnação dirigida contra decisão final, de única ou última instância, dos Tribunais inferiores, a decisão efetiva do tema<sup>292</sup>, malgrado tenha havido ou não tenha havido prequestionamento<sup>293</sup>, como fosse *ato da parte*. Daí ser afirmável, ao menos em tese, que se o vício surge no acórdão e se ele já por si trata do tema constitucional ou federal infraconstitucional, despiciendo embargos declaratórios prequestionadores.

Voltaremos ao tema, oportunamente.

A posição doutrinária a respeito do prequestionamento é variante, sendo que a natureza jurídica do instituto do prequestionamento encerra discussões doutrinárias.

---

<sup>292</sup> Nesse sentido e bastante direto, Perseu Gentil NEGRÃO (**Recurso Especial – doutrina, jurisprudência, prática e legislação**, São Paulo, Saraiva, 1997, p. 44): “(...) o pressuposto do recurso especial é que o processo tenha sido decidido em única ou última instância (...). Sendo assim, se não houve prequestionamento, ou seja, se o tribunal estadual ou federal não se manifestou a respeito de determinada questão jurídica, a causa não foi decidida e, portanto, ausente o pressuposto do recurso especial.”

<sup>293</sup> No ponto, a doutrina de Gleydson Kleber Lopes de OLIVEIRA (**Recurso Especial...cit.**, pp. 252-253): “apesar de afastado da precisão etimológica do termo, é adotado, no presente trabalho, o entendimento de que o prequestionamento é requisito específico de admissibilidade do recurso especial, que se traduz na exigência de haver o tribunal a quo emitido pronunciamento acerca de matéria regulada por legislação federal, sendo irrelevante a investigação de a parte tê-la, ou não, suscitado previamente. Isso porque há entendimento doutrinário que, fiel à acepção do termo, defende ser dispensável o prequestionamento para efeito de admissibilidade dos recursos extraordinários; porém é necessária a presença, na decisão recorrida, da decisão federal. A distinção é meramente conceitual. O que é, em suma, imprescindível é que o tribunal a quo tenha emitido decisão a respeito de questão federal, cuja violação a legislação federal tenha sido veiculada no recurso especial.”

Segundo ALFREDO BUZAID, “o prequestionamento é uma das condições de admissibilidade do recurso extraordinário” entendendo ele que o registro de sua presença antecede mesmo a prolação da decisão recorrida, vale dizer, decorre das atividades das partes<sup>294</sup>.

Outra conceituação quanto à natureza jurídica do instituto do prequestionamento, sem o desclassificar como indispensável à admissibilidade dos recursos excepcionais, o define como decorrente da própria natureza jurídica dos recursos dirigidos aos Tribunais Superiores (revista, especial) e ao Supremo Tribunal Federal (extraordinário).

Assim se manifesta, entre outros, o Ministro PAULO ROBERTO SARAIVA DA COSTA LEITE para quem “(...) a exigência do prequestionamento decorre da própria natureza extraordinária do recurso, pouco importando o silêncio da Constituição”<sup>295</sup>.

Uma outra corrente defendida pelo Ministro ILMAR GALVÃO estabelece que “(...) também é da tradição do direito brasileiro que o recurso extraordinário se limita às questões apreciadas na decisão recorrida (...)” imputando, portanto, sua natureza jurídica aos usos e costumes de nossa processualística.

JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA, sobre a natureza jurídica do prequestionamento, entende que:

“(...) apesar de ser tido pela maioria da doutrina e da jurisprudência como um requisito cuja presença é exigida para a admissibilidade dos recursos especial e extraordinário, chegando a ser entendido como um ‘requisito jurisprudencial’ para o cabimento de tais recursos, é, na verdade, mera decorrência do princípio dispositivo e do efeito devolutivo, analisados supra, em relação ao recurso que provoca a manifestação do Tribunal *a quo*, acerca da questão federal ou constitucional. Discordamos, nesse passo, do entendimento doutrinário e jurisprudencial que concebe o prequestionamento como um requisito decorrente da natureza extraordinário dos

---

<sup>294</sup> RTJ 109/302.

<sup>295</sup> Artigo nominado Recurso especial: admissibilidade e procedimento, publicado na obra **Recursos no Superior Tribunal de Justiça**, p. 192.



recursos extraordinário e especial. O fundamento da exigência do prequestionamento, a rigor, *data venia*, não decorre da natureza dos recursos extraordinário e especial. O prequestionamento, na verdade, é algo pertinente à instância ordinária, onde o tema constitucional ou federal deverá ser agitado. A necessidade da presença da questão federal ou constitucional na decisão recorrida (...) é o que dá aos recursos extraordinário e especial a característica de extraordinários”<sup>296</sup>.

Adiante e a partir da natureza jurídica do prequestionamento por ele identificada – não sem antes ter analisado todas as correntes doutrinárias sobre o tema – JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA conceitua prequestionamento:

“(...) atividade postulatória das partes, decorrente do princípio dispositivo, tendente a provocar uma manifestação do órgão julgador (juiz ou Tribunal) acerca da questão constitucional ou federal determinada em suas razões, em virtude da qual fica o órgão julgador vinculado, devendo manifestar-se sobre a questão prequestionada”<sup>297</sup>.

BRUNO MATTOS E SILVA, antes de analisar conceito e natureza jurídica, apresenta as seguintes considerações a respeito da palavra prequestionamento:

“(...) a palavra prequestionamento parece dizer que algo foi previamente questionado. (...) Essa análise da palavra prequestionamento, que é mais morfológica que jurídica, nos daria a entender que prequestionamento seria o ato de ter a parte suscitado uma determinada questão em momento pretérito. Haveria prequestionamento, portanto, quando a parte (autor, réu, terceiro interessado) tivesse suscitado em oportuno momento pretérito uma questão jurídica, de fato ou de direito. Irrelevante seria, assim, a apreciação da questão pelo órgão julgador ou sua recusa em apreciá-la”<sup>298</sup>.

Em seguida, menciona haver duas correntes doutrinárias sobre a natureza jurídica do prequestionamento:

“(...) a primeira corrente está de acordo com esse significado morfológico da palavra prequestionamento. Essa corrente afirma ser o prequestionamento decorrente de um ato da parte, ou seja, decorre da parte ter suscitado previamente uma questão. Portanto, considera-se matéria prequestionada a que a parte suscitou antes de ter sido prolatada a decisão que será objeto de recurso especial ou de recurso extraordinário. Assim (...) mesmo se o tribunal não apreciar a questão, a parte poderia interpor recurso especial ou recurso extraordinário com fundamento na questão não apreciada, uma vez que, antes do julgamento do tribunal de apelação, a parte *prequestionou* a matéria, isto é suscitou a questão”<sup>299</sup>.

Já a segunda corrente, prossegue o autor mencionado,

---

<sup>296</sup> **Op. cit.**, p. 331-332.

<sup>297</sup> **Ibidem**, p. 350-351

<sup>298</sup> **Pquestionamento, recurso especial e recurso extraordinário**, Rio de Janeiro, Forense, 2002, p. 3.

<sup>299</sup> **Ibidem**, p. 4.

“(...) afirma que prequestionamento é a efetiva apreciação de uma questão por parte do órgão julgador. Assim, se o órgão julgador apreciou uma determinada questão, há prequestionamento: a matéria foi apreciada pelo órgão julgador. Como se pode notar, para essa corrente o prequestionamento decorre de um ato do julgador e não da parte, embora a atuação do julgador seja, na maior parte dos casos, decorrente de um pedido da parte”<sup>300</sup>.

(...)

“O fundamento jurídico da necessidade do prequestionamento para a admissão dos recursos especial e extraordinário é constitucional, uma vez que (...) o prequestionamento é a apreciação da questão por parte do órgão julgador e não sua mera suscitação prévia pela parte”<sup>301-302</sup>.

As correntes doutrinárias a respeito do que deva ser entendido como prequestionamento são três: a) a necessidade de que a matéria tenha sido suscitada antes do julgamento, do qual se tenha originado a decisão objeto do recurso especial ou do recurso extraordinário; b) a necessidade de que a matéria, além de ter sido suscitada pela parte, haja sido decidida pelo tribunal; e c) a necessidade, pura e simples, de que a decisão tenha versado tema constitucional ou federal infraconstitucional, a despeito de prévio debate ou suscitação da parte.

CÁSSIO SCARPINELLA BUENO<sup>303</sup>, com razão, remete à pergunta sobre a coexistência dessas três posições doutrinárias a respeito do prequestionamento e de sua ocorrência, e, nas palavras dele, “mais ainda, quais os efeitos – positivos ou negativos – da ausência de um critério uniforme para a configuração do prequestionamento”.

ATHOS GUSMÃO CARNEIRO<sup>304</sup> escreveu que:

---

<sup>300</sup> **Ibidem**, mesma página.

<sup>301</sup> O que significa dizer: para ele, o prequestionamento é um requisito de admissibilidade do recurso especial e do recurso extraordinário.

<sup>302</sup> “Para a parte – esclarece depois o autor – possível é, apenas, questionar no momento oportuno, ou seja, suscitar questões tempestivamente, o que poderá levar ao prequestionamento.” Teria explicado, antes, que “o prequestionamento é um fato passado. Por essa razão, não é tecnicamente correto afirmar que a parte deve ‘prequestionar’. Uma vez que o tempo não volta, é de meridiana clareza que prequestionar é algo impossível de se fazer no tempo presente. Mesmo porque, como vimos acima, o prequestionamento não decore de um ato da parte...”.

<sup>303</sup> **Op. et. loc. cit.**

<sup>304</sup> **Op. et. loc. cit.**

“(…) para que uma determinada questão seja considerada como *prequestionada*, não basta que haja sido suscitada pela parte no curso do contraditório, preferentemente com expressa menção à norma de lei federal onde a mesma questão esteja regulamentada. É necessário, mais, que no aresto recorrido a matéria tenha sido *decidida*, e decidida explicitamente (ainda que não imprescindível a expressa menção, do artigo de lei)”.

Ainda sobre grafia e sentidos como aplicada a expressão prequestionamento,

EDUARDO RIBEIRO DE OLIVEIRA<sup>305</sup> destaca que

“dificuldade que se coloca, quando se trata do prequestionamento como condição para viabilizar<sup>306</sup> os recursos extraordinário e especial, além da própria grafia, está no sentido em que empregada a expressão. É utilizada na doutrina e mesmo na jurisprudência traduzindo a necessidade de que a matéria tenha sido suscitada antes do julgamento recorrido. Para outros entretanto, considera-se presente quando a questão, não apenas é objeto de arguição pela parte, mas decidida pelo órgão a ser impugnado. Por fim, uma terceira corrente estima que a exigência prende-se tão só a essa última hipótese, ou seja, haver a decisão, ainda que não se tenha verificado anterior debate”.

Depois de analisar pormenorizadamente cada uma das correntes, EDUARDO

RIBEIRO conclui dizendo que:

“(…) o fundamental está em reconhecer indispensável, para a admissibilidade do extraordinário e do especial, que a questão haja sido objeto de decisão. A prévia alegação pela parte não tem a ver com isso. Prende-se ao âmbito de devolução dos recursos em geral e à adstrição do juiz ao libelo, o que obviamente limita a possibilidade de decisão pelas instâncias ordinárias, mas não diz diretamente com os recursos extraordinários. Essa condição – prossegue o doutrinador – , necessária para viabilizar os recursos, é de sua índole, derivando dos termos em que constitucionalmente previstos. Se assim é, não deve ser dispensada, pena de ofensa à Constituição. Desse modo, requer esteja presente em todos os casos, ainda quando haja vício do próprio julgamento. E a apresentação de embargos declaratórios, por si, não é o suficiente para ter-se como realizado esse pressuposto. Imprescindível o exame pela decisão recorrida”.

GLEYDSON KLEBER LOPES DE OLIVEIRA, sobre prequestionamento,

apresenta as seguintes conclusões<sup>307</sup>:

“57. O prequestionamento é requisito específico de admissibilidade do recurso especial, entendido na exigência de haver o tribunal local ventilado, na decisão recorrida, questão federal. Por ser uma corte de revisão, é indispensável que a questão

<sup>305</sup> Prequestionamento, in: **Aspectos...cit.**, p. 245-257.

<sup>306</sup> Mais adiante, deixou clara sua posição a respeito da natureza jurídica do prequestionamento: “não é de causar espécie haja dissenso quanto ao verdadeiro significado desse pressuposto de admissibilidade do extraordinário e do especial” (**Ibidem**, mesmas páginas).

<sup>307</sup> **Recurso Especial...cit.**, pp. 407-408.

federal apontada no recurso especial tenha sido decidida no acórdão recorrido (Súmula 282 do STF: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”). Não se confunde, pois, com a atividade das partes em previamente suscitar o pronunciamento acerca de questão federal, de modo que não se considera prequestionada a matéria suscitada pelas partes que não foi objeto de exame na decisão recorrida.

58. É despicienda a referência a prequestionamento explícito e implícito, pois o que se exige é que a questão federal suscitada no recurso especial tenha sido analisada na decisão recorrida, ainda que, nesta, não haja alusão explícita ao dispositivo da Lei federal.

59. Suscitada a questão federal pelo menos do recurso ou nas contra-razões recursais, ou tratando-se de matéria cognoscível de ofício, deve o tribunal local examiná-la. Havendo omissão, é cabível, e não tem, por conseguinte, caráter protelatório, o recurso de embargos de declaração com o desiderato de o tribunal local manifestar-se acerca da questão federal (Súmula 98 do STJ: ‘Embargos de declaração manifestados com o notório propósito de prequestionamento não tem caráter protelatório’). Por ausência de fundamentação legal, inadmissível é o recurso de embargos declaratórios ‘pós-questionadores’ com o propósito de o tribunal local manifestar-se sobre a matéria a respeito da qual não tivesse o dever de analisá-la. Na hipótese de a omissão não ser suprida, o recurso especial deve veicular a violação ao art. 535 do CPC (Súmula 211 do STJ: ‘Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*’), de modo que, com a mera interposição de embargos de declaração, não se configura o prequestionamento.

60. Quando a questão federal surgir, pela primeira vez, na decisão recorrida, é dispensável a interposição de recurso de embargos de declaração por falta de amparo legal e por já se encontrar presente a questão federal.

61. Para efeito de admissibilidade do recurso especial, é exigível o prequestionamento da matéria constante no recurso especial interposto pelo terceiro interessado, bem como das matérias cognoscíveis de ofício.”

De sua vez, LEONARDO CASTANHO MENDES<sup>308</sup> remata o tema,

concluindo sobre o prequestionamento:

“No caso dos recursos excepcionais, que são tipo de recursos de fundamentação vinculada, o que os particulariza é a necessidade, em sua interposição, da demonstração de violação à lei federal, legal ou constitucional, por decisão tomada em última instância pela jurisdição ordinária, ou seja, decisão que esgote a jurisdição ordinária.

O prequestionamento, tido como pressuposto específico dos recursos excepcionais, é, na verdade, a decorrência da natureza de fundamentação vinculada desses recursos. Como eles só se justificam mediante a alegação de violação, pelas instâncias ordinárias, do ordenamento federal, legal ou constitucional, é indispensável que, em sua interposição, fique demonstrada essa violação, para o que é necessário provar que essas instâncias, ao decidirem uma questão, promoveram a violação denunciada pelo

---

<sup>308</sup> Op. et. loc. cit.

recorrente. Nesse contexto, o prequestionamento é uma atividade da instância recorrida, não da parte, embora, filologicamente, questionar seja uma atitude que possa ser com preponderância atribuída à parte.

Para que as instâncias ordinárias prequestionem, não é indispensável manifestação das partes. Os tribunais decidem de acordo com o que lhes houver sido devolvido e ainda nos limites de eventual efeito translativo operado, se for o caso. Dentro desses limites, é desnecessária, em princípio, qualquer provocação da parte interessada.

O prequestionamento não pode ser entendido como a necessidade de constar-se da decisão de que se recorre a expressa menção aos dispositivos legais ou constitucionais cuja violação autorize a interposição dos recursos excepcionais.

Não se admite, em verdade, o prequestionamento implícito, se assim se entender aquele por meio do qual se tem como prequestionada matéria cuja solução esteja necessariamente implícita na solução de outras questões, explicitamente decididas. Não se pode, por outro lado, dizer que é implícito o prequestionamento que se faz sem menção expressa a números de artigos da Lei e da Constituição. Se a questão foi decidida, ainda que ausente a menção expressa a esses dispositivos, o prequestionamento é explícito.

As questões de ordem pública também sujeitam-se à necessidade de prequestionamento para fins de interposição dos recursos excepcionais.

Como o prequestionamento envolve a atividade da instância recorrida, na acepção em que aqui empregada a expressão, a ausência dessa manifestação, em casos em que ela era possível, configura omissão, suscetível de correção na via dos embargos declaratórios, os quais, interpostos para essa finalidade, não podem ser tidos como protelatórios. Interpostos que sejam, a persistência da instância recorrida na falha já detectada autoriza a anulação do julgado em que tenham os declaratórios sido rejeitados, para que outra decisão se profira, com exame integral das questões suscitadas, sem o que elas não poderão ser alçadas ao conhecimento das instâncias excepcionais, por falta de prequestionamento.”

Dando continuidade ao exame da posição doutrinária a respeito do prequestionamento, registramos o posicionamento de FERNANDO BALIEIRO LODI<sup>309</sup>:

“1. Por força da própria natureza histórica do recurso extraordinário, estendendo-se ao especial, ante o teor da Súmula 356 do Supremo Tribunal Federal, e por exigência expressa das Cortes Maiores, o prequestionamento é obrigatório como requisito de admissibilidade dos mencionados recursos.

2. Este será dispensável quando a questão for levantada no próprio acórdão recorrido.

3. O prequestionamento deve versar sobre matéria já agitada no procedimento, devendo ser apresentada em razões (ou contra-razões) de apelação e sobre ela haver decisão.

---

<sup>309</sup> Dos embargos declaratórios prequestionadores, in: **Aspectos...cit.**

4. Em não sendo a matéria objeto de decisão pelos Tribunais, cabe à parte opor Embargos Declaratórios Prequestionadores; em sendo recebidos os Embargos, mas não declarada a decisão, a matéria estará prequestionada para a interposição de recursos extraordinários *lato sensu*.

5. Desnecessária a interposição de Embargos Declaratórios Prequestionadores quando o Tribunal analisou a matéria, ainda que esta não tenha sido utilizada como fundamento da decisão”.

A lição de ARRUDA ALVIM<sup>310</sup> é clara:

“(...) não se deve confundir *prequestionamento* com *imprescindível postulação* pela parte, a respeito de uma dada *questão federal* (...). A questão, conquanto não haja sido postulada, poderá resultar decidida no acórdão, e, portanto, para fins de ser recorrida, *existe dado equivalente ao prequestionamento* (...) ou, mais precisamente, há questionamento, no acórdão, de lei federal”.

Prossegue, em caráter conclusivo: “para ocorrer prequestionamento, afigura-se-nos suficiente que a *questão federal* seja identificável do teor do acórdão.”

EDUARDO ARRUDA ALVIM e ANGÉLICA ARRUDA ALVIM<sup>311</sup> são claros e diretos em estabelecer que:

“o requisito do prequestionamento é da própria essência do recurso especial. Com efeito, não é possível cogitar-se tenha havido ofensa a tratado ou lei federal (de molde a ser cabível o recurso especial pela alínea *a* do inc. III, do art. 105 do texto constitucional), por parte do acórdão local, se a decisão não tiver ferido a questão federal sob foco. Igualmente, não é concebível recorrer pela alínea *c* do inc. III do art. 105 (divergência jurisprudencial), se o tribunal que proferiu o acórdão recorrido não tiver tratado da questão federal, pois não haverá divergência jurisprudencial.”

Eles ainda complementam dizendo que:

“(...) a necessidade de prequestionamento como requisito de admissibilidade<sup>312</sup> do recurso especial é, de outra parte, espelho da missão constitucional do Superior Tribunal de Justiça, que, através do recurso especial, deve preservar a autoridade e a unidade da Lei federal, que, nas várias unidades federadas, é aplicada por diversos órgão pertencentes ao Poder Judiciário.”

<sup>310</sup> O recurso especial na Constituição de 1988 e suas origens, in: **Aspectos...cit.**

<sup>311</sup> Recurso especial e prequestionamento, in: **Aspectos...cit.**

<sup>312</sup> Mais adiante, afirmam categoricamente que “o prequestionamento é (...) requisito indispensável à admissão do recurso especial.” Prosseguem: “de acordo com a classificação proposta por Barbosa Moreira, que divide os requisitos de admissibilidade dos recursos em intrínsecos e extrínsecos, podemos classificar o prequestionamento como sendo um requisito intrínseco de admissibilidade do recurso especial.” Isso porque, complementam, “(...) é através do exame da decisão recorrida que se pode constatar a presença desse importante requisito de admissibilidade do recurso especial.”

Esses autores ainda afirmam, a partir de exame histórico da evolução dos textos constitucionais da República Federativa do Brasil, que “o prequestionamento é da tradição de nosso Direito”.

E concluem, dentre o que, por mais relevante, transcrevemos:

a) “o requisito do prequestionamento encontra, em última análise, sua razão de ser na própria Constituição Federal, de cujo texto se infere claramente a diferença entre o recurso especial (inc. III, do art. 105) e o recurso ordinário (inc. II, do art. 105), para cujo cabimento não se impõem quaisquer restrições, senão a própria sucumbência”.

b) “(...) os embargos declaratórios, nos termos da Súm. 282 e principalmente da 356 devem ser opostos no caso de omissão do acórdão quanto à apreciação da questão federal. Deveras, se o acórdão não aprecia a questão federal, não tem cabida o recurso especial. Cabem, aí, embargos declaratórios para suprir tal omissão (CPC, art. 535-II), só depois estando aberto o caminho do recurso especial. Mas, evidentissimamente, os embargos declaratórios não precisam – e, a rigor, *não podem* – ser opostos com o fito de que o acórdão recorrido conste menção expressa ao dispositivo de lei federal porque: (1) a uma, tal não se faz tecnicamente necessário para viabilizar o acesso à instância suprema; (2) a duas, porque a simples ausência de menção ao dispositivo de lei federal não consubstancia, pelo menos no mais das vezes, omissão apta a ser suprida por meio de embargos declaratórios.”

Com suporte no julgamento do Agravo de Instrumento 181.091-SP, DJU 02.05.01996, p. 13.782, GILSON DELGADO MIRANDA e PATRÍCIA MIRANDA PIZZOL<sup>313</sup> asseguram que “o prequestionamento implica na obrigatoriedade de debate a respeito da alegação contida no recurso, isto é, torna-se imperioso que a matéria reste ‘suficientemente discutida a ponto de se contruir tese sobre ela’”.

Afirma ser o prequestionamento requisito de admissibilidade do recurso extraordinário e do recurso especial a doutrina de JOSÉ THEOPHILO FLEURY<sup>314</sup>:

“o prequestionamento de questões federais e constitucionais é um dos requisitos específicos e indispensáveis a tornar apto o conhecimento dos recursos especial e extraordinário interpostos contra acórdãos dos Tribunais Estaduais ou Federais, na forma dos arts. 102, III, *a*, e 105, III, *a*, da Constituição Federal.”

Ainda segundo o mesmo autor:

---

<sup>313</sup> **Op. et. loc. cit.**

<sup>314</sup> **Op. et. loc. cit.**

“o prequestionamento significa que as questões federal e/ou constitucional previamente invocadas pelas partes devem ser decididas pelo Tribunal local. Pode ocorrer, ainda, o prequestionamento, quando a questão federal surja no próprio acórdão recorrido, sem que as partes dela tenham tratado. Prequestionamento, no caso, é o questionamento prévio da questão jurídica invocada nos recursos especial e/ou extraordinário, no acórdão recorrido.”

Na sua visão:

“o fato de a parte opor embargos de declaração não implica o cumprimento total do ônus de perseguir um pronunciamento do Tribunal local sobre as questões que pretende sejam levadas ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal, devendo, para tanto, caso não suprida a omissão pelo Tribunal *a quo* sobre as questões de que se pretenda recorrer, interpor, primeiramente, recursos especial e/ou extraordinário buscando a prestação jurisdicional completa (afronta ao art. 535, CPC e art. 5, LV, CF)”.

ANTONIO CLÁUDIO DA COSTA MACHADO<sup>315</sup> entende que o prequestionamento, conquanto não expresso na Constituição Federal, é requisito de admissibilidade do recurso especial e do recurso extraordinário criado pela jurisprudência:

“(…) a par dos requisitos comuns dos recursos, o extraordinário e o especial possuem um requisito particular de admissibilidade que não se encontra explicitado nos textos constitucional e legal, mas é resultado da criação da jurisprudência. Referimo-nos ao pré-questionamento (Súmulas 282 e 356), ou seja, a exigência de que a questão constitucional, ou federal, ventilada no recurso tenha sido objeto de apreciação por parte da decisão atacada (no juízo *a quo*, destarte); se houve omissão do acórdão, o recorrente deve interpor embargos declaratórios para que haja manifestação expressa a respeito da questão (note-se que apenas em casos excepcionais admite-se o pré-questionamento implícito)”.

TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER<sup>316</sup> afirma que:

“(…) a exigência do prequestionamento decorre da circunstância de que os recursos especial e extraordinário são recursos de *revisão*. Revisa-se o que já se decidiu. Trata-se, na verdade, de recursos que reformem as decisões impugnadas, em princípio, com base no que consta das próprias decisões impugnadas”.

“(…) a expressão prequestionamento que originariamente dizia respeito à atividade das partes, pois são as partes que ‘questionam’, passou a significar a exigência de que DA DECISÃO conste esta discussão que houve entre as partes sobre a *questão federal*. Na verdade, então, o prequestionamento da decisão seria o reflexo da atividade das partes ao longo do processo. Casso este prequestionamento (das partes)

<sup>315</sup> Código de Processo Civil...cit.

<sup>316</sup> Sobre a necessidade de cooperação entre órgãos do judiciário para um processo mais célere – ainda sobre o prequestionamento, in: **Aspectos...cit.**



não se refletisse na decisão, teria havido omissão do Judiciário, suprível pela via dos embargos de declaração”.

Ainda em TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER<sup>317</sup> podemos observar que o prequestionamento deve constar da decisão objeto de recurso especial e/ou de recurso extraordinário, sendo mencionada autora expressa em dizer que

“(...) cabe à parte, exercendo legitimamente sua atividade de *prequestionar*, pleitear do órgão *a quo* que façam constar do acórdão circunstâncias fáticas aptas a demonstrar, pela leitura da decisão recorrida, que a solução normativa pela qual se optou na decisão impugnada pela via do recurso extraordinário ou do recurso especial está equivocada, estando-se, pois, assim, em face de uma ilegalidade ou de uma inconstitucionalidade”.

O trabalho de NELSON NERY JUNIOR<sup>318</sup> é primoroso:

“1. – o prequestionamento é apenas um meio para instar-se o juízo ou tribunal de origem a decidir a questão constitucional ou federal que se quer ver apreciada pelo STF ou STJ, no julgamento do RE e do Resp;

2. – o prequestionamento não é verdadeiro requisito de admissibilidade dos recursos excepcionais;

3. – o verdadeiro requisito de admissibilidade de RE e do Resp é o *cabimento*, que só ocorrerá quanto às matérias que tenham sido efetivamente ‘decididas’<sup>319</sup> pelas instâncias ordinárias (CF 102 III e 105 III);

4. – causa ‘decidida’ é manifestação específica do requisito genérico de admissibilidade denominado *cabimento* do recurso. O prequestionamento é apenas um meio para chegar-se a esse fim;

5. – a visão dicotômica do prequestionamento, em implícito e explícito, é irrelevante para a caracterização do *cabimento* do recurso excepcional. O problema não existe: haja ou não haja prequestionamento, implícito ou explícito, pouco importa, o Re ou REsp só será admissível se a matéria tiver sido efetivamente ‘decidida’, vale dizer, se estiver contida ‘dentro’ do acórdão que se pretende impugnar;

6. – não há, nem pode haver, ‘dispensa’ de prequestionamento como elemento caracterizador do *cabimento* do recurso. Se a matéria surge apenas na decisão recorrida é porque foi ‘decidida’, este sim, requisito de admissibilidade. É um falso problema a questão da ‘dispensa’ do prequestionamento nesse caso;

<sup>317</sup> **Op. et. loc. cit.**, p. 515.

<sup>318</sup> Ainda sobre o prequestionamento: os embargos de declaração prequestionadores, in: **Aspectos...cit.**

<sup>319</sup> Embora não sendo expressos como Nelson NERY JUNIOR para dizer que o requisito é o *cabimento*, de que o prequestionamento é meio, Gilson Delgado MIRANDA e Patrícia Miranda PIZZOL (Algumas considerações sobre os recursos especial e extraordinário – requisitos de admissibilidade e recursos retidos, in: **Aspectos...cit.**, pp. 863-864) encontram na Constituição Federal o suporte da exigência do prequestionamento: “o requisito do prequestionamento se justifica à luz da Constituição, uma vez que ela exige que a causa esteja decidida (arts. 102, III, e 105, III).

7. – não há necessidade de a decisão recorrida mencionar expressamente o artigo da CF ou da Lei para haver-se caracterizado o prequestionamento. Basta que o ato judicial tenha ‘decidido’ a questão constitucional ou federal;

8. – os EDcl fundados na omissão só serão admissíveis, com caráter prequestionador, quanto à matéria a respeito do qual o tribunal tinha o dever de se pronunciar – quer porque foi argüida, quer porque é de ordem pública – mas não o fez;

9. – não se pode ter como prequestionada a matéria objeto de embargos de declaração, quando o tribunal ao julgar os embargos não a decide. A questão terá sido agitada (ventilada), mas não ‘decidida’;

10. – persistindo a omissão, mesmo depois da interposição dos EDcl, não são cabíveis os recursos excepcionais quanto à matéria omissa, que não foi decidida e por isso não consta do acórdão (STJ 211). Contra esses dois acórdãos – o que foi embargado e o que decidiu os embargos – , caberá REsp por negativa de vigência do CPC 535.”

Sobre a corrente doutrinária segundo a qual o acórdão só pode enfrentar determinada matéria porque, antes, a parte a suscitara – em obséquio, outrossim, ao princípio do dispositivo – sobreleva notar a posição de RODRIGO DA CUNHA LIMA FREIRE<sup>320-321</sup>:

“em momento algum a norma constitucional dirige-se à atividade da parte, mas, tão-somente, ao julgado do tribunal *a quo* que se deseja impugnar. (...) Poder-se-ia argumentar que o tribunal não pode decidir matéria que não foi suscitada pelas partes, em atenção ao efeito devolutivo. Todavia, tal alegação não se sustenta diante da previsão legal da remessa necessária (CPC, art. 475), resquício do princípio inquisitorial, bem como da possibilidade de os tribunais apreciarem determinadas matérias *ex officio*, especialmente no que atine aos pressupostos processuais e às condições da ação (CPC, arts. 267, 3 e 301, § 4º)”.

Por isso, mais à frente em seu texto conclui que:

“(...) pouco importa, para o prequestionamento, que a parte tenha suscitado a matéria federal em instâncias inferiores”.

<sup>320</sup> Prequestionamento implícito em recurso especial: posição divergente no STJ, in: **Aspectos....cit.**

<sup>321</sup> Ele prossegue na mesma linha: “para haver prequestionamento não basta a violação a dispositivo de lei federal, nem a mera referência a esta norma ou à matéria federal controvertida. É preciso que se perceba que o acórdão recorrido enfrentou explicitamente o comando da Lei federal claramente identificável, ainda que não tenha sido explicitamente mencionada. Se o tribunal se omitir, não enfrentando o comando de lei federal, cabe à parte interpor embargos de declaração para que o tribunal de origem decida a causa, mesmo que o vício tenha surgido no próprio acórdão. Em se tratando de vício processual – nulidade ou inexistência – o tribunal de origem deveria (e não simplesmente poderia) ter evitado tal irregularidade, caracterizando, assim, a omissão ensejadora dos embargos de declaração. Persistindo a omissão, caberá à parte interpor recurso especial (CF, art. 105, III, a) para que seja integrado o acórdão omissivo. Suprida a omissão, decidida a causa, poderá a parte manejar novo recurso especial contra a matéria principal.”

Ainda para o autor, uma vez que “(...) só se admite recurso especial de causas decididas por tribunais (CF, art. 105, III, primeira parte) que (aparentemente) contrariem a lei federal (CF, art. 105, III, a, b e c)” o prequestionamento não é “(...) apenas produto de construção jurisprudencial, pois tal requisito resulta do próprio texto constitucional”.

Dada a posição da doutrina sobre o tema, passemos ao exame profundo do conteúdo do verbete n.º 356 da súmula da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal e, sobretudo, dos precedentes que o ensejaram. Acreditamos que desse resgate se possa identificar que o assunto está sendo tratado de forma equivocada pelo Supremo Tribunal Federal.

O verbete n.º 356<sup>322</sup> da súmula da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal (“Súmula 356 – STF. 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”) foi aprovado na sessão plenária de 13 de dezembro de 1963, consta da súmula da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal<sup>323</sup>, teve como referência legislativa o artigo 101, *caput*, III, da Constituição Federal de 1946 e tem como precedentes os recursos extraordinários RE 42662 (DJ de 26/10/1961); RE 48815 (DJ de

---

<sup>322</sup> Roberto ROSAS (**Direito Sumular – Comentários às súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça**, São Paulo, Malheiros, p. 141) fez as seguintes anotações a respeito desse verbete: “os embargos declaratórios visam a pedir ao juiz ou juízes prolatores da decisão que espanquem dúvidas, supram omissões ou eliminem contradições. Se esse possível ponto omissis não foi aventado, nada há que se alegar posteriormente no recurso extraordinário. Falta o prequestionamento da matéria.” Destaque-se que, quando Roberto Rosas escreveu esse comentário, os embargos de declaração ainda voltavam-se ao esclarecimento de dúvidas, hipótese que hoje não mais está prevista na lei. Acrescente-se que o autor remete seus comentários aos do verbete n. 282 da súmula da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal, sobre o qual disse: “a Constituição de 1891, no art. 59, III, a, dizia: ‘quando se questionar sobre a validade de leis ou aplicação de tratados e leis federais, e a decisão for contra ela’. De forma idêntica dispôs a Constituição de 1934, no art. 76, III, a: ‘quando a decisão for contra literal disposição de tratado ou lei federal, sobre cuja aplicação se haja questionado’. Essas Constituições eram mais explícitas a respeito do âmbito do recurso extraordinário. Limita-se este às questões apreciadas na decisão recorrida. Se foi omissa em relação a determinado ponto, a parte deve opor embargos declaratórios. Caso não o faça, não poderá invocar essa questão não apreciada na decisão recorrida.”

<sup>323</sup> **Anexo ao Regimento Interno**, Imprensa Nacional, 1964, p. 154

30/11/1961); RE 50157 (DJ de 16/5/1963 e RTJ 27/483); RE 53484 (DJ de 12/9/1963); RE 47055 (DJ de 26/9/1963 e RTJ 30/72); e RE 53962 (DJ de 30/4/1964).

Duas considerações devem ser feitas em relação ao verbete sumular evidenciado, a primeira deles óbvia e a segunda uma consequência nem sempre observada mas de igual relevância, ou até maior exatamente pelo fato de ser pouco observada: a) quando houver omissão na decisão a respeito de tema constitucional ou federal em sentido estrito os embargos de declaração, além do objetivo comum a todos eles (sanar a omissão, declarando-se a decisão), terão o escopo de prequestionar a matéria e abrir oportunidade para a interposição de recurso dirigido à instância superior; b) ainda que opostos os embargos de declaração com a finalidade de sanar omissão e a consequência de, quando menos, prequestionar a matéria dita omissa, caso não conhecidos, não se revela cumprido o requisito do prequestionamento de modo que a interposição do recurso especial ou do recurso extraordinário não terá a sorte da admissão. Nesta hipótese, os recursos excepcionais deverão ser interpostos com o objetivo de declarar a nulidade da decisão recorrida, vale dizer, para que o STJ ou STF determine à instância local conheça dos embargos declaratórios.<sup>324-325</sup> Na

---

<sup>324</sup> Foi bastante feliz, como de regra, o comentário de José Miguel Garcia MEDINA para quem “poder-se-ia dizer que, sendo omissa a decisão, a mesma seria inconstitucional e ilegal e, portanto, poder-se-ia interpor, desde já o recurso extraordinário e o recurso especial, conforme o caso. Esse entendimento, contudo, é equivocado. Isto porque, para que a decisão seja impugnável através de recurso extraordinário ou recurso especial, deve ser definitiva, isto é, deve ser a última decisão possível de ser proferida na instância local, devendo ser esgotados todos os recursos ordinários” (**Op. cit.**).

<sup>325</sup> No Supremo Tribunal Federal, anota Cássio Scarpinella BUENO, esta posição foi inicialmente manifestada em acórdão da 2ª Turma, de que foi relator o Ministro Marco Aurélio MELLO: “Recurso – Natureza Extraordinária – Pquestionamento – Prestação jurisdicional incompleta. A razão de ser do prequestionamento, como pressuposto de recorribilidade de todo e qualquer recurso de natureza extraordinária – revista trabalhista (TST), especial (STJ) extraordinário stricto sensu (STF) – está na necessidade de proceder-se o cotejo para dizer-se do atendimento ao permissivo meramente legal ou constitucional. A ordem jurídica agasalha remédio próprio ao afastamento da omissão – os embargos declaratórios – sendo que a integração do que decidido cabe ao próprio órgão prolator do acórdão. Persistindo o vício do procedimento e, portanto, não havendo surtido efeitos os embargos declaratórios, de nada adianta veicular no recurso de natureza extraordinária a matéria de fundo, sobre a qual não emitiu juízo o órgão julgador. Cumpre articular o mau-trato aos princípios constitucionais do acesso ao Judiciário e da ampla defesa, considerada a explicitação contida no inciso LV, do art. 5º, da Constituição Federal. Então, a conclusão sobre a existência do vício desaguará não na apreciação da matéria sobre a qual silenciou a Corte de origem, mas na declaração de nulidade do acórdão tido como omissor.” Também para o Superior Tribunal de Justiça, ainda segundo a contribuição de Cássio Scarpinella BUENO, conforme decisão relatada pelo Ministro Demócrito REINALDO, o entendimento é o mesmo: “Recurso Especial – Ofensa a Lei Federal – Pquestionamento – Imprescindibilidade – Embargos de Declaração –

verdade, já muito bem esclareceu a sempre convincente doutrina de CÁSSIO SACARPINELA BUENO que:

“antes no manejo do recurso contra o *error in iudicando* que, em tese, daria ensejo à abertura da via extraordinária, mister a interposição de recurso especial e/ou extraordinário (consoante seja a fundamentação) para ver o acórdão do Tribunal *a quo* anulado por violação ao art. 535 do CPC ou, do art. 5º, inc. LV, da CF pelo reconhecimento do *error in procedendo*”.

Analisemos os precedentes que deram ensejo à edição do verbete n. 356, da súmula do Supremo Tribunal Federal.

No julgamento do Recurso Extraordinário 42.662/SP, o voto do relator, aprovado pela turma julgadora, estabeleceu que não se revelava possível avaliar se determinada multa – na hipótese, a prevista no art. 102 do DL 7.036/44 – seria ou não seria devida uma vez que tanto a decisão monocrática, quanto a colegiada, proferidas pela justiça paulista, dela não trataram; assim, disse o relator, ministro VICTOR NUNES, não se conhecia do recurso extraordinário já que:

“(…) nenhuma palavra existe, seja na sentença de primeira instância, seja no acórdão recorrido, sobre a exclusão da multa questionada. Se essa exclusão foi intencional, não se conhecem os motivos, porque a parte interessada não opôs embargos declaratórios na ocasião própria”

Assim, porque não se conheciam os motivos da não aplicação do disposto no art. 102 do Decreto-lei n.º 7.036/44 – se legítimos ou não – o Supremo Tribunal Federal não poderia avaliar – e naquela época competia-lhe tratar de matéria federal infraconstitucional –

---

Rejeição – Violação ao artigo 535, inciso II, do CPC – Prequestionamento ficto – Inaceitabilidade – É lícito à parte opor embargos declaratórios visando prequestionar matéria em relação à qual o acórdão recorrido quedou-se omissivo, embora sobre ela devesse se pronunciar. A rejeição destes embargos, se impertinente, determina a subsistência da falta de prequestionamento do tema cujo conhecimento se pretende devolver ao STJ, cumprindo ao recorrente, em se julgando prejudicado, interpor recurso especial calcado em violação aos termos, do art. 535, inciso II, do CPC, porquanto a decisão dos embargos não teria suprido a omissão apontada. A apreciação de questão não debatida, máxime se aceite o denominado ‘prequestionamento ficto’, subverte o iter processual, ao tempo em que surpreende a parte adversa, suprimindo-lhe a prerrogativa do contraditório, e cria para a Corte Superior, o ônus de apreciar tema inédito. A procedência das alegações de violação ao artigo 535, inciso II, do CPC, induz à nulidade do acórdão vergastado, impondo que outro seja proferido pelo Tribunal a quo, contendo a apreciação da matéria preterida”.

o acerto ou desacerto do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo expresso no acórdão recorrido. É que, sobre o tema, sequer houve decisão, de sorte que não se revelava possível dizer se ofensiva ao texto de lei, como pretendia fosse reconhecido o recurso extraordinário que, de mais a mais, não foi precedido de declaratórios, no momento adequado.

No julgamento de outro precedente do verbete n. 356, deu-se a seguinte ementa ao Recurso Extraordinário 48.815/MA:

“Retomada para uso de sociedade de que o proprietário faz parte, comprovada a necessidade. Agravo no auto do processo. Caberiam embargos declaratórios ao acórdão que não o apreciou. Somente opostos os declaratórios a questão poderia ser apreciada no extraordinário, pois, exige-se prequestionamento”.

Naquela ocasião, prequestionamento faltou porque o agravo (processado no auto do processo) não fora analisado e a parte não opusera declaratórios pela omissão – no caso, absoluta – de julgamento. Embora não se tenha lido a peça de interposição e as razões recursais propriamente ditas, parece que o recorrente não manejou desde logo o extraordinário mercê da matéria versada no agravo e não analisada pelo Tribunal local; ao que tudo indica<sup>326</sup>, o extraordinário alegou nulidade por não ter sido julgado o agravo, além de se ocupar, também, de outra questão – esta sim de mérito: o prazo de desocupação do imóvel. Faz-se o destaque para dizer que, muito embora o extraordinário (aparentemente) não tratasse do mérito em si do agravo no auto do processo, senão e apenas do seu não julgamento, o Supremo Tribunal Federal entendeu que devesse haver, sobre o ponto – não apreciação do agravo – embargos de declaração, não estando aberta a via do extraordinário, exatamente por falta de prequestionamento, para impugnar a nulidade do acórdão que deixara de analisar um recurso interposto pela parte. Observe-se, por fim, que aqui não se tratava propriamente dita de uma omissão havida no julgamento que se pretendia impugnar – e depois impugnou-se –

---

<sup>326</sup> Assim o supomos em razão do relatório daquela decisão: “o extraordinário agita a questão de não ter sido examinado agravo no auto do processo sobre requisição de certidões de repartição pública e que não comprovou a recorrida a necessidade do pedido (Lei n. 1.360, art. 15, n. 5), tendo outros prédios. Reclama ainda o recorrente quanto ao prazo para desocupação, fixado em 90 dias.”

pela via do recurso extraordinário; tratava-se, isso sim, de negativa de prestação de tutela jurisdicional, um espécie de omissão bem maior que aquela outra, em que pelo menos, a despeito de não tratar de um dado tema, houve julgamento.

No Recurso Extraordinário 50.157/Guanabara, relator ministro VICTOR NUNES Leal, decidiu-se que:

“1 - não se conhece de recurso extraordinário para apreciar prescrição argüida na instância local, quando não houve embargos declaratórios contra o acórdão que se omitiu a êsse respeito.”

No acórdão, o fundamento foi explicitado:

“não conheço do recurso: em primeiro lugar, porque não opostos embargos declaratórios na instância local sôbre a questão da prescrição, que fôra expressamente mencionada no relatório e omitida no acórdão”.

O acórdão impugnado por meio de recurso extraordinário relatara a arguição de prescrição (muito provavelmente pela parte) mas dela não cuidou na fundamentação e, por isto, nada sobre o tema – ou questão – foi decidido pela instância ordinária. De sorte que, não opostos declaratórios para o julgamento daquele tema (prescrição), o Supremo Tribunal Federal não teria o que *rever*, em sede de recurso extraordinário.

No voto proferido e depois acolhido pela segunda turma do Supremo Tribunal Federal, o ministro VICTOR NUNES LEAL deixava de conhecer recurso extraordinário por ausente prequestionamento; a ementa assim estabeleceu: “necessário o pré-questionamento para a interposição do recurso extraordinário” e o acórdão, que:

“se houve defeito no termo, tal matéria não foi discutida no acórdão recorrido, e o recurso extraordinário não é meio de suprir omissão do julgado. Nem se justificaria o recurso por envolver aplicação de lei federal, porque, se assim fôsse, praticamente, seriam recorríveis extraordinariamente quase todas as decisões. Ter-se-ia que demonstrar, o que não foi feito, ofensa à Constituição ou à lei federal, ou contradição com julgado de outro tribunal” (Lembre-se: falamos de acórdão anterior à criação do Superior Tribunal de Justiça, quando o Supremo Tribunal Federal cuidava também de assuntos infraconstitucionais).

Seguindo a mesma linha de raciocínio, o recurso extraordinário 47.055/RN teve o mesmo destino: “Acórdão omissivo. O recurso extraordinário não é meio processual hábil para suprir embargos de declaração. Não conhecimento”. Também nessa oportunidade, a segunda turma do Supremo Tribunal Federal, aderindo ao posicionamento do relator, ministro PEDRO CHAVES, não conhecia de recurso extraordinário uma vez que:

“(…) em relação à omissão do julgamento a questão é da maior relevância. Realmente, matéria prequestionada e que constituiu especificadamente o motivo da admissão do recurso, não foi versada no voto do relator, não foi considerada nem decidida. Para obviar a falta a União tinha recurso próprio de que não se utilizou, e, evidentemente, o recurso extraordinário não é sucedâneo de embargos de declaração”.

Outra interessantíssima decisão. Aqui – pelo o que tudo indica – a parte desincumbiu-se do ônus – digamos assim – de prequestionar a matéria – e isto foi determinante para a admissão provisória do recurso extraordinário –; todavia, o acórdão objeto daquele recurso, a despeito do prequestionamento, não decidiu o tema suscitado pela recorrente. Deveria então a parte ter opostos embargos de declaração e não interposto, como estivesse já apto à admissão, recurso extraordinário contra acórdão omissivo. Com acerto, foi dito que os declaratórios não podem ser dados como sucedâneo de recurso extraordinário, nem mesmo seria o caso de admiti-lo como tal, pelo princípio da fungibilidade.

Ao ministro HANNEMANN GUIMARÃES coube relatar o recurso extraordinário 53.962/Guanabara, da segunda turma do Supremo Tribunal Federal, o último precedente do verbete n.º 356 da súmula da jurisprudência predominante do Tribunal. Esta



decisão não conheceu o extraordinário tanto porque “as decisões impugnadas não trataram da prescrição”, quanto porque, ademais, “não se verificou (...)”.

Procuramos analisar todos os precedentes do verbete n.º 356 da súmula da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal para entender em que medida os declaratórios, se opostos, cumpriam com o prequestionamento e, mais do que isso, viabilizariam a interposição do recurso extraordinário.

Jamais perdendo de vista o teor do verbete n.º 282 da súmula da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal (“Súmula 282 – STF. É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”) não encontramos razões, nos precedentes do verbete n.º 356, para a ilação de que, opostos os declaratórios, seria cabível o extraordinário ainda que persistisse a omissão.

Por outra: parece-nos – ainda mais agora, depois de lidos os precedentes do Supremo Tribunal Federal que ensejaram a edição do verbete n.º 356 de sua súmula da jurisprudência predominante e, mais, conjugados (eles e ela) com o texto do verbete n.º 282 – equivocada a atual leitura dada tanto por parte da doutrina, quanto por decisões do próprio Supremo Tribunal Federal<sup>327</sup>, no sentido de que este enunciado (o de n.º 356) tenha a dizer

---

<sup>327</sup> Filiamo-nos à corrente conduzida por Nelson NERY JUNIOR (Ainda sobre o prequestionamento – os embargos de declaração, in: **Aspectos...cit.**), exemplar no ponto: “(...) parece-nos não haver agido com acerto o Pretório Excelso, ao considerar prequestionada matéria que, a despeito da interposição de embargos de declaração prequestionadores, não foi decidida de forma efetiva pelo tribunal de origem. Na verdade houve, nesse último caso, uma interpretação do STF 356 que não condiz com sua finalidade, tampouco se harmoniza com o texto da CF 102 III. Se o STF 356 diz ser inadmissível o RE quanto ao ponto omissivo, a respeito do qual não foram interpostos EDcl, é porque o tribunal deveria pronunciar-se sobre referido ponto omissivo. Do contrário, seria absolutamente inócuo o conteúdo do STF 356. É certo que falta técnica ao STF 356. Ou melhor, falta complementação ao STF 356. Melhor ainda: é omissivo o STF 356 e o ponto faltante precisa ser suprido. É omissivo porque o Pretório Excelso dixit minus quam voluit. Atendendo-se ao sentido literal do STF 356, para a admissibilidade dos recursos excepcionais, bastaria ao interessado que interpusesse EDcl quanto ao ponto omissivo a respeito do qual deveria pronunciar-se o tribunal. Só isso. Esse entendimento, no entanto, não é correto porque desatende ao comando da norma constitucional sobre admissibilidade dos recursos excepcionais. A interposição dos EDcl, nos termos do que vem preconizado pelo STF 356, tem de culminar com o provimento dos embargos. Pelo menos com a supressão da omissão, pois há casos em que o tribunal, nada obstante concluir por negar provimento aos embargos, efetivamente os acolhe porque esclarece, supre a omissão ou espanca a contradição. Falta, pois, essa coda ao verbete STF 356, que poderia ter uma redação assim sugerida: STF 356: ‘O

que, se opostos forem os declaratórios, malgrado não conhecidos e persistindo a omissão, cabe o extraordinário do ponto – a despeito da provocação da parte – não decidido pelo tribunal *a quo*.

Antes pelo contrário, aliás.

A re-análise do recurso extraordinário 47.055/RN revela-se adequada:

“(...) em relação à omissão do julgamento a questão é da maior relevância. Realmente, matéria prequestionada e que constituiu especificadamente o motivo da admissão do recurso, não foi versada no voto do relator, não foi considerada nem decidida. Para obviar a falta a União tinha recurso próprio de que não se utilizou, e, evidentemente, o recurso extraordinário não é sucedâneo de embargos de declaração.”

Parece que foi reconhecido o prequestionamento, ele sendo o ônus da parte de suscitar determinada questão federal. O que impediu o conhecimento do extraordinário não foi o prequestionamento em si (enquanto ato da parte), mas falta de julgamento (enquanto ato do tribunal *a quo*).

---

ponto omissa da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, ou quando opostos persistir a omissão, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.” Embora longo o trecho transcrito, pede-se vênia para nela prosseguir-se – é que mostra-se, realmente, sobremodo adequado à correta compreensão do tema, notadamente do desacerto que se tem dado, tanto doutrina, quanto o próprio Supremo Tribunal Federal, à interpretação (meramente literal, diga-se) do verbete n. 356 da súmula da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal. Daí a continuidade da lição de Nelson NERY JUNIOR: “(...) o STF não pode conhecer e julgar pelo mérito RE, interposto quanto a questão não decidida pela instância ordinária, mesmo sob pretexto de que o tribunal não a julgou, mas foram interpostos EDcl prequestionadores. A CF 101 III exige, para a admissibilidade do RE, que o recurso diga respeito a causa decidida. O STF, bem como o STJ, quando julgam o RE e o RESP, são órgãos ‘revisores’ dos atos das instâncias ordinárias. Não basta que o tribunal tenha podido julgar a questão – que é o que ocorre quando interpostos EDcl: ele tem de, efetivamente, ter julgado, decidido, a questão. Só a questão ‘decidida’ é que pode ser objeto de RE ou de REsp. (...) só são admissíveis o RE e o REsp para que o STF e o STJ julguem ‘acórdão’, quanto aos seus aspectos positivos, mas não quanto aos negativos. Com isso queremos dizer que só quanto às decisões comissivas, isto é, as que constam material e efetivamente do acórdão, é que se admitem os recursos excepcionais. Quanto às questões omissivas, isto é, as que poderiam ter sido decididas ou aquelas que o intérprete entende haverem sido implícita ou tacitamente decididas, mas que concretamente não o foram, é inadmissível o recurso excepcional.” E aí o professor da Faculdade Paulista de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo encerra seu texto: “para efeito de cabimento do recurso excepcional, não é suficiente que a questão constitucional ou federal tenha sido agitada, ventilada pela parte ou interessado. Mais do que isso. É necessário que a questão tenha sido agitada, mas também ‘decidida’ pelo tribunal. De nada adianta agitá-la, se o tribunal não a decidir. O prequestionamento pela parte só será eficaz se houver o conseqüente: a ‘decisão’ sobre a matéria prequestionada. Do contrário, não terá sido cumprido o requisito constitucional da CF 102 III e 105 III, que exige que a causa tenha sido ‘decidida’ para admitir-se o recurso extraordinário e o recurso especial.”

A exigência dos declaratórios não tinha a ver com o prequestionamento. Guardava relação com a decisão do tribunal sobre tema que, a despeito de prequestionado, não contou com apreciação jurisdicional. Assim, se havia prequestionamento e, ainda assim, o recurso extraordinário não foi conhecido, é inexorável concluir que o Supremo Tribunal Federal jamais pretendeu dizer que o ponto omissis, mas objeto de declaratórios prequestionadores, poderia ser impugnado pela via do recurso extraordinário. Daí porque, com base nos precedentes que deram ensejo à edição do verbete n. 356 da súmula da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal, podemos concluir equivocadas algumas leituras da doutrina e da jurisprudência sobre o tema – que afirmam ser a oposição dos declaratórios suficiente para – a despeito do julgamento satisfatório do recurso (mesmo que não providos, se de alguma forma se chegar ao dispositivos sobre os quais se pediu análise – nem que para dizer não aplicáveis – já caber recurso especial ou recurso extraordinário.

O Supremo não disse, quando fez editar o verbete n. 356, que a só oposição dos declaratórios autorizava a interposição de recurso extraordinário. Se é verdade que a só oposição dos declaratórios, mesmo que não conhecidos ou providos, demonstra que a parte desincumbiu-se do prequestionamento, é verdade também que, se persistir a omissão, não há como o Supremo Tribunal Federal – ou, naquilo que lhe cabe, o Superior Tribunal de Justiça – analisar a ofensa constitucional que a parte alega ter havido. É que não houve  *julgamento*, se o ponto permaneceu sem exame (omissão).

Por fim, o verbete n. 356 deve sempre ser lido em conjunto com o verbete n. 282 (“Súmula 282 – STF. É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”): a oposição dos declaratórios, no primeiro

caso, não é senão meio para – adimplido pela parte o prequestionamento – revelar-se cabível o extraordinário, com a decisão sobre o tema, na forma do enunciado n. 282.

Em qualquer caso, o extraordinário só cabe se:

“ventilada, na decisão recorrida, a questão (...) suscitada. Quem legitima o extraordinário não é o recurso de embargos de declaração, mas sim – e exclusivamente, ainda que aquele seja meio para este – o acórdão contra o qual se o interponha”.

Temos como relevante – contudo – o posicionamento de TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER<sup>328</sup> sobre a oposição dos declaratórios ditos prequestionadores:

“(...) defeituoso o acórdão, e interpostos embargos de declaração para que sejam suprimidas omissões, estes devem ser necessariamente julgados, sob pena de se estar também diante de uma ilegalidade. Sendo caso de interposição de embargos, não basta ou não deve ser considerado bastante ou suficiente a interposição de embargos de declaração, ainda que rejeitados, no juízo de admissibilidade ou no mérito. Este há de ser, portanto, o primeiro dos fundamentos do recurso extraordinário ou especial: não foram admitidos ou foram improvidos embargos de declaração que deveriam ter sido admitidos e aos quais dever-se-ia necessariamente ter dado provimento”.

A expressão “o primeiro dos fundamentos” utilizada por TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER sugere a possibilidade de ser tratada no recurso especial ou no recurso extraordinário, também, a própria matéria federal infraconstitucional ou constitucional que – constando dos declaratórios – porventura ainda assim não tenha sido analisada pelo acórdão recorrido.

Embora em nosso entendimento, não serão eles o primeiro, senão o único fundamento do recurso especial e/ou do recurso extraordinário, que não poderão adentrar ao mérito da questão tida por omissa, não decidida pelo tribunal *a quo*, é preciso levar em consideração verdadeiro desespero de causa, que se tem verificado no meio forense: a interposição de recurso especial ou de recurso extraordinário com duplo fundamento: o

---

<sup>328</sup> Sobre a necessidade de cooperação entre órgãos do judiciário para um processo mais célere – ainda sobre o prequestionamento, in: **Aspectos...cit.**

primeiro, da nulidade por omissão e o segundo, do próprio mérito sobre o que deveria ter versado o acórdão recorrido, entendendo-se, nesse caso, bastante o suficiente os declaratórios para que o especial e o extraordinário passassem a ter cabimento por ofensa à Constituição ou à legislação federal infraconstitucional. Neste jogo de regras mal definidas e modificadas segundo o entendimento de quem julga, há de se confessar que a dupla fundamentação – de violação fruto da omissão e da própria matéria de fundo – é um remédio eficaz, embora a rigor o mérito não poderia ser versado se não tratado na instância anterior.

É preciso levar em consideração o esforço intelectual de TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER em indentificar um (dos) grave problema do contencioso brasileiro e apontar precisa solução. Com coragem e discernimento avantajados, mencionada doutrinadora *colocou o dedo na ferida* e apontou que a interpretação individual dos juízes sobre o que pudesse ser considerado prequestionado e o que não estivesse desta forma verificado não poderia prejudicar o interesse das partes colocado ao crivo do Judiciário. Lançou por isto a idéia de *cooperação* e usou do princípio da fungibilidade – dentro de uma roupagem sobremodo satisfatória e interessante [mais: adequada a esta realidade] – para que se encontrasse um denominador comum, evitando-se prejuízos às partes de uma relação jurídica-processual.

TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER<sup>329</sup> apela – e o verbo aqui não poderia ser outro – ao princípio da fungibilidade para que, malgrado a dúvida acerca do que efetivamente venha a ser o prequestionamento como “requisito de admissibilidade” do processamento do recurso especial e do recurso extraordinário, possa o direito material e, em última análise, a defesa dos interesses dos jurisdicionados ser analisada sem que se perca em discussões meramente processuais, muitas vezes conceituais e, por outra, acadêmicas:

---

<sup>329</sup> **Idem, ibidem.**

“(…) deve-se fazer incidir o princípio da fungibilidade em todos os casos em que a doutrina e/ou a jurisprudência diverjam quanto ao meio adequado para se obter determinado fim. Estes meios são recursos (âmbito de incidência originário do princípio, como se sabe previsto expressamente no art. 810 do CPC revogado), são pedidos antecipatórios de tutela recursal ou de efeito suspensivo e outros... e, no que diz respeito ao tema aqui versado, este meio seria, na verdade, o entendimento a respeito de como se consideraria preenchido o ‘requisito’ do prequestionamento para cabimento do recurso extraordinário e do recurso especial, ou seja, que há de ocorrer para se considerar *efetivamente decidida* no acórdão a questão federal ou a questão constitucional. Não há como recusar-se a aplicação do princípio da fungibilidade neste campo, sob pena de se transformar o processo em verdadeira loteria. A aplicação ou a incidência deste princípio favorece a que se compreendam os recursos excepcionais dentro de um sentido MAIOR e MAIS ÚTIL da idéia de acesso à justiça”.

Prossegue a processualista livre-docente da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Estado de São Paulo:

“relevantíssimo salientar que não se trata nem de pregar nem tampouco de legitimar soluções tomadas à margem do ordenamento jurídico. Trata-se, isto sim, de enxergar como possíveis, e como mais convenientes em determinados casos, soluções tomadas não com base na letra, da Lei, mas com base no sistema: lei, doutrina, jurisprudência, manejados criativamente”.

Conclui:

“(…) nas zonas de penumbra, deve-se optar pela resposta que privilegie os valores fundamentais, dentre os quais se sobressai a *operatividade do sistema*, como apto a gerar os fins para os quais foi criado. Não se pode, pois, jamais perder de vista que o processo foi concebido para ‘dar’ direitos a quem os tem: não para ‘inventar’ direitos e atribuí-los a quem não os tenha, ou para subtrair direitos de seus titulares. Não deve haver, pensamos, um ‘fosso’ entre a realidade criada como resultado do processo e a realidade disciplinada pelo direito material. Ambos os planos devem caminhar de modo absolutamente rente. Couture cita exemplo de sentenças que criam direito por razões processuais: uma obrigação já extinta pelo pagamento pode *voltar a renascer*, se o réu não apresenta em juízo comprovante de pagamento. Neste caso, a sentença será fiel à lei processual, que estabelece dever o juiz condenar, se o réu não prova o pagamento, mas não será fiel ao direito material, em que se determina ser o pagamento uma forma de extinção das obrigações”.

### ***3.1.1 O papel do juiz e do advogado***

Talvez a grande dificuldade conceitual e a confusão que uma parte da doutrina faz no sentido de fixar o alcance e o conceito do prequestionamento resida no fato de

que não se esteja dando atenção às funções destinadas ao juízes, advogados e Ministério Público dentro de uma relação jurídica-processual.

Limitando-se o exame às funções do magistrado – contrapostas às do advogado e às do promotor ou procurador de justiça (e sobre eles ressalvada a diversidade de funções, conforme a natureza de sua atuação no processo) – sobleva notar, em rápida análise, que os advogados postulam e os juízes decidem.

SERGIO SAHIONE FADEL<sup>330</sup> anotou que:

“na sua excelsa função de julgar, o juiz dirige o processo, fazendo com que siga os trâmites legais, fiscalizando a atuação das partes, evitando incidentes procrastinatórios, impedindo a interferência de terceiros estranhos à relação processual e que não têm interesse nela, enfim, utilizando um verdadeiro ‘poder de polícia’ processual sobre as partes e o processo. (...) para chegar à função-fim, que é prestar jurisdição, em seu aspecto puro e concreto, através da sentença final o juiz deve (...)”

Destaque-se, outrossim, que ao juiz cabe em última análise, como dito, prestar a tutela jurisdicional; essa prestação de tutela jurisdicional não pode ser substituída por mera postulação da parte: postulou mas não obteve decisão, a questão não pode ser dita como resolvida e, portanto, não podem caber recursos especial e extraordinário só com a oposição de embargos de declaração, ato da parte – e não decisório, como se vem de dizer.

ALEXANDRE DE MORAES<sup>331</sup> indica que:

“a função típica do Poder Judiciário é a jurisdicional, ou seja, julgar, aplicando a lei a um caso concreto, que lhe é posto, resultante de um conflito de interesses. Portanto, a função jurisdicional consiste na imposição da validade do ordenamento jurídico, de forma coativa, toda vez que houver necessidade”.

Dois comentários a respeito do texto do ministro do Conselho Nacional de Justiça: a) à parte, por intermédio de seu advogado, cabe *suscitar*, no sentido de propor,

---

<sup>330</sup> Código...cit., p. 173.

<sup>331</sup> Constituição...cit., p. 1.352.

colocar, pedir ou *prequestionar*; e b) ao juiz cabe julgar, aplicar a lei a um caso concreto. Ao julgar – e entregar a tutela jurisdicional que lhe foi postulada – o juiz cumpre seu mister, não se lhe havendo espaço para *prequestionar*, não pelo menos se a palavra receber a compreensão que sua raiz etimológica compreende, mas sim decidir.

Na lição de ANTONIO CLÁUDIO DA COSTA MACHADO<sup>332</sup>:

“(...) o fato é que o Judiciário, enquanto um dos poderes constituídos da República, exerce a soberania nacional, exercendo uma das formas de manifestação do poder soberano que é a função jurisdicional, traduzida na atividade de decidir controvérsias ou julgar litígios, utilizando-se do instrumental técnico chamado processo (o instrumento da jurisdição)”.

Isso significa, em última análise, que o entendimento de ser possível ao juiz *prequestionar* – sempre em razão de sua raiz etimológica e sob a premissa de que às palavras se deve dar o sentido que têm, não outro, desvirtuado, de feição acomodativa – malfez a própria finalidade da função e do exercício da judicatura<sup>333</sup>.

---

<sup>332</sup> Código...cit.

<sup>333</sup> Sobre o tratamento legislativo da função judicante, confirmam-se os dispositivos que ratificam ser sua finalidade o julgamento da lide: a) da Constituição Federal: “Art. 5, XXXVII – não haverá juízo ou tribunal de exceção”; “Art. 5, LIII – ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”; “Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário: I – o Supremo Tribunal Federal; I- A – o Conselho Nacional de Justiça; II – o Superior Tribunal de Justiça; III – os Tribunais Regionais Federais e os Juízes Federais; IV – os Tribunais e Juízes do Trabalho; V – os Tribunais e Juízes Eleitorais; VI – os Tribunais e os Juízes Militares; VII – os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios”; “Art. 93, IX – todos os julgamentos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentada todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse à informação”; “Art. 93, XIII – o número de juízes na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda judicial e à respectiva população”; b) do Código de Processo Civil: “Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: I – assegurar às partes igualdade de tratamento; II – velar pela rápida solução do litígio; III – prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça; IV – tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes.”; “Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da Lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”; “Art. 127. O juiz só decide por equidade nos casos previstos em lei”; “Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte”; “Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.” Na seção destinada aos “atos do juiz” encontram-se os seguintes dispositivos: “Art. 162. Os atos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos” – e aqui não vamos entrar em questões sobre o tema; “Art. 163. Recebe a denominação de acórdão o julgamento proferido pelos tribunais”.



Negar que ao juiz caiba decidir – e admitir que ele, em razão da origem da palavra, apenas questionasse – é o mesmo que negar o princípio constitucional do amplo acesso e a própria jurisdição: é que, como se disse, o que tem a fazer o juiz numa relação jurídica procesussual, além de conduzi-la, é dar-lhe julgamento.

Destaque-se que o fim último do exercício da judicatura – como já visto, a sentença – possui estrutura definida, que a divide em três partes<sup>334</sup>: o relatório, a fundamentação e o dispositivo. Assim, sobreleva dizer que na sentença o juiz explicita os fundamentos de que se vale para julgar a causa.

LUIZ FUX<sup>335</sup> aliás e a propósito, é claro em sua assertiva: “aplicar a lei é fazê-la incidir no caso concreto, e esse é o dever do magistrado”. Se assim é – e não há discordância alguma de que o seja – , mais uma vez percebe-se que somente pode haver a interposição de recurso especial e de recurso extraordinário quando decididas – e não meramente submetidas a julgamento – questões federais infraconstitucionais e constitucionais, respectivamente – e estas, se dotadas de repercussão geral.

Analisada a natureza jurídica do prequestionamento de acordo com o posicionamento da doutrina nacional que sobre o tema se debruçou e examinado o correto alcance do verbete n. 356 da súmula da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal – e, neste ponto, compreendida a necessidade de cooperação entre órgãos jurisdicionais muito bem exposta por TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER –, passemos a outro dos pontos interessantes do estudo do prequestionamento: o da necessidade, ou não, de constar expressamente o dispositivo da legislação federal infraconstitucional (para fins de

---

<sup>334</sup> Vale conferir o artigo 458 do Código de Processo Civil: “Art. 458. São requisitos essenciais da sentença: I – o relatório, que conterà os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III – o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões que as partes lhe submeterem.”

<sup>335</sup> **Curso...cit.**, p. 21.

recurso especial) ou da constituição federal (para fins de recurso extraordinário) no acórdão recorrido. A pergunta que se estabelece é em que medida ou extensão deva o dispositivo constar da decisão objeto de recurso dirigido ao Superior Tribunal de Justiça ou ao Supremo Tribunal Federal, em se tratando das hipóteses do inciso III do art. 105 e do inciso III do art. 102 da Constituição Federal.

Sobre a necessidade de haver menção expressa ao dispositivo federal sobre o que verse o recurso (especial e/ou extraordinário), EDUARDO ARRUDA ALVIM e ANGÉLICA ARRUDA ALVIM escrevem:

“(...) já firmamos posição no sentido de que o julgado local há de ter versado a questão federal, pois que o recurso especial é recurso de fundamentação vinculada, sendo isso condição necessária (conquanto não suficiente<sup>336</sup>, dado que há outros requisitos de admissibilidade do especial, intrínsecos e extrínsecos) para que possa ser conhecido. Algumas decisões caminham, todavia, no sentido exigir que no acórdão local haja menção expressa ao dispositivo de lei federal dado por ofendido, sob pena de descabimento do especial, por falta de prequestionamento. Afigura-se-nos suficiente – prosseguem eles, indo ao mérito do assunto – para que se repute preenchido o requisito do prequestionamento, que a questão federal tenha sido tratada no acórdão recorrido. Não nos parece encontrar espeque no texto constitucional o entendimento que exige que o acórdão local haja feito menção expressa ao dispositivo de lei federal dado por ofendido. Doutra parte, conversamente, insuficiente para o conhecimento do especial a menção, *en passant*, ao dispositivo de lei federal que se pretende tenha sido ofendido, sem que tenha havido efetivo pronunciamento do tribunal sobre a questão federal”<sup>337</sup>.

Quando o verbete nº 282 da súmula da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal estabelece que “é inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada” não está a exigir que, do

---

<sup>336</sup> Transcrição anterior de parte do texto desses mesmos autores, todavia, demonstra que eles consideram o prequestionamento, enquanto requisito de admissibilidade de recurso especial e de recurso extraordinário, como “importante requisito”. Parece-nos cabível crítica ao raciocínio, com o máximo respeito que os autores merecem: é que, se é requisito de admissibilidade – e eles mesmo dizem isto, não é suficiente à míngua de outros que existem – não se o pode ter, o prequestionamento, como “importante”. Não como requisito, pois todos os requisitos de admissibilidade, intrínsecos ou extrínsecos, possuem a mesma importância, uma vez que, na falta de um deles, qualquer que seja, o recurso não será admitido. Por outra: se o prequestionamento, como requisito de admissibilidade de recurso especial ou extraordinário, pudesse ser dado como importante, poderia ele, presente, compensar outro, menos importante, porventura ausente. Mas não é o que ocorre. Enquanto “requisito de admissibilidade” de processamento do recurso especial ou de recurso extraordinário, prequestionamento não difere de outro, por mais singela que possa ser sua verificação, dado que um, outro ou ambos impedem o exame do recurso.

<sup>337</sup> **Op. et. loc. cit.**

acórdão, conste a transcrição do dispositivo da lei federal infraconstitucional ou da Constituição Federal, nem que sejam elas mencionados numericamente.

De início impõe consignar que o verbete sumular em evidência refere-se também ao recurso especial e tem sido amplamente adotado pelo Superior Tribunal de Justiça<sup>338</sup>.

Quando o verbete 282-STF estabelece que seja inadmissível o recurso extraordinário quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada, deve-se entender o seguinte:

a) que a questão controvertida, seja ela infraconstitucional (recurso especial e revista trabalhista) ou constitucional (recurso extraordinário), deve constar do acórdão recorrido, isto é, deva a decisão ter se manifestado de forma expressa a respeito da aplicação daquela lei dita violada;

b) não basta, a caracterizar o prequestionamento, a parte fundamentar suas razões na Constituição ou em lei federal sendo imprescindível que o acórdão aborde tais questões.

c) quando a violação (sentido lato) ocorrer no bojo do próprio acórdão imprescindível a oposição de embargos de declaração com o propósito de prequestionar a matéria, se ela já não dele resultar decidida.

---

<sup>338</sup> Conforme explicação sempre oportuna de Cássio Scarpinella BUENO em artigo nominado ‘Súmulas 288, 282 e 356 do STF: Uma Visão Crítica de sua (Re) Interpretação pelos Tribunais Superiores’ publicado na obra coordenada pela Professora Teresa Arruda Alvim WAMBIER (**Aspectos ...cit.**) “(...) várias das Súmulas que editou até o momento com pertinência ao tema que toca o presente trabalho são repetições quase que idênticas de Súmulas anteriormente editadas pelo Supremo Tribunal Federal, que até hoje vêm sendo aplicadas, em que pese a maior ou a menor concordância da doutrina. Outros enunciados, entretanto, ainda que não tenham ganhado nova redação pelo Superior Tribunal de Justiça (em maior ou menor grau de similitude com os das Súmulas do Supremo Tribunal Federal), têm sido aplicados por aquela Corte, com a Constituição de 1988, responsável pela interpretação máxima do direito infraconstitucional, sem qualquer ressalva. É, precisamente, o caso das Súms. 282 e 356 do STF”.

Mais do que isto torna o entendimento do verbete 282-STF inconstitucional. Algumas distorções ocorrem quanto ao seu correto alcance na medida em que alguns recursos excepcionais deixam de ter deferido o processamento em razão da ausência de prequestionamento quando a ele se empresta uma conceituação equivocada.

O verbete nº 282 da súmula da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, que não é inconstitucional, exige tão somente o debate do conteúdo normativo, vale dizer, a análise de matéria jurídica constitucional ou federal-infra pela decisão recorrida sem fazer qualquer exigência, entretanto, à citação expressa do dispositivo legal ou constitucional violado: não precisa constar do acórdão, muito menos a parte mencionar no curso da ação, o número do artigo da Constituição ou da Lei federal para que sejam admissíveis os recursos excepcionais.

Esta exigência, que algumas decisões insistem seja cumprida para a admissão dos recursos extraordinários, revela-se inconstitucional por ferir o direito de amplo acesso e do ilimitado exercício do contraditório porque, se o acórdão tratou da matéria jurídica, desnecessária se revela a escrita expressa do dispositivo legal que veicula aquele comando normativo.

Em outras palavras, o prequestionamento é da norma, não do número do artigo da Constituição ou de lei federal que a veicula<sup>339</sup>.

Por assim ocorrer, o alcance do verbete nº 356 da súmula da jurisprudência dominante do STF é no sentido da necessidade da oposição de embargos de declaração para que o acórdão satisfaça o prequestionamento como requisito viabilizador de

---

<sup>339</sup> Sobre esta desnecessidade já se manifestou favoravelmente José Miguel Garcia MEDINA para quem “(...) não é imprescindível a menção expressa ao dispositivo constitucional ou de lei federal na decisão recorrida, para que seja cabível o recurso extraordinário e especial. A decisão recorrida, contudo, deverá ter abordado o tema de direito constitucional ou federal, e decidir a respeito, mesmo que não haja indicação de artigo de lei” (**Op. et. loc. cit.**).

instância superior quando dele não constar a aplicação da Lei federal ou constitucional de forma clara e evidente ou quando a violação houver lugar tão somente no bojo da decisão colegiada, então pela primeira vez no julgamento da causa.

Isto não significa que os embargos devam ser opostos para que a decisão faça menção expressa a artigo de lei, já que basta a discussão jurídica do conteúdo normativo ainda que não citado numericamente o artigo da referida legislação.

O Supremo Tribunal Federal, conforme pesquisa realizada, é bastante rigoroso quanto ao prequestionamento enquanto requisito de admissibilidade de recurso extraordinário.

Em linhas gerais o Supremo Tribunal Federal apenas admite o processamento de recurso extraordinário quando a questão de natureza constitucional tiver sido explicitamente tratada, inclusive com o apontamento direto do artigo da Constituição.

Além disto, a ofensa haverá de ser direta não havendo cogitar de recurso extraordinário na hipótese de ofensa reflexa ou por via de consequência.

Dois acórdãos do Supremo Tribunal Federal anotados pelo trabalho de EDUARDO ARRUDA ALVIM e ANGÉLICA ARRUDA ALVIM, compilados do Código de Processo Civil NERY-NERY resumem o entendimento do STF sobre a matéria: primeiro, o acórdão de que foi relator o Ministro MARCO AURÉLIO onde:

“(…) diz-se prequestionada determinada matéria quando o órgão julgador tenha adotado entendimento explícito a respeito, incumbindo à parte sequiosa de ver a controvérsia guindada à sede extraordinária instá-lo a fazê-lo.” (Ag 12342-0-SP, DJU 03.08.1993, p. 14.445).

Segundo, o acórdão relatado pelo Ministro CELSO DE MELLO assim decidido:

“a configuração jurídica do prequestionamento, enquanto pressuposto específico de admissibilidade do recurso extraordinário, decorre da oportuna formulação, no momento procedimental adequado, da questão constitucional, que deverá, ainda, ser ventilada na decisão recorrida”.

As decisões evidenciadas do Supremo Tribunal Federal, em nosso sentir, encontram-se corretas na medida em que entendemos ser da natureza jurídica dos recursos excepcionais o requisito do prequestionamento e que este venha a ocorrer no bojo da decisão recorrida e, como tal, em obediência ao princípio dispositivo, por argumentação da parte.

Todavia, e com a devida e máxima vênia, há decisões do Supremo Tribunal Federal (e algumas isoladíssimas do Superior Tribunal de Justiça) que entendem imprescindível à caracterização do prequestionamento, muito mais que a discussão efetiva da causa pelo conteúdo normativo determinado, a expressa menção do artigo da Constituição dito violado pelo recorrente. Esta exigência se revela, para nós, abusiva e limitadora do acesso à justiça que, de resto, haverá de ser o mais amplo quanto o possível.

Já o Superior Tribunal de Justiça é mais flexível. Sem desmerecer, naturalmente, seja o prequestionamento requisito de admissibilidade de recurso especial, o que é certo, o STJ vem admitindo o chamado prequestionamento implícito<sup>340</sup>, isto é, a desnecessidade da indicação, pelo acórdão recorrido,, do artigo de lei infra-constitucional por ele tratado e que a parte entenda violado.

Exige-se, naturalmente, a discussão de seu conteúdo normativo, não de sua singela numeração expressa no corpo do acórdão.

---

<sup>340</sup> Utilizamos nesta dissertação o conceito de *prequestionamento implícito* como sendo aquele onde, embora tenha julgado o conteúdo normativo constitucional ou federal, a decisão objeto dos recursos excepcionais tenha se omitido quanto à menção expressa e numérica do artigo da CF ou da Lei infra-constitucional.

Já está consolidada a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido da não obrigatoriedade, a fins de admissão de recurso especial, a caracterizar o requisito do prequestionamento, da indicação expressa do artigo de lei federal violado pelo acórdão recorrido: necessário, isto sim, que haja discussão efetiva quanto à aplicação, ou não, da norma concreta.

Conforme julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial nº 245.140/RS, de que foi relatora a Ministra FÁTIMA NANCY ANDRIGH, conforme ementa

“(...) resta satisfeito o requisito do prequestionamento, pelo acórdão a quo, da matéria infraconstitucional dita controvertida, não sendo óbice ao conhecimento do recurso especial, a ausência de citação expressa do artigo legal dito violado”.

Observe-se que a só transcrição da ementa evidencia a desnecessidade do prequestionamento entendido como a expressa menção do artigo de lei federal controvertido. Esta decisão é contemporânea sendo publicada no DJ de 05 de junho de 2000.

No voto proferido pela Ministra NANCY ANDRIGH consta que

“(...) embora não tenha sido citado expressamente o art. 106, inc. II, letra “c”, pelo acórdão a quo, é incontroverso que a norma contida naquele artigo infraconstitucional foi amplamente debatida, porquanto tratou da possibilidade ou não de a lei mais benigna retroagir para atenuar o quantum da multa moratória aplicada, não sendo mais exigido o prequestionamento explícito, entendido como citação do dispositivo legal pretensamente violado, para tornar cognoscível o recurso especial”.

Naquele voto, a ministra relatora citou, como fundamentação da desnecessidade da indicação fria do artigo de lei infraconstitucional entendido por violado no corpo do acórdão objeto de recurso especial, decisão publicada no DJ de 20 de março de 2000 proferida pela E. Corte Especial no ERESP 158070/SP da seguinte ementa:

“PROCESSUAL CIVIL – PREQUESTIONAMENTO EXPLÍCITO – CITAÇÃO DOS DISPOSITIVOS VIOLADOS – DESNECESSIDADE. Para implementar a exigência do prequestionamento não é necessária a citação do

dispositivo legal tido como vulnerado, sendo suficiente o exame da questão federal nele contida. O prequestionamento deve ser explícito, mas da questão federal”.

Além desta decisão da Corte Especial ainda há outros precedentes deste Órgão Julgador, de que são exemplos o ERESp 181.682/PE, ERESp 155.321/SP, ERSP 96.705 e ERESp 144.844/RS, destacando-se deste último, de início sua esclarecedora ementa e, depois, parte do prestigioso e judicioso voto vencedor do Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, relator do processo:

“ERESP – CONSTITUCIONAL – PROCESSUAL CIVIL – RECURSO ESPECIAL – PREQUESTIONAMENTO – Prequestionamento é pressuposto do Recurso Especial; representa o tema decidido na instância originária e trazido pelo Recorrente ao Superior Tribunal de Justiça. Desnecessário indicar o artigo de lei incidente na espécie. Narra mihi factum dabo tibi jus.” (ERSP 144.844/RS).

“(…) prequestionamento é a ação de discutir – debater – desafiar – controverter – disputar tema anteriormente, ou seja, manifestar ação jurídica contrária à posta pelo juízo, respeitando-se, contudo, a sistemática processual. A natureza jurídica do instituto constitui elemento viabilizador da irresignação, ao exigir ventilação explícita na decisão recorrida. É elemento indispensável para o conhecimento do pleito recursal, pois decorre de oportuna formulação em momento procedimentalmente adequado ao tema perquerido na via eleita. O necessário e devido prequestionamento está umbilicalmente ligado ao exaurimento da matéria na instância a quo associada ao adequado liame intelectual criado pela prestação jurisdicional ofertada frente à pretensão recursal. O excesso de formalismo ao exigir-se explicitação de violação dos artigos afeta garantia constitucional de acesso ao Poder Judiciário, desde que ultrapassados os requisitos necessários de admissão, dentre eles o prequestionamento. A exigência do prequestionamento não decorre do apego à forma. Entende-se prequestionado o tema quando o Órgão julgador haja adotado entendimento explícito a respeito”.

As várias decisões do Superior Tribunal de Justiça, inclusive de sua Corte Especial onde predomina a tese do prequestionamento implícito como viabilizador da instância Superior (prequestionamento implícito este caracterizado pela desnecessidade da indicação numérica e, por vezes, literal do artigo de lei federal violado), orientam para a admissão do recurso especial quando debatida a questão infraconstitucional tenha ou não sido expressamente escrito, pelo relator do acórdão recorrido, o artigo que apenas a veicula.



Um julgado compilado na obra **O STJ e o processo civil**<sup>341</sup>, de autoria do Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, de que foi relator o mesmo Ministro mineiro, indica andar bem o STJ ao decidir, do contrário, que:

“o simples equívoco na indicação da norma legal vulnerada não deve servir de obstáculo à apreciação do recurso especial quando nítido o teor da impugnação, mesmo porque ele se destina a preservar a autoridade e unidade do direito federal e não apenas da Lei federal.” (REsp 998-PA, DJ 20.11.89).

Ora, se a indicação imprecisa não é obstáculo à admissão do recurso especial, porque o que vale é a discussão do direito federal e não apenas da Lei federal que o veicula, então é com maior razão que se deve admitir o processamento do especial ainda que não expresse o número do artigo da legislação infra constitucional vulnerada.

Assim agindo, tem o Superior Tribunal de Justiça atingido a sua Missão, por si mesmo idealizada:

“MISSÃO DO STJ – Zelar pela autoridade e uniformidade interpretativa do direito federal comum, ou seja, normas infraconstitucionais, garantindo ao usuário dos serviços uma justiça célere, acessível e afetiva”.

Isto não quer dizer que na petição de interposição do recurso especial ou do recurso extraordinário a parte possa deixar de indicar precisamente qual a violação cometida pelo acórdão recorrido contra a lei federal infraconstitucional ou contra a Constituição Federal. Mais uma vez ratificando a necessidade de qualificação do profissional da advocacia para atuação perante o Supremo Tribunal Federal e os Tribunais Superiores, vale destacar que estes recursos são técnicos e diferenciados, de sorte que apenas os credenciados poderiam manejá-los. De qualquer forma, na interposição do especial e do extraordinário, deverá a parte indicar precisamente não apenas a hipótese de cabimento, representada pelo respectivo permissivo constitucional, mas também a norma violada – ainda que a decisão não precise referenciá-la com desnecessária transcrição redacional.

---

<sup>341</sup> Brasília, Brasília Jurídica, 1995.

Embora houvesse muitos outros e interessantes temas para versar sobre o prequestionamento – ele em si objeto de própria e única dissertação (como, aliás, já muito bem feito por JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA) – parece-nos que para os fins deste trabalho o quanto escrita já possa ser tido como suficiente, não deixando de anotar que:

a) Prequestionamento significa discussão prévia, discussão esta a ser levada a efeito pelo acórdão recorrido e não apenas nas alegações das partes no trâmite processual. É óbvio que, não sendo levantada a questão pela parte, não poderá o acórdão dela tratar, conforme os arts. 2º, 128 e 460 do Código de Processo Civil exceto, naturalmente, se se tratar de matéria de ordem pública que o juiz pode e deve conhecer de ofício.

b) O prequestionamento é requisito de admissibilidade e processamento de recursos dirigidos aos Tribunais Superiores, previsto literalmente nas Constituições de 1891, 1934 e 1937 e, em que pese as omissões das Cartas de 1964, 1967 e da atual de 1988, continua a ser, entre nós, sobretudo pela própria essência dos recursos excepcionais, um de seus requisitos de admissibilidade.

c) O correto entendimento que se deve emprestar ao verbete n.º 282 da súmula já jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, aplicável também ao Superior Tribunal de Justiça, deve ser no sentido da prevalência da efetividade à formalidade, vale dizer, que seja admitido o processamento dos recursos especial e extraordinário na hipótese do prequestionamento ter sido implícito: se a questão foi analisada pelo acórdão recorrido, tenha ou não havido a indicação expressa do respectivo artigo legislativo, revela-se necessário admitir o processamento daqueles recursos.

d) De sua vez, na forma de verbete n.º 356 da súmula da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, também aplicável ao Superior Tribunal de Justiça, os embargos de declaração devem ser opostos a acórdãos omissos com a finalidade de dar cumprimento ao requisito do prequestionamento. Caso os embargos não

sejam conhecidos, a interposição recursal dar-se-á para a nulidade deste acórdão para que outro seja proferido, desta vez sanando-se a omissão, ou seja, a mera oposição dos embargos não cumpre o requisito do prequestionamento.

e) O Supremo Tribunal Federal empresta ao instituto do prequestionamento a qualificação jurídica de requisito de admissibilidade de processamento do recurso extraordinário sendo rigoroso ao extremo, vale dizer, impondo que conste do acórdão recorrido o artigo da Constituição pretensamente violado sem bastar a discussão jurídica a seu respeito.

f) O Superior Tribunal Justiça, sem negar seja requisito de admissibilidade para o processamento do recurso especial, entende de forma mais amena o prequestionamento aceitando, para fins de uniformização da aplicação da Lei infraconstitucional, recurso especial fundamentado no prequestionamento implícito, vale dizer, onde não tenha ocorrido a indicação do artigo de lei infraconstitucional vulnerado pela decisão recorrida que, necessariamente, no entanto, dela deve ter tratado enquanto norma jurídica.

g) Deve-se entender o instituto do prequestionamento, indispensável sim à admissão do recurso extraordinário e do especial, muito mais pela instrumentalidade e efetividade do processo que pela teoria formalista do processo civil que, no mais, sempre impede seja a tutela jurisdicional prestada em razão do *direito material* subjacente à pretensão meramente processual.

h) Correto – outrossim – o entendimento do Superior Tribunal de Justiça ao admitir processamento de recurso especial onde o acórdão recorrido não tenha indicado expressamente o artigo de lei infraconstitucional dito violado pela parte, desde que tenha discutido o conteúdo da matéria jurídica de que é mero veículo; equivocado, data venia,

o rigor formal do Supremo Tribunal Federal ao não aceitar o prequestionamento implícito, vale dizer, aquele atingido mesmo sem a indicação expressa do número da Lei violada.

## **4. PROCEDIMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO**

Uma vez já estudadas as hipóteses de cabimento do recurso extraordinário e tendo ficado claro que elas pertencem à Constituição Federal – e, nesse sentido, que não podem ser sob qualquer pretexto, ou rubrica, aumentadas ou diminuídas pela legislação federal infraconstitucional nem pelo Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal – deve-se analisar o procedimento de interposição, processamento e julgamento do recurso extraordinário de acordo com a legislação de regência. Boa parte dos assuntos tratados neste capítulo já o terão sido quando do exame do cabimento do recurso extraordinário ou, quando não, terão um outro e mais adequado espaço para discussão, especialmente o reservado ao exame da Lei da repercussão geral e aos comentários dos verbetes sumulares do Supremo Tribunal Federal. Daí porque seja compreensível – e no nosso ponto de vista, adequado – que este capítulo cuide do exame das regras processuais de interposição, processamento e julgamento do recurso extraordinário, o que se fará mediante exame dos artigos. 541 a 545, do Código de Processo Civil e, quando o caso, se ainda vigentes, dos dispositivos do RISTF a ele atinentes.

### **4.1 A interposição do recurso extraordinário**

Deparando-se a parte prejudicada (rec.: sucumbente) ou o terceiro interessado com decisão proferida em única ou última instância e estando ela apta à recorribilidade extraordinária *lato sensu*, isto em razão do prequestionamento, é seu ônus a interposição do recurso adequado, que viria a obstar a formação da coisa julgada.

A primeira observação que se deve fazer refere-se à circunstância de a decisão recorrida tratar tanto de tema constitucional, quanto de tema federal infraconstitucional. Nessa hipótese, a parte ou o terceiro interessado deve interpor<sup>342</sup> o recurso extraordinário e o recurso especial, para versar, respectivamente, sobre a matéria constitucional e infraconstitucional de que trate a decisão impugnada. Uma vez não interpostos o recurso extraordinário e o recurso especial<sup>343</sup> daquela mesma decisão, que verse tanto matéria constitucional, como federal comum, não será admitido o processamento do recurso isoladamente interposto.

Dado que o acórdão<sup>344</sup> que contenha matéria constitucional e matéria federal deva ser objeto de recurso extraordinário e de recurso especial, sob pena de prevalecendo o fundamento sobre o qual não se tenha interposto recurso, remanescer intacta a decisão pela outra via recorrida, impõe-se saber se a interposição de ambos os recursos deva ocorrer no mesmo momento ou se a parte pode interpor o recurso extraordinário e o recurso especial em ocasiões distintas.

Por outras palavras: esta interposição deve ser conjunta ou isolada? E se isolada, simultaneamente?

O art. 541 do Código de Processo Civil estabelece que:

---

<sup>342</sup> NERY e NERY (**Código...cit.**, p. 797) tratam do assunto sob a rubrica *interposição simultânea de RE e REsp*: “havendo decisão sobre questão constitucional e federal no acórdão, a parte deverá, desde logo, interpor simultaneamente o RE e o REsp. Interposto apenas o REsp, não é mais admissível o RE depois do julgamento do REsp para impugnar matéria preexistente, decidida no acórdão que fora impugnado somente pelo REsp. (JSTF 186/210)”.

<sup>343</sup> É por isso que, alhures, dissemos que a recorribilidade via extraordinário de acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, se bem que possa existir, está adstrita à circunstância de que a questão constitucional surja no julgamento do recurso especial: se ela fosse preexistente, sujeitar-se-ia, desde logo, à interposição de recurso especial e de recurso extraordinário. Ele ausente, não se daria a admitir o especial isoladamente interposto.

<sup>344</sup> E não *decisão* de um modo geral considerada, pois para fins de recurso especial a decisão (gênero) tem que ser acórdão (espécie), uma vez que o art. 105, III da Constituição Federal remete a causas decididas em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios: tribunal só decide em última instância (leia-se: decisão final) por acórdão, que é expressão utilizada para expressar julgamento colegiado.

“Art. 541 – O recurso extraordinário e o recurso especial, nos casos previstos na Constituição Federal, serão interpostos perante o presidente ou vice-presidente do tribunal recorrido, em petições distintas, que conterão (...)”.

A leitura do dispositivo legal de regência permite desde logo excluir a perspectiva de que a interposição de recurso extraordinário e de recurso especial devesse ser, conquanto ambos cabíveis, conjunta. Ora, se a lei estabelece que os recursos serão interpostos em *petições distintas*, é natural compreender que sejam peças autônomas; logo, não é caso de interposição conjunta, que pressupõe a utilização de uma e única peça processual que viesse a tratar de ambos. Se por *conjunto* se entende o somatório do individual, dentro desta acepção não é dado dizer que o recurso extraordinário e o recurso especial devam ser *conjuntamente* interpostos contra acórdão que contenha matéria constitucional e matéria federal comum.

Restaria a discussão sobre saber se a interposição, sendo isolada, há de ser também simultânea. Por outra: dado que a lei não exige – antes pelo contrário – que os recursos sejam interpostos na mesma petição, e sim cada qual por petição própria, remanesce a indagação sobre se estas petições *isoladamente* interpostas devam também ser *simultaneamente* protocolizadas.

Como tivemos oportunidade de registrar, NERY e NERY comentam o artigo 541 do Código de Processo Civil escrevendo como casuística a *interposição simultânea de RE e REsp*.

ANTONIO CLÁUDIO DA COSTA MACHADO<sup>345</sup> também utiliza-se da palavra *simultânea*:

“(...) outro aspecto normativo relevante é a previsão de simultânea interposição dos recursos extraordinário e especial – nos mesmos quinze dias do art. 508 -, desde que por meio de petições autônomas”.

---

<sup>345</sup> *Op. cit.*, p. 1.009.

LUIZ FUX<sup>346</sup>, por sua vez, explica que

“(...) essa repartição (explico: das hipóteses de cabimento de extraordinário e de especial, a partir de 1988) gerou um fenômeno singular qual seja o de possibilitar a interposição ‘simultânea’ de recurso extraordinário e recurso especial contra a mesma parte ou partes diversas da decisão, caso ocorra uma *violação bifronte* na mesma decisão judicial. (...) Procedimentalmente, ‘ambos os recursos serão interponíveis no prazo de 15 (quinze) dias, contados da publicação do acórdão no órgão especial (art. 508 do CPC), perante o Presidente ou o Vice-Presidente do Tribunal recorrido em petições distintas, caso oferecidas simultaneamente”.

Para NELSON LUIZ PINTO<sup>347</sup>:

“caso a decisão recorrida possa ser atacada tanto por fundamento legal como por fundamento constitucional, devem ser interpostos simultaneamente recurso especial e recurso extraordinário, em petições distintas, pois os recursos, se admitidos no juízo *a quo*, serão encaminhados a tribunais distintos”

RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO<sup>348</sup>, JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA<sup>349</sup> e GLEYDSON KLEBER LOPES DE OLIVEIRA<sup>350</sup>, entre outros e muitos autores, também se valem da expressão *interposição simultânea* para os casos de acórdãos que contenham fundamento constitucional e fundamento infraconstitucional, de sorte que sejam interpostos – sob pena de não admissão – *simultaneamente* recurso extraordinário e recurso especial. Todavia, estes três mencionados doutrinadores dão enfoque ao assunto em razão da prejudicialidade de um recurso ao outro. É dizer: conquanto simultaneamente interpostos, um deles há de ser julgado antes e este julgamento seguirá o critério da prejudicialidade, de sorte que, em razão dele – não por outro – examine-se por primeiro a matéria no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça, conforme exija o caso concreto. Voltaremos ao tema em seguida.

Por ora, interessa-nos saber se a expressão *interposição simultânea* é adequada ou, quando menos, qual o seu correto alcance. Que se a utilize para dizer que o recurso

---

<sup>346</sup> **Curso...cit.**, p. 946.

<sup>347</sup> **Código...cit.**, p. 1.610.

<sup>348</sup> **Recurso Extraordinário...cit.**

<sup>349</sup> **O prequestionamento...cit.**

<sup>350</sup> **Recurso...cit.**



extraordinário e o recurso especial devem ser interpostos – e por petições separadas, como vimos – contra acórdãos que versem matéria constitucional e infraconstitucional, não há dúvida.

O problema esta, em nosso sentir, na utilização do adjetivo (ou, mais precisamente, do advérbio de modo *simultaneamente*) dentro de sua abrangência – ou alcance – temporal: *simultâneo*<sup>351</sup> significando *ao mesmo tempo*. Mais precisamente e agora indo direto ao ponto: conquanto em regra a parte ou terceiro interessado disponha de 15 dias de prazo para a interposição de recurso especial e de recurso extraordinário (art. 508 do Código de Processo Civil) a pergunta que se evidencia, no contexto da interposição *simultânea* que a doutrina diz estar prevista no art. 541 do Código de Processo Civil, é saber se o recurso especial pode ser interposto antes e o recurso extraordinário depois – ou vice-versa, não importa –, desde que no prazo da lei, ou se necessariamente, por força de tal simultaneidade, devam ambos ser interpostos *na mesma data e ocasião* dentro da fluência do prazo recursal comum.

Para responder a indagação proposta é preciso dizer que, aparentemente, há um vício de premissa doutrinário consistente na assertiva de que devam ser interpostos *simultaneamente* o recurso extraordinário e o recurso especial contra acórdãos que contenham questão constitucional e questão infraconstitucional. Vício de premissa porque o art. 541 – que é o regulador da matéria no aspecto procedimental – estabelece apenas e tão somente que “o recurso extraordinário e o recurso especial, nos casos previstos na Constituição Federal, serão interpostos perante o presidente ou vice-presidente do tribunal recorrido, em petições distintas” não utiliza aquele advérbio de modo.

---

<sup>351</sup> Veja significado em **Michaelis Moderno Dicionário da Língua Portuguesa** (São Paulo, Melhoramentos, p. 1.943): “*si.mul.tâ.neo.* adj (lat *simultaneu*) Que se diz, faz ou acontece ao mesmo tempo que outra coisa a que se faz referência.”

O mesmo código processual – é bom que se diga – estabelece a necessidade da apresentação (aí sim) *simultânea* de contestação e reconvenção. É o que versa o art. 299<sup>352</sup> do Código de Processo Civil: “Art. 299. A contestação e a reconvenção serão oferecidas simultaneamente, em peças autônomas (...)”. Ao utilizar de forma expressa da palavra *simultaneamente*, o artigo 299 do Código de Processo Civil encerra ônus para o réu no sentido de que, se pretender contestar e reconvir, deverá fazê-lo por peças autônomas<sup>353</sup>, em separado, mas – e é aí que parecem distinguir-se os comandos dos artigos 299 e 541 do Código de Processo Civil – de forma simultânea.

Atributos da simultaneidade são – conforme posicionamento doutrinário – a necessidade de oferecimento de cada uma das peças em momento processual comum e a preclusão consumativa; vale dizer: quando o código processual civil estabelece a necessidade de oferecimento simultâneo de peças processuais (e o exemplo é do da reconvenção e contestação de que cuida o artigo 299) ele está inexoravelmente dizendo o seguinte: 1) embora distintas, as peças devem ser oferecidas no mesmo momento processual; 2) mesmo *momento processual* significa mesmo dia de prazo; 3) se isto não ocorrer, ter-se-á preclusão consumativa, de sorte que a peça processual não oferecida em conjunto com aquela outra, não

---

<sup>352</sup> Devem ser registrados – porque relevantes para este tópico – os comentários de NERY e NERY (*Código...cit.*, p. 493) a respeito deste dispositivo legal: “1. Simultaneidade. O réu não precisa contestar para poder reconvir. No entanto, se quiser apresentar as duas formas de resposta, terá de fazê-lo simultaneamente, isto é, ao mesmo tempo. Haverá preclusão do direito de reconvir, independentemente de haver ainda prazo, se, por exemplo, o réu contestar no terceiro dia de prazo e pretender reconvir depois disso. 2. Preclusão consumativa. Caso não sejam apresentadas simultaneamente a contestação e a reconvenção, ocorre preclusão consumativa: a oportunidade de fazê-lo já se terá consumado. Quando o réu apresentar apenas uma dessas duas formas de resposta, quanto à outra terá havido preclusão consumativa. Por exemplo: o réu contesta no quarto dia do prazo; se quiser reconvir depois, dentro dos onze dias restantes, não mais será admissível a reconvenção, porquanto a oportunidade para a prática do único ato complexo já se consumou. Querendo o réu contestar e reconvir, deverá fazê-lo no mesmo momento processual, pois nesse caso a lei exige a simultaneidade das duas formas de resposta, isto é, dois atos (contestar e reconvir) têm de ser praticados no mesmo momento processual: praticado um só deles, a oportunidade para a prática dos dois já se consumou, tendo havido preclusão consumativa quanto ao outro. 3. Outras formas de resposta. Não há a exigência da simultaneidade para as outras formas de resposta, de modo que o réu pode, por exemplo, excepcionar no quarto dia e contestar no décimo dia do prazo; ou reconvir no quinto dia e excepcionar no décimo-segundo dia do prazo. A simultaneidade só se exige para a contestação e reconvenção”.

<sup>353</sup> Há posicionamento no sentido – inclusive – da aceitação de contestação e reconvenção serem deduzidas na mesma peça com o qual, embora, não concordamos.

mais poderá ser oferecida pela parte ou interessado – a despeito de haver saldo de prazo, se computado desconsiderando-se o ato praticado.

Não há dúvida: contestação e reconvenção devem ser oferecidas no prazo de 15 (quinze) dias (CPC, art. 297). Devem ser oferecidas, contudo e por força de disposição de lei, *simultaneamente*, embora mediante petições autônomas. Há, portanto – e por força da previsão legal de simultaneidade – preclusão consumativa com a oferta de apenas contestação, ou reconvenção, de sorte que aquela peça não (*simultaneamente*) apresentada já não mais poderá sê-lo, mesmo que houvesse em tese prazo.

Daí a pergunta: pode ser interposto recurso extraordinário no terceiro dia e recurso especial no décimo primeiro dia, por exemplo (e aqui estamos tratando apenas daqueles casos cujos os prazos são regulados pelo artigo 508 do Código de Processo Civil)?

Todos os autores consultados e adrede mencionados limitaram-se a dizer que o recurso extraordinário e o recurso especial devem ser interpostos simultaneamente, sem, contudo, afirmarem, ainda que de forma indireta, que a interposição de um deles implica em preclusão consumativa do outro.

O problema não é esse.

Nosso questionamento prescinde do exame da explicitação – que, repita-se, aqueles doutrinadores não fizeram – de que a simultaneidade que dizem haver entre recurso extraordinário e recurso especial ensejasse preclusão consumativa.

O que nos intriga é a mera adoção de posição doutrinária segundo a qual aquelas espécies recursais devessem ser interpostas simultaneamente, uma vez que, dado o conteúdo do artigo 299 do Código de Processo Civil – e a sua própria explicação doutrinária –

é atributo da interposição simultânea a preclusão se acaso, no aspecto temporal, não se der em conjunto a prática do ato e oferta das peças processuais.

Talvez sob o ponto de vista da estrutura do Código de Processo Civil fosse o caso de não mais se dizer que acórdãos que contenham questões constitucionais e infraconstitucionais devessem ser objeto de recurso extraordinário e de recurso especial de interposição simultânea. Porque *simultâneo* tem implicações naturais, como a da preclusão consumativa.

A menos que se sustente que a interposição de um recurso gera preclusão consumativa em relação ao outro – e não nos parece seja este o caso –, o recurso extraordinário e o recurso especial, nessas circunstâncias, devem ser obrigatória<sup>354</sup> – e não simultaneamente – interpostos.

Visto o assunto por seu outro aspecto, a interposição *obrigatória* de recurso extraordinário e de recurso especial contra acórdãos que contenham matéria constitucional e matéria infraconstitucional implica, em última análise, questão procedimental – notadamente a de saber qual recurso deverá ser analisado em primeiro lugar.

E aqui – até porque a doutrina já demasiadamente ocupou-se do assunto e porque ele emerge de disposição clara de lei – seremos breves:

“admitidos ambos os recursos, os autos serão remetidos ao Superior Tribunal de Justiça. Concluído o julgamento do recurso especial, serão os autos remetidos ao Supremo Tribunal Federal, para apreciação do recurso extraordinário, se este não estiver prejudicado. Na hipótese de o relator do recurso especial considerar que o

---

<sup>354</sup> Obrigatória não com relação à vontade de recorrer, mas referenciado-se à forma com que se o faça, dado que o recurso encerra ônus, e não obrigação: versando matéria federal infraconstitucional e matéria constitucional, tanto especial – no primeiro caso – quanto extraordinário – no outro, devem ser interpostos contra aquela decisão, sob pena de prevalecer o fundamento inatacado. Explique-se: se forem dois os capítulos do acórdão e havendo matéria constitucional em apenas um deles, evidente que não será o caso de interposição de especial e extraordinário com relação ao outro.

recurso extraordinário<sup>355</sup> é prejudicial àquele, em decisão irrecurável sobrestará o seu julgamento e remeterá os autos ao Supremo Tribunal Federal, para o julgamento do recurso extraordinário. (...) se o relator do recurso extraordinário, em decisão irrecurável, não o considerar prejudicial, devolverá os autos ao Superior Tribunal de Justiça, para o julgamento do recurso especial.” (art. 543 e §§ do Código de Processo Civil).

É de adotar-se o posicionamento de JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA<sup>356</sup>

sobre o tema:

“nos casos em que interposição simultânea dos recursos extraordinário e especial, encaminhados estes ao STJ (cf. art. 543, *caput*, do CPC), diversas situações podem ocorrer: ‘a) o recurso especial, sendo prejudicial ao recurso extraordinário, é *acolhido*, hipótese em que o recurso extraordinário fica prejudicado; b) o recurso especial, sendo prejudicial ao recurso extraordinário, é *rejeitado*, hipótese em que os autos deverão ser encaminhados ao STF (cf. art. 543, § 1º, do CPC); c) poderão os recursos ter sido interpostos contra capítulos distintos do acórdão recorrido, hipótese em que, provido ou não o recurso especial, os autos deverão ser remetidos ao STF; d) se o relator do recurso especial entender que o recurso extraordinário é prejudicial ao recurso especial, sobrestará o julgamento deste recurso e remeterá os autos ao STF (cf. art. 543, § 2, do CPC), aplicando-se, quanto à necessidade de julgamento do recurso especial, o que se disse nos itens *a* e *b* acima acerca do recurso extraordinário; e) recebidos os autos pelo STF, poderá o relator do recurso extraordinário considerar que o recurso especial lhe é prejudicial, determinando, por fim, a remessa dos autos ao STJ para julgamento deste recurso”.

Sobreleva considerar, por fim, que a lei da repercussão geral não altera em nada a obrigatoriedade da interposição de recurso extraordinário e de recurso especial contra acórdãos que contenham matéria constitucional (matéria constitucional de repercussão geral, leia-se) e matéria federal infraconstitucional (matéria infraconstitucional de repercussão geral, diga-se *de lege ferenda*), nem o processamento destes recursos, senão no particular do extraordinário, de que passa a ser requisito de admissibilidade.

---

<sup>355</sup> A introdução da alínea d no permissivo constitucional do recurso extraordinário – sobre o que falamos alhures e que veio a corrigir a situação do enfoque constitucional da casuística nela versada – elimina uma das hipóteses recorrentes de prejudicialidade do especial pelo extraordinário. Aliás, não era caso de prejudicialidade propriamente dita, no mais das vezes, senão de cabimento exclusivo de recurso extraordinário, porque a matéria tinha raiz exclusivamente constitucional.

<sup>356</sup> Prequestionamento...cit., p. 182/3.

## 4.2 O recurso adesivo<sup>357, 358 e 359</sup>

O art. 500 do Código de Processo Civil prevê a possibilidade de a parte interpor recurso adesivo; assim, sempre que “(...) vencidos autor e réu, ao recurso de qualquer deles poderá aderir a outra parte”. Este recurso – que em processo civil chama-se recurso adesivo – “fica subordinado ao recurso principal”, deverá ser “interposto perante a autoridade competente para admitir o recurso principal, no prazo de que a parte dispõe para responder”, é “admissível na apelação, nos embargos infringentes, no recurso extraordinário e no recurso especial”, além do que “não será conhecido, se houver desistência do recurso principal, ou se for ele declarado inadmissível<sup>360</sup> ou deserto”, conforme dispõem os incisos I a III do mencionado dispositivo legal.

No ordenamento jurídico brasileiro, por força de norma expressa (parágrafo único do art. 500 do Código de Processo Civil), “ao recurso adesivo se aplicam as mesmas

---

<sup>357</sup> Antonio Cláudio da Costa MACHADO (*Código...cit.*, p. 940), comentando o art. 500 do Código de Processo Civil, explicita crítica negativa feita por Theotonio NEGRÃO à terminologia recurso adesivo: “a norma sob comentário institui a figura do recurso adesivo, que nada mais é que uma forma diferenciada de interposição dos recursos elencados no inc. II. Seu pressuposto único é a sucumbência recíproca expressa pelo não atendimento total do pedido formulado pelo autor, o que significa não-atendimento integral do pedido do réu. (v.g., o autor recebe tudo o que pediu, exceto honorários, certa correção monetária ou juros; o réu é condenado em metade, um terço ou parte mínima do pedido). (...) De acordo com essa disciplina, o que se vê é que a denominação ‘adesivo’ é de um todo inadequada, porque não há adesão, mas divergência; melhor teria sido chamá-lo subordinado ou dependente (a crítica é de Theotonio NEGRÃO).”

<sup>358</sup> No mesmo sentido a lição de Gleydson Kleber Lopes de OLIVEIRA (*Recurso Especial...cit.*, p. 221): “a terminologia adotada pelo direito brasileiro não é a mais adequada, uma vez que a parte que interpõe o recurso adesivo não adere à pretensão recursal formulada pela parte adversa.”

<sup>359</sup> Vale a anotação de Rodolfo de Camargo MANCUSO (*Recurso...cit.*, p. 341): “que o recurso em modo adesivo é subordinado à admissão do principal não resta dúvida, e mesmo a Comissão Revisora do Anteprojeto Buzaid chegara a alvitrar a nomenclatura ‘recurso subordinado’, à semelhança do que se passa no direito português, onde, de resto, se distinguem o ‘recurso subordinado’ (caso de sucumbência recíproca) do ‘recurso adesivo’ (situações de litisconsórcio, sucumbência dita paralela)”.

<sup>360</sup> Notadamente na seara dos recursos de fundamentação vinculada e, entre eles, o de que nos ocupamos (extraordinário) é comum – notadamente com relação à alínea *a* do permissivo constitucional – haver uma confusão jurisprudencial entre juízo de admissibilidade e juízo de mérito (v. nesse sentido Barbosa MOREIRA e comentários feitos em capítulo anterior). Para fins de admissão de recurso adesivo, o que se deve perquirir é se o principal foi ou não foi processado, admitido. Se por hipótese resultar não admitido, mas for possível verificar que na verdade sucedeu exame de mérito (Barbosa MOREIRA, MANCUSO e OLIVEIRA, entre outros), não haverá prejuízo do adesivo.

regras do recurso independente, quanto às condições de admissibilidade, preparo e julgamento no tribunal superior”.

Algumas considerações, mesmo que brevemente, devem ser lançadas.

Os requisitos para o cabimento do recurso adesivo na hipótese concreta são os seguintes: a) a existência de sucumbência, sem a qual não há interesse de agir e, como tal, não se revela cabível recurso, na sua forma adesiva de interposição (note-se que o recurso adesivo não é mais que uma forma<sup>361</sup> de interposição de recurso – e não um recurso propriamente dito<sup>362</sup>, cujas espécies estão taxativamente previstas no artigo 496 do Código de Processo Civil); b) a espécie do recurso, conquanto só caiba em caso de apelação, embargos infringentes, recuso extraordinário e recurso especial; e c) que a parte não tenha interposto<sup>363</sup> recurso dito principal, antes, porque aí seria o caso de preclusão consumativa.

A disposição contida no parágrafo único do artigo 500 do Código de Processo Civil não deixa dúvida: o recurso adesivo possui os mesmos requisitos de admissibilidade do recurso dito principal; assim, tanto os requisitos genéricos, quanto os específicos, devem ser demonstrados pelo recorrente adesivo. Tratando-se de recurso extraordinário adesivo – objeto

---

<sup>361</sup> Forma essa com identidade àquela exercida pelo recorrente principal; esta observação é importante porque, antes da reforma processual de 1994, o prazo para a interposição de recurso na forma adesiva era de 10 (dez) dias. Como hoje os recursos que admitem a forma adesiva de interposição são a apelação, os embargos infringentes, o recurso extraordinário e o recurso especial, é correto afirmar, à luz, do art. 508 do Código de Processo Civil, que o prazo para a interposição de recurso pela forma adesiva é de 15 (quinze), como regra – porque, v.g. como visto, nas lides eleitorais o prazo é regido por legislação especial.

<sup>362</sup> Dentre outros, Gleydson Kleber Lopes de OLIVEIRA (**Recurso Especial...cit.**, p. 221): “o recurso adesivo não é uma nova modalidade recursal, mas, sim, um modo especial de interpor a apelação, os embargos infringentes, o recurso especial e o recurso extraordinário. Isto é, as partes podem interpor esses recursos de duas formas: pela via principal ou pela via adesiva.”

<sup>363</sup> É oportuno dizer, com apoio em NERY e NERY (**Código...cit.**, p. 721), que se a parte chegar a interpor recurso e vier a dele desistir (art. 501 do Código de Processo Civil), poderá, ainda assim, interpor recurso adesivo, observadas as formalidades legais para tanto. É que, segundo aqueles doutrinadores, “como ato de disposição de direito, interpreta-se (a desistência) restritivamente. Por exemplo, se a parte desistiu de apelar e não fez nenhuma menção à apelação adesiva, deve-se entender que desistiu apenas do recurso principal, remanescendo íntegra a possibilidade de recorrer adesivamente.” Aliás e para ser mais técnico, na hipótese de desistência de recurso de apelação, o recurso adesivo (ou a possibilidade de recorrer adesivamente) só seria alcançado se, na petição ou no ato de desistência, também a parte o renunciasse.

agora do nosso estudo – o prequestionamento e a repercussão geral da questão constitucional deverão estar presentes para sua admissão.

Como *forma* de interposição de recurso que é, deverá seguir o comando do artigo 541 do Código de Processo Civil, quanto ao procedimento de interposição, e as normas constitucionais atinentes, quanto ao cabimento.

O julgamento do recurso adesivo é, em certa parte, dependente do recurso principal. Isto porque (i) a parte recorrente principal poderá desistir do recurso (sem sequer ser necessária a anuência do recorrido, conforme artigo 501 do Código de Processo Civil); e (ii) se ele, principal, não for admitido – qualquer que seja a razão – não será admitido o principal. Uma vez regular – por assim dizer – o recurso principal, isto é, admitido, o recurso adesivo será julgado, desde que – evidentemente – preencha também eles os seus requisitos. E aí uma vez ambos admitidos – e foi por isto que dissemos que o recurso adesivo é em certa parte dependente do principal – o destino do mérito de cada um deles será próprio, não mais havendo falar em subordinação ou adstrição do adesivo ao principal.

O exame da parte inicial do inciso I do art. 500 do Código de Processo Civil – “será interposto perante a autoridade competente para admitir o recurso principal” – impõe que se compreenda que o recurso extraordinário adesivo deve ser interposto, *ex vi* do art. 541 do mesmo estatuto processual, “perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido”. Há três comentários acerca da interposição do recurso extraordinário adesivo no juízo *a quo*: a) como o recurso adesivo depende da admissão do recurso principal, por primeiro deve se dar a verificação, em juízo provisório, da admissão deste, para só depois verificar-se – se ainda for o caso – a admissão daquele; b) o recurso adesivo, conquanto além de depender de estarem preenchidos os requisitos do principal, deve adimplir também os seus, de sorte que, entre eles e para fins de recurso extraordinário, deverão ser verificados



positivamente a repercussão geral da questão constitucional versada no acórdão e tratada no adesivo e o prequestionamento; e c) se o recurso principal não for admitido, o adesivo seguirá a mesma sorte. Mas remanesce a pergunta: sua admissibilidade deverá ser analisada consoante os demais requisitos ou bastará ao Tribunal *a quo* mencionar que não o admite porque inadmitira antes o recurso extraordinário dito principal?

A questão impõe-se na medida em que a lei estabelece que o adesivo “não será admitido se (o principal) for declarado inadmissível” (CPC, 500, III). Parece-nos que não haja motivo para o tribunal *a quo* prosseguir no exame provisório da admissibilidade do recurso extraordinário adesivo quando, antes, já houvesse reconhecido que o extraordinário principal não era dado à admissão.

A estrutura lógica da frase que encerra o comando legislativo parece não deixar dúvida: *não será admitido... se o principal for declarado inadmissível*. Mas não parece ser esta a melhor interpretação. Partindo-se da posição de GLEYDSON KLEBER LOPES DE OLIVEIRA no sentido de que a parte recorrente adesiva não precisa interpor agravo de instrumento contra a decisão que, em juízo provisório, denegar o processamento do seu recurso, desde que fundada apenas na não admissão do recurso extraordinário principal, dá-se a entender que, além deste aspecto, outros poderiam (rec. deveriam) ter sido analisados. Leia-se o doutrinador:

“(...) caso o principal seja inadmitido, necessariamente o adesivo também o será. Questiona-se se, na hipótese de o adesivo ter sido inadmitido tão-somente pela inadmissão do principal, o recorrente adesivo tem o ônus de interpor recurso de agravo, sob pena de preclusão. Como o juízo negativo de admissibilidade ocorreu com base no fato de o recurso principal ter sido inadmitido, em havendo reforma da decisão no sentido de se admitir o recurso principal, o recurso adesivo também deve ser analisado, ainda que não tenha havido interposição de agravo. Da mesma forma que se o recurso adesivo for inadmitido por outras razões que não a referente à

inadmissão do principal, deve o recorrente adesivo interpor recurso de agravo, sob pena de preclusão”<sup>364</sup>.

Antes de examinarmos a questão da necessidade da interposição do recurso de agravo pelo recorrente adesivo, quer em se tratando de inadmissão consubstanciada na inadmissão do principal, quer se ela tiver decorrido dos seus próprios requisitos, sobreleva analisar se a premissa é verdadeira; isto é: se o recurso extraordinário adesivo poderia ter todos os requisitos de admissibilidade analisados ou se, uma vez verificada a não admissão do principal, já e somente isto seria suficiente constar da decisão provisória sobre o seu cabimento.

O argumento de defesa da tese de que o recurso adesivo teria examinada sua admissão exclusivamente em função da não admissão do principal – vale dizer: atestada aquela, seus (próprios) requisitos sequer seriam analisados – seria o apelo à lógica e a interpretação literal e absoluta do dispositivo legal: de que adiantaria analisar o mais, se já não seria mesmo cabível o adesivo?

Esta não nos parece possa ser a melhor solução, contudo. A economia processual – vista principalmente sob o ângulo de que a não admissão do principal pode ser revista em agravo – recomenda – e aí estamos sugerindo – que os demais requisitos sejam analisados e que haja manifestação judicial (fundamentada) sobre eles, inclusive para que se possa aplicar – se ela for correta – a posição segundo a qual o recorrente adesivo não precisa interpor agravo de instrumento contra a não admissão do extraordinário se ela tiver fundamento apenas na não admissão do principal, beneficiando-se por assim dizer – e não há lugar para falar de violação do princípio da vedação da *reformatio in pejus* nesta situação – do provimento do agravo do recorrente principal.

---

<sup>364</sup> **Op. cit.**, p. 227.

Além disto, a decisão contida em RSTJ 78/331 mencionada por OLIVEIRA é indicativa de que o juízo de admissibilidade provisório do extraordinário adesivo possa implicar outros pontos, que não a inadmissão do principal:

“(…) provido o agravo de instrumento nessa instância e determinado o processamento do recurso especial, pode o recurso adesivo ser apreciado diretamente por esta Corte, quando tiver sido considerado prejudicado na instância ordinária apenas em decorrência da inadmissão do recurso especial principal (...)”.

A palavra *apenas* indica que os *outros* requisitos poderiam ser analisados.

Se assim não fosse – e ainda não verbalizamos opinião sobre o acerto ou desacerto da premissa de que não seja necessário agravar, na hipótese de o adesivo ter sido indeferido apenas por reflexo da não admissão do principal –, teríamos a (lamentável) situação de que houvesse novo exame *a quo* de admissibilidade, para fossem verificados os demais e próprios requisitos do adesivo. Ora, não se trata apenas de um inconveniente de natureza temporal: é recomendável que principal e adesivo sejam julgados na mesma oportunidade<sup>365</sup>.

Colocada nossa posição do acerto da doutrina e da jurisprudência citadas quando estabelecem – pelo menos indiretamente – que o juízo provisório de admissibilidade do adesivo não se deva limitar a não admissão do principal – embora seja fundamento suficiente para o não seguimento daquele –, cumpre-nos verificar se é acertada ou errada a posição de que o agravo só seria necessário, pelo recorrente adesivo, se o extraordinário por ele interposto houvesse restado inadmitido também por motivos próprios, e não como derivação da decisão dada ao principal.

---

<sup>365</sup> E seguindo esta ordem de julgamento, alinhavada por Gleydson Kleber Lopes de OLIVEIRA (**Recurso Especial...cit.**, p. 227): “no órgão competente para julgar os recursos, em regra o principal deve ser julgado antes do adesivo, haja vista a subordinação deste em relação àquele. No entanto, quando a matéria alegada no recurso adesivo for prévia em relação à matéria do recurso principal, deve o tribunal analisar, inicialmente, a admissibilidade do principal e, em seguida, apreciar a admissibilidade e mérito do adesivo. Após julgar o adesivo é que o tribunal julga o mérito do principal”

Segundo pensamos, de fato o agravo deve limitar-se à hipótese de o adesivo ter recebido juízo negativo de admissibilidade em razão dos seus próprios requisitos, não pela não admissão – exclusivamente pela inadmissão – do principal. Se for este o caso, o agravo do recorrente principal trará como consequência a admissão do adesivo, que a ele, principal, subordina-se tanto pelo aspecto negativo (aqui, de forma absoluta), quanto pelo aspecto positivo (aqui, de forma relativa, pois também será necessário averiguar a presença dos seus próprios requisitos de admissibilidade).

Ainda mais porque, no juízo definitivo, serão revistos os pressupostos de cabimento de ambos.

A parte final do inciso I do art. 500 do Código de Processo Civil – “(...) no prazo de que a parte dispõe para responder” – deve ser compreendida da seguinte forma: intimada para a apresentação de recurso extraordinário (sobre o que versa o estudo), a parte tem o prazo de 15 (quinze) dias, no curso dos quais: a) pode não tomar medida alguma, deixando-o transcorrer *in albis*; b) pode apresentar contra razões de recurso extraordinário; c) pode interpor recurso extraordinário, pela forma adesiva; ou d) pode apresentar contra razões e interpor recurso extraordinário adesivo. Assim procedendo, deverá fazê-lo por intermédio de duas petições: uma de contra razões, outra de interposição e razões de recurso extraordinário (adesivo). Note-se que adesivo é o recurso, visto sob ângulo da forma de interposição – e não as contra razões propriamente ditas; elas, em verdade, são antagônicas.

Deve-se registrar que na hipótese de a parte pretender tanto contra arrazoar o recurso extraordinário, quanto pela forma adesiva interpô-lo, a despeito de ter o prazo da resposta (15 dias) para ambas as medidas, nada impede – e aí ratificamos o posicionamento adotado quando da interposição simultânea (para nós, obrigatória) de recurso extraordinário e

de recurso especial contra acórdão que tenha fundamento constitucional e infraconstitucional) – que primeiro protocolize uma peça e depois, no curso do prazo, a outra<sup>366</sup>.

Os incisos I, II e III do art. 541 e o § 2º do art. 543-A do Código de Processo Civil.

O recurso extraordinário, quer venha a ser interposto de forma autônoma, quer o seja adesivamente, deverá obedecer os comandos insertos nos incisos I, II e III do artigo 541 do Código de Processo Civil: “I – a exposição do fato e do direito; II – a demonstração do cabimento do recurso; III – as razões do pedido de reforma da decisão recorrida”.

Por “exposição do fato e do direito”<sup>367</sup> (541, I) deve-se entender a necessidade de a parte recorrente levar ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal o desenvolvimento da relação jurídica processual, sem adentrar no mérito por que deva ser provido o recurso.

Na “demonstração do cabimento do recurso”<sup>368</sup> (541, II), o recorrente deve sustentar o cabimento do recurso à luz do permissivo constitucional; aqui também não cuida do mérito.

Por fim, “as razões do pedido de reforma da decisão recorrida” (541, III) significam – aí sim – a discussão do mérito. Uma vez expostos os fatos e o direito (desenvolvimento da relação jurídica processual) e demonstrado o cabimento do recurso

---

<sup>366</sup> NERY e NERY (**Código...cit.**, p. 720) adotam esta posição: “não há necessidade de serem apresentadas contra-razões e recurso adesivo simultaneamente, pois a nova lei assim não o exige, como, por exemplo, o CPC 299, determina para a contestação e reconvenção.”

<sup>367</sup> Antonio Cláudio da Costa MACHADO (**Código...cit.**, p. 1.011): “o dispositivo legal sob enfoque estabelece a necessidade da exposição fática e da jurídica constarem expressamente das razões de recurso extraordinário e/ou especial, que são apresentadas ao tribunal, sob pena de indeferimento liminar do seu processamento. (...) a exigência da exposição do fato e do direito corresponde a requisito formal indispensável à admissibilidade do recurso, que não pode ser substituído por meras referências a tais elementos já constantes da apelação, embargos infringentes, etc. Trata-se, na verdade, de elemento integrante da regularidade formal, que é um dos requisitos extrínsecos comuns a todos os recursos.”

<sup>368</sup> NERY e NERY (**Código...cit.**, p. 795) explicam que “para que seja cumprido esse requisito, não é preciso discutir o mérito do recurso, bastando o recorrente sustentar a existência dos requisitos constitucionais para o cabimento do RE ou REsp.”

(tanto por não haver óbice, tanto pela adequação à hipótese constitucional), cabe ao recorrente expor as circunstâncias em razão das quais alega e se verifica o malferimento constitucional.

Além disto – e inclusive como matéria preliminar – “o recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral.” (art. 543-A, § 2º do Código de Processo Civil).

Não deduzida a preliminar da demonstração da repercussão geral da questão constitucional versada na causa, o recurso não há de ser admitido. Em que pese o exame da repercussão geral em si da questão constitucional ser de competência (exclusiva) do Supremo Tribunal Federal, conforme o mencionado dispositivo da novel legislação processual civil brasileira, pode e deve o tribunal de interposição, no juízo provisório, não admitir o extraordinário se a parte recorrente, na petição de interposição do recurso, não a suscitar como preliminar. É conveniente dizer, todavia, que se a parte não der o nome de preliminar mas, ainda assim, tratar do assunto (repercussão geral da questão constitucional sobre o que verse a causa) estará cumprido o requisito em seu aspecto formal, devendo ser analisada – aí sim pelo Supremo Tribunal Federal, com exclusividade – a presença da repercussão geral. Por ora é o necessário: sobre a repercussão geral como um todo, e nos seus detalhes, a dissertação dedicará capítulo próprio.

Observado o regramento para a interposição do recurso extraordinário é necessário dizer – embora em outra parte deste trabalho o assunto também seja tratado – que o recurso extraordinário deve ser interposto no prazo de 15 (quinze) dias, conforme a previsão, do art. 508 do Código de Processo Civil. Em regra. Há legislações especiais que regulam

prazo de interposição de recurso extraordinário: no ECA<sup>369</sup>, o prazo dos recursos é de 10 (dez) dias e na jurisdição eleitoral, de 3 (três) dias – por exemplo.

### 4.3 As contra-razões

A despeito de facultativas, as contra razões são importantes, tanto mais com a repercussão geral da questão constitucional como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário. No sistema do Código de Processo Civil, o prazo de resposta é de 15 (quinze) dias. Se houver recurso extraordinário e recurso especial interpostos – e o seriam em razão de obrigatoriedade –, a parte recorrida deverá apresentar duas petições de resposta, uma para cada qual recurso.

---

<sup>369</sup> Adotamos a posição de Sergio Seiji SHIMURA (O regime recursal do ECA, in: WAMBIER e NERY JR. (Coords.), **Aspectos polêmicos e atuais dos Recursos Cíveis de acordo com a lei 9.756...cit.**, p. 551): “se para o recurso de apelação (inclusive na forma adesiva), agravo (retido ou de instrumento) e embargos infringentes o prazo é de 10 dias (art. 198, ECA), cumpre perquirir acerca dos demais, daqueles dirigidos ora ao Superior Tribunal de Justiça, ora ao Supremo Tribunal Federal. Vale dizer, qual o prazo do recurso ordinário, extraordinário, especial e embargos de divergência? Nelson NERY e Rosa NERY entendem que o prazo é de 15 dias, à luz do firmado no art. 508, CPC, ao argumento de que é preciso dar-se tratamento uniforme a tais recursos e prevalência para a especialidade, que, no caso, deve ser a do CPC, que contém normas específicas sobre os recursos ordinário, extraordinário e especial (arts. 539 e ss, CPC). Do contrário, criar-se-iam situações díspares sobre os mesmos recursos, interpostos em matéria cível, penal, trabalhista, eleitoral, de um lado, e os oriundos da Justiça da Infância e da Juventude, de outro, não sendo razoável que exista essa diversidade de regimes quanto ao recursos dirigidos ao STF e ao STJ. Divergimos, com a devida vênia, de tal pensamento. Exatamente em razão da regra da especialidade é que entendemos que o prazo a ser seguido é o de 10 dias, norma específica prevista para ‘todos os recursos’ afetos à Justiça da Infância e da Juventude (art. 198, II, ECA). Se os recursos ordinário, especial e extraordinário estivessem sendo ainda regulados pela Lei 8.038/90 (Lei dos Recursos), concordaríamos com a posição mencionada. Porém, na medida em que a Lei 8.950/94 revigorou os arts. 539 e ss., CPC, que tratam de tais recursos, os mesmos passaram a receber o tratamento comum do CPC, que, pela generalidade de suas disposições, devem ser devidamente ajustados ao sistema do Estatuto da Criança e do Adolescente.”

## 4.4 Efeitos do recebimento do recurso extraordinário

### 4.4.1 Efeito suspensivo

#### 4.4.1.1 Cautelar para comunicação de efeito suspensivo

O § 2º do art. 542 do Código de Processo Civil estabelece que “os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo”. Assim e para o que interessa ao presente capítulo, o recurso extraordinário não possui efeito suspensivo. A consequência disto é que os acórdãos sujeitos a recurso extraordinário podem, desde logo, ser objeto de execução provisória<sup>370</sup>.

Sobre o momento em que se revela possível iniciar-se a execução provisória – que, como visto, depende da sujeição da sentença a um recurso dotado apenas de efeito devolutivo, não também do suspensivo –, lê-se em NELSON e ROSA NERY<sup>371</sup> a seguinte afirmação:

“(…) a decisão impugnável por RE e/ou REsp não pode produzir efeitos, senão depois de ultrapassado o prazo para interposição de Edcl ou, se já interpostos, da intimação da decisão que julgar os Edcl. O que torna a decisão executável é sua impugnabilidade pelos recursos excepcionais (RE e Resp), porque serão recebidos sem efeito suspensivo (CPC 542 § 2). Essa impugnabilidade só decorre depois de ultrapassada a fase de Edcl”.

O raciocínio dos professores paulistas parte da premissa de que os embargos de declaração possuam efeito suspensivo. Quando neste trabalho analisamos a

---

<sup>370</sup> Como decorre da Lei, artigo 497 do Código de Processo Civil: “o recurso extraordinário e o recurso especial não impedem a execução da sentença; a interposição do agravo de instrumento não obsta o andamento do processo, ressalvado o disposto no art. 558 desta lei.”

<sup>371</sup> **Código de Processo Civil...cit..**



natureza jurídica dos recursos e o seu conceito, frente ao ordenamento processual brasileiro, tivemos a oportunidade de defender a opinião de que os embargos declaratórios não teriam natureza jurídica recursal. Como a lei, todavia, assim os trata, o exame que fazemos agora a admite. Isto não quer dizer, necessariamente, que estamos de acordo com a premissa de NERY e NERY, segundo a qual os embargos – sendo recurso – têm efeito suspensivo<sup>372</sup>.

O principal argumento de que se utilizam para entender que os declaratórios possuem efeito suspensivo é de ordem legislativa; afirmam que, quando a lei quis excepcionar a regra (duplo efeito), foi clara e expressa nesse sentido. São deles as próximas palavras:

“a regra, no direito processual civil brasileiro, é que os recursos sejam recebidos no efeito suspensivo: a eficácia da decisão embargada fica suspensa *pela sua recorribilidade* por Edcl, vale dizer, não se admite a execução da decisão que pode ser embargada pelo recurso de Edcl. Com muito maior razão, não se pode executar decisão que foi efetivamente impugnada pelo recurso de Edcl. Quando a lei quer que determinada situação enseje recurso recebido no efeito meramente devolutivo, isto é, sem efeito suspensivo e com exequoriedade imediata, menciona expressamente essa exceção (v.g CPC 520, 527 III [*a contrario sensu*], 542, § 2, 1184). Na ausência de dispositivo legal exigindo o recebimento do recurso no efeito meramente devolutivo, como é o caso dos Edcl, aplica-se a regra geral: o recurso tem efeito suspensivo.”

Saber se os embargos de declaração, conquanto tenham natureza jurídica recursal, possuem ou não possuem efeito suspensivo é um, entre outros tantos, pormenores desta ímpar figura jurídica-processual brasileira. O tema mereceu estudo profundo de TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER<sup>373</sup>, para quem “é bastante delicado o problema que consiste em saber se os embargos têm ou não efeito suspensivo”.

Ampliando a conceituação clássica da doutrina a respeito do significado do chamado efeito suspensivo no ordenamento recursal brasileiro – vale dizer, que o recurso (a possibilidade de sua interposição, e não ela em si) a rigor não suspenderia efeitos até então

---

<sup>372</sup> **Op. cit.**

<sup>373</sup> Teresa Arruda Alvim WAMBIER, **Op. cit.**, p. 77.

não produzidos, senão prolongaria este estado –, a doutrinadora mencionada elaborou minucioso estudo sobre o tema.

A primeira e relevante anotação é no sentido da modificação da realidade jurídica-processual face aos reclamos da sociedade brasileira de hoje, notadamente daquele em que inserido os diplomas processuais pretéritos, e mesmo o chamado Código BUZAID, que, como se sabe, vem tópica e sistematicamente passando por reformas que procuram deixá-lo apto a servir a sociedade como ela precisa ser amparada. E assim conclui, com acerto:

“(...) na atual conjuntura a quantidade de decisões que podem produzir efeitos significativos para as partes após terem sido proferidas é indiscutivelmente maior do que há 30 anos atrás.”

Outros dois pontos foram destacados pela mencionada doutrinadora: a) as sanções pelo descumprimento de decisões judiciais e b) o aumento da decisões de caráter mandamental.

Isto colocado como pano de fundo no exame da atribuição ou da não atribuição de efeito suspensivo aos embargos de declaração, TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER ainda explica que se distingue desta verificação, em tudo e por tudo, a assertiva de que, *de lege lata*, têm os embargos de declaração o condão de interromper o prazo de interposição de recurso contra aquela decisão contra a qual opostos, na forma do artigo 538 do Código de Processo Civil.

De fato, perquirir se os embargos de declaração impedem ou não impedem a execução provisória da decisão embargada em nada se relaciona com a interrupção de prazo recurso que decorre da sua oposição – desde que tempestiva.

De forma ainda a preparar sua conclusão, o estudo de TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER identifica, quando menos, duas espécies de efeito suspensivo na sistemática recursal-civil brasileira. A primeira delas é a clássica, segundo a qual o chamado efeito suspensivo não é senão o prolongamento da ineficácia da decisão judicial objeto deste ou daquele recurso. Reitere-se: o recurso quando interposto nada suspende, porque nada encontraria a suspender; apenas e tão somente prolonga este *estado de ineficácia da decisão judicial*. A outra espécie de efeito suspensivo mencionada pela doutrinadora é aquele conferido exatamente em situação contrária, isto é, quando a decisão recorrida está sim produzindo efeitos e aí o recurso, se a ele comunicado o efeito suspensivo, faz cessar os efeitos que até então verificavam-se. Como exemplo, cita o recurso de agravo, na modalidade de instrumento.

Assim, para a mencionada processualista, existiriam quando menos duas espécies<sup>374</sup> de efeito suspensivo: a) o efeito suspensivo padrão, de que em regra é exemplo a apelação, que tão e apenas prolonga a ineficácia da decisão apelada e b) o efeito suspensivo encontrado no recurso de agravo, quando interposto sob o regime de instrumento, uma vez que da sua interposição e de pedido expresso do agravante, pode o Tribunal suspender a eficácia da decisão agravada. Convém transcrever as palavras de TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER sobre o tema, no qual inova:

“Observe-se que, na verdade, não é usual que se faça, na doutrina tradicional, a diferenciação entre esses dois perfis que pode ter o efeito suspensivo. O que ocorre na apelação e o segundo, que se dá no agravo. No primeiro caso, inexistente a necessidade de que o recurso seja interposto e o que ocorre é um prolongamento da situação de ineficácia em que já se encontra a decisão impugnada. No segundo caso, há necessidade da interposição do recurso e de um pedido no sentido de que sejam suspensos os efeitos da decisão que *já estão sendo produzidos*.”

---

<sup>374</sup> “Quando menos duas” porque há ainda uma terceira, por ela extraída da doutrina de Manoel Caetano FERREIRA FILHO, segundo quem com a oposição dos declaratórios ter-se-ia a paralisação da eficácia da decisão embargada. Ou seja e como diz Teresa Arruda Alvim WAMBIER: “(...) um terceiro perfil de efeito suspensivo: seria desnecessário o pedido! (que é necessário para o agravo!)”.

Daí finalmente e com segurança suas conclusões:

a) a primeira delas, de que

“(…) não parece correto concluir que todo e qualquer recurso de embargos de declaração tempestivo teria aptidão de obstar a eficácia da decisão. Isto certamente geraria a reação indesejada de todas as decisões imediatamente eficazes, porque sujeitas a um recurso próprio sem efeito suspensivo, serem embargadas!”

b) a segunda delas, de que

“(…) parece inseguro demais entender-se que os embargos de declaração terão efeito suspensivo, farão cessar os efeitos da decisão que já estão ocorrendo, como consequência da simples interposição, *só quando a decisão for de tal modo defeituosa* (com a sua lacuna, com a sua obscuridade ou com a contradição) *que sua efetivação seja, de fato, impossível.*”

c) e a última delas, em sentido afirmativo:

“(…) parece que o efeito suspensivo dos embargos de declaração deve decorrer de uma única circunstância que é o pedido expresso formulado pela parte fundada na *impossibilidade real de que a decisão seja cumprida ou na possibilidade de integral alteração da decisão em virtude do acolhimento dos embargos.* (...) E, por certo – até mesmo para que haja utilidade no pedido de suspensão dos efeitos formulado – deferido o pedido, os efeitos deste deferimento reportar-se-ão ao momento da interposição dos embargos de declaração.”

O assunto merece ser estendido.

Uma primeira observação – constante, diga-se de passagem, do próprio texto em exame – é a de que até se admite que a decisão a ser embargada encontre nos embargos um prolongamento de sua ineficácia. Isto ocorrerá, todavia, não propriamente dito em função dos declaratórios, mas do recurso cabível contra ela (da possibilidade de ser interposto), que venha a ser precedido deles. É evidente que, se o recurso que couber da decisão que antes vier a ser embargada comportar efeito suspensivo, a decisão – normalmente uma sentença, porque normalmente é apelação que tem duplo efeito – continuará a não

produzir efeitos não por conta dos declaratórios, mas porque a ele sujeita. De forma indireta, disse-o TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER:

“Claro que o problema de se saber se os embargos de declaração têm efeito suspensivo só se coloca quando o recurso próprio interponível daquela decisão não tem efeito suspensivo. O problema, a rigor, não se põe quando a decisão está sujeita a recurso próprio que tem o condão de impedir, desde logo, a eficácia da decisão, que, na verdade, se se tratar de apelação, nem chega a ocorrer, enquanto está em curso o prazo dentro do qual o recurso pode ser interposto.”

Outra observação é a natureza *sui generis* dos declaratórios. Para infirmar a assertiva de NERY e NERY segundo a qual a lei não fez referência aos embargos, quando excepcionou os recursos dotados apenas de efeito devolutivo – confirmando, outrossim, a regra do duplo efeito – sobreleva destacar que os embargos de declaração só podem ser admitidos como recurso se compreendida a natureza peculiar que têm. É por isto – não por outro motivo – que a lei não os referenciou, quando tratou dos recursos não dotados de efeito suspensivo, que viriam a propiciar a execução provisória.

Desta forma e partindo-se da premissa de que os embargos de declaração, se de recurso tratarem, são *sui generis*, pode-se afirmar com apoio em TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER que terão efeito suspensivo não como quer a parcela majoritária da doutrina, mas sim se e quando postulado pelo embargante – e deferido pelo julgador.

Cabe um particular para esclarecer, todavia, que assim não sucede hoje em dia e na *praxis* forense com os declaratórios: ninguém pede a comunicação de efeito suspensivo e, ainda que a parte no caso concreto o postulasse, nossos julgadores processam-no sem o costume de analisar tal pedido; julgam-no, desde logo no mérito. É o caso, então, de modificar-se a cultura da oposição, processamento e julgamento dos embargos de declaração; se antes não fosse o caso, aliás, de extingui-los, ao menos como recurso.

Feito o parêntese acerca do momento exato da possibilidade de iniciar-se execução provisória após julgamento colegiado sujeito a recurso extraordinário, voltemos ao tema central deste tópico: a comunicação de efeito suspensivo a este tipo de recurso, direcionado ao Supremo Tribunal Federal.

Na linha de raciocínio exposta por TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, eventual efeito suspensivo que venha a ser comunicado, ou emprestado, a recurso extraordinário é da classe que depende de petitório. Significa dizer: não se trata daquele efeito suspensivo que a doutrinadora chamou de “padrão”, reservado no mais das vezes à apelação, e que tem como característica não a atribuição do efeito suspensivo ao recurso, mas o prolongamento da ineficácia da decisão recorrida quando ou até o prazo de sua interposição. Trata-se do efeito suspensivo da classe que depende de postulação, cuja característica, contraposta àquela, é exatamente a de fazer cessar efeitos de uma decisão que já os verificasse. Em outras palavras: que comportasse execução provisória.

Posto este efeito suspensivo depender do requerimento da parte interessada, sobrevém a pergunta: a quem deve ser dirigido este requerimento?

De forma a situar o cenário em que inserida a indagação, passemos às casuísticas possíveis de ocorrência deste quadro:

a) realizou-se a sessão de julgamento, cujo o acórdão, ainda sequer existente, muito menos publicado, é em tese passível de recurso extraordinário;

b) seguiu-se a publicação do resultado do julgamento no Diário Oficial, mas ainda não existem nem o acórdão nem sua publicação;

c) o acórdão existe, mas ainda não foi publicado;

d) houve a intimação do acórdão, mas ainda não a interposição do recurso extraordinário;

e) está em curso o prazo para a oposição de embargos de declaração;

f) houve a oposição de embargos de declaração;

g) realizou-se a sessão de julgamento, cujo o acórdão, ainda sequer existente, muito menos publicado, é em tese passível de recurso extraordinário;

h) seguiu-se a publicação do resultado do julgamento no Diário Oficial, mas ainda não existem nem o acórdão nem sua publicação;

i) o acórdão existe, mas ainda não foi publicado;

j) houve a intimação do acórdão, mas ainda não a interposição do recurso extraordinário;

k) houve a interposição do recurso extraordinário, mas ainda não a decisão sobre o juízo inicial de admissibilidade;

l) houve o juízo positivo de admissibilidade;

m) houve o juízo negativo de admissibilidade.

n) houve a interposição de agravo de instrumento contra a decisão denegatória do processamento do recurso extraordinário.

Os casos acima mencionados serão a seguir analisados. Todavia, e de forma a tornar o trabalho crítico, cumpre pontuar de forma antecipada que o Supremo Tribunal Federal fez editar dois verbetes (verbetes n. 634 e n. 635) sobre o tema, deixando

claro em sua súmula da jurisprudência predominante que a competência para conhecer, processar e julgar medida cautelar por meio da qual pretenda-se comunicar efeito suspensivo a recurso extraordinário – e, desta forma, impedir o início da execução provisória – será o Supremo Tribunal Federal, quando admitido o processamento do recurso extraordinário (o que pressupõe a realização do julgamento, a proclamação do seu resultado, sua intimação, eventual julgamento e intimação de embargos de declaração, a interposição do recurso extraordinário e, por todos, a decisão positiva de admissão, no juízo inicial e provisório) ou será o Tribunal *a quo*, de interposição, quando ainda não realizado o juízo de admissibilidade.

Em que pese o posicionamento do Supremo Tribunal Federal estar lançado em verbetes que compõe a sua súmula da jurisprudência dominante, parece-nos equivocada a tese de que a competência de medida cautelar – ou mero requerimento avulso – voltada à comunicação de efeito suspensivo a recurso extraordinário varie de acordo com ter ocorrido ou não ter ocorrido o juízo de admissibilidade recursal pelo Tribunal de interposição.

O fundamento central de que se valeu o Supremo Tribunal Federal nos precedentes que ensejaram os verbetes n. 634 e n. 635 da súmula de sua jurisprudência predominante foi a vinculação que se verificaria, ao Tribunal *a quo* e para o juízo de admissibilidade, se deferida a medida liminar para a comunicação de efeito suspensivo ao recurso extraordinário ainda não admitido na origem. É dizer: o Supremo Tribunal Federal entendeu que, se deferisse a liminar ou mesmo julgasse a cautelar para dar efeito suspensivo, seria inevitável a admissão inicial do extraordinário. Em verdade, mascarando o verdadeiro motivo: evitar que o Supremo se tornasse julgador de um sem número de medidas cautelares com tal desiderato.

Há alguns enganos neste raciocínio, dos quais o mais claro deles é exatamente o de que não sucederia vinculação alguma, se comunicado o efeito suspensivo



pelo Supremo Tribunal Federal: o Tribunal *a quo* realizaria o juízo de admissibilidade a despeito daquela decisão, e ele poderia ser tanto negativo, quanto positivo.

Vejamos, outrossim, os argumentos usados pelo Supremo Tribunal Federal nos precedentes que ensejaram a edição dos verbetes n. 634 e n. 635 de sua súmula.

***4.4.1.1.1 Argumentos usados pelo Supremo Tribunal Federal nos precedentes que ensejaram a edição dos verbetes n. 634 e n. 635 de sua súmula***

**a) Agravo Regimental em Petição n. 1189-9 – Minas Gerais (Primeira Turma, Relator MOREIRA ALVES)**

Consta da ementa da decisão o próprio voto:

“O disposto no § único, do artigo 800 do C.P.C, na redação que lhe deu a Lei 8.592/94, não se aplica a recurso extraordinário ainda não admitido, pela singela razão de que sua aplicação implicaria pré-julgamento da admissão do recurso extraordinário pelo relator da petição da medida cautelar, que se torna prevento para julgar o agravo contra o despacho de não-admissão desse recurso, em detrimento da livre apreciação do Presidente do Tribunal ‘a quo’ no âmbito da competência originária que a legislação lhe outorga para esse juízo de admissibilidade, porquanto, se se considera relevante o fundamento jurídico do recurso extraordinário para o efeito de conceder-lhe o efeito suspensivo que a legislação não lhe outorga, é evidente que ele deverá ser admitido ainda que para melhor exame.”

Além deste fundamento que veio a ser o central, já dissemos, para a posição tomada e sumulada pelo Supremo Tribunal Federal a respeito da competência para

processar e julgar pedido de comunicação de efeito suspensivo a recurso extraordinário, aquela ementa/voto ainda trouxe um outro:

“(…) ademais, se não obstante isso, o Presidente do Tribunal ‘a quo’ não admitir o recurso extraordinário a que foi dado efeito suspensivo em medida cautelar perante esta Corte, ter-se-á a esdrúxula situação de um recurso extraordinário não-admitido por quem é competente para tanto continuar a ter efeito suspensivo antes de reformada a decisão de não-admissibilidade, uma vez que o despacho de não-admissão na Corte de origem não tem força para reformar a concessão de cautelar dada pelo Tribunal ‘ad quem’ que lhe é hierarquicamente superior.”

**b) Agravo Regimental em Petição n. 1.211-9 – Ceará**  
**(Segunda Turma, Relator NÉRI DA SILVEIRA)**

A decisão que deu ensejo ao agravo regimental, da lavra do Ministro NÉRI DA SILVEIRA, teve o seguinte fundamento e acabou prevalecendo na Turma, sendo o fundamento do acórdão:

“(…) o Supremo Tribunal Federal somente pode dar curso a medida cautelar, de caráter incidental, para conferir efeito suspensivo a recurso extraordinário, se e quando o apelo estiver submetido a seu julgamento, quer porque tramita na Corte, quer porque a esta já foi remetido, após regular admissão pelo Presidente do Tribunal a quo, quer inclusive porque se determinou o processamento do recurso, ao prover agravo de instrumento contra despacho presidencial que não o admitira. Não ocorrendo qualquer dessas situações, o recurso extraordinário ainda não está no âmbito de decisão do STF, não sendo juridicamente possível conferir-lhe efeito suspensivo, por via de medida cautelar, que, desse modo, se reveste de índole incidental. Vinculada, em tal situação, a cautelar ao recurso extraordinário, em ordem de emprestar-lhe eficácia especial, de natureza suspensiva dos efeitos do julgado recorrido, pressuposto ao deferimento da providência cautelar é a viabilidade do processamento do apelo extremo, o que se sujeita a disciplina legal e juízo de admissibilidade.”

Sobreleva destacar que, julgando a Reclamação n. 1.509-2, da Paraíba, o Ministro NÉRI DA SILVEIRA estendeu conceitualmente o fundamento daquela outra decisão – e, por isto, merece nesse tópico a transcrição:

“De fato, quando afirmei que seria possível ao Presidente do Tribunal dispor sobre efeito suspensivo do recurso extraordinário, acentuei que esta via se tornava admitida, exclusivamente, até que passasse o recurso à alçada do Supremo Tribunal Federal. O que pretendi, realmente, com essa expressão ‘passar à alçada do Supremo Tribunal Federal’ foi dizer que, enquanto este Tribunal não for juiz daquele apelo extremo, ele também não pode conceder nenhuma cautelar a respeito da matéria; ele só se torna juiz da irresignação da parte no momento em que esse recurso é admitido, determina-se o seu processamento, ou porque, em despacho do Presidente do Tribunal, é admitido o apelo extremo, ou porque o relator, no Supremo Tribunal Federal, de agravo de instrumento contra despacho de inadmissão de recurso extraordinário, provê esse agravo, determinando-se, por igual, o processamento do recurso extraordinário. A partir de qualquer dessas hipóteses, o recurso passa à alçada do Supremo Tribunal Federal. Passar à alçada do Supremo Tribunal Federal não significa, a meu ver, que os autos já se encontrem na Corte, mas que haja admissão do recurso ou determinação de processamento do recurso.”

**c) Outros precedentes.**

Há ainda outros precedentes que ensejaram a edição dos verbetes n. 634 e n. 635 da súmula da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal federal (mais precisamente do primeiro, que trata da não-competência do Supremo para conhecer, processar e julgar pedidos cautelares de comunicação de efeito suspensivo a recurso extraordinário ainda não admitido na origem): Agravo Regimental em Petição n. 1327-1 – Pernambuco, Relator CARLOS VELLOSO; Agravo Regimental em Petição n. 1.334-4 – Pernambuco, Relator CARLOS VELLOSO; Agravo Regimental em Petição n. 1.336-1, Pernambuco, Relator NELSON JOBIM; Agravo Regimental em Petição n. 1.341-7 – São Paulo, Relator NELSON JOBIM; Agravo Regimental em Petição n. 1211-9 – Ceará, Relator NÉRI DA SILVEIRA; Questão de Ordem em Petição n. 1863-0 – Rio Grande do Sul, Relator MOREIRA ALVES *etc.* Em todos os precedentes o Tribunal não admitiu sua competência para processar medida cautelar sem que o recurso extraordinário estivesse admitido na origem. Além de uma decisão do Ministro FRANCISCO REZEK, a condução do posicionamento do Supremo Tribunal Federal deu-se sobretudo em razão dos votos do

Ministro MOREIRA ALVES, depois acompanhado pelo Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE e, aí, pelo Tribunal como um todo.

Dois registros são necessários, a esta altura.

O primeiro deles, referente à posição do Ministro MARCO AURÉLIO.

Vencido na tese, assim registrou sua posição:

“Entendo que, diante do teor do artigo 800, parágrafo do Código de Processo Civil, basta ao autor da cautelar comprovar a interposição do recurso extraordinário no que tem o efeito de devolver a esta Corte o conhecimento da matéria impugnada. Aponta o nobre Ministro-Relator que, no caso, esse recurso pode ser trancado, mas, se isso vier a ocorrer, não se chega à possibilidade de exame do ato alusivo à cautelar pelo Presidente da Corte de origem. A hipótese virá a sugerir, simplesmente, o prejuízo da demanda cautelar. O que não posso compreender é que a ordem instrumental não contemple cautelar no espaço de tempo em que o processo aguarda, considerada a interposição do recurso extraordinário, simples decisão de cognição incompleta pelo primeiro de admissibilidade. É lógico que, em se tratando de uma hipótese em que já houve a interposição do recurso extraordinário, não será ele, juízo primeiro de admissibilidade, o competente para apreciar a cautelar, porque a cautelar tem que ser aforada, realmente, junto ao Supremo Tribunal Federal, com a possibilidade, como esclarecido, de vir-se a ter o prejuízo do pedido nela formulado. Se não concluirmos assim, haverá um espaço de tempo em que não se terá a parte a possibilidade de provocar esse poder cautelar abrangente na Corte competente para julgar o recurso. O parágrafo único do artigo 800 contenta-se, como está expresso nele próprio, com a simples interposição do recurso, revelando que ‘interposto o recurso’ – não há menor dúvida de que o extraordinário foi interposto – ‘a medida cautelar será requerida’. O que não se pode é inverter a ordem natural das coisas, ou seja, ajuizar cautelar antes da protocolação do recurso. Dispensável, a meu ver, é a decisão de admissibilidade desse mesmo recurso, mesmo porque ela poderá não vir à balha. O juízo primeiro de admissibilidade poderá negar seqüência ao recurso extraordinário e, nessa hipótese, aí sim, teremos a cautelar ajuizada, se não o foi em relação ao agravo, mediante o qual se ataque essa decisão negativa de trânsito do extraordinário, prejudicada. Em síntese, reafirmo, que pela letra da Lei e, também, pela razão de ser do parágrafo único do artigo 800 do Código de Processo Civil – e aí parto para a interpretação teleológica –, é suficiente, para que se tenha aberta a via do ajuizamento da cautelar, a interposição do recurso, sendo dispensável a admissibilidade, em si, já a contar, portanto, o autor da cautelar, com uma decisão de processamento do extraordinário interposto.”

O outro registro que se faz necessário refere-se ao posicionamento inicial do Supremo Tribunal Federal a respeito da competência para a comunicação de efeito

suspensivo a recurso extraordinário. Antes da edição dos verbetes n. 634 e n. 635, “(...) durante algum período, o STF reservou-se, com exclusividade, a competência para decidir do pedido de medida cautelar suspensiva dos efeitos de decisão sujeita a recurso extraordinário, subordinando, porém, a sua admissibilidade a já ter sido o RE admitido (cf. RCL 416, 3.12.92, Celso, RTJ 144/718)”, conforme ementa da Reclamação n. 1.509-2, da Paraíba, Relator (designado) SEPÚLVEDA PERTENCE. Nessa própria Reclamação, consigne-se, o Ministro MARCO AURÉLIO acabou admitindo a tese da competência do Supremo Tribunal Federal vir a depender de juízo positivo de admissibilidade do recurso extraordinário:

“(...) entendo, Senhor Presidente, que ainda na Corte de origem pode-se imprimir ao recurso extraordinário a eficácia suspensiva. Todavia, somente reconheço como instrumental adequado a provocar-se essa atuação, a demanda cautelar. Assento essa premissa pois, enquanto em relação à apelação o preceito que disciplina a atividade do juízo de admissibilidade refere-se à definição dos efeitos por esse mesmo juízo, de vez que a apelação geralmente tem o efeito suspensivo, no que concerne ao recurso extraordinário, o Código de Processo Civil é categórico. O § 2º do artigo 542 revela que os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo. Baliza, destarte, a atuação do juízo primeiro de admissibilidade no ato a ser praticado de recebimento, ou não, do recurso. Repito: os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo. Essa é a norma de regência. Agora, contamos, e o sabemos, com o poder geral de cautela, que pode ser acionado, desde que o interessado se utilize de demanda própria, que é a demanda cautelar.”

**c.1) A Reclamação n. 1.509-2, da Paraíba – relator  
(designado) SEPÚLVEDA PERTENCE.**

Uma vez tenha o Supremo Tribunal Federal decidido, em evolução aquele primeiro momento no qual entendia ser competente de forma exclusiva para o exame de pedido de comunicação de efeito suspensivo a recurso extraordinário então admitido, que antes da admissão a cautelar deveria ser postulada e examinada pelo Tribunal *a quo*, seguiu-se interessante discussão: até quando esta cautelar poderia ser decidida pela Corte de interposição, a ponto de agregar efeito suspensivo a recurso extraordinário?

O Pleno do Supremo Tribunal Federal julgou a Reclamação n. 1.509-2, relator (designado) SEPULVEDA PERTENCE, constando de sua ementa:

“O poder cautelar do Presidente do Tribunal pode exercer-se até o despacho de admissão do RE, inclusive; mas finda com a prolação desse, que devolve ao STF a jurisdição sobre o caso, nela incluída a de conceder medida cautelar da eficácia da decisão futura do recurso extraordinário (RISTF, art. 21, IV e V). Uma vez admitido o RE – com o que se instaura o poder cautelar do STF com relação a ele – usurpa-lhe a competência a decisão do Presidente do Tribunal a quo que, reconsiderando despacho anterior de indeferimento, confere efeito suspensivo ao recurso: para preservá-la, julga-se procedente a reclamação, sem prejuízo de que o pedido seja endereçado ao STF, se for o caso, mediante petição instruída com as peças necessárias.”

Em que pese nesta Reclamação tratar-se de matéria criminal, o tratamento dado pelo acórdão consubstanciou-se nas regras do direito processual civil<sup>375</sup>, e, desta forma, o entendimento final aplica-se às causas deste tipo de jurisdição.

Acresça-se ao quadro jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal que, além de ter fixado a competência antes do juízo de admissibilidade na Corte de origem para processar e julgar medida cautelar com o propósito de comunicar efeito suspensivo a recurso extraordinário, ainda ficou estabelecido que a liminar, se deferida, vigoraria até ratificação ou deixaria de vigorar até retificação do Supremo Tribunal Federal, conforme os precedentes Petição (QO) 1.881-RS/MOREIRA ALVES e a Petição (AgRg)1.903-RS/NÉRI DA SILVEIRA.

Para que fique claro: a competência do Tribunal de interposição cessa com o juízo de admissibilidade que, segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal, devolve-lhe a matéria impugnada pelo recurso extraordinário. Em outras palavras, é neste momento, não em outro, que opera-se o efeito devolutivo do recurso extraordinário.

---

<sup>375</sup> Aliás, o que é uma tônica no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Mais adiante, analisaremos as diretrizes iniciais a respeito da repercussão geral da questão constitucional versada no recurso extraordinário – enquanto requisito de admissibilidade – e veremos que inclusive nas causas criminais prevalece tal ônus, mesmo que disciplinado por lei que alterou o Código de Processo Civil.

Conduziu a definição do julgamento, contudo, o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE. Sua colocação inicial acabou preponderando no Pleno:

“(…) reconheço que, na admissão do RE, o Presidente do Tribunal a quo ainda possa conceder o efeito suspensivo. O que me causa certa estranheza é que ele mantenha o poder de reconsiderar-se, no ponto, quando já encerrada a sua jurisdição nesta fase de admissão liminar do recurso.”

A partir daí, seguiu-se interessantíssimo debate entre os Ministros SEPÚLVEDA PERTENCE e MARCO AURÉLIO, com pequena intervenção do Ministro OCTAVIO GALLOTTI, cuja transcrição parece ser oportuna ao estudo do tema:

(Ministro Marco Aurélio) – “Ministro Sepúlveda Pertence, ele manteria o poder de reconsideração quanto ao recebimento do recurso?”

(Ministro Sepúlveda Pertence) – “Não. Só conheço um caso, da Bahia, em que o Presidente ficou tão impressionado com as contra-razões do recurso especial para o TSE – ainda naquele tempo em que se admitia primeiro o recurso, para as partes arazoarem depois – as razões do recorrido o impressionaram de tal modo, que ele reconsiderou o despacho que admitira o recurso especial. Aconteceu, sim, na Bahia e foram necessários quase quatro anos para que o caso subisse ao TSE...”

(Ministro Marco Aurélio) – “Trata-se de matéria de maneira diversa, conforme se cuide de apelação ou recurso extraordinário. Na apelação, hoje, pela reforma do Código de Processo Civil, o juízo primeiro de admissibilidade, se positivo, pode ser reconsiderado, como dispõe, categoricamente, o artigo 518, parágrafo único. No extraordinário, não; com a admissibilidade, exaure-se a atuação do juízo de admissibilidade.”

(Ministro Sepúlveda Pertence) – “Nesta hipótese, parece-me que a única fórmula era, por um tipo de ‘instrumento’, chegar ao Supremo Tribunal Federal.”

(Ministro Marco Aurélio) – “Sim, a demanda cautelar que teria o recorrente para obter, no Supremo Tribunal Federal, o efeito suspensivo.”

(Ministro Sepúlveda Pertence) – “Certamente na Turma, ao acompanhar o Ministro Moreira Alves na Petição 1.872, em 07 de dezembro de 1999 – não sei se o repeti, ao votar no Pleno, na petição 1.903, da lavra do Ministro Néri da Silveira – lembrava eu que estávamos numa virada jurisprudencial contra o precedente do Ministro Celso de Mello, na Reclamação 416, adotada ao tempo em que a nossa jurisprudência era intransigente: só admitia a cautelar dada pelo Supremo Tribunal Federal e após admitido o RE. Observei, na Turma, quando do julgamento do Agravo Regimental em Petição 535, Relator o Sr. Ministro Moreira Alves, que se criava um ‘buraco negro’. E, aí, aventei, pela primeira vez, que a única solução possível de conciliar a intransigente posição do Tribunal, de não admitir a cautelar antes da admissão do RE, com a

necessidade, às vezes, de uma medida cautelar, urgente, era confiar ao Presidente do Tribunal a quo decidir a respeito, até a admissão ou não do recurso. Uma vez admitida essa fórmula – contra a orientação da Reclamação, de que foi Relator o Ministro Celso de Mello – creio que não há como impedir que o Presidente o faça, no mesmo ato, ao admitir o RE. Seria até paradoxal que, podendo fazê-lo antes, ele não o possa fazer exatamente naquele momento em que afirma a plausibilidade do recurso extraordinário. Pergunto-me, porém: depois desse momento, o recurso admitido, já não está, senão fisicamente, juridicamente entregue à jurisdição do Supremo Tribunal Federal? A meu ver, sim. Então, só por um instrumento à parte, enquanto ainda não hajam subido os autos – sobretudo se o recurso especial é admitido ou tem sua admissão pendente de agravo, por exemplo – , é que se pode pedir ao Supremo Tribunal Federal que revogue o efeito suspensivo conferido na instância a quo.”

(Ministro Octávio Gallotti) – “E, agora, na pendência do recurso especial? Essa foi a minha primeira iniciativa ao levar ao exame da Turma.”

(Minsitro Sepúlveda pertence) – “Acho que é uma medida de contra-cautela, contra a medida cautelar deferida ao RE corrente, a ser suscitada pela parte contrária. Peço vênia ao eminente Ministro-Relator para, antecipando meu voto, julgar procedente a reclamação, cassando, por conseguinte, a reconsideração do despacho que empresta efeito suspensivo ao RE, independentemente de que a parte contrária requeira ao Ministro-Relator – já a essa altura prevento – mediante instrumento formado pela peças necessárias, a cassação da decisão inicial.”

Seguiram-se os votos. O Ministro MAURÍCIO CORRÊA foi direto:

“(…) convenci-me de que, realmente, prolatado o juízo positivo de admissibilidade, a sua reforma não poderia ter sido exercitada pelo próprio Vice-Presidente do Tribunal a quo, hipótese tal que parece caracterizar-se usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal, daí porque acompanho a divergência do Ministro Pertence.”

O voto do Ministro MARCO AURÉLIO ressalta a diferença procedimental da admissão do recuso de apelação daquela destinada ao recurso extraordinário. E no mais, dele consta:

“(…) ainda na Corte de origem pode-se imprimir ao recurso extraordinário a eficácia suspensiva. Todavia, somente reconheço, como instrumental adequado a provocar-se essa atuação, a demanda cautelar. Assento essa premissa pois, enquanto em relação à apelação o preceito que disciplina a atividade do juízo de admissibilidade refere-se à definição dos efeitos por esse mesmo juízo, de vez que a apelação geralmente tem o efeito suspensivo, no que concerne ao recurso extraordinário, o Código de Processo Civil é categórico. O parágrafo 2 do artigo 542 revela que os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo. Baliza, destarte, a atuação do juízo primeiro de admissibilidade no ato a ser praticado de recebimento, ou



não, do recurso. Repito: os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo. Essa é a norma de regência. Agora, contamos, e o sabemos, com o poder geral de cautela, que pode ser acionado, desde que o interessado se utilize de demanda própria, que é a demanda cautelar. Pois bem, de forma, sob minha óptica, equivocada, ao admitir o extraordinário, o Presidente ou Vice-Presidente da Corte de origem conferiu a esse extraordinário, contrariando, assim, o texto do parágrafo 2 do artigo 542, a eficácia suspensiva. Esse ato não poderia ser atacado nem mesmo perante o Colegiado, o que se dirá alvo de um pedido de reconsideração –, uma petição encaminhada pela parte contrária da ação penal, isto é, o Ministério Público. Ao fazê-lo, quando já devolvido o conhecimento da matéria impugnada, via o recurso extraordinário, ao Supremo Tribunal Federal, o juízo usurpou, com a devida vênia do nobre Relator, a competência da Corte.”

No seu voto, o Ministro NÉRI DA SILVEIRA expressou-se da seguinte

forma:

“(...) depois de admitido o recurso extraordinário e concedido o efeito suspensivo, não cabe mais ao Presidente do Tribunal de origem reconsiderar essa decisão. Exaure-se, com a decisão de admissão do recurso extraordinário, a competência do Presidente do Tribunal, tal como sucede quando ele inadmite o recurso extraordinário; também não pode mais reconsiderar para admitir o apelo extremo; dependerá, no caso, nessa segunda hipótese, de o Relator do agravo de instrumento, no Supremo Tribunal Federal, determinar o processamento do recurso. Tanto numa hipótese com na outra, a consequência é o recurso ser encaminhado ao Supremo Tribunal Federal. Portanto, se a consequência é essa, poderá a parte pedir a revogação ou a concessão de um efeito suspensivo concedido ou negado pelo Presidente do Tribunal.”

#### **d) Decisões do Superior Tribunal de Justiça**

Antes de prosseguir o exame crítico a respeito do conteúdo dos verbetes n. 634 e n. 635 da súmula da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal, é conveniente o exame de algumas decisões do Superior Tribunal de Justiça em casos de concessão de efeito suspensivo a recurso especial.

Embora hoje o Superior Tribunal de Justiça tenha ou esteja alinhando-se ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema – isto é, entender que sua competência para este tipo de tutela inaugura-se tão e somente após o exame positivo de admissibilidade do recurso especial pelo juízo de interposição –, nem sempre foi assim.

Várias são as decisões do Superior Tribunal de Justiça que, a despeito de não haver juízo local de admissibilidade, conheceram e concederam, umas, e negaram, outras, o efeito suspensivo ao recurso especial.

Motivado, decerto, pelo posicionamento do Supremo Tribunal Federal – e até com o propósito de unificar o entendimento dos Tribunais Superiores como o do Supremo a respeito de tão caro tema (inclusive porque é um Tribunal vocacionado à unificação de entendimentos) –, o Superior Tribunal de Justiça, inicialmente em razão de posicionamento capitaneado pelos votos do Ministro FRANCIULLI NETTO, e, hoje em dia, do Ministro LUIZ FUX, vem seguindo a diretriz emanada dos verbetes n. 634 e n. 635 da súmula da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal, aplicando-os também ao recurso especial.

Deste último, é a relatoria da Medida Cautelar 10.641/RJ:

“(...) é cediço na Corte a impossibilidade de concessão do excepcional efeito suspensivo a recurso especial inadmitido pelo Juízo a quo, em sede de cautelar (Precedentes do STJ: EDcl no AgRg na MC 9129/SP, Relator Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, DJ 28.03.2005; AgRg no AgRg na MC 5147/SP, Relatora Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJ de 14.03.2005; AgRg na MC 8480/SC, Relator Ministro Franciulli Netto, Segunda Turma, DJ de 28.02.2005; AgRg na MC 7635/SP, Relator Ministro Franciulli Netto, Segunda Turma, DJ de 21.06.2004; AgRg na MC 6594/BA, Relator Ministro Paulo Medina, Sexta Turma, DJ de 10.11.2003; e AgRg na MC 1997/RS, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, DJ de 18.09.2000).”

No voto, o Ministro LUIZ FUX estabeleceu que

“(...) exige-se que o requerente demonstre a verossimilhança do que alega e do possível acolhimento do recurso especial. No presente caso, não restou demonstrado o preenchimento dos requisitos autorizadores do deferimento de medida cautelar. Isso porque o recurso especial encontra-se pendente de apreciação de sua admissibilidade pelo Tribunal de origem, a atrair a incidência dos recentíssimos verbetes sumulares ns. 634 e 635 do STF. (...) É certo que à instância *a quo* caberia o exame de procedência da presente medida, haja vista que ainda não esgotada a sua prestação jurisdicional.”

No AgRg na MC 10.101/RJ, relatado pelo Ministro PAULO MEDINA, o Tribunal assentou tanto que (i) “não se conhece de medida cautelar em que se pleiteia a atribuição de efeito suspensivo a recurso especial na hipótese em que ausente, na origem a interposição do recurso”, quanto que (ii) “não se conhece de medida cautelar em que se pleiteie a atribuição de efeito suspensivo a recurso especial na hipótese em que ausente, na origem, o juízo positivo de admissibilidade recursal.” Ainda consta da decisão:

“a concessão de medida cautelar para a atribuição de efeito suspensivo a recurso especial reclama o preenchimento dos seguintes requisitos: periculum in ora, possibilidade de lesão grave e de difícil ou impossível reparação, e fumus boni juris, plausibilidade do direito subjetivo invocado. Exige-se, outrossim, o juízo positivo de admissibilidade do recurso especial pelo Tribunal a quo (...) inviável, destarte, a pretendida atribuição de efeito suspensivo ao recurso, porquanto ainda não instaurada a jurisdição cautelar desta Colenda Corte de Justiça.”

No exame de agravo regimental no âmbito de Medida Cautelar objetivando exatamente a comunicação de efeito suspensivo a recurso especial ainda não admitido na origem, o Ministro FRANCISCO FALCÃO relatou o processo 11.836/SP, que teve a seguinte decisão:

“MEDIDA CAUTELAR. NEGATIVA DE SEGUIMENTO. RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTOS PARA A CONCESSÃO DA CAUTELA. Na análise de medida cautelar que busca atribuir efeito suspensivo ao recurso especial tem toda relevância a viabilidade do recurso especial, por isso deve-se observar se o recurso vinculado tem condições de admissibilidade pois, em caso negativo, tem-se prejudicado o exame da tutela de urgência.”

Percebe-se, pelas decisões acima, que o Superior Tribunal de Justiça tem adotado o entendimento do Supremo Tribunal Federal e estendido ao recurso especial o alcance dos verbetes n. 634 e n. 635 da súmula do Supremo.

Sobreleva destacar, ainda, que o Superior Tribunal de Justiça tem concedido medidas cautelares para o fim de destrancar recurso especial que, *de lege lata*, deveria ser processado sob o regime de retenção (CPC, 542, § 3º). Nas duas decisões

selecionadas para este trabalho, o Superior Tribunal de Justiça acolheu em parte a medida cautelar para o fim de destrancar o processamento do especial; julgou-a improcedente, todavia, no correspondente à concessão do efeito suspensivo.

Na MC 9.989/SP, Relator Ministro LUIZ FUX, a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu que o destrancamento era possível, mas não a concessão do efeito suspensivo uma vez que este dependeria da admissão do especial para ser examinado pelo Tribunal *ad quem*.

Contudo – e chamamos atenção para o detalhe – na MC 10.811/RJ, Relator Ministro JOSÉ DELGADO, também a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça julgou procedente a cautelar para o destrancamento e improcedente para a comunicação de efeito suspensivo; todavia, nesta última parte, não porque o recurso ainda não estava admitido – o que soa lógico, pois um dos propósitos da cautelar era o destrancamento do recurso –, mas por fundamento outro:

“a extensão de efeito suspensivo ao recurso especial só deve ocorrer em situações excepcionais quando retratadas estejam, de modo potencializado, a fumaça do bom direito e o perigo da demora. Na espécie, não se vislumbra especial hipótese capaz de embasar o empréstimo de eficácia suspensiva pretendida (...).”

Este julgamento – realizado em sessão datada de 19 de outubro de 2006, portanto, recente – poderia, a exemplo do anterior, ter julgado improcedente o pedido de comunicação de efeito suspensivo com suporte nos verbetes n. 634 e n. 635/STF; contudo, não o fez, dando a entender que se os requisitos clássicos das cautelares estiverem presentes, a ação poderia ser no todo, não apenas em parte, julgada procedente. Mas é uma ilação.

#### **4.4.1.1.II *Posicionamento crítico.***

Colocadas as decisões que vêm sendo proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça e, notadamente, pelo Supremo Tribunal Federal sobre o tema da concessão de efeito suspensivo aos recursos constitucionais que lhes são dirigidos – o especial e o extraordinário – , é possível, agora, a propositura de exame crítico a respeito da necessidade da admissão dos recursos para que as cautelares possam vir a ser requeridas no juízo *ad quem*.

Analisaremos as decisões que vêm sendo tomadas pelo Supremo e pelo Superior. Antes do exame do seu ponto central (a vinculação do juízo *a quo*, para o exame de admissibilidade do extraordinário, se comunicado efeito suspensivo ao recurso pelo Supremo Tribunal Federal), comentaremos algumas premissas, ao nosso ver equivocadas, daqueles precedentes.

#### **a) *Decisões do Supremo Tribunal Federal***

##### **a.1) *Decisão relatada pelo Ministro NÉRI DA SILVEIRA***

“(…) o Supremo Tribunal Federal somente pode dar curso a medida cautelar, de caráter incidental, para conferir efeito suspensivo a recurso extraordinário, se e quando o apelo estiver submetido a seu julgamento, quer porque tramita na Corte, quer porque a esta já foi remetido, após regular admissão pelo Presidente do Tribunal a quo, quer inclusive porque se determinou o processamento do recurso, ao prover agravo de instrumento contra despacho presidencial que não o admitira. Não ocorrendo qualquer dessas situações, o recurso extraordinário ainda não está no âmbito de decisão do STF, não sendo juridicamente possível conferir-lhe efeito suspensivo, por via de medida cautelar, que, desse modo, se reveste de índole incidental. Vinculada, em tal situação, a cautelar ao recurso extraordinário, em ordem de emprestar-lhe eficácia especial, de natureza suspensiva dos efeitos do julgado recorrido, pressuposto ao deferimento da providência cautelar é a viabilidade do

processamento do apelo extremo, o que se sujeita a disciplina legal e juízo de admissibilidade.”

As expressões *se e quando o apelo estiver submetido a seu julgamento e o recurso extraordinário ainda não está no âmbito de decisão do STF* merecem exame crítico.

## ***a.2) Decisão relatada pelo Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE***

“O poder cautelar do Presidente do Tribunal pode exercer-se até o despacho de admissão do RE, inclusive; mas finda com a prolação desse, que devolve ao STF a jurisdição sobre o caso, nela incluída a de conceder medida cautelar da eficácia da decisão futura do recurso extraordinário (RISTF, art. 21, IV e V). Uma vez admitido o RE – com o que se instaura o poder cautelar do STF com relação a ele – usurpa-lhe a competência a decisão do Presidente do Tribunal a quo que, reconsiderando despacho anterior de indeferimento, confere efeito suspensivo ao recurso: para preservá-la, julga-se procedente a reclamação, sem prejuízo de que o pedido seja endereçado ao STF, se for o caso, mediante petição instruída com as peças necessárias.”

As expressões *que devolve ao STF a jurisdição sobre o caso e com o que se instaura o poder cautelar do STF com relação a ele* merecem exame crítico.

### ***a.2.1) Voto do Ministro MARCO AURÉLIO***

“Pois bem, de forma, sob minha óptica, equivocada, ao admitir o extraordinário, o Presidente ou Vice-Presidente da Corte de origem conferiu a esse extraordinário, contrariando, assim, o texto do § 2º do art. 542, a eficácia suspensiva. Esse ato não poderia ser atacado nem mesmo perante o Colegiado, o que se dirá alvo de um pedido de reconsideração -, uma petição encaminhada pela parte contrária da ação penal, isto é, o Ministério Público. Ao fazê-lo, quando já devolvido o conhecimento da matéria impugnada, via o recurso extraordinário, ao Supremo Tribunal Federal, o juízo usurpou, com a devida vênia do nobre Relator, a competência da Corte.”

A expressão *quando já devolvido o conhecimento da matéria impugnada* merece exame crítico.

### ***a.2.2) Voto do Ministro NÉRI DA SILVEIRA***

“(…) depois de admitido o recurso extraordinário e concedido o efeito suspensivo, não cabe mais ao Presidente do Tribunal de origem reconsiderar essa decisão. Exaure-se, com a decisão de admissão do recurso extraordinário, a competência do Presidente do Tribunal, tal como sucede quando ele inadmite o recurso extraordinário; também não pode mais reconsiderar para admitir o apelo extremo; dependerá, no caso, nessa segunda hipótese, de o Relator do agravo de instrumento, no Supremo Tribunal Federal, determinar o processamento do recurso. Tanto numa hipótese com na outra, a consequência é o recurso ser encaminhado ao Supremo Tribunal Federal. Portanto, se a consequência é essa, poderá a parte pedir a revogação ou a concessão de um efeito suspensivo concedido ou negado pelo Presidente do Tribunal.”

A expressão “exaure-se, com a decisão de admissão do recurso extraordinário, a competência do Presidente do Tribunal” merece exame crítico.

### ***b) Decisões do Superior Tribunal de Justiça***

#### ***b.1) Decisão relatada pelo Ministro LUIZ FUX***

“(…) exige-se que o requerente demonstre a verossimilhança do que alega e do possível acolhimento do recurso especial. No presente caso, não restou demonstrado o preenchimento dos requisitos autorizadores do deferimento de medida cautelar. Isso porque o recurso especial encontra-se pendente de apreciação de sua admissibilidade pelo Tribunal de origem, a atrair a incidência dos recentíssimos verbetes sumulares ns. 634 e 635, do STF. (...) É certo que à instância *a quo* caberia o exame de procedência da presente medida, haja vista que ainda não esgotada a sua prestação jurisdicional.”

A expressão *ainda não esgotada a sua prestação jurisdicional* merece exame crítico.

***b.2) Decisão relatada pelo Ministro PAULO MEDINA***

“A concessão de medida cautelar para a atribuição de efeito suspensivo a recurso especial reclama o preenchimento dos seguintes requisitos: *periculum in mora*, possibilidade de lesão grave e de difícil ou impossível reparação, e *fumus boni juris*, plausibilidade do direito subjetivo invocado. Exige-se, outrossim, o juízo positivo de admissibilidade do recurso especial pelo Tribunal a quo (...) inviável, destarte, a pretendida atribuição de efeito suspensivo ao recurso, porquanto ainda não instaurada a jurisdição cautelar desta Colenda Corte de Justiça”.

A expressão *porquanto ainda não instaurada a jurisdição cautelar desta Colenda Corte de Justiça*, a seu turno, merece exame crítico.

Assim – e sem sermos demasiado repetitivos com transcrições – todas as expressões acima estão a merecer um mesmo exame crítico, que se inicia com a indagação a respeito da veracidade das premissas constantes em cada uma delas: será que a jurisdição do Supremo Tribunal Federal realmente só começa, em termos de recurso extraordinário – o mesmo se diga com relação ao Superior Tribunal de Justiça e o seu recurso especial – após o juízo positivo de admissibilidade?

Em todas as passagens acima, as expressões destacadas alicerçam-se na premissa segundo a qual o Supremo e o Superior só possuem jurisdição sobre o extraordinário e o especial, respectivamente, depois de que o recurso estiver admitido no Tribunal de origem.

E aí concluem que, sendo assim, o efeito suspensivo só lhe pode ser requerido – por meio de medida cautelar – se admitido o recurso.

Seja como for, não estaríamos diante de uma conclusão baseada em premissas falsas?



A resposta principia-se pela compreensão dos arts. 2º, 128, 460, 463, todos do Código de Processo Civil<sup>376</sup>, da letra a, do inciso III, do art. 102 da Constituição Federal, tudo em conjunto com a análise dos princípios recursais do devolutivo e do juiz natural do recurso extraordinário, além do próprio conceito de recurso, antes mencionado.

Na medida em que o recurso não é senão o prolongamento do direito de ação, as regras processuais aplicáveis à fase postulatória do processo são-lhe, *mutatis mutandis*, de igual forma aplicáveis.

Indispensável a explicação doutrinária de NELSON NERY JUNIOR a respeito do efeito devolutivo dos recursos:

“o efeito devolutivo é a manifestação do princípio dispositivo, e não mera técnica do processo, princípio esse fundamental do direito processual civil brasileiro. Como o juiz, normalmente, não pode agir de ofício, devendo aguardar a provocação da parte ou interessado (art. 2º do CPC), deve, igualmente, julgar apenas nos limites do pedido (art. 460 do CPC), que são fixados na petição inicial pelo autor (art. 128 do CPC), não podendo o juiz julgar extra, ultra ou infra petita. Se o fizer, estará cometendo excesso de poder”<sup>377</sup>.

E prossegue o mencionado processualista:

“transportando esses fundamentos para a esfera recursal, que é uma espécie de renovação do direito de ação em outra fase do procedimento, verificamos que o recurso interposto devolve ao órgão ad quem o conhecimento da matéria impugnada”<sup>378</sup>.

---

<sup>376</sup> Mais adiante neste trabalho desenvolveremos tese segundo a qual as regras clássicas do processo civil devem receber certo temperamento, quando se trata de recurso dirigido e em processamento perante o Supremo Tribunal Federal. Este temperamento – que, veremos, prepondera no julgamento do recurso extraordinário, como, por exemplo, no que refere a oposição de embargos de declaração para a fixação de termo inicial da eficácia de suas decisões, ou, até, mais, a própria possibilidade de fixação de termo inicial de produção de efeitos a acórdãos proferidos em sede de recurso extraordinário – poderia justificar a corrente segundo a qual o efeito suspensivo a recurso extraordinário devesse ser dado pelo tribunal de interposição, até a admissão, ou pelo Supremo Tribunal Federal, quando positivo o juízo provisório. Embora sustentemos a tese da flexibilização das normas processuais para a prevalência da função constitucional do Supremo Tribunal Federal – e não queremos aqui constituir paradoxo, muito menos sustentar posições contraditórias neste trabalho – não nos parece que tal linha de raciocínio possa justificar a idéia lançada nos verbetes n.ºs 634 e 635 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

<sup>377</sup> **Princípios fundamentais...cit.**

<sup>378</sup> **Idem, ibidem.**

Assim, de acordo com a linha de raciocínio acima desenvolvida, a devolução é percebida com a interposição – e não com a admissão – do recurso e dirige-se ao órgão julgador, não mais ao que houvera decidido. Este – aliás e por força do artigo 463 do Código de Processo Civil – não pode mais alterar sua decisão, senão para corrigir inexatidão material ou erro de cálculo, numa hipótese, ou por meio de embargos de declaração, por outra.

É de NERY e NERY a lição sobre a atividade do juiz depois da sentença – que pode ser compreendida também como a do Tribunal, depois do acórdão. Para eles:

“cabe ao juiz, após a prolação da sentença, apenas verificar os pressupostos de admissibilidade do eventual recurso contra a mesma interposto, deixando ao tribunal ad quem a matéria restante (...)”<sup>379</sup>.

Ora, uma vez que o ofício jurisdicional encerra-se com a sentença ou com o acórdão – que só podem ser modificados na forma do artigo 463 do Código de Processo Civil, pela mesma autoridade que a tiver prolatado, ou mediante recurso, por outra que lhe seja superior – e uma vez que encerrado o ofício jurisdicional, o juiz (leia-se também Tribunal) só pode decidir sobre a admissão do recurso interposto contra aquela decisão, parece haver um equívoco nas premissas dos acórdãos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça segundo as quais estas Cortes só têm jurisdição depois da admissão do extraordinário ou do especial, conforme o caso.

Segundo NELSON NERY JUNIOR “(...) o recurso interposto devolve ao órgão ad quem o conhecimento da matéria impugnada”. De sua vez, disseram-no, NERY e NERY que:

“cabe ao juiz, após a prolação da sentença, apenas verificar os pressupostos de admissibilidade do eventual recurso contra a mesma interposto, deixando ao tribunal ad quem a matéria restante”.

---

<sup>379</sup> **Idem, ibidem.**

Tais doutrinadores, juntos, não disseram que a admissão do recurso devolve – ela, não a interposição – a matéria ao órgão julgador hierarquicamente superior, nem ressaltaram que, depois de publicada a sentença (ou o acórdão) pudesse o órgão julgador, Tribunal de interposição, juízo *a quo*, fazer mais do que examinar a admissibilidade do recurso que se lhe foi interposto.

Em outras palavras, de um lado, a jurisdição local ou regional encerra-se com a publicação do acórdão, podendo atuar apenas na forma do artigo 463 do Código de Processo Civil, ou, se interposto recurso extraordinário e/ou especial, no juízo de admissibilidade; de outro lado, é a interposição – e não a admissão – que gera o efeito devolutivo próprio e comum a toda e qualquer espécie recursal (sendo, como se disse, *sui generis* para os declaratórios e com a ressalva da apelação regida pelo artigo 296 do Código de Processo Civil, ou mesmo do juízo de retratação do recurso de agravo quando interposto sob o regime de instrumento ou das reconsiderações ínsitas aos agravos *regimentais*).

Se a jurisdição é encerrada com a publicação da decisão, salvo as hipóteses do artigo 463 do Código de Processo Civil, e se é a interposição e não a admissão do recurso que gera o efeito devolutivo, então, é falsa a premissa de que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça só passariam a ter jurisdição sobre o recurso extraordinário ou sobre o recurso especial, respectivamente, depois de admitidos na instância de interposição.

Assim como o prequestionamento há de ser verificado no bojo do acórdão e não nas razões que a parte tenha deduzido ao longo do processo – notadamente no recurso extraordinário ou no recurso especial –, o efeito devolutivo está na petição de interposição, e não na admissão do recurso.

Novamente e sobre o ponto, a lição de NELSON NERY JUNIOR segundo a qual:

“(...) o juízo destinatário do recurso somente poderá julgar o que o recorrente tiver requerido nas suas razões de recurso, encerradas com o pedido de nova decisão. É esse pedido de nova decisão que fixa os limites e o âmbito de devolutividade de todo e qualquer recurso (tantum devolutum quantum appellatum). Daí a razão pela qual o efeito devolutivo pressupõe sempre o ato de impugnação – a interposição do recurso (...)”<sup>380</sup>.

Aliás, tanto é verdadeira a afirmação de que o efeito devolutivo decorre da interposição do recurso que, por hipótese, a admissão de recurso especial ou de recurso extraordinário por apenas um dos fundamentos de que se tenha valido o recorrente não obsta o exame do recurso como um todo.

Assim, e de forma contrária, se fosse a admissão que fixasse a devolutividade recursal – e não a interposição, como se proclama –, naquelas hipóteses, o recurso especial ou o recurso extraordinário ficariam limitados ao ponto em virtude do qual determinara-se o processamento recursal.

De forma a ficar mais claro que a matéria é devolvida apenas e tão-somente ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça, em casos respectivamente de interposição de recurso extraordinário e de recurso especial, e não à Presidência ou Vice-Presidência dos Tribunais Estaduais ou Regionais (além do órgão do Juizado Especial, para o caso do extraordinário), que somente deliberam sobre admissão recursal – não mais do que isto –, novamente a lição de NERY e NERY:

“(efeito devolutivo) é manifestação do princípio dispositivo, impedindo que o tribunal conheça de matéria que não foi objeto do pedido do recorrente (CPC 128 e 460). O recurso interposto devolve ao tribunal ad quem a matéria efetivamente impugnada. O tribunal só pode julgar o que estiver contido nas razões de recuso, nos limites do pedido de nova decisão”.

---

<sup>380</sup> **Princípios...cit.**

Se bem que a comunicação de efeito suspensivo a recurso não equivalha ao julgamento do seu mérito, parece-nos que ela somente possa ser examinada pelo órgão recursal *ad quem*, não *a quo*. Na mesma linha de raciocínio, deve-se considerar, há substancial diferença entre o juízo de admissibilidade, a comunicação de efeito suspensivo e o mérito recursal. De sorte que não é dado ao órgão que faz a análise da admissibilidade do recurso (tribunal *a quo*) fazer também o exame da suspensividade dos efeitos da decisão objeto daquele recurso, que ainda não disse caber ou não caber.

Com isso, chegaríamos necessariamente à conclusão inicialmente já negada pelo Supremo Tribunal Federal segundo a qual, antes da admissão do recurso, não haveria autoridade (ou Tribunal) competente para a concessão de medidas cautelares que viessem a suspender a eficácia da decisão objeto do recurso extraordinário ou do recurso especial – conclusão esta que encerraria malferimento constitucional, especificamente à cláusula do amplo acesso.

Sabendo, todavia, que este hiato de tempo seria por demasiado prejudicial ao jurisdicionado – com reflexos da mais variada ordem, desde a jurídica até a econômica –, relativizaram-se conceitos processuais a permitir que o juízo *a quo* – competente somente para o exame de admissibilidade do recurso – pudesse também decidir sobre a comunicação de efeito suspensivo a recurso especial e extraordinário, mesmo quando encerrada a sua atividade jurisdicional.

Se esta fosse a solução, o remédio seria o mandado de segurança e não a medida cautelar, porque ele seria impetrado, indubitavelmente, como se tivesse como objeto o próprio acórdão contra o qual interpusera(m)-se (ou mesmo susceptível de) o recurso extraordinário, o recurso especial ou ambos, no próprio juízo *a quo* recursal.

Todavia, não nos parece – e isto ficou muito claro nos posicionamentos do Supremo Tribunal Federal, notadamente nos votos do Ministro MARCO AURÉLIO – que o meio para se comunicar efeito suspensivo a recurso extraordinário ou a recurso especial pudesse ser o mandado de segurança.

O meio, não há dúvida, é a medida cautelar (com a ressalva de que, no Supremo Tribunal Federal, o seu Regimento Interno a prevê sob a rubrica de “petição” – quando interposta como medida cautelar, invariavelmente é suscitada de ofício questão de ordem para que o processamento seja feito na forma regimental, e não como cautelar propriamente dita).

Assim – e partindo-se para outra linha de raciocínio para confirmar a tese de que a competência para a concessão de efeito suspensivo a recurso especial e a recurso extraordinário é do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, respectivamente e independentemente de haver ou não juízo (positivo) de admissibilidade – convém examinar, pelo menos de forma perfunctória, a doutrina do processo cautelar no ordenamento jurídico brasileiro.

Nas decisões do Supremo Tribunal Federal tidas como precedentes dos verbetes n.ºs 634 e 635, da sua súmula da respectiva jurisprudência predominante, cogitou-se, assim como no Superior Tribunal de Justiça, da natureza incidental desta medida cautelar que tem como propósito o de comunicar efeito suspensivo a recurso especial ou a recurso extraordinário.

Das modalidades de medidas cautelares previstas no ordenamento jurídico brasileiro – preparatória e incidental, conforme o artigo 796 do Código de Processo

Civil –, pode-se afirmar que a cautelar que tenha por escopo suspender a eficácia de acórdão objeto de recurso especial e/ou recurso extraordinário tem natureza de medida incidental.

Incidental porque, em sendo o recurso um prolongamento do direito de ação, ela encontrará um processo em andamento, em curso, de sorte que não se pode tratá-la como preparatória, cujo pressuposto é a inexistência da relação jurídica-processual, que inaugura.

Seja como for, o certo é que a medida cautelar preparatória e a medida cautelar incidental, ambas, têm natureza comum de acessoriedade<sup>381</sup> em relação ao processo principal.

O artigo 800 do Código de Processo Civil é claro ao estabelecer que “as medidas cautelares serão requeridas ao juiz da causa; e, quando preparatórias, ao juiz competente para conhecer da ação principal”.

Antes mesmo de explorar o alcance do seu parágrafo único, sobreleva dizer que tanto a cautelar dita preparatória, quanto a cautelar chamada incidental, ambas, têm regra comum para que seja fixada a competência.

Assim sendo, como de fato nos parece ser, competente será, em qualquer caso, o juiz da ação principal, de que a cautelar seja acessória, quer ele esteja em

---

<sup>381</sup> Foi por isto que Humberto THEODORO JÚNIOR (**Processo Cautelar**, São Paulo, LEUD), a partir da premissa de que há uma única lide, escreveu sobre a cautelar e sua acessoriedade: “por sua natureza e por seu fim específico, a eficácia da medida preventiva obtida por meio da ação cautelar é essencialmente temporária e provisória: só dura enquanto se aguarda a solução do processo de cognição ou de execução, que é o principal, o que soluciona realmente a lide; e destina-se forçosamente a ser substituída por outra medida que será determinada, em caráter definitivo pelo processo principal. É por isso mesmo que a admissibilidade do processo cautelar pressupõe sempre a do processo principal, cuja eficácia há de ser assegurada pelo primeiro. Nesse sentido, dispõe, textualmente, o art. 796 do nosso Código de Processo Civil que, embora o procedimento cautelar possa ser instaurado antes ou no curso do processo principal, aquele é deste ‘sempre dependente’. É atento a essa particularidade que Liebman ensina que ‘a ação cautelar é sempre ligada a uma relação de complementariedade a uma ação principal, já proposta ou da qual se anuncia a próxima propositura. Há, portanto, no sistema do nosso Código, em razão de uma mesma lide, ‘o processo principal e o acautelatório’.

curso – hipótese em que atrairá, por assim dizer, a propositura da cautelar –, quer ela não esteja em curso, servindo a cautelar como preparatória – hipótese em que ele será também o competente para conhecer da ação principal ou, mais tecnicamente, que ele também terá sido competente para conhecer, processar e julgar a ação cautelar exatamente em função de sua competência para o julgamento da ação ainda a ser ajuizada, que ela prepara.

Sempre na linha de que a cautelar para comunicar efeito suspensivo a recurso extraordinário ou a recurso especial é incidental – o que pressupõe que há relação jurídica-processual em andamento, dado ser o recurso um prolongamento do direito de ação –, e, ainda, que as cautelares têm como característica maior o fato de serem acessórias à ação principal – sobretudo porque servem (em regra) a outra demanda, não a si mesmas –, parece-nos irrecusável a aplicação do artigo 93 e, mais diretamente, do artigo 108, ambos do Código de Processo Civil, situados no Capítulo I do Título IV do Livro I, versando, um e outro, sobre competência.

Ainda que se pudesse defender a idéia de que a competência para exame daquelas mencionadas cautelares fosse dos Tribunais de interposição, ter-se-ia que admitir, quando menos, que, dada a natureza acessória da medida cautelar, teria lugar a modificação da competência versada no artigo 108 do Código de Processo Civil<sup>382</sup>. Mas isso, apenas se fosse o caso de tão argumentativo exame. Mas não é.

---

<sup>382</sup> Comentando o disposto no artigo 108 do Código de Processo Civil, NERY e NERY estabelecem que “é do juízo competente para a ação principal (a competência para julgar a ação acessória). Caso a acessória seja antecedente, o autor deverá ajuizá-la no juízo competente para julgar a futura ação principal; se já estiver finda a ação principal ou se a acessória for incidente, deve ser dirigida ao juiz por onde já tramita ou tramitou a causa principal.” (**Código de Processo Civil...cit.**)



De qualquer forma, segundo o artigo 108 do Código de Processo Civil a *ação acessória*<sup>383</sup> *será proposta perante o juiz competente para a ação principal.*

Consoante seja o recurso um prolongamento do direito de ação – premissa que alicerça o desenvolvimento da tese segundo a qual a cautelar deve ser requerida junto ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça, a despeito de verificado ou não o exame de admissibilidade – e, assim, que a cautelar é acessório do extraordinário ou do especial, parece-nos bastante razoável admitir que ao Supremo e ao Superior caiba julgar o pedido de efeito suspensivo, porque a eles caberá o exame do recurso extraordinário e do recurso especial, respectivamente.

A regra de competência para conhecer, processar e julgar medidas cautelares – inclusive em razão da modificação de competência de que trata, por força da acessoriedade, o artigo 108 do Código de Processo Civil – é clara o suficiente, segundo nosso entendimento, para comover a tese balizadora dos verbetes n.ºs 634 e 635, ambos do Supremo Tribunal Federal, que nem seria necessário examinar o conteúdo do parágrafo único do artigo 800 do Código de Processo Civil, que foi explicitado pelo mencionado artigo 108<sup>384</sup>.

---

<sup>383</sup> Conforme Antonio Claudio da Costa MACHADO (*Código...cit.*, p. 425): “a acessoriedade, como fenômeno modificador da competência, nada mais é do que uma forma particularizada de conexão: o acessório, por isso, segue o principal. Explicita esta regra o art. 800, segunda parte, que vincula todas as ações cautelares, que são acessórias, às ações principais; e também a primeira parte do art. 800, que afirma ser competente para a ação cautelar preparatória o juízo que seria competente para a ação principal.” Conforme o referido processualista, ainda, “o art. 108 é regra de competência funcional no plano horizontal.”

<sup>384</sup> Antonio Cláudio da Costa MACHADO (*Código...cit.*, p. 1.346) assim explica o conteúdo do parágrafo único do artigo 800 do Código de Processo Civil: “a nova e clara redação deste parágrafo único coloca uma pedra sobre a grande discussão que se travou em torno do antigo texto: hoje já não importa, em absoluto, a urgência do provimento cautelar, bastando ter sido interposto o recurso para que se transfira ao tribunal a competência para conceder ou não a liminar e para conduzir o processo até final julgamento. Note-se que o presente dispositivo consubstancia regra geral, de sorte que, à falta de previsão específica em contrário, todas as cautelares incidentes aos processos em fase recursal serão ajuizadas diretamente no tribunal.” Registre-se que, na sequência do comentário, o doutrinador paulista expõe as exceções à regra: “as exceções ficam por conta das disposições legais dos arts. 853 (alimentos provisionais) e 880, § 1º (atentado) –, além do art. 940, § 1º, que, contudo, não diz respeito a processo cautelar – em que a competência é do juízo monocrático.” O mesmo processualista ainda faz dupla e correta advertência, que o preocupa: “finalmente, sobre a opção legislativa pela instituição de competência do tribunal com o regra, queremos registrar nossa preocupação em pelo menos dois aspectos: primeiro, nossos tribunais não estão aparelhados para o processamento de ações cautelares; e segundo, a nova competência estabelecida aumentará significativamente o volume de trabalho nos pretórios. Todavia, nem

De qualquer forma, parece-nos que a competência para o exame de cautelar que postule pela comunicação de efeito suspensivo a recurso extraordinário ou a recurso especial só possa ser do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça uma vez que, *de lege lata, interposto o recurso, a medida cautelar será requerida diretamente ao tribunal* (art. 800, parágrafo único do CPC)<sup>385</sup>. Há exceções<sup>386</sup> ao comando, mas elas vêm expressas senão no próprio Código de Processo Civil, em legislação extravagante.

---

a deficiência da máquina do Judiciário e nem o aumento de volume de trabalho no Supremo Tribunal Federal legitimam os verbetes n.ºs 634 e 635 da súmula da sua jurisprudência predominante.”

<sup>385</sup> Há um interessante ponto de vista sobre o artigo 800 e seu parágrafo único do Código de Processo Civil. Humberto THEODORO JÚNIOR, coadunando com a crítica negativa a respeito das regras de competência para as medidas cautelares emanada por Ovídio A. Baptista da SILVA (**Curso de Processo Civil**, v. 3, São Paulo, Revista dos Tribunais, sobre a qual, a este propósito, trataremos a seguir, em sede de nota de rodapé) chegou a defender que a competência para comunicar efeito suspensivo a recurso de apelação só recebido no efeito devolutivo nem do Tribunal de segunda instância deveria ser, senão do próprio juiz da causa. É porque a ele, e não ao Tribunal, compete processar a execução do título judicial impugnado e sujeito apenas à devolutividade. Eis o raciocínio do professor mineiro: (...) entendo que o atual parágrafo único do art. 800, assim como a segunda parte do antigo artigo 682, são exceções à regra geral de que a competência cautelar cabe, normalmente, ao juiz de primeiro grau de jurisdição. Só excepcionalmente, em casos de real urgência, quando à parte é mais prático dirigir-se ao relator, do que ao juiz de primeiro grau, é que aquele se tornará competente para apreciar a pretensão cautelar incidental. Nosso ponto de vista se prende ao raciocínio de que a cautela concedida à parte se refere à eficácia da sentença, eficácia que se faz atuar não no processo de conhecimento onde foi proferida a sentença, mas no posterior processo de execução que será movido não perante o Tribunal ad quem, mas sim perante o juízo a quo. O processo principal que se visa garantir com a cautela não é o processo em que a decisão foi proferida, visto que este já alcançou em boa parte a sua finalidade. Se mesmo após a sentença ainda subsiste a possibilidade de dano ao interesse da parte, é porque a sentença desafiará execução e assim o risco de dano passa a ser enfrentado pelo processo executivo e não mais pelo processo de conhecimento. Daí porque a competência cautelar é do juiz de primeiro grau e não do Tribunal, pois é aquele e não este o juiz da execução.” Sendo mais específico com relação à situação versada nesta parte do trabalho – a de comunicação de efeito suspensivo a recurso recebido apenas no efeito devolutivo –, Humberto THEODORO JÚNIOR foi além: “se a questão oferece dificuldades nas hipóteses normais de recurso com efeito suspensivo, torna-se singela quando o processo principal se submete a eficácia apenas devolutiva da impugnação recursal. É que, então, sendo a execução provisória possível, sua competência é exclusiva do juiz da causa e não do tribunal. Assim, qualquer medida cautelar que venha a ser processada, com relação ao mesmo processo, será acessória da aludida execução provisória e competirá ao juiz de primeiro grau de jurisdição, segundo a regra comum do caput do art. 800, sem qualquer interferência do disposto no seu parágrafo único.” Em que pese o raciocínio do professor mineiro não ser claro e textual quanto à situação do recurso extraordinário e da cautelar para comunicar-lhe efeito suspensivo (bem entendido: suspender a eficácia do acórdão objeto do recurso), é possível compreender de sua redação que esta hipótese também convergisse para a competência do juízo de primeiro grau, que é o competente para a execução provisória – já que é ela, não o recurso (processo de conhecimento em continuidade), que gera ou poderia gerar dano à parte. Compreende-se o raciocínio, como se disse, de modo a que alcance a situação concreta do recurso extraordinário porque o professor usou a expressão eficácia apenas devolutiva da impugnação recursal: se quisesse referir-se exclusivamente à apelação, a teria especificado. Mas não, preferiu generalizar com a expressão impugnação recursal, gênero da qual a apelação e o extraordinário são espécies. Daí pode-se dizer, consoante o raciocínio de Humberto THEODORO JÚNIOR, que a cautelar para comunicar efeito suspensivo ao recurso extraordinário não seria de competência do Supremo Tribunal Federal, nem do Tribunal Estadual ou Regional de interposição, nem do órgão do juizado especial, mas sim do juiz processante da execução.

<sup>386</sup> Paulo Afonso Garrido de PAULA (In: Antônio Carlos MARCATO (Coord.), **Código de Processo Civil interpretado**, São Paulo, Atlas, 2005) explica que “em regra basta a interposição do recurso para o deslocamento da competência das cautelares para o tribunal, mesmo que a impugnação encontre-se em

Evidente que a referência ao Tribunal só pode ser ao juízo *ad quem* do recurso, e não ao juízo *a quo*. É porque a cautelar deve ser requerida, se (já) interposto o recurso, ao Tribunal ao qual competir julgá-lo, não a quem, juiz ou Tribunal, compita apenas e tão-somente o exame de admissibilidade recursal.

No direito processual civil brasileiro, a regra é a de que o juiz da ação principal seja também o juiz da ação acessória (e não pretendemos voltar à discussão acerca da natureza jurídica da cautelar).

Aliás, será verificada a competência para a cautelar em função da competência da ação principal.

Foge dos parâmetros usuais do processo civil brasileiro<sup>387</sup> a atribuição de competência para exame de cautelar por quem não seja competente para a ação principal.

---

processamento perante o juízo a quo. Prevaleceu o critério funcional em razão da necessidade de conformar o resultado do processo principal, sujeito à revisão pelo processo principal, sujeito à revisão do tribunal em razão da interposição de recurso, com a medida que vise a garantir sua eficácia, de modo que o juízo ad quem desde logo possa aferir a instrumentalidade da pretensão cautelar.” É conveniente ainda que se exponham dois argumentos pertencentes a este doutrinador: o primeiro, em tom de esclarecimento, no sentido de que “o objeto do processo cautelar instaurado no tribunal não pode compreender matéria que tenha precluído em razão da falta de impugnação recursal, de vez que assumiria a feição de substitutivo ou de aditamento ao recurso interposto, contrariando o princípio da regularidade formal e em especial o disposto nos arts. 473 e 515 do CPC”; e, o segundo, trazendo outra exceção nas hipóteses e casos “quando se tratar de recurso em que esteja previsto o juízo de retratação, como, por exemplo, a apelação vinculada ao sistema do Estatuto da Criança e do Adolescente, a competência permanece ainda no juízo originário ante à possibilidade de modificação do julgado cujo resultado possa encontrar-se ameaçado de lesão grave, irreparável ou de difícil reparação.”

<sup>387</sup> Como já deixamos entrever, não pode passar despercebida, contudo, a crítica negativa de Ovídio A. Baptista da SILVA (**Curso...cit.**) à disciplina rígida da competência para as ações cautelares, resquício, segundo ele, do Código de 1939, que deixou-se seduzir pelos princípios da doutrina européia sobre a tutela cautelar, para a qual as medidas cautelares definem-se como instrumento de ‘defesa da jurisdição’ e, portanto, devem funcionar como salvaguardas da incolumidade da sentença (de procedência!) do processo principal. Em que pese a contrariedade do professor gaúcho à sistemática do regime de competência das cautelares previstos no Código de Processo Civil – notadamente no parágrafo único do artigo 800, que dirige-se às hipóteses de interposição de recurso e cautelar subsequente –, deve-se ponderar que endereçam-se, elas, ao sistema, e não à situação particular de concessão de efeito suspensivo a recurso extraordinário por medida cautelar. É claro o alcance da crítica mencionada: “dado que o legislador pressupõe uma relação de dependência necessária e constante entre a ação cautelar e a ação principal, a regra de competência, aqui estabelecida, tem pretensão de ser geral a abranger todas as hipóteses. Para os que, como nós, admitem que possa haver ação cautelar sem haver necessariamente ação principal, surge uma clara lacuna na disciplina legal sobre competência para as cautelares antecedentes que não sejam preparatórias.” Depois de criticar, o citado autor conclui e sugere: “admitida, como nós o admitimos decididamente, a existência de cautelares autônomas, que prescindem de uma ação principal subsequente, dada a omissão do legislador em estabelecer regras gerais determinadoras da competência do Juízo, para esta classe de

Dado ser o recurso um prolongamento do direito de ação, a assertiva continua válida na medida em que ter-se-ia – como sumulado pelo Supremo Tribunal Federal – o exame da cautelar por quem, além de não ter mais jurisdição sobre a causa, senão para o exame de admissibilidade do recurso especial ou do recurso extraordinário, não possui também competência para o julgamento do recurso.

Eis os motivos que nos levam a acreditar que há um vício de premissa nos verbetes n. 634 e n. 635, da súmula da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal: a Corte *a quo* só possui competência para o exame de admissibilidade do recurso extraordinário e/ou do recurso especial.

Analisadas de forma crítica as premissas dos precedentes do Supremo Tribunal Federal – todas resumidas na não inauguração da jurisdição do Tribunal antes da admissão do extraordinário –, cabe o exame do ponto central dos verbetes n.ºs 634 e 635, ambos do STF: se o Supremo Tribunal Federal deferisse a liminar ou mesmo julgasse a cautelar para dar efeito suspensivo, seria realmente inevitável a admissão inicial do extraordinário, como dizem as decisões que ensejaram os verbetes n.ºs 634 e 635 da sua súmula de jurisprudência predominante?

E, por outra, seria correto o entendimento secundário, de que ademais, se não obstante isso, o Presidente do Tribunal *a quo* não admitir o recurso extraordinário ao qual foi dado efeito suspensivo em medida cautelar perante esta Corte, ter-se-á a esdrúxula situação de um recurso extraordinário não-admitido por quem é competente para tanto continuar a ter efeito suspensivo antes de reforma a decisão de não-admissibilidade, uma vez

---

ações, a solução deverá ser encontrada por aplicação das regras gerais sobre competência, o que, é necessário convir, não oferecerá ainda a solução desejável, mas quebrará a rigidez da disciplina imposta pelo legislador, nesse artigo 800.”

que a decisão de não-admissão na Corte de origem não tem força para reformar a concessão de cautelar dada pelo Tribunal *ad quem* que lhe é hierarquicamente superior?

O juízo de admissibilidade, o juízo de mérito e a concessão de efeito suspensivo a recurso que não o possui genuinamente – assim como a execução do título judicial que se faz na pendência deste julgamento – são fases processuais distintas em tudo e por tudo: diferem na forma; diferem no conteúdo; diferem no exame; diferem nas conseqüências e resultados; diferem, como se disse, em todos os aspectos inerentes a cada uma delas. Têm naturezas jurídicas distintas<sup>388</sup>.

---

<sup>388</sup> Convém mencionar a visão de William Santos FERREIRA, quando tratou da possibilidade de existência de verossimilhança da alegação e de prova inequívoca, como requisitos para a concessão de antecipação dos efeitos da tutela (jurisdicional) no âmbito recursal frente a uma sentença de improcedência da ação, impugnada por meio de recurso de apelação: “A devolutividade, que é efeito presente nos recursos, justamente aponta para a revisão do que foi decidido e impugnado pelo recorrente (com a observância do disposto nos arts. 514 a 516 do CPC). Esta característica aclara justamente que o julgamento do recurso não fica, obviamente, vinculado à conclusão do órgão prolator da decisão recorrida (até porque não haveria nem razão para o recurso se assim fosse!). Logo, no julgamento pode haver a integral manutenção do que foi decidido pelo juiz de primeira instância, mas isto de nenhuma maneira representa, em termos processuais, uma solução que denote que não há prova inequívoca e verossimilhança da alegação. O que se apreciará, quando do julgamento do pedido de tutela antecipada, serão as razões de apelação e a presença ou não dos requisitos do art. 273. Em síntese, o julgador, em sede recursal, analisará a probabilidade do provimento do recurso, e com isto antecipará ou não os efeitos deste. O acórdão poderá, se for o caso, alterar a sentença, substituindo-a, do que decorre que não é pelo que foi julgado pelo juiz prolator da sentença que se aferirá a presença ou não dos requisitos do artigo 273, mas sim pelo que, provavelmente, será julgado pelo órgão colegiado em sede recursal! É importante não confundir a devolutividade com a probabilidade (denominação genérica que conferimos aos requisitos do caput do art. 273 do CPC), nem tampouco com os efeitos da decisão. O efeito devolutivo, que, genericamente, é o que transfere para conhecimento da causa, normalmente, pelo tribunal superior, possibilita uma nova apreciação, daí ocorrendo que, enquanto não houver este julgamento, podemos falar, novamente (só que agora em outra instância), em probabilidade. É justamente o efeito devolutivo que obsta a preclusão e o trânsito em julgado da sentença; por isso, como não há uma certeza sobre o resultado, é que podemos ainda assim falar em verossimilhança da alegação e prova inequívoca (art. 273, caput, CPC) e, se for o caso, antecipar os efeitos da decisão, e não a decisão do órgão colegiado propriamente dita!!!” Depois, o professor paulista remata: “não há qualquer dispositivo legal que estabeleça a vinculação do órgão de segunda instância ao resultado exposto na decisão recorrida”. *Mutatis mutandis*. Assim como embora a sentença seja de improcedência pode o Tribunal conceder antecipação dos efeitos da tutela (jurisdicional) recursal, pois não há vínculo entre uma e outra decisões nem confusão entre a antecipatória e a futura, que vier a julgar o recurso de apelação, pode-se compreender que não há relação de identidade – ou de subordinação, ou mesmo impedimento – entre a decisão de concessão de efeito suspensivo a recurso extraordinário, se proferida (diretamente) pelo Supremo Tribunal Federal e a decisão futura sobre sua própria admissibilidade, no juízo de interposição. É nosso sentimento que, dada a primeira num juízo de probabilidade, a segunda pode dar-se no sentido de não admitir o processamento de um recurso que, provavelmente, poderia ser provido. Isto porque quando se faz a admissão, não se examina o mérito do recurso, mas apenas se ele é ou se ele não é cabível; assim como, naturalmente, quando o Supremo viesse a conceder efeito suspensivo a recurso extraordinário, admitindo-se ele então como Tribunal competente para fazê-lo, não está dizendo mais que há uma certa probabilidade – e aqui a probabilidade é menor, pois menor é o grau de probabilidade necessário para a concessão de uma cautelar do que de uma antecipação dos efeitos de tutela jurisdicional – de o recurso extraordinário, se admitido, ser conhecido e provido. Dada esta diferença entre juízo de admissão, juízo cautelar e juízo de mérito nas circunstâncias que tratamos (comunicação de efeito suspensivo

Desta forma, parece-nos que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito de petição de natureza cautelar para comunicar efeito suspensivo a recurso extraordinário não possa ter nenhuma influência<sup>389</sup> no exame de admissibilidade do recurso pelo Tribunal *a quo*.

Em outras palavras, de forma mais direta e contrariando o posicionamento sumulado pelo Supremo Tribunal Federal: ainda que deferido o efeito suspensivo pelo Tribunal *ad quem*, o juízo *a quo* pode não admitir o processamento do recurso extraordinário.

---

a recurso extraordinário diretamente pelo Supremo Tribunal Federal) duas ponderações parecem-nos cabíveis, a esta altura: (i) nem admissão, nem concessão de efeito suspensivo adentram ao mérito propriamente dito do recurso extraordinário, senão esta última em termos de probabilidade de provimento recursal; e (ii) o que é provável, ainda mais em juízo cautelar, pode muito bem não se concretizar; ou seja: nem mesmo se o Supremo viesse a deferir o efeito suspensivo estaria ele comprometido a conhecer do extraordinário. De mais a mais – e aí sim há óbice processual intransponível –, como se trata de uma medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso extraordinário (segundo nossa posição, de competência do Supremo Tribunal Federal), o que não poderia é o relator, porque ainda não admitido o processamento do recurso na instância de interposição, reconhecer tão evidente a procedência do recurso e, desta forma, convolar o pedido no próprio exame da espécie recursal em si, já que a ela – e não no que se refere ao exame do pedido de efeito suspensivo – não se lhe abriu ainda a jurisdição, à míngua da inexistência de despacho de admissão no juízo local ou regional ou mesmo porventura obtido de forma positiva em recurso de agravo. O que se pretende dizer é que a decisão a respeito de comunicação de efeito suspensivo pelo Supremo Tribunal Federal não poderá usar da prerrogativa da parte final do § 3º do art. 544 do Código de Processo Civil (**Tutela antecipada no âmbito recursal**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000).

<sup>389</sup> O que vem ratificado inclusive e *mutatis mutandis* pela própria situação de deferimento de medida cautelar pelo juízo de interposição do recurso extraordinário. Uma vez deferida a cautelar para suspender a eficácia de acórdão sujeito a recurso especial e/ou extraordinário, uma vez admitido o respectivo processamento – adotando a posição daqueles que entendem só depois de admitido é que o Supremo e o Superior podem examinar a cautelar – deve-se consignar que a decisão inicial não os vincula, podendo ser desfeita em contra-cautela. Há vários precedentes, podendo ser citado, entre eles, o da AC 1775/QO-PE, Relator Ministro Gilmar MENDES: “a Turma, resolvendo questão de ordem, deferiu pedido de contra-cautela para revogar efeito suspensivo concedido pelo tribunal de origem a recurso extraordinário cuja matéria de fundo envolve a análise da possibilidade ou não da compensação de débitos contraídos pelo consumo de energia elétrica. (...) Ressaltando-se a peculiaridade do caso, aduziu-se que a hipótese envolveria típico pedido de contra-cautela em face da decisão proferida pela instância a quo. Inicialmente, afastou-se qualquer óbice ao conhecimento do pleito, tendo em vista que, instaurada a jurisdição cautelar do STF, após a decisão do tribunal de origem que admite o processamento do recurso extraordinário, cabe a esta Corte reexaminar os pressupostos para a concessão de medidas acautelatórias que visem assegurar a eficácia de sua decisão final. Enfatizou-se que o Supremo não fica vinculado à apreciação do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* realizado pelo tribunal a quo.” Observe-se, ademais, que o Supremo Tribunal Federal chegou a analisar inclusive a circunstância de haver também sido interposto recurso especial, circunstância que de igual forma não afeta o exame da cautelar para comunicação de efeito suspensivo a recurso extraordinário: “quanto ao fato de a decisão recorrida ser, também, objeto de recurso especial, pendente de apreciação pelo STJ – em que suspensa a execução da decisão que lhe concedera efeito suspensivo –, considerou-se a jurisprudência firmada pelo STF no sentido de que o exame, por ele feito, de medida cautelar em recurso extraordinário independe da existência de decisão definitiva do STJ em recurso especial interposto contra o mesmo acórdão”. (Informativo n. 485 do Supremo Tribunal Federal).

A relação que se estabelece entre estas duas decisões é de prejudicialidade entre a que não admitir o processamento do extraordinário e não de vinculação entre esta e aquela. Isto é: não admitido o recurso extraordinário por decisão da Presidência ou Vice-Presidência local (ou pelo órgão competente no âmbito dos Juizados Especiais), a cautelar deverá ser julgada extinta sem o exame de mérito, por carência superveniente, dada a falta de uma das condições de ação, o interesse de agir, porque não será mais útil uma cautelar, de natureza acessória, como vimos, a um principal que, até sobrevenha agravo, não está apto a produzir efeitos.

É possível agora analisarmos a segunda parte da fundamentação do Supremo Tribunal Federal: não se trata propriamente dito de uma *reforma* da decisão proferida em sede de cautelar pelo Supremo pela decisão proferida no âmbito da admissibilidade, emanada de órgão hierarquicamente inferior, mas trata-se – na verdade e como dito – de uma carência superveniente que deságua na falta de interesse de agir – o que, às vezes e impropriamente, é tratado como *perda de objeto*.

O curioso é que a situação é sobremodo corriqueira, a de uma decisão de órgão inferior *prejudicar* exame de órgão superior hierarquicamente – como se dá, por exemplo, em agravo com liminar deferida em que sobrevenha sentença e superveniente perda de interesse de agir na fase recursal – e nunca objetou-se-a.

Em outras palavras: assim como não nos parece sustentável a tese segundo a qual uma sentença (decisão proferida por jurisdição hierarquicamente inferior) não possa *derrubar* (se assim nos é permitido dizer) uma liminar conferida por Tribunal (até mesmo de sobreposição, se destrancado, porventura, o recurso interposto), em razão de carência superveniente, também não nos parece igualmente razoável que uma decisão de

admissibilidade não possa *prejudicar* eventual efeito suspensivo concedido pelo Supremo Tribunal Federal e comunicado ao respectivo recurso extraordinário.

Insista-se: a admissão, o mérito e a concessão de efeito suspensivo são distintas, em tudo e por tudo, entre si.

Ainda que no bojo das decisões do Supremo Tribunal Federal se tenha dito que o exame da fumaça do bom direito guarda relação de identidade com o próprio cabimento do recurso extraordinário, mantemos a posição segundo a qual os pressupostos da admissão do recurso são diferentes, na essência, dos requisitos para a concessão da medida liminar. Chegariam, no máximo, a uma linha limítrofe, mas nenhum deles teria o condão de ultrapassá-la.

Vejamos.

Tome-se por hipótese a distinção entre o juízo de admissibilidade e o voltado para a concessão de efeito suspensivo a recurso extraordinário. Sabe-se que, por força de verbete sumular, não é possível o exame de matéria de fato no âmbito do recurso extraordinário, uma vez que o Supremo Tribunal Federal o recebe consoante conste do acórdão.

Em outras palavras, significa dizer que não se pode pretender, senão pela tese da valoração jurídica da prova, discutir matéria de fato em sede de recurso extraordinário. A admissibilidade prejudica o exame de mérito, nessas circunstâncias.

Todavia – embora seja preciso ressaltar que não é este o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, ao nosso ver, de forma equivocada –, na



cautelar que tenha por escopo a concessão de efeito suspensivo a recurso extraordinário, tal óbice sumular não se aplica.

Para examinar um dos requisitos da cautelar – qual seja, o perigo da demora – o Supremo pode vir a examinar matéria de fato<sup>390</sup>. Não poderá fazê-lo no âmbito do extraordinário, pois nesta hipótese recebe os fatos como expostos e provados nas instâncias inferiores, mas sim em sede de cautelar. Até porque a matéria de fato nesse caso, voltada para o perigo da demora e não para as razões recursais propriamente ditas, é de outra natureza daquela que não lhe seria possível examinar, como Tribunal de sobreposição.

---

<sup>390</sup> Marcelo Buzaglo SANTAS (In: **Revista de Processo – RePro**, v. 135) selecionou e comentou interessante decisão do Superior Tribunal de Justiça. Em embargos declaratórios opostos no âmbito de medida cautelar para comunicar efeito suspensivo a recurso especial (diga-se de passagem, que ainda não estava admitido na origem, pelo que se depreendeu da leitura da decisão), o Superior Tribunal de Justiça não só os acolheu com efeitos infringentes – ou modificativos – como o fez à luz de documentação constante dos autos e não corretamente analisada. A decisão foi tomada nos Embargos de Declaração na Medida Cautelar n.º 7.807/RJ (2004/00116855-6), sendo relator o Ministro Francisco FALCÃO. Sua ementa tem o seguinte conteúdo: “Processual civil e administrativo. Medida cautelar. Empreendimento hoteleiro. Fase final. Preservação do meio ambiente. Conjugação dos pressupostos. Embargos de declaração. Erro material consignado. Acolhimento com efeitos modificativos. I – Reconhecido que a embargante vem tomando as providências necessárias para a preservação do meio ambiente, bem como tendo em vista a comprovação de documentação que autoriza o empreendimento hoteleiro, torna-se viável a medida cautelar. II – Existência da conjugação dos pressupostos autorizadores da cautela, exurgindo clarividente o periculum in mora, que seria causado acaso abandonado o empreendimento, com reflexos financeiros para o embargante e terceiros, bem como o fumus boni juris, em face das licenças concedidas, antecedidas por estudos sobre os impactos ambientais, e o parecer favorável da área técnica do Ministério Público Federal. III – Embargos acolhidos com efeitos modificativos para julgar procedente a medida cautelar.” Do voto proferido pelo Relator, Ministro Francisco FALCÃO, copiam-se os mais relevantes argumentos: “A embargante juntou com as razões dos aclaratórios fotos do empreendimento em tela. Nestas verifica-se claramente que a edificação encontra-se em fase de acabamento o que refuta as informações do Ministério Público Federal insertas às fls. 518 e ss. , com fotos antigas da construção em tela. (...) Nesse panorama, em atenção aos argumentos e documentos constantes dos autos, inclusive da manifestação dos embargantes acerca das informações lançadas pelo Parquet Federal, acolho os embargos de declaração afastando a pecha invocada no acórdão recorrido, por reconhecer, segundo estes novos fundamentos, que o questionamento alavancado dispensa o reexame do conjunto probatório, cingindo-se a uma valoração da prova já coligida.” Muito embora Marcelo Buzaglo Dantas e o próprio acórdão demonstrem que o erro material consistiu no exame equivocado de matéria de fato produzida – e que, portanto, na cautelar e no recurso especial ter-se-ia só o exame da valoração jurídica da prova, não da prova em si (nesse sentido e respectivamente para o comentarista e para a decisão: “assim, percebendo que a matéria versada na cautelar não envolvia propriamente o reexame de prova, mas apenas a sua valoração, a Corte optou por reexaminar seu ponto de vista, o que, consoante já se demonstrou, é absolutamente admissível pelo sistema (art. 463, I e II, do CPC)” e “(...) o questionamento alavancado dispensa o reexame do conjunto probatório, cingindo-se a uma valoração da prova já coligida”, não se pode deixar de considerar que do voto consta a seguinte passagem, indicativa de que a parte teria juntado documentos quando da oposição dos declaratórios: “a embargante juntou com as razões dos aclaratórios fotos do empreendimento em tela (...)” Mesmo que a juntada das fotografias viesse a ocorrer apenas e tão-somente pela primeira vez em sede de embargos de declaração processados já no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, ainda assim, poderiam ser utilizadas para o exame dos requisitos da cautelar – notadamente o perigo da demora – embora, é verdade, não tivesse lugar no exame do recurso especial em si. É que, como dissemos, os exames são distintos, o da liminar e o da própria cautelar com relação ao que se fará, noutra e adequada oportunidade, no recurso especial.

Os requisitos para a concessão de liminar no processo civil brasileiro são a fumaça do bom direito e o perigo da demora, ambos previstos no inciso IV do art. 801 do Código de Processo Civil, *in verbis*:

“Art. 801. O requerente pleiteará a medida cautelar em petição escrita, que indicará:

(...)

IV – a exposição sumária do direito ameaçado e o receio da lesão”.

Sobre ser independente do exame de admissibilidade o requisito segundo das cautelares – qual seja, o perigo da demora –, dúvidas não pairam.

A linha limítrofe adrede mencionada e que, para o Supremo Tribunal Federal, ensejaria a relação de dependência do juízo de admissibilidade ao juízo cautelar, se por ele exercido, refere-se e identifica-se no primeiro requisito da cautelar: a fumaça do bom direito.

Aí parece que o Supremo Tribunal Federal classifica como iguais as naturezas jurídicas do juízo de mérito, do juízo de admissibilidade e do juízo cautelar, para a concessão de efeito suspensivo a recurso dotado apenas do efeito devolutivo.

O que, diga-se de passagem, não parece próprio.

Se juízo de admissibilidade pudesse ser confundido com juízo de mérito, ter-se-ia a situação de que o provimento dado pelo Supremo Tribunal Federal a recurso de agravo de instrumento interposto contra decisão denegatória de processamento de recurso extraordinário ensejaria, de qualquer forma, o conhecimento e provimento deste recurso, com a satisfação do direito defendido pelo recorrente.

Não haveria a conhecida fórmula consubstanciada na expressão de uso ordinário nas relatorias e turmas do Supremo Tribunal Federal segundo a qual *dá-se provimento ao agravo para melhor exame*.

Feita – porque considerada adequada – a digressão, voltemos à diferença entre o juízo de admissibilidade e o primeiro dos requisitos das medidas cautelares, a fumaça do bom direito.

Embora admita-se que há um limite muito próximo entre uma e outra situações, talvez o que possa distinguir o exame de admissibilidade do exame da fumaça do bom direito seja senão o grau de intensidade com que examinada a potencialidade de sucesso do recurso extraordinário, nesta mesma linha, a generalidade do exame da cautelar contraposta à particularidade do exame de admissibilidade.

Significa dizer que, enquanto o Tribunal *a quo* deva ir a fundo e de forma concreta no exame de admissibilidade do recurso extraordinário – o que não significa dizer, em hipótese alguma, possa julgá-lo em seu *mérito* (o que, a propósito, não raro acontece em decisões de não admissão de recurso extraordinário e de recurso especial) – o Tribunal *ad quem* apenas sinalizaria que há uma potencial perspectiva de a tese defendida no recurso e demonstrada em *exposição sumária* na cautelar (art. 802, IV do CPC) vir a ser aceita quando do exame do extraordinário<sup>391</sup>, se ele conseguir ultrapassar a barreira da admissão, tanto numa como noutra verificação.

---

<sup>391</sup> Ora, quem senão o Supremo Tribunal Federal poderia dizer que há ou que não há probabilidade de julgamento de provimento a determinado recurso extraordinário? Vista a situação sob este enfoque, chega-se à assertiva de que – se assim não fosse – os tribunais de interposição, eles mesmos, avaliariam se o extraordinário poderá ou não poderá ser provido: esta matéria é-lhes sobremodo estranha, porque quem julga o recurso é apenas o Supremo Tribunal Federal. Logo, apenas ele poderá dizer se o seu julgamento tende a ser favorável ou desfavorável ao recorrente.

Pensar que uma decisão proferida muitas vezes liminarmente em sede de medida cautelar – onde, reconhecidamente, *de lege lata* inclusive, tanto a exposição do direito, quanto o exame judicial são *sumários* – é colocar em discussão o próprio cabimento de cautelares, nessa perspectiva, no direito brasileiro.

Não é porque se tenha concedido uma liminar ou a própria cautela em ação preparatória ou incidental que a ação principal deva seguir o mesmo destino (de procedência) da demanda acessória.

Da mesma forma, a concessão de efeito suspensivo a recurso extraordinário pelo Supremo Tribunal Federal não vincula – antes pelo contrário e sem que isto revele desrespeito hierárquico: prejudica-o por falta de interesse de agir superveniente ou até extingue se admitida a tese exposta abaixo, segundo a qual seja caso de condição resolutiva – o Tribunal *a quo* no exame de admissibilidade.

Sendo nossa posição esta de que o pedido de comunicação de efeito suspensivo a recurso extraordinário deve ser analisado pelo Supremo Tribunal federal e não pelos tribunais de interposição, volta-se o estudo a interessantíssima questão que se coloca no plano da interposição obrigatória, como manda a lei (art. 541 do CPC) de recurso especial e de recurso extraordinário contra acórdão proferido por Tribunal Estadual ou Regional (aqui, com a exclusão das decisões proferidas no âmbito dos Juizados Especiais, não sujeitas a recurso especial): em assim ocorrendo, como fica a questão da atribuição do efeito suspensivo ao recurso especial e ao recurso extraordinário? Ou, de forma mais técnica, como fica a questão da suspensão da eficácia dos efeitos do acórdão objeto de uma e de outra espécies recursais?

As respostas, em tese, para as perguntas são as seguintes: a) a competência é dos Tribunais *a quo*, antes da admissão dos recursos especial e extraordinário; b) a competência é do Superior Tribunal de Justiça para a comunicação de efeito suspensivo ao recurso especial e é do Supremo Tribunal Federal, no que toca ao recurso extraordinário, a despeito ou mesmo após a admissão da impugnação pela Presidência ou Vice-Presidência local; e c) a competência, se admitido o processamento dos recursos, é do Superior Tribunal de Justiça.

Longe de pretender voltar à discussão sobre a competência e a correção dos verbetes n.ºs 634 e 635 da súmula da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal, mas ratificando nossa posição segundo a qual competente é o Tribunal *ad quem*, uma vez interposto o recurso – e, portanto, a despeito de sua admissão no juízo *a quo* –, é nossa premissa que o exame da atribuição de efeito suspensivo a decisão sujeita a recurso extraordinário e a recurso especial pertença aos Tribunais competentes para julgá-los.

Isto é colocado em linhas gerais, só para contrapor à possibilidade de a competência ser tida como se fosse do Tribunal de interposição.

Uma vez firmada nossa premissa segundo a qual a competência é *ad quem* e não *a quo*, aí sim podemos entrar no âmago da questão: e quando há recurso extraordinário e recurso especial obrigatoriamente interpostos, a quem compete examinar o pedido de cautelar para atribuição de efeito suspensivo?

Ou, sob outra forma argumentativa – para seguir a linha daqueles que entendem, como sumulado, que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça (este por extensão) só possam analisar a cautelar se admitido na origem o recurso a eles

destinado –, admitidos os recursos, a quem compete o exame da cautelar para o mencionado desiderato?

Para o exame do assunto, é adequada a transcrição de voto proferido pela Ministra ELLEN GRACIE nos autos da Questão de Ordem em Ação Cautelar n.º 649-0/SP (Segunda Turma, j. 20.09.2005, DJU 02.12.2005).

Destaque-se, todavia, que a relatora, à vista dos argumentos desenvolvidos em voto-vista pelo Ministro GILMAR MENDES retificou seu posicionamento.

Contudo, se para aquela hipótese litigiosa o assunto então se resolvia pela retificação do posicionamento da relatora, para o estudo a que nos propomos, seus argumentos são relevantes e, por isto mesmo, devem ser analisados – ainda mais porque, segundo apurou-se naquela decisão, a retificação teria decorrido menos do precedente contrário da AC n.º 639 (QO) – que, a seguir, analisaremos –, e mais das circunstâncias específicas daquela causa, daquela outra distinta.

Examinemos, assim e por primeiro, o raciocínio da Ministra ELLEN GRACIE, segundo o qual, na pendência de julgamento de recurso especial, ainda que ambos admitidos (tanto o especial quanto o extraordinário), o Supremo Tribunal Federal só viria a ter jurisdição sobre a lide depois – e se o caso – do julgamento do recurso especial pelo Superior Tribunal de Justiça:

“É certo, como asseveram as empresas requerentes, que existem nesta Corte, diversos precedentes nos quais foram concedidas medidas liminares, em casos iguais ao que agora trago a julgamento. Eu mesma tenho deliberado nesse sentido, seguindo a orientação deste Colegiado.

Penso, todavia, que a questão relativa à concessão de eficácia suspensiva ao recurso extraordinário merece ser reavaliada, mormente em hipóteses como a presente, em que o acórdão recorrido foi desafiado também na via do recurso especial, a ser apreciado pelo STJ.

Recordo que a atribuição de efeito suspensivo ao recurso extraordinário é medida excepcional, a exigir, dentre os seus pressupostos de concessão, a instauração da jurisdição do STF, o que se dá com o despacho que admite o recurso extraordinário.

(...)

No que diz respeito à instauração da jurisdição deste Tribunal, há que se considerar que a Carta de 1988 instituiu uma exceção ao princípio processual da unirrecorribilidade, com a previsão de interposição simultânea de dois recursos de natureza extraordinária – recurso extraordinário e recurso especial – voltados à impugnação de uma única decisão judicial perante Cortes Superiores diversas, conforme esteja em xeque contrariedade a Lei Federal ou a regra inscrita na Constituição.

Diante dessa circunstância, e uma vez admitidos ambos os recursos, o Código de Processo Civil determina expressamente o encaminhamento dos autos ao STJ, para apreciação do recurso especial. Somente após esgotada aquela instância são os autos remetidos ao Supremo Tribunal para que seja julgado o recurso extraordinário, se este não estiver prejudicado pelo teor do que deliberado no recurso especial.

(...)

Dessa sistemática de precedência da discussão infraconstitucional extraio a conclusão de que, uma vez interpostos - e admitidos – os recursos especial e extraordinário, concomitantemente, cumpre ao STJ deliberar acerca da concessão de eficácia suspensiva ao recurso que lhe foi destinado, até que sobrevenha o julgamento final do recurso especial, quando então estará devidamente instaurada a jurisdição deste Tribunal.

Entendo que a mesma razão que impede o Supremo Tribunal de conceder eficácia suspensiva antes da admissão do recurso extraordinário – por estar a causa submetida ao exame do Presidente da Corte recorrida, o que poderia influenciar, de forma indevida, a aferição de admissibilidade do recurso – inibe o deferimento da eficácia suspensiva quando se houver invocado a jurisdição do STJ, mediante a admissão do recurso especial interposto.

A concessão da liminar, nessa hipótese, consubstancia inadmissível ingerência sobre o feito em tramitação perante outro Tribunal, o que é corroborado com a constatação de que, uma vez deferido o efeito suspensivo ao recurso extraordinário, a decisão tomada no recurso especial fica destituída de qualquer eficácia até que o recurso extraordinário seja apreciado. Acresça-se a isso a circunstância de que, ordinariamente, os requerentes veiculam o pedido de eficácia suspensiva em ambas as Cortes, numa sobreposição de instâncias destinada a aumentar as chances de ver assegurado o pleito suspensivo. Nem é preciso anotar o desconforto decorrente de eventual discrepância entre tais decisões: a denegatória de efeito suspensivo ao recurso especial versus a concessiva do efeito suspensivo ao recurso extraordinário.

É possível, também, que esta Corte esteja emprestando efeito suspensivo a um recurso que poderá vir a ser prejudicado pela decisão tomada no recurso especial, circunstância prevista, como visto, pelo próprio Código de Processo Civil.

(...)

Dessa forma, reformulei meu entendimento anterior, para indeferir a medida liminar quando a parte requerente houver manejado recurso especial simultaneamente ao extraordinário, e ambos houverem sido admitidos. Entendo imperiosa a necessidade de prestigiarmos o exaurimento das instâncias e a organicidade do sistema, postergando para após a decisão final do recurso especial – quando, só então, estará efetivamente em apreciação o recurso extraordinário – a competência cautelar deste Tribunal”.

Assim, para a Ministra ELLEN GRACIE, no caso de interposição obrigatória de recurso especial e de recurso extraordinário, que estejam admitidos na origem, a suspensão da eficácia da decisão recorrida sujeita-se ao crivo do Superior Tribunal de Justiça, pois, segundo ela, a jurisdição do Supremo Tribunal Federal, outrora dita – e por ela mesmo – aberta quando da admissão do extraordinário, só se efetiva após o julgamento do recurso especial, pelo Superior Tribunal de Justiça.

Os argumentos utilizados pela atual presidente do Supremo Tribunal Federal para a conclusão de que a jurisdição do Supremo Tribunal Federal só se efetiva após o julgamento do recurso especial pelo Superior Tribunal de Justiça – e que, portanto, a cautelar deve ser postulada perante o Superior, com exclusividade – são os seguintes: a) o risco de a decisão do Supremo influenciar o julgamento do Superior, tal como sucedera para a fixação da competência para exame da cautelar antes da admissão do recurso extraordinário, com relação à vinculação (inexistente, como vimos) da decisão de admissão à que defere a liminar; b) a ingerência do Supremo no Superior, pois a decisão proferida no especial ficaria destituída de eficácia até o exame do extraordinário; c) o desconforto de haver decisões díspares, uma do Superior negando o efeito suspensivo e outra do Supremo, concedendo-o; e, d) a possibilidade de o Supremo deferir efeito suspensivo a um recurso que poderá restar prejudicado em razão do julgamento do recurso especial.

Renovado o respeito à capacidade técnica da mencionada Ministra, não nos parece que possa estar com a razão na tese sustentada, de que, no caso de interposição



obrigatória de recurso especial e recurso extraordinário, caiba, exclusivamente ao Superior Tribunal de Justiça, a declaração da suspensão da eficácia da decisão recorrida para, só depois (do julgamento do especial, se prejudicado não restar o extraordinário) caber ao Supremo Tribunal Federal.

Vejamos, item a item, de que forma os fundamentos da atual presidente do Supremo Tribunal Federal podem, de forma crítica, ser questionados:

a) o risco de a decisão do Supremo influenciar o julgamento do Superior, tal como sucedera para a fixação da competência para exame da cautelar antes da admissão do recurso extraordinário, com relação à vinculação (inexistente, como já vimos) da decisão de admissão à que defere a liminar.

Contanto que ao Supremo caiba a guarda da Constituição e, outrossim, no julgamento do recurso extraordinário, o exame de matéria de natureza constitucional, e, de sua vez, que ao Superior caiba a defesa da uniformidade da interpretação da lei federal de natureza *infraconstitucional*, no julgamento do recurso especial, não existe a suposta vinculação de uma liminar eventualmente deferida pelo Supremo, que é dada no âmbito do exame de matéria constitucional versada na decisão, com a decisão que o Superior vier a tomar, que é de outra natureza.

Assim, não é porque o Supremo tenha deferido uma liminar para a suspensão da eficácia do acórdão objeto de recurso extraordinário e também de recurso especial, que o julgamento deste sofrerá (alguma) influência pela decisão concessiva de cautela, pelo Supremo Tribunal Federal.

b) a ingerência do Supremo no Superior, pois a decisão proferida no especial ficaria destituída de eficácia até o exame do extraordinário.

O Superior Tribunal de Justiça tem autonomia para o julgamento do recurso especial e não a perderá, se porventura o Supremo Tribunal Federal emprestar efeito suspensivo ao recurso extraordinário que analisará.

Uma vez julgado o recurso especial, poderá, inclusive, haver prejuízo para a cautelar, cujo pedido precisará ser renovado. Em regra, passa a ter eficácia, quando encerrado o julgamento do recurso especial, a decisão do Superior Tribunal de Justiça.

Não se deslembre, contudo, que pende julgamento de recurso extraordinário.

Nesse caso, há uma coexistência pacífica, prevista no sistema e não influenciada pelo regime de concessão de efeito suspensivo a recurso especial e a recurso extraordinário, a do julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça com a pendência do exame pelo Supremo Tribunal Federal. Há um vício de premissa no raciocínio da Ministra ELLEN GRACIE, quando ela afirma que a interposição simultânea de recurso especial e de recurso extraordinário contra um mesmo acórdão representa exceção ao princípio da unirrecorribilidade recursal. Segundo acreditamos, o fato de serem interponíveis ambos os recursos contra um mesmo acórdão não representa que se tenha quebrado a regra segundo a qual cabe apenas uma espécie de recurso contra cada e determinada decisão. Assim sustentamos porque as matérias constantes do recurso especial (unificação do entendimento da aplicação da lei federal infraconstitucional) e do recurso extraordinário (defesa da Constituição) são distintas, não ensejando senão a repartição de competências estabelecidas pela Constituição Federal – não a quebra do princípio da unirrecorribilidade.

Repita-se que um analisa matéria constitucional e o outro, *infraconstitucional* de ordem federal.

c) o desconforto de haver decisões díspares, uma do Superior negando o efeito suspensivo e outra do Supremo, concedendo-o.

Díspares poderão ser as decisões exatamente porque distintas são as Cortes bem como as matérias que analisam.

Tratando-se a medida cautelar para a suspensão da eficácia de acórdão sujeito a recurso extraordinário e a recurso especial de uma tutela de urgência, e, em especial porque decorre do direito de acesso à ordem jurídica justa<sup>392</sup>, na expressão de KAZUO WATANABE que traduz o princípio do amplo acesso de uma forma mais adequada, a possibilidade de haver duas decisões distintas, quanto mais porque tratem de matérias distintas, não pode objetar o cabimento da cautelar diretamente no Supremo Tribunal Federal, ao mesmo tempo da cautelar diretamente no Superior Tribunal de Justiça.

Por isto, parece-nos incorreta a premissa segundo a qual poderia haver “(...) desconforto decorrente de eventual discrepância entre tais decisões: a denegatória de efeito suspensivo ao recurso especial versus a concessiva do efeito suspensivo ao recurso extraordinário”.

Além disto, quando a Ministra ELLEN GRACIE aduz que “(...) ordinariamente, os requerentes veiculam o pedido de eficácia suspensiva em ambas as Cortes, numa sobreposição de instâncias destinada a aumentar as chances de ver assegurado o pleito suspensivo” deve ser dito que é direito da parte postular o efeito suspensivo nas duas Cortes

---

<sup>392</sup> William Santos FERREIRA (**Tutela Antecipada no Âmbito Recursal...cit.**), comentando exatamente o acesso à ordem jurídica justa no contexto das tutelas de urgência, e, notadamente, naquilo de que se ocupa em sua obra (o que seja, a antecipação da tutela recursal), escreve com propriedade que: “(...) atualmente não se fala apenas em acesso à justiça, denominação que se revela insuficiente para expressar o que realmente se espera do processo. Deve-se pensar na ordem jurídica e nas suas instituições pela perspectiva do consumidor, do destinatário das normas jurídicas, e não dos seus produtores, para quem o que importa realmente é um julgamento justo e eficaz, representado pela feliz expressão acesso à ordem jurídica justa.”

que julgarão os respectivos recursos, extraordinário e especial. Direito, aliás, de natureza constitucional (art. 5º, XXXIV, *a* da Constituição Federal).

d) a possibilidade de o Supremo deferir efeito suspensivo a um recurso que poderá restar prejudicado em razão do julgamento do recurso especial.

Também este argumento parece não proceder. Fosse assim, nem mesmo a concessão do efeito suspensivo pelo juízo *a quo*, para aqueles que defendem a correção dos verbetes sumulares do Supremo Tribunal Federal que tratam do assunto (634 e 635), seria válida e admissível.

É porque também ela poderia ter lugar em hipótese que o recurso extraordinário pudesse restar, de certa forma, *prejudicado*.

Ora, pode ser que a decisão concessiva de liminar encontre, mais à frente, a inadmissão do recurso extraordinário, pois embora a corte de interposição admita seu processamento, o Supremo Tribunal Federal não está sujeito a manter a admissão, uma vez que exerce, ele mesmo, novo, próprio e incondicionado juízo de admissibilidade.

Diante da posição da Ministra ELLEN GRACIE nos autos da Ação Cautelar n.º 639 (QO), o Ministro GILMAR MENDES pediu vistas e proferiu voto que, depois, levou-a a retificar seu posicionamento.

Como dito, a despeito de a decisão ter seguido o rumo da possibilidade da análise de medida cautelar pelo Supremo ainda que interpostos – e admitidos – dois recursos, especial e extraordinário, analisaremos o assunto sob o ponto de vista teórico.

No seu voto, o Ministro GILMAR MENDES defendeu de forma bastante correta a aplicação da lei processual no caso concreto, no particular, e para os casos

de cautelares para comunicação de efeito suspensivo à eficácia de acórdão sujeito a recurso extraordinário e a recurso especial, na pendência de julgamento deste e estando ambos admitidos:

“A questão controvertida se refere à possibilidade de concessão, pelo Supremo Tribunal Federal, de efeito suspensivo a recurso extraordinário admitido na origem quando há recurso especial versando sobre a mesma demanda, ainda pendente de apreciação definitiva pelo Superior Tribunal de Justiça.

A possibilidade de interposição concomitante de RE e REsp, em face de um mesmo julgado, reflete a divisão constitucional de competências entre o Superior Tribunal de Justiça (CF, art. 105, III) e este Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102, III). É dizer, não há, nessa hipótese, uma exceção ao princípio da unirrecorribilidade. O STJ aprecia a matéria infraconstitucional, o STF cuida do tema à luz da Constituição. Ou seja, os recursos atacam pontos distintos.

(...)

A meu ver, não parece adequado impor à parte postulante de efeito suspensivo em sede de recurso extraordinário o aguardo de decisão definitiva em recurso especial pelo STJ. Por se tratarem de recursos que versam sobre perspectivas distintas, é possível que não exista plausibilidade para a concessão da liminar no que diz respeito à matéria infraconstitucional e, apesar disso, haja fundamento constitucional idôneo para o deferimento de tal efeito. Nessa hipótese, considerada a urgência característica das pretensões cautelares, é extremamente prejudicial que a parte postulante aguarde o julgamento definitivo do recurso especial.

Noutras palavras, a desejável celeridade da prestação jurisdicional, garantia recentemente explicitado no texto constitucional (inciso LXXVIII, do art. 5º), estaria seriamente comprometida.

(...)

Tampouco me impressiona o argumento de que, a depender do julgamento do especial, o RE ficaria prejudicado. Sem dúvida, essa é uma possibilidade, mas ela há de ser aferida no momento oportuno, ou seja, na ocasião da remessa dos autos a essa Corte. Nesse caso, não haveria problema algum em julgar prejudicado o recurso extraordinário ou a cautelar que eventualmente lhe tenha concedido efeito suspensivo.

O deferimento da medida liminar postulada no RE, portanto, afigura-se em garantia diversa da do RESP, a qual deve ser fundada em argumento jurídico estritamente infraconstitucional. Nesse contexto, aderir a interpretação que impossibilita a apreciação de eventual lesão ou ameaça a direito sob o viés constitucional acabaria por fulminar a efetividade da prestação jurisdicional (art. 5º, XXV) atribuída a este Tribunal (CF, art. 102).

Por outro lado, não se pode dizer que a concessão de efeito suspensivo ao recurso extraordinário destituiria de eficácia a decisão do STJ. Nunca é demais lembrar que a concessão de liminar em RE não é a regra, mas hipótese excepcional. Se há fundamento constitucional e urgência para a proteção dos interesses da parte recorrente, a tutela deve ser concedida.

Assim, e de acordo com a decisão proferida no âmbito da Ação Cautelar n.º 639/SP (QO), e de seus precedentes, o Supremo Tribunal Federal – corretamente, aliás – fixou o entendimento segundo o qual, de acordo com os seus verbetes sumulares n.ºs 634 e 635, uma vez admitidos recursos extraordinário e especial interpostos simultaneamente contra acórdão estadual ou regional, ambas as Cortes – e não primeiro o Superior, para só depois de ultimado o julgamento do especial, o Supremo – podem analisar pedido de comunicação de efeito suspensivo ao recurso que lhes caiba julgar.

É porque, em última análise, a cada Corte toca uma análise específica sobre a demanda: o Supremo Tribunal Federal cuidando de matéria constitucional e o Superior, da aplicação e interpretação da lei federal infraconstitucional.

#### 4.4.1.2 Sobre condição

WILLIAM SANTOS FERREIRA<sup>393</sup>, bem antes da edição dos verbetes sumulares n.ºs 634 e 635, da súmula da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal, tratando da tutela de urgência no âmbito dos recursos extraordinário e especial e de acordo com o regime anterior antes das alterações do Código de Processo Civil sobre a matéria, criticou a exigência da admissão do recurso no tribunal *a quo* como requisito para a comunicação de eficácia suspensiva à decisão impugnada:

---

<sup>393</sup> Tutela...cit.

“sempre entendemos ser este requisito [esclareço: admissão do recurso no Tribunal *a quo*] por demais exigente: o que se deve ser observado é a interposição e sua tempestividade, já que antes mesmo da admissibilidade no juízo a quo pode ser necessário o deferimento da tutela cautelar, e sua negativa sob este fundamento, em nosso entender, ofende o disposto no art. 5º, XXXV, da CF, o que não significa que a manutenção da decisão que concede a liminar não possa ser condicionada ao juízo de admissibilidade positivo (no tribunal a quo ou no ad quem), ou então, se negativo, a interposição de agravo, pois nada mais se estará fazendo do que condicionando a manutenção da tutela cautelar à comprovação do interesse de agir da parte”<sup>394</sup>.

#### **4.4.1.3 Sobre natureza jurídica do despacho de admissão do recurso**

Mais uma vez a lição de WILLIAM SANTOS FERREIRA, segundo a qual:

“(…) desde o momento da tempestiva interposição, independentemente de juízo provisório de admissibilidade, o recurso já produz determinados efeitos, sendo que um dos principais é obstar a formação da coisa julgada. E isso ocorre porque o juízo de admissibilidade, como leciona Barbosa Moreira, é essencialmente declaratório, o que significa dizer que, no que tange à existência ou inexistência dos requisitos, o pronunciamento “não a gera, mas simplesmente a reconhece”<sup>395</sup>.

#### **4.4.1.4 Sobre antecipação de tutela no âmbito recursal**

Preocupado, em última análise, com a efetividade processual e sob o influxo e tendo como premissa o conceito do acesso à ordem jurídica justa – com certeza, um dos maiores desafios processuais da atualidade –, WILLIAM SANTOS FERREIRA estendeu

---

<sup>394</sup> **Idem, Ibidem.**

<sup>395</sup> **Tutela...cit.**

a discussão sobre a concessão de efeito suspensivo a recurso extraordinário para as hipóteses em que se revelasse necessário não suspender, mas conceder determinada tutela<sup>396</sup>.

Assim, da mesma forma como se assegura que uma decisão de segundo grau apta a gerar efeitos e, outrossim, propiciar execução provisória merece a possibilidade de ser suspensa, tem-se que a decisão de segundo grau negativa (isto é: de improcedência) também precisa comportar alguma espécie de remédio pelo qual possa ser atacada pela parte interessada.

O autor paulista esclarece, com propriedade, que

“(...) nos casos em que a decisão proferida no tribunal a quo tiver conteúdo negativo, evidentemente, a suspensão dos efeitos desta não afastará a ocorrência de dano grave de incerta reparação, do que decorre o risco de ineficácia do futuro julgamento dos recursos extraordinário ou especial, a não ser que a decisão de primeira instância tenha sido concessiva, pois aí o “efeito suspensivo” mantém incólume a decisão concessiva da tutela antecipada”.

Antes de prosseguir, revela-se adequado dar ênfase à exceção mencionada por WILLIAM SANTOS FERREIRA: se negativa a decisão de segundo grau, sua suspensão não faz senão restabelecer a decisão de primeiro grau que, se concessiva, produzirá seus efeitos.

Daí o assunto restringir-se à hipótese de prejuízo que decorra de manutenção de pronunciamento judicial de improcedência da demanda. Nesse caso – e de forma excepcional, sempre – a parte poderá postular pela concessão de antecipação dos

---

<sup>396</sup> Aliás, o pano de fundo sob o qual o autor paulista escreveu suas ponderações é digno de registro: “(...) a relevante função do recurso extraordinário e a necessidade de assegurar, em situações concretas e individuais emergentes, o respeito à autoridade, à eficácia, à validade e à integridade ou inteireza da Carta Política [o doutrinador vinha de comentar o voto do Ministro Celso de Mello na Petição n.º 1.208/MS, onde se a destacaram] também não ocorre nos casos em que o efeito suspensivo nada representa, eis que, para a proteção acima proclamada, é necessária a antecipação da tutela?”



efeitos da tutela (jurisdicional) recursal, em prestígio à igualdade das partes e a paridade das armas processuais de que possam lançar mão<sup>397</sup>.

Assentada a premissa segundo a qual as partes devam ter iguais oportunidades dentro de uma relação jurídica-processual – o que decorre da igualdade prevista entre elas na Constituição Federal – e, assim, de que tanto quanto seja possível suspender a eficácia de uma decisão objeto de recurso extraordinário, é também possível conceder a antecipação dos efeitos da tutela (jurisdicional) recursal – evidentemente que uma e outra hipóteses de forma excepcional e se demonstrados os requisitos previstos em lei –, fica a seguinte indagação: a quem e quando compete a concessão da antecipação dos efeitos da tutela?

Ao questionamento acima, se genericamente considerado – isto é: a quem compete conceder antecipação dos efeitos da tutela após julgamento de segundo grau, ou também para aqueles julgamentos colegiados de competência originária dos Tribunais (assim sujeitos a recurso extraordinário) – cabem duas respostas.

E a primeira delas é de situação diferente da particularmente tratada: o acórdão é de procedência da causa e, a outra, é a da situação de decisões de improcedência nos dois julgamentos realizados, um por grau de jurisdição.

No primeiro caso, parece possível que a própria turma julgadora, no momento em que processe e julgue o recurso, encarregue-se de conceder a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional.

---

<sup>397</sup> Pertencem a William Santos FERREIRA (**Tutela...cit.**) as seguintes palavras: “Parece evidente que, se mantida esta linha [a de não haver remédio para o autor que tenha julgada improcedente sua causa em primeiro e em segundo graus], restará ofendido o princípio da igualdade (art. 5º., caput, da Constituição Federal) e o princípio que lhe é decorrente, da paridade de armas no processo (art. 125, I, do CPC). Se ofendidos estes princípios, também se estará atingindo o princípio, raiz destes e de muitos outros, do devido processo legal.”

Nesse caso, a decisão colegiada, ainda que desafiada por recurso extraordinário (e também quando cabível, especial) e ainda que a estes recursos seja comunicado efeito suspensivo para suspender sua eficácia e, assim, impedir a possibilidade de execução provisória, perceberá seus efeitos uma vez que, autonomamente, foram concedidos pelo Tribunal em decisão que não integra o acórdão de antecipação de seus efeitos.

Ela, nessa condição, não está sujeita àquele recurso extraordinário contra o acórdão cujos efeitos apenas antecipou<sup>398</sup>.

Portanto, prendamo-nos à segunda hipótese: sentença e acórdão de improcedência da causa, sendo interposto recurso extraordinário (ou ambos) contra a decisão de segundo grau.

Nessa hipótese, e mantida a premissa da igualdade de oportunidades que os litigantes devem ter no processo, a quem caberia o exame do pedido antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional?

A primeira idéia que vem à cabeça é a de que somente possa ser competente para o exame deste pedido de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional postulada em recurso extraordinário interposto contra acórdão que mantivera a improcedência da ação o Supremo Tribunal Federal (já que o acórdão de procedência poderia ser antecedido de concessão de antecipação dos efeitos pela própria Turma julgadora).

É correta esta idéia.

---

<sup>398</sup> Quem abona tal posição é William Santos FERREIRA (**Tutela...cit.**): “(...) uma das soluções, se houver pedido e verificar-se o cumprimento dos requisitos do artigo 273 seria, no segundo grau de jurisdição, antes do julgamento do recurso, ou até no próprio julgamento, ser concedida a tutela antecipada. Lembramos que, como a decisão poderá ser impugnada pelos recursos especial ou extraordinário, sobre a antecipação não haverá qualquer prejudicialidade, hipótese em que executar-se-á a tutela antecipada, mesmo se interpostos os recursos.”

De fato, só o Supremo pode conceder antecipação dos efeitos da tutela a recurso extraordinário.

Todavia, é preciso estar atento para a possibilidade de esta premissa viciar a conclusão e, ainda mais, objetar a tese defendida nesta dissertação segundo a qual os verbetes n.ºs 634 e 635 do Supremo Tribunal Federal sejam equivocados ao estabelecer que a competência para a comunicação de efeito suspensivo de recurso extraordinário varie de acordo com o processamento do recurso extraordinário estar ou não estar admitido provisoriamente e, portanto, na origem.

Explica-se: uma vez que ao Supremo Tribunal Federal caiba examinar o pedido de antecipação dos efeitos da tutela a ser proferida no julgamento do recurso extraordinário, muitos poderiam – e precipitadamente – dizer que a antecipação dos efeitos da tutela recursal, nesse caso, estaria a depender da prévia admissão na origem e, como tal, que a competência do Supremo Tribunal Federal só se daria a partir da admissão *a quo*.

Isto tanto infirma a tese defendida nesta dissertação, quando ratifica a correção dos verbetes n.ºs 634 e 635, da súmula da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal.

Contudo, e ainda assim, mantemos o posicionamento de que, esgotada a jurisdição com a publicação do acórdão (renovadas as exceções do art. 463 do Código de Processo Civil), ao juízo de interposição cabe tão-somente examinar a admissibilidade do recurso.

É por este motivo, de natureza negativa, que entendemos pertencer ao Supremo Tribunal Federal a jurisdição sobre *efeito suspensivo* e, agora, sobre *antecipação dos efeitos da tutela*.

Dado o encerramento do ofício jurisdicional, o Tribunal de interposição não é mais competente para o exame daquelas pretensões. Isto é fato. Aí cairíamos na situação que o Supremo Tribunal Federal tentou contornar, do hiato temporal onde não houvesse autoridade competente para o exame do pedido de comunicação de eficácia suspensiva ao acórdão objeto do recurso extraordinário ou, agora, para a concessão da antecipação dos efeitos da tutela (jurisdicional) recursal de forma que, mais uma vez, entre relativizar o encerramento da prestação jurisdicional com o julgamento colegiado sujeito a recurso extraordinário e seguir as regras usuais do processo cautelar brasileiro, optamos por dizer que pertença de igual forma ao Supremo Tribunal Federal a jurisdição para a análise da antecipação dos efeitos da tutela nesses moldes requerida.

Aí, voltamos à premissa segundo a qual ao Supremo Tribunal Federal caiba conceder antecipação dos efeitos da tutela a recurso extraordinário: não é correta a conclusão de que, por causa disto, necessariamente deveria haver o juízo positivo provisório de admissibilidade.

Não só ratificando os fundamentos utilizados quando da exposição a respeito do *efeito suspensivo* mas também por uma questão de coerência e, além disso, lógica bem exposta por WILLIAM SANTOS FERREIRA:

“(...) a cautelar para suspender os efeitos da decisão recorrida também é antecipação da tutela recursal, pois, se provido o recurso, o primeiro efeito deste, o substitutivo, representará a retirada dos efeitos decorrentes da decisão impugnada. Mas nem por este motivo se levantaram a doutrina e a jurisprudência para impugnar a utilização da ação cautelar”<sup>399</sup>.

Pois bem. Já se disse que a antecipação dos efeitos da tutela em caso de recurso extraordinário deve ser analisada – assim como o efeito suspensivo – pelo Supremo Tribunal Federal.

---

<sup>399</sup> Tutela...cit.

Dentro desta perspectiva, seguem duas perguntas: quando e de que forma<sup>400-401</sup>?

Ainda seguindo WILLIAM SANTOS FERREIRA duas situações devem ser consideradas: (i) os autos encontram-se no juízo *a quo* e (ii) os autos já estão no Supremo Tribunal Federal.

Comentemos, de início, a situação mais simples: os autos estão no Supremo Tribunal Federal.

E se lá estão, é porque foram admitidos ou de plano, na origem, ou por agravo de instrumento. Nesse caso, a *tutela antecipada* poderá ser requerida por petição<sup>402</sup>

---

<sup>400</sup> Sobre a forma adequada para a obtenção tanto de efeito suspensivo, quanto de antecipação dos efeitos da tutela – assim, portanto, excluída aquela situação de simples petição, própria à circunstância de já estar o recurso fisicamente no Supremo Tribunal Federal – parece consolidada a posição de que caiba medida cautelar e não mandado de segurança. Esta discussão (que nos parece, repita-se, superada) fundamentava-se nas restrições de alguns regimentos internos de tribunais de segundo grau quanto ao cabimento de medida cautelar, do que decorria a utilização de mandado de segurança. É correta a advertência de Teresa Arruda Alvim WAMBIER (**Repertório de jurisprudência e doutrina sobre mandado de segurança e medida cautelar contra ato judicial**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1992) segundo a qual “é claro que não é, nem poderia deixar de ser, a circunstância de se tratar de decisão dos Tribunais superiores (STF ou STJ) que determina se a medida cabível é o mandado de segurança ou um pedido cautelar, embora um observador leigo mais desavisado possa ter essa impressão, uma vez que nos Tribunais Estaduais não se admite medida cautelar contra ato judicial e no STF e no STJ esta medida tem sido admitida.” Ainda a respeito do cabimento de cautelar, e não de mandado de segurança, a lição de Rodolfo de Camargo MANCUSO (**Recurso...cit.**), para quem: “sem embargo, dois óbices se apresentam quando se opte pelo mandado de segurança com tal desiderato: primeiro, há restrição de competência, como se observa do art. 105, I, b da CF; segundo, o mandado de segurança, no confronto com as cautelares, apresenta o ônus adicional da ‘liquidez e certeza’ do direito.” Daí o acerto da sugestão daquela processualista (Teresa Arruda Alvim WAMBIER) de que mais seguro e adequado é optar pela medida cautelar; e Sálvio de Figueiredo TEIXEIRA, Ministro do STJ assim também entende: “Com suporte nos incs. V e VI do art. 34 do referido Regimento Interno, tem-se tentado a via da cautelar inominada (RTJ 110/458) para se obter o efeito suspensivo em hipótese de fortes evidências da probabilidade de lesão de incerta ou difícil reparação. Tudo indica, porém, que somente será agasalhada em casos excepcionais, com demonstração inequívoca e de plano, não se apresentando hábil o mandado de segurança em face das limitações de competência do Superior Tribunal de Justiça”.

<sup>401</sup> Sobre a forma de postular efeito suspensivo a recurso com previsão legal de recebimento apenas no efeito devolutivo, NERY e NERY (**Código...cit.**) esclarecem a anomalia da impetração de mandado de segurança, demonstrando ser o caso de cautelar: “com a providência do CPC 800 par. ún., o sistema processual evita a utilização do mandado de segurança para dar efeito suspensivo a recurso ou para suspender os efeitos da decisão impugnada. Esse expediente, no mais das vezes, era incorretamente usado porque, se o recurso não tinha efeito suspensivo, não havia direito líquido e certo do recorrente em ver conferido esse efeito ao recurso. Ao contrário, havia, isto sim, direito líquido e certo do recorrido em ver o recurso da parte contrária recebido apenas no efeito devolutivo, previsto em lei. Entretanto, os tribunais concediam por vezes a segurança, pelos fundamentos de que havia perigo de dano irreparável ou de difícil reparação (*periculum in mora*) e a decisão era teratológica, parecendo aparentemente que o recorrente tinha razão no mérito (*fumus bini iuris*). Isto quer significar que os tribunais concediam a medida pelos fundamentos das cautelares, mas não do mandado de segurança, de requisitos mais rígidos.”

dirigida ao relator, se designado, ou à presidência, que se ocupará de analisá-la, se urgente, *ad referendo* do relator – e ele, da Turma.

Caso os autos fisicamente não estejam no Supremo Tribunal Federal, muito embora admitidos na origem, parece adequada a ação cautelar.

A outra situação é mais complexa: os autos estão no juízo *a quo* e, lá, em verdade, aguardando ainda o exame provisório de admissibilidade.

Então, as situações que acima nos referíamos não guardam relação de identidade com a localização física dos autos propriamente dita, mas sim com o fato de o recurso extraordinário do qual a parte postule a concessão da antecipação dos efeitos da tutela estar ou não estar admitido na origem.

Sim, porque se se tratasse apenas de localização física – tendo como pressuposto a admissão – a situação resolver-se-ia em saber se os autos estavam no Supremo, hipótese em que mera petição poderia veicular a pretensão antecipatória, ou a caminho, quando, então, seria o caso de medida cautelar.

Enquanto aguarda o juízo de admissibilidade, já sabemos, a parte não pode ter restringido o acesso à ordem jurídica justa.

Assim, *alguém* será competente para o exame do pedido de antecipação dos efeitos da tutela – que, de resto, equivale-se ao pedido de *efeito suspensivo* que é uma das antecipações recursais possíveis<sup>403</sup>. Esta figura, segundo a nossa posição, não pode ser o

---

<sup>402</sup> Conforme William Santos FERREIRA (**Tutela...cit.**): “quando o recurso especial ou extraordinário já se encontrar no órgão ad quem (STJ ou STF, respectivamente), acreditamos que o pedido de tutela antecipada poderá ocorrer através de petição nos próprios autos do recurso – a apreciação competirá ao relator que atualmente tem a função de juiz preparador, em decisão sujeita ao referendo do órgão colegiado.”

<sup>403</sup> É o que ensina William Santos FERREIRA, **ibidem**.

Tribunal de interposição que encerrou seu ofício jurisdicional quando do acórdão, cabendo-lhe, agora, o exame provisório da admissibilidade do recurso extraordinário – apenas.

Dadas estas premissas, este *alguém* (se assim nos é permitido denominar) é o Supremo Tribunal Federal – a despeito da inexistência de decisão sobre a admissão do recurso extraordinário. E o meio será não a petição simples, posto lá não estarem os autos, mas sim a medida cautelar<sup>404</sup>. É necessário dizer que o Supremo Tribunal Federal, por vezes, suscita questão de ordem e – quando recebe medida cautelar – acaba processando o pedido de concessão de antecipação dos efeitos da tutela pretendida no recurso extraordinário via petição inominada – que classifica, em seu rol regimental de ações, recursos e medidas como PET.

Para reforçar o posicionamento assumido neste trabalho, no sentido de que tanto a comunicação de efeito suspensivo a recurso extraordinário como a antecipação dos efeitos da tutela nesta fase processual devam ser analisados pelo Supremo Tribunal Federal, a despeito de haver ou de não haver decisão inicial de admissão do recurso, desde que interposto (CPC, art. 800, parágrafo único), passaremos à última contrariedade a argumento do Supremo Tribunal Federal, de que se vale para dizer que – nesses dois casos – a competência permanece no tribunal de interposição até que admita o recurso extraordinário.

O art. 154<sup>405</sup> do Código de Processo Civil, estabelece *ipsis literis*:

---

<sup>404</sup> Conforme William Santos FERREIRA (**Ibidem**): “admitida a posição acima, o que se verificará é a antecipação da tutela recursal com a concessão da tutela antecipada prevista no artigo 273 do Código de Processo Civil, embora, reprisemos, esta antecipação da tutela recursal, por ausência de meio, não seja obtida no mesmo processo, mas sim através de ação autônoma, de sucedâneo recursal, em síntese, da medida cautelar.”

<sup>405</sup> Ao comentar o art. 154 do Código de Processo Civil, Nelson dos SANTOS (In: Antônio Carlos MARCATO (Coord.), **Código de Processo Civil Interpretado...cit.**, p. 442) explica que “em sentido comum, processo significa curso, marcha, sucessão de estados ou de mudanças (do latim, *procedere* = seguir adiante); em sentido jurídico amplo, é o instrumento de que se vale o Estado para o exercício do poder; mais restritamente, costuma-se dizer que é o instrumento por meio do qual se presta a jurisdição.” Depois, o citado autor explica o seguinte: “o texto em comento alude a atos e a termos processuais. Ato processual é toda conduta – praticada por um ou mais dos sujeitos da relação jurídica processual – que produza a criação, modificação ou extinção de

“Art. 154 – Os atos e termos processuais não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir, reputando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial”.

Já no que refere ao particular dos atos da parte, a lei processual civil (no seu art. 158) determina *in verbis*:

“Art. 158. Os atos das partes, consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade, produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais”.

Embora não se pretenda ir a fundo na classificação doutrinária de fatos, atos e negócios processuais, posto não ser o objeto do presente trabalho, é preciso que se estabeleçam algumas premissas e até mesmo conceituações para, em seguida, identificar-se que a interposição de recurso extraordinário não prescinde da admissão para que o Supremo Tribunal Federal comunique-lhe efeito suspensivo, uma vez que a liminar ou a concessão da cautelar subordinar-se-á ao despacho de admissão, consistindo, outrossim, condição resolutiva.

E nada mais.

Para que se alegue a incidência do instituto da condição (resolutiva) no contexto de uma relação jurídica-processual é preciso, antes, demonstrar que os atos processuais subordinam-se àquele regramento.

Encontram-se em NERY e NERY<sup>406</sup> as seguintes explicações:

“1.Fatos processuais. A teoria dos fatos, atos e negócios processuais sofre influência direta da teoria geral do direito civil que distingue cada uma dessas categorias, cientificamente. Os fatos processuais que interessam ao direito, também denominados fatos jurídicos, podem ou não proceder da vontade dos sujeitos da relação processual. A morte de uma das partes (CPC 265 I) é fato que independe da vontade dos sujeitos da relação processual, mas produz

---

situações jurídicas processuais (ver. art. 158). São exemplos de ato processual a petição inicial, a citação, a contestação, a audiência, as intimações, os despachos, as decisões.”

<sup>406</sup> Código de processo...cit.



efeitos importantes, obrigando, v.g., o juiz e as partes à prática de providências necessárias no processo (CPC 265 §§ 1º e 2º).

2. Atos processuais. Os atos processuais são fatos que procedem da vontade dos sujeitos processuais. Podem visar a provocação de efeitos contrários aos requeridos pela ordem jurídica e, nesse caso, são chamados de atos ilícitos. Nessa ordem estão, dentre outros, os elencados no CPC 17, para cuja prática está cominada sanção processual (CPC 18). Dentre os atos lícitos, também chamados atos jurídicos em sentido estrito, a que denominaremos aqui de atos processuais, estão todos aqueles praticados com o fito de se alcançar determinado fim jurídico e lícito dentro do processo. Nessa classificação estão os atos jurídicos simples e os negócios jurídicos.

3. Atos jurídicos processuais simples e os negócios jurídicos processuais. A doutrina entende que o que distingue os atos jurídicos stricto sensu dos negócios jurídicos são os efeitos desses atos. Quando se pratica ato jurídico stricto sensu a vontade se dirige à realização do ato para que produzam no mundo jurídico efeitos ex lege. Quando de negócio jurídico se trata, a vontade visa a realização dos efeitos que ela mesma quer realizar, da maneira como ela quer realizar. Diz-se, nesses casos, que os efeitos daí decorrentes são ex voluntate.

4. Atos jurídicos processuais simples. Nessa classificação estão, dentre outros, a intimação da parte (CPC 234); a citação do réu (CPC 215); a confecção de sentença pelo juiz (CPC 459); a redação de mandado pelo escrivão (CPC 141 I); a confecção de laudo pelo perito e assistentes técnicos (CPC 431). Os efeitos que esses atos provocarão no processo, a própria lei diz quais são. Alguns desses atos se assemelham ao que na doutrina se chama de quase-negócio jurídico. Outros terão feição própria de operações jurídicas. Todos eles, contudo, têm seus efeitos ditados pela lei e independem da vontade de outro sujeito para se realizarem (omissis).

5. Negócios jurídicos processuais. Na seara do direito processual civil, por certo, a possibilidade de os efeitos jurídicos dos atos praticados pelas partes serem ditados pela vontade dos autores da declaração de vontade é bem menor, obviamente, do que no direito privado, onde as relações jurídicas têm objeto jurídico, em regra, disponível. Contudo, no processo, existe a possibilidade de realização de negócios jurídicos processuais. É o caso de a parte desistir da ação (CPC 267 VIII); revogar o mandato conferido ao seu advogado (CPC 44); transacionar em juízo (CPC 268 III). Os dois primeiros casos são identificados como de negócios jurídico unilateral. O último como de negócio jurídico processual bilateral, ou contrato processual.

6. Constituição, modificação ou extinção de direitos. O tema enseja considerações acerca dos efeitos dos fatos, atos e negócios jurídicos. Vem à baila a distinção entre aquisição, constituição e transmissão de direitos, que devem ter tratativa idêntica à conferida pelo direito substancial ao mesmo assunto”.

Deste panorama geral a respeito dos atos processuais, sobreleva destacar que os citados doutrinadores, em duas oportunidades, dizem textualmente que a lei

processual civil deve seguir, *mutatis mutandis*, o regramento conferido ao direito civil pelo tema.

Daí porque é legítima a premissa do raciocínio desenvolvido neste item, de que aos atos processuais podemos aplicar a teoria civil e o instituto da condição – essencial para compreender, como veremos, que a concessão de liminar pelo Supremo Tribunal Federal para atribuir efeito suspensivo ao recurso extraordinário e, bem assim, suspender a eficácia do acórdão recorrido e evitar o início da execução provisória (ou incompleta, como visto), é dada sob o influxo de uma condição resolutiva: não admitido o processamento do recurso extraordinário no âmbito do juízo provisório de admissibilidade, a liminar (leia-se *efeito suspensivo*) simplesmente desaparece do mundo jurídico.

Embora não se pretenda aprofundar o estudo a respeito de fatos, atos e negócios jurídicos (processuais) e, também, da própria natureza jurídica da condição no ordenamento civilista, continua a necessidade da exposição (superficial) do tema.

Em J. M. DE CARVALHO SANTOS<sup>407</sup> verificamos que:

“(...)a condição é uma cláusula, diz o Código, o que vale dizer, é uma limitação (não propriamente uma autolimitação), consistindo, pois, em uma determinação acessória, na qual a eficácia jurídica da vontade declarada é feita depender pelo declarante de um evento futuro e incerto”.

Assim – e agora entrando no particular de ser o efeito suspensivo concedido pelo Supremo Tribunal Federal sob condição, relacionada à admissão do recurso extraordinário pelo juízo competente para o exame provisório do cabimento da irresignação –, evidencia-se que a objeção levantada pelo Supremo Tribunal Federal para autoproclamar-se não competente para o exame da cautelar (possibilidade de vinculação da presidência ou vice-presidência em admitir recurso a que se tenha atribuído efeito suspensivo) é gratuita porque é

---

<sup>407</sup> Código Civil Brasileiro Interpretado, v. III, 14ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1991.

sua decisão, não a outra, que será prejudicada: não admitido o recurso, desaparece o efeito suspensivo.

É porque, conforme CARVALHO SANTOS,

“(…) quem constitui um negócio condicionado não faz uma dupla declaração, uma pura e simples e outra condicionada, mas apenas uma só e única, na qual é incluída a condição como parte essencial”.

Utilizando o raciocínio sempre *mutatis mutandis*, parece-nos que a decisão do Supremo Tribunal Federal de comunicação de efeito suspensivo a recurso extraordinário não admitido em juízo provisório, antes de ser por este fundamento impedida, seja dada sob condição até que sobrevenha a decisão provisória sobre admissibilidade.

Prossegue o doutrinador mencionando os requisitos essenciais à existência da condição, que diz serem: “a) uma relação arbitrária; b) acontecimento futuro; c) incerto; d) que a subsistência ou resolução da obrigação dependa de verificar-se ou não o acontecimento”. O Código Civil vigente estabelece, no seu art. 121, o conceito de condição nos seguintes moldes:

“Art. 121 – Considera-se condição a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade da partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto”.

Como a aplicação é *mutatis mutandis*, basta dizer que a decisão provisória sobre a admissibilidade do recurso extraordinário é um evento futuro, incerto e que prejudica a concessão do efeito suspensivo eventualmente concedido pelo Supremo Tribunal Federal ao recurso extraordinário, impedindo a execução provisória do acórdão recorrido.

Logo, trata-se de condição resolutive.

Que seja futura, não há dúvida. O esclarecimento deve ser feito sobre ser ou não incerta a decisão sobre a admissibilidade do recurso extraordinário em juízo

provisório. E aí é preciso fazer um reparo na assertiva, explicando-a: incerta é a não admissão, e não a decisão sobre admissibilidade propriamente dita.

Para a caracterização da incerteza enquanto requisito essencial à existência da condição, deve-se ter em conta que incerta não é a decisão (futura) sobre admissibilidade, mas sim – e especificamente – a decisão denegatória de processamento do recurso extraordinário.

É a possibilidade de ela vir a ser positiva ou negativa que a torna incerta, e não a sua existência, que será, em todo caso, verificada neste ou naquele sentido.

É a qualidade da decisão – e não ela em si – que caracteriza junto com outros elementos tratar-se de condição porque, no caso de ser proferido juízo provisório positivo de admissibilidade, simplesmente sucede que o efeito suspensivo eventualmente e antes da admissão concedido pelo Supremo Tribunal Federal remanesce válido.

Diferente, contudo, é a hipótese quando a decisão provisória sobre a admissão do extraordinário seja de cunho negativo, indeferindo seu processamento: até que sobrevenha a interposição ou o julgamento do recurso de agravo, ela torna prejudicado o efeito suspensivo comunicado ao recurso pelo Supremo Tribunal Federal.

Assim é porque “se for resolutive a condição, enquanto esta não se realizar, vigorará o ato jurídico, podendo exercer-se desde o momento deste o direito por ele estabelecido; mas, verificada a condição, para todos os efeitos, se extingue o direito que a ele se opõe” (art. 119 do Código Civil de 1916) e “se for resolutive a condição, enquanto esta não se realizar, vigorará o negócio jurídico, podendo exercer-se desde a conclusão deste o direito por ele estabelecido” (art. 127 do Código Civil) e “sobrevindo a condição resolutive, extingue-se, para todos os efeitos, o direito a que ela se opõe; mas, se aposta a um negócio de

execução continuada ou periódica, a sua realização, salvo disposição em contrário, não tem eficácia quanto aos atos já praticados, desde que compatíveis com a natureza da condição pendente e conforme os ditames da boa-fé” (art. 128 do Código Civil).

A distinção que o Código Civil veio a estabelecer acerca de ato e negócio jurídico – e, bem assim, da utilização do segundo vocábulo no lugar do primeiro – não é objeto deste trabalho, nem o estudo pormenorizado das categorias de fatos jurídicos nem das condições perante o ordenamento civil.

Utilizamos-nos, contudo, de seus conceitos de forma *mutatis mutantis*, e já nos parecem suficientes as assertivas acima lançadas para a identificação de que a concessão de efeito suspensivo pelo Supremo Tribunal Federal a recurso extraordinário (ainda) não admitido, antes de poder ser objetada como pretendem os verbetes sumulares n.ºs 634 e 635 da súmula da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal, subordina-se à admissão, que assume o papel de condição resolutiva, enquanto evento futuro e incerto que, de fato, é.

Daí porque infirmado o argumento segundo o qual a decisão de efeito suspensivo à eficácia de acórdão sujeito a recurso extraordinário interposto, mas não admitido no juízo provisório, não pode ser dada pelo Supremo Tribunal Federal pois viciaria, de forma vinculativa, a primeira decisão admisssional, a ser feita pelo juízo de interposição: é que, na verdade, a relação de prejudicialidade dá-se de forma invertida, isto é, enquanto condição resolutiva que é, a decisão de não admissão provisória extingue o direito que a ela se opõe, qual seja, o da suspensividade da eficácia da decisão objeto do recurso extraordinário,

restando autorizado o início da execução provisória<sup>408</sup> - ou incompleta, como retifica doutrina de escol.

#### 4.4.1.5 Conclusões sobre o assunto

É possível, a esta altura, encontrar algumas conclusões:

1 – O recurso extraordinário é dotado de efeito devolutivo, apenas, o que legitima o início de execução provisória.

2 – O Supremo Tribunal Federal editou os verbetes sumulares n.ºs 634 e 635 no sentido de que a competência para conhecer, processar e julgar pedidos de comunicação de efeito suspensivo a recurso extraordinário pertença ao juízo *a quo* antes do exame de admissibilidade e, se proferido de forma positiva, depois dele, ao juízo *ad quem*.

3 – A regra processual civil brasileira indica, no entanto, que o juízo competente para conhecer, processar e julgar medidas cautelares é o competente também para conhecer, processar e julgar a ação principal, de que a cautelar serve como acessória de sorte que, malgrado o posicionamento sumulado do Supremo Tribunal Federal, entendemos ser sua a competência para o exame de pedido de efeito suspensivo a recurso extraordinário, mesmo que ainda não admitido na origem.

---

<sup>408</sup> DE PLÁCIDO e SILVA (**Vocabulário jurídico**, v. I, Rio de Janeiro, Forense, 1979) esclarece o alcance da condição resolutive, que chama de resolutoria: “segundo o próprio sentido da palavra que a especifica, resolutoria, de resolver (dissolver, desfazer, desmanchar), bem se tem o seu conceito. Condição resolutoria é a que, quando vem, extingue a obrigação, ou dissolve o contrato (...) A relação jurídica está formada, mas tem a dominar-lhe a eficácia a condição suspensiva, quanto à sua resolução. E se esta se realiza, desfaz-se o direito, voltando tudo ao que era dantes.”

4 – Caso o Supremo Tribunal Federal defira liminar para suspender a eficácia da decisão objeto de recurso extraordinário, nem por isto cria-se uma vinculação entre esta decisão e a que versar sobre a admissibilidade: pode, a despeito da concessão liminar pelo juízo *ad quem*, haver a não admissão do recurso extraordinário pelo juízo *a quo*.

5 – Os pressupostos e, bem assim, a natureza jurídica do exame de admissibilidade, do mérito do recurso e das cautelares para comunicação de efeito suspensivo a recurso extraordinário são distintos e não se confundem.

6 – Se deferida liminar pelo Supremo Tribunal Federal, a superveniência de decisão de não admissão do recurso extraordinário a prejudica, e não o contrário.

7 – A jurisdição do Supremo Tribunal Federal, pelo menos no que se refere ao exame do pedido de efeito suspensivo ao recurso extraordinário, inaugura-se com a interposição do apelo, e não com a decisão que o admite.

8 – A cautelar para comunicação de efeito suspensivo a recurso extraordinário é medida excepcional, tem nítida natureza de tutela de urgência, e, assim, serve para evitar a consecução de dano para a parte postulante. Seu arrimo é, antes de outro passo, constitucional, porque evidencia o princípio do amplo acesso.

9 – Se interpostos recurso extraordinário e recurso especial contra a mesma decisão, pode a parte pleitear a comunicação de efeito suspensivo tanto perante o Supremo Tribunal Federal, quanto perante o Superior Tribunal de Justiça, a despeito de não ter se realizado o julgamento do especial.

10 – É possível exame de matéria de fato nas cautelares que tenham como propósito a comunicação de efeito suspensivo a recurso extraordinário, notadamente no que refere à demonstração do perigo da demora.

#### ***4.4.1.5.1 O abrandamento dos verbetes n.ºs 634 e 635, pelo próprio***

##### ***Supremo Tribunal Federal***

Deve-se considerar, todavia, que mesmo o Supremo Tribunal Federal, por vezes e de forma excepcionalíssima, tende a abrandar o posicionamento jurisprudencial consolidado nos verbetes n.ºs 634 e 635, da sua súmula, que determinam, um e outro, não ser o tribunal competente para julgar e processar pedido cautelar antes da admissão do recurso extraordinário na origem, e sim que seria a corte de origem, a competente para fazê-lo.

No interessantíssimo acórdão relatado pelo Ministro EROS GRAU (Medida Cautelar n.º 509-4 – Amapá), onde se versava sobre questão eleitoral envolvendo discussão entre o Partido do Movimento Democrático Brasileiro – PMDB, por intermédio de seu Diretório Regional, e JOÃO ALBERTO RODRIGUES CAPIBERIBE, que então exercia cargo público em razão de mandato eleitoral, o Supremo Tribunal Federal enfrentou, basicamente, duas discussões iniciais, quais sejam, (i) o cabimento de medida cautelar antes da admissão do extraordinário e (ii) a discussão de matéria de fato no bojo desta cautelar, ou mesmo do extraordinário.

Sobre o cabimento da cautelar antes da admissão do extraordinário – se bem que naquele caso fosse prescindível a discussão, à vista da liberação do procedimento recursal por meio de agravo de instrumento (art. 544 do CPC) – não se pode perder de vista o



posicionamento do Supremo Tribunal Federal no sentido de abrandar a aplicação daqueles verbetes sumulares.

Foi justamente o que se verificou no voto do Ministro EROS GRAU, na condição de Relator da AC n.º 509-MC – AP, sobre o temperamento que o Supremo Tribunal Federal, às vezes e excepcionalmente, confere à aplicação dos verbetes n.ºs 634 e 635, de sua Súmula:

“Em rápida pesquisa que fiz na jurisprudência desta Corte a respeito da concessão de medida liminar para conferir efeito suspensivo a recurso de sua competência, pude verificar que a excepcionalidade prevista no artigo 21, inciso IV, do RISTF, mantém-se como norma aberta, submetida ao juízo subjetivo do magistrado. Isso não obstante a edição das Súmulas 635 e 634, que fixam a competência para a concessão de liminares quando ainda pendente de juízo de admissibilidade pelo Presidente do Tribunal a quo e a do Supremo Tribunal Federal, se já prolatada a decisão.

A pesquisa da jurisprudência desta Corte trouxe-me a certeza de que o caráter de excepcionalidade de concessão de medida liminar para conceder efeito suspensivo a recurso de nossa competência não se reduz às hipóteses em que o extraordinário tenha sido admitido na origem ou esteja neste Tribunal. Ao contrário do que se poderia supor, esta Corte tem deferido a concessão de efeito suspensivo a recurso de sua competência:

a) quando há juízo positivo de admissibilidade do extraordinário, embora o processo não esteja na Corte – veja-se acórdão na Medida Cautelar em Ação Cautelar 265/PE, Primeira Turma, relator o Ministro Marco Aurélio, DJ de 03.09.2004;

b) quando há o juízo negativo de admissibilidade e agravo de instrumento interposto – veja-se acórdãos nas Medidas Cautelares nas Ações Cautelares 299/PR e 260, Primeira Turma, relator o Ministro Marco Aurélio, DJ de 17.09.2004, respectivamente;

c) por fim, quando sequer havia juízo de admissibilidade, negativo ou positivo, por cuidar-se de hipótese de recurso extraordinário retido e não havia notícia de qualquer impugnação, na origem, relacionada com a decisão do Presidente daquele Tribunal: Petição 1.834, Primeira Turma, Gallotti, DJ de 17.12.99; Ação Cautelar 48/GO, pela qual o Ministro Carlos Velloso, em 25.8.2003 deferiu medida liminar ‘para o fim de determinar o regular processamento do recurso extraordinário; também da lavra do Ministro Velloso é o acórdão prolatado na Ação Cautelar (Questão de Ordem) 152/GO, DJU de 05.03.2004, quando foi deferido efeito suspensivo a recurso extraordinário interposto nos autos de Agravo de Instrumento de decisão antecipatória de tutela em ação civil pública, hipótese em que o Supremo Tribunal Federal tem como inadmissível o recurso extraordinário, por não se cuidar de decisão definitiva, conforme decidido na Petição (Questão de

Ordem) 2.222/PR, Primeira Turma, Pertence, DJ de 12.03.3004; e é ainda nesse precedente que se colhe mais uma excepcionalidade na concessão de medida liminares no âmbito desta Corte; transcrevo a ementa desse julgado, dada a importância dos fundamentos que ela contém:

‘Ementa: Medida cautelar em recurso extraordinário: competência do Supremo Tribunal Federal para o julgamento das medidas cautelares de RE, quando nela se oponha o recorrente à aplicação, do art. 542, § 3 do C. Pr. Civil: incidência do disposto no parágrafo único do art. 800 do C. Pr. Civil (“interposto o recurso, a medida cautelar será requerida diretamente ao tribunal”): hipótese de medida cautelar que visa afastar óbice ao processamento do recurso na instância a quo, diversa do problema do início da jurisdição cautelar do Supremo para conceder efeito suspensivo ao RE’.

Bem se vê, então, que esta Corte tem deferido providências cautelares em situações que não estão descritas nas Súmulas 634 e 635. Em todos esses precedentes visou-se à garantia do resultado útil do processo e o não perecimento do direito. Foi assim na Petição (Ag) 982/SP, relator Ministro Carlos Velloso, DJ de 14.05.2001: Sua Excelência assentou que, ‘no que tange ao periculum in mora, Sr. Presidente, aprendi, em votos que li de notáveis juízes desta Casa, que só se empresta efeito suspensivo a recurso extraordinário quando se está diante da possibilidade de o direito perecer’. Por não vislumbrar tais requisitos, Sua Excelência indeferiu a cautelar. Mas nesse julgamento restou expresso no voto-vencido do Ministro Marco Aurélio que ‘o Supremo Tribunal Federal, diante de um caso concreto, em que se conclui pelo concurso de sinal do bom direito e do risco de manter-se com plena eficácia o quadro jurídico, decorrente de um acórdão impugnado via extraordinária, pode, excepcionalmente é certo, conceder medida liminar em demanda cautelar’”.

#### ***4.4.1.5.11 Há recurso contra decisão proferida com base nos incisos***

#### ***IV e V,, do art. 21, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal?***

Considerando a situação ideal preconizada pelos verbetes sumulares que tratam do assunto – bem assim que o recurso extraordinário esteja admitido na origem –, ou, por hipótese e segundo a nossa posição que, mesmo sem a admissão, aceite-se a cautelar diretamente no Supremo Tribunal Federal – como em regime excepcionalíssimo por vezes o próprio Supremo Tribunal Federal admite –, a questão que se impõe a seguir é saber se a decisão que examina o pedido de concessão de medida liminar é ou não é recorrível.

Temos a premissa de que a recorribilidade das decisões – ou, quando menos, a possibilidade de sua revisão por outros julgadores que a tenham ou não proferido – faz parte do sistema jurídico processual brasileiro, notadamente em prestígio à garantia constitucional do contraditório e, em última análise, na busca daquilo que se convencionou chamar de *acesso à ordem jurídica justa*.

Em regra, portanto (e respeitados os ditames processuais – porque ao dizer que a recorribilidade é bem vinda, não estamos querendo dizer que tudo deva ser objeto de recurso, pelo contrário, aliás), as decisões judiciais que causem gravame à parte são recorríveis.

Examinemos a casuística dos incisos IV e V do art. 21 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal:

“Art. 21. São atribuições do Relator:

(...)

IV – submeter ao Plenário ou Turma, nos processos da competência respectiva, medidas cautelares necessárias à proteção de direito susceptível de grave dano de incerta reparação, ou ainda destinadas a garantir a eficácia da ulterior decisão da causa.

V – determinar, em caso de urgência, as medidas do inciso anterior, ad referendum do Plenário ou da Turma”.

Desta forma, cabe ao Relator o exame da liminar para a comunicação de efeito suspensivo a recurso extraordinário, admitido, como querem os verbetes n.ºs 634 e 635, da súmula da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal, ou ainda não sujeitos a este exame, como defendemos ao longo deste trabalho – e como excepcionalíssimamente permite o Supremo Tribunal Federal.

Portanto, o Relator pode deferir ou indeferir o pedido de concessão de liminar.

E sobre o cabimento de recurso contra estas decisões, a concessiva e a de indeferimento do pedido de liminar, duas são as respostas, distintas, a propósito.

Caso o Relator defira a medida liminar, a parte contra a qual operou-se a suspensão da eficácia do acórdão impugnado por recurso extraordinário – que não pode iniciar ou dar seqüência à execução provisória (rec.: parcial) – em tese poderia interpor recurso de agravo, com processamento regimental, sem efeito suspensivo e com fundamento no art. 317 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Em tese, apenas e todavia.

A despeito de ter sido prejudicada pela concessão de medida liminar para a comunicação de efeito suspensivo a recurso extraordinário em que figure como recorrida a parte contrária, por assim dizer – ou terceiro prejudicado ou o Ministério Público, conforme o caso –, carece de interesse de agir para a interposição de recurso, neste caso específico de concessão de medida liminar pelo Relator, conferindo eficácia suspensiva ao acórdão objeto de recurso extraordinário.

É porque a decisão concessiva de liminar é dada *ad referendum* da Turma à qual competir a apreciação do recurso extraordinário, na forma da parte final do inciso V do artigo 21 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Assim sendo, a manutenção da decisão concessiva da liminar ou, mais o seu próprio deferimento estão, um e outro, desde sempre, sujeitos à revisão do órgão colegiado.

Nada obstante isso, a parte que se sentir prejudicada por liminar para suspensão (em última análise) da exequibilidade provisória do título executivo judicial

impugnado pode rechaçar os termos da decisão de deferimento da liminar de modo que seus fundamentos, tomados e recebidos como simples petição – e não agravo; quando muito, pedido de reconsideração, se a quiser denominar – sejam apreciados pela Turma quando do *referendum* a que alude a parte final do inciso V do artigo 21 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Tal posicionamento, inclusive, encontra suporte em pelo menos três precedentes do Supremo Tribunal Federal:

a) na Petição n.º 2.267-PR, relatada pelo Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE (DJ de 04.05.2001). Diz sua ementa:

“I – Agravo Regimental: inadmissibilidade, à falta de interesse de recorrer, se interposto de decisão individual sujeita a referendo do colegiado, a exemplo da que defere medida cautelar em recurso extraordinário (RISTF, art. 21, IV e V)”;

b) na Ação Cível Originária n.º 714-1-MT, relatada, em Sessão Plenária, pelo Ministro MARCO AURÉLIO (DJ de 10.09.2004). Dispõe a sua ementa:

“Limites Territoriais. Indefinição. Regularização de Terras. Suspensão. (..). Liminar. Referendo. Agravo. Estando o pronunciamento sujeito ao referendo do Colegiado, mostra-se inadequado agravo interposto com o objetivo de cassar tal decisão”;

c) e na já citada Medida Cautelar em Ação Cautelar n.º 509-4/AP, relatada, no Tribunal Pleno, pelo Ministro EROS GRAU.

Em seu voto, o relator consigna que:

“(…) antes de submeter a referendo deste Tribunal a medida cautelar que deferi, esclareço que determinei a juntada da petição sob o nome de ‘agravo regimental’ (fls. 368) como simples manifestação nos autos. É que a jurisprudência desta Corte é no sentido de ser inadmissível o agravo regimental, por falta de interesse de recorrer, se interposto contra decisão do relator que defere medida liminar com base no art. 21, IV e V do Regimento Interno desta Corte, por estar sujeito, o provimento judicial, a referendo do

Tribunal. (...). Assim, em consonância com a jurisprudência desta Corte, não admito o agravo regimental, recebo a petição protocolada pelo Partido do Movimento Democrático Brasileiro como mero pedido de reconsideração e o examino nesse momento em que submeto a referendo do Plenário a medida cautelar por mim deferida”.

Percebe-se, outrossim, que a decisão concessiva de liminar em medida cautelar para produzir efeito suspensivo a recurso extraordinário, dada pelo relator e porque sujeita ao referendo da turma julgadora, é irrecurável.

As razões do recorrido e requerido na cautelar acabam recebidas como pedido de reconsideração, ou petição avulsa, inominada, apenas para o subsídio dos integrantes da turma julgadora – o relator, inclusive – para o julgamento do referendo da liminar.

Embora o art. 317 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, admita e preveja a interposição de recurso de agravo (regimental) contra a decisão monocrática de relator no âmbito de medida cautelar visando a comunicação de efeito suspensivo a recurso extraordinário – o que, em tese, suportaria a assertiva de que a decisão de deferimento é de igual forma recorrível – adotamos a tese segundo a qual o referendo retira da parte o interesse de agir recursal, já que um dos objetivos do agravo é provocar o reexame da matéria pelo colegiado competente – no caso do extraordinário, a Turma a que couber seu julgamento.

Destaque-se, contudo, ser outro o posicionamento de GUSTAVO CÉSAR DE SOUZA MOURÃO, para quem:

“(…) tanto o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal quanto o do Superior Tribunal de Justiça prevêm a possibilidade de interposição do chamado agravo regimental para impugnar a decisão monocrática proferido pelo relator. (...) Dessa forma, resta patente o cabimento de agravo regimental para as decisões monocráticas que negarem seguimento à medida cautelar,

deferir ou indeferir liminar, de forma a submeter ao órgão colegiado a decisão singular”<sup>409</sup>.

Como se vê, o articulista não distingue<sup>410</sup> sobre ser concessiva ou indeferitória a decisão liminar para que sujeite-se, via agravo, ao exame da turma à qual tocar o julgamento do recurso extraordinário.

*A contrario sensu* – e porque a decisão que denega a liminar, ou mesmo o processamento da cautelar não tem previsão regimental de ser submetida ao referendo da Turma competente para processar o extraordinário –, cabe agravo quando se tratar de um ou de outro gênero de decisão.

Por fim, cabe esclarecer que, uma vez julgado o referendo ou o agravo, consoante sejam concessiva ou indeferitória as decisões monocráticas, da respectiva decisão colegiada não cabe recurso algum, nem mesmo outro e sobremodo incabível agravo<sup>411</sup>

---

<sup>409</sup> GUSTAVO CÉSAR DE SOUZA MOURÃO. Medidas cautelares no STJ e no STF: uma análise da jurisprudência contemporânea, in: Marcelo Andrade FÉRES e Paulo Gustavo M. CARVALHO (Coords.), **Processo Civil nos Tribunais Superiores**, São Paulo, Saraiva, 2006.

<sup>410</sup> Quem também não distingue sobre ser concessiva ou indeferitória a liminar em medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso de sua competência, para dizer cabível o agravo (regimental), é o Superior Tribunal de Justiça. Lá, contudo, com razão: consoante a reforma regimental de 2004 (Emenda Regimental n.º 7, de 14 de junho de 2004), as decisões liminares poderão ou serem dadas diretamente pelo relator ou pela própria turma julgadora, não havendo mais e agora o procedimento do referendo para tais hipóteses. Afirma-se isto com segurança porque a redação do § 2º do art. 288 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça mudou de “o relator poderá deferir liminarmente a medida ad referendum do órgão julgador competente” para “o relator poderá apreciar a liminar e a própria medida cautelar, ou submetê-la ao órgão julgador competente.” A partícula disjuntiva *ou* constante na redação atual do § 2º do art. 288 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça torna facultativo o referendo, tanto mais porque, na redação anterior, a concessão – assim como ocorre até hoje no Supremo Tribunal Federal – era obrigatoriamente submetida ao colegiado, pelo mecanismo do referendo. Gustavo César de Sousa MORÃO coaduna deste entendimento. Para ele: “(...) deve-se destacar o teor do art. 288, § 2º do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, cuja redação foi alterada pela Emenda Regimental n. 7, publicada no Diário de Justiça de 14.6.2004. De acordo com a atual redação, ‘o relator poderá apreciar a liminar e a própria medida cautelar, ou submetê-la ao órgão julgador competente’. Essa alteração estabeleceu a faculdade de o relator referendar ou não, junto ao órgão competente, as decisões monocráticas concessivas de liminares por ele proferidas. Anteriormente à Emenda Regimental n. 7, o referendo era obrigatório, verbis: “o relator poderá deferir liminarmente a medida ad referendum do órgão julgador competente”. De tal sorte que, para o Superior Tribunal de Justiça, entendemos caber agravo de decisão concessiva de liminar, se não posta, ex officio, ao exame do colegiado.”

<sup>411</sup> Cujá lógica foi bem exposta por Gustavo César de Sousa MORÃO (**Op. et loc. cit.**): “Na hipótese de a liminar ser referendada pelo órgão julgador, temos que a decisão deixa de ser monocrática, contando com a anuência, ratificação e conhecimento do colegiado, fator que impossibilita, destarte, a interposição do regimental. Nesse sentido, destacam-se os precedentes: ‘MEDIDA CAUTELAR. AGRAVO REGIMENTAL. DECISÃO MONOCRÁTICA REFERENDADA PELA TURMA JULGADORA. 1. Em havendo a Turma julgadora referendado decisão concessiva de medida liminar, não há mais falar em decisão monocrática

(regimental) e tampouco embargos de divergência, pelo menos consoante aplicação usual dos artigos legislativos e regimentais que disciplinam seu cabimento. O que não afasta a possibilidade, ao menos também sob a rubrica de tese, da impetração de mandado de segurança de competência originária do Supremo Tribunal Federal, desde que o caso seja, ainda mais, excepcional a justificar seu cabimento.

#### *4.4.1.5.III Algumas notas ainda sobre o tema*

Há contudo uma outra corrente doutrinária acerca de qual seja o tribunal – ou juízo – competente para a concessão de efeito suspensivo a recurso extraordinário: para esta corrente, não será nem o tribunal de interposição, nem o Supremo Tribunal Federal. Partem da premissa segundo a qual a execução provisória (ou parcial), de acordo com a reforma havida em 2005 da execução brasileira, é de competência do Tribunal ou juízo da causa em primeiro grau de jurisdição, conforme trate-se de causa de competência originária ou recursal do Tribunal local ou regional.

Sobre o tema e de forma direta, posicionou-se ERNANI FIDÉLIS DOS SANTOS:

“Tribunais. Competência originária. Os Tribunais, nas causas de sua competência originária, são competentes para a execução (art. 475-P, I) para a execução. É o caso, por exemplo, da ação rescisória, quando o tribunal, julgando pedido de nova decisão, profere sentença (acórdão) condenatória (art. 488, I). A competência, em tal caso, é absoluta, considerada como funcional, o que equivale a afirmar que nula será a execução que a desatender. Juízo da causa em primeiro grau de jurisdição. É também competente para a execução o juízo que decidiu a causa, de onde se originou o título, em primeiro grau de

---

agravável. 2. Agravo regimental não conhecido (AgRg na MC 7816/RS, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, publicado no DJ de 25.6.2004). PROCESSO CIVIL. DECISÃO DO RELATOR JÁ HOMOLOGADA PELA TURMA. O agravo regimental supõe ato de relator, na espécie já substituído pelo referendo da Turma; circunstância que prejudica o agravo regimental, por falta de objeto’ (AgRg na MC 1978/SP, Relator Ministro Ari Pargendler, publicado no DJ de 26.10.1999).”



jurisdição (art. 475-P,II), ainda que a sentença tenha sido confirmada, ou mesmo reformada, pela instância superior. Ao falar em juízo de primeiro grau de jurisdição, a lei está referindo-se também à transação e à conciliação homologadas, na última espécie incluindo todo e qualquer acordo, provocado ou não, já que se trata de título formado pela vontade das partes, mas complementado pela sentença judicial. Em tais espécies de execução, a competência, em princípio, era absoluta, pois se tratava de competência funcional, estabelecida em Lei, em razão da probabilidade de maior eficácia e maior facilidade de desenvolvimento do processo (art. 93)”<sup>412</sup>.

WILLIAM SANTOS FERREIRA compartilha do entendimento de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR de que a cautelar deva ser requerida em primeira instância, para suspender a execução provisória que lhe cabe tocar, e não ao Tribunal de interposição ou de julgamento do recurso.

E o autor paulista escreve que:

(...) a construção do parágrafo único do art. 800 é essencialmente voltada para as cautelares incidentais lançadas após a interposição de recursos, quando o juízo a quo já tenha encerrado seu ofício jurisdicional (art. 463 do CPC), como na sentença e na apelação, e têm como objetivo assegurar (acautelar) a efetividade do processo de conhecimento ou de execução, não descendo à minúcia de assecuração da efetividade do julgamento do recurso. Contudo, se a sentença é passível de execução provisória, é porque não há o chamado estado de suspensividade (que ele explica: “estado de suspensividade significa muito mais do que simplesmente impedir a execução, pois há sentenças em que não há propriamente execução, como nas declaratórias e constitutivas”), pois somente poderá ser obtido com a concessão de efeito suspensivo excepcional (ope judicis); se o acautelamento é voltado à fase executiva, o juízo competente antes ou mesmo após a interposição do recurso é o juízo a quo (repita-se:cautela da fase executiva!), pois a cautelar aqui será preparatória ou incidente da fase executiva e não da fase cognitiva em seu prosseguimento recursal, imagine-se o arresto ou o seqüestro. Qual é o alvo do acautelamento? A fase executiva. Quem é o competente para a fase executiva? O juiz de primeira instância. Logo, a tutela cautelar aqui será de competência do juízo de primeira instância (art. 800, caput, do CPC), mesmo que haja recurso interposto. Neste caso específico, não incide o parágrafo único do art. 800, mas sim seu caput; aliás, não poderia ser diferente, já que na própria petição inicial da execução se admitem pedidos acautelatórios (art. 615, III) ao juízo da fase executiva, seja provisória ou definitiva a execução<sup>413</sup>.

<sup>412</sup> **As reformas de 2005 do Código de Processo Civil**, São Paulo, Saraiva, 2006.

<sup>413</sup> As garantias constitucionais do jurisdicionado e a competência nas tutelas de urgência – um enfrentamento positivo, in: Luiz FUX, Nelson NERY JR. e Teresa Arruda Alvim WAMBIER (Coords.), **Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006.

Tanto HUMBERTO THEODORO JUNIOR quanto WILLIAM SANTOS FERREIRA capitaneiam doutrina no sentido de que a cautelar para suspender a eficácia executiva de acórdão deva ser proposta em primeiro grau jurisdicional (ou no Tribunal, se em causa de sua competência originária), a despeito de ter ou não sido interposto recurso especial ou recurso extraordinário – quando o que se pretende suspender sejam os atos executivos.

Segundo eles, se o que se pretende é evitar a execução provisória, somente quem pode evitá-la é quem seja competente para dela conhecer, processar e julgar, quer como fase processual, quer como ação propriamente dita.

Por isto dizem que o juiz de primeiro grau é o competente para deliberar sobre a *não execução* (provisória) do acórdão contra o qual se tenha interposto, ou se vá interpor recurso especial ou recurso extraordinário, ou simultaneamente ambos. Dizem, outrossim, que é caso de aplicação do *caput* do art. 800 do CPC, e não do respectivo parágrafo único.

## 5. O RECURSO EXTRAORDINÁRIO E O DIREITO SUMULAR<sup>414</sup>

### 5.1. Fundamentação teórica

Por entendermos relevante para o contexto do trabalho, passamos neste capítulo a apresentar os verbetes da Súmula da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal aplicáveis ao recurso extraordinário.

Como metodologia, transcreveremos o texto do enunciado, exporemos a data da aprovação, a fonte de publicação e as referências legislativas. Ato contínuo, serão mencionados os precedentes jurisprudenciais de cada verbete, sendo cada um deles examinado e, quando o caso – isto é, quando relevante para a compreensão do tema – serão transcritos trechos de cada um desses acórdãos, quer sejam aqueles constantes da ementa, quer do acórdão propriamente dito.

Antes dos comentários pessoais que teceremos a respeito de cada um dos enunciados, quando houver relevância e interesse, serão consideradas notas doutrinárias.

---

<sup>414</sup> A observação de Teresa Arruda Alvim WAMBIER (Distinção entre questão de fato e questão de direito para fins de cabimento de recurso especial, in: **Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**, n.º 74, ano XXV, novembro de 1998, p. 253) deve ser registrada: “Nelson Nery, embora não se detenha com vagar nesse assunto, faz observação importante, que, embora respeitante à exigência do prequestionamento, se aplica perfeitamente ao assunto tratado nesse nosso estudo. Diz ele que a exigência do prequestionamento decorre do texto constitucional em que se lê serem cabíveis recurso extraordinário e recurso especial de causas decididas. Essa afirmação pode ser transportada para todas as regras, normalmente sumuladas, que concernem à necessidade de uma das mais nítidas e mais precisa definição das hipóteses de cabimento dos recursos extraordinários. Essas regras decorrem natural e inexoravelmente do texto da Constituição Federal e da natureza jurídica desses recursos, a respeito da qual há farta doutrina. Não se trata, ao contrário do que a muitos parece, de regras ‘inventadas’, com o escopo de limitar o número de recursos especiais e extraordinários que devam ser conhecidos. Trata-se, isto sim, pelo menos em sua grande maioria, de regras que desenham de modo mais claro os casos em que estes recursos efetivamente cabem e são corolário natural da função que estes desempenham no sistema jurídico brasileiro. Cumpre, por isso, que sejam bem compreendidas, para que possam ser bem manejadas pelos operadores do Direito, e não sistematicamente criticadas.”

Para este desiderato, o trabalho analisará a doutrina de ROBERTO ROSAS contida no livro de sua autoria que trata – e leva o nome de – do *Direito Sumular* (se não no corpo do texto, em nota de rodapé) e, depois, quando houver, doutrina esparsa, comentando cada um dos temas sumulados.

Quando o assunto possuir relevo específico – como, por exemplo, o *prequestionamento* ou a *cautelar para comunicação de efeito suspensivo a recurso extraordinário etc.* – o exame será feito em tópico separado.

Sempre que houver correspondência de matéria também sumulada pelo Superior Tribunal de Justiça, será feita, quando menos, menção aos verbetes daquela Corte ou, quando o caso, serão cotejados os entendimentos, se divergentes forem.

Registre-se, por fim, que a existência de verbetes relacionados ao recurso extraordinário dentro da súmula da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ao contrário do que por vezes se afirma – e o crédito da observação é para TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, na nota de rodapé colocada logo na abertura deste capítulo – , volta-se para o seu melhor e mais perfeito enquadramento e compreensão. O que acontece é a utilização às vezes indevida dos respectivos enunciados, sobretudo pelos juízos provisórios de admissibilidade do recurso extraordinário ou, por outra, o manejo errado do próprio recurso pelos advogados – o que ratifica, novamente, nossa proposta de que apenas mediante habilitação especial se possa advogar no Supremo Tribunal Federal e nos Tribunais Superiores.

## 5.2 Observações sobre os verbetes da súmula da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal relacionados com o Recurso Extraordinário

**Súmula 272 – Não se admite como ordinário recurso extraordinário de decisão denegatória de mandado de segurança<sup>415</sup>.**

Data de aprovação: Sessão Plenária de 13/12/1963

Fonte de Publicação: Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal – Anexo ao Regimento Interno. Edição: Imprensa nacional, 1964, p. 125.

Referência Legislativa: Constituição Federal de 1946, art. 101, II, a e Código de Processo Civil de 1939, art. 810.

Precedentes:

RE 456659 (DJ de 17/8/1961)

RE 23043 (DJ de 20/5/1955)

AI 22600 (DJ de 15/9/1961)

RE 50475 (DJ de 16/8/1963)

RMS 10282 (DJ de 18/4/1963)

RMS 9237 (DJ de 20/10/1961)

---

<sup>415</sup> Roberto ROSAS escreveu sobre o verbe: “antes do Ato Institucional 6 havia o recurso ordinário em mandado de segurança da decisões denegatórias, para o STF. Nessa possibilidade recursal, o STF não admitia a interposição do recurso extraordinário em substituição ao recurso ordinário, previsto constitucionalmente (v. art. 102, II, a, e art. 105, II, b, da CF; MS 21.336-1, Relator Ministro Marco Aurélio).”

RMS 8328 (DJ de 11/1/1962)

RMS 8812 (DJ de 11/1/1962)

RMS 9054 (DJ de 4/10/1961 – RTJ 20/83)

RE 28238 (DJ de 7/11/1963)

RE 12449 (DJ de 30/11/1948)

Consigne-se, inicialmente, que a referência legislativa que embasa o verbete n.º 272 da súmula da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal é, no plano constitucional, a Constituição Federal de 1964 (art. 101, II, *a*) e, no plano *infraconstitucional*, o Código de Processo Civil de 1939 (art. 810).

A aplicação do princípio da fungibilidade – previsto de forma expressa no Código de 1939, como se sabe – acabou não prevalecendo para a hipótese de interposição de recurso extraordinário interposto quando fosse cabível o recurso ordinário.

No Recurso Extraordinário n.º 23.043, em voto preliminar que acabou conduzindo o julgamento – inclusive com retificação do voto do relator, que conhecia de ambos os recursos para prover um deles –, o Ministro HAHNEMANN GUIMARÃES identificou que a decisão proferida pelo hoje extinto Tribunal Regional Federal, em mandado de segurança, que declarava a inconstitucionalidade da lei ou a sua não revogação, seria equivalente a decisão de improcedência e, como tal, sujeita a recurso ordinário e não extraordinário.

Assim votou o Ministro:

“(…) o Supremo Tribunal Federal, em sessão plena, entende que a decisão, na parte em que declarava a inconstitucionalidade da lei ou a não revogação da lei, devia ser impugnada pelo recurso ordinário, porque importava em denegação do mandado de segurança (...) Não é cabível o recurso porque o que o recorrente impugna é a denegação do mandado de segurança. (...) Acho que o erro na interposição do recurso não é justificável, porque o caso não é de recurso extraordinário”.

Em seguida, o relator, Ministro LAFAYETTE DE ANDRADA, percebendo que a decisão recorrida era, em verdade, denegatória do mandado de segurança – em que pese tratar-se de temática de inconstitucionalidade –, compreendeu que o recurso adequado era o ordinário, e não o extraordinário.

Ainda assim, o Ministro ABNER DE VASCONCELOS votou no sentido da “(...) remessa dos autos ao Tribunal Pleno, para que os recursos sejam conhecidos como ordinários”.

Prevaleceu, contudo, o entendimento de que, na hipótese, em se tratando de denegação de segurança, não seria o caso de aplicação do princípio da fungibilidade, pois não seria razoável ter como aquele recurso um extraordinário equivocadamente interposto pela parte.

Senão porque distintos, em tudo e por tudo, em especial porque a matéria era indubitosa: de decisão denegatória de mandado de segurança, o recurso cabível, naquela legislação, como hoje, é o ordinário e não o extraordinário.

Consigne-se, ademais – e o argumento é válido apenas e tão-somente para a legislação de referência, não para a atual, que distinguia o prazo de recurso extraordinário e ordinário (este, de 5 [cinco] dias) – que em pelo menos 2 duas oportunidades o Supremo Tribunal Federal decidiu que “recurso extraordinário, interposto em lugar do ordinário e fora do prazo previsto para este, não pode ser admitido” (cf., a propósito, ementas do Agravo de Instrumento n.º 22.600/MG e do Recurso Extraordinário n.º 50.475/RS)

Ainda sobre o tema, outra decisão da época deve ser anotada:

“Mandado de segurança. A interposição do recurso extraordinário ao invés do ordinário da decisão denegatória da segurança constitui erro grosseiro. Deste não se conhece, ainda que processado como recurso ordinário por decisão do Presidente do Tribunal de Justiça” (Ementa do RO n.º 9.237/BA).

Nesta decisão, o Parecer da Procuradoria Geral da República, da lavra de FIRMINO FERREIRA PAZ, destacou doutrina de PONTES DE MIRANDA a respeito da aplicação do princípio da fungibilidade antes previsto no art. 810 do CPC/39 – notadamente sobre o erro grosseiro, que não permitia a recepção de um recurso por outro inadvertidamente interposto:

*“(...) o erro é grosseiro quando a lei é explícita, ainda que recente (1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, de 24 de novembro de 1941, RE n.º 123), ou, o que vale o mesmo, contra a jurisprudência assente (...) se o próprio tribunal, ou o próprio Supremo Tribunal Federal, vacila, não obstante a letra da Lei, ou em virtude de erro de conceituação”.*

Baseando-se nesta premissa doutrinária, o parecer conclui pelo não conhecimento do recurso – vale dizer, não recebimento do extraordinário como se ordinário fosse – porque “na há dúvida, na espécie, que tanto a doutrina, a jurisprudência, quanto o próprio dispositivo constitucional (art. 101, II, a da Constituição) declaram, límpidos de dúvida, que o recurso da decisão denegatória de mandado de segurança, é o ordinário, para o Pretório Excelso”.

Já se revelando suficiente a transcrição de alguns votos e ementas, percebe-se que os precedentes do verbete n.º 272 da súmula da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal, que veio estabelecer o não recebimento de extraordinário como ordinário fosse, apresentaram, basicamente, os seguintes argumentos: a) discussão sobre a aplicação do princípio da fungibilidade, previsto de forma expressa no Código de Processo Civil de 1939; b) nesta discussão, o pormenor do prazo menos extenso; c) assim como do conceito de erro grosseiro; d) da irrelevância da decisão *a quo* ter determinado o processamento do



extraordinário como se ordinário fosse – ponto que merece consideração, demonstrando que o exame da admissão do recurso inicial e provisório é de fato e em todos os sentidos revistos, sem necessidade de recurso, pelo Supremo Tribunal Federal, em juízo segundo e definitivo; e, finalmente, e) a questão de a dúvida estar mais na natureza jurídica da decisão objeto do recurso, que no meio de se a impugnar propriamente dito.

Se de fato objeção não poderia ser lançada aos itens iniciais, este último, onde a dúvida estivesse não no meio de impugnação, mas na própria natureza jurídica da decisão objeto do recurso, parece-nos que a rejeição do extraordinário como ordinário, nesse caso, desatendesse a regra do art. 810 do Código de Processo Civil de 1939.

Nos dois primeiros julgamentos precedentes para a edição do verbete n.º 272, apreendemos que a decisão objeto do recurso, por tratar incidentalmente do tema da constitucionalidade, não era clara no sentido de, *prima facie*, perceber-se que fosse denegatória do mandado de segurança.

O que fez o Supremo Tribunal Federal foi dar como inquestionável – quando parecia ser exatamente esta a dúvida do recorrente – a natureza denegatória da decisão contra a qual se interpôs o extraordinário para, aí sim, fixada esta premissa, dizer impossível seu recebimento como ordinário.

Se bem que morto e sepultado o assunto, talvez outra sorte merecessem aqueles dois casos, onde a própria natureza jurídica da decisão objeto do recurso extraordinário era questionável ou, quando menos, não estava assim tão clara. Mas *águas passadas não movem moinhos*.

Abstraindo-se, agora, os comentários a respeito das decisões tomadas à época – e a despeito de não haver previsão legal, senão doutrinária e jurisprudencial a respeito do

princípio da fungibilidade (que TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, inclusive, tão bem sustenta em nosso processo civil) – sobreleva averiguar se o verbete n.º 272 da súmula da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ao estabelecer não haver fungibilidade entre extraordinário e ordinário quando se tratar de decisão denegatória de mandado de segurança, remanesce válido para a atual legislação ou se, por outra, está a merecer revogação ou, quando menos, é inútil ao sistema vigente.

Previsto no ordenamento jurídico brasileiro como recurso em razão do inciso V do art. 496 do Código de Processo Civil, o ordinário<sup>416</sup> é cabível na forma dos incisos I e II<sup>417</sup> do art. 539, segundo o qual, “para o Supremo Tribunal Federal (inciso I), serão julgados em recurso ordinário (...) os mandados de segurança, os habeas data e os mandados de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, quando denegatória a decisão”. Destaque-se que a letra *a* do inciso II do art. 102 da Constituição Federal, repete, com o acréscimo do *habeas corpus*, e a substituição da palavra *quando* pela palavra *se*, a disposição da legislação federal infraconstitucional.

Não diferem, senão no prazo<sup>418</sup>, a legislação processual vigente daquela de 1939, nem a Constituição de 1946 da de 1988, sobre o cabimento do recurso ordinário, que

---

<sup>416</sup> O recurso ordinário não exige prequestionamento: “o prequestionamento não é requisito de admissibilidade do recurso ordinário (STF, RT 712/307)”.

<sup>417</sup> Além da outra vertente constitucional voltada para o habeas corpus, o Superior Tribunal de Justiça julga recurso ordinário tirados de mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão (alínea a do inciso II do art. 539 do CPC) ou das causas em que forem partes, de um lado, Estado estrangeiro ou organismo internacional e, do outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no País (alínea b do inciso II do art. 539 do CPC). Assim, “não cabe recurso ordinário constitucional das decisões denegatórias de mandado de segurança proferidas por turmas recursais de juizados especiais (STJ, RMS n.º 1.905-6-SC, 4ª Turma, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Texeira, j. 24.5.1994, DJU 20.6.1994, p. 16.104).”

<sup>418</sup> O prazo que antes era de cinco dias passou a ser de quinze dias, com a unificação preconizada pela Lei 8950/94.

continua, livre de dúvida, cabível em casos de decisões denegatórias<sup>419</sup> de *habeas data*, mandado de segurança e mandado de injunção.

Assim e mesmo que se trate de matéria constitucional<sup>420</sup> – ou verse sobre constitucionalidade –, o recurso cabível contra denegação naqueles tipos específicos de tutela jurisdicional é o ordinário, não podendo, como tal, ser recebido extraordinário equivocadamente interposto, porque aí não teremos dúvida, mas sim erro crasso.

Desta forma – e em que pese referir-se à Constituição de 1946 e ao Código de 1939 –, o verbete n.º 272 da súmula da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal continua plenamente válido, de sorte que não se revela possível o recebimento de recurso extraordinário como recurso ordinário<sup>421-422</sup>.

---

<sup>419</sup> Adverte, contudo, Nelson Luiz PINTO (**Código...cit.**, p. 1.662) que “apesar de a Constituição Federal usar a expressão ‘quando denegatória a decisão’, deve-se interpretá-la em sentido amplo, sendo cabível o recurso ordinário ainda que o Mandado de Segurança, o habeas data ou o Mandado de Injunção seja indeferido liminarmente ou por qualquer motivo extinto sem apreciação do mérito” (ver RTJ 132/718) e, de igual forma, “cabe recurso ordinário se a decisão recorrida julgar extinguir o Mandado de Segurança sem apreciação do mérito (RTJ 160/472; RSTJ 9/187, 14/157, 60/181, 69/151, 71/163, 92/378)”. Acrescentamos: desde que colegiada a decisão. Isto porque, não sendo colegiada, o recurso é de outra natureza: “constitui erro grosseiro a interposição de recurso ordinário contra decisão do relator que indefere, liminarmente, mandado de segurança (RSTJ 73/178), cabendo, portanto, agravo regimental” (RSTJ 11/191, 32/141, 32/169, 34/176, 48/548 e 87/379; STJ, RT 699/175 e RISTJ, art. 247).” No mesmo sentido: “não cabe recurso ordinário para o STJ da decisão singular proferida em mandado de segurança.” (STJ, RMS 2.586-0-PA, 3 Turma, Relator Ministro Costa Leite, j. 24.2.1994, DJU 13.6.1994, p. 15.101).

<sup>420</sup> Oportuna a lembrança de Nelson Luiz PINTO (**Ibidem**, mesma página), a respeito do recurso ordinário quando versando a decisão matéria constitucional: “como já decidiu o STJ (ver RT 712/307), será cabível o recurso ordinário nas hipóteses previstas no art. 105, II, da CF, ainda que se trate de matéria constitucional” pois, completamos, o cabimento do ordinário está na espécie da decisão e da tutela jurisdicional e não no mérito ou conteúdo do acórdão: mesmo que trate de dispositivo da Constituição, prevalece para fins de cabimento de recurso o fato de ser denegatória a decisão, nos casos da letra “a” do inciso II do art. 539 do Código de Processo Civil.

<sup>421</sup> É o que também decidiu o Superior Tribunal de Justiça (RSTJ 75/153): “da decisão proferida em mandado de segurança por tribunal de segundo grau de jurisdição, em única instância, cabe recurso ordinário, constituindo erro inescusável a sua substituição por recurso especial – Inaplicabilidade do princípio da fungibilidade dos recursos”.

<sup>422</sup> Deve-se registrar, contudo, posicionamento do próprio Supremo Tribunal Federal no RMS 21.328, relator Ministro Carlos VELOSSO, DJ 03.05.2002: “Recurso. Fungibilidade. Constituição Federal. Art. 102, II, a. Constitucional. Estabilidade provisória. Gravidez. Constituição Federal, art. 7, I, ADCT, art. 10, II, b. Conversão do recurso extraordinário em ordinário em vista a ocorrência da hipótese inscrita no art. 102, II, a da Constituição Federal.”

NELSON LUIZ PINTO<sup>423</sup> esclarece que o ordinário é:

“(...) recurso que tem como finalidade permitir um segundo grau de jurisdição em determinadas ações que são processadas originariamente nos tribunais, podendo ter como objetivo tanto a reforma (em caso de error in iudicando) como a invalidação da decisão (em caso de error in procedendo). Funciona, pois, para as hipóteses aqui previstas, como verdadeira apelação”.

Há que se mencionar, contudo, que o Supremo Tribunal Federal já deixou de aplicar o verbete n.º 272 ao julgar o Recurso Extraordinário em Mandado de Segurança n.º 21.328-1, do Distrito Federal (DJ 03.05.2002). O recurso ordinário voltou a ter previsão constitucional na Carta de 1988, esclareça-se de antemão, dado o rompimento que houve com o sistema sobre o qual alicerçado o verbete n.º 272 (art. 101, II, *a*, da Constituição Federal de 1946).

Considerando, outrossim, a re-introdução do recurso ordinário para o caso de decisão denegatória de mandado de segurança de competência originária de Tribunal Superior (assim como em *habeas corpus*, *habeas data* e mandado de injunção) e, particularmente, a novidade legislativa-constitucional, o Supremo Tribunal Federal houve por bem receber como recurso ordinário o extraordinário interposto pela parte.

Na ocasião – e isto está a indicar a não aplicação do verbete n.º 272 – o Supremo Tribunal Federal mandou processar recurso ordinário onde a parte interpusera como extraordinário que, na própria origem, fora convertido pela presidência do Tribunal.

Em que pese a Procuradoria-Geral da República, por intermédio de parecer subscrito pela Sub-Procuradora-Geral, ODILA DA LUZ OLIVEIRA, ter opinado pelo não conhecimento do recurso “por ter ocorrido, na hipótese, erro grosseiro, que impede a adoção do princípio da fungibilidade dos recursos, já que o art. 102, II, *a*, da Constituição, esclarece, no caso, o recurso ordinário”, acabou o Supremo Tribunal Federal ratificando a decisão do

---

<sup>423</sup> Código...cit., p. 1.662.

Tribunal local e, assim, aplicando a fungibilidade, conheceu como ordinário o recurso extraordinário interposto.

Em voto preliminar, o Ministro MARCO AURÉLIO entendeu que o recurso deveria ser conhecido, mesmo que erroneamente interposto, destacando:

“(...) um pormenor que revela a boa-fé da recorrente: elegeu uma via bem mais estreita, que é a via do extraordinário, quando tinha assegurado, constitucionalmente, pela Carta, o recurso ordinário, que viabiliza, inclusive, o revolvimento da matéria fática”.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, o relator, o Ministro CARLOS VELLOSO, também aceitou como ordinário o extraordinário interposto pela parte, destacando que não tinha:

“(...) como grosseiro o erro na interposição do recurso extraordinário pelo ordinário constitucional. O que deve ser considerado é que a Constituição de 1988 inovou em relação à Constituição pretérita uma vez que esta não previa o recurso ordinário de que tratamos, inscrito no art. 102, II, a, da Constituição Federal vigente. Sendo assim, é natural que nos primeiros anos de vigência da atual Carta Política ocorram equívocos. Ademais, a consideração do que seja erro grosseiro tem muito de subjetivo. Se o recurso inadequado foi interposto dentro do prazo do recurso cabível, deve ser admitida a fungibilidade recursal, tendo em vista o princípio da instrumentalidade das formas consagrado na teoria geral do processo”.

Este julgamento do Supremo Tribunal Federal, segundo nossa concepção, foi equivocado. Os fundamentos utilizados para o recebimento de extraordinário como ordinário foram os seguintes: a) a boa-fé decorrente da utilização de um recurso mais estreito, quando se podia (leia-se *devia*) interpor outro, em que seria possível até mesmo a discussão sobre a matéria de fato, portanto, mais elástico; b) a inovação constitucional e o período de adaptação; e c) a interposição do recurso no prazo daquele que seria o adequado.

Discussão à parte sobre a questão da interposição no prazo (menor ou igual) para que se reconheça cabível a fungibilidade, os demais fundamentos usados pelo Supremo Tribunal Federal para conhecer o extraordinário como ordinário – e, assim, não aplicar o

verbetes n.º 272 – parecem não convencer: o do Ministro MARCO AURÉLIO (recurso mais restrito) porque, ao contrário, a fundamentação e, sobretudo, os requisitos de uma e outra espécie são, em tudo e por tudo, distintos, de modo que o próprio mérito do recurso restaria prejudicado; e o do Ministro CARLOS VELLOSO, com superioridade de argumentos, porque a novidade da lei não é sustentáculo para a interposição errada de recurso (v., acima, doutrina de PONTES DE MIRANDA e o posicionamento do Supremo Tribunal Federal), tanto mais porque ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece (art. 3º da Lei de Introdução ao Código Civil).

Por tais razões, parece-nos que o verbatim n.º 272 da súmula da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal continua sim válido e que, desta forma, não é possível haver fungibilidade no recebimento de um recurso pelo outro, tanto se trate de extraordinário quanto de ordinário, como vice-versa.

Sobretudo agora, passados quase vinte anos do ordenamento constitucional, onde não se há mais dizer que haja uma novidade na introdução do recurso ordinário em nosso ordenamento, muito menos na divisão de competência entre o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça. Neste particular, nem mesmo a recente Emenda Constitucional n. 45, que deslocou matéria antes afeta ao especial para o extraordinário pela letra *d* do permissivo constitucional, poderia ser considerada – em si – como novidade, muito menos poderia viabilizar a aplicação do princípio da fungibilidade, de sorte a tornar congoscível um recurso como se outro fosse – sob a alegação de que a alínea *d* representaria alguma (e objetiva) dúvida para a parte recorrente. Sobre o que teremos falado quando do exame das hipóteses de cabimento do recurso extraordinário, ponto ao qual remetemos o leitor.

**Súmula 279 – Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.**

Data de aprovação: Sessão Plenária de 13/12/1963

Fonte de Publicação: Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal – Anexo ao Regimento Interno. Edição: Imprensa nacional, 1964, p. 127.

Referência Legislativa: Constituição Federal de 1946, art. 101, III. Lei 3396/1958, art. 7. Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal de 1940, art. 190, § 1, “a”; art. 193.

Precedentes:

AI 29710 (DJ de 17/12/1963)

CT 3713 (DJ de 09/4/1924 e RSTF 71/77)

Sobreleva destacar, de início, que o verbete n.º 279 tem como referência legislativa a Constituição Federal de 1946 (art. 101, III, *a*), a Lei Federal n.º 3396/1958 (art. 7) e o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, de 1940 (art. 190, § 1º, *a*, e art. 193).

No Agravo n.º 29.710, relatado pelo Ministro EVANDRO LINS, entendeu-se que se “houve aplicação da lei em face das provas, dentro das atribuições da justiça local tornava-se, por isso mesmo, inadmissível o apêlo extraordinário”.

O Ministro GUIMARÃES NATAL, julgando Carta Testemunhável no ano de 1924, foi relator de acórdão que a reputava improcedente. E na ocasião, a improcedência teria decorrido da pretensão de se discutir matéria de fato:

“(…) considerando que, tendo se limitado à apreciação de prova de factos e à aplicação dos fatos provados das disposições de Lei, que os regiam, o Accordam recorrido, delle não cabe recurso extraordinário”.

ROBERTO ROSAS analisou o verbete n.º 279, da súmula da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal e, sobre ele, teceu os seguintes comentários:

“(…) Chiovenda nos dá os limites da distinção entre questão de fato e questão de direito. A questão de fato consiste em verificar se existem as circunstâncias com base nas quais deve o juiz, de acordo com a lei, considerar existentes determinados fatos concretos. A questão de direito consiste na focalização, primeiro, se a norma, a que o autor se refere, existe, como norma abstrata (Instituições de Direito Processual, 2 ed., v I/175). Não é estranha a qualificação jurídica dos fatos dados como provados (RT 275/884 e 226/583). Já se refere a matéria de fato quando a decisão assenta no processo de livre convencimento do julgador (RE 64.051, Relator Ministro Djaci Falcão, RTJ 47/276); não cabe o recurso extraordinário quando o acórdão recorrido deu determinada qualificação jurídica a fatos delituosos e se pretende atribuir aos mesmos fatos outra configuração, quando essa pretensão exige reexame de provas (ERE 58.714, Relator para o acórdão o Ministro Amaral Santos, RTJ 46/821). (...) A Súmula 279 é peremptória: ‘Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.’ Não se vislumbra a existência da questão federal motivadora de recurso extraordinário. O juiz dá a valoração mais conveniente aos elementos probatórios, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes. Não se confunda com o critério legal da valorização da prova (RTJ 37/480, 56/65)”<sup>424</sup>.

Não passe despercebida, outrossim, a consideração inicial de TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER acerca do tema:

“(…) rigorosamente, seria impossível fazer-se a distinção integral entre questão de direito e questão de fato, pelo menos no plano ontológico, já que o fenômeno direito ocorre, efetivamente, no momento de incidência da norma, no mundo real, no universo empírico. Assim, na verdade, o direito acontece quando se encontram o mundo dos fatos com o mundo das normas”<sup>425</sup>.

Assim, quando o recurso extraordinário pretender reexaminar fatos – ou quando o reexame de fatos seja necessário para o seu julgamento – , não será ele cognoscível, não passando pelos juízos de admissibilidade – a propósito do que dispõe o verbete n. 279/STF, aqui analisado.

<sup>424</sup> **Direito Sumular...cit.**, p. 121.

<sup>425</sup> Distinção entre questão de fato e questão de direito para fins de cabimento de recurso especial, in: **Revista de Processo – RePro**, n.º 92, São Paulo, Revista dos Tribunais, out.-dez. 1998, p. 53.



**Súmula 281 – É inadmissível o recurso extraordinário, quando couber na justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada.**

Data de aprovação: Sessão Plenária de 13/12/1963

Fonte de Publicação: Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal – Anexo ao Regimento Interno. Edição: Imprensa nacional, 1964, p. 128.

Referência Legislativa: Constituição Federal de 1946, art. 101, “caput”, III.

Precedentes:

AI 23390 (DJ de 22/6/1961 e RTJ 18/94)

AI 29467 (DJ de 27/7/1963 e RTJ 28/380)

Examinados os precedentes que ensejaram a edição do verbete n.º 281 da súmula da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal, evidenciam-se dois principais comentários.

O AI n.º 29467 (DJ de 27/7/1963 e RTJ 28/380) trata de outro assunto, que não aquele que acabou sendo sumulado pelo Supremo Tribunal Federal.

É que, conforme sua ementa:

“1) Divergência com decisão do mesmo Tribunal não autoriza recurso extraordinário pelo art. 101, III, letra d, da Constituição. 2) A decisão recorrida há de ser definitiva, isto é, de única ou última instância, mas não é necessário que também o seja a decisão oferecida a confronto”.

O voto – que é bem sintetizado pela ementa acima transcrita – foi no sentido do não cabimento do recurso extraordinário; não porque, todavia, coubesse na *justiça de origem recurso ordinário da decisão impugnada* mas porque, interposto que foi sem observância dos

critérios então estipulados para o cabimento em razão de divergência, desatendia o comando constitucional de 1946.

Então, esse acórdão não serve de fundamento para a edição de verbete sumular que viesse a tratar de descabimento do extraordinário se cabível recurso ordinário na origem, contra a decisão por ele – e erroneamente – impugnada.

Malgrado não mais cabível extraordinário, senão especial, por divergência jurisprudencial, deve-se destacar ainda, dessa decisão, seus dois fundamentos: o primeiro, de que decisões conflitantes de um mesmo Tribunal não são aptas a demonstrar divergência para que, *de lege lata*, fosse cabível o recurso especial com fundamento na alínea *c* do permissivo constitucional e, o segundo, de que embora se exija que a decisão impugnada seja de *única ou última instância* – e, nesse passo, sujeita apenas a recurso especial e extraordinário –, a paradigma não precisa ter transitado em julgado, o que significa dizer que contra ela pode ter ou não sido interposto recurso.

Esse AI n.º 29.467, a bem da verdade, apenas reflexamente trata da matéria que acabou sendo sumulada no verbete n.º 281 do Supremo Tribunal Federal.

Reflexa, porque só se compreende daquela decisão que o extraordinário seja cabível apenas quando não mais couber recurso ordinário contra o acórdão se analisada uma expressão da ementa daquela decisão: “(...) a decisão recorrida há de ser definitiva”.

Foi mais claro e direto, contudo, o AI n.º 23.390, de relatoria do Ministro VICTOR NUNES LEAL. A ementa proclamava que

“(...) sendo parciais os embargos infringentes, a parte do julgado da apelação, sobre a qual não houve divergência de votos, constitui decisão definitiva para efeito de interposição de recurso extraordinário. Dela é que se deve contar o prazo respectivo, e não do acórdão que vier a ser proferido nos embargos”.

Interessante notar – como consta do voto do respectivo Ministro – que se processavam os infringentes em concomitância com o especial e o extraordinário, todos interponíveis a partir da mesma decisão, pelo sistema antigo, conforme fosse unânime ou não-unânime o julgado sobre cada ponto tratado no recurso.

Em que pese a alteração legislativa do procedimento dos embargos infringentes e dos recursos especiais e extraordinários – de sorte que hoje, *de lege lata*, são cabíveis os primeiros para só depois do seu julgamento o serem os demais, tanto quanto da parte objeto deles, quanto da outra, de que antecipadamente não se recorre – vale a transcrição de parte do voto proferido naquele julgamento:

“(…) a controvérsia sobre o alcance parcial ou total dos embargos infringentes, que havia surgido em face da redação original, do art. 833 do Cód. Proc. Civil, foi solvida pelo Presidente José Linhares, através do DL 8.570, de 8.1.1946, que acrescentou ao texto esta cláusula: ‘Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência.’ Por conseguinte, no ponto sobre o qual veio a incidir o recurso extraordinário, no caso dos autos, era já definitiva, porque inatacável em recurso ordinário, o acórdão da apelação, proferido em 8-5-59 (fls. 16-v). Interpôsto o rec. Extraordinário em 27.5.1960 (fls. 27), quando se contou o prazo a partir da decisão de embargos, era êle evidentemente tardio. Não podia mais ser tomado em consideração”.

A despeito da alteração legislativa do procedimento recursal em caso de acórdão que contenha parte unânime e parte não-unânime – de sorte que são cabíveis primeiro os infringentes, se preenchidas as hipóteses, para depois o serem o especial e o extraordinário, do todo (do acórdão resultado do julgamento dos embargos) – sobreleva notar que o verbete n.º 281 da súmula da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal remanesce válido.

Quando se estabelece o descabimento do recurso extraordinário quando se verifica cabível, ainda, recurso ordinário na origem, está se utilizando a expressão *ordinário* como gênero, não como espécie.

Explicamos.

Conhecido é o recurso ordinário (espécie recursal) cabível contra acórdão proferido em mandado de segurança, quando denegada a ordem (art. 539 do CPC; art. 102, II, *a*, da Constituição Federal de 1988). Não é deste recurso ordinário que trata o verbete n. 281 da súmula da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal.

Aqui, conquanto se alude à necessidade constitucional de que a decisão objeto do recurso extraordinário (tanto gênero, quanto espécie) deva ser de única ou última instância, o vocábulo *ordinário* está sendo utilizado como gênero.

Significa dizer que os embargos de declaração e os embargos infringentes, que são as espécies do gênero recurso ainda cabíveis contra um acórdão, antes que ele venha a ser recorrível por um recurso extraordinário, em gênero, cujas espécies são o extraordinário e o especial. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, sobreleva destacar que uma decisão por ele proferida, quer versar matéria constitucional, pode ser objeto de recurso extraordinário; mas pode ser também – do tema federal infraconstitucional, que caiba ao Superior analisar – objeto de embargos de divergência<sup>426</sup>.

O que de fato importa é que a decisão seja final, proferida em última ou única instância pelo Tribunal, e contra ela – portanto – não caiba outro recurso senão o extraordinário ou o especial, aqui considerados como espécie do gênero extraordinário. Isto é, que não se sujeitem a recurso ordinário, gênero, cujas espécies já foram mencionadas.

---

<sup>426</sup> As considerações de Roberto ROSAS sobre o conteúdo do verbete n.º 281 ora analisado são esclarecedoras: o recurso extraordinário é cabível das decisões de última instância. Logo, se cabe recurso ordinário no tribunal *a quo*, a decisão não é final, porque a irrecorribilidade não se caracterizou: “(...) É importante o conceito de decisão final, no STJ, quando são interpostos embargos de divergência simultaneamente com o recurso extraordinário. Este fica sobrestado até o julgamento dos embargos de divergência. A simultaneidade é possível, porque pode haver matéria constitucional e infraconstitucional na mesma decisão, e, portanto, para impedir a preclusão, há essa interposição. Nessa mesma hipótese não há necessidade de ratificação do RE, após o outro julgamento. Se os embargos forem conhecidos, o RE pode estar prejudicado. Se rejeitados, pode haver novo RE, se outra matéria constitucional foi levantada nos embargos” (**Direito Sumular...cit.**, p. 123).

Não há confundir – insistimos – a expressão ordinário constante do texto do verbete n.º 281 com o recurso ordinário previsto no art. 539 do Código de Processo Civil. Se esta for a hipótese, o recurso extraordinário e o recurso especial não serão cabíveis não porque coubesse recurso ordinário (gênero) na instância de interposição, mas porque não preencheriam os requisitos constitucionais de admissibilidade e a hipótese não se amoldaria ao cabimento deles, mas daquele outro, enquanto espécie recursal.

Seria, nessa hipótese, caso de aplicação do verbete n.º 272 da súmula da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal, já analisada, não da aplicação do presente verbete, de n.º 281.

Por fim, a afirmação segundo a qual não cabe recurso extraordinário contra acórdão que desafiasse, ainda, recurso ordinário (gênero) *ratifica* – já o dissemos no capítulo versante sobre prequestionamento – a impossibilidade de ser interposto recurso extraordinário com duplo fundamento: o referente à omissão do julgado em caso de rejeição dos declaratórios prequestionadores e o referente ao mérito – por assim dizer – do assunto, como se fossem suficientes aqueles embargos para devolver a matéria ao Supremo Tribunal Federal. Sim, porque a decisão contra a qual opostos os declaratórios e que não tenha sido complementada com o julgamento de acolhimento deles ainda não é definitiva, não se atingiu a última ou única instância necessária para que se abra a recorribilidade a superior.

**Súmula 283 – É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles<sup>427</sup>.**

---

<sup>427</sup> Roberto ROSAS fez o levantamento doutrinário sobre o tema: “Pontes de Miranda sustenta opinião favorável à admissão do recurso extraordinário com fulcro num dos fundamentos quando a decisão assenta em vários (Comentários ao Código de Processo Civil, t. XII/278). Opiniões contrárias são sustentadas por Lopes

Data de aprovação: Sessão Plenária de 13/12/1963

Fonte de Publicação: Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal – Anexo ao Regimento Interno. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 128.

Referência Legislativa: Lei 3396/1958, art. 7. Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal de 1940, art. 190, § 1, “b”.

Precedentes:

AI 28267 (DJ de 29/11/1962)

AI 28386 (DJ de 18/4/1963 e RTJ 27/168)

RE 49907 (DJ de 14/6/1963)

AI 29766 (DJ de 17/12/1963 e RTJ 31/403)

No AI 28267 (DJ de 29/11/1962) relatado pelo Ministro VICTOR NUNES LEAL, o julgamento conteve a seguinte ementa:

“(...) se o acórdão recorrido tem dois fundamentos, um dêles suficiente e calcado no exame de prova, não cabe recurso extraordinário”.

Impõe destacar, desde logo, que se basta a primeira assertiva, para não ser cabível o extraordinário: basta que o acórdão contenha dois ou mais fundamentos, sendo irrelevante – e aí falamos do uso da conjunção aditiva “e” pela ementa do acórdão – que, além disso, o fundamento inatacado verse sobre matéria de fato, ou para manter a terminologia, esteja “calcado em exame de prova.”

---

da COSTA (**Direito Processual Civil Brasileiro**, v. III, 2ª ed., p. 418) e José Afonso da SILVA (**Do Recurso Extraordinário...cit.**, p. 201), que inadmitem o recurso nessas condições.” (**Op. cit.**, p. 124).

Os demais precedentes, com pouca ou nenhuma variação, limitam-se a dizer – sem apresentar uma fundamentação sobre o tema – que não cabe recurso extraordinário quando interposto apenas contra um dos vários fundamentos do acórdão, desde que esses sejam suficientes para a manutenção da decisão *a quo*.

A justificativa para o não cabimento de recurso extraordinário nesta hipótese é a manutenção do julgado pelo ponto não versado em suas razões. De nada adiantaria irresignação quanto a determinado fundamento, se, havendo outro na decisão, este também não for objeto de recurso. Porque nesse caso, ele, mantido, manteria a situação desfavorável à parte, que não teria por completo se desincumbido do ônus recursal.

Leitura atual do verbete – todavia – há de ser feita em função da conhecida fórmula *capítulos da sentença*, por nós, entre todos, sustentada por CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO. Parece-nos adequado que o verbete 283/STF dirija-se a um determinado capítulo eventualmente decidido por dois ou mais fundamentos. Se a pluralidade de fundamentos der-se em função da pluralidade de capítulos, nada impede – e aí estamos afastando o óbice sumular – que a parte interponha recurso apenas contra um deles.

**Súmula 284 – É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia<sup>428</sup>.**

Data de aprovação: Sessão Plenária de 13/12/1963

Fonte de Publicação: Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal – Anexo ao Regimento Interno. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 129.

<sup>428</sup> Roberto ROSAS anota: “qualquer recurso deve ter fundamentação razoável para que o juiz possa apreciá-lo (RE 78.873, RTJ 76/814; 70.143, RTJ 77/467)” (**Ibidem**, mesma página).

Referência Legislativa: Código de Processo Civil de 1939, art. 158, III. Lei 3396/1958, art. 2.

Precedentes:

AI 27480 (DJ de 16/12/1962)

RE 53053 (DJ de 1/8/1963)

Embora o Agravo de Instrumento n.º 27.480 (relator Ministro VICTOR NUNES LEAL) tenha recebido um julgamento bastante direto no sentido de que “não se conhece de recurso extraordinário sem fundamento, tanto mais porque para simples reexame de provas não cabe recurso extraordinário”, a discussão mesmo foi travada no Recurso Extraordinário n.º 53.053.

Nesse julgamento, o relator, o Ministro VILAS BOAS, entendeu que “a petição encaminhada a esta Corte Suprema (fls. 103-107) não é modelar, mas satisfaz às exigências da Lei Federal n.º 3.396/58, sobretudo com a suplementação das posteriores alegações dos recorrentes (fls. 113-122)” e, por isso, conhecia do recurso. Entendeu o relator que, a despeito da falta de técnica na interposição do extraordinário, dele se conhecia porque, mesmo assim, o recurso estava *suficientemente fundamentado*.

Todavia, o relator foi vencido no julgamento do recurso, que acabou não conhecido por falta de fundamentação adequada. O voto do Ministro VICTOR NUNES LEAL, no sentido de que “por deficiência da petição de interposição do recurso extraordinário” dele não se conhecia e o voto do Ministro HANNEMANN GUIMARÃES, que o acompanhou, foram vencedores e o recurso extraordinário, por maioria de votos, contou



com a seguinte ementa: “não demonstrados os pressupostos constitucionais, não se conhece de recurso extraordinário”.

Voltamos a ponto recorrente neste trabalho: a qualificação especial para exercício da advocacia no Supremo Tribunal Federal e nos Tribunais Superiores. Se – e acreditamos que esta política jurisprudencial deva ser seguida – é possível *aproveitar* uma apelação *razoavelmente* fundamentada e arrazoada, posto os tribunais de segundo grau sejam evidência do direito e da justiça – e, no mais, analisem derradeiramente os fatos de uma causa – , no âmbito da instância superior a recorribilidade deva estar bem posta, *suficientemente* fundamentada e precisamente demonstrada, em termos de cabimento, conforme a alínea do respectivo permissivo constitucional.

O advento da tecnologia, por um lado, o desenvolvimento de uma cultura litigiosa – que deságua no chamado contencioso de massa – , por outro, e, variados fatores, em função inclusive da proliferação de faculdades de direito (muitas das quais sem as mínimas condições de funcionamento), induzem ao exercício não técnico da advocacia. Muitos recursos são interpostos com a utilização da função *copiar/colar* dos computadores. A sentença (ou o acórdão) não é lida. Às vezes, lidos mas não compreendidos. Há uma vocação para o recurso, só porque ele seja em tese cabível. O prazo flui. O termo final chega e o protocolo é feito, assim, sem mais nem menos e sem qualquer critério. Há apelações – ou mesmo especiais, extraordinários – meras repetições da tese alinhavada na petição inicial. Recursos que não impugnam a decisão recorrida, senão reiteram os fundamentos que a parte sustenta desde a fase postulatória. Infelizmente, é a realidade verificada em boa parte das relações jurídica-processuais.

Daí a importância do verbete n.º 284/STF. O recurso precisa impugnar a decisão e, em sem tratando de recurso extraordinário, demonstrar seu cabimento e a perfeita

amoldação à permissão constitucional. Para o que se revela sobretudo insuficiente a reiteração dos argumentos desenvolvidos na fase postulatória. Reduzindo o assunto à própria recorribilidade das decisões unipessoais – sobretudo na esfera da instância superior – aí com maioria de ocorrências é fácil perceber que muitos agravos reiteram razões mas não se ocupam de impugnar a fundamentação da decisão monocrática que (supostamente) atacam.

**Súmula 289 – O provimento do agravo por uma das Turmas do Supremo Tribunal Federal ainda que sem ressalva, não prejudica a questão do cabimento do recurso extraordinário.**

Data de aprovação: Sessão Plenária de 13/12/1963

Fonte de Publicação: Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal – Anexo ao Regimento Interno. Edição: Imprensa nacional, 1964, p. 130.

Referência Legislativa: Lei 3396/1958, art. 7. Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal de 1940, art. 174, § ÚNICO.

Precedentes:

AI 20084 Embargos (DJ de 7/4/1960)

AI 21810 Embargos (DJ de 27/7/1961)

AI 24829 Embargos (DJ de 14/12/1961)

AI 21713 Embargos (DJ de 13/9/1962)

ROBERTO ROSAS destacou que:

“(...) o Regimento do STF apreciou o processamento do agravo de instrumento deferindo ao Relator poderes para mandar subir os autos independente da apreciação da Turma (art. 316). Mas, se o Relator der provimento ao agravo, as partes serão intimadas pela publicação da ata, sem acórdão. Daí decorre que, ao reexaminar a questão no recurso extraordinário, poderá não conhecer do recurso, apesar do provimento do agravo. O provimento do agravo pelo Relator apenas tem o efeito de submeter à Corte a questão para melhor exame, tanto que não há publicação de acórdão como se acentuou acima, daí o obstáculo para interposição do recurso (...) A decisão que provê o agravo é irrecurável, porque os pressupostos do Recurso Extraordinário serão apreciados quando do seu julgamento (RI do STF, art. 316, RE 181.668, RTJ 173/631)”<sup>429</sup>.

O mencionado doutrinador consignou, entretanto, posicionamento divergente do Superior Tribunal de Justiça, que “tem admitido o agravo da decisão que admite a subida, se o agravo não estiver completo (por exemplo, falta de peça essencial)”<sup>430</sup>.

**Súmula 292 – Interposto o recurso extraordinário por mais de um dos fundamentos indicados no art. 101, III, da Constituição, a admissão apenas por um deles não prejudica o seu conhecimento por qualquer dos outros.**

Data de aprovação: Sessão Plenária de 13/12/1963

Fonte de Publicação: Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal – Anexo ao Regimento Interno. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 131.

Referência Legislativa: Lei 3396/1958, art. 7. Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal de 1940, art. 193.

Precedentes:

AI 24051 (DJ de 22/6/1961 e RTJ 18/98)

RE 42229 Embargos (DJ de 12/4/1962)

<sup>429</sup> **Op. cit.**, p. 113.

<sup>430</sup> **Idem, ibidem**, mesma página.

RE 45401 Embargos (DJ de 17/12/1962 e RTJ 26/105)

AI 27500 (DJ de 18/10/1962)

RE 50268 (DJ de 27/6/1963 e RTJ 29/10)

RE 51253 (DJ 9/4/1964)

RE 52515 (DJ de 17/10/1963 e RTJ 30/364)

RE 52515 Embargos (DJ de 25/6/1964)

AI 30514 (DJ de 5/5/1964)

No Agravo de Instrumento n.º 24.051, Relator Ministro VICTOR NUNES LEAL, o Supremo Tribunal Federal entendeu que:

“(…) se a discussão, sobretudo a travada perante a Justiça local, faz transparecer o cabimento do recurso extraordinário pela letra c, do art. 101, III, da Constituição, embora tenha sido êle fundamentado apenas nas letras a e d, dá-se provimento ao agravo, para fazê-lo subir, tanto mais quando seja relevante a questão constitucional envolvida”.

No corpo do aludido acórdão, que resultou do voto do relator, o referido Ministro VICTOR NUNES LEAL, foi expressa doutrina sobre o tema:

“(…) tenho, pois, diante do exposto, como aplicável ao caso a doutrina que o eminente Ministro Luiz Gallotti resumiu nestas palavras: ‘(…) o Supremo Tribunal Federal já assentou que deve ser o recurso extraordinário conhecido com fundamento outro que não o invocado, quando o fundamento omitido ressalta da discussão.’ (Rev. Dir. Adm, 45/169)”.

Embora o RE n.º 42. 229 (Embargos) tenha 2 duas interessantíssimas discussões – uma sobre o recebimento do recurso especial, consoante texto sumulado e agora analisado; outra, sobre o alcance do exame do Tribunal Pleno, se opostos embargos contra a decisão da Turma (note-se que eram os embargos infringentes da legislação anterior) –, nessa

oportunidade comentaremos apenas e tão-somente sua parte que versa sobre a admissão do recurso, quando interposto por um fundamento, mas dada por outro.

Novamente o Ministro VICTOR NUNES LEAL – observe-se que a relatoria do RE n.º 42.229 (Embargos) pertenceu ao Ministro RIBEIRO DA COSTA – trouxe esclarecimentos sobre a primeira discussão havida naquele julgamento (a do recebimento do recurso por outro fundamento que não o da interposição):

“(…) tendo sido interposto o recurso extraordinário pelas letras a e d, e tendo sido admitido só pela letra a, entretanto, a Turma dêle conheceu pela letra d. Não me parece que houve irregularidade por parte da Turma. É certo que, no recurso extraordinário n. 48.403, julgado em 22 de agosto de 1961, e do qual fui relator, sustentei que, quando o Presidente do Tribunal a quo admite o recurso apenas em parte, a Turma só aprecia a parte do processo em relação à qual o recurso foi admitido, porque incumbiria à parte agravar em relação ao restante da matéria. Todavia, quando o Presidente do Tribunal aceita um fundamento, ao invés de outro, essa restrição parece-me irrelevante, do ponto de vista da Turma, porque êsse julgamento de admissão é provisório, não obriga à Turma, que revê o despacho do Presidente do Tribunal a quo. No âmbito dessa revisão, pode não conhecer do recurso e, às vezes, dêle conhece por outro fundamento. Assim já temos aqui decidido. Recordo-me do caso do Tribunal de Contas do Amazonas (de que não participei, porque ainda não estava no Tribunal); sendo relator o eminente Ministro Luiz Gallotti, o Tribunal conheceu do recurso ela letra c, mas da exposição resultava terem-se resumido os pressupostos da letra a. Portanto, com maior razão, se a parte interpõe o recurso pelas letras a e d; se o Presidente do Tribunal o admite pela letra a, pode a Turma aceitá-lo pela letra d”.

No julgamento do RE n.º 45.401 (Embargos – DJ de 17/12/1962 e RTJ 26/105), também em Plenário, o Supremo Tribunal Federal admitiu o extraordinário por fundamento outro que o da interposição.

Discutindo hipótese de duplo fundamento, um aceito e outro rejeitado na instância de interposição, para a admissão do recurso, estabeleceu-se o entendimento segundo o qual a admissão parcial não prejudicava o exame dos demais fundamentos se, evidentemente, o juízo definitivo de admissibilidade, feito pelo Supremo Tribunal Federal, fosse também ele positivo.

O relator, Ministro PEDRO CHAVES, interrompeu o raciocínio do Ministro VICTOR NUNES LEAL, dado em voto na sessão de julgamento, para explicitar o fundamento de ser possível admitir o recurso por fundamento rejeitado no juízo *a quo*:

“Ministro Victor Nunes Leal – (...) o ilustre advogado suscitou uma questão preliminar, sobre a qual desejo trazer um esclarecimento. Disse V. Exa. que é jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – ou pelo menos assim lhe parece – que, admitido o recurso por um dos fundamentos da interposição, a Turma dêle não pode conhecer por outro fundamento. Ao que me recorde, nosso entendimento vem sendo, salvo engano, em sentido contrário: ainda quando admitido o recurso por um só dos fundamentos, se interposto também por outro, a Turma tem plena liberdade (...) – [e aqui se fez a interrupção do Relator, esclareço] – (Ministro Pedro Chaves, relator): e a razão é que não pode haver meio agravo – [para depois prosseguir o ministro votante:] (...) de examinar tôda a motivação.”

Assim, conforme o Ministro PEDRO CHAVES, a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal admitir o processamento do recurso extraordinário pelo fundamento rejeitado na origem tem como fundamento a inexistência jurídica do *meio agravo*, isto é, a interposição de um agravo contra decisão de admissão do recurso extraordinário, embora um ou mais dos fundamentos da interposição tenham sido rejeitados.

É que o recurso foi admitido e, nesse caso, não teria a parte sequer interesse em obter provimento a agravo de que resultasse admitido o recurso, posto já o estivesse.

O assunto foi aprofundado naquele julgamento.

Exatamente a respeito da necessidade ou da desnecessidade de ser interposto agravo contra a decisão local de admissão parcial do recurso extraordinário, prossegue aquele acórdão:

“(...) o que pode ter suscitado alguma dúvida é que há casos em que o Presidente do Tribunal admite o recurso, em parte, quando o recurso extraordinário visa mais de um ponto e o Presidente o recebe quanto a um deles, então sim, estamos diante de um recurso parcial, de âmbito mais restrito que o da interposição. No Recurso Extraordinário n.º 48.403, julgado em 22 de agosto de 1961, decidimos, na 2ª Turma, que, em tal caso, o recorrente deve interpor agravo, porque a matéria do recurso, na sua extensão, era cindível, e o recurso foi recebido só em parte. A fundamentação é que não é cindível; pouco importa que o Presidente do Tribunal de origem a aceite

somente em parte, a Turma aprecia a fundamentação, na sua totalidade. Entretanto, se a extensão do recurso extraordinário é partível e o Presidente o recebe só em parte, então cumpre ao recorrente o dever de interpor o agravo. Porque, prosseguiu após o Ministro Gonçalves de Oliveira afirmar que há, então, duas causas unificadas, Victor Nunes Leal entendeu que (...) havendo questões separáveis, é como se fossem causas diferentes.

Ao julgar o AI n.º 27.500 (DJ de 18.10.1962), o Supremo Tribunal Federal, já na ementa, novamente entendeu que:

“(1) Admitido o recurso extraordinário, por um fundamento, pode o Supremo Tribunal Federal apreciá-lo por outro, rejeitado pelo Presidente do Tribunal de origem, sem que seja necessário interpôr agravo. 2) Recurso extraordinário admitido por um só de seus fundamentos não se confunde com recurso extraordinário admitido apenas em parte, quanto à extensão do que fôra decidido.”

O acórdão, mais uma vez da lavra do Ministro VICTOR NUNES LEAL, teve a seguinte fundamentação:

“(...) temos considerado admissível o agravo de alcance parcial, quando o extraordinário é admitido apenas em parte, tendo-se em vista a extensão do que foi decidido. Entretanto, no que diz respeito à fundamentação do recurso, nosso entendimento é que a sua admissão por qualquer dos fundamentos argüidos transmite ao Supremo Tribunal Federal o conhecimento integral da matéria do recurso.”

Já no RE n.º 50.268 (DJ de 27.06.1963 e RTJ 29/10), o tom da discussão foi outro. Estabeleceu a sua ementa:

“Recurso Extraordinário. Dele se conhece com fundamento outro que não o indicado quando o fundamento omitido ressalta da discussão”.

O acórdão foi relatado pelo Ministro LUIZ GALLOTTI, e dele se extrai a passagem que fundamenta a admissão do recurso por fundamento não constante da interposição recursal:

“(...) o recurso extraordinário cabe, com apóio na alínea d, pois o recorrente invoca acórdão divergente proferido pelo Supremo Tribunal Federal sôbre o mesmo imposto cobrado por outro município bahiano e de que foi relator o eminente Ministro Cândido Motta Filho (fls. 17 e 179). E ainda caberia com base na alínea c, pois o recorrente contestou a validade da Lei local em face da Constituição Federal e a lei foi julgada válida. Verdade é que o recorrente não citou a alínea c. Mas temos assentado que o

recurso cabe com fundamento outro que não o indicado quando o fundamento omitido ressalta da discussão.”

A decisão proferida no âmbito do RE n.º 51.253 (DJ 9/4/1964) teve a seguinte

ementa:

“1) Interposto o recurso extraordinário por mais de um dos fundamentos indicados no art. 101, a, III, da Constituição, a admissão apenas por um deles não prejudica o seu conhecimento, por qualquer dos outros. 2) Entretanto, sendo divisível o objeto do recurso extraordinário, o seu conhecimento fica limitado à parte em que foi admitido pelo Presidente do Tribunal de origem”.

Esse julgamento – do qual ALFREDO BUZUID figurou como advogado do recorrente, tendo, inclusive, proferido sustentação oral na respectiva sessão – deve ser explorado.

Inicie-se pelo voto do relator, o Ministro VICTOR NUNES LEAL:

“(…) conheço do recurso, em parte, e lhe dou provimento. Conheço apenas em parte, nos termos do despacho de recebimento, que foi limitado à divergência jurisprudencial quanto aos juros compensatórios na desapropriação, havendo imissão antecipada na posse, regular ou irregular. O ilustre Professor Alfredo Buzaid mencionou, da tribuna, decisões nossas no sentido de que, embora admitido o recurso extraordinário por um fundamento, o Tribunal tem a liberdade para apreciá-lo por outro fundamento porventura repellido pelo Presidente do Tribunal de origem. Sem dúvida, há numerosos acórdãos a êsse respeito. Mas, no R.E 48.403, julgado em 22.8.61, de que fui relator, tive ocasião (e fui bondosamente acompanhado pela Turma) de distinguir o caso de admissibilidade do recurso por um fundamento, mas abrangendo o totalidade do objeto do recurso, daqueles casos em que, sendo divisível o objeto do recurso, o Presidente do Tribunal de origem só o admite em parte. Nesta segunda hipótese, de acôrdo com aquê precedente, o exame do Tribunal fica limitado à parte do julgado anterior em relação à qual foi admitido o recurso. Não se trata, nesta hipótese, de pluralidade de fundamentos, mas de divisibilidade do pedido. A parte do pedido de reexame, não acolhida pelo despacho de admissão do recurso extraordinário, seria suscetível de agravo. Aplico, aqui, Sr. Presidente, data venia, esse mesmo entendimento. Quanto à parte em que o recurso extraordinário não foi admitido, o recorrente deveria ter feito uso de agravo”.

Ao examinar e julgar o RE n.º 52.515 (DJ de 17.10.1963 e RTJ 30/364), cuja relatoria recaiu sobre o Ministro HANNEMANN GUIMARÃES, houve antecipação de voto nesse sentido:

“(…) não me parece acertada a doutrina defendida pelo ilustre advogado do recorrido, segundo a qual, se o despacho que admitiu o recurso extraordinário o fêz por um fundamento, não pode o Supremo Tribunal Federal apreciá-lo por outro fundamento,



que o recorrente haja invocado. O Tribunal apreciará o recurso nos termos em que foi interposto. No caso, ele foi interposto com base nas letras A e D. O Presidente do Tribunal local aceitou apenas o segundo fundamento, mas isso não impede que o Tribunal aprecie o recurso por fundamento diverso”.

Mais uma vez em socorro da tese da possibilidade do recebimento do extraordinário pelo fundamento rejeitado no juízo *a quo*, o Ministro VICTOR NUNES LEAL explicitou seu voto:

“(...) de pleno acôrdo com o eminente Ministro Relator, conheço do recurso e lhe dou provimento. Sobre as matérias a que aludiu Sua Excelência, não preciso de aduzir qualquer consideração. Apenas desejo esclarecer, pelo apreço que me merece o ilustre advogado do recorrido, um ponto de sua sustentação. Segundo Sua Excelência, em julgamento recente, eu teria sustentado que, admitido o recurso extraordinário por um dos fundamentos, o Tribunal não o poderia examinar e muito menos acolher por outro fundamento. Quero esclarecer que esta não tem sido a minha opinião. O que tenho feito é distinguir entre a fundamentação do recurso e o objeto do recurso. Uma coisa é admitir o recurso por um dos seus fundamentos; outra coisa é admiti-lo, em parte, quanto ao resultado pretendido pelo recorrente. No que toca à fundamentação, nossa jurisprudência reiterada é no sentido de que, embora admitido o recurso, pelo Presidente do Tribunal de origem apenas por um dos seus fundamentos, o Supremo Tribunal Federal pode acolher qualquer dos outros fundamentos alegados pelo recorrente. Temos ido até além. Tratando-se da letra c, do art. 101, III, da Constituição, que envolve exame de matéria constitucional, o Supremo Tribunal tem precedente pela acolhida dêsse fundamento, ainda que não alegado pelo recorrente, desde que o cabimento, pela letra c, resulte dos elementos dos autos. (...) Bem diferente é a hipótese em que se considera, não a fundamentação, mas o objeto do recurso, tendo em vista a sua extensão, isto é, quando o objeto do recurso é partível e o Presidente do Tribunal de origem o acolhe apenas em parte. Neste caso, o recorrente estava, a meu ver, na obrigação de interpor agravo da parte em que o recurso, n que toca ao seu objeto, não foi admitido”.

Deste acórdão, foram opostos embargos, que foram analisados no seio do RE n.º 52515 (Embargos – DJ de 25.06.1964), que, no que interessa, recebeu a seguinte ementa:

“(...) se o recurso extraordinário foi interpôsto com fundamento nas letras a e d e o Presidente do Tribunal de Justiça o admite por um dos fundamentos, pode o Supremo Tribunal Federal apreciá-lo por qualquer ou pelos dois”.

No curso desse julgamento, o Ministro GONÇALVES DE OLIVEIRA assim se manifestou:

“(…) foi debatida também a questão do cabimento do recurso e o advogado, da tribuna, salientou que o Presidente do Tribunal de Justiça admitiu o recurso pela alínea d e não pela alínea a. De qualquer forma, como assinalou, na oportunidade do julgamento perante a Segunda Turma, o eminente Ministro relator, apoiado também pelo voto do eminente Ministro Victor Nunes, não se confundem objeto e fundamento do recurso. A parte não podia agravar da decisão, como a de que se trata, do Presidente do Tribunal de Justiça, porque, na verdade, êle admitiu o recurso extraordinário para discussão da questão enunciada na ementa do acórdão da egrégia Segunda Turma: se era necessário, ou não, que o proprietário declarasse, ou não, a finalidade que pretendia dar ao estabelecimento. Quer pela alínea a ou d, a Turma poderia perfeitamente conhecer do recurso extraordinário, como conheceu, pela letra d. Havia divergência expressamente comprovada. A alínea a não teria importância, porque, de qualquer forma, o recurso estava conhecido pela divergência jurisprudencial e provido, foi, porque se entendeu que a melhor interpretação da Lei era a da Segunda Turma”.

E, ato contínuo, prosseguiu o Ministro GONÇALVES DE OLIVEIRA:

“(…) no caso, trata-se, porém, de fundamentos do recurso. A questão é a mesma, quer pela alínea a ou d. O recurso foi e seria conhecido, pouco importando que não fôsse admitido pela alínea a, porque o seria pela letra d. Também nessa parte, desassiste completamente razão à embargante. Não se pode deixar de fazer a distinção que o eminente Ministro Victor Nunes fêz perante a Turma, secundando o eminente relator, com a clareza habitual. Não confundir fundamento com objeto, a saber, os fundamentos do recurso com o objeto do recurso. Pouco importa se impressione o Presidente do Tribunal com êste ou aquêle fundamento, admitindo o recurso pela letra a ou pela letra d. Sua decisão não amarrará o Supremo Tribunal ao julgar o extraordinário. O mesmo não acontece quando o recurso tiver dois objetos ou mais. Cada objeto é um recurso extraordinário, embora expresso numa só petição. Se sôbre um dos objetos, o recurso é indeferido, a parte que interpôs o extraordinário fica obrigada a interpor agravo, do contrário, nessa parte tem-se que o recurso não foi admitido, dá-se a preclusão. O que não é possível é exigir-se, como pretende o embargante, que a parte agrave de um dos fundamentos recusados pelo Presidente do Tribunal, a quo, ao admitir o recurso extraordinário. Em verdade, não cabe agravo sôbre fundamento inadmitido do recurso afinal admitido. Tal decisão, repito, não impede que o Supremo Tribunal, conhecendo do extraordinário, aprecie, livremente, tal fundamento recusado pelo Presidente do Tribunal a quo”.

Ainda naquele julgamento, o Ministro PEDRO CHAVES teve oportunidade de esclarecer que:

(…) o despacho que o Presidente do Tribunal de Justiça proferiu, admitindo o recurso, nos termos da Lei 3.369, encaminha o recurso, mas não vincula o Supremo Tribunal. É um despacho simplesmente intermediário. Esta a jurisprudência diuturna da 1 Turma, não conhecendo de ‘meios-agravos’, isto é, de agravos de despachos que admitem por êsse fundamento e repelem por aquêle. Mesmo porque, se não fôsse assim, quando Presidente do Tribunal admitisse o recurso pela letra “a”, o Supremo Tribunal seria obrigado a tomar conhecimento e, pela nossa jurisprudência, conhecido o recurso pela letra “a”, teríamos de provê-lo. E, assim, o julgamento seria transferido ao Presidente do Tribunal”.

O último precedente que deu ensejo ao verbete n.º 292, da súmula da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal, foi o AI n.º 30.514 (DJ de 5/5/1964), de cuja ementa extrai-se: “em recurso extraordinário admitido somente pela letra d, do art. 101, III, da C.F, também pode ser apreciado o fundamento da letra a”.

A Procuradoria-Geral da República, naquele julgamento, emitiu parecer no seguinte sentido:

“(...) opinamos no sentido de que se negue provimento ao presente agravo de instrumento, de vez que o recurso extraordinário não foi denegado e sim admitido por um de seus fundamentos. Vê-se, pois, que o recurso não foi indeferido e, assim, pode o Tribunal ad quem dêle conhecer também, pelo fundamento que o Presidente do Tribunal a quo desaconselha”.

Pois bem.

Este verbete 292-STF possui uma série de pontos que precisam ser analisados em particular. São eles: a) a irrecorribilidade da decisão de admissibilidade do processamento do recurso extraordinário, dentro do juízo provisório pertencente ao Tribunal local; b) a irrecorribilidade da decisão de *admissibilidade parcial* do processamento do recurso extraordinário, dentro do juízo provisório pertencente ao Tribunal local, no que se refere ao fundamento da interposição; c) a recorribilidade da decisão de *admissibilidade parcial* – exatamente na parte em que restar não admitido o recurso – do processamento do recurso extraordinário, dentro do juízo provisório pertencente ao Tribunal local, no que se refere aos fundamentos do acórdão e ao objeto do recurso; d) a exatidão da interposição do recurso, no que se refere ao fundamento constante do permissivo constitucional.

A decisão que defere o processamento do recurso extraordinário é irrecorrível. Uma vez que o juízo é provisório e será revisto pelo Supremo Tribunal federal, não cabe interpor agravo contra a decisão deferitória do processamento do extraordinário pelo juízo *a quo*.

Sem aprofundar o exame do direito em razão do qual, processualmente, fora interposto o AI n.º 30.514 – último precedente que deu ensejo ao verbete n.º 292 da súmula da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal – sobreleva notar, de forma clara e direta, que a decisão que manda processar (leia-se admite) o recurso extraordinário não comporta agravo.

O segundo ponto que merece ser examinado é a irrecorribilidade da decisão de *admissibilidade parcial* do processamento do recurso extraordinário, dentro do juízo provisório pertencente ao Tribunal local, no que se refere ao fundamento da interposição.

Isto é: se o recurso extraordinário foi interposto com fundamento em mais de uma das hipóteses do permissivo constitucional – o que, a despeito de raro, pode acontecer; embora no especial, notadamente entre as alíneas *a* e *c* seja até comum –, uma vez que ele esteja recebido por uma das hipóteses do permissivo constitucional, e indeferido pela outra, a parte não precisa interpor agravo de instrumento contra essa parte, que teria restado indeferida. É que o Supremo Tribunal Federal, conhecendo o recurso por uma hipótese conforme verificado no juízo provisório de admissibilidade, a examinará por completo, analisando também o cabimento pela outra hipótese, mesmo que na instância de interposição não se a tenha reconhecido como presente.

Nessa hipótese, qual seja, a de ter sido interposto o recurso extraordinário com fundamento em mais de uma hipótese do permissivo constitucional, e ter sido acolhido um deles e rejeitado o outro, ou outros, não é dado à parte recorrer para que o recurso venha a ser admitido pelas casuísticas negadas pela instância originária e provisória, não havendo sequer interesse na interposição e resultado desse recurso: isto porque o extraordinário já estaria admitido, não havendo falar, nem cogitar, de estar *mais* ou *completamente* admitido,

consoante as hipóteses de cabimento e os fundamentos em que se assenta o recurso, dentro dos permissivos constitucionais existentes.

De outra forma, há recorribilidade da decisão de *admissibilidade parcial* – exatamente na parte em que restar não admitido o recurso – do processamento do recurso extraordinário, dentro do juízo provisório pertencente ao Tribunal local, no que se refere aos fundamentos do acórdão e ao objeto do recurso.

Se a não admissão referir-se aos fundamentos do acórdão e ao objeto do recurso – não mais às hipóteses de cabimento para uma única e mesma questão versada no acórdão –, aí sim é ônus da parte interpor agravo de instrumento contra essa parcela de não admissão do seu recurso extraordinário.

É que a admissão parcial não aproveita todo o recurso, de sorte que o Supremo Tribunal Federal terá recebido o extraordinário apenas e tão somente quanto à questão constitucional *x* e não quanto à questão constitucional *y*.

Parece ser aplicável, aqui, a teoria dos capítulos da sentença: se o acórdão trata de matérias distintas, para cada uma delas há um recurso extraordinário, uma decisão de admissão e um julgamento, em que pese todos eles únicos, no sentido de ato processual.

Isto é: um só acórdão, um só recurso extraordinário (porque uma vez interposto, ocorre preclusão consumativa) e uma só decisão sobre admissibilidade, do que resultará, em regra, apenas um acórdão do Supremo Tribunal Federal.

Nesse caso, se o extraordinário atacar duas questões constitucionais autônomas, a admissão do apelo em razão de uma delas e a não admissão por conta da outra, implica na seguinte situação: a) o recurso extraordinário será examinado pelo Supremo

Tribunal Federal no que concerne à questão cujo processamento *a quo* foi permitido; b) no juízo definitivo de admissibilidade, o Supremo Tribunal Federal só analisará se está correta ou se está errada a decisão sobre a admissão do recurso, não lhe pertencendo examinar a parte do despacho provisório de admissibilidade do Tribunal local, que o tenha rejeitado; c) essa parte de indeferimento de cabimento recursal precisa necessariamente ser objeto de recurso de agravo, para que então o Supremo Tribunal Federal diga se o extraordinário, em razão daquela questão constitucional versada no acórdão e ofensiva da Constituição Federal, era ou não cabível, em termos de admissibilidade – em especial, a questão da repercussão geral. Não interposto esse agravo, terá transitado em julgado aquele ponto do acórdão.

Por fim, uma palavra sobre a situação da inexistência da interposição do recurso, no que se refere ao fundamento constante do permissivo constitucional.

E essa hipótese refere-se à interposição do extraordinário com suporte numa alínea do permissivo constitucional, que se revele inadequada, e o seu recebimento, pela alínea correta, se a correlação entre fundamento e acórdão puder ser verificada de forma cristalina pelo Tribunal.

Significa dizer que o recurso é interposto com fundamento na alínea *a* por hipótese do permissivo constitucional; percebe-se, no entanto, que não se trata de caso da letra *a* do permissivo, mas de qualquer uma das outras, se bem que em alguns dos precedentes do verbete ora examinado houvesse essa previsão re-ratificadora, o certo é que se o recurso foi interposto com fundamento na letra *a* e se da letra *a* não tratava a hipótese dos autos, mas da *b*, *c* ou *d*, não podem o Tribunal local e o Supremo Tribunal Federal admiti-lo, mesmo que se revele evidente que a discussão era no sentido das alíneas não invocadas pela parte.

Nesse passo, o formalismo é adequado e o erro da parte não pode ser compensado pelo Tribunal. Motivo que nos leva, mais uma vez, a insistir na tese da qualificação diferenciada – ou habilitação – para o exercício da advocacia no Supremo Tribunal Federal e nos Tribunais Superiores.

Sobreleva destacar que o exato alcance do verbete n. 292 da súmula da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal só pode ser verificado se examinado em conjunto com o verbete n. 528-STF, abaixo comentado.

**Súmula 400 – Decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário pela letra “a”, do art. 101, III, da Constituição Federal.**

Data de aprovação: Sessão Plenária de 03/4/1964

Fonte de Publicação: DJ de 8/5/1964, p. 1239; DJ de 11/5/1964, p. 1255; DJ de 12/5/1964, p. 1279.

Precedentes:

AI 29843 (DJ de 14/11/1963 e RTJ 30/317)

AI 22357 (DJ de 04/10/1961)

AI 30500 (DJ de 17/12/1963 e RTJ 31/406)

AI 29343 (DJ de 30/7/1964)

O comentário de ROBERTO ROSAS sobre o verbete n. 400 da Súmula da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal é o seguinte:

“(...) expressa a Súmula 400 que a decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário (no regime da CF/88: recurso especial para o STJ, cf. art. 105, III, a). Afirma Orosimbo Nonato que, se um tribunal local adota uma das diversas interpretação razoáveis que a lei pode oferecer, reforçando-a com argumentos ponderosos, ainda que não pareça exata à outra corrente de opinião, caso não será de recurso extraordinário. (DJU 5.8.1943). (...) Seabra Fagundes comenta essa Súmula, como conflito com as razões que inspiraram a adoção do recurso por divergência jurisprudencial. Este supõe que só exista uma interpretação válida para a lei federal (RDP 23/109). Essa Súmula não pode ser invocada em matéria constitucional, isto é, quando se aponta ofensa à Constituição”<sup>431</sup>.

**Súmula 454 – Simples interpretação de cláusulas contratuais não dá ensejo a recurso extraordinário.**

Data de aprovação: Sessão Plenária de 1/10/1964

Fonte de Publicação: DJ de 8/10/1964, p. 3647; DJ de 9/10/1964, p. 3667; DJ de 12/10/1964, p. 3699

Referência Legislativa: Constituição Federal de 1946, art. 101, III.

Precedentes:

AI Embargos 26521 (DJ de 17/10/1963)

AI 28402 (DJ de 14/6/1963)

AI 29259 (DJ de 9/5/1963)

AI 28898 (DJ de 25/7/1963)

AI Embargos 26521 (DJ de 19/9/1963)

<sup>431</sup> **Direito Sumular...cit.**, p. 163.



ROBERTO ROSAS observa que:

“(...) o CC-1916 não se estende além do art. 85 (art. 112 do CC-2002) no tocante à interpretação dos atos jurídicos. Nele adota-se o princípio da manifestação da vontade acima do sentido literal da linguagem. Menos regras temos em relação à interpretação dos contratos. Mas podemos verificar que essa interpretação está no plano dos fatos, principalmente como deixa entrever Danz. Como observa Washington de Barros Monteiro, para chegarmos à interpretação do contrato é necessário reconstruir o ato volitivo em que se exteriorizou o negócio jurídico, pesquisando meticulosamente qual teria sido a real vontade do agente e, assim, corrigindo sua manifestação, verbal ou escrita, expressa erradamente (Curso, v. 5/38). Portanto, os fatos voltariam a ser examinados no STF quando da apreciação do recurso extraordinário. Teríamos o STF como terceira instância (...)”<sup>432</sup>.

**Súmula 456 – O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie.**

Data de aprovação: Sessão Plenária de 1/10/1964

Fonte de Publicação: DJ de 8/10/1964, p. 3647; DJ de 9/10/1964, p. 3667; DJ de 12/10/1964, p. 3699.

Referência Legislativa: Constituição Federal de 1946, art. 101, III. Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, art. 193.

Precedentes:

RE 46988 (DJ de 20/11/1961)

AI 23496 (DJ de 6/9/1961)

RE 35833 (DJ de 11/1/1962 e RTJ 21/80)

RE 56323 (DJ de 5/11/1964)

Segundo ROBERTO ROSAS, comentando o verbete n.º 456:

<sup>432</sup> *Ibidem*, p. 188.

“(...) o alcance dessa Súmula suscita dúvidas quando o julgamento da causa implica o reexame de provas, obstáculo imposto pela Súmula 279. O princípio da economia processual impressiona sobretudo, porque o conhecimento do recurso extraordinário, quer fosse pela divergência de julgados ou pela negativa de vigência, impor a devolução do feito ao tribunal a quo, para o reexame da causa (RTJ 98/397, 109/293)”<sup>433</sup>.

**Súmula 528 – Se a decisão contiver partes autônomas, a admissão parcial, pelo Presidente do Tribunal “a quo”, de recurso extraordinário que, sobre qualquer delas se manifestar, não limitará a apreciação de todas pelo Supremo Tribunal Federal, independentemente de interposição de agravo de instrumento.**

Data de aprovação: Sessão Plenária de 03/12/1969

Fonte de Publicação: DJ de 10/12/1969, p. 5933; DJ de 11/12/1969, p. 5949; DJ de 12/12/1969, p. 5997.

Referência Legislativa: Código de Processo Civil de 1939, art. 869. Lei 3396/1958, art. 7. Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, art. 193. (observação: Código de Processo Civil de 1973, art. 546)

Precedentes:

AI embargos 31489 (DJ de 11/10/1968 e RTJ 46/700)

Ver: RE 83278 (RTJ 78/958)

A ementa do precedente desse verbete sumular (AI n.º 31.489 – Embargos, DJ de 11/10/1968 e RTJ 46/700) tem o seguinte conteúdo:

“Recurso extraordinário. Sua interposição sobre várias questões federais. Sua interposição sobre uma só questão federal por vários fundamentos. O Presidente do

<sup>433</sup> *Ibidem*, p. 189.

Tribunal local pode apreciar o recurso, nos vários pedidos ou questões ou fundamentos, não podendo, porém, cindir o recurso. Admitido por uma questão que seja, deve o recurso subir e o Supremo Tribunal, sem necessidade de agravo, manifestar-se-á sôbre todos os pedidos do recorrente, nas várias questões e sob quaisquer dos fundamentos, letra a, b, c ou d do permissivo constitucional, ainda que o Presidente do Tribunal local o tenha indeferido, em parte, ou o tenha restringido a uma das alíneas”.

A propósito, houve intenso debate nesse julgamento, sobretudo porque o Supremo Tribunal Federal acabara de sumular a matéria, por meio do verbete n.º 292. Oportuna, nesse sentido, a transcrição dos principais pontos deste debate.

Disse o relator, o Ministro GONÇALVES DE OLIVEIRA:

“(...) o recurso extraordinário foi admitido em parte. Temos julgado que, em tal caso, o recurso será examinado, na íntegra, pelo Supremo Tribunal. O Presidente do Tribunal não poderá, se admite o recurso, limitar o seu exame por esta Alta Côrte. Pode manifestar-se sobre as questões objeto do recurso, mas, se manda subir o recurso, fica íntegra a jurisdição desta Alta Côrte, – o Supremo Tribunal Federal poderá examinar o recurso em todos os fundamentos e questões.” Daí porque o relator conhecia dos embargos, “(...) de acordo com a Súm. 292, para que, no recurso extraordinário, seja tôda a matéria nêle versada apreciada e decidida como de direito.”

O relator prosseguiu, em aditamento de voto:

“(...) a parte interpôs recurso extraordinário; o Presidente do Tribunal de Justiça o admitiu em parte. Nós temos entendido aqui que, admitido o recurso extraordinário, tôda questão objeto do recurso será apreciada pela Turma. Não obstante a manifestação em contrário do Presidente do Tribunal a quo. É o que está na Súm. 292. O Presidente do Tribunal ordinário não deve cindir o recurso. Em verdade, a parte não interpõe vários recursos extraordinários, mas, apenas um. Desta sorte pode e deve o Presidente do Tribunal apreciar o pedido de recurso extraordinário, nos vários fundamentos ou pedidos, mas, se apenas um dêles lhe parecer procedente<sup>434</sup> deve admitir o apêlo extremo para julgamento por esta Alta Côrte. O que os Presidentes dos Tribunais a meu ver não podem é admitir o único recurso em parte.”

Estabelecia-se, neste momento e sobre este assunto, o dilema: seria este o alcance do verbete n.º 292 da súmula da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal, ainda há pouco aprovado? Ou por outra, a admissão por um dos fundamentos equivale à admissão parcial, quanto ao objeto do recurso?

---

<sup>434</sup> A utilização da expressão “procedente” no âmbito do juízo provisório da admissibilidade de recurso especial e extraordinário, pelas instâncias ordinárias, deve ser *cum grano salis*, posto não lhe seja dado examinar o mérito propriamente dito, senão se o recurso é ou não é cabível.

É do que se ocupou, em detalhes, o AI n.º 31.489 – Embargos.

Confira-se a evolução da discussão do assunto, no que relevante:

“Ministro Luiz Gallotti (Presidente) – V. Exa. recebe, para mandar subir o recurso, e desde logo assenta que será apreciado sem restrições.

Ministro Gonçalves de Oliveira (Relator) – Exatamente.

Ministro Adauto Cardoso – V. Exa. não considera supérflua essa segunda parte?

Ministro Gonçalves de Oliveira (Relator) – Não, porque realmente já se questionou aqui sobre a questão, na Turma.

Ministro Adauto Cardoso – Essa segunda parte pode, inclusive, ser acertada pela própria Turma.

(...)

Ministro Victor Nunes – Queria pedir um esclarecimento. Nossa Súm. 292 abriga o mesmo entendimento, quando se trata dos fundamentos do recurso extraordinário. Recebido o recurso por um fundamento, qualquer que seja, a jurisdição do Tribunal está aberta para o exame de qualquer outro fundamento alegado. Mas temos decisões, inclusive do Plenário, em que se fez importante distinção: quando o objeto da decisão recorrida é partível, compondo-se de matérias independentes, autônomas, e o recurso extraordinário é recebido apenas em relação a uma dessas partes, o recorrente está na obrigação de interpor agravo quanto à matéria restante. Não há limite para o recebimento do recurso quanto aos fundamentos, mas há limite quanto ao objeto. Sendo partível o objeto, se a parte não agrava em relação ao indeferimento parcial do recurso, deixa transitar em julgado o despacho na parte desfavorável.

Ministro Gonçalves de Oliveira (Relator) – Entendo que o Presidente do Tribunal de Justiça não pode trancar a jurisdição do Supremo Tribunal Federal.

Ministro Victor Nunes – Minha observação foi para dizer que o problema não é tranqüilo, pois há decisão do Plenário em sentido contrário.

Ministro Amaral Santos – V. Exa. está querendo atribuir a este agravo uma função de agravo no auto do processo, aquilo que teria a função o agravo no auto do processo. A interposição do recurso extraordinário é para que? Não houve recurso paralelo de agravo. Então, para que? Bastaria um simples protesto.

Ministro Luiz Gallotti (Presidente) – Esse agravo, a rigor, nem deveria ser conhecido, pois não houve despacho denegatório do recurso extraordinário.

Ministro Victor Nunes – Foi denegado o recurso em parte. Uma coisa é ser denegado por tal ou qual fundamento; outra é ser denegado em parte, quanto ao objeto, se êste é partível.

(...)

Ministro Gonçalves de Oliveira (Relator) – Vejamos: a parte vem e interpõe recurso extraordinário. Várias questões são suscitadas, duas, quatro, cinco, e o Juiz Presidente do Tribunal admite o recurso sôbre umas questões ou sôbre outras. Ele tem, neste caso, que admitir o recurso extraordinário, o único recurso extraordinário interposto. Se admite, não pode cindir a matéria, admitindo-o em certos pontos e negando-o em outros porque surgirão tantos agravos quantas forem as matérias que irá julgar. Mesmo por economia processual.

Ministro Luiz Gallotti (Presidente) – O Presidente do Tribunal a quo decide sôbre se o recurso deva subir, ou não. Quem vai julgá-lo é o Supremo Tribunal. Êste é que dirá se o recurso interposto cabe ou não, em parte ou in totum.

Ministro Gonçalves de Oliveira (Relator) – Entendi, como o eminente Ministro Victor Nunes, e assim julguei uma causa de que foi advogado o eminente Professor Alfredo Buzaid, um caso do Paraná. Mas, depois, aqui no Tribunal, melhor esclarecido pelos colegas, cheguei ao entendimento de que não é possível o Presidente do Tribunal de Justiça admitir recurso extraordinário em parte, cindindo-o. Se ele assim não o faz, o Supremo Tribunal Federal tem em que êle admitiu o recurso extraordinário, o único recurso extraordinário interposto, e, então, não estão trancadas, isto é, isentas de apreciação aquelas questões, que S. Exa. teria trancado no despacho que admitiu o recurso. O certo é que o recurso foi dividido e será examinado, porque senão estarão cindidos os julgamentos. Subiam vários recursos extraordinários e não sômente um, isto é, aquele que a parte interpôs.

Ministro Amaral Santos – (...) Da mesma decisão não cabe mais do que um recurso, desde que haja um recurso mais amplo, os demais estão contidos implicitamente no recurso.

Ministro Eloy da Rocha – A objeção do eminente Ministro Victor Nunes é relevante, porque não há confundir entre fundamento e objeto do recurso. Pode existir diversidade tanto dos fundamentos, como do objeto. A distinção vale, em princípio, para qualquer recurso. Mas, relativamente a êste agravo de instrumento, penso que não. Acho que tem razão o Eminente Relator, porque o fim do agravo é, exclusivamente, a subida do recurso extraordinário (...) A Súmula [292, explico] trata de fundamento múltiplo. No caso, há pluralidade de matéria do recurso extraordinário. Mas, ainda assim, parece que cabe a mesma regra da Súmula, pela finalidade do agravo de instrumento, que é a subida do recurso extraordinário”.

Prosseguiram os debates, mas o relevante está transcrito.

O relator, o Ministro GONÇALVES DE OLIVEIRA, acabou concluindo que:

“(...) os Presidentes dos Tribunais não podem cindir os recursos, admitindo-os em parte. Se o faz, a parte não precisa agravar para que seu recurso seja apreciado pela Turma ou Plenário na sua integralidade, sôbre todas as questões debatidas”.

O Ministro EVANDRO LINS chegou a propor que:

“(...) através do Regimento Interno, poder-se-á determinar que o agravo, nesses casos [nos casos de admissão parcial do recurso extraordinário, explico], suba no próprio

recurso extraordinário. O relator julgará toda a matéria, o agravo e o recurso extraordinário”.

A discussão adentrou para o aspecto de ser possível, ou não, que o despacho *a quo* de admissibilidade pudesse ser de admissão, de inadmissão ou de admissão parcial. A conclusão do Tribunal foi no sentido de que, embora nem todas as questões postas no extraordinário ensejassem a admissão do recurso, uma vez que um delas o fosse, o recurso estaria no todo admitido, e teria devolvido ao Supremo Tribunal Federal tudo quanto nele alegado – mesmo que não admitido na decisão provisória do Tribunal *a quo*.

A isto bastou-se o argumento do Ministro AMARAL SANTOS:

“(…) entendo que não cabe ao Presidente a quo receber, em parte, o recurso extraordinário; somente o litigante é que poderá interpor recurso de parte da decisão. O Presidente recebe ou não recebe, admite ou não admite o recurso, mas não poderá admiti-lo em parte. Uma vez que admite por qualquer parte que seja, admite no todo e tem que remeter o recurso para o Supremo Tribunal Federal”.

Para ROBERTO ROSAS:

“(…) admitido o recurso parcialmente, não fica limitado o seu conhecimento pelo STF. A Súmula 292 já dava as dimensões desse entendimento. O entendimento ficou mais explícito nesta Súmula 528 (...) A orientação dessa Súmula evita que o recorrente com recurso admitido parcialmente agrave das outras partes não admitidas pelo Presidente do Tribunal. A admissão do recurso extraordinário devolve ao STF todas as questões suscitadas na petição de recurso”<sup>435</sup>.

**Súmula 636 – Não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida<sup>436</sup>.**

Data de aprovação: Sessão Plenária de 24/9/2003
---

<sup>435</sup> **Direito Sumular...cit.**, p. 249.

<sup>436</sup> Roberto ROSAS assinalou comentário no sentido de que “o recurso extraordinário é cabível por contrariedade a dispositivo constitucional de forma direta. Se a invocação do princípio da legalidade (CF, art. 5, II) demanda exame de lei ordinária para justificar esse princípio, então, não há matéria a ser examinada no recurso extraordinário.” (**Ibidem**, p. 318).

Fonte de Publicação: DJ de 9/10/2003, p. 2; DJ de 10/10/2003, p. 2; DJ de 13/10/2003, p. 2.

Referência Legislativa: Constituição Federal de 1988, art. 5, II.

Precedentes:

AI 142834 AgR (DJ de 27/11/1992 e RTJ 144/669)

AI 134736 AgR (DJ de 17/2/1995, RTJ 161/297)

AI 157990 AgR (DJ de 12/5/1995)

AI 210053 AgR (DJ de 19/6/1998)

RE 231085 (DJ de 19/6/1998)

RE 266041 Agr (DJ de 9/2/2001)

Na ementa do AI n.º 134.736 AgR (DJ de 17.02.1995, RTJ 161/297) ficou expresso que não seria cabível recurso extraordinário:

“(…) quando fundado na alegação de ofensa reflexa à Constituição. 1 – Tem violação reflexa à Constituição, quando o seu reconhecimento depende de rever a interpretação dada à norma ordinária pela decisão recorrida, caso em que é a hierarquia infraconstitucional dessa última que define, para fins recursais, a natureza da questão federal. 2 – Admitir o recurso extraordinário por ofensa reflexa ao princípio constitucional da legalidade seria transformar em questões constitucionais todas as controvérsias sobre a interpretação da lei ordinária, baralhando as competências repartidas entre o STF e os tribunais superiores e usurpando até a autoridade definitiva da Justiça dos Estados para a inteligência do direito local”.

Já no n.º AI 157.990 AgR (DJ de 12/5/1995), relator o Ministro MARCO AURÉLIO, a ementa estabeleceu que:

“(…) dificilmente constata-se em provimento judicial violência ao princípio constitucional da legalidade. Os julgamentos decorrem de tarefa interpretativa, não

sendo crível que se admita a existência de lei em certo sentido e se conclua de forma diametralmente oposta. Embora não se possa alçar a dogma a jurisprudência segundo a qual a violação à Carta, suficiente a impulsionar o recurso extraordinário, deve ser frontal e direta, descabe transferir ao Supremo Tribunal Federal a apreciação de recurso em que é asseverado o desrespeito à legislação federal. Tal exame dar-se-á caso a caso, apenas sendo possível conhecer do extraordinário quando a transgressão à lei salte aos olhos, não ficando a hipótese no campo da simples interpretação”.

No AI n.º 157.990 AgR (DJ de 12.05.1995), relator o Ministro MAURÍCIO CORRÊA, foi decidido que:

“(…) a matéria em discussão, apesar de prevista no texto constitucional, está disciplinada na lei ordinária, impondo-se inicialmente o seu exame para posterior apreciação de afronta ao texto da Lei Maior, o que demonstra o caráter indireto da alegada ofensa, inviável nesta instância extraordinária”.

O Ministro MOREIRA ALVES foi relator do RE n.º 231.085 (DJ de 19.06.1998) de cuja ementa extrai-se:

“(…) saber se a interpretação de uma norma infraconstitucional está certa, ou não – e, no caso, o STJ, ao julgar o recurso especial, já decidiu no sentido afirmativo – pressupõe, evidentemente o exame prévio dessa norma, o que implica em dizer que a alegação de ofensa ao princípio constitucional da legalidade é indireta ou reflexa, não dando margem, assim, ao cabimento do recurso extraordinário”.

O último precedente foi o RE n.º 266.041 Agr (DJ de 9.2.2001), também relatado pelo Ministro CELSO DE MELLO.

Na ementa, uma nova e significativa redação a respeito da visão do Tribunal sobre o tema da ofensa reflexa

“(…) a alegação de ofensa ao princípio da legalidade não basta, por si só, para viabilizar o acesso à via recursal extraordinária. É que a interpretação judicial de normas legais – por situar-se e projetar-se no âmbito infraconstitucional – culmina por exaurir-se no plano estrito do contencioso de mera legalidade, desautorizando, em consequência, a utilização do apelo extremo. O Supremo Tribunal Federal tem acentuado que o procedimento hermenêutico do Tribunal inferior – que, ao examinar o quadro normativo positivado pelo Estado, dele extrai a interpretação dos diversos diplomas legais que o compõe, para, em razão da inteligência e do sentido exegético que lhes der, obter os elementos necessários à exata composição da lide – não transgredir, diretamente, o princípio da legalidade”.



Ainda naquela ementa, consta boa lição a respeito da inexistência de confusão entre a interpretação do ordenamento jurídico positivo com o processo de produção normativa, uma vez que:

“(...) o ordenamento jurídico nada mais é senão a sua própria interpretação, notadamente quando a exegese das leis e da Constituição emanar do Poder Judiciário, cujos pronunciamentos qualificam-se pela nota da definitividade. A interpretação, qualquer que seja o método hermenêutico utilizado, tem por objetivo definir o sentido e esclarecer o alcance de determinado preceito inscrito no ordenamento positivo do Estado, não se confundindo, por isso mesmo, com o ato estatal de produção normativa. Em uma palavra: o exercício de interpretação da Constituição e dos textos legais – por caracterizar atividade típica dos Juízes e dos Tribunais – não importa em usurpação das atribuições normativas dos demais Poderes da República”.

**Súmula 640 – É cabível recurso extraordinário contra decisão proferida por juiz de primeiro grau nas causas de alçada, ou por Turma recursal de Juizado Especial Cível e Criminal.**<sup>437</sup>

Data de aprovação: Sessão Plenária de 24/9/2003

Fonte de Publicação: DJ de 9/10/2003, p. 2; DJ de 10/10/2003, p. 2; DJ de 13/10/2003, p. 2.

Referência Legislativa: Constituição Federal de 1988, art. 103, III. Código de Processo Civil de 1973, art. 528. Lei 6830/1980, art. 34. Lei 7244/1984 e Lei 9099/1995.

Precedentes:

RCL 278 (DJ de 14/4/1989 e RTJ 128/21)

RE 136154 (DJ de 23/4/1993 e RTJ 149/559)

RCL 438 (DJ de 1/10/1993 e RTJ 151/717)

<sup>437</sup> Roberto ROSAS foi direto: “um dos pressupostos para o recurso extraordinário é que a decisão seja de última ou única instância (CF, art. 102, III). As causas acima estão nessa hipótese.” (**Direito Sumular...cit.**, p. 318).

RCL 459 (DJ de 8/4/1994 e RTJ 155/709)

RCL 409 (DJ de 27/5/1994 e RTJ 154/395)

RCL 458 (DJ de 27/5/1994)

RCL 471 (DJ de 19/12/1994 e RTJ 178/519)

RCL 1051 (DJ de 11/6/1999 e RTJ 169/449)

O primeiro precedente do verbete n.º 640 da súmula da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal é a RCL n.º 278 (DJ de 14/4/1989 e RTJ 128/21), de que foi relator o Ministro OCTAVIO GALLOTTI.

Na sua ementa, estabeleceu-se que:

“(…) não admitido o recurso extraordinário (qualquer que fosse o fundamento do indeferimento) e interposto Agravo de Instrumento, imperiosa se mostrava a remessa deste à deliberação do Supremo Tribunal”.

No corpo do acórdão, assentou-se que:

“(…) ao obstar o trânsito do extraordinário, sob o fundamento de que não era de mérito a decisão recorrida, o ilustre Presidente do Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro proferiu, iniludivelmente, despacho denegatório de recurso de competência do Supremo Tribunal, cabendo, portanto, para este, a interposição de Agravo de Instrumento (art. 313, II do Regimento Interno e art. 544, do Código de Processo Civil). Tendo sido manifestado tal Agravo, pelo ora Reclamante, cabia, ao Presidente da Corte Estadual, remeter o instrumento ao Supremo Tribunal, caso não reconsiderasse o seu despacho para determinar o processamento do recurso extraordinário. Jamais cogitar o recebimento da petição como agravo regimental, a exemplo do que inicialmente entendeu, tampouco emitir novo juízo negativo de admissibilidade, segundo veio depois a proceder”.

Os demais precedentes, com exceção do RE n.º 136.154 (DJ de 23.4.1993 e RTJ 149/559), serviram de suporte também para o verbete n.º 727 da súmula da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal, o qual, a partir de então, será tratado.

**Súmula 727 – Não pode o magistrado deixar de encaminhar ao Supremo Tribunal Federal o Agravo de Instrumento interposto da decisão que não admite recurso extraordinário, ainda que referente a causa instaurada no âmbito dos juizados especiais<sup>438</sup>.**

Data de aprovação: Sessão Plenária de 26/11/2003

Fonte de Publicação: DJ de 9/12/2003, p. 1; DJ de 10/12/2003, p. 2; DJ de 11/12/2003, p. 2.

Referência Legislativa: Lei 9099/1995.

Precedentes:

RCL 438 (DJ de 1/10/1993 e RTJ 151/717)

RCL 459 (DJ de 8/4/1994 e RTJ 155/709)

RCL 471 (DJ de 19/12/1994 e RTJ 178/519)

RCL 631 (DJ de 13/6/1997 e RTJ 166/63)

RCL 645 (DJ de 7/11/1997)

RCL 1051 (DJ de 11/6/1999 e RTJ 169/449)

RCL 812 (DJ de 29/6/2001 e RTJ 179/957)

RCL 1099 (DJ de 9/11/2001)

---

<sup>438</sup> Para Roberto ROSAS “segundo o art. 544 do CPC, compete ao STF o julgamento do agravo tirado do despacho que nega seguimento a recurso extraordinário. Logo, não pode ser obstado essa subida.” (**Direito Sumular...cit.**, p. 337).

RCL 642(DJ de 21/6/2002)

RCL 2193 (DJ de 14/2/2003)

Na RCL n.º 438 (DJ de 1.10.1993 e RTJ 151/717), relatada pelo Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, decidiu-se:

“Reclamação: cabimento e procedência contra decisão de Juiz Presidente de Colégio Recursal de Juizado de Pequenas Causas que – a título de dele ‘não conhecer’, porque não previsto na legislação específica de tais juizados – negou seu processamento e conseqüente remessa de agravo de instrumento que, interposto da denegação de recurso extraordinário no juízo ‘a quo’, é da competência privativa do Supremo Tribunal Federal”.

No julgamento desta Reclamação, a Procuradoria-Geral, por intermédio do Sub-Procurador-Geral MOACIR MACHADO DA SILVA, opinou pela procedência do pedido, assim se manifestando:

“(…) diferentemente da Constituição anterior, que admitia recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal apenas das causas decididas por outros Tribunais, a Carta Vigente, no art. 102, III, autoriza o recurso genericamente nas causas decididas em única ou última instância, inclusive, portanto, das decisões proferidas em juizados de pequenas causas”.

Houve manifestação por meio de voto do Ministro MARCO AURÉLIO. Provia ele a reclamação porque entendia que, em qualquer caso, o agravo denegatório não pode deixar de ser encaminhado ao Supremo Tribunal Federal:

“(…) em hipótese na qual se discutiu a deserção, tive oportunidade de exteriorizar convencimento sobre a pertinência da reclamação. Portanto, fui mais além, entendendo que, mesmo deserto o agravo, não pode o juízo de primeiro de admissibilidade negar-lhe seguimento. Neste caso, a menos que se assente a indeterminação na protocolação de agravos, o único caminho que restou ao interessado foi o da medida reclamatória. A rigor, o referido juízo acabou por julgar o próprio agravo, isto ao indeferir-lhe o seguimento por impertinência”.

Ao apreciar e julgar a RCL n.º 459 (DJ de 8.4.1994 e RTJ 155/709), relatada pelo Ministro CELSO DE MELLO, o entendimento do Supremo Tribunal Federal, exposto na sua ementa, foi o de que:

“(…) cabe recurso extraordinário das decisões emanadas do órgão colegiado a que se refere a Lei 7.244/84 (art. 41, § 1º), resolvem controvérsia constitucional suscitada em processo instaurado perante o Juizado Especial de Pequenas Causas. Denegado o recurso extraordinário em procedimento sujeito ao Juizado Especial de Pequenas Causas, caberá agravo de instrumento, não sendo lícito ao Juiz negar trânsito a esse recurso que, sendo de seguimento obrigatório (CPC, art. 528), não pode ter o seu processamento obstado. Cabe reclamação para o STF quando a autoridade judiciária intercepta o acesso à Suprema Corte de agravo de instrumento interposto contra decisão que negou trânsito a recurso extraordinário”.

O acórdão ainda veio a estabelecer que sendo:

“(…) plenamente cabível o recurso extraordinário das decisões proferidas pelos Juizados Especiais de Pequenas Causas, não pode o Presidente do Colegiado Especial, mesmo na ausência de previsão legal específica, obstar a remessa do agravo de instrumento para esta Corte” (grifos nossos).

Ainda aquela decisão, manifestando-se desta feita sobre o agravo denegatório – e não mais sobre a circunstância específica da recorribilidade extraordinária no âmbito dos juizados – foi expressa ao estabelecer que

“(…) a inadmissão do agravo de instrumento, quando manifestado contra decisão denegatória de recurso extraordinário, atua, na linha da jurisprudência desta Corte, como causa justificadora da utilização e do próprio cabimento da reclamação, na medida em que essa situação configura inequívoca lesão à competência do STF (…)

Rematou, citando a doutrina de BARBOSA MOREIRA e a inteligência do art.

528 do Código de Processo Civil:

“(…) é preciso ter presente que o agravo de instrumento constitui manifestação recursal de processamento necessário e de seguimento obrigatório. O juízo a quo revela-se, nesse contexto, plenamente incompetente para efetuar o controle de admissibilidade (...) Esse entendimento deriva da norma inscrita no art. 528 do CPC, que, ao excluir o juízo de admissibilidade desse recurso na instância inferior, veda a interceptação, na origem, do agravo de instrumento, mesmo quando manifestado extemporaneamente (RT 471/205 – RT 503/236 – RT 620/66 – RT 633/111)”.

Não discrepou desse entendimento a RCL n.º 471 (DJ de 19.12.1994 e RTJ 178/519), relatada pelo Ministro CELSO DE MELLO, e de seguinte ementa:

“(…) o ato de ilegítima interceptação do agravo de instrumento deduzido na hipótese de indeferimento de recurso extraordinário, além de vulnerar a norma inscrita no art. 528 do Código de Processo Civil, justifica a utilização, perante o Supremo Tribunal Federal, do remédio constitucional da reclamação (CF, art. 102, I, l)”.

O Ministro OCTAVIO GALLOTTI, como relator da RCL n.º 631 (DJ de 13.6.1997 e RTJ 166/63), entendeu que:

“(…) pelo fato de não considerá-lo cabível, não pode o magistrado deixar de encaminhar, ao Supremo Tribunal Federal, o agravo de instrumento interposto contra decisão que, na origem, indeferiu recurso extraordinário”.

É porque, segundo o mesmo relator, qual seja, o Ministro OCTAVIO GALLOTTI, desta feita analisando e julgando a RCL n.º 645 (DJ de 7/11/1997):

“(…) mesmo após a redação dada, pela Lei n. 9.132-95, ao art. 528, do Código de Processo Civil, prevalece a regra, ínsita à natureza do agravo de instrumento de despacho denegatório de recurso extraordinário, no sentido de que, mesmo reputado intempestivo aquele agravo, não pode ele deixar de ser remetido ao Presidente do Tribunal a quo, ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal”.

Nesse julgamento, discutiu-se a alteração legislativa do art. 528 do Código de Processo Civil, tendo o Tribunal de Justiça do Amazonas, ao prestar as informações previstas no procedimento da reclamação, afirmado que brevara o acesso ao Supremo Tribunal Federal, via agravo denegatório, sob a justificativa de que:

“(…) o despacho que não deu seguimento ao Agravo de Instrumento está embasado na alteração da regra contida no artigo 528 do CPC onde não mais prevalece o princípio do recebimento obrigatório do Agravo de Instrumento, ainda que serôdio”.

Ao decidir o ponto, o Supremo Tribunal Federal, sob a relatoria do Ministro OCTAVIO GALLOTTI, expressou que:

“(…) não procede, todavia, a ponderação. Deve-se, a supressão da norma constante da redação original do art. 528 do Código de Processo Civil, à inovação, também advinda, da Lei n. 9.132-95, segundo a qual, na instância ordinária, passou o agravo de instrumento a ser diretamente apresentado ao Tribunal (não mais por intermédio do Juízo a quo). Tal não significa, entretanto, que na hipótese de agravo contra o

indeferimento do recurso extraordinário (que continua a ser interposto perante o órgão judiciário de origem), deixe de prevalecer a regra, de que, mesmo intempestivo, não pode o conhecimento do agravo ser subtraído ao Tribunal superior. Assim sucede, por se tratar de regra ínsita ao controle, pela instância ad quem, da admissibilidade do recurso que não pode ficar adstrita, por sua própria natureza, à discricção absoluta do Juízo inferior”.

A RCL n.º 812 (DJ de 29.6.2001 e RTJ 179/957), de que foi relator o Ministro

MARCO AURÉLIO, contou com a seguinte ementa:

“(…) é automática a remessa do agravo ao órgão competente para julgá-lo, se se trata de medida interposta tendo em vista decisão que haja resultado em negativa de seguimento de recurso. Descabe indeferir o trânsito do agravo, considerada possível deficiência referente aos pressupostos de recorribilidade que lhe são inerentes. Inexistência de juízo primeiro de admissibilidade, ante o silêncio da Lei quanto a recurso visando a impugnar o ato que o consubstancie”.

O acórdão teve o seguinte particular, digno de nota:

“(…) ressalto a impossibilidade de ato processual praticado pela parte, objetivando a subida de um certo recurso, ser obstaculizado no Juízo primeiro de admissibilidade. Decisão contrária ao Recorrente e impugnada mediante o instrumental previsto na legislação de regência há de ser submetida ao crivo competente para o julgamento do recurso trancado. A não ser assim, ter-se-á verdadeiro círculo vicioso. Indeferida a seqüência do recurso, a parte interpõe o agravo de instrumento, que, glosado sob o ângulo dos pressupostos de recorribilidade, viria a ensejar a interposição de um segundo agravo, sem a necessária previsão legal. Daí ser pacífico na legislação que o agravo, em tal hipótese, não pode sofrer indeferimento liminar na instância de origem”.

Também o Ministro ILMAR GALVÃO, relatando a RCL n.º 1.099 (DJ de 9.11.2001), não discrepou do entendimento:

“(…) a jurisprudência do STF é pacífica em considerar que a apreciação dos agravos manifestados contra a não-admissão de recurso extraordinário é atribuição exclusiva da Corte, cabendo ao juízo recorrido, simplesmente, a formação e a remessa do instrumento”.

Na RCL n.º 642 (DJ de 21.6.2002), de relatoria da atual Presidente do Supremo Tribunal Federal, a Ministra ELLEN GRACIE, foi decidido que:

“(…) agravo de instrumento interposto contra despacho que declarou deserto o recurso extraordinário deve ser remetido pelo Presidente do Tribunal a quo ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal”.

Apenas para rematar, parece-nos adequado registrar experiência que tivemos no exercício da advocacia. Quando ainda o recurso de agravo de instrumento contra decisão denegatória de processamento de recurso extraordinário ou de recurso especial era sujeito a preparo, atuamos em caso concreto no qual deixamos de efetuar-lo em função de pedido de reaproveitamento do preparo do próprio recurso extraordinário ou especial. O fundamento de nossa pretensão seria que se evitasse o *bis in idem*, vale dizer, que à parte fosse obrigatório preparar tanto o recurso extraordinário ou especial quanto o agravo interposto contra sua não admissão. Consubstanciados no princípio da economia processual e na possibilidade de *lege lata* da conversão do agravo no recurso extraordinário ou especial que então destrancara, se provido, efetivamos pedido de reaproveitamento do preparo, uma vez que – registre-se – a formação do instrumento com todas as peças processuais implicaria necessariamente na conversão para o recurso, se provido o agravo, de sorte que o preparo seria neste caso feito em duplicidade. Os agravos foram interpostos junto à Justiça do Estado de São Paulo – na época, formada ainda pelos Tribunais de Alçada, hoje extintos – , que negou-lhes seguimento por deserção. Se a deserção normal não poderia obstar a subida do agravo denegatório, como examinado acima, muito menos os casos em que atuamos, onde havia pedido de reaproveitamento do preparo do especial como preparo do agravo – que de resto estava vocacionado à conversão. Esta circunstância revelava-se ainda mais augusta que a outra, de mera deserção, pois havia um pedido feito no bojo do agravo (o de reaproveitamento) que apenas ao Superior Tribunal de Justiça cabia deferir ou indeferir. À exceção de uma, todas as reclamações opostas foram acolhidas e determinanda a subida dos agravos, inclusive neles se deferindo o pedido de reaproveitamento. Uma entre elas – contudo – não foi admitida e veio a



ensejar embargos de divergência, mesmo que a decisão tenha sido proferida em âmbito de reclamação e não de recurso especial, na dicção (literal) do art. 546 do Código de Processo Civil. Sustentams na época que, a despeito de não se tratar de uma decisão proferida no âmbito de recurso especial, conquanto fosse colegiada – e encerrasse posicionamento distinto a outros tomados pelo próprio Superior Tribunal de Justiça – desafiaria os embargos de divergência dada a sua função social e com suporte na sua natureza jurídica – a de evitar decisões díspares no mesmo tribunal, quanto mais sendo ele o Superior Tribunal de Justiça, que é o responsável pela unificação da aplicação da lei federal de natureza infraconstitucional.

**Súmula 735 – Não cabe recurso extraordinário contra acórdão que defere medida liminar.**

Data de aprovação: Sessão Plenária de 26/11/2003

Fonte de Publicação: DJ de 9/12/2003, p. 2; DJ de 10/12/2003, p. 2; DJ de 11/12/2003, p. 2.

Referência Legislativa: Constituição Federal de 1988, art. 102, III, “a”.

Precedentes:

AI 245703 AgR (DJ de 25/2/2000)

AI 252382 AgR (DJ de 24/3/2000)

RE 263038 (DJ de 28/4/2000)

AI 219053 AgR (DJ de 23/3/2001)

RE 234144 (DJ de 11/10/2001)

RE 232387 (DJ de 17/5/2002)

A ementa do AI n.º 245703 AgR (DJ de 25.2.2000), cujo relator foi o Ministro MARCO AURÉLIO, estabelece que:

“(…) a liminar concedida em demanda cautelar, objeto de confirmação no julgamento de agravo de instrumento, não é impugnável mediante recurso extraordinário.” No acórdão, foi explicitado o fundamento: “a liminar é decisão precária e efêmera que não desafia a recorribilidade extraordinária”.

A segunda decisão precedente do verbete n.º 735 da súmula da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal, o AI n.º 252.382 AgR (DJ de 24.3.2000), de que foi relator o Ministro MOREIRA ALVES, conta com a seguinte ementa – que, inclusive, é transcrição integral do próprio acórdão:

“(…) em se tratando de acórdão que deu provimento a agravo para deferir a liminar pleiteada por entender que havia o ‘fumus boni iuris’ e o ‘periculum in mora’, o que o aresto afirmou, com referência ao primeiro desses requisitos, foi que os fundamentos jurídicos (no caso, constitucionais) do mandado de segurança eram relevantes, o que, evidentemente, não é manifestação conclusiva da procedência deles para ocorrer a hipótese de cabimento do recurso extraordinário pela letra a, do inciso I, do artigo 102, da Constituição (que é a dos autos) que exige, necessariamente, decisão que haja desrespeitado dispositivo constitucional, por negar-lhe vigência ou por tê-lo interpretado erroneamente ao aplicá-lo ou não deixar de aplicá-lo”.

No RE n.º 263.038 (DJ de 28.4.2000), de que foi relator o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, sobre o cabimento de recurso extraordinário em cautelar entendeu-se que:

“(…) desde que definitiva seria cabível o recurso; conseqüente inadmissibilidade contra acórdão que, em agravo, confirma liminar, a qual, podendo ser revogada a qualquer tempo pela instância a quo é insusceptível de ensejar o cabimento do recurso extraordinário, não por ser interlocutória, mas sim por não ser definitiva”.

No acórdão, por meio de voto do Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, foi consignado que:

“(…) há muitas décadas é firme no Tribunal a admissibilidade do recurso extraordinário contra decisões interlocutórias nas quais, entretanto, se contenha, por força da preclusão conseqüente, a decisão definitiva da questão federal nas instâncias

ordinárias (...) Não o desconheceu a recente Lei Federal n.º 9.756/98, que introduziu o § 3º ao art. 542 C. Pr.Civ., para prescrever que, ‘interposto contra decisão interlocutória ao processo de conhecimento, cautelar ou embargos à execução’, o recurso extraordinário, ou o especial, ficará retido nos autos e somente será processado se o reiterar a parte, no prazo para a interposição do recurso contra a decisão final, ou para as contra-razões: pelo contrário, ao determinar-lhe a retenção na hipótese, pressupôs a lei corretamente a sua admissibilidade contra decisões interlocutórias. Cuida-se, porém, de admissibilidade subordinada – como resulta da invariável jurisprudência de priscas eras e dos mestres recordados – à eficácia preclusiva da interlocutória relativamente à questão federal, constitucional ou ordinária, da qual se cogite. Ao contrário, se a puder rever a instância a quo no mesmo processo em que proferida – seja ele de que natureza for – dela já não caberá recurso extraordinário, nem recurso especial, não porque seja interlocutória, mas por não ser definitiva”.

Adiante e rematando, o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE consignou que o desprovimento do agravo decorria do fato de que faltava:

“(...) à decisão recorrida – ao menos no tópico em que impugna o recurso extraordinário – a qualificação de definitividade, que a faz susceptível de recurso extraordinário”.

O RE n.º 234.144 (DJ de 11.10.2001), relatado pelo Ministro MAURÍCIO CORRÊA, teve a seguinte ementa:

“(...) a aferição dos requisitos necessários à concessão de medida liminar. Matéria que estando situada na esfera de avaliação subjetiva do magistrado quanto à existência do periculum in mora, do fumus boni iuris e do dano irreparável ou de difícil reparação, é insusceptível de reexame pela via do recurso extraordinário (...) Enquanto não apreciado o mérito da ação judicial, não há decisão de única ou última instância, que é pressuposto para a interposição do recurso”.

Esse agravo regimental foi interposto contra decisão unipessoal que negava seguimento a recurso extraordinário tirado contra acórdão que julgou agravo de instrumento contra decisão liminar em sede de mandado de segurança. Inicialmente, o relator entendeu:

“(...) não caber recurso extraordinário contra acórdão que aprecia pedido de liminar em mandado de segurança. O fundamento do periculum in mora pressupõe a verificação de fatos capazes de provocar dano temido e o fumus boni iuris somente faz supor a verossimilhança do direito alegado, sem contudo, constituir decisão conclusiva a respeito da pretensão. Assim, para dissentir do acórdão recorrido, que entendeu não restarem preenchidos os pressupostos para a concessão da liminar, é necessário o

reexame da matéria fática, o que é inadmissível nesta instância extraordinária, a teor do disposto na Súmula 279-STF”.

Julgando em turma e na forma regimental o agravo interposto contra a decisão unipessoal do Ministro MAURÍCIO CORRÊA, o Supremo Tribunal Federal então manifestou-se nos seguintes termos:

“(…) conforme ressaltado no ato agravado, o deferimento de medida liminar, que tem por fundamento do *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, somente faz supor a verossimilhança do direito alegado, sem, contudo, constituir decisão conclusiva a respeito da pretensão deduzida. Assim, somente a partir da qual o juízo formou sua convicção para deferir a cautelar postulada, poder-se-ia concluir em sentido contrário ao acórdão impugnado. Todavia, é vedado o reexame de provas no extraordinário (Súmula 279). Por outro lado, embora seja possível supor o caráter satisfativo da liminar concedida, o certo é que o mérito do mandado de segurança não foi apreciado (...) Não existe, ainda, declaração concludente sobre os dispositivos constitucionais pretensamente violados”.

O último precedente, o RE n.º 232.387 (DJ de 17.5.2002) contém a seguinte

ementa:

“(…) esta Corte (...) tem decidido que não cabe recurso extraordinário contra acórdão que defere, ou mantém, liminar por entender, em última análise, que ocorrem os requisitos do ‘*fumus boni iuris*’ e do ‘*periculum in mora*’, porquanto a aferição da existência deles, além de se situar na esfera de avaliação subjetiva do magistrado, não é manifestação conclusiva de sua procedência para ocorrer a hipótese de cabimento desse recurso pela letra a, do inciso III, do art. 102, da Constituição, que exige, necessariamente, decisão que haja desrespeitado dispositivo constitucional, por negar-lhe vigência, ou por tê-lo interpretado erroneamente ao aplica-lo ou ao deixar de aplicá-lo”.

## PARTE III

### A RECENTE REFORMA DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

“Decerto, as soluções postas na Emenda Constitucional nº 45/2004 não são, por si sós, suficientes a solver o problema, ad exemplum, da morosidade da prestação jurisdicional, verificada no país, máxime à vista dos extraordinários volumes de feitos, em todas as instâncias do Poder Judiciário nacional, não obstante o labor incansável e de excelente qualidade e impressionante quantidade realizado pelos magistrados brasileiros. A demanda de justiça manifesta o exercício da cidadania; o Estado, por suas instituições judiciárias, há de dar-lhe resposta eficiente e justa, em razoável prazo, com a indispensável racionalização e modernização dos serviços do Poder Judiciário. O sistema de recursos, é exato, está a merecer ordenação adequada a essa exigência de presteza nas decisões finais das causas trazidas aos juízes e tribunais, sobre o que, de resto, vai se formando, nos meios jurídicos e na sociedade, o necessário consenso, e produção legislativa recente já tenta obter soluções positivas a tal propósito. É necessário, entretanto, ser alcançada a celeridade na prestação jurisdicional, sem se restringirem os direitos fundamentais do devido processo legal e ampla defesa”.

JOSÉ NÉRI DA SILVEIRA<sup>439</sup>

#### 1. AS MODIFICAÇÕES INTRODUZIDAS PELA EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 45, DE 8 DE DEZEMBRO DE 2004

A Emenda Constitucional n.º 45, de 8 de dezembro de 2004, versou sobre temas relacionados ao Poder Judiciário. Por esta razão, vem sendo tratada como a emenda da *Reforma do Judiciário*<sup>440-441</sup>, expressão utilizada por diversas obras, artigos, cursos e palestras que vêm sendo ofertadas à comunidade jurídica.

---

<sup>439</sup> Prefaciando a obra coordenada por Fábio Cardoso MACHADO e Rafael Bicca MACHADO, intitulada **A Reforma do Poder Judiciário**, São Paulo, *Quartier Latin*, 2006, p. 46.

<sup>440</sup> Alguns dos temas tratados – boa parte deles examinados, mesmo que incidentalmente, neste trabalho – foram os da introdução da súmula vinculante no ordenamento jurídico brasileiro; a criação do Conselho Nacional de Justiça; alterações no âmbito da magistratura e do Ministério Público; a atribuição de novas competências na Justiça do Trabalho; a melhor equação entre as competências do Supremo Tribunal Federal e as do Superior Tribunal de Justiça. O que, de certa forma, se pensava útil ao encaminhamento da dissertação, mesmo com o risco de se pecar pelo volume do trabalho, e que encontraria arrimo na observação de Cândido Rangel DINAMARCO (O processo civil na reforma constitucional do Poder Judiciário, in: Sérgio Rabello Tamm RENAULT e Pierpaolo BOTTINI (Coords.), **Reforma do Judiciário**, São Paulo, Saraiva, 2005, pp. 291-292): “É natural que uma *Reforma Constitucional do Poder Judiciário* atue com expressiva intensidade sobre a ordem processual, dada a notória filiação do direito processual à Constituição e dada a íntima relação existente entre os

Especificamente no que atine ao recurso extraordinário e, mais concretamente, à repercussão geral como seu mais novo – e especial – requisito de admissibilidade, como decorrência da reforma constitucional introduzida pela Emenda Constitucional n.º 45, de 8 de dezembro de 2004, que – dentre outros – fez inserir parágrafo terceiro ao art. 102 da Constituição Federal, hoje, temos duas disciplinas a respeito da repercussão geral: uma, a Lei Federal n.º 11.418, de 19 de dezembro de 2006<sup>442</sup> e outra, o Regimento Interno do Supremo

---

modos de exercício da jurisdição e a configuração funcional dos órgãos e organismos que a exercem (organização judiciária). Só isso bastaria para que a recente Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, responsável pela chamada *Reforma do Judiciário*, tivesse relevante atuação sobre o sistema do processo civil brasileiro, ao menos como reflexo das alterações impostas à estrutura e funcionamento dos organismos jurisdicionais. Mas também diretamente a nova emenda atuou sobre o processo civil, ditando uma série de regras tipicamente processuais relevantes, entre as quais algumas que sequer mereceriam estar no plano constitucional – como a que manda dar distribuição direta a todas as causas e recursos e a que recomenda o *automatismo judiciário* (CF, art. 93, XIV e XV, red. EC . 45, de 8-12-2004). Diante dessa necessária relação entre o que vai pela Constituição Federal e o que em consequência vem a ocorrer na ordem processual, é também natural que todo estudo sistemático de direito procesual civil seja atingido e em alguma medida comandados pela *Reforma*, sendo indispensável que nós, procesualistas e operadores do processo, nos atualizemos e nos adaptemos aos novos preceitos agora lançados pela emenda reformadora.”

<sup>441</sup> É preciso levar em consideração a posição de Ada Pellegrini GRINOVER (A necessária reforma infraconstitucional, in: **Reforma do Judiciário...cit.**, p. 325): “(...) o generoso ideário que inspirou a reforma do Poder Judiciário não poderá alcançar seus objetivos, sem a necessária reforma dos Códigos: do Código de Processo Civil, em andamento, e que tudo indica deverá prosseguir; do Código de Processo Penal, que necessita urgentemente da vontade política do Legislativo e do Executivo, para transformar-se em realidade.”

<sup>442</sup> LEI Nº 11.418, DE 19 DE DEZEMBRO DE 2006.

Acrescenta à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, dispositivos que regulamentam o § 3º, do art. 102, da Constituição Federal.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Esta Lei acrescenta os arts. 543-A e 543-B à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, a fim de regulamentar o § 3º, do art. 102, da Constituição Federal.

Art. 2º A Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, passa a vigorar acrescida dos seguintes arts. 543-A e 543-B:

“Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecurável, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo.

§ 1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.

§ 2º O recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral.

§ 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal.

§ 4º Se a Turma decidir pela existência da repercussão geral por, no mínimo, 4 (quatro) votos, ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário.

§ 5º Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

§ 6º O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Tribunal Federal, que, por meio dos artigos 322 a 329 – oriundos da Emenda Regimental n.º 21/07<sup>443</sup> – a disciplinam.

---

§ 7º A Súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no Diário Oficial e valerá como acórdão.”

“Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo.

§ 1º Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte.

§ 2º Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos.

§ 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se.

§ 4º Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada.

§ 5º O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal disporá sobre as atribuições dos Ministros, das Turmas e de outros órgãos, na análise da repercussão geral.”

Art. 3º Caberá ao Supremo Tribunal Federal, em seu Regimento Interno, estabelecer as normas necessárias à execução desta Lei.

Art. 4º Aplica-se esta Lei aos recursos interpostos a partir do primeiro dia de sua vigência.

Art. 5º Esta Lei entra em vigor 60 (sessenta) dias após a data de sua publicação.

Brasília, 19 de dezembro de 2006; 185º da Independência e 118º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

Márcio Thomaz Bastos

<sup>443</sup> Emenda Regimental n. 21, de 30 de abril de 2007

Altera a redação dos artigos 13, inciso V, alínea c; 21, § 1º; 322; 323; 324; 325; 326; 327; 328 e 329, e revoga o disposto no § 5º, do artigo 321, todos do Regimento Interno.

A Presidente do Supremo Tribunal Federal faz editar a Emenda Regimental, aprovada pelos Senhores Membros da Corte em Sessão Administrativa realizada em 26 de março de 2007, nos termos, do art. 361, inciso I, alínea a, do Regimento Interno.

Art. 1º Os dispositivos do Regimento Interno a seguir enumerados passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 13. ....

V – .....

c) como Relator (a), nos termos dos arts. 544, § 3º, e 557, do Código de Processo Civil, até eventual distribuição, os agravos de instrumento e petições ineptos ou doutro modo manifestamente inadmissíveis, bem como os recursos que não apresentem preliminar formal e fundamentada de repercussão geral, ou cuja matéria seja destituída de repercussão geral, conforme jurisprudência do Tribunal.

Art. 21.....

§ 1º Poderá o(a) Relator(a) negar seguimento a pedido ou recurso manifestamente inadmissível, improcedente ou contrário à jurisprudência dominante ou à Súmula do Tribunal, deles não conhecer em caso de incompetência manifesta, encaminhando os autos ao órgão que repute competente, bem como cassar ou reformar, liminarmente, acórdão contrário à orientação firmada nos termos, do art. 543-B, do Código de Processo Civil.

Art. 322. O Tribunal recusará recurso extraordinário cuja questão constitucional não oferecer repercussão geral, nos termos deste capítulo.

§ único. Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões que, relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, ultrapassem os interesses subjetivos das partes.

Art. 323. Quando não for caso de inadmissibilidade do recurso por outra razão, o(a) Relator(a) submeterá, por meio eletrônico, aos demais Ministros, cópia de sua manifestação sobre a existência, ou não, de repercussão geral.

§ 1º Tal procedimento não terá lugar, quando o recurso versar questão cuja repercussão já houver sido reconhecida pelo Tribunal, ou quando impugnar decisão contrária a súmula ou a jurisprudência dominante, casos em que se presume a existência de repercussão geral.

A dissertação examinará a repercussão geral de acordo primeiro com a reforma constitucional, analisando suas linhas gerais e os pontos polêmicos iniciais, como então tratados pela doutrina, antes que houvesse lei e disciplina regimental (isto para registro histórico de como o instituto foi introduzido neste Brasil atual) – falar-se-á, portanto, em termos ainda *de lege ferenda*; depois, a dissertação estudará a disciplina legal e a própria disciplina regimental, em conjunto, destacando os principais pontos da Lei Federal n.º 11.418,

---

§ 2º Mediante decisão irrecorrível, poderá o(a) Relator(a) admitir de ofício ou a requerimento, em prazo que fixar, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, sobre a questão da repercussão geral.

Art. 324. Recebida a manifestação do(a) Relator(a), os demais Ministros encaminhar-lhe-ão, também por meio eletrônico, no prazo comum de 20 (vinte) dias, manifestação sobre a questão da repercussão geral.

§ único. Decorrido o prazo sem manifestações suficientes para recusa do recurso, reputar-se-á existente a repercussão geral.

Art. 325. O(A) Relator(a) juntará cópia das manifestações aos autos, quando não se tratar de processo informatizado, e, uma vez definida a existência da repercussão geral, julgará o recurso ou pedirá dia para seu julgamento, após vista ao Procurador-Geral, se necessária; negada a existência, formalizará e subscreverá decisão de recusa do recurso.

§ único. O teor da decisão preliminar sobre a existência da repercussão geral, que deve integrar a decisão monocrática ou o acórdão, constará sempre das publicações dos julgamentos no Diário Oficial, com menção clara à matéria do recurso.

Art. 326. Toda decisão de inexistência de repercussão geral é irrecorrível e, valendo para todos os recursos sobre questão idêntica, deve ser comunicada, pelo(a) Relator(a), à Presidência do Tribunal, para os fins, do artigo subsequente e, do artigo 329.

Art. 327. A Presidência do Tribunal recusará recursos que não apresentem preliminar formal e fundamentada de repercussão geral, bem como aqueles cuja matéria carecer de repercussão geral, segundo precedente do Tribunal, salvo se a tese tiver sido revista ou estiver em procedimento de revisão.

§ 1º Igual competência exercerá o(a) Relator(a) sorteado(a), quando o recurso não tiver sido liminarmente recusado pela Presidência.

§ 2º Da decisão que recusar recurso, nos termos deste artigo, caberá agravo.

Art. 328. Protocolado ou distribuído recurso cuja questão for suscetível de reproduzir-se em múltiplos feitos, a Presidência do Tribunal ou o(a) Relator(a), de ofício ou a requerimento da parte interessada, comunicará o fato aos tribunais ou turmas de juizado especial, a fim de que observem o disposto no art. 543-B, do Código de Processo Civil, podendo pedir-lhes informações, que deverão ser prestadas em 5 (cinco) dias, e sobrestar todas as demais causas com questão idêntica.

§ único. Quando se verificar subida ou distribuição de múltiplos recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a Presidência do Tribunal ou o(a) Relator(a) selecionará um ou mais representativos da questão e determinará a devolução dos demais aos tribunais ou turmas de juizado especial de origem, para aplicação dos §§, do art. 543-B, do Código de Processo Civil.

Art. 329. A Presidência do Tribunal promoverá ampla e específica divulgação do teor das decisões sobre repercussão geral, bem como formação e atualização de banco eletrônico de dados a respeito.”

Art. 2º Ficam revogados o § 5º, do artigo 321 do Regimento Interno e a Emenda Regimental n. 19, de 16 de agosto de 2006.

Art. 3º Esta Emenda Regimental entra em vigor na data de sua publicação.

Ministra Ellen Gracie, Presidente.

Publicada no DJ de 3-5-07.



de 19 de dezembro de 2006 e do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, artigos 322 a 329 – oriundos da Emenda Regimental n.º 21/07 – falando desta feita *de lege lata*<sup>444</sup>.

## **2. O PERFIL DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO ANTE OS CONTORNOS ULTIMADOS COM A REFORMA DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO: A QUESTÃO DA REPERCUSSÃO GERAL.**

### **2.1 Algumas considerações gerais (havidas, notadamente, antes da edição da Lei da Repercussão Geral e da Emenda Regimental n. 21/07 do Supremo Tribunal Federal)**

A Emenda Constitucional n.º 45, de 8 de dezembro de 2004, dentre outros tantos, acrescentou o § 3º ao art. 102 da Constituição Federal. Agora<sup>445</sup> – e por força da reforma constitucional do Poder Judiciário –, “no recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais<sup>446</sup> discutidas no caso, nos termos

---

<sup>444</sup> É opção do condidato esta sistemática. Considerando que uma dissertação de mestrado deva reunir a maior quantidade de informações sobre o assunto – é por isto que este trabalho tem dedicado espaço à doutrina, legislação e jurisprudência (sem se negar a adotar posicionamentos que ao autor pareçam relevantes e adequados, mesmo sobre temas polêmicos) – optou-se em tratar da repercussão geral, tão nova que é, desde sua gênese até sua existência como lei. Há importantes considerações feitas pela doutrina antes da edição da lei, que é nova, e estas considerações nos parecem devam ser prestigiadas e registradas, de modo que – com a vinda da lei e sua breve aplicação – se possa construir uma teoria geral da repercussão geral no Direito brasileiro. Mesmo que alguns dos conceitos doutrinários escritos ainda *de lege ferenda* não tenham validade se *de lege lata* for feita a análise do tema, ainda assim, as bases nos parece possam ser pelo menos anunciadas, por nosso conceito de dissertação compreender esta evolução. Portanto – e é preciso deixar isto muito claro – haverá duas abordagens sobre a repercussão geral: a primeira, trazendo as linhas gerais pensadas pela doutrina brasileira que se encorajou a escrever sobre o tema, antes da lei; e a segunda, agora já versando *de lege lata* – inclusive com exame artigo a artigo da Lei da Repercussão Geral, tal como ainda agora, fazíamos sobre a Lei da Súmula Vinculante.

<sup>445</sup> Agora – como dissemos – também por ocasião da edição da Lei Federal n.º 11.418, de 2006 e da Emenda Regimental 21/07 do Supremo Tribunal Federal, que disciplinam a repercussão geral como novo – e especial – requisito de admissibilidade do recurso extraordinário.

<sup>446</sup> Cabe desde logo a advertência de Arruda ALVIM (A emenda constitucional 45/04 e a repercussão geral, in: Bruno Freire SILVA e Rodrigo MAZZEI (Coords.), **Reforma do Judiciário: análise interdisciplinar**

da Lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros”.

O exame da repercussão geral no recurso extraordinário, mercê do § 3º do art. 102 da Constituição Federal (com a redação dada pela Emenda Constitucional n.º 45/04), deve abordar pontos como o conceito de repercussão geral para fins de recurso extraordinário (inclusive com análise de pontos de convergência e divergência com o instituto da arguição de relevância, no qual parece ter se inspirado o legislador reformista), sua natureza jurídica, os critérios que deverão nortear o Tribunal para a sua análise, a dependência de lei para sua incidência e o seu processamento, incluindo a possibilidade de recurso contra decisão que deixar de reconhecer a repercussão geral. Estas considerações, como se procurou demonstrar no intróito deste capítulo, serão deduzidas apenas em função da reforma constitucional, não adentrando – neste momento – à regulação legislativa e regimental do assunto. A pretensão é trazer subsídios históricos, para – de acordo com o posicionamento doutrinário assumido logo da reforma constitucional, mas antes da Lei – procurar traçar o perfil da repercussão geral no direito brasileiro desde a sua introdução. Por isto, analisaremos neste item as principais questões que surgiram antes da edição da lei e da reforma regimental – das quais, talvez, a principal tenha sido, mesmo, o questionamento sobre ser ou não ser necessária lei para desde a reforma constitucional ser exigido este novo e especial requisito de admissibilidade do recurso extraordinário. A pretensão é deixar o registro histórico e alinhavados os pensamentos iniciais sobre o instituto, de forma que – pelo menos para estudos sobre o assunto – possa ser útil o presente trabalho. Cuidaremos – contudo – para que as impressões doutrinárias iniciais

---

**e estrutural do primeiro ano de vigência**, Curitiba, Juruá, 2006): “todas as hipóteses em que não haja repercussão geral estão, pelo texto constitucional, excluídas, e, os recursos extraordinários não devem ser objeto de julgamento. O texto acentua a ‘... repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso...’, mas parece-nos que essa dicção deva ser lida com um sentido que comporte interpretação extensiva. O que se quer dizer é que essa frase não há de ter, exclusivamente, uma significação estritamente jurídica, mas compreender também a repercussão econômica, social, etc., ainda que sempre referenciadas ao direito constitucional.”

que, ao final, não se tenham concretizado na lei ou no regimento interno do Supremo Tribunal Federal sejam devidamente destacadas.

A Reforma do Poder Judiciário ventilada pela EC n.º 45/04 teve como um dos seus principais objetivos o aprimoramento da prestação da tutela jurisdicional.

Resta inegável que o fator tempo, como, inclusive, já se insistiu neste trabalho, deve ser considerado para a qualificação da distribuição da justiça e para o próprio exame do bom funcionamento do Poder Judiciário. A morosidade é inimiga da distribuição da justiça, por meio da tutela estatal<sup>447</sup>. Sobre o tema, a lição proclamada ainda no início do século passado por RUI BARBOSA segundo quem “*Justiça lenta não é Justiça, senão injuriça qualificada e manifesta*”. Podemos ainda acrescentar que quando a Justiça tarda, já falhou.

Como decorrência desta correta observação e como fruto de permanente preocupação da comunidade jurídica e do próprio legislador com o tema, a Emenda Constitucional n.º 45/04 introduziu a repercussão geral no recurso extraordinário, deixando bastante claro o escopo de permitir acesso ao Supremo Tribunal Federal, pelo recurso tratado no inciso III do artigo 102 da Constituição Federal, apenas das questões que tenham conteúdo relevante para a sociedade<sup>448</sup>.

Paralelamente a isto, a aludida Emenda Constitucional, com a introdução da repercussão geral, tende a modificar a própria natureza do Supremo Tribunal Federal, vale dizer – pelo menos no que refere à competência recursal do extraordinário –, torná-lo uma

---

<sup>447</sup> Conforme, com argumentos, expusemos no item atinente à *Sumula Vinculante*.

<sup>448</sup> Mas isto não quer dizer – e por isto não concordamos com a posição de Carolina Ormanes MASSOUD (Competência do Supremo Tribunal Federal, in: Zeno VELOSO e Gustavo Vaz SALGADO (Coords.), **Reforma do judiciário comentada**, São Paulo, Saraiva, 2005, p. 130) – que um dos escopos reformista tenha sido, “com a inclusão de um requisito específico para o conhecimento do recurso extraordinário no § 3º no art. 102, restringir ainda mais o acesso à Excelsa Corte, para impedir o protocolo de recurso com mera intenção protelatória e o atraso da execução judicial.” Especificamente, não concordamos que a repercussão geral guarde relação com recurso protelatório: o recurso pode não ter uma repercussão geral, isto é, pode não ser interesse coletivo o seu julgamento (seja porque à sociedade não se aproveitaria, seja porque já julgado em determinado sentido) mas, nem por isto, tratar-se-ia de hipótese de interposição recursal protelatória, como o disse a doutrinadora.

verdadeira Corte Constitucional<sup>449</sup>, não um Tribunal de quarta instância, como – às vezes – o antigo extraordinário podia sugerir (quando mal utilizado).

Com a introdução da repercussão geral, parece-nos que o recurso extraordinário possa agora fazer *jus* ao adjetivo que carrega na nomenclatura<sup>450</sup>. Antes, bastava ao recorrente cumprir os requisitos ordinários de admissibilidade previstos na Constituição Federal e no Código de Processo Civil para que o recurso viesse a ser obrigatoriamente analisado pelo Supremo Tribunal Federal<sup>451</sup>. À falta de um mecanismo adequado e legítimo de controle, muitas vezes eram proferidas decisões ultrajantes que tinham o nítido escopo, como mencionado em nossa nota introdutória, de barrar sem qualquer legitimidade o acesso ao Supremo Tribunal Federal – como, de resto, aos Tribunais Superiores também.

---

<sup>449</sup> Sobre isto, André Ramos TAVARES (A repercussão geral no recurso extraordinário, in: André Ramos TAVARES, Pedro LENZA e Pietro de Jesús Lora ALARCÓN, **Reforma do Judiciário analisada e comentada**, São Paulo, Método, 2005, pp. 216-217) foi pontual: “aliás, a última referência [sobre os critérios que o Supremo deva adotar para a identificação da repercussão geral, sendo ele o de que haja ‘repercussão considerável sobre o conjunto do ordenamento jurídico e político’, nos dizeres de Favoreu], que é o conceito de Favoreu sobre a atividade de um verdadeiro Tribunal Constitucional, bem oferece a dimensão almejada pela Reforma neste particular: contribuir na transformação do Supremo Tribunal Federal em Tribunal Constitucional.” É impossível esconder, portanto, o propósito reformista de transformar a natureza jurídica do Supremo Tribunal Federal, que passará a ser (verdadeiramente) uma Corte Constitucional, atendendo, a um só tempo, sua vocação, a necessidade da sociedade brasileira e os ditames constitucionais que o regem. Prossegue André Ramos TAVARES: “como já havia escrito, com referência à adoção do mecanismo semelhante ao *writ of certiorari*: ‘nem todos os recursos apresentados devem ser, necessariamente, admitidos a julgamento final. O tema, aqui, entronca com a transformação do Tribunal em mera instância revisora geral (Tavares, 2005, 416). Sem a novel ‘repercussão geral’, o recurso tende a se transformar em um recurso de ‘supercassação universal’ (Valdés, 1999:267).” Deixando muito clara esta intenção reformista, tal doutrina rematou, à guisa de conclusão: “na realidade, tem-se, a partir de agora, como já assinalado, um passo em direção à transformação do Supremo Tribunal Federal em verdadeiro e pleno Tribunal Constitucional (cf. Tavares, 2005). A combinação da súmula vinculante com o instituto aqui analisado da repercussão geral cria uma nítida conexão entre o modelo de controle-difuso-concreto e o modelo de controle abstrato-concentrado (cf. Tavares, 2004b:56-58), aproximando aquele das características próprias deste último, o que talvez seja realmente o caminho mais apropriado para países que pretendam manter ambos modelos concomitantemente.”

<sup>450</sup> É o que se extrai da lição de André Ramos TAVARES (**Op. et. loc. cit.**): “além disso, era necessário, como pretendeu a Reforma, resgatar a ‘excepcionalidade’ do recurso extraordinário no sistema jurídico pátrio (cf. Tavares, 2003a: 296), permitindo ao tribunal criar ‘espaços próprios’ (Morello, 1997: 4) de atuação.”

<sup>451</sup> Neste sentido e de forma direta, André Ramos TAVARES (**Op. et. loc. cit.**): “no caso brasileiro, anteriormente à Reforma, ao contrário, atendidos os requisitos objetivos específicos do recurso extraordinário (e genéricos do processo civil), havia de pronunciar-se necessariamente o Supremo Tribunal Federal. Tratava-se, evidentemente, de um acesso irrestrito a uma atividade que, por definição, deveria ser circunscrita.”

Pois (agora) o Supremo Tribunal Federal possui ferramenta lícita para separar o joio do trigo e dizer (leia-se decidir) sobre qual recurso deva manifestar-se, julgando-o: eis a repercussão geral.

## 2.2 A repercussão geral *versus* a argüição de relevância<sup>452</sup>

Parcela da doutrina tem tratado a repercussão geral como sucessora da argüição de relevância.

Para NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY<sup>453</sup>, por exemplo, “o instituto da repercussão geral, que tem natureza jurídica de medida restritiva ao cabimento do RE, é sucessor da argüição de relevância, que vigorou entre nós no sistema da revogada CF/1969.”

Dizer que venha a ser *sucessora*, todavia, não é o mesmo que dizer que a repercussão geral é hoje o que foi, no passado, a argüição de relevância, sob o ponto de vista eminentemente jurídico<sup>454</sup>.

---

<sup>452</sup> Rodolfo de Camargo MANCUSO (**Recurso extraordinário e especial**, 8ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 71) chegou a indagar se não poderia ser a repercussão geral a argüição de relevância sob nova roupagem: “repercussão geral da questão pode, em última análise, ser uma reentrêe da argüição de relevância. Seria ela mesma, qui n’ose pás dire son nom?” Embora Eduardo de Avelar LAMY tenha respondido que não, escreveu: “(...) acredita-se que a argüição de relevância e a repercussão geral são institutos diversos o suficiente à seguinte conclusão: a última não constitui a volta da primeira” (Repercussão geral no recurso extraordinário: a volta da argüição de relevância?, in: **Reforma do Judiciário**, 2005, p. 179), sua resposta deve ser considerada sob o prisma apenas jurídico, porque de fato a argüição de relevância está de volta, embora com outro formato jurídico. Que são institutos diferentes – como o tópico do trabalho pretende demonstrar – estamos certos; mas que ambos têm a mesma finalidade – em uma expressão, restringir o acesso recursal ao Supremo Tribunal Federal, pela via do recurso extraordinário – é assertiva de difícil recusa.

<sup>453</sup> Nelson NERY JUNIOR e Rosa Maria de Andrade NERY, **Constituição Federal comentada e legislação constitucional**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, p. 280.

<sup>454</sup> André Ramos TAVARES indica que a atual repercussão geral não é senão a argüição de relevância antiga: “(...) essa ‘repercussão geral’ nada mais é, em sua essência, do que a antiga ‘argüição de relevância’, muito embora com novo regime jurídico” (**Op. et. loc. cit.**).

Há substanciais diferenças<sup>455-456</sup> entre a repercussão geral e a arguição de relevância do direito anterior<sup>457-458</sup>, conforme o quadro abaixo permite constatar:

---

<sup>455</sup> Em razão de tais diferenças, Fredie DIDIER JUNIOR rechaça relação de identidade entre um e outro institutos: “não se confunde essa nova regra [a regra da repercussão geral] com a antiga ‘arguição de relevância’, que existia ao tempo da CF/1969. Na arguição de relevância, a decisão do STF não precisava de motivação, e ainda era tomada sob sigilo. A decisão sobre a repercussão geral precisa ser motivada (art. 93, IX e X, da CF/88), e ainda se exige quorum qualificado para a deliberação. Da mesma forma, não se trata de investigar se a questão constitucional é relevante ou não, pois toda questão constitucional é, por isso mesmo, relevante – é por isso que a antiga arguição de relevância só era exigida para o recurso extraordinário que discutisse a aplicação de lei federal.” (Transformações do recurso extraordinário, in: Fredie DIDIER JUNIOR, Edvaldo BRITO e Saulo José CASALI, **Reforma do Judiciário**, São Paulo, Saraiva, 2006).

<sup>456</sup> José Augusto DELGADO (Reflexões sobre a repercussão geral como condição para o conhecimento do recurso extraordinário (EC 45/04), in: **Análise interdisciplinar e estrutural do primeiro ano de vigência**, Curitiba, Juruá, 2006) integra parcela da doutrina para a qual a arguição de relevância e a repercussão geral são institutos diferentes, de início ao fim. Segundo sua redação, “o exame comparativo das características dos institutos em exame demonstra a evidente diferença entre ambos, conforme bem analisado na síntese acima apresentada, tudo com base nos estudos do autor citado [Eduardo de Avelar Lamy]”. Por essencial, copiamos o estudo comparativo de José DELGADO, não sem antes destacar que, na identificação dos atributos da arguição de relevância, como declarou, o autor valeu-se do estudo de Eduardo de Avelar LAMY, muitas vezes de forma literal (o que se mantém): “Arguição de relevância: a) a arguição de relevância foi criada em um contexto constitucional muito diferente do atual; b) ela foi inserida ‘no ordenamento brasileiro em 1975, via regimento interno do STF, e confirmada pela Constituição de 1977, tendo vigorado apenas durante os 13 últimos anos da ditadura militar’; c) na época da arguição de relevância o STF não era um Tribunal exclusivamente constitucional, (dedicava-se, também, ao controle da legislação infraconstitucional) o que só aconteceu após a CF de 1988; d) ‘a arguição de relevância tinha objetivo de justificar o conhecimento do recurso extraordinário que não seria admitido segundo as taxativas hipóteses de cabimento’; e) ‘a arguição de relevância dava maior importância ao aspecto declaratório e menor atenção ao aspecto de satisfação dos direitos e otimização da máquina judiciária’; f) o Supremo Tribunal Federal ‘possuía competência legislativa no que dizia respeito à arguição de relevância e demais questões referentes aos feitos de sua competência jurisdicional’; g) ‘a arguição de relevância era um incidente processual que necessitava ser provocado pelas partes, formando-se o respectivo instrumento de acordo com a técnica determinada pelo regimento do STF, inclusive sob pena de deserção’. Repercussão geral: a) a votação acerca a repercussão geral será pública e exigirá fundamentação; b) necessita, para ser rejeitada, que 8 (oito) Ministros dos onze que compõem o STF (dois terços dos seus membros) entendam que ela não está expressada no recurso extraordinário; c) há de ser ‘conhecida e analisada pelos Ministros do STF, em sessão conjunta, sem a necessidade da provocação de incidente processual pelas partes, nem a formação de instrumento próprio’, isto é, será examinada nos próprios autos; d) a sua aplicação está subordinada aos ditames da Lei que a regulamentar; e) retrata ‘instituto que possui o objetivo de possibilitar o não-conhecimento do mesmo recurso, caso possa não haver reflexo da referida decisão junto à sociedade’; f) há de ser alinhada ‘a uma concepção transindividual do recurso extraordinário vinculado ao pragmatismo judiciário à busca pela efetividade das decisões judiciais’; g) há de se considerar que ‘a interpretação do conceito de repercussão geral deve ser feita segundo mandamentos constitucionais, acima dos quais o STF não está, motivo pelo qual a referida análise deve respeitar o sistema jurídico, não possuindo apenas a feição política de que tanto se aproxima o Pretório Excelso’ e h) a contribuição que dará para a ‘seletividade de seus julgamentos, valorizando o interesse de toda a sociedade em detrimento da pretensão individual muitas vezes puramente lotérica das partes’.

<sup>457</sup> Candido Rangel DINAMARCO (**O processo civil na reforma constitucional do Poder Judiciário**, São Paulo, Malheiros, ) identifica semelhança entre os institutos: “essa exigência [repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso], muito semelhante a uma que já existiu no passado (a arguição de relevância), tem o nítido objetivo de reduzir a quantidade dos recursos extraordinários a serem julgados pelo Supremo Tribunal Federal e busca razão de ordem política: mirando o exemplo da Corte Suprema norte-americana, quer agora a Constituição que também a nossa Corte só se ocupe de casos de interesse geral, cuja decisão não se confine à esfera de direitos exclusivamente dos litigantes e posa ser útil a grupos inteiros ou a uma grande quantidade de pessoas”.

<sup>458</sup> Ainda a respeito da semelhança entre a arguição de relevância e a repercussão geral, José Miguel Garcia MEDINA, Luiz Rodrigues WAMBIER e Teresa Arruda Alvim WAMBIER (Repercussão geral e súmula

**Repercussão geral**

Emenda Constitucional n.º 45/2004

Repercussão geral: atribuição à lei

Presume-se a repercussão geral

**Repercussão geral**

Critério de exclusão

Votação de 2/3, ou seja, 8 de 11 Ministros

Deverá ser deduzida no corpo do extraordinário

Julgamento público

**Arguição de relevância**

Emenda Constitucional n.º 1/1969

Relevância da questão federal: atribuição do Supremo Tribunal Federal

Presume-se não relevante o tema federal

**Arguição de relevância**

Critério de inclusão

Votação de 4 de 11 Ministros

Incidente processual, julgado por instrumento e passível de deserção

Sessão secreta de julgamento<sup>459</sup>


---

vinculante – relevantes novidades trazidas pela Emenda Constitucional 45/2004, in: Fábio Cardoso MACHADO e Rafael Bicca MACHADO (Coords.), **A reforma do poder judiciário**, Quartier Latin, 2006, p. 424) foram enfáticos: nos termos do § 3º que a Emenda acrescentou ao art. 102 da Constituição, “o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso. Ou seja, precisará o recorrente demonstrar que o tema discutido no recurso tem uma relevância que transcende aquela do caso concreto, revestindo-se de interesse geral, institucional, semelhantemente ao que já ocorria, no passado, quando vigorava no sistema processual brasileiro, o instituto da arguição de relevância.”

<sup>459</sup> Interessante – e preocupante – a observação de Cândido Rangel DANAMARCO (**Op. cit.**): “já se antevê, porém, que as decisões sobre repercussão geral deverão ser tomadas em Plenário, porque de outro modo não se poderia chegar aos dois terços indicados na Constituição. Já era assim ao tempo da *arquição de relevância*, a cujo respeito o Plenário decidia em *conselho*, ou seja, a portas fechadas e portanto sem publicidade; nos fins da vigência daquela exigência regimental, houve uma sessão em que foram julgadas quase três centenas de arguições e, num tempo *record* de quarenta minutos, todas foram *devidamente* rejeitadas. Esperemos, pois, o pior, quanto ao destino de nossos recursos extraordinários.”

Necessidade de decisão motivada

Desnecessidade de decisão motivada

Matéria constitucional

Matéria federal *infraconstitucional*

No ordenamento constitucional anterior, o recurso extraordinário somente seria analisado se o recorrente comprovasse que a matéria nele versada era relevante.

Todavia, a argüição de relevância ocupava-se do recurso extraordinário que versasse sobre aplicação de lei federal, o que, no antigo, regime era possível.

A concepção do que seria considerado como relevante, para fins de admissão e conhecimento de recurso extraordinário, cabia ao próprio Supremo Tribunal Federal – na repercussão geral, tal desiderato pertence à lei.

Preconizando a natureza, a espécie ou o valor da causa como critérios, a Constituição Federal de 1967 (com a redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional n.º 1/69) imputava ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal o regramento do assunto.

Seguiu-se a aprovação da Emenda Regimental n.º 3, de 12 de junho de 1975, por meio da qual o Supremo Tribunal Federal regrou a argüição de relevância, para fins de recurso extraordinário interposto para o exame da aplicação de lei federal.

Houve críticas na época, mormente a respeito da própria constitucionalidade da medida, uma vez que havia um certo descompasso entre a previsão constitucional e a disciplina regimental que o Supremo Tribunal Federal veio a estabelecer.

É que não se cogitava de *relevância* no texto constitucional, senão de *natureza*, *espécie* ou *valor* como critérios de admissibilidade de recurso extraordinário interposto para o exame da aplicação de lei federal.



Mercê (sobretudo) da alegação de inconstitucionalidade que pairava sobre aquele formato dado pelo Supremo Tribunal Federal, finalmente a questão foi resolvida, pelo menos do ponto de vista formal – remanescendo críticas a respeito da arbitrariedade que sempre cercou aquele instituto – com a Emenda Constitucional n.º 7/77, que introduziu, de forma expressa, a relevância como critério passível de exame, pelo Supremo, para a admissão daquele antigo extraordinário.

Com tais esclarecimentos a respeito da argüição de relevância do direito anterior, é possível dizer que a atual repercussão tem naquele instituto suas raízes no direito pátrio<sup>460</sup>. Sobreleva destacar, todavia, inclusive em razão das diferenças apontadas acima, como também por força do próprio sistema e regime de Governo, que a repercussão geral é, sob o ponto de vista político, um instrumento da democracia (ou, quando menos, do Estado de Direito), enquanto aquele outro, o da argüição de relevância, prestava favor ao autoritarismo; e, do ponto de vista eminentemente jurídico – talvez como decorrência do aspecto político –, se a argüição padecia de constitucionalidade, a repercussão atende fielmente as nossas disposições constitucionais.

Se alguns vierem a considerá-la um mal – com o que não podemos, a esta altura, concordar –, todos devemos considerar que ele, em tudo e por tudo, seja necessário.

---

<sup>460</sup> Arruda ALVIM (**Op. et. loc. cit.**) pareceu dar pouca importância à discussão sobre ser a repercussão geral uma nova argüição de relevância; preocupou-se mais com pontos de maior relevo, mormente a disciplina do instituto. É por isto que em seu texto trata como equivalentes as expressões argüição de relevância e interesse geral: “o signatário destas linhas, há quase duas décadas, e, sucessivamente, procurou estudar detidamente o assunto atinente àquilo que, entre nós, foi designado como relevância (hoje denominada de repercussão geral) da então questão federal no recurso extraordinário e, atualmente, questão constitucional. Em outro trabalho que publicou no ano de 1991 pensava também, e continua a pensar favoravelmente a respeito da adoção da relevância (= repercussão geral) também ao recurso especial, tendo, então, escrito: “ainda que entre nós dependa de reforma constitucional [ou seja, alteração da Constituição de 1988], parece-nos que o caminho adequado seria o restabelecimento da argüição de relevância (=repercussão geral), para as finalidades colimadas pela atividade judicante do STJ”.

### 2.3 A repercussão geral e o *Writ of Certiorari* do direito norte-americano

Dentro do propósito de evidenciar estudo do direito estrangeiro relacionado ao tema da repercussão geral, foi possível a este candidato obter da Professora TONI M. FINE, da Fordham Law School sua apresentação intitulada *Writ of Certiorari in the Supreme Court of the U.S.*, que foi realizada em São Paulo em curso promovido pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, à qual tivemos a honra de assistir. Contatos por *e mail* entre este candidato e mencionada professora possibilitaram-nos receber o material eletronicamente, que, na sua essência e com nossa tradução vai a seguir exposto. Antes, o necessário agradecimento à colaboração da professora norte-americana, franqueando seu estudo para pudesse ser mais completo o nosso trabalho: do somatório do conhecimento dela com os nossos esforços, ganha fôlego a dissertação, que traz viva e presente experiência estrangeira em assunto correlato ao do nosso exame. Em linhas gerais e de acordo com a tradução livre que fizemos do trabalho da professora TONI FINE, podemos destacar:

- a) A Suprema Corte dos Estados Unidos é a maior autoridade judicial nos E.U.A, cabendo-lhe em última instância analisar e interpretar as leis federais aplicáveis no território norte-americano.
- b) Foi criada pelo artigo 3º da Constituição.
- c) É composta por nove membros, que são nomeados pelo Presidente da República mediante confirmação do Senado.
- d) Possui competência originária, conforme as partes envolvidas no litígio; e jurisdição recursal, na qual se inclui a petição de *writ of certiorari*.
- e) O *writ of certiorari* pode ser usado tanto quando terminada a relação jurídica-processual nas instâncias originária e recursal, quanto – a despeito do

juízo destas – for caso de avocação do assunto para exame e decisão diretamente pela Suprema Corte (embora de certa forma haja resistência para a adoção desta possibilidade).

- f) Tal como no Brasil seja o Supremo Tribunal Federal (e os Tribunais Superiores), a Suprema Corte dos Estados Unidos não tem por objetivo senão a interpretação do direito, refugindo à sua análise mera interpretação e reexame de fatos e, bem ainda, a distribuição da justiça – do que se ocupam os demais graus jurisdicionais. Lá como aqui, há a divisão doutrinária da teoria do processo objetivo – contraposto às lides subjetiva e particularmente consideradas, como sejam as decisões que são proferidas até o julgamento de recurso de apelação e seus derivados recursos, embargos de declaração e embargos infringentes, ou mesmo quando Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça analisam e julgam recursos ordinários (equivalentes, nas palavras já reproduzidas de NELSON LUIZ PINTO, à apelação) ou as causas de suas respectivas e originárias competências.
- g) A tônica para o cabimento do *writ of certiorari* é a importância da questão federal nele versada, de sorte que mesmo em se tratando de uma questão federal que receba diferentes interpretações nas Cortes estaduais, nem por isto – se relevante não for para os Estados Unidos – a questão há de ser resolvida pela Suprema Corte americana.
- h) Em linhas gerais, a importância do tema de direito federal que pode ensejar o exame da Suprema Corte pela via do *writ of certiorari* pode ser assim definida:
- i) derradeiro recurso em causas envolvendo direito federal e divergência de entendimento entre Cortes estaduais; ii) ter a decisão sobre caso de importância desatendido regras do próprio sistema judiciário, ensejando a supervisão da

Suprema Corte; iii) a questão federal seja de tal forma relevante e importante que, só por isto, demanda a análise da Suprema Corte (nesse mesmo sentido, cabe o *writ of certiorari* também quando a decisão da Corte inferior tenha o condão de provocar repercussão nacional, em sendo relevante a matéria); (iv) ter a decisão da Corte estadual conflitado com decisão da Suprema Corte.

- i) A recusa do *writ of certiorari* geralmente ocorre nas seguintes hipóteses: i) quando tenha por pressuposto a correção de erro de julgamento, consistente na má avaliação, aplicação ou interpretação da lei; b) quando a questão não seja importante ou relevante; c) quando se trate de caso sem importância nacional; d) quando o peticionário não possuir legitimidade para levantar a questão.
- j) Embora haja volume de petições apresentadas, é residual o número de casos aceitos pela Suprema Corte americana.
- k) Existe prazo certo para a apreciação do assunto, embora a regra seja discricionária. Isto justifica-se em função seja da necessidade de exame rápido da questão versada no *writ of certiorari*, que, como visto, há de ser relevante para os Estados Unidos, seja em função do diminuto número de casos examinados, pois, se há uma barreira de exame, este menor volume exige rápida resposta.
- l) O *writ of certiorari* há de ser proposto pelas partes envolvidas; admite, contudo, a participação de terceiros – tal como aqui no Brasil se passa com a figura do *amicus curiae*.
- m) Existem regras formais a serem observadas na propositura do *writ of certiorari*, dentre as quais: i) concisão, de sorte que as questões submetidas ao exame da Suprema Corte sejam expostas de forma resumida, atendendo-se às circunstâncias do caso e sem que haja a colocação de detalhes desnecessários à

sua compreensão; ii) apenas estas questões são examinadas pela Suprema Corte (no que parece haver uma diferença com o sistema brasileiro, segundo o qual ultrapassada a barreira da admissão, o tribunal aplica o direito à espécie); iii) há previsão de oferta de quesitos, colocados sob a forma de perguntas; elas – contudo – a) devem ser curtas e diretas, não podendo ser argumentativas ou repetitivas; e b) devem ser resumidas, mas devem abranger suficientemente o caso, incorporando de maneira satisfatória a maioria dos tópicos complementares ao caso.

- n) O conteúdo das petições de *writ of certiorari* deve abranger (i) a lista das partes interessadas; (ii) o sumário, para o caso de a petição ter excedido cinco páginas (1500 palavras); e (iii) as citações e devidos créditos das opiniões, pareceres e doutrina que constem do caso.
- o) É possível ou mesmo necessário que na petição de *writ of certiorari* seja acrescido apêndice, contendo: (i) julgamentos e todas as opiniões, correlatos, precedentes e demais itens de pesquisa que tenham identidade com o caso e que possam ser levados em consideração pela Suprema Corte; (ii) qualquer informação considerada relevante para o exame da Suprema Corte; e (iii) qualquer outro conteúdo que, na visão do peticionário, possa colaborar para o exame do assunto.
- p) Há o limite de tamanho para as petições de *writ of certiorari*, que não pode ultrapassar 9000 palavras; assim como há necessidade de pagamento de taxa, como fosse o preparo no Brasil, orçado em U\$ 300 – mas que pode não ser exigido, dependendo do caso.
- q) A própria Suprema Corte – a exemplo do que se possa dizer dos verbetes sumulares no Brasil, ou mesmo disposições regimetais *lato e stricto sensu*, no

âmbito do Supremo Tribunal Federal – explicita advertências que, se não observadas, ensejam o não conhecimento do *writ of certiorari*: (i) a petição deve ser resumida e breve, feita em termos simples e não deve exceder o número de palavras ou o número de páginas pré-determinado; e (ii) a incapacidade de apresentar adequadamente os fatos que são essenciais para o caso com clareza e de maneira resumida e sucinta são razões suficientes para a petição ser negada.

- r) É possível que se estabeleça resposta à petição de *writ of certiorari*, colocando-se os pontos principais da questão em evidência, também de forma resumida, sendo escrita de maneira clara e breve e em termos simples e diretos.
- s) Dentre as principais alegações da resposta (oposição) ao *writ of certiorari* podemos destacar: (i) a demonstração, via argumentos válidos, diretos e objetivos, do descabimento e para sua negação; (ii) indicação de erro contido na petição de *writ of certiorari* que possa induzir em erro a Suprema Corte; deve-se ponderar que cabe ao advogado, quando da oposição, evidenciar todos seus argumentos pois (o que parece ser uma espécie de preclusão consumativa – ou temporal, se *in albis* transcorrido o prazo) não poderá fazê-lo em outra oportunidade.
- t) Também é facultado a terceiros responder a oposição, por escrito e observado o limite de tamanho, que é – para este caso – de 3000 palavras.
- u) Embora acima se tenha afirmado haver uma espécie de preclusão no processamento de *writ of certiorari* perante a Suprema Corte dos Estados Unidos, isto não exclui a possibilidade de novos argumentos serem deduzidos de forma suplementar; esses novos argumentos – deduzíveis enquanto aberto o caso – podem ser evidências, casos, legislação ou qualquer fundamento

*superveniente* que possa influenciar a decisão da Suprema Corte. É importante considerar que apenas são admitidos *argumentos novos*, não havendo espaço para discussão que já antes poderia ter sido levada a efeito.

- v) O procedimento do *writ of certiorari* é bem definido. Dentro de uma evolução histórica do instituto, pode-se dizer que, originalmente, fora concebido sob o formato de haver a discussão das respectivas petições em sessão plenária de julgamento, cabendo ao Presidente resumir cada um dos casos. No ano 1935, o Presidente Hughes instituiu a chamada *dead list* (lista de morte), contendo os casos que não seriam objeto de deliberação pela Suprema Corte. Hoje, tem-se adotado a técnica da utilização de assistentes judiciais dos juízes da Suprema Corte, a quem cabe um relato e resumo do caso para posterior deliberação. Como registro histórico, cabe dizer que a função de assistente de membro da Suprema Corte é dos cargos mais disputados no meio jurídico norte-americano, sendo selecionados já em faculdades de direito os melhores alunos para tal mister.
- w) Esta participação dos assistentes na seleção de casos e seus respectivos resumos, para posterior deliberação dos membros da Suprema Corte – sistema inicialmente pensado e introduzido na Suprema Corte americana, em 1972, pelo Juiz Powell – ajudou a diminuir a quantidade de processos parados, aguardando exame. Atualmente, com exceção do Juiz STEVENS, todos os demais adotam este procedimento.
- x) Existe uma lista de discussão, distribuída ao tribunal pelo presidente (embora os juízes possam acrescentar outros).

- y) Os julgamentos são realizados de forma privada pela Suprema Corte, que passa a discutir os casos listados iniciando-se a discussão pelo presidente e seguindo aos demais por ordem decrescente de ingresso na Corte.
- z) É adotada para a votação *the rule of four* – a regra dos quatro – segundo a qual (embora não escrita, mas incorporada pela prática) bastam 4 (quatro) votos, entre o todo de 9 (nove), para a concessão *do writ of certiorari*.
- aa) As principais expressões usadas pela Suprema Corte são as seguintes: i) *the writ is hereby granted* – o mandado é concedido; ii) *the writ is hereby denied* – o mandado é negado.
- bb) A concessão do *writ of certiorari* enseja a designação de audiência para a sustentação oral das razões das partes envolvidas ou interessadas.
- cc) A recusa do *writ of certiorari* possibilita ainda pedido da parte ou de interessado para audiência; este pedido, contudo: i) muito raramente é deferido; ii) precisa ser feito em até 25 dias da recusa do *writ of certiorari*; iii) pode ser feito apenas para a revisão das circunstâncias que não tenham sido previamente consideradas.

## 2.4 Natureza jurídica da repercussão geral

A repercussão geral é, sem dúvida alguma, *requisito de admissibilidade* do recurso extraordinário<sup>461</sup>. Não o é, todavia, para o recurso especial, muito embora talvez fosse

---

<sup>461</sup> São muitas e corretas as críticas negativas, no sentido de que o instituto deveria alcançar também o recurso especial. José Miguel Garcia MEDINA, Luiz Rodrigues WAMBIER e Teresa Arruda Alvim WAMBIER (**Op. et. loc. cit.**, pp. 424-425) fizeram-na: “é surpreendente todavia que tenha entendido o legislador constitucional deverem-se distinguir questões relevantes das não relevantes, no plano do direito constitucional e não no plano da lei federal, como se tudo que constasse da lei federal fosse relevante. Desconhecemos inteiramente as razões que podem ter levado a que se chegasse a esse incompreensível resultado final na redação da Constituição Federal, embora seja de se supor que a exclusão do STJ do sistema de repercussão esteja ligada à



mais adequado iniciar a repercussão geral pelo Superior Tribunal de Justiça<sup>462-463</sup>, a pretexto de ser mais nobre, por assim dizer, o ordenamento constitucional que o federal de natureza *infraconstitucional*. É que o novo – ainda que nem tão novo assim – traz sempre ínsita a rejeição<sup>464-465</sup>.

Sobre a circunstância de a repercussão geral ser requisito de admissibilidade<sup>466-</sup>

<sup>467</sup> do recurso extraordinário, valem as doutrinas de MEDINA, WAMBIER e WAMBIER<sup>468</sup>,

inexorabilidade do exercício de uma certa função ‘controladora’, pelo STJ, em relação aos Tribunais de segundo grau de jurisdição. É possível que, no futuro, tendo sucesso o Conselho Nacional de Justiça como órgão cuja função precípua é realmente a de controlar o exercício da atividade dos juízes, em todo o país, possa o STJ retomar, por assim dizer, seu papel natural.”

<sup>462</sup> Demonstrando de certa forma uma inversão de valores, Candido Rangel DINAMARCO (**Op. et. loc. cit.**) encontrou espaço para dizer que o sistema da argüição de relevância tinha quanto ao objeto (nele, recurso extraordinário voltado para o exame do direito federal) exatamente propósito inverso ao atual: “a argüição de relevância era exigida pelo art. 308 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (red. ER n. 3, de 12.6.75), o qual por sua vez estava autorizado pela Constituição então vigente a complementar a disciplina constitucional dos requisitos de admissibilidade do recurso extraordinário (Const-67, red. EC n. 1, art. 118, § 1º). Mas, diferentemente do que sucede agora, só o recurso extraordinário fundado em matéria *infraconstitucional* estava condicionado a tal pressuposto e não o que fosse interposto com fundamento de infração à Constituição Federal (naquele tempo, inexistente o recurso especial, o recurso extraordinário versava tanto matéria constitucional como *infraconstitucional*); e hoje se dá exatamente o contrário, porque o recurso em matéria *infraconstitucional* não depende de repercussão geral (o recurso especial) e o recurso em matéria constitucional, sim (o recurso extraordinário).”

<sup>463</sup> Arruda ALVIM (**Op. et. loc. cit.**) não chega a dizer que o assunto devesse ter começado pelo Superior Tribunal de Justiça. Mas critica a falta do mesmo instituto para o recurso especial: “o que pode causar espécie é que – numa comparação com a ilimitação do cabimento de recursos especiais, desde que configuradas as respectivas hipóteses de enquadramento na Constituição Federal – no plano do direito constitucional brasileiro haja questões constitucionais que não provoquem repercussão geral, ao passo que, no patamar relativo às questões legais de direito federal, todas elas provocam ou provocariam essa repercussão, a partir do critério que não resultou instituído – ou, ainda não resultou instituído – esse sistema, ou análogo, para o Superior Tribunal de Justiça. Ao menos pela diversidade de tratamento pelo legislador constitucional, pode-se concluir desta forma. A crítica à instituição da repercussão geral, para o Supremo Tribunal Federal, não procede; mas, o que, em nosso sentir, tem procedência é a não adoção de igual sistema para o Superior Tribunal de Justiça.”

<sup>464</sup> Rodrigo BARIONI (O recurso extraordinário e as questões constitucionais de repercussão geral, in: Teresa Arruda Alvim WAMBIER, Luiz Rodrigues WAMBIER, Luiz Manoel GOMES JR., Octavio Campos FISCHER e Willian Santos FERREIRA, **Reforma do Poder Judiciário...cit.**, p. 721) propôs, corretamente e como paliativo, “admitir como preenchido o requisito da repercussão geral nos moldes da alínea c do recurso especial, vale dizer, quando houver divergência sobre a aplicação da Constituição Federal pelos Tribunais de Justiça ou Regionais Federais”; isto, porque tem ele razão ao expor o receio (do qual comungamos) de que possam haver decisões conflitantes convalidadas, à ausência da repercussão geral da matéria constitucional.

<sup>465</sup> A boa, crítica e por vezes irônica literatura de Lima BARRETO adverte: “o que não se pode compreender é esse horror por tudo que é idéia nova”. (Crônica “Negócio de maximalismo”, publicada pela primeira vez em **Careta**, edição de 20 de setembro de 1919; constante da coletânea de suas melhores crônicas (Afonso Henriques de Lima BARRETO, *Toda Crônica*, v. II, apresentação e notas de Beatriz Resende, organização de Rachel Valença, Rio de Janeiro, Agir, 2004, p. 21).

<sup>466</sup> Arruda ALVIM (**Op. et. loc. cit.**) explica em detalhes que este juízo de admissibilidade em razão da repercussão geral é de cunho político, não se confundindo, tecnicamente, com aquele outro já conhecido: “o exame da repercussão geral deverá ser prévio à admissibilidade, propriamente dita, ou à admissibilidade em sentido técnico, como assunto preliminar, já quando e dentro do âmbito do julgamento do recurso. A presença da repercussão geral, em certo sentido, é também submetida a um exame de caráter político (não é ato de julgamento, por isso que a deliberação não tem caráter jurisdicional); esse exame não deixa de ser uma ‘forma de

segundo quem “a repercussão geral pode ser considerada um novo requisito para a admissibilidade do recurso extraordinário”; de CLEIDE KASMIERSKI<sup>469</sup>, para quem “o constituinte delineou contornos do novo pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário: o recorrente deverá demonstrar na petição recursal que as questões constitucionais debatidas têm repercussão geral”; e, entre outros, LUIZ MANOEL GOMES JUNIOR<sup>470</sup>, que afirma ser o “instituto da repercussão (...) um pressuposto recursal específico, ou seja, determinado recurso extraordinário somente poderá ser analisado em seu mérito se a matéria nele contida apresentar o que se deva entender como dotada de repercussão geral. Ausente a repercussão geral, não há como haver qualquer incursão no mérito do recurso”.

Diante de tais considerações e em razão, sobretudo, da redação e opção do legislador reformista, é correto dizer que não se deva conhecer recurso extraordinário no qual a maioria absoluta dos Ministros do Supremo Tribunal Federal entenda não haver repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, ou seja, ainda que patente o conhecimento por qualquer uma das alíneas do permissivo em que interposto o recurso. A

---

admissibilidade’, mas previamente à possibilidade de julgamento e apenas em função de reconhecimento pelo Tribunal, através de pronunciamento de caráter político interpretativo do sentido de repercussão geral, para a hipótese. Constatada a presença da repercussão geral que se encontre agregada à questão constitucional objeto do recurso, ‘admitindo o recurso’; de resto, o próprio texto refere-se a que o Tribunal procederá à admissão do recurso, usando o verbo admitir. Não reconhecida a repercussão geral, não se julgará o recurso extraordinário. Mas essa deliberação preliminar – admissão – é inconfundível, conquanto haja alguma similitude, com a admissibilidade propriamente dita (com a verificação do cabimento/enquadramento do recurso nas hipóteses do art. 102 da Constituição Federal e legislação ordinária), a qual é juízo preambular já dentro do procedimento do julgamento do recurso. Esta última será feita à luz do preenchimento dos requisitos constitucionais e legais de cabimento do recurso extraordinário, porque aquela será uma ‘admissibilidade’ à luz do texto constitucional e da lei que virá a ser editada, regulamentando o § 3º, inserido no art. 102 da Constituição Federal. A ‘admissibilidade em função da presença da repercussão geral’ será informada por um critério principalmente político, guiado nos parâmetros do § 3º do art. 102 da Constituição Federal e da lei que virá a ser regulamentadora da matéria, ainda que, em nosso sentir, esta deverá deixar intocado o conceito vago de repercussão geral. Não tem influência na admissão, propriamente dita do recurso, e, nem afeta o julgamento de mérito do recurso. Ao reverso, se se admitir o recurso em nome da repercussão geral, mas se este não superar o juízo de admissibilidade, em si mesmo, apesar de ter sido reconhecida a repercussão, o recurso deverá resultar inadmitido ou não cabível.”

<sup>467</sup> André Ramos TAVARES (**Op. et. loc. cit.**) sustenta que seria uma condição especial de admissibilidade, tendo escrito: “quanto à tramitação do recurso extraordinário, não parece que haja qualquer razão para sua modificação. A única novidade, consistente na exigência de que o recorrente demonstre a repercussão geral da questão constitucional presente e discutida em seu caso concreto, deverá ser feita, evidentemente, no corpo do próprio recurso, como uma condição especial de admissibilidade do mesmo.”

<sup>468</sup> **Op. et. loc. cit.**

<sup>469</sup> **Op. et. loc. cit.**

<sup>470</sup> O recurso extraordinário e a repercussão geral da questão constitucional, in: **Reforma do judiciário – análise...cit.**

recíporca também se faz verdadeira: se – por hipótese – versar questão constitucional dotada e, como tal, declarada de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal, o recurso extraordinário somente poderá ser julgado se preenchidos os demais requisitos de admissibilidade, que, naturalmente, remanesçam válidos e exigíveis; aliás, é bom que se diga desde logo: também os óbices sumulares, pelo menos em sua maioria e como regra, continuam válidos e da mesma forma podem vetar exame de recurso extraordinário, a despeito de ele – eventualmente – versar questão constitucional com repercussão geral aceita e assim dita pelo Supremo Tribunal Federal. Por exemplo, para ambos os casos, tanto o da validade dos demais requisitos de admissão, quanto de óbice sumular, se determinado recurso extraordinário versar questão constitucional (por hipótese) tributária que tenha repercussão geral, não será admitido – embora – se não estiver esta questão prequestionada naquela relação jurídica-processual. Voltaremos ao tema com mais profundidade quando do exame da lei e da emenda regimental que regram e disciplinam a repercussão geral da questão constitucional nele versada como requisito de admissibilidade especial do recurso extraordinário. Oportunidade em que proporemos, ainda, uma seqüência lógica de exames de admissibilidade, uma vez que parcela da doutrina tem dito ser a repercussão geral um pré-requisito de admissibilidade. Não custa lembrar que o exame da admissão do recurso extraordinário é duplo: o provisório, feito pelos tribunais e juízos de interposição; e o definido, de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal. Deve-se adiantar que esta bi-partição de competências entre os tribunais e juízos de interposição e o Supremo Tribunal Federal não alcança o requisito da repercussão geral, posto ser ele de alçada exclusiva do juízo definitivo de admissão, na Corte Suprema verificado.

Por opção legislativa, que qualificou a repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, acórdãos que em tese ofendam a Constituição Federal passarão a ser toleráveis pelo sistema, desde que a questão constitucional neles tratada

seja considerada desprovida de repercussão geral pela maioria absoluta dos ministros do Supremo Tribunal Federal<sup>471</sup>.

Ser a repercussão geral (novo e especial) requisito de admissibilidade de recurso extraordinário, aliás, decorre da própria redação do § 3º do art. 102 da Constituição Federal:

“Art. 102.

§ 3º. No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da Lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros”

Assim, pela própria redação do dispositivo constitucional *a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso* pode-se compreender que a natureza jurídica da repercussão geral da questão constitucional seja, para o recurso extraordinário, requisito de admissibilidade. No mais, a locução *podendo recusá-lo*, constante do novo texto constitucional – e versando sobre a repercussão geral –, segundo alguns, deixa evidente que a mesma é presumida.

## **2.5 Forma e conteúdo da arguição da preliminar de repercussão geral**

O recurso extraordinário deverá ser interposto no Tribunal *a quo*, sendo dirigido ao Presidente ou Vice-Presidente, conforme disposição regimental. Observe-se, contudo, que mesmo interposto à presidência, se for caso regimental de competência do vice, o recurso será processado.

---

<sup>471</sup> Sobre o tema, Arruda ALVIM (**Op. et. loc. cit.**) esclareceu: “a expressão ‘repercussão geral’ significa praticamente a colocação de um filtro ou de um divisor de águas em relação à possibilidade de cabimento do recurso extraordinário, viabilizando-se que o Supremo Tribunal Federal, uma vez instalado o regime da EC 45/04, só venha a julgar recursos extraordinários na medida em que tenham repercussão geral, deixando sempre de julgar os recursos que não sejam dotados dessa repercussão, ainda que formal e substancialmente pudessem ser aptos à admissão e ao julgamento, inclusive mesmo julgamento favorável.”

Logo após a petição de interposição do recurso – aquela na qual o recorrente leva ao conhecimento do juízo *a quo* a efetivação de sua intenção recursal –, deverá o recorrente deduzir preliminar de demonstração da repercussão geral, isto é, antes de deduzir as matérias elencadas nos incisos I, II e III do art. 541 do Código de Processo Civil; deverá desde logo e sob pena de não conhecimento demonstrar que o seu recurso extraordinário trata de questão constitucional de repercussão geral. A própria lei – falaremos – adotou este posicionamento.

A preliminar demonstrará minuciosamente que a questão constitucional versada no recurso extraordinário é dotada de repercussão geral.

Mas em que circunstâncias a matéria tratada no extraordinário é de repercussão geral?

Em primeiro lugar, a resposta pela negativa: o que não é de repercussão geral. Todas as causas (leia-se recursos extraordinários) que se voltem para os interesses privados e particulares das partes envolvidas na relação jurídica-processual, não repercutindo senão a elas, deverão ser entendidas como órfãs deste novo requisito de admissibilidade do recurso extraordinário<sup>472</sup>.

Dito isto, convém, mesmo que de forma antecipada, dizer que nem a emenda constitucional, nem a lei ou a emenda regimental editadas para reger o instituto da repercussão geral têm por propósito trazer o conceito do que venha a ser considerada matéria de repercussão geral sobre o tema constitucional versado em determinado recurso extraordinário.

---

<sup>472</sup> O que se afirma com apoio em Arruda ALVIM (**Op. et. loc. cit.**): “numa leitura que procure extrair o significado oposto ao de repercussão geral no caso, há de afirmar-se que a repercussão do julgamento de um recurso extraordinário que diga respeito unicamente aos litigantes e que se esgote no âmbito do processo, precisamente por isso, é carecedora desse requisito.”

A par de não ser função legislativa a conceituação de institutos, ainda menos quando se trata de contingências jurídico-processuais de inerente vaguidade. Di-lo – ainda *de lege ferenda* e com razão – ARRUDA ALVIM<sup>473</sup>:

“(…) a utilização das expressões repercussão geral, está, em si mesma, carregada intencionalmente de vaguidade. A regulamentação pela lei ordinária deverá disciplinar o instituto, mas não deverá acabar, propriamente, por definir inteiramente, ou não, o que é repercussão geral, dado que, se o fizesse, sem deixar espaço para o STF, certamente acabaria por engessar o sentido do texto constitucional”.

É interessante notar que ARRUDA ALVIM destaca o “reconhecimento da repercussão geral não como ato de julgamento, senão que é ato de avaliação política<sup>474</sup>, prévio à possibilidade de admissão do recurso extraordinário”.

A partir do exame caso-a-caso que o Supremo Tribunal Federal vier a fazer sobre o instituto, é que poderão ser lançados os alicerces do que venha a ser entendido, tanto na teoria, quanto na prática, matéria constitucional dotada de repercussão geral. Mais adiante, este trabalho terá a oportunidade de comentar as primeiras decisões do Supremo Tribunal Federal sobre repercussão geral – ocasião em que haverá críticas de conteúdo negativo ao formato inicial adotado pelo Supremo Tribunal Federal para o desempenho de tão relevante mister.

Aqui, se antes a contribuição era dos advogados para argumentar a caracterização da repercussão geral, serão os ministros do Supremo Tribunal Federal os

---

<sup>473</sup> **Op. et. loc. cit.**

<sup>474</sup> E, em sendo ato de avaliação política, duas de nossas posições adotadas neste trabalho acabam sendo ratificadas: primeiro, que é irrecurável, senão por embargos (mantida nossa ressalva quanto à natureza jurídica não recursal dos declaratórios, mesmo que dotados, em certos casos, de efeitos modificativos), uma vez que não é dotado de forma jurisdicional (v. Arruda ALVIM); e, segundo, que admite o aditamento, por assim dizer, dos elementos de convencimento do Tribunal quanto à repercussão geral em si da matéria constitucional debatida no extraordinário.

principais atores desta trama: a partir de suas ponderações, construir-se-á toda uma teoria da repercussão geral no direito brasileiro.<sup>475</sup>

Dito isto à guisa de introdução, cumpre-nos examinar com afinco a expressão *repercussão geral*. E, nesse sentido, devemos iniciar com um paralelo entre ela e a expressão *argüição de relevância*, já mencionada e praticada sob a égide constitucional anterior como instituto de barragem do recurso extraordinário.

A Constituição de 1967 (art. 119, § único, III) estabelecia que o Supremo Tribunal Federal pudesse estabelecer, por seu Regimento Interno, critérios para a admissão do recurso extraordinário fundado nas letras *a* e *d* do permissivo constitucional, como visto acima.

Dentre os critérios possíveis, a Emenda Constitucional n.º 1/69 estabeleceu a natureza, a espécie e o valor pecuniário da causa. Em razão desta previsão constitucional, o Supremo Tribunal Federal instituiu a argüição de relevância da questão federal enquanto requisito de admissibilidade do recurso extraordinário para tema de natureza legal. A posição adotada pelo Pretório Excelso, por meio da Emenda Regimental n.º 3, de 12 de junho de 1975, enfrentou à época diversos questionamentos a respeito de sua constitucionalidade, pois que, como menciona ANDRÉ RAMOS TAVARES<sup>476</sup>:

“(...) ao tempo de sua vigência, a Emenda regimental 3 teve sua constitucionalidade questionada. Muito autores, como Machado (1968:58), consideravam exorbitante a imposição. Isto porque o permissivo constitucional que demandava norma regimental jamais se referiu à relevância da questão (suscitada no processo) como critério (exigência) válido a ser considerado pelo regimento, mas apenas aos três referidos (natureza, espécie ou valor)”.

---

<sup>475</sup> Mais uma vez, e no ponto, Arruda ALVIM (**Op. et. loc. cit.**): “por se tratar de interpretação e aplicação de um conceito vago, é preciso ter consciência de que como conceito vago se carece – pela própria intenção do Legislador – de uma descrição completa do conteúdo ou dos elementos definitórios da conduta do ‘modelo normativo’, e, ter presente que a riqueza, fertilidade e variedade das hipóteses nele compreendidas defluiu da sua legítima e duradoura utilização. Os casos que venham a ser julgados, como já dito, representarão o enriquecimento e a decantação do que se abriga debaixo do conceito vago de repercussão geral.”

<sup>476</sup> **Op. et. loc. cit.**

Por isto, a Emenda Constitucional n.º 7/77 alterou o art. 119 da referida Constituição Federal de modo a introduzir no texto constitucional, de forma expressa, o instituto da argüição de relevância da questão federal tratada no recurso extraordinário, como que referendando o posicionamento do Supremo Tribunal Federal e, como diz ANDRÉ RAMOS TAVARES:

“(…) superando o impasse (formal) em torno da ‘relevância da questão federal’ prevendo-a, textualmente, ao promover a alteração do art. 119 da Constituição do Brasil, quando transferiu o parágrafo único para § 1º, passando este a dispor: ‘As causas a que se refere o item III, alíneas a e d, deste artigo, serão indicadas pelo Supremo Tribunal Federal, no regimento interno, que atenderá à sua natureza, espécie, valor pecuniário e relevância da questão federal’”.

Assim, e agora estando autorizado constitucionalmente – o que nem por isto poupou o instituto da argüição de relevância da questão federal de críticas de caráter negativo –, o Supremo Tribunal Federal delimitou, na parte final do art. 327 do seu Regimento Interno, o que se entenderia por questão federal relevante para fins de recurso extraordinário: “(…) entende-se relevante a questão federal que, pelos reflexos na ordem jurídica, e considerados os aspectos morais, econômicos, políticos ou sociais da causa, exigir a apreciação do recurso extraordinário pelo Tribunal”.

Os critérios (ou aspectos, para manter a terminologia do texto regimental) a partir dos quais podia o Supremo Tribunal Federal, na vigência da Constituição de 1967, deixar de julgar um recurso extraordinário fundado nas letras *a* e *d* do permissivo de então, em razão da não relevância da questão federal nele versado, eram morais, econômicos, políticos ou sociais, sempre atendidos, na forma do texto constitucional, a natureza, a espécie e o valor pecuniário da causa.

Em linhas gerais, era assim que estava desenhada a relevância da questão federal no antigo recurso extraordinário.



Revigorado ou não o instituto com a Emenda Constitucional n.º 45/2004<sup>477</sup>, o fato é que hoje o recurso extraordinário deverá superar o requisito da repercussão geral para ser julgado pelo órgão do Supremo Tribunal Federal competente para fazê-lo (isto é, preferencialmente a Turma, mas excepcionalmente o Relator, monocraticamente)<sup>478</sup>.

Genericamente observada – e no esteio de seu objetivo – a repercussão geral, disse-o ANDRÉ RAMOS TAVARES:

“(...) com referência seca à ‘repercussão geral’ não se poderá, aqui, indicar, topicamente, os casos em que a mesma estará necessariamente presente. Apenas se podem projetar alguns critérios e diretrizes que balizarão as decisões do Supremo Tribunal Federal nesse ponto, como a já referida idéia de ‘interesse público’. Deverá essa expressão compreender a temática que afete um grande número de pessoas (Bianchi, 1994:184); que trata de ‘assuntos significativos’ (Morello, 1997:4); que possua um significado geral, socialmente relevante; que transcenda os interesses egoísticos e pessoais das partes processuais envolvidas; que tenha ‘repercussão considerável sobre o conjunto do ordenamento jurídico e político’ (Favoreu, 1997:103). Aliás, a última referência, que é o conceito de Favoreu sobre a atividade de um verdadeiro Tribunal Constitucional, bem oferece a dimensão almejada pela Reforma neste particular: contribuir na transformação do Supremo Tribunal Federal em Tribunal Constitucional”.

Desta maneira, o exame do que venha a ser repercussão geral, no âmbito doutrinário, precisa levar em consideração que a reforma constitucional pretendeu – e nos parece que isto seja inequívoco, com suporte na doutrina de ANDRÉ RAMOS TAVARES – modificar a própria essência do Supremo Tribunal Federal, transformando-o num Tribunal

---

<sup>477</sup> Sobre o tema, mais uma posição, a de Arruda ALVIM (**Op. et. loc. cit.**): “por tais razões, diz-se que a exigência da repercussão geral poderia ser um retorno da argüição de relevância, guardadas as significativas diferenças, em especial porque as decisões declarando ou não a relevância da questão federal não eram motivadas e a sessão era secreta, o que hoje é inadmissível dada a publicidade e a motivação das decisões, nos termos dos arts. 5º, inc., LX e 93, IX, da Constituição.”

<sup>478</sup> O que nos autoriza a sustentar a posição segundo a qual, quando o Plenário estiver examinado a repercussão geral, não poderá aproveitar para julgar o mérito do recurso extraordinário. A indagação que se faz é se, a despeito de não poder julgar o mérito, possa o Plenário examinar os demais outros requisitos de admissibilidade do extraordinário. Voltaremos ao tema oportunamente, mas já adiantamos posição no sentido de que, em regra – e salvo se a questão surgir naquele momento – não poderia o Pleno, ou não lhe seria recomendável (pois poder, pode, já que a admissibilidade por ser examinada a qualquer momento) que o fizesse, devendo-se centrar na repercussão geral, tema em si só complexo e importante, que demandará firme posicionamento do Tribunal. Tanto mais porque irrecorrível a decisão, salvo por embargos (mantemos nossa ressalva quanto à natureza jurídica dos declaratórios). E fazemos a crítica negativa da forma como vem sendo examinada a repercussão geral, nestas primeiras decisões do Supremo Tribunal Federal: o debate eletrônico, não realizado em sessão pública de julgamento e com pouca fundamentação.

Constitucional, ou, quando menos – e isto também é irrecusável, aliás mais facilmente –, filtrar causas que o Supremo Tribunal Federal precise analisar via recurso extraordinário.

Fixadas ambas as premissas, passaremos, agora, a expor e comentar algumas posições doutrinárias a respeito do conceito, ou quando não, do alcance da expressão *repercussão geral da questão constitucional* enquanto requisito especial de admissibilidade do recurso extraordinário, pós Emenda Constitucional n.º 45/2004 – ainda sem analisar os contornos dados pela lei e pelo regimento interno do Supremo Tribunal Federal.

ARNOLD WALD estabelece que:

“(...) a apreciação (da repercussão geral) não deve ser exclusivamente política ou econômica mas também social e jurídica. Trata-se de um critério que tem objetividade e que existe na maioria das legislações estrangeiras em relação aos tribunais superiores, permitindo a redução do atual número de processos que congestionam a Justiça e ensejando um julgamento mais rápido [uma vez que, ainda segundo o doutrinador] no regime federativo, só as questões de maior vulto, devem ser examinadas pelo STF, exaurindo-se o julgamento das demais cortes locais”<sup>479</sup>.

FREDIE DIDIER JUNIOR ainda *de lege ferenda* dizia:

“É possível vislumbrar, porém, alguns parâmetros para a definição do que seja ‘repercussão geral’, embora a delimitação do conceito venha a ser feita por lei federal: i) Questões constitucionais que sirvam de fundamento a demandas múltiplas, como aquelas relacionadas a questões previdenciárias ou tributárias, em que diversos demandantes fazem pedidos semelhantes, baseados na mesma tese jurídica. Por conta disso, é possível pressupor que, em causas coletivas que versem sobre temas constitucionais, haverá a tal ‘repercussão geral’ que se exige para o cabimento do recurso extraordinário. ii) Questões que, em razão da sua magnitude constitucional, devem ser examinadas pelo STF em controle difuso da constitucionalidade, como aquelas que dizem respeito à correta interpretação/aplicação dos direitos fundamentais, que traduzem um conjunto de valores básicos que servem de esteio a toda ordem jurídica – dimensão objetiva dos direitos fundamentais”<sup>480</sup>.

---

<sup>479</sup> Eficiência Judiciária E Segurança Jurídica: a racionalização da legislação brasileira e reforma do Poder Judiciário, in: **Reforma do Judiciário...cit.**, p. 63. No mesmo sentido, Ives Gandra da Silva MARTINS (**Op. et. loc. cit.**): “no regime federativo, os tribunais superiores não se destinam a corrigir todas as eventuais falhas dos tribunais estaduais ou regionais, cabendo-lhes a função de salvaguardar a aplicação do texto constitucional, uniformizar a jurisprudência e intervir nos casos de decisões aberrantes ou iníquas.”

<sup>480</sup> **Op. et. loc. cit.** Ainda que o citado professor baiano tenha defendido a tese segundo a qual a arguição de relevância do direito anterior e a repercussão geral do atual não se confundam, ele mesmo citou a doutrina de Barbosa MOREIRA sobre a antiga arguição de relevância logo após vislumbrar os parâmetros para a definição do que seja repercussão geral, dando a entender que ainda hoje aqueles parâmetros possam ser úteis. Esta mera admissão é suficiente para dizer que a arguição de relevância e a repercussão geral não sejam assim tão e

Em linhas gerais, as ponderações de FREDIE DIDIER JUNIOR são oportunas. O único senão que se lhe permitimos observar atine à *natureza absoluta* que o autor parece ter conferido à repercussão geral nas causas coletivas, dando a entender, como está escrito, que toda causa coletiva que versar sobre tema constitucional será de repercussão geral. Aliás – observaremos – boa parte da doutrina assim se posiciona.

E isto porque entendemos que nem sempre será assim – ou, em outras palavras, advogando a tese de que para a ciência jurídica não existam situações absolutas (direito, valor, princípio *etc.*) –, de igual forma entendemos ser preciso admitir, pelo menos no campo da possibilidade, a existência de uma demanda coletiva versando sobre matéria constitucional que, ainda assim, por não preenchimento da repercussão geral, não enseje o exame do Supremo Tribunal Federal pela via do recurso extraordinário.

Só para se ter uma idéia da impossibilidade, no caso, de se ter como absoluto o cumprimento do requisito da relevância geral em casos de discussão constitucional em ação coletiva, basta ver que até mesmo o aspecto formal<sup>481</sup> poderá objetar o exame do extraordinário quando, por exemplo, deixar o recorrente de suscitar em preliminar a matéria.

É certo que as ações coletivas têm *potencialidade* maior para a verificação da repercussão geral, o que emana de sua própria natureza; contudo, a exemplo do comentário sobre a concepção de FREDIE DIDIER JUNIOR, não podemos ter como absoluto que todas

---

absolutamente distantes. Parece ser mesmo um retorno, ainda que com outra formatação jurídica, como por todos o disse André Ramos TAVARES (**Op. et. loc. cit.**).

<sup>481</sup> Não admitir este raciocínio é o mesmo que dizer que toda ação coletiva que verse sobre tema constitucional, em caso de perda pelo titular, poderá, só por ser pública e constitucional a matéria, ensejar o exame pelo Supremo Tribunal Federal mesmo que o recurso tenha deficiências formais que impeçam a sua análise.

as ações coletivas, só porque assim o são, ensejariam repercussão geral da matéria constitucional, dando vazão ao extraordinário<sup>482</sup>.

Dado haver em doutrina uma tendência muito forte no sentido de considerar *a priori*<sup>483</sup> as ações coletivas que tratem de matéria constitucional como dotadas de repercussão geral – e, portanto, tornando aptos os recursos extraordinários a elas concernentes – entendemos oportuno demonstrar o desacerto desta posição.

As ações coletivas no direito brasileiro são a ação civil pública, o mandado de segurança coletivo e as ações previstas no Código de Defesa do Consumidor (arts. 81 a 104).

A previsão de acionamento coletivo decorre do direito assegurado pelo inciso XXXV, do art. 5º da Constituição Federal, pois “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Segundo NERY e NERY<sup>484</sup>, “todos têm acesso à justiça para postular tutela jurisdicional preventiva ou reparatória de um direito individual, coletivo ou difuso. Ter direito constitucional de ação significa poder deduzir pretensão em juízo e também poder dela defender-se”.

---

<sup>482</sup> Pondere-se, no entanto, que André Ramos TAVARES (**Op. et. loc. cit.**) aduz que, “em outros casos, parece que se deverá considerar presente, necessariamente, a repercussão geral, como nas ações coletivas com discussão constitucional.” A utilização do advérbio de modo dá a entender que tratar-se-ia, ao contrário do que sustentamos, de hipótese de natureza absoluta da existência de repercussão geral, a ação coletiva versando tema constitucional.

<sup>483</sup> Adiante, traremos acórdão pioneiro do Supremo Tribunal Federal (Rel. Ministro Sepúlveda PERTENCE) contendo as diretrizes da repercussão geral na jurisprudência brasileira. Ali, dentre outras considerações, foi afastada a existência *a priori* de repercussão geral nas causas criminais (aliás, assentou-se que também no recurso extraordinário criminal se há que exigir a repercussão geral da questão constitucional nele versada como requisito de admissibilidade, nada obstante a lei ter alterado o processo civil – não o penal); da mesma forma que a natureza criminal do direito versado não leva necessariamente à verificação da repercussão geral da matéria constitucional, assim o fato de ser coletiva a ação também não é critério exclusivo (quando muito há de se situar no campo da probabilidade) para a aferição do novo requisito de admissibilidade do recurso extraordinário.

<sup>484</sup> **Constituição...cit.**, p. 131.

Ainda segundo NELSON e ROSA NERY – e é de todo conveniente para o exame do assunto tratado nesta parte da dissertação –, “a garantia do direito de ação abrange não só os direitos individuais, como também a tutela jurisdicional dos interesses difusos e coletivos”<sup>485</sup>.

Como decorrência desta previsão constitucional do direito de ação (aqui, no particular do autor), pode então a defesa de direito coletivo ser feita por meio de ação civil pública, pelas ações previstas no Código de Defesa do Consumidor (arts. 81 a 104) e por meio do mandado de segurança coletivo.

Para a propositura de ação civil pública, aponta a lei como legitimados o Ministério Público, a União, os Estados, os Municípios, autarquia, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista ou associação (art. 5 da Lei Federal n.º 7.347/1985); o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano (letras *a* e *b*, do inciso LXX, do art. 5º, da Constituição Federal); as ações coletivas previstas no Código de Defesa do Consumidor poderão, a seu turno, ser ajuizadas pelo Ministério Público, a União, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal, as entidades ou órgão da Administração Pública direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos pelo próprio CDC protegidos e as associações legalmente constituídas há pelo menos 1 (um) ano e que incluam nos seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos pelo CDC (art. 82 do Código de Defesa do Consumidor).

De forma a demonstrar que nem toda ação coletiva que venha a versar sobre matéria constitucional será *a priori* causa para recurso extraordinário apto – por ser a questão

---

<sup>485</sup> **Idem, ibidem.**

constitucional dotada de repercussão geral –, deve-se examinar o tratamento legislativo dado à legitimidade das associações para a propositura da ação civil pública e das ações previstas no Código de Defesa do Consumidor.

A despeito da duvidosa constitucionalidade do requisito do prazo anual, é certo que as associações poderão ajuizar ação civil pública ou as ações previstas no Código de Defesa do Consumidor se e quando (i) houver autorização assemblear, (ii) houver pertinência temática e (iii) estiver constituída há pelo menos 1 (um) ano.

Mas tanto na Lei da Ação Civil Pública, quanto no Código de Defesa do Consumidor existe a possibilidade da dispensa do requisito do prazo anual de constituição da associação, de modo a lhe ser possível ajuizar uma ou outra demanda, “quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou relevância do bem jurídico a ser protegido”. Se bem que *manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano e relevância do bem jurídico a ser protegido* não necessariamente sejam o conceito de repercussão geral – mas que há uma ligação entre os termos, não há dúvida – pode-se dizer que mesmo os direitos coletivos são classificados em *mais* ou *menos* relevantes; com *mais* ou *menos* repercussão (aí, necessariamente geral), a ponto de ter o legislador previsto que as associações com menos de ano de existência poderiam defender direito coletivo dotado de maior *repercussão*, sendo, nesta hipótese, dispensada do requisito da pré-constituição.

Ao ter previsto a hipótese da dispensa do prazo anual de constituição para que então pudesse a associação defender, senão por meio de ação civil pública, via tutela prevista no Código de Defesa do Consumidor, direito coletivo, o legislador classificou em “mais” ou “menos” relevante o próprio direito coletivo a ser tutelado. E se assim o fez, é porque nem

todo o direito coletivo, só por ter esta natureza, por si só e *a priori*, seja importante para o Direito.

Estamos aqui equiparando – para os fins demonstrar que nem toda a ação coletiva será dotada de matéria constitucional de repercussão geral – a importância do direito coletivo tratado em dada ação à *repercussão geral* do tema constitucional nele versado. Significa dizer que se há ações que não dispensam o prazo anual de constituição da associação para que figure no pólo ativo, haverá também aquelas não dotadas de repercussão geral para fins de cabimento de recurso extraordinário.

Feito o esclarecimento e fixado nosso ponto de vista a respeito de não ser absoluta a existência de repercussão geral mesmo nas ações coletivas - ou, por hipótese, tributárias – passemos ao registro das principais posições doutrinárias sobre o alcance do instituto da repercussão geral como novo e especial requisito de admissibilidade do recurso extraordinário.

## Segundo JOSÉ AUGUSTO DELGADO

“(…) podem ser consideradas como tendo repercussão geral, conforme anota a doutrina, as seguintes questões constitucionais:

- a) a discussão sobre a inconstitucionalidade de determinado tributo;
- b) a causa onde está sendo discutida a liberdade de expressão;
- c) lides que discutam o sistema financeiro da habitação;
- d) questões relativas à privatização de serviços públicos essenciais;
- e) debates sobre litígios que influenciem relações com Estados estrangeiros ou organismos internacionais;
- f) ações onde sejam discutidos aspectos determinantes da aquisição de direito adquirido e que tenham repercussão em outras relações jurídicas de igual contextura;
- g) o direito à clonagem;
- h) os debates sobre o meio ambiente;
- i) o problema do aborto quando o ser, por consciência médica, não tem condições de sobrevivência (o caso do feto sem cabeça)
- j) outros que representem repercussão de ordem econômica, financeira, moral, social, política, de soberania nacional, de valorização da dignidade humana, de

prestígio à cidadania, de proteção ao trabalho, de guarda e saúde e outros direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal”<sup>486</sup>.

Procurando trazer subsídios para o entendimento do que venha a ser repercussão geral, LUIZ MANOEL GOMES JUNIOR pondera que:

“(…) haverá repercussão em determinada causa/questão quando os reflexos<sup>487</sup> da decisão a ser prolatada não se limitarem apenas aos litigantes mas, também, à coletividade. Não necessariamente a toda coletividade (país), mas de uma forma não individual”.

Depois, sugere o autor:

“(…) algumas situações (que) podem ser indicadas (para sinalizar matérias dotadas de repercussão geral):

a) reflexos econômicos: quando a decisão possuir potencial de criar um precedente, outorgando um direito que pode ser reivindicado por um número considerável de pessoas (alterações nos critérios para se considerar a correção monetária dos salários de determinada categoria, p.ex.)

b) quando presente relevante interesse social: que tem uma vinculação ao conceito de interesse público em seu sentido lato, ligado a uma noção de ‘bem comum’. Apontar algumas situações de fato, inclusive nas quais se reconheceu a legitimidade do Ministério Público para a defesa de interesses individuais homogêneos, pode ser útil, todas dotadas de repercussão social:

b.1) aumento de mensalidades escolares;

b.2) questões vinculadas ao Programa do Crédito Educativo;

b.3) nulidade de cláusula de instrumento de compra e venda, inclusive proibindo a sua utilização nos contratos futuros;

b.4) defesa de trabalhadores de minas que atuavam em condições insalubres;

b.5) proteção do direito ao recebimento do salário mínimo por servidores municipais;

b.6) aumento das mensalidades dos planos de saúde;

b.7) ausência de discriminação das ligações interurbanas em apenas um único município;

---

<sup>486</sup> **Op. et. loc. cit.**

<sup>487</sup> Se bem que os reflexos da decisão a ser prolatada atingirão as partes, e não – pelo menos não diretamente – pessoas que não participem da lide, salvo se declarada a inconstitucionalidade de lei ou outro ato normativo do Poder Público a ser extirpado do ordenamento na forma constitucional ou se, firmada a jurisprudência, consolidar-se em verbete da súmula. (**Op. et. loc. cit.**).



b.8) objetivando a regularização de loteamentos urbanos destinados a moradias populares.

c) reflexos políticos: na hipótese de decisão que altere a política econômica ou alguma diretriz governamental de qualquer das esferas de governo (Municipal, Estadual ou Federal) ou que deixe de aplicar tratado internacional;

d) reflexos sociais: existirão quando a decisão deferir um direito ou indeferi-lo e essa mesma decisão vier a alterar a situação de fato de várias pessoas. Nas Ações Coletivas, a regra é que sempre, em princípio, haverá repercussão geral a justificar o acesso ao Supremo Tribunal Federal, considerando a amplitude da decisão, claro, se a questão possuir natureza constitucional;

e) reflexos jurídicos: esse é um requisito relevante, sob vários aspectos. Haverá repercussão quando a decisão atacada no recurso extraordinário estiver em desconformidade com o que já decidido pelo Supremo Tribunal Federal (jurisprudência dominante ou sumulada). Se o papel do Supremo Tribunal Federal é uniformizar a interpretação, da Constituição, decisões contrárias ao seu entendimento não podem ser mantidas. Deve ser, também, considerado juridicamente relevante, com repercussão, quando a interpretação adotada pela decisão recorrida for aberrante ou absurda, por exemplo, quando evidentemente contrária ao texto constitucional<sup>488</sup>.

A professora paranaense CLEIDE KAZMIERSKI, após analisar o assunto sob a ótica do pensamento tópico e com interessantes anotações doutrinárias de TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR<sup>489</sup>, PAULO ROBERTO SOARES MENDONÇA<sup>490</sup> e ALAOR CAFFÉ ALVES<sup>491</sup>:

“(...) não se pode partir da cômoda assertiva de que a mera alegação da existência de interesse público do caso sempre caracteriza a repercussão geral. Esta afirmativa isoladamente não caminhará um passo em direção ao objetivo do instituto já que interesse público é também conceito vago. Diversamente ocorrerá se os argumentos alinhavados sustentarem a argüição de efetivo interesse público e efetiva repercussão geral”.

---

<sup>488</sup> **Idem, ibidem.**

<sup>489</sup> A autora diz o seguinte: “defende-se aqui o emprego da tópica partindo-se das lições de Tércio Sampaio Ferraz Junior para quem o pensamento jurídico é tópico-sistemático; para o autor a tópica é uma técnica de pensamento que se orienta para problemas; e, assim, é muito mais estilo de pensar já que permite a abordagem de problemas, que se constituem ponto de partida e ponto de chegada, do que um método em si. Leciona o autor que ‘pensar topicamente significa manter princípios, conceitos, postulados com caráter problemáticos visto que jamais perdem sua qualidade de tentativa.”

<sup>490</sup> Cleide KAZMIERSKI continua dizendo que a adoção do pensamento tópico na hermenêutica constitucional objetiva dar prioridade ao estudo de um processo argumentativo do âmbito dos intérpretes da Constituição Federal. Sob este enfoque, Paulo Roberto Soares Mendonça analisou a construção tópica do direito pelo Supremo Tribunal Federal e concluiu que ‘os raciocínios tópicos são inerentes à prática jurídica como um todo, desde o juízo singular até os colegiados dos tribunais (...)’ (**Idem, ibidem**).

<sup>491</sup> Por fim, são anotações de KAZMIERSKI as ponderações sobre o que Alaôr Caffé ALVES escreveu: “Alaôr Caffé Alves, ao escrever sobre o pensamento tópico-argumentativo registra que ‘a tópica, a arte de pensar mediante problemas, é exatamente a reflexão para a descoberta e a justificação de premissas’. ‘(...) Se é isso, e porque tratamos de condutas sociais, humanas, altamente complexas, então essas premissas devem ser procuradas, buscadas, avaliadas e achadas de conformidade com as situações contingentes e sempre novas. Há sempre uma ‘inventio’, e aí está a diferença entre o silogismo apodítico tópico, científico, e o silogismo da tópica, da retórica, da oratória” (**Idem, ibidem**).

Ato contínuo, continua a citada autora, agora listando assuntos potencialmente dotados de repercussão geral:

“(…) contextualizando-se a matéria constitucional à realidade atual, não se pode negar que algumas situações se caracterizam pela repercussão geral (social, política ou econômica) de forma mais evidente do que outras, sendo exemplos: a) ações coletivas em geral (mandado de segurança, ação popular, ação civil pública); e, mais especialmente, b) transgênicos (o cultivo, a manipulação, a importação, a industrialização e a comercialização de organismos geneticamente modificados); meio ambiente; d) fornecimento de medicamento de elevado custo pelos entes federativos, além da denominada reserva possível; e) planos de saúde e aumento abusivo de mensalidades; f) políticas públicas; g) grande parte das questões tributárias”<sup>492</sup>.

Ainda segundo a referida doutrinadora:

“(…) outro critério que não pode ser visto de forma absoluta é o do número de litigantes, sob pena de ter que se reconhecer que sempre que houver litisconsórcio ativo ou passivo haveria repercussão geral. Repise-se que transcender o individual não significa, necessariamente, alcançar um número elevado de pessoas; ou melhor, o litisconsórcio, por si, não configura, sempre, repercussão geral”<sup>493</sup>.

Por fim, ela diz que:

“(…) é preciso reconhecer, também, que haverá circunstâncias em que a advocacia privada terá maiores dificuldades em demonstrar a repercussão geral da matéria constitucional ventilada no recurso extraordinário do que a advocacia pública, dada a natureza das causas; e aqui, sim, certamente um dos fundamentos à demonstração da repercussão geral será o da existência de interesse público, demonstrado à luz de um caso concreto”<sup>494</sup>.

Consubstanciado no seu conceito de que “relevância é a importância do julgamento do recurso para a nação, para o público”, EDUARDO CHEMALE SELISTRE PEÑA entende que “a questão deve ser suficientemente significativa para justificar uma nova revisão, não bastando mais o interesse das partes interessadas”<sup>495</sup>.

---

<sup>492</sup> **Idem, ibidem.**

<sup>493</sup> **Idem, ibidem.**

<sup>494</sup> **Idem, ibidem.**

<sup>495</sup> Breve Contribuição à Reforma do Judiciário: a inclusão do requisito da relevância para a redução do volume de processos no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, in: **Reforma do Judiciário...cit.**, p. 137.

E arremata dizendo que “o interesse público é, assim, o índice mais seguro para se determinar a relevância da questão suscitada”<sup>496</sup>.

Em artigo escrito em conjunto, MEDINA, WAMBIER e WAMBIER entendem que os critérios a orientar a identificação de uma questão de *repercussão geral* possam ser, por exemplo, “os de ordem econômica, social, política, e mesmo jurídica, no sentido estrito”.

Prosseguem dizendo que:

“A repercussão geral jurídica no sentido estrito existiria, por exemplo, quando se estivesse em jogo o conceito ou a noção de um instituto básico do nosso direito, de molde a que aquela decisão, se subsistisse, pudesse significar perigoso e relevante precedente, como, por exemplo, o de direito adquirido.

Relevância social haveria, numa ação em que se discutissem problemas relativos à escola, à moradia ou mesmo à legitimidade do MP para a propositura de certas ações.

Pensamos, aliás, que essa repercussão geral deverá ser pressuposta em um número considerável de ações coletivas, só pelo fato de serem coletivas. Repercussão econômica haveria em ações que discutissem, por exemplo, o sistema financeiro da habitação ou a privatização de serviços públicos essenciais, como a telefonia, o saneamento básico, a infra-estrutura etc. Repercussão política haveria, quando, por exemplo, de uma causa pudesse emergir decisão capaz de influenciar relações com Estados estrangeiros ou organismos internacionais”<sup>497</sup>.

Em sua obra versando sobre os recursos extraordinário e especial<sup>498</sup>, MANCUSO examinou o texto do § 3º, do art. 102 da Constituição Federal, para, no particular do alcance da expressão *repercussão geral*, mencionar, dentre outras coisas, que:

(i) A ‘repercussão geral’ é conceito vago, indeterminado, plurívoco ou polissêmico, e justamente por isso o constituinte revisor houve por bem relegar à lei a tarefa de dar-lhe maior congregação.

(ii) (...) parece razoável entender-se que um tema jurídico, uma vez prequestionado e submetido ao STF por meio de recurso extraordinário, apresentará repercussão geral quando sua resolução for além do interesse direto e imediato das partes<sup>499</sup>, assim

---

<sup>496</sup> **Idem, ibidem.**

<sup>497</sup> **Op. et. loc. cit.**

<sup>498</sup> **Recursos...cit.**

<sup>499</sup> O próprio autor trata de complementar a idéia: “Esse ‘ir além’ do interesse direto e imediato de recorrente e recorrido é, de resto, uma básica característica dos recurso de estrito direito, por isso mesmo ditos

transcedendo-o, para alcançar, em maior ou menor dimensão ou intensidade, um expressivo segmento da coletividade (v.g., oferta gratuita de medicação, pela rede pública, aos HIV soro-positivos pobres); ou um dado setor produtivo (v.g., proibição de carne por suspeita de febre aftosa); ou mesmo, a inteira coletividade (v.g., comercialização de produto geneticamente modificado).

(iii) Para a tarefa legislativa de fixar critérios ou subsídios preordenados à configuração de uma ‘questão constitucional de repercussão geral’, poderão ter utilidade os elementos constantes do PL 3.267/2000, voltado a dar concreção ao pré-requisito da transcendência, necessário à admissibilidade da revista trabalhista (CLT, art. 869-A). Tal projeto prevê quatro modalidades ou tipos de transcendência: (i) jurídica (‘o desrespeito patente a direitos humanos fundamentais ou aos interesses coletivos indisponíveis, com comprometimento da segurança e estabilidade das relações jurídicas’); (ii) política (‘o desrespeito notório ao princípio federativo ou à harmonia dos Poderes constituídos’); (iii) social (‘a existência de situação extraordinária de discriminação, de comprometimento do mercado de trabalho ou de perturbação notável à harmonia entre capital e trabalho’); (iv) econômica (‘a ressonância de vulto da causa em relação a entidade de direito público ou economia nacional, no segmento produtivo ou no desenvolvimento regular da atividade empresarial’).

(iv) O fato de a repercussão ter que ser geral não há de significar, necessariamente, que ele fique jungida aos temas de âmbito nacional, bastando observar, de um lado, que os interesses metaindividuais (portanto, transcendentais!) compreendem, também, os danos de âmbito regional e local (Lei 8.078/90, art. 93 e incisos c/c art. 81, § único e incisos), e, de outro lado, é possível o manejo de arguição de descumprimento de preceito fundamental junto ao STF, ‘quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluído os anteriores à Constituição (CF, art. 102, § 1º; Lei 9.822/99, art. 1º, § único, I.

(v) Dado que a infringência ao enunciado de uma súmula vinculante (ou sua aplicação indevida), por um ato da Administração Pública ou por uma decisão judicial, que leva à anulação da primeira e à cassação da segunda (§ 3º, do art. 103-A), parece razoável que – mesmo fora dos lindes da reclamação (CF, art. 102, I, I) –, uma vez prequestionados tais erros in procedendo no bojo do recurso extraordinário, tal seja suficiente para o reconhecimento da repercussão geral na questão constitucional debatida, até porque a finalidade básica da súmula vinculante é, justamente, operar como paradigma jurisprudencial pan-processual, para o Judiciário e a Administração Pública, buscando prevenir ‘grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica’ (§ 1º, do art. 103-A).

---

excepcionais, permitindo hoje falar-se numa objetivação do recurso extraordinário, por isso que nele sobreleva a finalidade de interesse público, sem embargo de que o STF, ao decidir o mérito do recurso, deflagra o efeito substitutivo (CPC, art. 512), assim ‘aplicando o direito à espécie’: RISTF, art. 324” (**op. cit.**).

## 2.6 A concepção de repercussão geral: considerações anteriores à edição da lei

A repercussão geral será disciplinada por lei; no entanto, não será papel legislativo delimitar as hipóteses de ocorrência de repercussão geral das matérias constitucionais, nem as hipóteses em que não se a tenha.

O legislador deverá ditar o procedimento<sup>500</sup> da repercussão geral, isto é, como deva ser argüida, como se fará o seu exame e, sobretudo, a disciplina a respeito da uniformização do entendimento (político) do Supremo Tribunal Federal sobre determinado tema constitucional.

Não se coaduna com a pretensão constitucional deixar ao alvedrio do legislador ordinário dizer o que teria ou não repercussão geral para fins de admissão de recurso extraordinário, uma vez que este julgamento é político e exclusivo do Supremo Tribunal Federal.

É o Tribunal (Plenário do Supremo Tribunal Federal) quem dirá se a matéria constitucional versada no recurso extraordinário tem ou não repercussão geral, e não o legislador.

O que a lei poderá fazer é disciplinar circunstâncias abstratas e genéricas onde, em razão de atributos sociais *lato sensu*, oriente a função política-judicante do Supremo Tribunal Federal quando do exame da repercussão geral.

É por isto que, alhures, dissemos que nem toda a ação pública que versar sobre matéria constitucional ensejará exame pela via do recurso extraordinário.

---

<sup>500</sup> É o que *de lege ferenda* dizia Arruda ALVIM (**op. et. loc. cit.**): “(...) tudo indica que a disciplina à lei ordinária deve ser de caráter procedimental”.

A expressão *repercussão geral* não está adstrita tão e somente ao aspecto quantitativo dos destinatários de uma norma reputada inconstitucional – ou de uma decisão sobre constitucionalidade que lhe possa alcançar do ponto de vista metaprocessual – ; está adstrita, e estamos certos disto, ao aspecto qualitativo do direito, à sua envergadura social, em uma palavra, à sua relevância.

E quem dirá sobre a real necessidade do exame de um tema constitucional, ainda que potencialmente deduzido, como na hipótese de se tratar de uma questão tributária, ou de uma ação coletiva, é o Supremo Tribunal Federal.

Nem *repercussão geral*, enquanto requisito de admissibilidade de recurso extraordinário, nem o Plenário do Supremo Tribunal Federal estão adstritos a pré-conceitos como os acima mencionados (matéria tributária e ação coletiva) para se ter como aceito o exame da controvérsia constitucional.

Quer-se dizer, mais claramente que, mesmo se se tratar de questão tributária ou de ação coletiva, para ficar nos 2 (dois) dos mais comuns casos que a doutrina tem dito que venham a ser de *repercussão geral*, nem por isto o Plenário do Supremo Tribunal Federal deixará de brechar a admissão do extraordinário, se motivadamente disser que, a despeito de ser lide tributária ou coletiva, seriam uma e outra desprovidas de *repercussão geral* sob o ponto de vista político que conduzirá o exame do assunto.

Assim, assiste razão a ARRUDA ALVIM ao dizer que:

“(...) não nos parece que o legislador ordinário haja de regulamentar a *repercussão geral*, em si mesma, e, conforme o faça, poderia mesmo resvalar para inconstitucionalidade, na medida em que viesse a atrofiar o significado constitucional de *repercussão geral*”<sup>501</sup>.

---

<sup>501</sup> Fredie DIDIER JR. manifesta-se no mesmo sentido: “o texto constitucional prescreve que o conteúdo normativo do que seja ‘*repercussão geral*’ deva ser delimitado por lei federal – enquanto não sobrevier lei, o

Malgrado a impossibilidade de legislação ordinária disciplinar ponto-a-ponto as matérias de repercussão geral para fins de cabimento de recurso extraordinário, pena de vício de inconstitucionalidade por afronta ao § 3º, do art. 102 da Constituição Federal – de modo que não lhe seja dado listar os temas que porventura fossem ou deixassem de ser de repercussão geral (não admitida sequer a lista exemplificativa) –, sobreleva ressaltar que, se assim se verificar, evidentemente não estaria o Supremo Tribunal Federal adstrito a seguir, nem proibido de deixar de aplicar, a legislação federal que mal formulada assim viria (digo agora, *de lege lata*, viesse).

Por hipótese, admita-se que a lei ordinária liste assuntos constitucionais de repercussão geral e outros que não a tenham, para fins de recurso extraordinário. Tanto poderá o Supremo Tribunal Federal não admitir recurso que verse sobre tema *aceito* pela lei, como poderá examinar extraordinário que trate de tema *não aceito* pela legislação.

Que fique claro: não é tarefa do legislador dizer qual assunto seja de repercussão geral, senão ao Supremo e em exame político da matéria.

Mas, não se está livre do risco do legislador avançar em matéria que lhe seja defesa. Por isto, ARRUDA ALVIM com propriedade, ensina que, se isto acontecer, (...) parece-nos que se deveria deixar uma válvula de escape plena para o STF, para, mesmo em face de definição negativa, admitir num dado caso a repercussão geral, pois, do contrário, a norma ordinária estaria limitando a norma constitucional”<sup>502</sup>.

Em última análise, e de acordo com ARRUDA ALVIM, talvez a solução devesse ter sido outra:

---

requisito não é exigível. Trata-se, então, de conceito aberto, a ser preenchido por norma infraconstitucional – que certamente conterà outros conceitos jurídicos indeterminados, para que se confira maior elasticidade na interpretação dessa exigência, que, afinal, terá a sua exata dimensão delimitada pela interpretação constitucional que fizer o Supremo Tribunal Federal” (**op. et. loc. cit.**).

<sup>502</sup> **Idem, ibidem.**

“(…) não nos parece que a dependência de lei ordinária tenha sido a melhor solução. No direito norte-americano aceita-se que a Suprema Corte ‘é o melhor juiz de quais casos [para serem por ela escolhidos], a partir de milhares que lhe são trazidos anualmente’”. E, no direito argentino, pelo art. 280, do seu Código de Processo Civil para a Nação, é suficiente para afastar a gravidade institucional ‘(…) la sola invocación de esta norma (...)’<sup>503</sup>.

Prevalecerá – e tem mesmo que prevalecer – o exame do Supremo Tribunal Federal à disposição da Lei ordinária, que, se se distanciar do aspecto procedimental para avançar em terreno proibido de classificar casos de repercussão e casos de não repercussão, tanto se terá inconstitucionalidade, quanto o Supremo não observará tal e qual listagens. Falando agora *de lege lata*, lei e regimento não incoreram neste vício.

## 2.7 O momento da arguição

A parte deverá tratar da repercussão geral na petição recursal, como preliminar do recurso, sob pena inadmissão. Embora a dissertação voltará ao assunto quando do exame da lei da repercussão geral e da emenda regimental n. 21/07 do Supremo Tribunal Federal, há importantes considerações doutrinárias – muitas delas escritas ainda *de lege ferenda* – que nos parecem adequadas mencionar.

NERY e NERY, quando comentam os incisos I, II e III do art. 541 do Código de Processo Civil, ensinam o que deve ser destacado em cada tópico: (i) na exposição do fato e do direito, “a norma exige que sejam mencionados os fatos constitutivos do pedido do recorrente, bem como as razões de direito de sua irresignação recursal”; (ii) na demonstração do cabimento do recurso, “basta o recorrente sustentar a existência dos requisitos constitucionais para o cabimento do RE ou do Resp” pois, ainda segundo eles, “a efetiva violação da CF ou da Lei federal é o mérito do recurso, que deverá ser analisado em outro

---

<sup>503</sup> **Idem, ibidem.**



tópico das razões recursais”; e (iii) nas razões do pedido de reforma da decisão recorrida, dizem eles que, “aqui sim o recorrente deverá apontar em que consistiu a ofensa à CF ou a negativa de vigência da Lei federal ou, ainda, a divergência jurisprudencial e qual é a interpretação correta da Lei federal”<sup>504</sup>.

Demais disso (e agora uma vez editada a lei) há a necessidade da demonstração da repercussão geral no bojo do recurso extraordinário (e, depois, seguramente também no especial por nova [e necessária] reforma constitucional – o que se diz *de lege ferenda*). Assim como no agravo de instrumento contra indeferimento pelo juízo *a quo*.

A repercussão geral deverá ser destacada em sede de preliminar, em tópico recursal separado. Assim é que se encaminhou o legislador, como abaixo será melhor analisado. E assim é que deve ser. Parece-nos que a advocacia e o Ministério Público tratarão de criar o formato do novo recurso extraordinário, observada a lei.

Naturalmente, em contra-razões, poderá o recorrido impugnar a existência de repercussão geral da matéria; mas não deverá fazê-lo em confusão com o mérito do recurso, quer no aspecto da forma, quer no aspecto do conteúdo.

Não há nenhum inconveniente de o recorrido deixar de impugnar a repercussão geral deduzida pelo recorrente, nem mesmo aceitá-la expressamente, pois o que nela se discute não é senão o aspecto social *lato sensu* do direito constitucional discutido, em termos de repercussão geral.

Deve-se consignar, desde logo, que a demonstração da repercussão geral não poderá ser deduzida junto ao tópico de mérito do recurso; nele, o recorrente deverá ocupar-se tão somente de demonstrar a ofensa à Constituição Federal.

---

<sup>504</sup> Código de Processo Civil...cit., p. 926.

Saber se a questão constitucional é ou não é dotada de repercussão geral é situação sobretudo diversa do mérito do recurso, isto é, não se confunde com a violação em si do texto constitucional, inclusive porque o sistema passou a admitir a hipótese de *ofensa inofensiva*<sup>505-506-507</sup> da Constituição Federal, se assim nos é permitido denominar.

Em termos de momento, a repercussão geral deverá ser suscitada quando da interposição do recurso. Daí exsurge mais uma pergunta: e se a parte não suscitar, como preliminar (colocação doutrinária ainda *de lege ferenda*, a respeito da qual voltaremos – quando falarmos *de lege lata*) a repercussão geral, poderão o juízo *a quo*, o relator no Supremo ou a Turma considerar defeituoso o recurso e não admiti-lo, cada qual em razão de sua competência?

Se o recorrente não deduzir a repercussão geral, seu recurso poderá ser obstado já no juízo *a quo*, como se intempestivo, deserto ou sem prequestionamento fosse. É a única hipótese, pelo menos no início, em que a repercussão geral pode obstar seguimento a recurso extraordinário sem que seja submetida ao crivo do Supremo Tribunal Federal, na formatação dada pela lei e pelo regimento interno, sobre o que falaremos adiante em detalhes.

Há ainda mais um item que precisa ser analisado, e ele é sobretudo interessante.

---

<sup>505</sup> Termo criado para demonstrar que a novel disciplina do recurso extraordinário, por opção do legislador, admitirá como válida decisão que, em tese, possa ter ofendido dispositivo da Constituição Federal, se esta matéria em que inserta for considerada sem repercussão geral pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sua votação mais qualificada.

<sup>506</sup> Cabe a conclusão de André Ramos TAVARES: “de todo o exposto anteriormente, conclui-se, sinteticamente, que, doravante, será possível ao Supremo Tribunal Federal selecionar as questões contidas em recursos extraordinários a serem apreciadas.” (**Op. et. loc. cit.**)

<sup>507</sup> O que não chega nem a ser problema nem muito menos a comprometer o Estado de Direito. Com razão, Eduardo Chemale Selistre PEÑA escreveu que “se a questão, segundo tais critérios, não for considerada relevante, nem por isso haverá denegação de justiça, porquanto já terá sido julgada por outro tribunal, prevalecendo sua decisão, sem comprometer a opinião do STF e STJ. Daí resulta, evidentemente, maior prestígio para os outros tribunais.” (**Op. et. loc. cit.**, p. 138).

A repercussão geral possui diversas facetas, por assim dizer. Uma delas é sem dúvida a temporal, quanto mais em se tratando de questões atinentes à constitucionalidade, quer das leis, quer das decisões judiciais, que não fazem senão aplicá-la – ainda que por analogia ou em razão dos usos e costumes, na sua ausência.

A questão que se impõe é saber se o recorrente possa trazer novos fundamentos<sup>508</sup> para a demonstração da repercussão geral que porventura venham a ocorrer no lapso entre a interposição do extraordinário e o seu julgamento, ainda que o preliminar, da repercussão geral. Não se perca de vista que este lapso temporal é de grande escala, pelo menos atualmente.

A resposta ao tempo em que não é simples, cativa o raciocínio.

Temos que sim e explicamos: tratando-se de exame de constitucionalidade (ainda que não da lei propriamente dita, mas da decisão objeto do recurso extraordinário, pois que teria ofendido a Constituição Federal), é permitido um paralelo com o processo legislativo brasileiro.

---

<sup>508</sup> Conquanto seja vedado o acesso ao Supremo Tribunal Federal para discussão de matéria de fato, por conhecidos verbetes da súmula de sua jurisprudência predominante, deve-se esclarecer que nossa posição não pretende malferir o regramento sumular consolidado. Aditar as razões recursais para tratar tão e só da preliminar da demonstração da repercussão geral nem de longe implica em reexaminar os fatos que foram tratados e decididos pelas instâncias ordinárias. É em socorro de nossa posição que buscamos os ensinamentos de Arruda ALVIM (**op. et. loc. cit.**): “na postulação pelo comparecimento da repercussão geral, poder-se-ão avaliar fatos, exatamente para evidenciar a significação desses e sua ‘repercussão geral’, mas não será possível afirmar-se que os fatos – tais como fixados na decisão recorrida – não se passaram tais como empiricamente descritos no acórdão recorrido (o que parece ter sido e estar sendo diferentemente praticado na Argentina, em nome da gravidade institucional). Por outras palavras, as restrições existentes para o recurso extraordinário, existem, também para esta postulação pela repercussão geral, dado que, essa postulação está adstrita ao âmbito e às delimitações do recurso extraordinário. O espectro da avaliação da repercussão geral está predefinido pelo do recurso ordinário. Mas, o que sempre nos pareceu correto é que, sem alteração da definição empírica do fato, mormente tratando-se de interpretação e aplicação de um conceito vago, ainda que no âmbito de um recurso extraordinário, há competência para verificar se o fato empírico está, ou se não está, abrangido pelo espectro da norma jurídica, o que, certamente, é coisa diferente de redefinir o que está definido no acórdão. Mesmo porque a repercussão geral, embora mantenha fidelidade ao recurso, expande do interesse da parte para o de um grupo maior de pessoas sobre as quais repercute aquela dada matéria constitucional.” É por isto que a repercussão é requisito especial de admissibilidade, não o mérito propriamente dito do recurso.

Sabe-se – nem é momento de fundamentação mais pormenorizada<sup>509</sup> – que a fase final do processo legislativo, onde o presidente da República sanciona a lei ou veta o projeto, passa pelo exame do interesse social de âmbito federal.

Além de verificar se o projeto é constitucional, cabe ao presidente da República analisar também se é do interesse público. Na redação do § 1º do art. 66 da Constituição Federal, está escrito que:

“Art. 66.

§ 1º. Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de 48 (quarenta e oito) horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos de veto”.

Tivemos a oportunidade de escrever algumas linhas sobre o assunto, quando do exame do veto presidencial à modificação que se implementaria na contagem dos prazos processuais, que passariam a correr apenas em dias úteis. Malgrado o veto, continuamos a defender aquela idéia<sup>510</sup>.

Pois bem, naquela oportunidade a iniciativa do projeto de lei que contemplava a modificação na forma de contagem dos prazos processuais foi de iniciativa do Executivo, pelo presidente da República (art. 61, *caput*, da CF).

O projeto, pelo menos no particular do assunto, foi à Câmara dos Deputados e ao Senado e depois voltou ao presidente da República, para fins de sanção ou veto, sem que tivesse recebido (naquele particular) qualquer alteração. Daí nos parecia, inclusive sob o ponto de vista lógico, que o presidente somente pudesse *sancionar* projeto de lei de sua

---

<sup>509</sup> No capítulo da modulação dos efeitos, contudo, voltaremos ao tema e o analisaremos com um pouco mais de profundidade.

<sup>510</sup> A impropriedade do veto presidencial quanto à projetada modificação da contagem dos prazos processuais in: Hélio Rubens Batista Ribeiro COSTA, José Horácio Halfeld Rezende RIBEIRO, Pedro da Silva DINAMARCO, **A nova etapa...cit.**, p. 423-428.

autoria não modificado, vale dizer, aprovado pelo Legislativo. Por incrível, houve veto e não sanção.

A doutrina de IVES GANDRA DA SILVA MARTINS ratificou nossa posição expressada na época, segundo a qual não poderia ter havido o veto<sup>511</sup>, senão por superveniente inconstitucionalidade e/ou contrariedade ao interesse público.

Se bem que a repercussão geral não possa ser concebida tão-só como interesse público, *mutatis mutandis*, quer nos parecer que o raciocínio do processo legislativo brasileiro possa ser transmutado para o novo recurso extraordinário.

Assim como o presidente da República pode e deve vetar projeto de lei de sua própria autoria em razão de superveniente perda de interesse público – note-se que também o processo legislativo (aliás, parece que qualquer processo leve esta sina) padece do vício da demora –, um recurso extraordinário interposto em dado cenário possa ter uma repercussão geral “mais” ou “menos” intensa quando do efetivo julgamento.

Assim, se é ônus da parte interpor o recurso extraordinário e, em preliminar, suscitar a repercussão geral, deve ser direito do recorrente, a qualquer momento, aditar a

---

<sup>511</sup> Não é, contudo, a posição de José Afonso da SILVA: “problema que pode surgir é o de saber se o Presidente da República pode vetar projeto de sua iniciativa, que não sofreu emendas. Note-se que, numa hipótese como essa, o poder de escolha do titular da iniciativa governamental foi inteiramente respeitado pelo Legislativo; vale dizer, que o conteúdo de sua vontade, expressa mediante a apresentação do projeto, não sofreu contrariedade, pelo que parece contraditório admitir-se veto em projetos assim aprovados. Realmente, temos aí duas vontades de um mesmo titular em sentido contrário. Apesar disso, entendemos que o Chefe do Executivo pode vetar projeto de sua iniciativa, totalmente, mesmo quando não tenha sofrido modificação no Legislativo. No caso, é ainda o seu poder de escolha dos interesses a serem tutelados pela ordem jurídica que justifica essa possibilidade: iniciativa governamental e seu poder de veto se fundamentam no mesmo princípio de escolha da matéria e dos interesses a ela referentes, que ele quer ver integrando ou não a ordem jurídica, mediante lei; ora, pode ocorrer que a escolha feita com o exercício do poder de iniciativa deixe de interessar a seu programa de governo no decurso de sua tramitação legislativa, sem que ele tenha possibilidade de impedir, pela retirada do projeto ou outro meio, que a proposição venha a ser adotada pelo Congresso e lhe seja apresentada para sanção. Resta-lhe, pois, um último recurso: o veto. Demais, o exercício desse poder não é limitado; pode exercê-lo sobre qualquer projeto de lei sancionável, mesmo os de sua iniciativa. Apenas, nessa altura, sua vontade, manifestada com a iniciativa, não mais é só sua, porque sobre ela já incidiu também a vontade do Legislativo, que vai confirmá-la ou não na apreciação do veto, mantendo-o ou rejeitando-o” (**Processo Constitucional...cit.**, pp. 21 e seguintes).

fundamentação preliminar do recurso para demonstrar *in concreto* e em tempo real que a matéria suscitada no recurso é de repercussão geral.

Mas não é só em razão deste paralelo traçado com o processo legislativo brasileiro que afirmamos ser direito do recorrente aditar a preliminar de repercussão geral constante do seu recurso extraordinário de forma a retratar a situação atual do tema quando do efetivo julgamento do extraordinário.

E aqui utilizaremos outro paralelo, desta feita com o já escrito – e daí decorre uma das finalidades pelas quais dedicamos um tópico do trabalho ao controle de constitucionalidade e, mais precisamente, ao art. 27 da Lei Federal n.º 9.868, de 10 de novembro de 1999<sup>512</sup>, que faculta ao Supremo Tribunal Federal, na declaração de inconstitucionalidade<sup>513</sup> de lei ou ato normativo do Poder Público na esfera federal ou estadual, restringir os efeitos desta declaração ou fixar o seu termo *a quo* – capítulo sobre a atuação do Supremo Tribunal Federal no exame de constitucionalidade de lei ou outro ato normativo do Poder Público.

---

<sup>512</sup> Trata-se da Lei Federal que “dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal”. Esta lei foi publicada no Diário Oficial da União de 11 de novembro de 1999, data em que entrou em vigor (art 31). O art. 27, já objeto do nosso estudo, tem a seguinte redação: “Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.”

<sup>513</sup> Neste trabalho, a inconstitucionalidade é tratada enquanto um fenômeno social, e não apenas jurídico. Aliás, ao fim e ao cabo, é isto que possibilitará entender o motivo pelo qual o Supremo Tribunal Federal pode, excepcionalmente, manter válida em certo período ou para determinadas situações uma lei que ele mesmo declare inconstitucional. Concordamos, no ponto, com a consideração de Paulo SEREJO, para quem “a Constituição vista pela Sociologia, pela Ciência Política, pelo Direito, ou por qualquer outra ciência não deixa de ser um conjunto de valores, que apenas passam a ser abstraídos como objeto delas, segundo se considerem as forças sociais, políticas, jurídicas, ou outras. É preciso que se tenha em mente que toda sociedade movimenta-se incessantemente e que não se convulsiona pela aceitação de princípios comuns, que lhe dão unidade e ordem. Esses princípios superiores, sabe-se que são valores e que, por isso, chocam-se algumas vezes com valores não eleitos como constitutivos da sociedade. Decorre daí, necessariamente, que em toda sociedade haverá controle das opções face àquelas primordiais, que são a sua Constituição, pelo próprio grupo social (sanção moral), quando organizações simples, seja por instituição adrede preparada, nas sociedades politicamente organizadas (sanção jurídica). Esses valores básicos são sempre conhecidos numa sociedade, de forma clara ou nebulosa. Nos Estados modernos, esses princípios básicos estão identificados na ordem jurídica, seja num texto escrito ou não. Assim, a inconstitucionalidade, antes de ser um fenômeno puramente jurídico, é um fenômeno social, que o Direito reconhece e regula” (**Op. cit.**).

Se ao Supremo Tribunal Federal é conferida a possibilidade jurídica de restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade de lei ou de outro ato normativo do Poder Público, ou mesmo de fixar o termo *a quo* dos efeitos da declaração de contrariedade à Constituição Federal, por outros motivos, também em razão do momento histórico-social (v. item específico deste trabalho), quer nos parecer que ao atributo sócio-temporal tenha se dado envergadura distinta em nosso ordenamento jurídico.

Orientados por interpretação lógica-sistemática, defendemos aqui a aplicação do conceito: o momento social-federativo é importante tanto para a fixação do termo *a quo* da inconstitucionalidade ou para que se restrinjam seus efeitos, como o é para autorizar o aditamento da preliminar de repercussão geral de modo que o recorrente possa retratar o estágio e a necessidade social para quando do julgamento do extraordinário, e não aquele que existia quando da interposição do recurso.

É porque a repercussão geral pode estar muito mais evidenciada no julgamento, que na interposição do extraordinário – mormente porque, entre um e outro, *muita água passa por debaixo da ponte*, como se diz em linguagem popular.

Assim, o momento da argüição da repercussão geral é o da interposição do recurso; todavia – e sem afastar o ônus da demonstração da repercussão quando da interposição recursal, em preliminar, e sem ofender a verificação de preclusão consumativa que ocorre com o seu protocolo –, é conveniente que se oportunize ao recorrente o “aditamento” de sua preliminar, de modo que o Supremo Tribunal Federal possa analisá-la sob o atual influxo histórico-social, não de anos atrás.

É porque, o que era de repercussão geral, pode ter se tornado muito mais<sup>514</sup>.

Não é demais lembrar a experiência norte-americana, que permite adendos às petições de *certiorari*, sem prejuízo da verificação da preclusão – e, portanto, desde que sejam fundamentos *novos e supervenientes*.

Embora aqui e ali esta parte da dissertação esteja se valendo – para justificar a possibilidade de acréscimo de fundamentos que evidenciem a existência da repercussão geral da questão constitucional versada no recurso extraordinário – dos vocábulos *superveniente e novo*, não adotamos este último em sua acepção de uso mais comum no processo civil. No direito probatório, há um conceito (doutrinário) sobre o que seja documento novo; na forma do art. 397 do Código de Processo Civil, “é lícito às partes, em qualquer tempo, juntar aos autos documentos novos, quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados, ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos.” Não nos parece que a possibilidade de um aditamento, por assim dizer, da preliminar de repercussão geral possa ser fundamentado no art. 397 do Código de Processo Civil; por isso, não utilizamos o vocábulo *novo* dentro do seu contexto probatório-processual, senão para dizer que – desde que seja *superveniente*, como novidade – então é possível articular este argumento como evidência da repercussão geral da questão constitucional. Mesmo porque, no âmbito da instância superior – na qual se incluem o Supremo Tribunal Federal e os Tribunais Superiores – há restrição para continuidade da avaliação probatória, quando em grau de recurso. É preciso lembrar – contudo e como já mencionado neste trabalho – que há fatos que podem ser provados, demonstrados e perquiridos no Supremo Tribunal Federal, mesmo em sua competência

---

<sup>514</sup> Coadunamos, dessa forma, com o pensamento de Cleide KAZMIERSKI: “mas a pergunta é inquietante: o que é repercussão geral? Os dois termos – repercussão e geral – são vagos, abertos. Como tal, a dificuldade de uma resposta à pergunta, se é que pode existir absoluta e objetivamente, e acredita-se que não, revela a sua carga de vagueza. Por isso não será adequado falar-se em conceito de repercussão geral, mas sim noção de repercussão geral, já que se trata de expressão em movimento, conectada à realidade e por ela oxigenada.” (**Op. cit.**, p. ?)



recursal, sejam eles os referentes à demonstração do perigo da demora para a concessão de medida liminar para comunicação de efeito suspensivo à recorribilidade ou os atinentes à verificação da repercussão geral da questão constitucional nele versado.

Por fim – e já que sustentamos a possibilidade de *atualização* da demonstração da repercussão geral da questão constitucional versada no recurso extraordinário – parece-nos adequado dizer que a estrutura legislativa de seleção de processos com igual temática para o exame do Supremo Tribunal Federal (ver adiante nos comentários da lei) e a possibilidade da participação de terceiros ratificam a viabilidade do aditamento a que nos referimos. A militância forense, aliás, tem histórico que pode ser aproveitado: os chamados *leading cases*, onde pela primeira vez a matéria será analisada pelo Supremo Tribunal Federal, autorizam quando menos a apresentação de memoriais e a sustentação oral das razões recursais, normalmente quando se trata de questão que o exija, de sorte a que os ministros possam julgar o tema com os necessários e adequados subsídios.

Tais idéias se alicerçam na natureza objetiva dos processos que, em grau de recurso extraordinário, são submetidos ao Supremo Tribunal Federal.

## **2.8 Competência para o exame: o primeiro exame – reiterar-se: posicionamento doutrinário ainda anterior à edição da lei**

O recurso extraordinário enseja dois juízos de admissibilidade; o primeiro, realizado ainda no juízo de interposição, normalmente a cargo do presidente do Tribunal *a quo* (embora, em alguns casos, discipline o regimento interno respectivo que a competência para processá-lo recaia sobre a vice-presidência); o segundo, a ser feito pelo Supremo Tribunal Federal, podendo ser monocrático, pelo relator do recurso extraordinário, ou mesmo

pela Turma julgadora ou até pelo Plenário, se houver embargos de divergência, pois ainda que no julgamento desta espécie recursal, entende-se que até os requisitos de admissibilidade do próprio recurso extraordinário possam ser revistos.

Sobre especificamente este novo – e especial – requisito de admissibilidade do recurso, a repercussão geral, deve-se ponderar a quem compita fazê-lo: se, a exemplo dos demais, o juízo *a quo*, o relator e a Turma ou, se porque especial, apenas o Plenário do Supremo Tribunal Federal.

A ilação (lembramos que neste capítulo a dissertação expõe posicionamentos doutrinários quando ainda *de lege ferenda*) sobre o Plenário do Supremo Tribunal Federal decorre do texto da Emenda Constitucional n.º 45, que introduziu a repercussão geral da questão constitucional versada no recurso extraordinário – na forma da lei – como requisito (especial) de admissibilidade do recurso:

“Art. 102.

§ 3º. No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de 2/3 (dois terços) de seus membros”.

Da forma como redigido o texto, antes de mais nada, parece-nos haver um equívoco gramatical. No propósito de disciplinar, do ponto de vista constitucional, que a repercussão geral das questões constitucionais tratadas no processo passaria a ser um requisito (especial) de admissibilidade do recurso extraordinário, o legislador reformista disse que somente pela manifestação de 2/3 (dois terços) de seus membros é que o Supremo Tribunal Federal poderia *recusá-lo*.

Logo e da forma como redigido o dispositivo, dá-se a entender que a recusa só possa ser do recurso extraordinário, palavra masculina, e não da expressão e vocábulo femininos *repercussão geral* ou *admissão*.

Tentando ser mais claro: pela maioria de 2/3 (dois terços) de seus membros, o Supremo Tribunal Federal poderá recusar não o recurso extraordinário em si – porque a recusa dele, genericamente, por não cumprido qualquer outro requisito de admissibilidade, a par de poder ser feita no juízo *a quo*, ainda poderá ser feita isoladamente pelo relator, ou pela Turma, não precisando do *quorum* qualificado de maioria de 2/3 (dois terços) dos membros do Tribunal –, mas sim *a repercussão geral* das questões constitucionais discutidas no caso concreto, ou até mesmo a própria admissibilidade recursal por ausência deste seu novo e especial requisito.

Dizer que pela maioria de 2/3 (dois terços) de seus membros possa o Supremo Tribunal Federal *recusá-lo*, ou seja, o recurso extraordinário, não nos parece correto no contexto da novidade introduzida pelo § 3º do art. 102 da Constituição Federal. Desta forma, entendemos que a redação correta deveria ser a seguinte:

“No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-la pela manifestação de 2/3 (dois terços) de seus membros, não admitindo seu processamento”.

Assim, o pronome deverá concordar com a palavra *admissão*, ou com a expressão *repercussão geral*, e não com a palavra *recurso*, porque o exame não é senão que deste novo e especial requisito de admissibilidade do recurso extraordinário; pode-se até completar o raciocínio, no sentido de que não verificada a repercussão geral em virtude de manifestação de 2/3 (dois terços) dos membros do Tribunal, não se admitiria o recurso.

Mas a doutrina não objetou tal aspecto gramatical. Talvez porque a consequência da negativa da repercussão geral venha a ser exatamente o não conhecimento do respectivo recurso extraordinário (o que se diz *de lege lata* na forma do *caput* do art. 543-A do Código de Processo Civil), em termos endoprocessuais, e, ademais, o indeferimento de todos os demais que versem sobre aquela questão constitucional – salvo em caso de revisão de tese (na forma do § 3º do art. 543-A do Código de Processo Civil). No caso de recursos em multiplicidade, também a lei prevê como consequência da negativa da existência de repercussão geral da questão constitucional nele versada que eles, enquanto estivessem sobrestados, passariam a ser considerados automaticamente não admitidos (na forma do § 2º do art. 543-B do Código de Processo Civil). Depois o raciocínio se complementa para os casos de julgamento de mérito do recurso extraordinário dotado de repercussão geral, hipótese em que o respectivo juízo *a quo* poderá declarar aqueles idênticos e que estava sobrestados prejudicados (se desprovido o extraordinário) ou mesmo retratar-se (se provido o extraordinário) – conforme o § 3º do art. 543-B do Código de Processo Civil; por fim, se a decisão for mantida e o recurso for admitido, caberá o julgamento ao Supremo Tribunal Federal (na forma do § 4º do art. 543-B do Código de Processo Civil). Voltaremos ao tema quando das considerações *de lege lata*.

Ou seja: o exame que o Pleno do Supremo Tribunal Federal é apenas o relativo à existência ou a não existência de repercussão geral da questão constitucional versada no recurso extraordinário; se entender ausente, o respectivo recurso não será conhecido e os demais – de matéria idêntica – serão liminarmente indeferidos, salvo em caso de revisão de tese, devendo ser automaticamente não admitidos; se entender presente a repercussão geral, o recurso extraordinário será julgado – se preenchido os demais requisitos – e o julgamento de mérito poderá ensejar que os demais recursos sejam declarados prejudicados ou ensejar a retratação do juízo *a quo*; e, por fim, poderá ensejar a revisão do Supremo Tribunal Federal,

se mantida a decisão pelo Tribunais de interposição e presentes os demais requisitos de admissibilidade do recurso.

O acerto gramatical que propomos pode ser mais facilmente aceito se observada a questão em função do julgamento positivo sobre a existência de repercussão geral da questão constitucional versada em dado recurso extraordinário.

Admitida a repercussão geral, nem por isto o recurso extraordinário – endoprocessualmente falando – será provido (ou mesmo necessariamente conhecido, porque podem estar ausentes os demais requisitos) ou, para casos semelhantes, oportunizará juízo de retratação ou provimento pelo Supremo Tribunal Federal pois, a despeito de versar a mesma questão constitucional já de reconhecida repercussão geral, pode sequer ser admitido em função do desatendimento dos demais requisitos. É por isto que – com razão – a lei estabelece que “mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal [...] cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada” (na forma do § 4º do art. 543-B do Código de Processo Civil). A utilização do conectivo evidencia o que estamos dizendo.

Outro ponto que sobressai na redação do dispositivo constitucional é o alcance da expressão *somente podendo recusá-lo por 2/3 dois terços do Tribunal*. Sabe-se que por força de disposição expressa da Constituição Federal (art. 101), “o Supremo Tribunal Federal compõe-se de 11 (onze) Ministros, escolhidos entre cidadãos com mais de 35 (trinta e cinco) e menos de 65 (sessenta e cinco) anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada”<sup>515</sup>.

---

<sup>515</sup> NERY e NERY (**Constituição Federal comentada...cit.**, p. 276) indicam que “determina a CF 101 que o STF é composto por onze Ministros, cujas atribuições e forma de organização interna deverão concordar com o RISTF. Os requisitos determinados pela CF são: 1) escolha deve dar-se entre cidadãos brasileiros natos nos termos da CF 12 I a e c e § 3º, IV; 2) o que tenham idade superior a trinta e cinco, ou seja, com idade mínima

Nesta linha, o art. 2º do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal estabelece que “o Tribunal compõe-se de 11 (onze) Ministros, tem sede da Capital da República e jurisdição em todo o território nacional.” Já o art. 3º, a seu turno, estabelece que “são órgãos do Tribunal o Plenário, as Turmas e o Presidente”. O art. 4º, que “as turmas são constituídas de 5 (cinco) Ministros”, ou seja, há duas Turmas no Supremo Tribunal Federal.

A composição mínima do Plenário é versada no art. 143, isto é, 6 (seis) ministros<sup>516-517</sup>.

Já a competência do Plenário é disciplinada nos arts. 5º, 6º, 7º e 8º do Regimento Interno<sup>518</sup> – aos quais, necessariamente, deverá acrescentar-se a competência para o exame da repercussão geral das questões deduzidas na causa e versadas no extraordinário, enquanto seu novo e especial requisito de admissibilidade.

Daí surge o seguinte ponto: a competência para o exame da repercussão geral enquanto novo e especial requisito de admissibilidade de recurso extraordinário pode ser dita como sendo do Plenário? É do Plenário, no entanto com o seu *quorum* qualificado. Embora no texto da Emenda Constitucional n.º 45 não haja referência ao órgão Plenário, mais sim “manifestação de 2/3 dos ministros do Tribunal” – isto é, 8 (oito) Ministros –, entendemos que, em razão da matéria, o debate sobre repercussão geral deva se dar entre, no mínimo,

---

de trinta e seis anos incompletos e inferior a sessenta e cinco anos completos, ou seja, com, no máximo, sessenta e quatro anos de idade; 3) que sejam possuidores de notável saber jurídico e; 4) que tenham reputação ilibada. Ao contrário do que ocorre na composição de outros tribunais, não há, para o STF, estabelecimento do quinto constitucional. Em relação aos Ministros do STF não há qualquer regra nesse sentido, sendo que a escolha dar-se-á nos termos da CF 101 par. úni., por nomeação do Presidente da República. Trata-se de critério político de escolha somado a dois requisitos (notável saber jurídico e reputação ilibada) de averiguação subjetiva.”

<sup>516</sup> Todavia – e por força do parágrafo único do art. 143, o *quorum* para a votação de matéria constitucional e para a eleição do Presidente e do Vice-Presidente, dos membros do Conselho Nacional da Magistratura e do Tribunal Superior Eleitoral é de 8 (oito) Ministros.

<sup>517</sup> “Art. 143. O Plenário, que se reúne com a presença mínima de 6 (seis) Ministros, é dirigido pelo Presidente do Tribunal.”

<sup>518</sup> Pondere-se que o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal foi elaborado sob a égide da Constituição de 1969, de sorte que, primeiro em razão da Constituição de 1988, e depois por força da Emenda Constitucional n.º 45/04, respectivamente, o direito federal infraconstitucional e a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão do *exequatur* às cartas rogatórias agora cabem ao Superior Tribunal de Justiça.

todos estes 8 (oito) ministros juntos, não se admitindo discussão fracionada na turma, o que poderia vir a frustrar a norma constitucional. O *quorum* é o de 8 (oito) Ministros<sup>519-520</sup>, o que se tem somente em Plenário

Assim, a recusa da repercussão geral – do que decorreria a não admissão do extraordinário por não adimplido este requisito especial de admissibilidade – deve dar-se necessariamente em julgamento do Plenário<sup>521</sup>, não admitida a forma fracionada acima deduzida. Como reforço à nossa posição, o próprio texto do parágrafo único do art. 143 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, pois o exame da repercussão geral é exame sobre constitucionalidade, para o qual se exige *quorum* mínimo de 8 (oito) Ministros.

Quer nos parecer que a repercussão geral da questão constitucional, enquanto requisito especial de admissibilidade de recurso extraordinário, deva receber um tratamento compatível à sua elevada proposta. Não é demasiado dizer que, dentro desta nova perspectiva, discutir se uma questão constitucional tem ou não repercussão geral é, sem dúvida, tão ou

---

<sup>519</sup> No mesmo sentido, embora com crítica de carga negativa, André Ramos TAVARES (**op. et. loc. cit.**): “A exigência de que haja manifestação por esse quorum, tão qualificado no Supremo Tribunal Federal, como o é o de oito Ministros (só exigível para a denominada manipulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade que modifique a ‘normalidade’ ex tunc), pode tornar excessivamente onerosa a rejeição do recurso extraordinário que não contenha qualquer repercussão geral. Certamente o intuito foi o de que se evitasse a acumulação de poderes na figura do relator, em decisão monocrática e unilateral. Mas teria sido salutar que reconhecesse a possibilidade de rejeitar o recurso por falta de repercussão geral a cada uma das turmas do Supremo Tribunal Federal, ainda que por maioria absoluta delas. A concentração no Plenário caminha contra propugnada descentralização, que impõe o reconhecimento de poderes aos órgãos fracionários do respectivo Tribunal.”

<sup>520</sup> Interpretando o § 3º do art. 102 da Constituição Federal, Sérgio BERMUDEZ (**A reforma do Judiciário pela Emenda Constitucional 45**, Rio de Janeiro, Forense, 2005, p. 57) entende diversamente que o quorum de rejeição é de 3 (três) Ministros, pois os 2/3 (dois terços) incidem sobre a composição da Turma, não do Plenário, que para ele é o órgão do Tribunal competente para o seu exame: “entende-se por tribunal, não o Plenário da Corte, mas o órgão competente para o julgamento do recurso no STF, uma das duas turmas, onde o terço, por aproximação, será de três ministros, ressalvados os casos de remessa de recurso ao plenário.”

<sup>521</sup> A posição de Arruda ALVIM, contudo, é outra: “(...) em rigor, a leitura da Emenda Constitucional 45/04 indica que a competência não foi, por ela, afetada ao plenário. O que se estabeleceu foi a necessidade de o quorum para rejeição da repercussão geral ser de 2/3. Por isso, conforme venha a ser disposto na lei ordinária, é concebível que o julgamento se inicie numa das Turmas do STF, e, na hipótese, v.g, de cinco ministros entenderem que há repercussão geral, passar-se-ia, sucessivamente, ao julgamento do recurso, propriamente dito. Se, todavia, não se lograr obter quorum suficiente para isso, será necessário ir ao plenário para chegar-se ou não, ao quorum de 2/3 para eventual rejeição, ou não. Porque não resultou necessariamente afetada ao plenário, a apreciação do recurso extraordinário (avaliação da repercussão geral, e, sucessivamente, admissibilidade e julgamento do mérito do recurso), pode – e possivelmente deva – começar nas Turmas, porquanto, obtido o quorum em que se reconheça a repercussão geral, passar-se-á, então, ao julgamento propriamente dito. Se isso não acontecer, a repercussão geral haverá de ser submetida ao plenário” (**Op. et. loc. cit.**).

mais importante que o próprio exame do recurso extraordinário em seu mérito. Entendemos que a natureza da matéria é de tal envergadura que o debate sobre ela não pode ser fracionado.

Discutir o assunto em Turma, onde haverá, no máximo, 5 (cinco) dos 11 (onze) Ministros do Supremo Tribunal Federal é substancialmente diferente do que discutir em Plenário; aliás, nem seu *quorum* mínimo (6 Ministros) é aceito para discussão da matéria sobredita e de superior envergadura (parágrafo único do artigo 143 do RISFT).

Além disto, se permitido o julgamento fracionado – e com isto, relativizar a repercussão geral, quando menos na forma de exame da arguição – se de um lado como acertadamente diz ARRUDA ALVIM possa até vir a ser uma tendência e *praxis* do Supremo Tribunal Federal – do que sem dúvida o benefício seria, pelo aspecto prático, já se resolver de vez o assunto, uma vez alcançado número de Ministros e votos suficientes para que ela não viesse a ser dada como sendo desprovida de repercussão, de outro, segundo pensamos, frustraria o próprio propósito da repercussão geral.

Sim, porque teríamos uma posição parcial do Supremo sobre o assunto, correndo-se, inclusive, o risco de haver decisões conflitantes<sup>522</sup> sobre o mesmo tema: se bem que não haveria, a rigor, uma decisão de repercussão – porque, na letra da lei, a decisão seria necessariamente de cunho negativo (não ter repercussão), tanto que este eventual julgamento em Turma não precisaria entrar no mérito nem fundamentar este requisito de admissibilidade (assim como o recurso seria tempestivo, preparado, prequestionado, também seria de repercussão que não precisaria de fundamento) –, a Primeira Turma pode julgar um

---

<sup>522</sup> Foi por isto que José Augusto DELGADO alinhou esta controvérsia doutrinária em seu artigo anteriormente referido: “se a repercussão geral para a admissibilidade do recurso extraordinário for da competência das Turmas do Supremo Tribunal Federal, esse sistema poderá provocar, momentaneamente, insegurança jurídica, que só será afastada se, antes do julgamento, o recurso for afetado ao Pleno; caso configure-se divergência entre as Turmas do STF em questões determinadas de reconhecimento de repercussão geral, caberá à parte interessada interpor embargos de divergência para o Pleno, conforme permissibilidade contida no art. 330 do Regimento Interno.” (**Op. et. loc. cit.**)



extraordinário entendendo preenchida a repercussão e a Segunda, sem este entendimento, poderia levá-lo para o exame do Plenário. Daí, pergunta-se: nesse caso, supondo que a Primeira Turma com sua composição máxima, tenha julgado o recurso extraordinário, a rigor a Segunda Turma, mesmo entendendo não haver repercussão geral, não poderia levar o assunto a Plenário (por falta de interesse, até) uma vez que o resultado seria presumivelmente conhecido: seus 5 (cinco) potenciais votos contrários não alcançariam os 8 (oito) necessários para a inadmissão do extraordinário porque já e em tese haveria aceitação da repercussão geral pela outra Turma<sup>523</sup>. A menos que se faça, naquele julgamento, ressalva de voto.

Sobre a divergência de posicionamento entre a Primeira e a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal se admitida a possibilidade do exame ser fracionado – isto é, se o entendimento for de que a elas compita, ao menos concorrentemente, o exame deste novo e especial requisito de admissibilidade do recurso extraordinário –, necessariamente deve-se admitir o cabimento dos embargos de divergência.

Embora isto possa ser objetado por construção jurisprudencial, que alegasse não pertencer ao recurso extraordinário propriamente dito o exame da repercussão geral, é possível sustentar esta tese, se de forma literal interpretar-se o art. 546 do Código de Processo Civil, na medida em que, ao estabelecer, o mesmo, que “é embargável a decisão da turma que, em recurso extraordinário, divergir do julgamento de outra turma ou do plenário, a lei processual nitidamente volta-se para o juízo de mérito e não para o juízo de admissibilidade”<sup>524</sup>.

---

<sup>523</sup> Hipóteses kafkianas como esta poderiam surgir amiúde. A mera possibilidade de que ocorram afasta o entendimento da possibilidade do julgamento da repercussão geral iniciar-se na Turma. Mesmo porque a finalidade social da lei não seria alcançada, e, de certa forma estaria burlada, mesmo que de forma bem intencionada.

<sup>524</sup> Em julgamento colacionado por NERY e NERY, decidiu-se que “não há divergência entre julgados, quando um deles aprecia o mérito do recurso e outro que dele não conhece, de acordo com o RISTJ 266 (STJ, 1ª Seç. EdivREsp 27371-2, Relator Ministro Américo Luz, v.u., j. 29.11.1994, DJU 13.2.1995, p. 2193; BolAASP 1897/45)”.

Se não fosse assim, até a ausência de prequestionamento em dado julgamento da Primeira Turma poderia dar ensejo a embargos de divergência, se a Segunda Turma, ou Plenário, em situação igual, o tivesse dado como adimplido.

Por tudo isso, a vantagem de se iniciar o julgamento na Turma para só depois – e se for o caso – levar o assunto ao crivo do Plenário é apenas aparente. Mesmo que haja mais formalidade para o exame da repercussão geral da questão constitucional versada no caso concreto, é conveniente que se faça desde logo pelo Plenário. Nas primeiras vezes, de fato, haverá mais burocracia, por assim dizer, mas à medida que os assuntos venham sendo examinados pelo Plenário, aí sim, poderá ser feita a relativização da forma – nunca do mérito – do exame deste novel e especial requisito de admissibilidade do recurso extraordinário.

Mesmo porque – e este nos parece um argumento definitivo – a decisão sobre repercussão geral é vocacionada para ser irrecorrível, excetuados os declaratórios e, mais uma vez, feita nossa ressalva sobre sua natureza jurídica não recursal.

Uma vez feito o julgamento em Turma, parece que poderia haver recurso ao Pleno, se se sustentar que o *quorum* seria especial ou, até mesmo – e o que é pior – caberia reclamação a fim de se defender a competência daquele órgão do Supremo Tribunal Federal, que teria sido invadida – e pensamos verdadeiramente que seria – a sua competência pela Turma.

O ambiente para o exame da repercussão geral, conhecidamente um exame diferenciado, uma vez que a “admissibilidade em função da repercussão geral” será informada principalmente por um critério político<sup>525</sup>, deve ser o ambiente de Plenário, não de Turma.

---

<sup>525</sup> Ver, por todos, Arruda ALVIM (*op. et loc. cit.*).

Aliás, tratando-se de exame de repercussão geral, a admissibilidade de sustentação por *amicus curiae* parece-nos irrecusável. Não se poderia exigir do interessado que fizesse um vestibular como se treineiro fosse, na Turma, para, na outra vez e no Plenário, fazer a exposição de suas razões – perdoem-nos a expressão – *pra valer*. Não nos parece seja este o propósito do instituto.

Quanto mais cedo o Supremo Tribunal Federal analisar a repercussão geral de constitucionalidade dos temas que lhe chegarem ao conhecimento, melhor para o jurisdicionado – inclusive em termos de segurança jurídica.

Sustentada a posição de que este julgamento pertença ao Plenário – a despeito da ausência do comando (direto) na Emenda Constitucional n.º 45/04 –, surgem duas questões sobremodo interessantes.

A primeira delas refere-se ao *quorum* de votação. Segundo o já mencionado e transcrito parágrafo único do art. 143 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, este exame só poderá ocorrer com o Plenário em composição mínima de 8 (oito) Ministros, que é o *quorum* para exame de temas de constitucionalidade.

Estabelecida esta premissa, pergunta-se: pode haver recusa subjetiva ou objetiva de Ministro para participação deste exame da repercussão geral? Isto é, e em outras palavras: aplicam-se os institutos do impedimento e da suspeição (arts. 134 e 135 do Código de Processo Civil)?

A questão é difícil, adiantamos.

Analisada sob o prisma literal e redacional dos artigos da legislação processual – e que estão previstos igualmente no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal –,

dever-se-ia responder que tanto um, impedimento, quanto outro, suspeição, aplicam-se para o exame da repercussão geral da questão constitucional versada na causa, enquanto requisito de admissibilidade de recurso extraordinário, exatamente porque haveria uma causa (lide) subjacente à espera de sinal verde para exame.

Com o máximo respeito, temos a intenção, todavia, de discordar desta posição.

Seguramente o exame da repercussão geral extrapola os limites e objetivos postos em jogo no recurso extraordinário, no que refere à eficácia do acórdão a ser proferido no seu exame de mérito.

Quando se analisa este novo e especial requisito de admissibilidade de recurso extraordinário, deve-se ter em mente que o exame (político) do Supremo Tribunal Federal não guarda relação de identidade com o mérito da causa, mas sim – e apenas – com a repercussão (perdoem-nos a redundância) que a matéria teria provocado na sociedade.

Porque não se está analisando propriamente dito o interesse das partes, é sustentável que o impedimento e a suspeição, pelo menos em casos menos agudos, possam ser desprezados pelo Ministro, uma vez que o mesmo julgará (politicamente dizendo) não a sucumbência e o inconformismo da parte, não um interesse privado, mas sim algo que é muito maior que isto, de *repercussão geral* – e enquanto requisito de admissibilidade de todos os recursos de mesma temática.

Parece-nos, desta feita, que a repercussão geral e seu julgamento não estão adstritos àquelas normas processuais da suspeição e do impedimento, pelo menos nos casos menos agudos, pois do interesse da parte não se tratará no seu julgamento (político).

Seria, até certo ponto, objetar a participação de um Ministro no exame da repercussão geral por motivo de suspeição ou impedimento, senão em casos, *v.g.*, de ser ele parte no processo – o que se diz tão-somente para demonstrar que nossa posição, embora dita como em regra, não é absoluta.

Nada no direito o é, aliás, como já se disse.

A segunda indagação até decorre daquel'outra: como resolver a questão de falta de *quorum* (no que impedimento e suspeição, além de afastamento, vacância de cargo *etc.*, teriam influência), já que se exige julgamento do Pleno e 8 (oito) votos para a inadmissão do extraordinário por não preenchida a repercussão geral?

De pronto afasta-se a (inconstitucional) convocação de Ministro do Superior Tribunal de Justiça (previsão do art. 40 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal<sup>526</sup>, com leitura atualizada).

E quem dá o argumento é a doutrina de NERY e NERY:

“O STF é composto por 11 Ministros, nomeados na forma da CF 101. Suas atribuições não podem ser exercidas por outras pessoas não investidas no cargo de Ministro do STF. O RISTF pode disciplinar o exercício da atividade jurisdicional no STF, sendo norma administrativa interna corporis. Norma regimental não pode dispor de forma diversa do que a CF ou a lei federal dispuser em matéria de direito. Assim, é inconstitucional a disposto no RISTF 40”<sup>527-528</sup>.

---

<sup>526</sup> “Art. 40. Para completar quorum no Plenário, em razão de impedimento ou licença superior a 3 (três) meses, o Presidente do Tribunal convocará Ministro licenciado, ou, se impossível, Ministro do Tribunal Federal de Recursos, que não participará, todavia, da discussão e votação das matérias indicadas nos arts. 7º, I e II e 151, II.”

<sup>527</sup> Na nota seguinte escrevem: “É lícito ao STF, por meio de disposição regimental, estipular o procedimento da Corte no julgamento da causa, quando houver empate ou falta de quorum. Poderia o RISTF dizer qual o quorum para o julgamento de determinada causa, desde que a CF ou lei federal não disponha diversamente. Poderia o RISTF dizer que, em caso de empate, o Presidente do Tribunal tem voto de qualidade, além do voto normal. Mas não é lícito ao RISTF dizer que, em caso de falta de quorum, deve ser convocado Ministro do STJ (RISTF 40), pois isto configura burla à composição do STF, estritamente regulada na CF 101.”

<sup>528</sup> Os próprios autores explicitam posição contrária: “(...) Em sentido contrário, determinando a convocação de três Ministros do STJ para continuação de julgamento empatado por quatro votos a quatro, em caso onde haveria quorum: STF, Pleno, MS 21.689, Relator Ministro Carlos Veloso, m.v., j. 6.12.1993, DJU 14.12.1993, p. 27614. Atentando-se para trecho de comunicação do Ministro Octavio Galotti (Presidente):

Se bem que a hipótese de empate esteja descartada (porque sendo o *quorum* mínimo de 8 [oito] Ministros, 4 [quatro] votos a favor da repercussão geral – hipótese de empate – já dão por cumprido o requisito), a falta de *quorum* não pode passar despercebida.

Conquanto – e evidentemente – não possa haver convocação de Ministro do Superior Tribunal de Justiça (mormente em se tratando do exame político da repercussão geral), solução prática é que os Ministros do Supremo Tribunal Federal – e o próprio Tribunal – designe sessões especiais para exame da repercussão geral.

Se ainda assim não for alcançado o *quorum*, não se realiza o exame. O *quorum* mínimo é o de 8 (oito) ministros. E ponto.

Quando a Emenda Constitucional n.º 45/04 estabelece que “somente podendo recusá-lo pela manifestação de 2/3 (dois terços) de seus membros”, já feita a ressalva gramatical, quer dizer que a rejeição da admissibilidade do extraordinário em razão da repercussão geral deverá dar-se por 8<sup>529</sup> (oito) dos 11 (onze) votos possíveis..

Deve-se criticar com carga negativa a redação da Emenda Constitucional.

Sabendo que matéria constitucional exige *quorum* qualificado para a realização da Sessão

---

participam do julgamento do MS 21689, nos dando a honra de estar aqui presentes, os eminentes Ministro José Dantas, Torreão Braz e William Patterson, indicados pelo STJ em face da convocação deliberada por esta Corte na sessão de 6.12.1993 do corrente (...). Desejo deixar registrado que a convocação de Ministros, primeiramente do TFR, depois do STJ, é um velho e uniforme procedimento, assentado pelo RISTF em seu art. 40 e, pela praxe do STF. O mesmo já ocorrera antes, sucessivamente, com os juízes federais da antiga Justiça Federal e com os desembargadores do Distrito Federal, também substitutos dos Ministros do STF, e nessa condição oficiando antes da criação do TFR. Sem levar mais longe essa pesquisa, tenho em mãos atas de pelo menos oito sessões deste Tribunal: 11.3.1970, 28.8.1975, 17.12.1975, 24.9.1975, 10.11.1976, 1.3.1978, 27.5.1987 e 7.2.1990, onde se reiterou esse critério, sem a mais leve objeção. Destaco esmerada similitude, como caso em pauta, do julgamento do MS 19983, acórdão publicado na RTJ 77/48, onde se travava importante conflito federativo, entre dois Estados da União, o da Bahia e o de Pernambuco,. Verificado, tal como aqui, o empate de quatro a quatro, além de aguardar-se a posse de um novo Ministro titular do STF, que viria a ser o Ministro Cunha Peixoto, foram convocados dois outros Ministros do TFR, que haveriam ambos, futuramente, de honrar a composição efetiva do STF, os eminentes Ministro Néri da Silveira e Decio Miranda, de modo a completar, na sessão de 27.8.1975, o quorum de onze Ministros desimpedidos, exatamente como volta hoje a suceder, dezoito anos depois, perante o empate também de quatro por quatro votos, verificado em julgamento de mandado de segurança.”

<sup>529</sup> Não é este o posicionamento de Arruda ALVIM: “(...) tendo em vista que na EC 45/04 há referência à recusa por 2/3 dos membros da Corte, parece que esse número é o 7, porquanto 2/3 de 11 é número inferior a sete, e, se haverá de elevar esse número inferior para 7” (**Op. et. loc. cit.**).

Plenária do Tribunal – que não pode ser feita com 6 (seis) Ministros – a mesma deveria ter expressamente consignado que o número de votos necessários para a rejeição da repercussão geral deveria ser 8 (oito) – e não 2/3 (dois terços).

É porque 2/3 de seus membros, nem sempre, enseja 8 (oito) votos. Suponha-se que o Tribunal esteja em determinada ocasião composto por número inferior de 11 (onze) Ministros. Se forem 10 (dez) Ministros, 2/3 (dois terços) passa a ser 7 (sete).

Por isto deveria a Emenda Constitucional ter usado logo o número de oito Ministros, e não percentual, em obséquio da natureza superior e elevada da matéria a ser (politicamente) analisada da repercussão geral.

## **2.9 Procedimento posterior do exame da relevância geral: os demais exames**

Uma vez delimitado pelo Supremo Tribunal Federal o fato de um dado tema constitucional ostentar ou não ostentar repercussão geral, aí a possibilidade da verificação do preenchimento deste novo e especial requisito de admissibilidade do recurso extraordinário deverá ser ampliada, de modo a não submeter toda vez o assunto ao Plenário do Supremo Tribunal Federal. Esta observação, fruto do posicionamento meramente *de lege ferenda* feito pela doutrina, acabou sendo desnecessária *de lege lata*, uma vez que lei e regimento interno vieram a tratar das causas repetitivas, sobre o que falarmos oportunamente.

Aí surgem as possibilidades do exame ser feito pelo Tribunal *a quo*, pelo Relator do recurso extraordinário e pela própria Turma julgadora, no Supremo Tribunal Federal, sem a necessidade de que o tema volte ao Plenário, caso já decidido.

Ainda que o Supremo Tribunal Federal já tenha analisado, via Plenário, a repercussão geral de determinada questão constitucional posta em dado recurso extraordinário – e mesmo que tenha editado verbete sumular a este respeito – damos ao tema um tal valor, em termos de *status*, que, no nosso sentir, a única hipótese que o Tribunal *a quo*<sup>530</sup>, por seu órgão competente, possa não admitir recurso extraordinário mercê do não cumprimento satisfatório do novel e especial requisito de admissibilidade da repercussão geral é na hipótese de o recorrente não ter deduzido fundamentação nesse sentido.

Por dois aspectos, afirma-se que os Tribunais de interposição não possam barrar o segmento do extraordinário, senão por falta de argüição, em razão da repercussão geral: primeiro, porque a matéria da viabilidade da discussão uma vez sopesado o atributo social *lato sensu* da causa é da alçada do Supremo Tribunal Federal, pois só ele poderá interpretar se dado assunto é ou não de repercussão geral, mesmo que sumulado o tema.

Explica-se: na subsunção do verbete ao caso concreto, carece de conhecimento o presidente ou vice-presidente do Tribunal de interposição para dar a interpretação adequada, sendo-lhe bastante possível obrar de forma equivocada.

A vocação, diga-se de passagem, é do Supremo Tribunal Federal e, dada a importância do tema, temos como uma atribuição exclusiva daquela Corte. E, desta forma, se

---

<sup>530</sup> Por isto, concordamos com o posicionamento que José DELGADO compilou da doutrina sobre o tema – ainda que, para isto, tenhamos que admitir como absoluta a competência para o exame (político) da repercussão geral, enquanto requisito de admissibilidade do extraordinário: “o Presidente do Tribunal de origem (do segundo grau) [o que nem sempre é verdade, pois poderá o extraordinário ser interposto contra decisão proferida no âmbito de competência originária do Tribunal a quo, caso em que não será tido como de segundo grau] , ao proferir decisão de admissibilidade ou de inadmissibilidade do recurso extraordinário, não tem competência para apreciar a questão vinculada à repercussão geral, por tal pressuposto de admissibilidade ser, de modo absoluto, examinado, apenas pelo Supremo Tribunal Federal.” Apenas ressaltamos que sustentar a possibilidade do exame formal da argüição da repercussão geral possa ser feito no juízo de interposição é absolutamente possível, uma vez que, como disse DELGADO, o que não se lhe pode transferir é o julgamento político da repercussão geral, mesmo de forma indireta (hipótese de já haver verbete sumular do Supremo Tribunal Federal), não a averiguação se a parte a suscitou em sede de preliminar: se não o fez, o recurso não deve sequer ser processado (**Op. et. loc. cit.**).



a não admissão do extraordinário repousar no mérito, não na forma (ausência de argüição), pode-se sustentar até em invasão de competência – suscetível de reclamação.

O segundo fundamento é que, a despeito de sumulada a matéria, nada impede que o recorrente postule pela revisão da repercussão geral no próprio âmbito do recurso extraordinário, sobre o que, necessariamente, quem deva se manifestar é o Supremo Tribunal Federal.

Assim, o entendimento que merece o nosso apoio é o de que a repercussão geral é um requisito novo e especial do recurso extraordinário que não pode ser examinado, nem mesmo quando sumulado pelo Supremo Tribunal Federal, na instância ordinária<sup>531</sup> e <sup>532</sup>, mesmo porque haveria um espaço muito perigoso – e, desta forma, deve ser evitado – para interpretações, ou analogias, no grau inferior. Tal espaço poderia ser aberto com a possibilidade, mesmo que limitada, do exame deste requisito de admissibilidade pelo Tribunal local.

Já com relação à possibilidade de o relator do recurso extraordinário não admiti-lo em razão de precedente do Plenário, sumulado ou não, parece-nos que não haja inconveniente algum.

---

<sup>531</sup> Fredie DIDIER JR. tem outro posicionamento: “em razão da tendência de transformação do recurso extraordinário em instrumento de controle difuso e ABSTRATO da constitucionalidade das leis, é correta a observação de que o pronunciamento do Plenário do STF sobre a repercussão geral de determinada questão vincula os demais órgãos do tribunal e dispensa, inclusive, que se remeta o tema a um novo exame do Plenário, em recurso extraordinário que verse sobre a mesma questão cuja amplitude da repercussão já tenha sido examinada, haja ou não enunciado sumulado a respeito. Aplica-se por extensão o disposto no parágrafo único do art. 481 do CPC. Nesses casos, e apenas nesses (pois a competência para decidir sobre repercussão geral é do Plenário do STF), admitir-se-á o juízo de admissibilidade do recurso extraordinário, pela ausência de repercussão geral, por decisão do Presidente do tribunal a quo ou por decisão monocrática do relator (art. 557, do CPC) ou por acórdão de turma do STF. Também será dispensada nova manifestação do Plenário se o tema já foi decidido em ação de controle concentrado de constitucionalidade.” (**Op. et. loc. cit.**)

<sup>532</sup> Ainda em sentido contrário, Flávio DINO: “deste modo, a instância recorrida, ciente de que determinada questão constitucional já foi apreciada pelo STF e considerada destituída de repercussão geral, poderá negar seguimento ao recurso, cabendo evidentemente agravo de instrumento. Relevante sublinhar que esta tese está congruente com o conteúdo dos projetos de reforma processual integrantes do ‘Pacto de Estado em favor de um Judiciário mais Rápido e Republicano’, subscrito pelos chefes dos Três Poderes em 15.12.2004 (publicado no DOU de 15.12.2004).”

E com sobra de razões, a própria Turma. Novamente dois seriam, quando menos, os fundamentos. Primeiro, são Ministros que judicam no Supremo Tribunal Federal e, em boa parte das vezes, até teriam participado, senão do precedente, da própria elaboração do verbete sumular. Portanto, terão interpretação adequada sobre o tema, já que o exame político da repercussão geral da discussão constitucional da causa é-lhe matéria ordinária.

O outro motivo é a possibilidade da interposição de recurso contra sua decisão (embora tenhamos dito que, a rigor, seria irrecorrível tal exame político do Tribunal) para o caso de quando o relator ou a Turma mal aplicarem o verbete sumular ou mesmo para quando se pretenda – até sob o influxo do momento atual – discutir, em termos de reexame, o posicionamento do Supremo sobre o assunto, ainda que sumulado.

Some-se a estes dois argumentos, um terceiro: se não for assim, todo recurso extraordinário deverá ser necessariamente submetido ao Plenário para o exame da repercussão geral. Isto não nos parece razoável nem teria sido esta a intenção do legislador quando da Reforma do Judiciário. Sobreleva dizer, mais uma vez, qu estas considerações vinham feitas pela doutrina antes da edição da lei da repercussão geral e da emenda regimental n. 21, do Supremo Tribunal Federal. Vale o registro do assunto para demonstrar a evolução do instituto no direito brasileiro.

Desta forma, e admitindo que o exame da repercussão geral caiba, num primeiro momento (até que se padronize ou sumule entendimento sobre o tema, hipótese que tanto relator, quanto Turma, poderão analisar este requisito de admissibilidade), ao Plenário do Supremo Tribunal Federal para só depois caber ao relator ou à Turma, deve-se perquirir sobre quem deva examinar primeiro a admissão do recurso: o Plenário, para tratar da repercussão geral, ou primeiro relator ou turma examinam os demais, para só então liberar acesso ao maior colegiado do Supremo Tribunal Federal.

Sobre o tema, merece comentário o que escreveu GLAUCO GUMERATO RAMOS<sup>533</sup>:

“Expressamente amparado na dinâmica da significação fundamental do direito processual alemão, e na gravidade institucional do direito processual argentino – figuras similares ao instituto da EC 45/04 aqui comentado, Arruda Alvim considera que a repercussão geral deve ser apreciada antes mesmo daquilo que chama de ‘admissibilidade propriamente dita’. Em linhas gerais, o mestre maior dos processualistas da PUCSP estrutura sua lição no sentido de que as etapas cognitivas de apreciação do recurso extraordinário seriam: I) a verificação da repercussão geral da questão constitucional, verdadeiro pronunciamento de caráter político; após, 2) o juízo de admissibilidade; e finalmente, 3) o juízo de mérito, que seguirá independentemente da repercussão geral já identificada pelo STF.

Seja como for, com o máximo respeito, não nos parece que seja essa a melhor maneira de tratar a questão. A razão para isso é simples: é evidente que a análise para verificação da presença, ou não, da repercussão geral demandará uma atividade mais complexa do STF, muito mais, por exemplo, do que a questão ligada ao interesse recursal (requisito intrínseco) ou à tempestividade (requisito extrínseco), apenas para ficarmos nesses dois singelos exemplos. Imagine-se o dispêndio de energia que seria caso o STF se reunisse na forma a ser prevista na lei regulamentadora e reconhecesse a presença da repercussão geral e, ao depois, numa decisão monocrática, o Ministro relator detectar que o RE é intempestivo ou deserto?”

Embora façamos um apanhado de diversas posições a respeito da ordem do exame da admissibilidade do extraordinário no Supremo Tribunal Federal, vale dizer, as posições da doutrina sobre se a repercussão geral precede ou não os demais exames, chamou nossa atenção a posição assumida por GLAUCO RAMOS em impugnar a posição segundo a qual a repercussão geral seria por primeiro analisada.

## 2.10 Necessidade de lei ordinária

Outro ponto de que se ocupou a doutrina brasileira antes da edição da lei da repercussão geral e da emenda regimental n. 21 foi o de exatamente saber se a lei (federal, ordinária) era ou não era necessária para que o instituto passasse a ser exigido como requisito especial de admissibilidade do recurso extraordinário.

---

<sup>533</sup> Repercussão geral na teoria dos recursos: juízo de admissibilidade – algumas observações, in: Bruno FREIRE e Silva e Rodrigo MAZZEI (Coords.), **Reforma do Judiciário – Análise...cit.**, Curitiba, Juruá, 2006.

Filiamo-nos à corrente segundo a qual a repercussão geral da questão constitucional debatida na causa somente passaria a ser requisito de admissibilidade do recurso extraordinário após a edição de lei<sup>534</sup>. Assim, enquanto no plano do direito federal *infraconstitucional* não houvesse a edição e a vigência de lei que o regulasse, não se revelava exigível o instituto em comento.

Até a edição da lei, dizíamos *de lege ferenda*, seguramente todos os recursos extraordinários poderiam ser interpostos sem necessidade de que a parte recorrente suscitasse a repercussão geral enquanto seu requisito de admissibilidade.

Porque defendemos a posição de que não é papel do legislador delimitar (nunca o é) nem listar (nesse caso concreto) as hipóteses de matérias dotadas ou não de repercussão geral, não daremos sugestões *de lege ferenda* quanto às potenciais matérias que poderiam indicar repercussão geral.

Todavia, e com o propósito de registrar o posicionamento da doutrina neste momento que precede ou caminha, *pari passu*, com o processo legislativo, dedicaremos este item deste capítulo para, em linhas gerais, colacionar o que de mais relevante tem sido apontado pela doutrina<sup>535</sup> que já se ocupou do tema.

---

<sup>534</sup> Não foi esta, contudo, a posição de André Ramos TAVARES (**op. et. loc. cit.**): “parece que foi intenção da Reforma não deixar com o próprio STF a definição e esclarecimento do que se deva entender por ‘repercussão geral’, retirando-lhe essa competência para abrigá-la na liberdade de conformação do legislador. Caso contrário, a expressão ‘nos termos da lei’ seria despicenda. Tomando-se provisoriamente como correta essa conclusão, segue-se, contudo, que: (i) não obstante a remissão à atuação legislativa, esta não ficará imune ao controle do próprio Supremo Tribunal Federal, porque há um sentido mínimo e um limite máximo que se podem atribuir validamente à expressão constitucional ‘repercussão geral’; (ii) no interregno entre a publicação da emenda da Reforma e a regulamentação efetiva desse dispositivo, poderá o Supremo Tribunal Federal conferir aplicabilidade imediata ao novel instituto, independentemente, da Lei requerida pelo texto, do artigo. Essa última ponderação, aliás, o Supremo Tribunal Federal adotaria seguindo sua própria jurisprudência em relação à ação direta interventiva, à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ao mandado de injunção e à ação declaratória de constitucionalidade (c. Tavares, 2001:99). Não causaria espanto – seria mesmo aconselhável – que se conferisse eficácia imediata ao instrumento da ‘repercussão geral’, até o advento de legislação válida, que passaria a reger os casos julgados a partir da data de sua entrada em vigor.”

<sup>535</sup> Cabe dizer que a doutrina tem manifestado 2 (duas) formas de discorrer sobre o tema: uma, no sentido de mencionar as diretrizes pelas quais se possa avaliar a repercussão geral de questões constitucionais; outra,

Senão vejamos.

## **2.11 Alguns pontos polêmicos sobre repercussão geral no direito brasileiro.**

Feitas estas considerações introdutórias e demonstrados os principais pontos da repercussão geral adrede, propomo-nos, agora, a listar os pontos controvertidos que a recente literatura brasileira sobre o tema logrou encontrar.

Muitos desses pontos estão tratados acima, de forma incidental; outros, foram por nós mesmo propostos.

Seja como for, nessa parte do trabalho, o objetivo é analisar possíveis ocorrências, até por vezes sugestões, de modo a minimizar o impacto da repercussão geral no ordenamento brasileiro, vista pelo aspecto negativo das controvérsias doutrinárias:

### ***2.11.1 Repercussão geral e embargos de divergência***

O comentário de ARRUDA ALVIM merece registro:

“(...) ocorrerá, quando começar a operar o instituto da repercussão geral, que os embargos de divergência virão a ter cabimento dos recursos extraordinários julgados. Com isso, reflexamente, diminuirão os embargos de divergência, os

---

indo além, trazendo inclusive hipóteses concretas nas quais, presumidamente, dar-se-ia como presente a repercussão geral. Se os parâmetros são adequados, temos seguramente que os exemplos, ou a listagem de assuntos que possam vir a ter repercussão geral, são inadequados: o Supremo Tribunal Federal, em exame político do assunto, analisará caso a caso os temas que lhe chegarem ao exame.

quais, também, dirimirão divergências somente sobre matérias constitucionais qualificadas pela repercussão geral”<sup>536</sup>.

De fato, a partir da regulamentação da repercussão geral, os embargos de divergência passarão a ser cabíveis tão e somente quando o extraordinário tiver sido admitido em função da presença da repercussão geral da questão constitucional nele versada.

Isto sintomaticamente diminuirá os casos de embargos, porque, via de consequência, diminuídos serão os casos de recurso extraordinário julgados pelo Tribunal.

### ***2.11.2 Sucumbência parcial***

Outro ponto levantado por ARRUDA ALVIM refere-se à sucumbência parcial:

“(…) se houver sucumbência parcial, em decorrência de processo onde haja uma questão constitucional dotada de repercussão geral, dever-se-á, em princípio, reconhecer a ambas as partes o cabimento do recurso extraordinário”.

### ***2.11.3 Decisão interlocutória***

Procurando rebater posicionamento doutrinário segundo o qual matéria decidida por meio de interlocutória não seria dotada de repercussão geral – e com razão – ARRUDA ALVIM explica que

---

<sup>536</sup> **Op. et. loc. cit.**

“se a discussão sobre questão constitucional for havida como demonstrando repercussão geral, nem pelo fato de estar decidida através de uma decisão interlocutória, isso deverá obstar a possibilidade de recurso extraordinário. Se esta for a hipótese dever-se-á, procedimentalmente, ter presente a hipótese do § 3º do art. 542, decorrente da Lei 9.756, de 17.12.1998”.

De fato, não é porque a questão constitucional tenha surgido no âmbito de decisão interlocutória que, por isso, o tema venha a ser dado como desprovido de repercussão geral.

A propósito, já firmamos a premissa de que o exame da repercussão geral, quanto novo e especial requisito de admissibilidade de recurso extraordinário, não guarda relação de identidade com o mérito em si do recurso; nem guardará, muito menos, com a natureza jurídica da decisão em que tenha surgido o tema constitucional.

Pode seguramente haver um acórdão com questão constitucional sem repercussão geral e um acórdão interlocutório com a presença daquele requisito de admissibilidade de recurso extraordinário.

Tome-se como exemplo uma hipótese que nos pareça dotada de repercussão geral: a sistemática da saúde no Brasil e as dificuldades que o cidadão tem junto ao Estado ou aos planos de saúde. Nesse sentido, é comum o ajuizamento de ação objetivando realização de cirurgia, compra de medicamento *etc.* São temas de natureza constitucional (direito à vida, direito à saúde). São temas que atingem uma esfera muito grande de interessados, que extrapola o âmbito da relação jurídica-processual (alíás, uma das primeiras decisões sobre repercussão geral – examinada adiante neste trabalho – versou sobre temática semelhante). Assim, e a despeito de tratar-se de um indeferimento de cirurgia ou compra de medicamento por decisão interlocutória, poderá haver repercussão geral apta a viabilizar o conhecimento do recurso extraordinário. Ele, todavia, deverá ser interposto na forma da legislação processual civil (art. 542, § 3º do CPC).

### ***2.11.4 Aplicação retroativa***

A última das ponderações levadas a efeito por ARRUDA ALVIM e destacadas no presente estudo refere-se à (impossibilidade de) aplicação retroativa da repercussão geral, pois, com razão, indica sua doutrina que

“(...) é inviável pretender-se que o texto da EC 45 pudesse ter aplicação retroativa, ou seja, que viesse a ser aplicado a recursos extraordinários precedentemente interpostos, porquanto isso implicaria a própria supressão de tais recursos”.



### 3. EXAME DA LEI<sup>537-538</sup>

O requisito da repercussão geral para a admissibilidade do recurso extraordinário tem previsão constitucional. Lei Federal e Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal o disciplinam, todavia

Dá ser necessário o exame conjunto das disposições legais com as disposições regimentais.

**Art. 1º Esta Lei acrescenta os arts. 543-A e 543-B à Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, a fim de regulamentar o § 3º do art. 102 da Constituição Federal.**

Embora a lei tenha reformado o Código de Processo Civil, deve-se compreender que a matriz constitucional da repercussão geral a torna requisito de admissibilidade de todo e qualquer recurso extraordinário (a partir de sua exigência no ordenamento brasileiro, estabelecida após a publicação da Emenda Regimental – STF n. 21), na forma do já comentado AI 664567, SEPÚLVEDA PERTENCE.

Trata-se de lei (norma) regulamentadora. Ela, por sua vez, precisou de regulamentação de emenda regimental do Supremo Tribunal Federal.

---

<sup>537</sup> Na “Mensagem da presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministra Ellen Gracie NORTHFLEET ao Congresso Nacional na abertura da Sessão Legislativa, em 02/02/07”, o tema mereceu o devido destaque: “o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, tributário, em seu primeiro momento, do sistema norte-americano, admite o controle chamado difuso, na via do recurso extraordinário. Contrariamente, porém, ao sistema no qual se espelhou, o brasileiro não contava, desde 1988, com qualquer filtro de acesso, a semelhança do certiorari norte-americano. Desse descuido com a funcionalidade da Corte resultou que toda e qualquer querela de somenos, entre as partes individuais e com efeitos meramente patrimoniais, na qual se pudesse invocar uma remota raiz em matéria constitucional, podia ocupar a atenção do tribunal em igualdade de condições com as graves questões que dizem respeito aos direitos e garantias básicos, ao equilíbrio federativo ou à governabilidade do país. A Lei n. 11.418/2006 põe cobro a essa situação e devolve ao Supremo Tribunal Federal condições de funcionamento razoável.”

<sup>538</sup> Examinaremos, em verdade, não apenas a lei stricto sensu da repercussão geral mas o complexo normativo que disciplina o instituto: a Emenda Constitucional n. 45/2004, a Lei n. 11.418/06, a Emenda Regimental-STF n. 21, de 30 de abril de 2007 e a Portaria n. 177, de 26 de novembro de 2007.

**Art. 2º A Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, passa a vigorar acrescida dos seguintes arts. 543-A e 543-B:**

Deve-se reiterar a crítica negativa feita por ocasião de comentários às reformas legislativas modernas, iniciadas lá com a introdução da ação monitória no processo civil brasileiro, no sentido de não se nos revelar de melhor técnica a utilização de letras para a formação de novos dispositivos legais – no caso, a introdução do art. 543-A e 543-B. Embora este não seja motivo determinante – mas apenas evidência dele –, reitera-se também o argumento da necessidade da elaboração de um novo código de processo civil.

**“Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecurável, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo.**

Este dispositivo precisa ser lido em conjunto com os arts. 13, V; 21, § 1º; 322; 326; 327 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Atente-se para a circunstância de ser irrecurável a decisão sobre a existência ou não existência de repercussão geral. Irrecorribilidade esta prevista no art. 326 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal:

**“Art. 326. Toda decisão de inexistência de repercussão geral é irrecurável e, valendo para todos os recursos sobre questão idêntica, deve ser comunicada, pelo(a) Relator(a), à Presidência do Tribunal, para os fins do artigo subsequente e do artigo 329.”**

O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal estabelece, no art. 322, que “o Tribunal recusará recurso extraordinário cuja questão constitucional não oferecer repercussão

geral [...]”. Isto colocado em análise conjunta com o art. 543-A do Código de Processo Civil evidencia a utilização de dois termos que – no caso – pretendem transmitir a meia idéia e ter o mesmo alcance: quando a lei diz “não conhecerá” e o regimento versa “recusará” ambos estão tratando de requisito de admissibilidade, embora este último termo advenha de um verbo (recusar) que tenha também ligação com mérito do recurso. Longe de pretender estabelecer polêmica em torno das expressões usadas pela lei e pelo Regimento Interno – e muito mais longe ainda de entender que esta discrepância possa ter natureza semelhante daquela outra, entre “conhecer”, “admitir” e “dar provimento” – cumpre-nos apenas dizer que, enquanto seja a repercussão geral da questão constitucional versada no recurso extraordinário requisito novo e especial de sua admissibilidade, parece ter andando melhor a lei, que o regimento, na escolha da palavra. É que – embora de somenos a discussão – “não conhecerá” representa mais a inexistência de um requisito de admissibilidade que “recusará”. Compreende-se contudo que o verbo recusar também possa significar juízo de admissibilidade negativo – mas prefere-se não agasalhar a terminologia por ela também ser próxima ao mérito: recusou no sentido de negou provimento. Na verdade, recusa-se a repercussão geral, para então não conhecer do extraordinário.

Seja como for – isto é, “não conhecendo” (lei) ou “recusando” (regimento interno) –, a análise da repercussão geral da questão constitucional deve obedecer a critérios estabelecidos na legislação de regência, do que passaremos a tratar.

**§ 1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.**

Este dispositivo foi replicado com pequena variação de construção na parte final do art. 322 do Regimento Interno, cuja redação precisa é “para efeito de repercussão geral, será

considerada a existência, ou não, de questões que, relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, ultrapassem os interesses subjetivos da causa.” Esta utilização de estilo redacional não implica modificação de conteúdo ou alcance entre os dispositivos – mesmo que o Regimento Interno tenha evidenciado mais a questão de ultrapassar os limites subjetivos da causa que a relevância social, econômica, jurídica ou política do tema constitucional.

Sobre o que venha a ser repercussão geral da questão constitucional sobre os aspectos político, social, econômico ou jurídico, lei e regimento interno não têm o papel dar definição. Capítulo próprio desta trabalho já se ocupou de evidenciar o posicionamento doutrinário sobre estes itens, para o qual capítulo – então – remete-se o leitor.

A partícula final “ultrapassar os limites subjetivos da causa” tem direta relação de identidade com a qualificação da repercussão da matéria constitucional, a saber, que seja “geral”. Será geral na medida em que ultrapasse os limites subjetivos da causa. De sorte que – e a *contrario sensu* – será “particular” aquela repercussão de matéria constitucional que fique restrita aos interesses subjetivos do litígio em que discutida, via recurso extraordinário.

**§ 2º O recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral.**

Manda a lei que o recorrente, quando da interposição do recurso extraordinário, deduza capítulo próprio – à guisa de preliminar – demonstrando a existência de repercussão geral da questão constitucional nele versada.

A Emenda Regimental-STF n. 21 estabelece em seu art. 327 já comentado a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal (presidência ou relator, quando não de início

recusado por aquela) recurso extraordinário em que não se deduza preliminar de repercussão geral, preliminar essa que qualifica como deva ser “formal e fundamentada”.

“Formal” no sentido de a repercussão geral da matéria constitucional versada no recurso extraordinário – tantas quantas sejam – mereçam tópico específico e destacado na petição de recurso; recomenda a lógica que haja três partes, doravante, na petição de recurso extraordinário: a interposição, onde se o dirige e onde se o fundamenta no permissivo constitucional; a preliminar de repercussão geral, onde se evidencie que a matéria constitucional versada seja de apelo social, econômico, político ou jurídico – e que extrapole os limites subjetivos da causa; e a fundamentação, onde se defenda a ordem constitucional conforme a casuística do permissivo de interposição.

Sobre a preliminar de repercussão geral deve-se dizer que cada matéria constante do recurso extraordinário deva ser explorada em função de sua repercussão geral; assim – e por hipótese – se o extraordinário versa ao mesmo tempo sobre o princípio da reserva legal em matéria tributária e sobre a irretroatividade da lei tributária, ambos os aspectos devem ser destacados e deduzidos na preliminar, evidenciando-se, em cada um deles, a repercussão geral daquela questão constitucional respectiva. Reconhecida que seja repercussão geral da anuidade, será conhecido o extraordinário – mesmo que a reserva legal não o seja.

Assim, se determinado tributo foi criado por lei ordinária enquanto se entendesse que a Constituição Federal determinasse lei complementar, e, ao mesmo tempo, se deduzisse que o diploma normativo, além de inadequado, não respeitara o princípio da anuidade, uma e outra matéria constitucional deveria ser analisada em tópico separado, na preliminar de repercussão geral.

A pergunta que se impõe é: pode o Tribunal conhecer de recurso extraordinário que – versando sobre duas matérias constitucionais – aborde apenas a repercussão geral de uma delas? Duas linhas de resposta: sim e não.

Poderá conhecer do extraordinário apenas com relação à questão constitucional cuja a repercussão geral tenha sido suscitada em preliminar; não poderá conhecer – todavia – se apenas uma delas tiver sido suscitada, formal e fundamentadamente. Seguindo-se interpretação mais restritiva e literal, será esta a posição adotada. Tanto mais porque diz o Regimento Interno que a matéria há de ser suscitada em “preliminar formal e fundamentada.” Desatenderia, na hipótese, ambos atributos – formal e fundamentada – o recurso extraordinário que versasse duas ou mais matérias constitucionais e o recorrente deduzisse apenas a repercussão geral de uma delas.

A outra posição teria como fundamento o fato de ter sido a interposição por violação separada de dispositivo constitucional, de modo que o conhecimento não poderia ser negado se, pelo menos com relação a um dele, estivesse deduzida a repercussão geral.

Outra linha de raciocínio seria a seguinte: quando se discutem num mesmo recurso a reserva legal e a anterioridade tributária, o Supremo Tribunal Federal deverá analisar a “questão constitucional” e não mais o litígio concreto, de modo que poderia glosar a matéria em uma e em outra questões constitucionais e dizer relevante a primeira e não relevante a segunda – ou vice-versa – ou não relevantes ambas ou mesmo as duas dotadas de repercussão geral.

Não se pode perder de vista o fato de que, ultrapassada a barreira da admissão, o Supremo Tribunal Federal aplica o direito à espécie, conforme o verbete da sua súmula da jurisprudência dominante.

Assim, chega-se à seguinte conclusão: quando o Supremo Tribunal Federal estiver analisando a preliminar de repercussão geral da questão constitucional chamada “a” (no exemplo: reserva legal) ele estará – antes de qualquer análise de mérito no caso concreto – dizendo se os recursos extraordinários em geral interpostos com fundamento nesta questão constitucional (reserva legal em matéria tributária) têm ou não têm repercussão geral. Da mesma forma com relação ao ponto “b”, vale dizer, a questão constitucional do princípio da anterioridade.

Essa divisão de juízo de admissibilidade do juízo de mérito assume grande importância neste estudo da repercussão geral da questão constitucional como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário.

Voltando à nossa hipótese, embora no caso concreto se esteja a discutir (ainda em termos de exemplo) que a lei “x” ao disciplinar determinado tributo não observou (i) a reserva legal de lei complementar para fazê-lo via lei ordinária; e (ii) o princípio da anterioridade tributária, quando o Supremo Tribunal Federal estiver analisando a preliminar da repercussão geral ele analisará não o princípio da reserva legal e o princípio da anterioridade da lei tributária em função da lei “x” mas sim como diretriz para toda e qualquer lei tributária do Brasil, que a tais princípios se subordine. De modo que a decisão positiva ou negativa de repercussão geral sobre aquelas duas mencionadas questões constitucionais valerá para todos os casos onde se discuta se “reserva legal” e “princípio da anterioridade” são ou não são matérias relevantes a ponto de merecer o posicionamento do Supremo Tribunal Federal.

Aqui o reparo é apenas um: por óbvio, o juízo de mérito que vier a ser feito pelo Supremo Tribunal Federal em relação à lei “x” não se estenderá a julgamentos que versem

sobre outras leis que venham a ser impugnadas por recurso extraordinária. Evidente que o julgamento da lei “x” não pode disciplinar a lei “y”. Mas é tão evidente também que a repercussão geral da questão constitucional atinente à reserva legal e à anterioridade tributária, uma vez reconhecidas para a lei “x”, existirá para toda e qualquer lei tributária que seja em função destes dois princípios questionada, sua constitucionalidade, perante o Supremo Tribunal Federal pela via do recurso extraordinário.

Se não se adotar esta posição, a outra corre risco de trazer uma grande insegurança jurídica e a possibilidade de entendimentos diversos a respeito de um mesmo tema (sempre falando na condição de preliminar, não de mérito) constitucional.

Por outra: se o Supremo Tribunal Federal disser que há repercussão geral dessas duas matérias constitucionais, ou de uma apenas, qualquer que seja o caso, sempre haverá repercussão geral da reserva legal e/ou da anterioridade tributária – exceto em caso de modificação de a tese ter sido revista ou estiver em procedimento de revisão (RISTF, art. 327, parte final – sobre o qual votaremos a falar).

Outra análise deste dispositivo deve ser feita a respeito da previsão de “apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal”, da demonstração, ou não, em preliminar do recurso, da existência da repercussão geral.

Esta disposição deve ser entendida da seguinte forma: a competência para a análise da repercussão geral é exclusiva do Supremo Tribunal Federal; será – no entanto – concorrente a competência para a verificação da existência de preliminar de repercussão geral.

Assim, os órgãos de interposição poderão (rec.: deverão) já na instância *a quo* não admitir recurso extraordinário que não possua preliminar formal e fundamentada de



repercussão geral. A exemplo do que possa e deva fazer com relação à tempestividade, preparo, prequestionamento.

Apenas é que – em se tratando de preliminar de repercussão geral – ele deverá se limitar à existência e ao aspecto formal, não adentrando à questão da fundamentação que se avizinha do seu mérito caindo, portanto, na concorrência exclusiva do Supremo Tribunal Federal.

Em síntese; os tribunais regionais e estaduais e as turmas recursais devem analisar a presença de preliminar de repercussão geral nos recursos extraordinários interpostos de seus julgados, isto de forma concorrente com o Supremo Tribunal Federal; mas – é bom que se destaque – apenas a ele, STF, cabe a apreciação da repercussão geral em si, de forma exclusiva, sendo vedado ao órgão *a quo* imiscuir-se em tal exame, dito de mérito (da preliminar).

Ainda que o art. 327-RISTF estabeleça a possibilidade de a presidência do tribunal recusar recurso que não contenha preliminar e fundamentada, isto não afirma a possibilidade de o juízo *a quo* realizar concorrente exame. Até porque nas orientações gerais do Supremo Tribunal Federal, a competência conjunta é expressamente admitida.

Cabe reiterar que igual prerrogativa cabe ao relator, se por hipótese a presidência já não tiver recusado o recurso, por este motivo (RISTF, 327, § 1º).

Logo, três poderão ser os exames da presença da preliminar da repercussão geral: nos tribunais regionais federais, nos estaduais ou nas turmas julgadoras; pela presidência do Supremo Tribunal Federal e pelo relator. No âmbito do Supremo Tribunal Federal, a presidência versa apenas sobre não existência formal da preliminar ou sobre matéria com questão constitucional já examinada, e de forma negativa, para “recusar” o recurso (art. 327,

parte final). O relator cuidará de casos ainda não examinados, em competência que lhe é própria e exclusiva.

**§ 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal.**

Por razão de segurança jurídica da ordem constitucional, prevê a lei que o recurso extraordinário que impugnar decisão contrária à súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal terá presumida repercussão geral da questão constitucional.

A observação a ser feita é a da identificação de qual seja o “tribunal” a que se refere a lei. Poderia ser o próprio tribunal de interposição, outro tribunal do Judiciário brasileiro federado (neles incluindo-se os superiores) ou mesmo o Supremo Tribunal Federal.

De logo descarta-se a contrariedade à súmula ou jurisprudência de outros tribunais, os superiores inclusive, em função da própria redação legislativa: ao usar o artigo definido “do” só pode referir-se ao tribunal de interposição ou ao Supremo Tribunal Federal.

Como se trata de lei regulamentadora de dispositivo constitucional que versa sobre o cabimento de recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal e como seja este o tribunal encarregado de dizer em última análise da interpretação da ordem constitucional no direito brasileiro, a repercussão geral será presumida quando o recurso impugnar decisão contrária à súmula ou à jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal<sup>539</sup>.

---

<sup>539</sup> Reforça-se o argumento inclusive em função de disposição regimental:

Art. 323. Quando não for caso de inadmissibilidade do recurso por outra razão, o(a) Relator(a) submeterá, por meio eletrônico, aos demais ministros, cópia de sua manifestação sobre a existência, ou não, de repercussão geral.

§ 1º Tal procedimento não terá lugar, quando o recurso versar questão cuja repercussão já houver sido reconhecida pelo Tribunal, ou quando impugnar decisão contrária a súmula ou a jurisprudência dominante, casos em que se presume a existência de repercussão geral.

**§ 4º Se a Turma decidir pela existência da repercussão geral por, no mínimo, 4 (quatro) votos, ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário.**

Este dispositivo conflita com o regramento regimental da matéria. A Emenda Regimental-STF n. 21 estabelece outro e sobremodo diferente procedimento para a análise da repercussão geral da questão constitucional versada no recurso extraordinário.

Entendemos adequado comentar os dispositivos da referida Emenda Regimental e demonstrar algumas inconsistências que neles enxergamos.

O *caput* do art. 323 estabelece que:

“Art. 323. Quando não for caso de inadmissibilidade do recurso por outra razão, o(a) Relator(a) submeterá, por meio eletrônico, aos demais ministros, cópia de sua manifestação sobre a existência, ou não, de repercussão geral”.

O dispositivo autoriza a conferência dos requisitos de admissibilidade outros, além do da repercussão geral da questão constitucional, pelo próprio relator, antes da remessa ao Plenário.

O seu § 1º prevê a dispensa do exame da repercussão geral:

“§ 1º Tal procedimento não terá lugar, quando o recurso versar questão cuja repercussão já houver sido reconhecida pelo Tribunal, ou quando impugnar decisão contrária a súmula ou a jurisprudência dominante, casos em que se presume a existência de repercussão geral”.

Na hipótese, todavia, de o recurso extraordinário versar questão constitucional cuja repercussão geral o Tribunal já reconheceria, não será necessário novo posicionamento. Da

mesma forma, dá-se como presumida a existência da repercussão geral quando o recurso impugnar decisão contrária à súmula ou à jurisprudência dominante.

Cabem aqui dois comentários: primeiro, a suposta inadequação terminológica do dispositivo pois, segundo os conceitos adrede mencionados, que serviram de base à introdução da repercussão geral como requisitos de admissibilidade do recurso extraordinário, é ela presumida em todas as hipóteses, não apenas naquelas versadas pelo dispositivo (questão já reconhecida como de repercussão geral e impugnação de decisão contrária à súmula ou à jurisprudência). É por isso que, segundo pensamos, a melhor redação do dispositivo seria aquela que substituísse a palavra *presume* pela palavra *existe*. A segunda observação é no sentido de que – e agora fazemos uma aproximação às próprias decisões iniciais do Supremo Tribunal Federal – o dispositivo foi ou está sendo estendido pelos Ministros quando do julgamento da preliminar.

É que eles estão incluindo na previsão, além das hipóteses de repercussão já reconhecida e decisão contrária à súmula ou jurisprudência, também nos recursos que impugnem decisões que tenham declarado lei ou ato normativo do Poder Público.

Esta extensão não nos parece adequada uma vez que – e adiante assim nos posicionaremos – haverá decerto decisões de inconstitucionalidade que, ainda assim, não suscitam exame do Supremo Tribunal Federal.

É preciso deixar claro que a decisão de inconstitucionalidade terá meramente efeito *inter partes*, naqueles processos em que declarada até o segundo grau jurisdicional, de modo que não será atingida a unidade do sistema consitucional: o dispositivo continuará sendo constitucional, à mingua de exama do Supremo Tribunal Federal.

O § 2º confere a possibilidade da intervenção de terceiros:

“§ 2º Mediante decisão irrecorrível, poderá o(a) Relator(a) admitir de ofício ou a requerimento, em prazo que fixar, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, sobre a questão da repercussão geral”.

O dispositivo admitindo, embora, a manifestação de terceiros, de ofício ou a requerimento, contudo, exclui a possibilidade de recurso contra decisão que a indeferir.

Deve-se considerar também que os arts. 324 e 325 prevêm a utilização de meio eletrônico para a análise e divulgação do resultado da preliminar:

“Art. 324. Recebida a manifestação do(a) Relator(a), os demais ministros encaminhar-lhe-ão, também por meio eletrônico, no prazo comum de 20 (vinte) dias, manifestação sobre a questão da repercussão geral.

Parágrafo único. Decorrido o prazo sem manifestações suficientes para recusa do recurso, reputar-se-á existente a repercussão geral.

Art. 325. O(A) Relator(a) juntará cópia das manifestações aos autos, quando não se tratar de processo informatizado, e, uma vez definida a existência da repercussão geral, julgará o recurso ou pedirá dia para seu julgamento, após vista ao Procurador-Geral, se necessária; negada a existência, formalizará e subscreverá decisão de recusa do recurso”.

Parece-nos que nem lei, nem regimento interno atendem o comando constitucional. O certo seria a discussão em Plenário, se não fosse o caso de se dar por presumida *de lege lata* a repercussão geral da questão constitucional versada no recurso extraordinário.

O sistema encontrado pelo Supremo Tribunal Federal – o de promover discussão eletrônica do tema – se, por um lado, pode até antecipar realidade que o futuro poderá ter (a

dos julgamentos eletrônicos), por outro – e falando *de lege lata* – encerra alguns inconvenientes. Estamos em fase de construção de uma teoria geral, via jurisprudência, da repercussão geral como requisito de admissibilidade. O distanciamento da discussão pela via eletrônica, em razão da proximidade da via ordinária (sessão plenária de julgamento) abre uma lacuna muito grande entre os entendimentos e fundamentos, perdendo-se a oportunidade de discutir a fundo as matérias e identificar quais teriam e quais não teriam repercussão geral a exigir o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal a respeito da ordem constitucional brasileira. Além do que, a discussão eletrônica subtrai da parte a possibilidade de defender oralmente suas razões ou mesmo de pela ordem intervir, quando necessário. As duas decisões da lavra do Ministro MENEZES DIREITO, menos porque sejam padronizadas, e mais porque sejam restritivas na definição de qual fosse a questão constitucional sobre a qual devesse o Supremo Tribunal Federal avaliar sua repercussão geral – tanto mais porque o Ministro MARCO AURÉLIO vota em sentido contrário não só no mérito, mas do próprio enquadramento da *questão constitucional* – evidenciam que pelo menos neste momento inicial a discussão devesse ser presencial, não remota. Mesmo porque a tradição do processo civil brasileiro, nossa experiência e a própria formação dos profissionais que atuam na área do direito – o que inevitavelmente deságua na sociedade brasileira, em função do modelo consolidado de prestação da tutela jurisdicional – está toda calcada na realização de julgamentos presenciais, quando colegiados. Se isto seja ruim – o que parecer até ser, em função do advento tecnológico do século XXI, crescente em regime de progressão geométrica em à razão de horas, não de anos – não justifica, ainda assim, uma ruptura em situação tão excepcional, como seja a da repercussão geral da questão constitucional como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário. É ela tão importante no ordenamento jurídico brasileiro, posto que extrapole e muito o âmbito particular de uma relação jurídica-processual, para alcançar outras de igual natureza, que não seria por ela que devesse principiar a fase de

juízo eletrônico, ou virtuais, ou mesmo nem seriam os exames de repercussão geral vocacionados, sobretudo neste primeiro momento, a tal procedimento. Tenho para mim que o julgamento da preliminar da repercussão geral é de tal importância que – definindo direcionamento do Tribunal para casos versantes sobre o mesmo tema – equipara-se aos mais relevantes da competência originária ou recursal do Supremo Tribunal Federal. Não é este, entretanto, o alcance do Tribunal e dos Ministros a respeito do assunto, seja porque o Regimento Interno o relativiza sobremodo – ao permitir a discussão eletrônica e fora de sessão plenária presencial – , seja porque, caso a caso, os Ministros têm dado uma visão mais restritiva (vide embate MENEZES DIREITO / MARCO AURÉLIO) do que venha a ser e como se identifique a *questão constitucional* sobre a qual devam dizer haja ou não haja repercussão geral – e daí julgar o extraordinário.

**§ 5º Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.**

O dispositivo remete sua regulamentação ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. A negativa de repercussão geral da questão constitucional e suas consequências vêm disciplinadas da seguinte forma pelo RISTF:

**Art. 326. Toda decisão de inexistência de repercussão geral é irrecurável e, valendo para todos os recursos sobre questão idêntica, deve ser comunicada, pelo(a) Relator(a), à Presidência do Tribunal, para os fins do artigo subsequente e do artigo 329.**

**Art. 329. A Presidência do Tribunal promoverá ampla e específica divulgação do teor das decisões sobre repercussão geral, bem como formação e atualização de banco eletrônico de dados a respeito.**

Principie-se por dizer que a irrecurribilidade da decisão de inexistência de repercussão de matéria constitucional versada no recurso extraordinário possui fundamento regimental, não legal.

Compreende-se previsão regimental de tornar irrecurível a decisão negativa de repercussão geral (o que até sugere ser também irrecurível a decisão de admissão do recurso) porque a matéria tenha sido analisada pelo Tribunal Pleno, já que foi esta opção do regimento Interno.

Todavia, e sobretudo porque a discussão tem se dado em âmbito virtual, a regra não pode ser levada em termos absolutos. Não porque defendamos não possuam natureza jurídica recursal, mas para evitar seus conhecidos vícios (omissão, obscuridade ou contradição), parece-nos que devam ser cabíveis os embargos de declaração. Duas pelos menos as hipóteses: a) quando o recurso extraordinário verse duas ou mais questões constitucionais autônomas, por assim dizer, e o Tribunal negue a repercussão geral – e portanto inadmita o recurso – deixando de analisar algumas delas; b) quando o Tribunal identifique a questão constitucional de forma diversa de como versada no recurso extraordinário – hipótese em que os declaratórios poderiam caber por contradição.

**§ 6º O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.**



Outra disposição que remete sua regulamentação ao Regimento Interno, que dela se ocupa no § 2º do art. 323:

**§ 2º Mediante decisão irrecurável, poderá o(a) Relator(a) admitir de ofício ou a requerimento, em prazo que fixar, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, sobre a questão da repercussão geral.**

A participação de terceiros (*amicus curiae*) pode ser feita a requerimento de interessados ou designada de ofício pelo Supremo Tribunal Federal, devendo eles manifestar sobre a preliminar de repercussão geral da questão constitucional versada no extraordinário – não sobre seu mérito.

Quando requerida a participação por um terceiro e o Tribunal a negar, a decisão é irrecurável.

O terceiro terá prazo fixado pelo relator; prazo esse que poderá ser comum, se mais de uma participação tiver sido deferida ou designada.

Desprovida embora de sanção, senão a da preclusão, a omissão de manifestação de um terceiro, quando de ofício designado, não lhe acarretaria responsabilidade de alguma espécie, mas convém que este terceiro atenda a necessidade do Supremo Tribunal Federal e honre a altíssima confiança que lhe tenha sido depositada – fornecendo, desta forma, sua opinião sobre o assunto a que tenha sido chamado.

**§ 7º A Súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no Diário Oficial e valerá como acórdão.”**

O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal regula a matéria pelo parágrafo único do art. 325:

**“Parágrafo único. O teor da decisão preliminar sobre a existência da repercussão geral, que deve integrar a decisão monocrática ou o acórdão, constará sempre das publicações dos julgamentos no Diário Oficial, com menção clara à matéria do recurso.”**

A publicidade determinada pela lei e pelo regimento interno objetiva a ampla divulgação do entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre cada uma das matérias cuja repercussão lhes seja suscitada, em preliminar de recurso extraordinário, para exame da repercussão geral.

Tanto porque a decisão de carta negativa, tanto porque a de conteúdo positivo – sobre a repercussão geral da matéria constitucional versada num dado recurso extraordinário – repercutam para relações jurídicas-processuais semelhantes, como abaixo será analisado, a divulgação se faz necessária.

Outra não é a diretriz do art. 329 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual “a Presidência do Tribunal promoverá ampla e específica divulgação do teor das decisões sobre repercussão geral, bem como formação e atualização de banco eletrônico de dados a respeito.”

Isto ratifica nossa posição segundo a qual as primeiras cinco decisões do Supremo Tribunal Federal tenham ficado aquém da expectativa gerada – ao menos por nós – sobre o exame pioneiro da repercussão geral da questão constitucional das matérias debatidas pela via do recurso extraordinário.

Quando o Regimento Interno (art. 329, parte final) prevê a formação de um banco de dados, sugere entendimento segundo o qual a análise da questão constitucional deva ocorrer em função da amplitude do tema, não se sua conotação restritiva. No caso da Repercussão

Geral em Recurso Extraordinário 565.138-0 – BA (DJ de 07/12/2007)- Relator, Ministro MENEZES DIREITO, o Supremo Tribunal Federal analisou a questão constitucional (dano moral) sob o aspecto exclusivo da relação jurídica-processual. Assim, segundo esta linha de raciocínio, todos os casos de dano moral levados ao exame do Supremo Tribunal Federal serão, um a um, examinados em função da repercussão geral: não existiu ela no RE 565.138-0, que versava sobre frustração de direito do consumidor na área desportiva, decorrente que fosse do cancelamento de partidas e/ou manipulação de resultados no Campeonato Brasileiro de Futebol de 2005; mas deverá ser analisada, por exemplo, no caso de quebra de relação contratual onde se tenha gerado e frustrado dada expectativa ou – seguindo linha exemplificativa – uso de imagem não autorizada; ou acidente de trânsito com morte etc.

Parece-nos que fosse mais adequado adotar-se a posição do Ministro MARCO AURÉLIO e fixar, num primeiro caso de dano moral, o entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito de todo o alcance do inciso X do art. 5º da Constituição Federal – e não de um aspecto particular que se pudesse extrair do seu comando, no caso, a frustração da expectativa e o desassossego de um torcedor de futebol.

Assim – e já o dissemos – o Supremo Tribunal Federal devia analisar as hipóteses de dano moral contidas no inciso X do art. 5 da Constituição Federal e, a respeito de cada uma delas, fixar as diretrizes, delineamentos e entendimento do tribunal em termos de ter ou de não ter – e em que condições - repercussão geral a ensejar exame de determinado recurso extraordinário.

Seria o recurso que se amoldaria à classificação do Tribunal sobre o tema – e não a classificação que se estenderia caso-a-caso.

**“Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo.**

Prevê a Lei a possibilidade de haver “recursos em idêntica controvérsia”, caracterizando o que se convencionou chamar de “multiplicidade” de casos, ocasiões em que a análise da repercussão geral “será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal”; ele, por sua vez, estabelece o seguinte:

“Art. 328. Protocolado ou distribuído recurso cuja questão for suscetível de reproduzir-se em múltiplos feitos, a Presidência do Tribunal ou o(a) Relator(a), de ofício ou a requerimento da parte interessada, comunicará o fato aos tribunais ou turmas de juizado especial, a fim de que observem o disposto no art. 543-B do Código de Processo Civil, podendo pedir-lhes informações, que deverão ser prestadas em 5 (cinco) dias, e sobrestar todas as demais causas com questão idêntica.

Parágrafo único. Quando se verificar subida ou distribuição de múltiplos recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a Presidência do Tribunal ou o(a) Relator(a) selecionará um ou mais representativos da questão e determinará a devolução dos demais aos tribunais ou turmas de juizado especial de origem, para aplicação dos parágrafos do art. 543-B do Código de Processo Civil.”

O Supremo Tribunal Federal analisará se o caso é daqueles que possa ser reproduzido em vários processos; sendo, comunicará (de ofício ou a requerimento da parte) o fato aos tribunais ou colégios recursais, podendo até mesmo solicitar-lhes informações. Caso já remetidos ao Supremo Tribunal Federal, distribuídos ou não, a presidência ou relator poderão

selecionar “um ou mais representativos da questão”, devolvendo ao juízo a quo os outros, que aguardarão julgamento da repercussão geral para depois terem o destino consoante aceita (retratação) ou rejeitada (prejudicialidade do extraordinário).

**§ 1o Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte.**

Nas hipóteses – não raras, diga-se de passagem – de recursos extraordinários que versam sobre a mesma matéria constitucional, duas medidas deverão ser tomadas pelo Tribunal de interposição: selecionar dentre os recursos, uns como representativos da controvérsia, mandando-os para o Supremo Tribunal Federal e outros, que deverá sobrestar.

As indagações que se colocam são as seguintes: a) quando a lei estabelece que ao Tribunal de origem caberá mencionada seleção para aquela dupla finalidade, re remessa ao Supremo Tribunal Federal e de sobrestamento até sua decisão, a quem ela se refere?; e b) quais seriam os critérios da seleção positiva, da qual resultassem os recursos que seriam encaminhados ao Tribunal e, os outros, ali permaneceriam sobrestados?

É atividade jurisdicional, respondendo a primeira indagação. Isto significa que a seleção e o destaque dos recursos que devam ser encaminhados, enquanto representativos, para o exame do Supremo Tribunal Federal somente possa ser feito pelo presidente ou vice-presidente local, não por outros funcionários públicos não investidos no ofício judicante ou nem mesmo para outros desembargadores, por hipótese, por delegação.

Parece-nos que o momento ideal para esta análise seja o do exame inicial de admissibilidade, circunstância na qual a autoridade local já poderia não admitir o recurso se

não preenchidos os demais requisitos e se o da repercussão geral não estiver formalmente cumprido – como matéria preliminar da petição – pelo recorrente.

Por isso, mas não só por isso, trata-se de atividade jurisdicional – a exigir a participação da autoridade a quem compita examinar a admissão provisória do extraordinário. A não ser assim, corre-se o risco de se remeter ao Supremo Tribunal Federal recursos extraordinários não admissíveis, em função dos demais e ainda válidos requisitos de admissibilidade.

Mas também porque – e aí já iniciamos a resposta da segunda indagação – é jurisdicional, não administrativa, a seleção de recursos representativos. A representatividade decorre de dois fatores, mas a que acreditamos deva ser a vigorante na hipótese é a segunda: a) por amostragem; b) por qualidade.

Não é o caso de divagar sobre quais poderiam ser os critérios de seleção (primeiros recursos?, com mais (ou menos...) páginas?, em processos mais antigos?, com amplitude de argumentos? etc). É sim o caso de oferecer opção de critério seletivo. E aqui o fazemos de acordo com a nossa proposta *de lege ferenda* muitas vezes mencionada neste trabalho: a habilitação profissional para advocacia no Supremo Tribunal Federal.

De modo que, se de um todo não se revelar possível condicionar o exercício da advocacia no Supremo Tribunal Federal e nos Tribunais Superiores mediante seleção a ser levada a efeito pela Ordem dos Advogados do Brasil, por delegação aos seus conselhos Seccionais, quando menos se a admita para que apenas os recursos subscritos por profissionais habilitados possam subir ao Supremo. Isto não resolve de um todo o problema, antes pelo contrário, deixa uma zona descoberta para os casos não repetidos, onde, não

vingando a proposta de habilitação para advocacia na instância superior, subiriam recursos de profissionais não a ela registrados.

**§ 2o Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos.**

A repercussão geral é requisito de admissibilidade do recurso extraordinário. O julgamento que o Supremo Tribunal Federal der a respeito da sua existência valerá tanto para o caso concreto em si quanto para todos que versem sobre a mesma questão constitucional.

Uma vez decidida a matéria, e verificada a inexistência da repercussão geral, terá o Supremo Tribunal Federal se manifestado mediante decisão que a todos os processos sobrestados se aplicará; em consequência da recusa da repercussão geral, serão reputar-se-ão todos eles não admitidos.

**§ 3o Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se.**

O reconhecimento da repercussão geral da questão constitucional versada no recurso extraordinário enseja o julgamento do mérito, se por outro motivo não restar recusado. Uma vez julgado o mérito, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal poderá ensejar, no âmbito do juízo inferior, onde estivessem os recursos sobrestados em função da identidade de matéria com o recurso então analisado, sua prejudicialidade ou a retratação.

Prejudicado será aquele em função do qual a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal lhe seja contrária, vale dizer, onde o recurso extraordinário paradigma tenha sido julgado improvido; objeto de retratação será aquele onde se possa verificar, pela relação de

identidade estabelecida com o recuso mãe, no qual o provimento deste possa lhe ser aproveitado.

A questão que se apresenta é a de saber a quem compita o exame da consequência do julgamento de mérito do recurso extraordinário paradigma; mais uma vez estamos a afirmar que sejam matéria e atribuição jurisdicionais, não sendo o caso de o cartório dar aos sobrestados o destino da prejudicialidade ou da retratação.

A rigor, poder-se-ia dizer que, em sendo jurisdicional as tarefas, poderiam ser exercidas pelo órgão apreciador da admissão do recurso ou pelo que prolatou a decisão, em especial, para este caso, quando fosse a hipótese de retratação – cujo pressuposto etmológico (e até mesmo processual) é vir a ser tomada por quem a tenha proferido.

Não nos parece, todavia, que a retratação se dê no âmbito da turma julgadora, mas sim esteja na esfera de competência do órgão admissional que, diante da decisão paradigma do Supremo Tribunal Federal, processará uma admissão especial do recurso extraordinário, então sobrestado, para dizer se – à luz daquele julgamento do Supremo – o recurso interposto em processos sobrestados está prejudicado ou apto a reformar a decisão que tiver impugnado.

Como quem seleciona e sobrestá o recurso é o órgão admissional, não a turma julgadora, quer nos parecer que a ele, não a ela, cabe julgar o recurso prejudicado ou retratar a decisão do Tribunal que, nesse caso, deixou de ser como decisão da turma julgadora propriamente dita para ser do Tribunal como um todo).

É que depois de prolatado o acórdão e interposto o extraordinário, a competência local deixou de ser da turma e passou a ser do órgão responsável pela admissão inicial e provisória do recurso.



Sustentar posição distinta e permitir que, em se tratando de retratação, por sua razão etimológica ou processual (vide exemplo do art. 296 do Código de Processo Civil ou do juízo de retratação do agravo, ambos no sentido de que ela seja dada pela autoridade que prolatou a decisão recorrida), o caso seja colocado de novo à apreciação da Turma seria criar a possibilidade de desarmonia de posicionamento dos tribunais de interposição pois poderia haver, dentre suas turmas, aquelas que se retratassem e aquelas que mantivessem o posicionamento mesmo à luz da decisão do Supremo Tribunal Federal.

**§ 4o Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada.**

**§ 5o O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal disporá sobre as atribuições dos Ministros, das Turmas e de outros órgãos, na análise da repercussão geral.”**

**Art. 3º Caberá ao Supremo Tribunal Federal, em seu Regimento Interno, estabelecer as normas necessárias à execução desta Lei.**

“As normas necessárias à execução desta Lei” foram introduzidas pela reforma regimental decorrente da EMENDA REGIMENTAL Nº 21, DE 30 DE ABRIL DE 2007, que estamos analisando em conjunto.

Este condicionamento da lei ao regimento, que era da emenda constitucional à lei, chegou a propiciar as seguintes posições doutrinárias, repisando o que se disse alhures: (i) a Emenda Constitucional já exigia, a despeito de lei, a demonstração de repercussão geral da questão constitucional versada no extraordinário, para que fosse cabível; (ii) não a Emenda Constitucional, mas a lei instituiu o ônus ao recorrente, que a partir dela devesse se ocupar de

demonstrar a repercussão geral da questão constitucional abordada no seu recurso; e (iii) não a Lei, mas o Regimento Interno é que propiciou ao Supremo Tribunal Federal analisar este novo e especial requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, tese que prevaleceu no AI 664567, Sepúlveda Pertence.

**Art. 4º Aplica-se esta Lei aos recursos interpostos a partir do primeiro dia de sua vigência.**

**Art. 5º Esta Lei entra em vigor 60 (sessenta) dias após a data de sua publicação.**

Embora a lei tenha estabelecido prazo de sessenta dias para sua vigência, o fato de ser ao mesmo tempo norma regulamentadora da Emenda Constitucional e regulamentada pelo Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, condicionou a exigência de preliminar da demonstração da repercussão geral da questão constitucional versada no recurso extraordinário como ônus recursal apenas após a edição desta última – e nos termos do já comentado AI 664567, SEPÚLVEDA PERTENCE.

## 4. FORMAÇÃO DE UMA TEORIA<sup>540</sup> SOBRE A REPERCUSSÃO GERAL: A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

### 4.1 Considerações iniciais

---

<sup>540</sup> Essa teoria geral (jurisprudencial) tem seu lado pedagógico, por assim dizer. Tratando-se de novo e importante requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, a repercussão geral da questão constitucional, o Supremo Tribunal Federal inseriu ícone em sua página na internet específico sobre este instituto. Aliás, também o fez com relação à sua “súmula vinculante”. No que toca à repercussão geral, o tribunal disponibiliza arquivo contendo seus fundamentos, finalidades, natureza, vigência, processamento quanto aos múltiplos, questões práticas quanto ao acompanhamento das decisões com repercussão geral e, quadro comparativo (estatísticas de RE e AI), legislação e decisões onde tenha sido aceita a repercussão geral e decisões onde não se tenha aceito a repercussão geral da questão constitucional versada no recurso extraordinário. Dada a função didática a que se propõe, parece-nos interessante registrar parte do posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre essa teoria geral da repercussão geral, que pode ser com mais profundidade analisado diretamente em sua página na internet. Assim, vejamos. Finalidades: “firmar o papel do STF como Corte Constitucional e não como instância recursal” [o que, aliás, é linha mestra deste trabalho]; “ensejar que o STF só analise questões relevantes para a ordem constitucional, cuja solução extrapole o interesse subjetivo das partes”; “fazer com que o STF decida uma única vez cada questão constitucional, não se pronunciando em outros processos com idêntica matéria”. Natureza: “é requisito de admissibilidade de todos os recursos extraordinários, inclusive em matéria penal”; “exige-se preliminar formal de repercussão geral, sob pena de não ser admitido o recurso extraordinário”; “a verificação da existência da preliminar formal é de competência concorrente do Tribunal ou Turma Recursal de origem e do STF”; “a análise da repercussão geral é de competência exclusiva do STF”. Vigência: “a partir de 3 de maio de 2007, data da entrada em vigor da regulamentação da matéria pela Emenda Regimental 21/07 ao RISTF (QOAI n. 664567/RS)”; “os anteriores a 3 de maio não se submetem ao requisito da repercussão geral. Continuam sendo decididos normalmente, como até então.” Merece ainda destaque o iter relacionado ao processamento quanto aos múltiplos. As atribuições e competências são assim divididas: a) Presidente do Supremo Tribunal Federal: “através da Secretaria Judiciária, seleciona e devolve à origem os processos múltiplos com RE posteriores a 3 de maio que, assim, nem serão mais distribuídos”; “prioriza a pauta dos processos com repercussão geral”; “dá publicidade às decisões sobre repercussão geral no DJ e na home page do STF”; b) demais Ministros do Supremo Tribunal Federal: “submetem, de cada matéria, um único recurso extraordinário à análise da repercussão geral e devolvem os demais e respectivos agravos aos Tribunais ou Turmas Recursais de origem”; “negada a repercussão geral, recusam o recurso extraordinário”; “reconhecida a repercussão, pedem dia para julgamento do mérito apenas naquele feito.”; “eventuais processos múltiplos que ainda sejam recebidos no Gabinete, devolvem à origem”; c) Tribunais e Turmas Recursais de origem: “verificam se o RE trata de matéria isolada ou de matéria repetitiva (processos múltiplos); “quanto às matérias isoladas, realizam diretamente o juízo de admissibilidade, exigindo, além dos demais requisitos, também a presença de preliminar de repercussão geral, sob pena de não-admissão”; e, quanto aos processos múltiplos “selecionam em torno de três processos representativos da controvérsia, que preencham os requisitos para sua admissibilidade, inclusive com preliminar de repercussão geral, e os remetem ao STF”; “mantêm sobrestados todos os demais, inclusive os que forem interpostos a partir de então”; “aguardam a decisão do STF”, “se o STF decidir pela inexistência de repercussão geral, consideram prejudicados os RE e eventuais AI; “se o STF decidir pela existência de repercussão geral, aguardam a decisão de mérito”; “estando o acórdão de origem em conformidade com a decisão de mérito, consideram prejudicados os RE e eventuais AI”; “sendo, o acórdão de origem, contrário à decisão do STF, verificam a admissibilidade do RE e o encaminham à Turma, Câmara ou Seção para retratação.” De sorte que, em regime de conclusão, sobressai o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, assim condensado: (i) “os Tribunais só devem encaminhar ao STF cerca de três recursos extraordinários de cada matéria, sobrestando todos os demais, inclusive os respectivos agravos”; (ii) “o STF analisará cada questão em um único processo, devolvendo os demais”; e (iii) “todos os recursos múltiplos sobrestados serão, após decisão do STF, considerados prejudicados ou objeto de retratação pelos Tribunais de origem”

Após analisar o posicionamento doutrinário ainda *de lege ferenda*, e, depois, *de lege lata*, bem como de estudar a legislação atinente à repercussão geral, no seu sentido lato (projeto de lei, exposição de motivos, a lei em si e sua regulamentação regimental pelo Supremo Tribunal Federal), a dissertação passa a analisar o posicionamento inicial da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito deste novo requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, introduzido pela Emenda Constitucional n. 45/2004 – a repercussão geral das questões constitucionais nele versadas.

É preciso antecipar uma espécie de frustração, de nossa parte, ou mesmo preocupação, porque – do que se viu e do que se está vendo –, as considerações gerais da doutrina sobre a repercussão geral, ainda *de lege ferenda*, encontraram uma legislação um tanto quanto distante de seus fundamentos e, pior ainda, estão encontrando um mal começo na seara jurisprudencial.

O sistema constitucional de 1988, como analisado no curso deste trabalho, abandonou o filtro da argüição de relevância; é porque não se coadunava, aquele instituto, com a abertura política e a instauração da democracia – ambas como evidência de um Estado Social e Democrático de Direito que ali se instalava, espera-se, perpetuando-se.

Demonstramos que a argüição de relevância foi um mal que não pode ser resgatado. Não há mais lugar para aquele instituto no Judiciário brasileiro.

Se, por um lado, é necessário ter um filtro e controle de acesso ao Supremo Tribunal Federal – e ao próprio Superior Tribunal de Justiça, *de lege ferenda* – necessário é de igual forma que este filtro, por assim dizer, não comprometa direitos e garantias constitucionais, nem arranhe, mesmo minimamente, o respeitoso papel e função da Corte no Estado brasileiro.

Muito e mal falava-se da argüição de relevância – e a doutrina atual, quando começou a examinar a repercussão geral, fez questão de deixar claro que embora fossem parentes, um instituto não poderia se comparar ao outro – em função de representar uma espécie de autoritarismo judicial: sessão secreta de julgamento, critérios não evidenciados, impossibilidade de interposição de recurso.

Na contra mão dos acontecimentos, todavia, começa a ser construída uma jurisprudência (falamos aqui mais da forma, que do conteúdo) pelo Supremo Tribunal Federal que eleva o parentesco das então imaginadas “primas” argüição de relevância e repercussão geral para uma não desejada relação de gêmeas univitelinas. Podendo até ser, de certa forma, xipófafos ou siameses.

O parentesco entre os dois institutos – lei, regimento interno e primeiras decisões têm demonstrado isto – é muito maior do que se poderia imaginar. Embora na argüição de relevância não fosse presumida a relevância do tema federal versado no recurso extraordinário e, ao contrário, seja de se presumir a repercussão geral (na teoria, porque na prática as primeiras decisões do Supremo Tribunal Federal não são bem assim); embora os critérios sejam – por isto mesmo – de inclusão na argüição de relevância, e de exclusão na repercussão geral; embora o sistema constitucional pretérito permitisse e, mais, sugerisse e incentivasse julgamento secreto e decisão não motivada para a argüição de relevância – algo insustentável no atual regime constitucional brasileiro – é exatamente nestes dois pontos que, primeiro o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e, depois, suas iniciais decisões estão pecando.

Ao menos neste momento de afirmação e, mais, de construção de diretrizes jurisprudenciais a respeito da repercussão geral como requisito de admissibilidade de recurso

extraordinário, deveria o Supremo Tribunal Federal adotar uma posição diferente da que se vem notando, neste início de julgados sobre o novel instituto.

De modo a facilitar o exame da repercussão geral e, por outra, para evitar que o Tribunal se transformasse em colegiado de exame de requisito de admissibilidade de recurso – o que, sustenta-se, inviabilizaria seu funcionamento –, criou-se expediente que permite aos ministros discutir a matéria de forma eletrônica, sem que o jurisdicionado possa acompanhar ou ao menos ter ciência dos debates, senão do seu resultado. É esta a previsão do já mencionado art. 323 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal: “Quando não for caso de inadmissibilidade do recurso por outra razão, o Relator submeterá, por meio eletrônico, aos demais ministros, cópia de sua manifestação sobre a existência, ou não, de repercussão geral”.

Ainda que os parágrafos e artigos seguintes prevejam as hipóteses de vedar nova decisão sobre tema analisado, e permitam a própria manifestação de terceiros e – dentre outros – recomendem e imponham a juntada aos autos das manifestações dos demais ministros a respeito da consideração inicial do relator, no sentido de haver ou de não haver repercussão geral da questão constitucional versada em determinado recurso extraordinário, parece-nos que tal procedimento e tal forma de conduzir ideologicamente o assunto, pelo Supremo Tribunal Federal, tenham se distanciado da própria finalidade social da repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário. Conseqüentemente, parece haver uma perspectiva de violação a três importantes princípios constitucionais: o da motivação das decisões judiciais; o da publicidade das decisões judiciais; e o da reserva de plenário para o exame da repercussão geral.

As decisões judiciais devem ser motivadas. Explicitado o máximo respeito ao Tribunal, as primeiras decisões sobre o tema padecem de fundamentação, como se preceberá

no exame de cada uma delas. Talvez o que se afirma seja fruto de expectativa que criamos, de que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ajudasse ou melhor conduzisse a construção de uma teoria geral da repercussão geral no direito brasileiro. É visível que as discussões a respeito da repercussão geral, pelo menos esta primeira leva – a primeira leva de aplicação, não aquela discussão inicial do AI 664567, SEPÚLVEDA PERTENCE – têm sido sucintas demais, especialmente se comparadas a outras discussões de reserva de plenário, como sejam a da edição, revisão ou cancelamento de verbete da súmula vinculante do Tribunal (por enquanto, estamos na fase apenas de edição) e a da modulação de efeitos, quer no julgamento de ações diretas, quer no exame de recursos extraordinários. Nem de longe pretendendo ser contraditórios com afirmações antecedentes por meio das quais dissemos que o conceito de repercussão geral poderia ser de somenos, uma vez que deparando-se com caso de repercussão geral, ela saltaria aos olhos, não podemos negar a relevância da atuação inicial do Supremo Tribunal Federal – por meio de decisões debatidas e fundamentadas exaustivamente (ou, quando não, que pelo menos não fossem superficiais...) – para a construção das bases do instituto. Em nosso sentir – e aqui pode até haver uma dose de subjetividade demasiada em nossa avaliação – o Supremo Tribunal Federal poderia, neste momento importante, dedicar um pouco mais de atenção à construção de sua jurisprudência de base, por assim dizer, sobre repercussão geral no direito brasileiro. Seria um investimento de tempo agora, para economizá-lo no futuro.

Violado seria o princípio da publicidade porque, a despeito da previsão regimental de juntada aos autos das manifestações dos demais ministros, para além do relator, sobre a repercussão geral, na prática – pelo menos as primeiras decisões estão dando a entender – os ministros têm se limitado a acompanhar ou não o relator. No que refere à publicidade, note-se que publicadas as primeiras decisões sobre a repercussão geral como requisito de admissibilidade, as primeiras vieram desacompanhadas, pelo menos em

publicação oficial, das manifestações dos componentes do Tribunal, havendo apenas a do relator. A importância destas primeiras decisões – não estamos aqui a sustentar que assim se devesse processar eternamente – exigiria uma outra postura da Corte, reitere-se.

Também o princípio da reserva de plenário parece estar sendo violado ou, quando menos, relativizado, pelas iniciais decisões e postura adotada pelo Supremo Tribunal Federal de fazer eletrônica a discussão dos casos onde se avalie existir ou não existir a repercussão geral – que, de resto, lembre-se, é presumida. Novamente é de se destacar que, pelo menos do nosso conhecimento, este facilitador não é usado pelo Tribunal nos demais casos de reserva de plenário, especialmente os já mencionados modulação de efeitos e edição (por ora, apenas edição) de verbete da súmula vinculante da Corte.

Isto tudo somado, leva-nos a constatar que o jurisdicionado foi e poderá ser definitivamente alijado da discussão preliminar dos recursos extraordinários como um todo – a repercussão geral. Apesar da previsão da participação de terceiros, na forma do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, toda aquela perspectiva que tínhamos – e que, em certa medida, encontrava respaldo na doutrina – da realização de sessão de julgamento pelo Tribunal Pleno (reserva de plenário) onde o contraditório e a ampla defesa pudessem ser praticados em sua extensão máxima<sup>541</sup>, parece estar frustrada pelo procedimento adotado pela Corte. Não querendo ser repetitivo com relação à inexistência de pauta de julgamento, debates e a participação do advogado (essencial à administração da justiça, diz o art. 133 da Constituição Federal) – o que o impede de sustentar oralmente suas razões e, por não ter pauta, prejudica a estratégia de entrega de memoriais – e os malferimentos da publicidade, da motivação e da reserva de plenário, parece-nos adequado se adotasse outra linha de conduta. Ronda e sempre rondará o assunto a identidade – pela doutrina negada, pela lei não verificada,

---

<sup>541</sup> Não é objeto do nosso trabalho o estudo do contraditório e da ampla defesa. Assim como a dissertação não analisará a conhecida discussão a respeito da viabilidade da manutenção de julgamentos colegiados, neste ponto se limitando a falar apenas *de lege lata*.



mas pela jurisprudência procurada – entre a (famigerada) argüição de relevância e a (esperançosa) repercussão geral. Reitere-se: pelo menos no início as coisas poderiam ser diferentes.

A justificativa e o fundamento para a adoção de tal procedimento (referimos ao “debate” eletrônico) são a inviabilidade da designação de sessão plenária para julgamento de repercussão geral, algo que não passa de uma preliminar recursal, e a transformação da Corte em colegiado de exame de questões secundárias. Além disto, o mecanismo corrige um equívoco legislativo, se comparado com o direito alienígena, de não permitir ao relator – unipessoalmente – deliberar sobre a questão de repercussão geral, levando apenas casos de dúvida ao plenário ou, quando muito, para seu referendo.

Algumas observações nos parecem relevantes.

Embora seja verdadeira a premissa de que a reserva de plenário para exame da repercussão geral – se levada a ferro e fogo, ou, por outra, se não relativizada com a adoção do “debate” eletrônico – aumentaria o volume de trabalho do (já congestionado) Supremo Tribunal Federal, a conclusão – de que então o procedimento seria legítimo – não nos cativa. Não é porque a inclusão em pauta e processamento mais formal, por assim dizer – como soe ocorrer, lembre-se, com a edição de verbete da súmula vinculante e com a modulação dos efeitos [outras matéria de reserva de plenário] – da repercussão geral “burocratizaria” o funcionamento do tribunal e a própria fluência do instituto que estejamos a concordar com a não designação de pauta e suas inerentes decorrências. A expressão “burocratizar” – aliás – é usada extamente para cativar adeptos da relativização, pois coloca em análise algo maior, que seria o próprio funcionamento do Tribunal. Paralelamente a isto, é cativante o argumento – e na mesma proporção, torna-se antipático o contraponto – de que no século XXI seria

espantoso não se utilizar da tecnologia e negar a funcionalidade, por exemplo, da *intranet* e dos “debates” eletrônicos. Há algo de subliminar na retórica.

As afirmações, colocações e ponderações que vimos de fazer põem, de certa forma, em questionamento o procedimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal e que está consubstanciado em seu Regimento Interno. Mas o nosso posicionamento precisa ser compreendido em sua exata dimensão – e talvez o Tribunal pudesse atentar para algo escrito linhas atrás. Ora, se – salvo questão de revisão por superveniente concepção jurídica-social – as decisões iniciais sobre uma matéria em termos de ter ou de não ter repercussão geral conduzirão o destino de todos os demais casos em que aquela questão seja versada, ela mesma ou até as semelhantes, então a preocupação do Supremo de se tornar colegiado qualificado (Tribunal Pleno) de exame de repercussão geral é, em si, uma afirmação apenas aparentemente correta: melhor seria – já o dissemos – resolver bem a questão de repercussão geral uma e apenas uma única vez, que servirá de modelo para outros temas, aí sim, já facilitados seus respectivos exames.

A resistência (vestida, é verdade, sob o manto da “burocratização” do Tribunal) em analisar colegiadamente, na sua mais verdadeira concepção, dentro do que efetivamente se poderia considerar como reserva de plenário, a questão da repercussão geral evidencia a inclinação do Supremo Tribunal Federal em reconhecer, no tema, sua feição apenas particular, como se fosse *intra-partes*. Se bem que o julgamento do Supremo Tribunal Federal nunca seja apenas *intra-partes*, porque envolve o exame de matéria constitucional, porque não seja uma quarta ou quinta instância senão suprema, porque não serve o extraordinário para restabelecimento da justiça, senão da ordem constitucional – porque, enfim, como se sabe, trate-se de recurso de fundamentação vinculada – , as questões meramente procedimentais têm características singulares, vale dizer, processo a processo.

Exceto – todavia – a repercussão geral: longe de resolver apenas a admissibilidade de um caso, está a serviço da seleção de processos que devam ou que não devam ser apreciados pelo Supremo Tribunal Federal.

Demais, a irrecorribilidade da decisão sobre repercussão geral só se legitima com a adoção mais formal de seu processamento.

## **4.2 Exame do Agravo de Instrumento n. 664.567-2/RS, Relator Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ de 06.09.2007**

No julgamento do Agravo de Instrumento n. 664.567-2/RS, DJ de 06.09.2007, o relator, Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, suscitou questão de ordem “quanto à exigibilidade do requisito constitucional em recurso extraordinário em matéria criminal, em que pese ter a L. 11.418/06 se limitado a alterar o texto do C.Pr.Civil; bem como se poderia a decisão agravada ter exigido, no caso, que na petição do RE houvesse demonstração da existência de repercussão geral das questões suscitadas.”

Sendo este um acórdão importante na construção da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o instituto da repercussão geral – o que não infirma o argumento do tópico anterior, de que no começo as decisões deveriam ser tomadas dentro de uma concepção mais restrita do que possa ser “reserva de plenário” – é necessário analisá-lo com profundidade.

Na ementa do julgado<sup>542</sup> encontram-se delineamentos importantes:

“I. Questão de ordem. Recurso extraordinário, em matéria criminal e a exigência constitucional da repercussão geral.

1. O requisito constitucional da repercussão geral (CF, art. 102, § 3, red. EC 45/2004), com a regulamentação da L. 11.418/06 e as normas regimentais necessárias à sua execução, aplica-se aos recursos extraordinários em geral e, em consequência, às causas criminais.

---

<sup>542</sup> A decisão do Supremo Tribunal Federal foi a seguinte: “(...) acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a presidência do Sr. Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em decidir a questão de ordem da seguinte forma: 1) que é de exigir-se a demonstração da repercussão geral das questões constitucionais discutidas em qualquer recurso extraordinário, incluído o criminal; 2) que a verificação da existência de demonstração formal e fundamentada da repercussão geral das questões discutidas no recurso extraordinário pode fazer-se tanto na origem quanto no Supremo Tribunal Federal, cabendo exclusivamente a este Tribunal, no entanto, a decisão sobre a efetiva existência da repercussão geral; 3) que a exigência da demonstração formal e fundamentada no recurso extraordinário da repercussão geral das questões constitucionais discutidas só incide quando a intimação do acórdão recorrido tenha ocorrido a partir de 03 de maio de 2007, data da publicação da Emenda Regimental n. 21, de 30 de abril de 2007, nos termos do voto do Relator.”

2. Os recursos ordinários criminais de um modo geral, e, em particular o recurso extraordinário criminal e o agravo de instrumento da decisão que obsta o seu processamento, possuem um regime jurídico dotado de certas peculiaridades – referentes a requisitos formais ligados a prazos, formas de intimação e outros – que, no entanto, não afetam substancialmente a disciplina constitucional reservada a todos os recursos extraordinários (CF, art. 102, III).

3. A partir da EC 45, de 30 de setembro de 2004 – que incluiu o § 3 no art. 102 da Constituição – passou a integrar o núcleo comum da disciplina constitucional do recurso extraordinário a exigência da repercussão geral da questão constitucional.

4. Não tem maior relevo a circunstância de a L. 11.418/06, que regulamentou esse dispositivo, ter alterado apenas texto do Código de Processo Civil, tendo em vista o caráter geral das normas nele inseridas.

5. Cuida-se de situação substancialmente diversa entre a L. 11.418/06 e a L. 8.950/94 que, quando editada, estava em vigor norma anterior que cuidava dos recursos extraordinário em geral, qual seja a L. 8.038/90, donde não haver óbice, na espécie, à aplicação subsidiária ou por analogia do Código de Processo Civil.

6. Nem há falar em uma imanente repercussão geral de todo recurso extraordinário em matéria criminal, porque em jogo, de regra, a liberdade de locomoção: o RE busca preservar a autoridade e a uniformidade da inteligência da Constituição, o que reforça com a necessidade de repercussão geral das questões constitucionais nele versadas, assim entendidas aquelas que ‘ultrapassam os interesses subjetivos da causa’ (C. Pr.Civil, art. 543-A, § 1, incluído pela L. 11.418/06).

7. Para obviar a ameaça ou lesão à liberdade de locomoção – por remotas que sejam – há sempre a garantia constitucional do habeas corpus (CF, art. 5, LXVIII).

II – Recurso extraordinário: repercussão geral: juízo de admissibilidade: competência.

1. Inclui-se no âmbito do juízo de admissibilidade – seja na origem, seja no Supremo Tribunal – verificar se o recorrente, em preliminar do recurso extraordinário, desenvolveu fundamentação especificamente voltada para a demonstração, no caso concreto, da existência de repercussão geral (C.Pr.Civ, art. 543-A, § 2; RISTF, art. 327).

2. Cuida-se de requisito formal, ônus do recorrente, que, se dele não se desincumbir, impede a análise da efetiva existência da repercussão geral<sup>543</sup>, esta sim sujeita ‘à apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal’ (rt. 543-A, § 2).

---

<sup>543</sup> Assim, haverá casos onde a mesma questão constitucional esteja versada, podendo alguns serem julgados em mérito, se reconhecida a repercussão geral e outros que, a despeito de reconhecida, em linhas gerais e como um todo, a repercussão geral, não serão analisados. Isto ocorre – e, adiantamos, não encerra qualquer mácula à igualdade e à isonomia de tratamento – porque a repercussão geral continua sendo, na esfera subjetiva, requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, vale dizer, naquela determinada e específica relação processual, é este o seu papel. Isto não infirma a assertiva por mais de uma vez utilizada de que o Supremo Tribunal Federal é instância suprema. Raciocínio oportunista poderia dizer, sob este pálio, que a não dedução de preliminar de repercussão geral não poderia impedir o exame do recurso, se – por hipótese – sua matéria fosse reconhecida como de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal. Demais – e em linha de consequência – mesmo os recursos extraordinários que venham a ser interpostos a respeito de questão constitucional já declarada como de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal deverão ter a mencionada preliminar.

III – Recurso extraordinário : exigência de demonstração, na petição de RE, da repercussão geral da questão constitucional : termo inicial.

1. A determinação expressa de aplicação da L. 11.418/06 (art. 4º) aos recursos interpostos a partir do primeiro dia de sua vigência não significa a sua plena eficácia. Tanto que ficou a cargo do Supremo Tribunal Federal a tarefa de estabelecer, sem eu Regimento Interno, as normas necessárias à execução da mesma lei (art. 3º).

2. As alterações regimentais, imprescindíveis à execução da L. 11.418/06, somente entraram em vigor no dia 03.05.07 – data da publicação da Emenda Regimental n. 21, de 30.04.2007.

3. No artigo 327 do RISTF foi inserida norma específica tratando da necessidade da preliminar sobre repercussão geral, ficando estabelecida a possibilidade de, no Supremo Tribunal, a Presidência ou o Relator sorteado negarem seguimento aos recursos que não apresentem aquela preliminar, que deve ser ‘formal e fundamentada’<sup>544</sup>.

4. Assim sendo, a exigência da demonstração formal e fundamentada, no recurso extraordinário, da repercussão geral das questões constitucionais discutidas só incide quando a intimação do acórdão recorrido tenha ocorrido a partir de 03 de maio de 2007, data da publicação da Emenda Regimental n. 21, de 30 de abril de 2007.”

O delineamento dado pelo Supremo Tribunal Federal à repercussão geral, neste primeiro exame feito no AI 664.567-QO/RS abordou três pontos essenciais: a) a exigência é de matriz constitucional, logo atinge a todos os recursos extraordinários – neles incluindo o criminal; b) que os tribunais de interposição podem checar a regularidade formal do recurso extraordinário e verificar a dedução de preliminar sobre repercussão geral (embora o mérito seja exclusivo do Supremo Tribunal Federal); e c) que apenas após a vigência da Emenda Regimental n. 21, de 20 de abril de 2007, é que a exigência da repercussão geral pode ser – enquanto ônus – exigida.

Vejamos estes pontos separadamente.

---

<sup>544</sup> Ora, se a preliminar deve ser (suscitada) “formal e fundamentada” o exame da preliminar deve ser “formal e fundamentado” – o que significa dizer que a adoção da informalidade preconizada na reserva de plenário virtual é, com relação a esta passagem, evidência de uma linha contraditória de argumentos.

**a) a exigência é de matriz constitucional, logo atinge a todos os recursos extraordinários – neles incluindo o criminal.**

O relator, Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, quando suscitou a questão de ordem asseverou, em seu voto, que o recurso extraordinário possui matriz constitucional e que, embora a lei da repercussão geral tenha alterado tão e só o Código de Processo Civil, dever-se-ia compreender a inteireza do sistema e aplicá-la a todo e qualquer recurso extraordinário – mesmo o interposto em matéria penal.

Segundo seu voto, neste particular:

“(…) apesar de a alteração formalmente ter atingido apenas o Código de Processo Civil, a regulação se aplica plenamente ao recurso extraordinário criminal, seja porque – repita-se – a repercussão geral passou a integrar a disciplina constitucional de todos os recursos extraordinários, seja porque parece inequívoca a finalidade da L. 11/418/06 de regulamentar o instituto nessa mesma extensão.” Convém registrar – inclusive – nota de rodapé tirada pelo próprio relator: “aliás [falando sobre a finalidade regulamentadora da lei da repercussão geral], está expressamente declarado no art. 1 da L. 11.418/06 que ela visa regulamentar o § 3 do art. 102 da Constituição Federal, sem distinção alguma.”

O Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE chegou a tocar em ponto versado no julgamento do HC 50.556 (Relator Ministro XAVIER DE ALBUQUERQUE, 30.11.72, RTJ 64/91): a repercussão geral – assim como naquele caso, a inclusão do nome dos advogados na publicação da pauta de julgamento – é algo que pertence não ao processo civil, ou ao penal, mas à teoria geral do processo. Além disto, deixou claro que não serão todos os recursos extraordinários – a despeito da discussão neles contida, na maior parte das vezes, relacionada à liberdade de locomoção – dotados de repercussão geral.

Vale anotar o voto do Ministro CEZAR PELUSO, neste particular do alcance da repercussão geral – como requisito de admissibilidade – ao recurso extraordinário criminal: “(…) o requisito da repercussão geral, não obstante originariamente regulado em normas de caráter processual civil, se aplica integralmente aos recursos extraordinários criminais,

segundo a tradição da jurisprudência da Corte, que sempre aplicou os requisitos do recurso extraordinário civil ao recurso extraordinário de caráter criminal.”

Também do voto do Ministro MARCO AURÉLIO extraem-se argumentos relevantes: “a nova disciplina diz respeito a qualquer recurso extraordinário, pouco importando a natureza do processo, o procedimento ou o órgão que haja prolatado a decisão impugnada.”

Com razão o Tribunal. Uma vez que o recurso extraordinário possua natureza e matriz constitucional e tenha o escopo de proteger as normas constitucionais, em sentido bastante simples, quaisquer deles devem a partir da Emenda Constitucional n. 45, de 2004, lei e alteração regimental versar preliminar de repercussão geral. Mesmo que a lei que regulamentou o § 3º do art. 102 da Constituição Federal tenha modificado o Código de Processo Civil, deverá ela reger toda e qualquer interposição de recurso extraordinário, mesmo aqueles que sejam interpostos com base em legislação outra que não o próprio estatuto processual civil – como seja o recurso extraordinário criminal, regido [no seu mais] pelo Código de Processo Penal.

Isto decorre da vocação do Supremo Tribunal Federal em ser Corte Constitucional – e não órgão de quarta, quinta instância como se tem falado no curso deste trabalho.

As matérias criminais não trazem necessariamente repercussão geral, assim como não as ambientais, tributárias *etc.*



**b) que os tribunais de interposição podem checar a regularidade formal do recurso extraordinário e verificar a dedução de preliminar sobre repercussão geral (embora o mérito seja exclusivo do Supremo Tribunal Federal).**

O relator, Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, entendeu que os tribunais de interposição podem analisar se a parte recorrente deduziu – em preliminar do recurso extraordinário – a repercussão geral; sendo um requisito de admissibilidade, a exemplo dos demais, pertenceria à alçada do juízo *a quo* verificar se tal ônus fora ou não fora adimplido pelo recorrente e, no caso negativo, negar admissão ao recurso.

Segundo seu voto:

“(…) inclui-se no âmbito do juízo de admissibilidade – seja na origem, seja no Supremo Tribunal – verificar se o recorrente, em preliminar do recurso extraordinário, desenvolveu fundamentação especificamente voltada a demonstrar, no caso concreto, a existência da repercussão geral. Cuida-se de um requisito formal do recurso extraordinário, um ônus do recorrente que, se dele não se desincumbir, impede a análise da efetiva existência da repercussão geral”.

Não houve debates nem os demais votos chegaram a manifestar sobre o ponto, que é de fácil solução e encaminhamento – estando, outrossim, correto o posicionamento adotado pelo plenário, de que tanto os juízos de interposição, quanto o Supremo Tribunal Federal podem analisar a dedução da repercussão geral como preliminar do recurso extraordinário.

Demais, a ressalva contida no acórdão é essencial para se compreender o assunto: pertence – e com exclusividade – ao Supremo Tribunal Federal a análise do conteúdo da repercussão geral; ele – não os tribunais de interposição – dirá se a questão constitucional versada no recurso extraordinário possui ou não possui repercussão geral.

Juízo de mérito algum – nesse particular – pode ser feito pelo juízo *a quo*, a quem se permite apenas verificar a regularidade formal do recurso extraordinário – vetando

sua admissão caso verifique, a olho nu e sem qualquer juízo de valor, simplesmente se a preliminar foi ou não foi suscitada.

Assim delimitada a competência dos tribunais de interposição e sendo feita a ressalva expressa de que apenas o Supremo Tribunal Federal pode versar sobre o mérito da repercussão geral, no sentido de ser ou de não viabilizadora de recurso extraordinário, concordamos com o posicionamento da Corte segundo o qual nesse mínimo particular o juízo *a quo* possa analisar o assunto.

**c) que apenas após a vigência da Emenda Regimental n. 21, de 20 de abril de 2007, é que a exigência da repercussão geral pode ser – enquanto ônus – exigida.**

Discussão maior, contudo, houve na fixação do termo inicial de exigência da repercussão geral das questões constitucionais versadas no recurso extraordinário como requisito de admissibilidade e ônus da parte, sem o qual cumprido não se dava a admitir seu processamento.

O relator, Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, pontuou a matéria da seguinte forma:

“(…) o equívoco da decisão agravada está, isto sim, em exigir antes das normas regimentais implementadas pelo Supremo Tribunal Federal, que o recorrente buscase demonstrar, na petição do RE, a repercussão geral da questão.

É que a determinação expressa de aplicação da L. 11.418/06 (art. 4º) aos recursos interpostos a partir do primeiro dia de sua vigência não significa a sua plena eficácia.

Tanto é assim que ficou a cargo do Supremo Tribunal Federal a tarefa de estabelecer, em seu Regimento Interno, as normas necessárias à execução da L. 11.418/06 (art. 3º).

Na verdade, o objetivo do art. 4º da L. 11.418/06 foi tão-somente evitar a aplicação retroativa do requisito da repercussão geral: sem ele, com efeito, poderia surgir a tentadora interpretação de que a repercussão geral seria exigida quanto aos recursos interpostos antes da vigência da Lei, notadamente os recursos interpostos após a EC 45.

Em tese, como a L. 11.418/06 entrou em vigor 60 dias após a sua publicação (art. 5º), a edição, pelo Supremo Tribunal Federal, das normas regimentais necessárias a sua execução poderiam ter entrado em vigor nessa mesma data.

(...)

Parece fora de dúvida que, sendo imprescindível a referida emenda regimental para a execução da L. 11.418/06, seria ilógico exigir que os recursos interpostos antes da vigência daquela contenham uma preliminar em que o recorrente demonstre a existência da repercussão geral (...)

É que, ainda que houvesse a referida preliminar, não se poderia dar o imediato e integral cumprimento da L. 11.418/06.”

Houve interessantes debates.

O Ministro CEZAR PELUSO entendia de forma diversa. Para ele, já a lei estabelecia o ônus da dedução da repercussão geral em preliminar dos recursos extraordinários – a despeito de estar ou de não estar disciplinada a matéria no âmbito do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal:

“(...) Parece-me que a exigência do § 2º do artigo 543-A é auto-aplicável

(...)

Estou propenso a admitir que a regulamentação do Regimento Interno não acresceu nada em termos de exigibilidade do cumprimento desse requisito, que já constava da Lei e era auto-aplicável. O Regimento apenas deu competência ao Presidente do Tribunal e ao Relator para negar seguimento liminar ao recurso extraordinário desprovido desse requisito.

Minha primeira inclinação é, pois admitir a exigência dessa preliminar a partir da vigência da Lei, que deu nova redação ao artigo 543-A, mais precisamente nestes termos: exigir dos recursos interpostos de decisões cuja intimação se tenha dado após início de vigência da Lei. Isto é, ainda que se trate de alguma decisão anterior, quando da edição da Lei, se a intimação dessa decisão não se deu já na vigência da Lei, a meu ver esse requisito não pode ser exigido. A regra geral é de a lei do recurso ser a lei da data da publicação ou intimação da decisão. De outro modo, os interessados seriam surpreendidos com uma exigência que não constava ao tempo em que poderiam recorrer.”

Formava-se então a primeira discussão: a exigência da preliminar de repercussão geral como ônus da parte principiava-se da lei ou do regimento interno? Nesta primeira etapa do debate, cogitava-se de um lado a auto-aplicabilidade da lei da repercussão

geral e, de outro, a necessidade de ser regulamentada no âmbito do regimento interno do Supremo Tribunal Federal.

De sorte a não causar prejuízo de qualquer espécie aos jurisdicionados, o próprio Ministro CEZAR PELUSO houve por bem prestigiar posição menos ortodoxa, ou mais liberal, e aceitar a tese segundo a qual a preliminar só pudesse ser cobrada do recorrente após a regulamentação da lei pela emenda regimental, como se favor fosse do Tribunal aos jurisdicionados – neste exato momento em que forma uma jurisprudência, no caso, suas bases, sobre o novel instituto.

Daí veio o posicionamento do Ministro MARCO AURÉLIO, melhor pontuando a situação e verbalizando que na verdade não se tratava de *concessão* de espécie alguma, pois a lei remetia ao regimento interno do Supremo Tribunal Federal sua regulamentação – sem o que não se dava a exigir. Disse o Ministro MARCO AURÉLIO:

“O preceito de natureza linear [referia-se ele ao § 3 do art. 102 da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional n. 45/2004] remete à lei, que veio a fixar os parâmetros próprios à demonstração da repercussão geral. O que há na lei, Presidente? Dispositivo muito claro que condicionou a respectiva execução à alteração do Regimento Interno do Tribunal. Com a devida vênia, não se trata de ser ou não ser generoso no tocante à espécie. O art. 3 da Lei n. 11.418/2006 mostra-se categórico (...). Vale dizer; enquanto não introduzida a regulamentação no Regimento Interno, a Lei não teve execução no território nacional.”

É de se resgatar a manifestação do Ministro CARLOS BRITTO:

“(…) são três planos de normatividade abstrata sob o mesmo tema novo, importantíssimo, no qual, teoricamente, Kelsen designaria como particularização progressiva de comandos, começando com a Constituição e terminando no Regimento, mas o Regimento é se dotado em eficácia constitutiva (sic). Ou seja, sem o Regimento a lei não se torna eficaz.”

Embora houvesse em sede doutrinária aqueles que defendessem já a partir da Emenda Constitucional n. 45/2004 a exigência da repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário – a ser deduzida na petição, embora ainda sem se

falar como preliminar – e embora houvesse aqueles que defendessem sua exigibilidade a partir da Lei 11.418/2006 – aí sim já versando topicamente sobre sua localização na petição recursal – , acabou prevalecendo a tese de que a repercussão apenas passasse a ser exigida após a reforma regimental – seja porque se constituísse em *favor* do tribunal aos jurisdicionados em função de ser a matéria nova e relevante; seja porque a lei ao regimento estivesse condicionada.

A segunda discussão foi a respeito do direito intertemporal. E prevaleceu a tese de que a repercussão geral passasse a ser exigida sempre que a intimação do acórdão objeto do recurso extraordinário tivesse ocorrido a partir de 3 de maio de 2007.

## **5. EXAME DAS PRIMEIRAS DECISÕES SOBRE REPERCUSSÃO GERAL NO DIREITO BRASILEIRO**

Renovada a crítica de caráter negativo segundo a qual pudesse, em nossa opinião, o Supremo Tribunal Federal se aprofundar na discussão do tema neste momento inicial em que se fixam as linhas mestras de sua existência – já que à lei não é dado o papel de conceituar institutos – e, demais, ratificada nossa posição quanto à reserva de Plenário – no sentido de que a matéria devesse ser realmente debatida em Plenário, pelo menos neste primeiro momento – passemos a analisar as primeiras<sup>545</sup> decisões do Supremo Tribunal Federal a respeito deste novo e importantíssimo requisito de admissibilidade do recurso extraordinário – a repercussão geral.

### **5.1 Repercussão Geral em Recurso Extraordinário 566.471-6 – RN (DJ de 07/12/2007) – Relator Ministro MARCO AURÉLIO**

A repercussão geral foi reconhecida no RE 566.471-6, que recebeu a seguinte ementa:

---

<sup>545</sup> Além dessas iniciais decisões do Supremo Tribunal Federal sobre repercussão geral, publicadas antes do encerramento deste trabalho, houve algumas outras – no entanto não publicadas – que podemos apenas registrar: a) RE 559.607, Relator Ministro Marco Aurélio MELLO, versando sobre o art. 149, § 2, III, “a” da Constituição Federal (contribuição social/base de cálculo/Pis/Cofins/Inclusão do ICMS/ Desembaraço aduaneiro) onde foi reconhecida a repercussão geral da questão constitucional; b) RE 560.626, Relator Ministro Gilmar MENDES, versando sobre execução fiscal / contribuição previdenciária / prescrição, onde também foi reconhecida a repercussão geral da questão constitucional; c) RE 561.836, Relator Ministro Eros GRAU, versando sobre o artigo 5, XXXVI, 37, XIV e 169, § 1 e II da Constituição Federal (servidor público / vencimentos / conversão em URV), com repercussão geral da questão constitucional; d) RE 570.177, Relator Ministro RICARDO LEWANDOWKI, versando sobre os art.s 1, III e LV, 5, e 7 IV e VII da Constituição Federal (militar /vencimentos), com repercussão geral da questão constitucional.

“SAÚDE – ASSISTÊNCIA – MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO – FORNECIMENTO. Possui repercussão geral controversa sobre a obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamento de alto custo.”

Sobreleva notar que a decisão sobre repercussão geral – no caso, existente – foi unânime, sendo este o voto do relator, Ministro MARCO AURÉLIO:

“O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte desproveu apelação assentando a obrigatoriedade de o Estado fornecer medicamento de alto custo. Este tema tem-se repetido em inúmeros processos. Diz respeito à assistência do Estado no tocante à saúde, inegavelmente de conteúdo coletivo. Em outras palavras, faz-se em jogo, ante limites orçamentários, ante a necessidade de muitos considerada relação de medicamentos, a própria eficácia da atuação estatal. Em síntese, questiona-se, no extraordinário, se situação individual pode, sob o ângulo do custo, colocar em risco o grande todo, assistência global a tantos quantos dependam de determinado medicamento, de uso costumeiro, para prover a saúde ou minimizar sofrimento decorrente de certa doença. Aponta-se a transgressão dos artigos 2, 5, 6, 196 e 198, § 1º e § 2º da Carta Federal. Impõe-se o pronunciamento do Supremo, revelando-se o alcance do texto constitucional.

2. Admito a repercussão geral articulada em capítulo próprio no extraordinário. Submeto aos integrantes do Tribunal a matéria para deliberação a respeito.”

Alguns comentários nos parecem adequados.

A repercussão geral não guarda relação com o mérito do extraordinário. Situa-se em discussão notadamente preliminar e é, como já se disse, um requisito especial de admissibilidade do recurso extraordinário. Daí ser correta a decisão pois não entrou em juízo de mérito, ou valorativo. Sobreleva notar que – no caso concreto – o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte desprovera apelação e o julgado objeto do recurso extraordinário assentou a obrigatoriedade do fornecimento de medicamentos de alto custo, cumprindo a obrigação constitucional imposta ao Estado. A repercussão geral seria avaliada e teria o mesmo julgamento – no caso, de existência – se o acórdão recorrido, ao contrário, provesse a apelação e afastasse a obrigatoriedade estatal questionada. Daí ser conclusivo que – enquanto requisito de admissibilidade do recurso – não se ocupa a decisão sobre repercussão geral do

resultado do acórdão ou do que se pretenda no extraordinário: assim como se verificou a repercussão geral no recurso do Estado do Rio Grande do Norte pretendendo eximir-se daquela responsabilidade que o tribunal local impusera-lhe, verificar-se-ia repercussão geral se quem recorre fosse o cidadão, à busca do reconhecimento de seu direito frente ao Estado.

O segundo comentário que merece registro é o da fundamentação da decisão e ele, sob dois aspectos. O primeiro deles é que precisa haver relação de proporcionalidade entre o que se exige como necessário à parte para demonstrar a repercussão geral em preliminar de recurso extraordinário e o que se entende como suficiente para as decisões do Supremo Tribunal Federal sobre tal matéria. Embora não se tenham lido as razões da preliminar recursal, acredita-se que possam ter sido mais extensas ou contundentes que as razões da decisão sobre repercussão geral. Em outras palavras: se o Supremo Tribunal Federal pode ser sucinto em sua decisão sobre repercussão geral, será este mesmo grau de objetividade que ele deve exigir da parte, em sua preliminar recursal, quando demonstre o preenchimento deste requisito de admissibilidade recursal. Leitura atenta do art. 327 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal com a redação que lhe deu a Emenda Regimental n. 21, de 30 de abril de 2007 leva-nos a compreender o risco que anunciamos, de ser a exigência mais intensa que a própria decisão: “a presidência do tribunal [ou o próprio relator, na forma do § 1] recusará recursos que não apresentem preliminar formal e fundamentada da repercussão geral (...)”.

Assim, com o perdão da repetição, o nível de exigência desta fundamentação haverá de ser o mesmo do que vier a praticar o Supremo Tribunal Federal para julgar a preliminar. Sabe-se que os fundamentos colocados pela parte na preliminar de repercussão geral não são asbolutos, de sorte que o tribunal – quando a analisar – poderá se valer deles (no todo ou em parte) ou mesmo de outros, para reconhecer ou para negar a repercussão geral da



questão constitucional nele versada. Em suma: se basta ao Tribunal fundamentar a decisão na evidência da repercussão geral no caso concreto, muito mais não se poderá exigir o jurisdicionado – quando a demonstrar na preliminar que necessariamente suscitar em seu recurso.

Analisando agora os fundamentos pelos quais o Supremo Tribunal Federal admitiu a repercussão geral neste caso concreto – e tratando portanto do terceiro comentário que nos parece relevante – podemos dividir a decisão em dois aspectos: a) o aspecto quantitativo e b) o aspecto qualitativo (usa-se esta palavra para não usar meritório – pois poderia confundir e até contradizer este trabalho, que vem sustentando tratar-se de preliminar onde não se analisa o mérito do extraordinário). O aspecto quantitativo está presente em duas passagens da decisão: “este tema tem-se repetido em inúmeros processos” e “diz respeito à assistência do Estado no tocante à saúde, inegavelmente de conteúdo coetivo”.

O aspecto qualitativo está presente na síntese do assunto:

“(…) questiona-se, no extraordinário, se situação individual pode, sob o ângulo do custo, colocar em risco o grande todo, a assistência global a tantos quantos dependam de determinado medicamento, de uso costumeiro, para prover a saúde ou minimizar sofrimento decorrente de certa doença”.

Discutia-se em verdade a obrigatoriedade do Estado em prestar assistência na área de saúde. Parece-nos que a questão seja relevante mesmo a despeito de – eventualmente – haver contencioso de massa (aspecto quantitativo). De sorte que, embora houvesse poucas e não muitas demandas, ainda assim, conquanto relacionada inclusive ao comprometimento do Estado com a população, a matéria ensejaria repercussão geral.

Assim, o que prepondera na decisão é o segundo aspecto – e não aquele duplamente explorado, que se relaciona com a quantidade de demandas sobre o tema no país e

sob a jurisdição do Supremo Tribunal Federal. Por outra: não se caracteriza repercussão geral só em função de aspectos quantitativos.

Seja como for, talvez pudesse ter havido debate sobre o tema, mas o que se passou foi apenas a concordância dos demais ministros com o argumento do relator. Ressalva seja feita de eventual manifestação eletrônica, à qual não se teve acesso – passando a valer, então, a segunda crítica: a necessidade de divulgação dos debates feitos pela *intranet* (embora saiba-se que a disposição regimental manda lhe seja dada publicidade).

## **5.2 Repercussão Geral em Recurso Extraordinário 561.908-7 – RS (DJ de 07/12/2007) – Relator Ministro MARCO AURÉLIO**

Novamente por decisão unânime foi reconhecida a repercussão geral, desta feita em matéria de natureza tributária:

“TRIBUTÁRIO – REPETIÇÃO DE INDÉBITO – LEI COMPLEMENTAR N. 118/2005. REPERCUSSÃO GERAL – ADMISSÃO. Surge com repercussão geral controvérsia sobre a inconstitucionalidade, declarada na origem, da expressão ‘observado, quanto ao art. 3, o disposto no art. 106, inciso I, da Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional’ constante do artigo 4, segunda parte, da Lei Complementar n. 118/2005.”

O voto do relator, Ministro MARCO AURÉLIO, destacou ter exsurgido a repercussão geral da declaração de inconstitucionalidade de tributo, mencionando – ademais – que recurso extraordinário foi interposto com fundamento na letra “b” do permissivo constitucional. A decisão tem a seguinte e integral redação:

“O Tribunal Regional Federal da 4ª Região proclamou a inconstitucionalidade da expressão ‘observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, inciso I, da Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional’ constante do art. 4º, segunda parte, da Lei Complementar n. 118/2005. A União sustenta a repercussão

geral do tema, ante a circunstância de envolver milhares de ações alusivas a repetição de indébito considerados tributos sujeitos a lançamento por homologação.

Está-se diante de questão a revelar, realmente, a repercussão geral. Para assenta-la, na minha óptica, nem se mostraria necessária a veiculação de matéria em inúmeros conflitos de interesse sob apreciação do Judiciário. Suficiente seria o fato de a Corte de origem haver declarado a inconstitucionalidade de lei federal a versar tema tributário, sendo interposto o extraordinário com base na alínea 'b' do inciso III do artigo 102 da Constituição Federal.

Pronuncio-me no sentido da relevância, submetendo aos integrantes do Tribunal – presente a competência do Plenário, e não da Turma – a matéria, para deliberação a respeito.”

Novamente dois os critérios: o quantitativo, em certa parte até desprezado pelo relator (dando-lhe a importância que tem, conforme falamos ao comentar a decisão anterior) e o de fundo. Porém, neste caso o aspecto de mérito da repercussão geral (resistimos até onde pudemos para não usar esta expressão) evidenciou-se não apenas em função da natureza do assunto e do tema constitucional versado no extraordinário (questão desta feita tributária), mas – também – em função de o recurso ter sido interposto com fundamento na letra “b” do permissivo constitucional.

Quando ainda agora sustentávamos a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal aprofundar a análise da repercussão geral nestes primeiros casos imaginávamos que – em situações como esta – o Tribunal formasse um compêndio até de natureza orientativa. Por exemplo: serão todos os recursos extraordinários interpostos com base na letra “b” do permissivo constitucional cognoscíveis em função de terem – necessariamente – repercussão geral? Porque haja situações de menor importância, mesmo na casuística da letra “b” de cabimento, a resposta pode ser negativa. Como pode ser – todavia – positiva, se se considerar que se trata de recurso extraordinário interposto de decisão que tenha declarado lei inconstitucional. A dúvida poderia ter sido dissipada – e não estabelecida – na decisão em análise. Dá-se a entender, pela decisão do Ministro MARCO AURÉLIO, que nos casos de extraordinário “b” haja repercussão geral. Note-se que as únicas hipóteses de dispensa de

exame de repercussão geral em razão de presunção de sua existência são, na forma da Emenda Regimental-STF 21 (art. 323, § 1º) a da existência de decisão que já a tiver reconhecido e quando impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante. Declaração de inconstitucionalidade pelo acórdão recorrido não gera por si só a existência de repercussão geral.

### **5.3 Repercussão Geral em Recurso Extraordinário 559.943-4 – RS (DJ de 07/12/2007) – Relatora Ministra CÁRMEN LÚCIA.**

Repercussão geral reconhecida por maioria de votos, vencidos os Ministros CEZAR PELUSO e EROS GRAU. Sua ementa:

“Repercussão geral; exigência de lei complementar para dispor sobre prescrição e decadência tributárias aplicáveis às contribuições sociais (art. 146, inc. III, da Constituição) para constituição do crédito tributário e da respectiva cobrança.”

No voto, a Ministra CARMEN LÚCIA destacou que:

“(…) a argumentação<sup>546</sup> apresentada demonstra que a questão constitucional ultrapassa os interesses subjetivos da causa e tem repercussão econômica e social, esta reforçada pela pleora de processos que vierem a este Supremo Tribunal relacionados ao mesmo tema como se verifica nas diversas decisões por mim proferidas com fundamento no art. 328, § único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. De se acrescentar, ainda, haver repercussão geral da matéria sob o ponto de vista jurídico. Tanto se evidencia quando uma lei tem a sua presunção de constitucionalidade questionada, fundamentadamente, em juízo, e, principalmente, quando se tem a acolhida da alegação de contrariedade ao texto da Constituição da República por algum dos órgãos do Poder Judiciário”.

---

<sup>546</sup> Que em parte transcreveu: “a autarquia previdenciária é responsável pela arrecadação e fiscalização de todas as contribuições previdenciárias federais, tributos esses que mantêm o sistema previdenciário público que beneficia dezenove milhões de brasileiros. A diminuição dos prazos de decadência e prescrição das contribuições previdenciárias, de 10 para 5 anos, pode acarretar prejuízos irreparáveis aos cofres públicos e, conseqüentemente, aos beneficiários e dependentes da Previdência Social.”

Restaram vencidos os Ministros EROS GRAU e CEZAR PELUSO, mas não obtivemos acesso aos seus votos. Da decisão da relatora, Ministra CARMEN LÚCIA, vários comentários podem ser feitos.

Três teriam sido os motivos determinantes para a relatora, Ministra CARMEN LÚCIA, reconhecer a existência de repercussão geral na hipótese: a) o volume de causas; b) a presença de conteúdo econômico e jurídico relevantes; e c) a interposição do extraordinário pela letra “b” do permissivo constitucional – em função de ter havido, outrossim, declaração incidental de inconstitucionalidade pelo tribunal *a quo*.

Embora de menor importância no contexto do voto da relatora, não passe despercebido que o volume de demandas colaborou para a identificação da repercussão geral da questão constitucional versada no extraordinário. Mais uma vez – embora não sendo preponderante – o Tribunal mostrou-se sensível ao aspecto quantitativo para julgar a preliminar de repercussão geral.

Os outros dois fundamentos são mais relevantes. O primeiro, que reconhece a existência de conteúdo econômico e de conteúdo jurídico na causa a justificarem, um e outro, a admissão em função da repercussão geral.

O outro é o ponto da recorribilidade pela letra “b” do permissivo. Mais uma vez, sinaliza o Tribunal para a possibilidade de a repercussão geral advir da própria natureza do fundamento da interposição recursal ou, por outra, da circunstância de a decisão recorrida ter declarado lei inconstitucional. Mais uma vez – porém – não se dissipou a dúvida. Aliás e a *contrario sensu*, dá-se a entender que a interposição do extraordinário pela letra “b” do permissivo não traz presunção de haver repercussão geral – dado que os Ministros EROS GRAU e CEZAR PELUSO não a vislumbraram, na hipótese.

#### **5.4 Repercussão Geral em Recurso Extraordinário 556.385-5 – MT (DJ de 07/12/2007) – Relator Ministro MENEZES DIREITO**

Esta decisão versou sobre a repercussão geral em caso de redução de ofício de multa fixada pelo juiz, que acabou não reconhecida pelo tribunal – embora, no ponto, tenha votado vencido o Ministro MARCO AURÉLIO.

Para o contexto deste trabalho, há de ser transcrita a decisão – a partir de seu relatório:

“Não estando o acórdão atacado em confronto com súmula ou jurisprudência dominante deste Tribunal, faz-se necessária a manifestação dos Ministros desta Corte acerca da repercussão geral da questão constitucional devolvida no recurso extraordinário.

Manifesto-me no sentido de não haver repercussão geral da questão constitucional objeto do presente recurso extraordinário, tendo em vista não cuidar de nenhuma matéria relevante do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que possa ultrapassar os interesses subjetivos da presente causa. Não extrapola os limites da causa ora julgada a matéria examinada pelo acórdão relativa à possibilidade de o julgador, de ofício, reduzir o valor apurado com a multa diária, considerando o Tribunal de origem, inclusive, o cumprimento, pelo INSS, da condenação para expedir a ‘certidão de tempo de contribuição, relativa ao período trabalhado no Cartório do 3º ofício à rua Cândido Mariano, 302, Cuiabá, conforme a inicial.”

Antes de examinar conteúdo e alcance da decisão, naquilo em que expressado pelo voto do relator, Ministro MENEZES DIREITO, revela-se adequada a transcrição do voto do Ministro MARCO AURÉLIO – que reconheceu a repercussão geral: “(...) trata-se de tema de grande relevância, no que envolvida a segurança jurídica, a certeza das decisões judiciais cobertas pela preclusão maior. Mediante mandado de segurança, rescindiu-se o título executivo judicial.”

Assim explicado, podemos então analisar alguns pontos que nos parecem por demais relevantes.

O primeiro deles – e seguramente um dos mais importantes neste cenário de repercussão geral da questão constitucional como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário – é o de como venha a ser enquadrada a matéria constitucional nele versada.

No caso concreto, houve dois entendimentos a respeito de qual fosse a questão constitucional versada no recurso extraordinário: um, de compreensão bastante restrita (MENEZES DIREITO) e outro de compreensão larga (MARCO AURÉLIO).

Relendo os respectivos votos, percebe-se que o Ministro MENEZES DIREITO entendeu que a repercussão geral devia ser analisada em função de que fosse, a matéria constitucional versada no extraordinário:

“(…) possibilidade de o julgador, de ofício, reduzir o valor apurado com a multa diária, considerando o Tribunal de origem, inclusive, o cumprimento, pelo INSS, da condenação para expedir a ‘certidão de tempo de contribuição, relativa ao período trabalhado no Cartório do 3º ofício à rua Cândido Mariano, 302, Cuiabá, conforme a inicial”.

Já o Ministro MARCO AURÉLIO deu uma outra visão à questão constitucional versada no extraordinário: segurança jurídica, a certeza das decisões judiciais cobertas pela preclusão maior. Mediante mandado de segurança, rescindiu-se o título executivo judicial. As próprias ementas dos votos (que, tratando de repercussão geral, fixam e delimitam qual seja o tema constitucional versado no extraordinário em função do qual se devesse analisar, como requisito de admissibilidade do recurso, a existência da repercussão geral) demonstram que o Ministro MENEZES DIREITO e o Ministro MARCO AURÉLIO deram enquadramento distinto e especificaram o que fosse o tema constitucional versado no recurso de forma um diverso da do outro. O primeiro assim a pontuou: “Mandado de segurança. Redução de ofício da multa fixada pelo Juiz. Art. 461, § 6º, do Código de Processo

Civil. Ausência de repercussão geral”. Já o segundo trouxe outro alcance ao conteúdo da questão constitucional versada no extraordinário – em função da qual, então, acabou por reconhecer sua repercussão geral: “Coisa julgada. Afastamento mediante mandado de segurança. Repercussão geral”.

Facilmente perceptível que “redução de ofício de multa fixada pelo juiz” é muito diferente – por tudo e em tudo e – notadamente – em função da repercussão geral – de “coisa julgada – afastamento mediante mandado de segurança”.

Se na primeira definição do que fosse, na espécie, o tema constitucional sobre o qual se devesse analisar repercussão geral para fins de admissão do extraordinário, a conclusão pareceu ser correta, de que não houvesse repercussão geral, na segunda ela sobressai aos olhos, sem qualquer esforço.

Daí a importância da premissa pois dela dependerá a validade da conclusão.

O entendimento do Ministro MENEZES DIREITO está, de certa forma, compreendido no entendimento do Ministro MARCO AURÉLIO. Este é – no entanto – muito mais abrangente. Embora se tenha versado sobre a redução de ofício de multa pelo juiz, versou mais – o extraordinário: versou sobre o desfazimento da coisa julgada (título executivo judicial) via mandado de segurança.

Esta divergência de fixação de qual fosse, na hipótese, a questão constitucional sobre a qual o tribunal devesse dizer da repercussão geral para fins de recurso extraordinário ratifica nossos dois posicionamentos: o primeiro, de que este começo de posicionamento do Supremo Tribunal Federal ficou aquém do que devesse e se esperasse; e o segundo, de que as decisões deveriam ser tomadas em plenário, presencialmente – e não pela *intranet*.



Realizada que pudesse ter sido a discussão em sessão de julgamento, ou bem poderiam os Ministros perceber que havia divergência entre os Ministros MENEZES DIREITO e MARCO AURÉLIO na fixação de qual fosse a *questão constitucional* versada no extraordinário ou bem – se de ofício tal não ocorresse – poderia ser pedida a palavra, da tribunal e pela ordem, para chamar-lhe atenção de tal e sobredita discrepância; este importante papel do advogado foi-lhe subtraído. Aliás, nesta sessão plenária de julgamento, necessariamente o advogado ou advogados inscritos deveriam ser ouvidos, num processo de integração dialética advogado-juiz, ou melhor, jurisdicionado – por quem ele fala – Estado, que profere decisões judiciais pelo Judiciário.

Para não deixar de tomar posição no assunto à luz do caso concreto, quer nos parecer que a *questão constitucional* fosse aquela vista pelo Ministro MARCO AURÉLIO – e não aquela proclamada pelo Ministro MENEZES DIREITO. Mais acostumado este último ao exame do direito federal de natureza infraconstitucional, parece ter limitado o alcance da questão constitucional a seu atributo meramente processual. Todavia, vai além e muito além da possibilidade de revogação de ofício de multa, para alcançar sua forma; não poder a coisa julgada ser desconstituída por mandado de segurança. Logo, a questão constitucional era a do cotejo da coisa julgada (proteção constitucional) e sua obrigatoriedade, dela decorrendo a impossibilidade de ser desconstituída via mandado de segurança. Basta ver o fundamento do extraordinário, interposto que fora com base na letra “a” do permissivo: violação do art. 5º, incisos XXXIII, XXXIV, “b”, XXXV, XXXVI e LXXVIII da Constituição Federal.

Mesmo que de outra forma se pudesse analisar o assunto, parece-nos que em linhas gerais a compreensão e a definição da *questão constitucional* versada no recurso extraordinário devam seguir a premissa (muitas vezes defendida neste trabalho) de que o Supremo Tribunal Federal encerra jurisdição constitucional, e não mais um grau qualquer e

ordinário de instância. Significa dizer: entender no sentido mais amplo, no qual o mais restrito possa ser inserido, o que ou qual seja a *questão constitucional*. Tivesse procedido desta forma, muito provável que no caso concreto ter-se-ia configurada a repercussão geral da questão constitucional do resguardo da coisa julgada e da forma de sua rescisão. Por outra: poderia o Supremo Tribunal Federal ter dito que são dotados, este como todos os demais recursos extraordinários que aleguem ofensa à coisa julgada e a defendam de rescindibilidade outra que não a da via legal.

O segundo ponto que nos parece deva ser registrado é o da fundamentação da decisão sobre repercussão geral. O voto do Ministro MENEZES DIREITO não atende ao disposto no inciso IX do art. 93 da Constituição Federal. *Fala, mas não diz*. Aliás, é um “voto padrão”, como se poderá observar abaixo.

## **5.5 Repercussão Geral em Recurso Extraordinário 565.138-0 – BA (DJ de 07/12/2007) – Relator Ministro MENEZES DIREITO**

Novamente decisão de não haver repercussão geral da questão constitucional. O voto é o mesmo, mudando apenas o destaque para qual fosse a questão constitucional versada no extraordinário:

“Não estando o acórdão atacado em confronto com súmula ou jurisprudência dominante deste Tribunal, faz-se necessária a manifestação dos Ministros desta Corte acerca da repercussão geral da questão constitucional devolvida no recurso extraordinário.

Manifesto-me no sentido de não haver repercussão geral da questão constitucional objeto do presente recurso extraordinário, tendo em vista não cuidar de nenhuma matéria relevante do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que poss ultrapassar os interesses subjetivos da presente causa. Os danos morais indenizáveis, na situação dos autos, decorrem de fatos particulares e específicos do caso concreto, tais como eventual entusiasmo do autor para acompanhar e torcer pelo seu time

predileto e o fato dessa agremiação, segundo consta da petição inicial, ter sido rebaixada da segunda para a terceira divisão do campeonato brasileiro. Assim não extrapola os limites da causa ora julgada o fato de as instâncias ordinárias recinhecerem, mediante o quadro fático delineado nos autos, os danos morais infligidos pelo autor”.

Esses dois votos do Ministro MENEZES DIREITO lembram aquela velha, conhecida – mas antipática – fórmula dos Tribunais Regionais Federais e Estaduais de se valerem de decisões padrão para o exercício do primeiro juízo de admissibilidade, o que falamos à luz do sistema recursal anterior à disciplina da repercussão geral, ele, por ela mudado substancialmente. Nada contra a formatação de uma decisão, em termos de linha de raciocínio. O problema é a adoção de tal expediente esvaziar de conteúdo a decisão. Decisão que fala não haver genericamente “nenhuma matéria relevante do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que possa ultrapassar os interesses subjetivos da causa” é decisão abstrata, em nosso sentir, que se esquivava de analisar de forma concreta o caso posto a exame. Nem se diga que o complemento salva a decisão, porque ele também se limita a dizer qual fosse a matéria constitucional versada no extraordinário, faltando – novamente em nosso entender – ligação entre um e outro pontos.

São decisões prontas, utilizadas aqui e ali e sem atenção ao dever de motivar decisão judicial imposto pela Constituição Federal.

O Ministro MARCO AURÉLIO – que novamente admitia o recurso extraordinário, em função da repercussão geral – votou no seguinte sentido:

“Surge com a maior importância o tema, estando a repercussão geral no fato de o precedente abrir margem a que determinado número de torcedores venham a entrar em juízo para reclamar indenização por dano moral presente a atuação de árbitro de futebol em certo jogo. É preciso que o Supremo sinalize o real alcance do inciso X do artigo 5º da Constituição Federal, consoante o qual são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito de indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. Mais uma vez, vale frisar: a Confederação Brasileira de Futebol - CBF foi condenada a indenizar torcedor tendo em conta conclusão sobre dano moral resultante de atividade desenvolvida por árbitro de futebol em certo jogo.”

Nova discrepância em situar a *questão constitucional*. Mais uma vez, o Ministro MENEZES DIREITO reduziu seu alcance o o Ministro MARCO AURÉLIO o estendeu. Ora, se a instância constitucional volta-se ao cuidado da Constituição e não está a representar *terceira instância* de julgamento, por exemplo, a caracterização da questão constitucional precisa ser ampla.

Daí ser correto o posicionamento do Ministro MARCO AURÉLIO quando diz que “é preciso que o Supremo Tribunal Federal sinalize o real alcance do inciso X do art. 5º da Constituição Federal” e – completamos – ao sinalizar, deixe fixado seu entendimento sobre a matéria, uma única vez, valendo para casos futuros. É assim que funciona a Suprema Corte dos Estados Unidos. Aliás, lá o papel de diretriz é tão evidente e tão evidente é a dissociação do tema constitucional com a causa particular em que versado que – por exemplo – é possível discutir a constitucionalidade do aborto mesmo se a mulher já tiver dado a luz pois sua decisão valerá para todos os demais casos em que se discuta aborto, naquelas condições, não restando prejudicada pela circunstância de ter nascido o feto que se pretendia abortar (ou melhor, cujo aborto discutia-se constitucional ou não).

O atual recurso extraordinário brasileiro, ao tempo em que cria um novo formato para o Supremo Tribunal Federal – de há muito necessário – de ser uma Corte Constitucional traz uma espécie de divórcio, ou independência – a saber: autonomia – da *questão constitucional* com o caso concreto em que suscitada. É porque quando se decide aquele caso, está se decidindo – na verdade – a gama de casos em que aquela *questão constitucional* exista ou venha a existir.

Adotar o posicionamento do Ministro MENEZES DIREITO é – à luz do caráter sempre presonalíssimo do dano moral – prejudicar como inexistente toda e qualquer

repercussão geral de questão constitucional atinente ao inciso X do art. 5º da Constituição Federal.

Mais adequado – sentimos – o entendimento do Ministro MARCO AURÉLIO, que propõe ao Supremo Tribunal Federal aproveitar a oportunidade e fixar posicionamento sobre dano moral. De se destacar, todavia, que como o dano moral possui facetas constitucionais, o Supremo Tribunal Federal deveria julgar a questão constitucional no seu particular e não genericamente como apenas de dano moral; é dizer: dano moral em função do direito à intimidade; dano moral em função do direito à vida privada; dano moral em função da violação da honra; e dano moral em função da violação da imagem.

**5.6 Repercussão Geral em Recurso Extraordinário 564.413 – SC  
(DJ de 14/12/2007) – Relator Ministro MARCO AURÉLIO  
(art. 149, § 2º, I da Constituição Federal [contribuição social /  
incidência / lucro de exportação], em que foi reconhecida a  
repercussão geral da questão constitucional).**

A repercussão foi reconhecida por votação unânime, de acordo com o posicionamento do relator, Ministro MARCO AURÉLIO:

“Está-se a ver a importância da matéria, veiculada em inúmeros processos nos quais envolvidos contribuintes que se dedicam à exportação de bens. Aliás, essa relevância, essa repercussão, já foi assentada pelo Plenário. Ao apreciar a Ação Cautelar nº 1.738-6/SP, visando a imprimir eficácia suspensiva ao Recurso Extraordinário nº 558.989-7/SP, o Colegiado sufragou entendimento do ministro Cezar Peluso segundo o qual, de início, a imunidade versada alcança todo tipo de contribuição. O pleito liminar formulado na citação ação cautelar foi, então, acolhido. Nesse processo, figuram como partes a Embraer e a União.

Pronuncio-me pela relevância do tema, submetendo este ao aos demais integrantes do Tribunal.”

As observações que podem ser lançadas à fundamentação da decisão que reconheceu a repercussão geral da questão constitucional versada no extraordinário em exame são as seguintes, das meramente formais às de mérito:

a) em pelo menos duas oportunidades o relator usou a palavra “relevância”, a primeira se bem que depois sucedida da expressão “repercussão”, o que pode ser até considerado como indicio da identidade de linhagem *mutatis mutandis* entre a repercussão geral e a argüição de relevância, mantida nossa posição já expressa neste trabalho.

b) o fundamento da aceitação da repercussão geral foi a existência de “inúmeros processos nos quais envolvidos contribuintes que se dedicam à exportação de bens.” Mais uma vez, preponderou o critério quantitativo, no sentido de que – em sendo muitas as causas – ter-se-ia a repercussão geral da questão constitucional para fins de admissão do recurso extraordinário.

c) o outro fundamento usado pelo Ministro MARCO AURÉLIO foi o da existência de uma liminar deferida em medida cautelar, onde, “o Colegiado sufragou entendimento segundo o qual, de início, a imunidade versada alcança todo tipo de contribuição.” Não nos parece adequado misturar juízo cautelar com requisito de admissibilidade, todavia.

**5.7 Repercussão Geral em Recurso Extraordinário 567.932 – RS, Relator Ministro MARCO AURÉLIO, versando sobre o art. 146, III, “b” da Constituição Federal (execução fiscal / contribuição previdenciária / responsabilidade - redirecionamento – sócio de empresa, com repercussão geral da questão constitucional).**

Foi reconhecida a repercussão geral da questão constitucional por maioria de votos, sendo vencido o Ministro JOAQUIM BARBOSA. Na forma da ementa da decisão, “surge a repercussão geral da matéria veiculada no recurso extraordinário – a subsistência do artigo 13 da Lei nº 8.620/93, a prever a responsabilidade solidária dos sócios ante contribuição social devida por pessoa jurídica a revelar sociedade por cotas de responsabilidade limitada.”

A íntegra da decisão do Ministro MARCO AURÉLIO, cuja tese foi adotada pelo Tribunal, vencido o Ministro JOAQUIM BARBOSA, é a seguinte:

“O Tribunal Regional Federal da 4ª Região proclamou a inconstitucionalidade da expressão ‘e os sócios das empresas por cotas de responsabilidade limitada’, constante do artigo 13 da Lei nº 8.620/93. Assim o fez por considerar que não se observou a necessidade de lei complementar, em desarmonia com o que preceitua o artigo 146, inciso III, alínea ‘b’, da Carta Federal.

Por meio de extraordinário interposto com alegado fundamento na alínea ‘b’ do permissivo constitucional, a União sustenta a repercussão geral da matéria, ante a circunstância de envolver milhares de ações de execução fiscal alusivas à cobrança de contribuições sociais. Aduz que, examinado o tema, o Supremo definirá se a responsabilidade tributária do sócio-quotista, relativamente às contribuições sociais, é solidária à da sociedade.

Está-se diante de questão a revelar, realmente, a repercussão geral. Para assentá-la, na minha óptica, nem se mostraria necessária a veiculação da matéria em inúmeros conflitos de interesse sob a apreciação do Judiciário. Suficiente seria o fato de a Corte de origem haver declarado a inconstitucionalidade de lei federal a versar tema tributário, sendo protocolado o extraordinário com base na alínea ‘b’ do inciso III do

artigo 102 da Carta da República. Cumpre ao Supremo elucidar, no caso, a exigência ou não de lei complementar.

Pronuncio-me no sentido da repercussão geral, submetendo aos integrantes do Tribunal – presente a competência do Plenário, não da Turma – a matéria, para deliberação a respeito.”

Assim, a repercussão geral foi admitida – por maioria de votos – em função menos da potencialidade quantitativa de litígios de igual natureza e mais porque o acórdão recorrido declarara a inconstitucionalidade de lei federal versante sobre matéria tributária.

Sobre o aspecto quantitativo a direcionar a existência ou a não existência de repercussão geral da questão constitucional para fins de admissão de recurso extraordinário, já se escreveu: não nos parece adequado o critério, em especial quando único.

O argumento que preponderou foi o de ter havido, pela decisão recorrida, a declaração incidental de inconstitucionalidade de lei federal que versa tema tributário. A única hipótese legal de reconhecimento da repercussão geral em função do conteúdo da decisão recorrida é a prevista no § 3º do art. 543-A do Código de Processo Civil: ser contrária à súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal.

A declaração incidental de inconstitucionalidade, em juízo inferior, produz efeitos apenas entre as partes. Não compromete em termos absolutos a integridade do sistema, se bem que – deve-se reconhecer – implica em confronto da lei com a Constituição, cuja interpretação final, é conveniente dizer, é do Supremo Tribunal Federal.

É preciso ter cuidado, contudo, para que este raciocínio não se estenda indistintamente a todo e qualquer recurso extraordinário interposto com fundamento na alínea *b* do permissivo constitucional; fosse esta a intenção, teria a lei assim estabelecido – ao lado das decisões que fossem contrárias à súmula ou à jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal – fosse irrecusável a repercussão geral em caso de recurso contra decisão



que declarasse lei federal inconstitucional. Ademais, na pesquisa doutrinária que efetivamos, doutrinador algum sustentou esta tese.

**5.8 Repercussão Geral em Recurso Extraordinário 565.506 – DF (DJ de 1º/02/2008), Relatora Ministra CÁRMEN LÚCIA, versando sobre o art. 61, § 1, “e” da Constituição Federal (ação direta de inconstitucionalidade / cabimento), não reconhecida a repercussão geral da questão constitucional.**

Em votação apertada, em que restaram vencidos os Ministros GILMAR MENDES, JOAQUIM BARBOSA e MARCO AURÉLIO – que a reconheciam –, o Supremo Tribunal Federal entendeu não demonstrada a repercussão geral da questão constitucional versada no extraordinário, assim ementado: “ausência de repercussão geral no recurso extraordinário no qual se questiona a constitucionalidade da Lei Distrital n. 2.740/2001, que obriga a instalação de semáforo com dispositivo de acionamento pelos próprios pedestres, nas faixas especificadas.”

Segundo a manifestação da relatora, Ministra CÁRMEN LÚCIA, “entendo que a questão constitucional suscitada no recurso extraordinário não apresenta relevância econômica, política ou social jurídica por subordinar-se a questão específica, local e de efeito restrito, sem qualquer importância transcendente à situação descrita e de aplicação acanhada. Não se cumprem, assim, os requisitos do art. 543-A do Código de Processo Civil, razão pela qual manifesto-me pela recusa do recurso extraordinário e submeto-o à apreciação e decisão dos pares deste Supremo Tribunal.”

O Ministro MARCO AURÉLIO, ao contrário, reconheceu a repercussão geral da questão constitucional entendendo que “a circunstância de o recurso extraordinário ser protocolado em processo objetivo torna ínsita a repercussão geral. Conforme consignado, o Tribunal de Justiça placitou lei distrital que versa, iniludivelmente, sobre trânsito. Se, de um lado, não se pode nem mesmo cogitar da iniciativa do Poder Executivo local, de outro, surge que foi declarada válida lei local contestada em face de lei federal, tendo em conta a competência privativa da União prevista no artigo 22, inciso XI, da Carta da República” – motivos estes pelo qual concluiu: “pronuncio-me pela seqüência do extraordinário, vislumbrando, como já ressaltado, a repercussão geral, presente a atuação das assembléias legislativas das demais 26 unidades da Federação.”

Este caso também propicia um exame deveras interessante: o que deve ser analisado para fins de declaração de existência ou de não existência de repercussão geral na questão constitucional tratada no recurso extraordinário? – ou, por outra, o que é exatamente *questão constitucional*?

É fácil de ilustrar as indagações com o caso em exame: a *questão constitucional* é a reserva de competência prevista na Constituição Federal ou é, mais reitivamente, a violação concreta que se lhe impõe?

Se por *questão constitucional* se entender algo mais elástico – a violação pura e simples do dispositivo constitucional que reparte as competências entre as pessoas jurídicas de direito público interno – , a repercussão geral seria irrecusável; se, por outra, o entendimento for mais restrito e dimensionado em função do caso concreto, mesmo que objetivamente analisado, ele, na hipótese, é de fato sem repercussão geral – pois a questão da sinalização das ruas do Distrito Federal não interessa como um todo à Nação. Nem mesmo seria o caso de levantar a possibilidade de outros estados federados passarem a dotar idêntica

sistemática, como parece ser a linha de raciocínio do Ministro MARCO AURÉLIO para reconhecer a repercussão geral no caso concreto.

Isto não contradiz nem infirma nossa colocação a respeito do recurso extraordinário versante sobre dano moral, onde propúnhamos, em crítica de caráter negativo, que o Supremo Tribunal Federal pudesse – a despeito de analisar (objetivamente) um caso concreto – dar as diretrizes acerca do cabimento de recurso extraordinário quando versasse dano moral.

No caso concreto, poderia o Supremo Tribunal Federal ter explicitado entendimento sobre ter ou não ter repercussão geral – a depender, claro, do litígio posto ao seu exame – a questão da reserva de competência constitucional e suas respectivas divisões entre as pessoas jurídicas de direito público interno.

Seguramente se há dizer que, na forma da decisão em análise, não se pode excluir em termos categóricos outros questionamentos de reserva e divisão de competência constitucional da análise do Supremo Tribunal Federal ou, por outra, é preciso deixar claro que poderá haver caso onde esta questão volte à baila e o Tribunal a reconheça como de repercussão geral – como, por exemplo, onde houver conflito de telecomunicação, petróleo etc.

**5.9 Repercussão Geral em Recurso Extraordinário 565.653 DF (DJ de 1º/02/2008), Relatora Ministra CÁRMEN LÚCIA, versando sobre o art. 184 da Constituição Federal (desapropriação / indenização / precatório / ADCT 78), não reconhecida a repercussão geral da questão constitucional.**

O Supremo Tribunal Federal não reconheceu a existência de repercussão geral no RE 565.653/DF, vencido o Ministro MARCO AURÉLIO. A ementa da decisão é a seguinte:

“Ausência de repercussão geral no recurso extraordinário no qual se questiona a constitucionalidade da adoção do prazo de vinte anos para o pagamento de Títulos da Dívida Agrária, a que se refere o art. 184 da Constituição da República, ao pagamento de parcelas em dinheiro fixadas pela sentença que julgou o processo de desapropriação.”

Importa registrar parte da manifestação da relatora, Ministra CÁRMEN LÚCIA:

“Recurso extraordinário interposto com base no art. 102, inc. III, alínea a, da Constituição da República, contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça proferido no julgamento de recurso em mandado de segurança [...].

[...]

O recorrente alega violação ao art. 184 da Constituição da República, por entender que não seria aplicável ao caso o parcelamento previsto no art. 78 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

A questão constitucional suscitada no recurso extraordinário não ultrapassa o interesse subjetivo das partes, parecendo remota a possibilidade de existirem processos de desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária nos quais se ponham a exame a mesma situação apresentada nestes autos.

Pelo exposto, manifesto-me pela recusa do recurso extraordinário, nos termos do art. 543-A, caput, do Código de Processo Civil c/c art. 322, caput, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, e submeto-a à apreciação e decisão dos pares deste Supremo Tribunal.”

A análise do Ministro MARCO AURÉLIO sobre a existência da repercussão geral foi em sentido de reconhecê-la, pois:

“Trata-se de matéria a repercutir de forma linear. Consoante dispõe o artigo 184 da Constituição Federal, a justa indenização, no caso de reforma agrária, faz-se mediante entrega de títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, cuja utilização é definida em lei.

Pois bem, conforme o acórdão prolatado, passou-se o mencionado período e, não tendo havido a entrega dos referidos títulos, foi expedido o precatório. Admitiu-se o parcelamento previsto no artigo 78 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. A matéria reclama, ante a repercussão que pode haver no campo social e jurídico, o pronunciamento do Supremo.”

Mais uma vez parece que o critério usado pelo Supremo Tribunal Federal para – no caso concreto – não reconhecer como fosse de repercussão geral a questão constitucional versada no recurso extraordinário tenha sido o *quantitativo*. É o que se extrai da passagem constante da manifestação da relatora, Ministra CÁRMEN LÚCIA “(...) parecendo remota a possibilidade de existirem processos de desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária nos quais se ponham a exame a mesma situação apresentada nestes autos”. Parece que, se houvesse perspectiva da repetição desta relação jurídica (e jurídica-processual), ao menos em tese, outro poderia ser o enfoque a respeito da existência de repercussão geral para fins de viabilizar seu exame pelo Supremo Tribunal Federal.

Parece-nos que a natureza da matéria – a despeito da incidência litigiosa ser pequena ou grande, em termos de quantidade de demandas sobre ela versantes – por si só viabilizaria a repercussão geral e, ela, o exame do assunto pelo Supremo Tribunal Federal.

Neste país de tão contudentes e lamentáveis desigualdades sociais, a propriedade de terras que se possam desapropriar por interesse social para fins de reforma agrária pertence a poucos; daí o número reduzido de demandas, potencialmente falando, que possam haver no Judiciário sobre o tema. Contudo, a desapropriação por interesse social para

fins de reforma agrária como um todo, e, o seu particular da justa indenização (mesmo que nisto se refira apenas aos interessados diretos da relação jurídica) é tema que não se pode excluir da análise do Supremo Tribunal Federal. Instrumento de política social e exercível pela União, a desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária deve sujeitar-se ao exame do Supremo Tribunal Federal, de sorte que o artigo 184<sup>547</sup> da Constituição Federal receba a interpretação que o seu derradeiro guardião lhe possa dar.

Sua colocação como direito e garantia fundamental<sup>548</sup>, por outro lado, evidencia quando menos a relevância jurídica da matéria, novamente – insista-se – sob o influxo da realidade social brasileira. É dizer: subtrair do Supremo Tribunal Federal o exame da desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária – item permanente da agenda nacional, da competência exclusiva da União e dentro de sua política social – é deixar isenta de sua análise crucial matéria de interesse nacional, social, político e que se insere, também, no rol dos direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal. Não que o Supremo Tribunal Federal fosse avaliar a administração e o direcionamento do Executivo federal, imiscuindo-se na vontade e no seu programa de governo, mas que garantiria seguissem as normas constitucionais que lhes são impostas em tal mister.

---

<sup>547</sup> “Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.”

<sup>548</sup> Na forma do art. 5º e incisos da Constituição Federal: “Art. 5º. [...] XXII - é garantido o direito de propriedade; XXIII - a propriedade atenderá a sua função social; XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição.”

**5.10 Repercussão Geral em Recurso Extraordinário 566.198 BA (DJ de 1º/02/2008), Relatora Ministra CÁRMEN LÚCIA, versando sobre os arts. 25, § 1, 30, VIII e 37 da Constituição Federal (desapropriação / utilidade pública / decreto / nulidade) não reconhecida a repercussão geral da questão constitucional.**

O Supremo Tribunal Federal teve novamante a oportunidade de analisar repercussão geral de questão constitucional relativa à matéria de desapropriação e concluiu – desta feita por votação unânime – por sua inexistência “pela não transcendência do interesse das partes, sendo, ainda a matéria relativa ao desvio de finalidade do decreto de desapropriação restrita ao caso concreto, não tendo qualquer repercussão que se possa caracterizar como geral.”

Na manifestação, a relatora, Ministra CÁRMEN LÚCIA, foi expressa:

“O recorrente alega que o acórdão recorrido teria contrariado os arts. 25, § 1º, 30, VIII, e 37, caput, da Constituição da República, uma vez que o ato não teria contrariado o interesse público e não ser da competência exclusiva dos Municípios a expedição de decreto de desapropriação por interesse público para a construção ou ampliação de distritos industriais.

São duas, portanto, as questões constitucionais suscitadas. Apesar de a questão relativa à competência para a desapropriação ter relevância jurídica, não identifico, no caso, interesse que transcenda ao das partes.

Ademais, ainda que se reconhecesse a repercussão geral do tema relativo à competência, persistiria o fundamento do Superior Tribunal de Justiça segundo o qual o decreto de desapropriação foi expedido com desvio de finalidade e, esta matéria é especificamente restrita ao caso concreto, não tendo qualquer repercussão que se possa caracterizar como geral, nos termos legalmente estatuídos.

Pelo exposto, manifesto-me pela recusa do recurso extraordinário, nos termos do art. 543-A, caput, do Código de Processo Civil c/c art. 322, caput, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, e submeto-a à apreciação e decisão dos pares deste Supremo Tribunal.”

O Ministro MARCO AURÉLIO seguiu a mesma linha:

“Conforme ressaltado pela relatora, a situação concreta apresenta peculiaridades que afastam a repercussão geral. O Superior Tribunal de Justiça assentou não só a inviabilidade de haver desapropriação com o fito de beneficiar particulares – no âmbito quer da indústria, quer do comércio – como também a competência municipal. O Superior Tribunal de Justiça, examinando os elementos fáticos, consignou o desvio de finalidade no que a desapropriação viria a favorecer uma única empresa.

Manifesto-me pela inexistência de repercussão maior a respaldar a necessidade de pronunciamento do Supremo.”

Convém registrar que o recurso extraordinário foi interposto pelo Estado da Bahia, que sustentava a legalidade do decreto expropriatório – anulado, aliás, pelo Superior Tribunal de Justiça.

A relatora, Ministra CÁRMEN LÚCIA, ao dimensionar as questões constitucionais suscitadas – uma, a da competência para desapropriação e outra, a da não contrariedade do interesse público – acabou por não reconhecer o atributo da repercussão geral, embora com relação à competência tivesse reconhecido sua relevância jurídica – todavia restrita ao interesse das partes.

Embora o caso seja peculiar por envolver equacionamento de fatos analisados e julgados pelo Superior Tribunal de Justiça havido em recurso ordinário em mandado de segurança (que pode ser equiparado a uma apelação, como já registramos em lição de NELSON LUIZ PINTO) – circunstância essa que levou o Ministro MARCO AURÉLIO a não vislumbrar repercussão geral por estar restrito ao interesse das partes – , isto não infirma nossa posição acima de que as causas versantes sobre desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária devessem ser julgadas em última análise pelo Supremo Tribunal Federal quando envolvessem questão ou questões constitucionais. Aqui, trata-se de desapropriação sem aquela qualificadora.



**5.11 Repercussão Geral em Recurso Extraordinário 568.657 MS (DJ de 1º/02/2008), Relatora Ministra CÁRMEN LÚCIA, versando sobre os artigos 5, X e XXXV da Constituição Federal (execução fiscal / cobrança de dívida ativa / cobrança administrativa prévia / exigência) não reconhecida a repercussão geral da questão constitucional.**

Não foi reconhecida a repercussão, por maioria de votos, vencidos os Ministros GILMAR MENDES e MARCO AURÉLIO em decisão assim ementada: “recusado o recurso extraordinário por ausência de repercussão geral do tema relativo à recepção pela Constituição de 1988 da exigência de cobrança amigável prévia à execução fiscal, prevista no art. 71 do Código Tributário do Município de Campo Grande, de 23 de outubro de 1973.”

Segundo a manifestação da relatora, Ministra CÁRMEN LÚCIA

“O recorrente alega que o requisito de publicação do nome dos devedores e endereços relativos à dívida, assim como a sua origem e valor – contida no art. 71 do Código Tributário Municipal – não teria sido recepcionada pelo art. 5º, incs. X e XXXV, da Constituição. Segundo ele, aquela exigência afrontaria o direito à intimidade dos devedores, além de obstar o seu acesso ao Poder Judiciário, por ter de se submeter à condição prévia para o exercício do seu direito à jurisdição.

A questão constitucional suscitada no recurso extraordinário é restrita ao interesse do Município Recorrente e não encerra relevância a caracterizar a existência de repercussão geral, nos termos do art. 543-A, § 1º, do Código de Processo Civil.

Pelo exposto, manifesto-me pela recusa do recurso extraordinário, nos termos do art. 543-A, caput, do Código de Processo Civil c/c art. 322, caput, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, e submeto-a à apreciação e decisão dos pares deste Supremo Tribunal.”

Assim e mais uma vez, o critério que preponderou na análise do Supremo Tribunal Federal e na decisão da não existência de repercussão geral de questão constitucional em que versado o recurso extraordinário foi o *quantitativo* – desprezando-se a natureza (e a

relevância) da matéria em si, que, segundo pensamos, é das mais importantes para o Estado de Direito: o acesso à jurisdição.

Circunstância que sensibilizou, aliás, o Ministro MARCO AURÉLIO, para quem:

“A relevância da matéria decorre do fato de haver o envolvimento de princípio constitucional da maior envergadura – o do acesso ao Judiciário. A Carta da República, de início, restringe as situações em que necessário acionar-se antes a esfera administrativa – a negociação para o ajuizamento do dissídio coletivo e o esgotamento das instâncias da Justiça Desportiva quando se tratar de disciplina e competições esportivas. Daí me manifestar pela repercussão geral do tema, presente a elucidação do alcance da Constituição Federal no tocante a questão tão sensível como é a do acesso ao Judiciário.”

Mais uma vez é utilizada a palavra *relevância* para se estabelecer a repercussão geral da questão constitucional. Sem pretender voltar à comparação entre os mencionados institutos processuais-constitucionais de filtro de acesso ao Supremo Tribunal Federal, parece-nos caber comentário dentro de uma outra perspectiva.

Tem-se percebido nas primeiras decisões do Supremo Tribunal Federal sobre repercussão geral – sobretudo as que tenham sido relatadas pela Ministra CÁRMEN LÚCIA – que o critério *quantitativo* vem preponderando para que ela venha a ser ou a não ser reconhecida pelo Tribunal, admitindo-se o extraordinário e verificando-se a necessidade de exame da questão constitucional nele versada pelo guardião da Constituição.

Por outro lado, tem-se percebido – sobretudo nas decisões e posicionamento do Ministro MARCO AURÉLIO – que a importância e a *relevância* da matéria, por vezes, preponderam ao aspecto quantitativo.

Não nos parece que o aspecto *quantitativo* possa servir de parâmetro (pelo menos exclusivo ou absoluto) para a aferição da repercussão geral da questão constitucional versada em dado recurso extraordinário. Menos porque a própria lei divide, nos artigos 543-A

e 543-B do Código de Processo Civil, as hipóteses de demandas avulsas e de demandas repetitivas (quando menos as evidencia dentro de um todo) – dando a entender que mesmo *quando não houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia* é possível haver repercussão geral de questão constitucional versada em determinado recurso extraordinário. E mais pelo o que passaremos a analisar.

Casos haverá de demandas em que não haja *multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia* que, nada obstante, tratarão de matéria de grande importância constitucional. O acesso à jurisdição é um deles.

Também não nos parece que o alcance limitado de uma decisão do Supremo Tribunal Federal a um determinado grupo de pessoas possa objetar, em contrapartida à natureza e importância da matéria constitucional nele versada, o exame do tema na corte constitucional.

## **5.12 Repercussão Geral em Recurso Extraordinário 561.158-2-MG,**

### **Relator Ministro Ministro MARCO AURÉLIO.**

Com cinco votos de rejeição, o Tribunal acabou reconhecendo a repercussão geral da questão constitucional versada no RE 561.158-2/MG, relator Ministro MARCO AURÉLIO. Votaram pela rejeição da repercussão geral os ministros CELSO DE MELLO, CEZAR PELUSO, CÁRMEN LÚCIA, EROS GRAU e GILMAR MENDES. A decisão recebeu a seguinte ementa:

“TAXA – SERVIÇO DE EXTINÇÃO DE INCÊNDIOS – COMPATIBILIDADE – CONSTITUCIONAL – ELUCIDAÇÃO – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL ADMITIDA. Surge com envergadura maior definir-se a

constitucionalidade, ou não, da taxa cobrada pela utilização potencial do serviço de extinção de incêndios.”

A manifestação do Ministro MARCO AURÉLIO foi a seguinte:

“No extraordinário interposto com alegado fundamento nas alíneas “a” e “c” do inciso III do artigo 102 da Lei Maior, a recorrente articula com a transgressão do artigo 145, inciso II e parágrafo 2º, da Carta da República. Sustenta a repercussão geral da matéria, ante a circunstância de que a orientação a ser definida pelo Supremo ao caso norteará o julgamento de diversos processos semelhantes. Aduz que a relevância da questão constitucional envolvida é presumida, considerada a existência de jurisprudência dominante no Tribunal.

Está-se diante de tema a reclamar o pronunciamento definitivo do Plenário da Corte. A relevância decorre de fato de serem interessados os cidadãos, os destinatários da cobrança da taxa instituída, que diz respeito à atuação do Estado, respaldada, de início, no que arrecadado em termos de impostos.

Admito a repercussão geral.”

Com o perdão da repetição, novamente percebem-se tanto a utilização da palavra *relevância* (o que tem se revelado comum nas decisões e manifestações do Ministro MARCO AURÉLIO sobre repercussão geral) quanto a matriz *quantitativa* para se definir se o tema constitucional versado no recurso extraordinário possui ou não possui repercussão geral a ensejar o exame pelo Supremo Tribunal Federal (o que tem se revelado de igual forma comum em suas decisões iniciais a respeito de repercussão geral).

Assim como não nos parecia que este critério pudesse ser usado, como absoluto ou de forma exclusiva – ou mesmo preponderantemente – para se destacar a existência da repercussão geral de determinada questão constitucional versada em recurso extraordinário, não nos parece que ele – por si só – evidencie sua presença: por mais que haja quantidade de pessoas interessadas ou afetadas por potencial decisão do Supremo Tribunal Federal, não nos parece automaticamente verificada a repercussão geral que venha a ensejar seu pronunciamento.

É que ao alcance, deve-se acrescentar a importância – ou mesmo *relevância* – da matéria constitucional. Que, no caso concreto, da taxa pela utilização potencial do serviço de extinção de incêndios (?), não nos parece possa afetar substancialmente as diretrizes nacionais.

### **5.13 Repercussão Geral em Recurso Extraordinário 561.574 PE (DJ de 1º/02/2008), Relator Ministro Marco Aurélio, reconhecida a repercussão geral da questão constitucional.**

A repercussão geral foi reconhecida no RE 561.574-PE, relator Ministro MARCO AURÉLIO, vencidos os Ministros CEZAR PELUSO, CÁRMEN LÚCIA e JOAQUIM BARBOSA. Sua ementa:

“TELECOMUNICAÇÕES -COBRANÇA DE PULSOS – DISCRIMINAÇÃO. Surge com repercussão maior definir a possibilidade de cobrança de ligações telefônicas sem a especificação dos pulsos a excederem o valor cobrado a título de franquia.”

A manifestação do Ministro MARCO AURÉLIO admitia a repercussão geral em função da relevância do tema: “está-se a ver a relevância do tema, presentes a competência dos Juizados Especiais, a atuação da Agência Reguladora e o fundo da controvérsia propriamente dito. São interessados os usuários do serviço de comunicação telefônica.”

Convém extrair da manifestação do Ministro MARCO AURÉLIO, ainda, o relatório sobre o caso – de modo que se o possa melhor compreender e, assim, vislumbrar o alcance da repercussão da matéria constitucional nele versada: “por meio do extraordinário interposto com alegada base na alínea ‘a’ do permissivo constitucional, a recorrente articula

com a transgressão dos artigos 5º, incisos II, LIV, e LV, 21, inciso XI, 37, 93, inciso IX, 98, inciso I, e 175 da Carta da República. Aduz a nulidade da decisão de origem por violação do devido processo legal, apontando a existência de vício de procedimento bem como incompetência dos Juizados Especiais Cíveis para apreciar causas de natureza complexa. Sustenta, ainda, a necessidade de a Anatel figurar no pólo passivo da demanda. No mérito, alega que a discriminação dos pulsos telefônicos excedentes à franquia mensal passou a ser obrigatória apenas a partir de agosto de 2007, nos termos da regulamentação expedida pelo órgão regulador. Assevera que as operadoras de telefonia não estão obrigadas a emitir faturas de forma diversa daquela determinada pela Anatel. Sob o ângulo da repercussão geral, afirma que a relevância das questões constitucionais envolvidas, porquanto a manutenção do pronunciamento do Colegiado implicará esvaziamento da competência regulatória constitucionalmente imputada ao órgão regulador.”

Acima dizíamos que uma das hipóteses onde se haveria de reconhecer a existência de repercussão geral seria quando a questão constitucional estivesse contida no âmbito da telecomunicação, como no caso concreto. A importância da matéria – aqui aliada ao fato do universo de atingidos pela norma e pela quantidade das relações jurídicas então resultantes – indicam haver repercussão geral.

**5.14 Repercussão Geral em Recurso Extraordinário 565.089-8 SP (DJ de 1º/02/2008), Relator Ministro MARCO AURÉLIO, reconhecida a repercussão geral da questão constitucional.**

Decisão unânime reconheceu repercussão geral da questão constitucional versada no RE 565.089-8/SP, relator Ministro MARCO AURÉLIO, assim ementada:

“VENCIMENTOS – REPOSIÇÃO DO PODER AQUISITIVO – ATO COMISSIVO – INDENIZAÇÃO – INCISO X DO ARTIGO 37 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO DE TEMA. Ante a vala comum da inobservância da cláusula constitucional da reposição do poder aquisitivo dos vencimentos, surge com repercussão maior definir o direito dos servidores a indenização.”

Em sua manifestação, o Ministro MARCO AURÉLIO consignou que “a matéria versada no extraordinário possui contornos a revelarem a repercussão geral. Diz respeito à totalidade dos servidores públicos – nas três esferas –, aos vencimentos percebidos e à manutenção do quadro inicial considerados direitos e obrigações. Estão em jogo, mais precisamente, alimentos, presente a reposição do poder aquisitivo da moeda, e a impossibilidade de, mediante ato omissivo à margem da Constituição Federal, o poder público lograr vantagem”

Conjugados, na hipótese, tanto o alcance da norma constitucional (critério meramente quantitativo), quanto sua natureza (critério qualitativo), o Tribunal reconheceu como de repercussão geral a questão constitucional versada no mencionado recurso extraordinário.

**5.15 Repercussão Geral em Recurso Extraordinário 565.160 SC (DJ de 1º/02/2008), Relator Ministro MARCO AURÉLIO, reconhecida a repercussão geral da questão constitucional.**

Outra decisão unânime onde se reconheceu a repercussão geral da questão constitucional versada em recurso extraordinário, novamente sendo relator o Ministro MARCO AURÉLIO e contando com a seguinte ementa:

“CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA – REMUNERAÇÃO – PARCELAS DIVERSAS – SINTONIA COM O DISPOSTO NO INCISO I DO ARTIGO 195 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – DEFINIÇÃO – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL ADMITIDA. Surge com envergadura maior questionamento sobre o alcance da expressão ‘folha de salários’ versada no artigo

195, inciso I, da Carta da República, considerado o instituto abrangente da remuneração.”

Em sua manifestação, o Ministro MARCO AURÉLIO consignou que “tudo recomenda o pronunciamento do Plenário do Supremo sobre a questão, elucidando-se o alcance da expressão ‘folha de salários’, contida no artigo 195, inciso I, da Constituição Federal. A abrangência do tributo, por si só, revela a importância.”

Na hipótese, o critério meramente quantitativo (abrangência do tributo) levou à qualificação da matéria, por outra, à qualificação da questão constitucional versada no examinado recurso extraordinário, que é o alcance da expressão ‘folha de salários’, contida no artigo 195, inciso I, da Constituição Federal.

Apresentadas as primeiras decisões do Supremo Tribunal Federal analisando a repercussão geral da questão constitucional como requisito de admissibilidade do Recurso Extraordinário, neste capítulo que teve o propósito de trazer, por meio dela, bases para a formação de uma teoria acerca deste novo instituto, sentimo-nos à vontade para evidenciar aquelas que nos parecem as principais conclusões.

Das primeiras quinze decisões do Supremo Tribunal Federal sobre repercussão geral, em nove recursos extraordinários ela foi reconhecida (nestes, em cinco deles por votação unânime) e em seis, negada (sendo apenas em um deles por votação unânime). Cumpre observar que o *quorum* de rejeição é da maioria absoluta do Tribunal, vale dizer, oito dos onze ministros, de modo que poderão haver julgamentos onde sete Ministros a recusem e, ainda assim, o recurso extraordinário seja analisado. O RE 561.158-2 contou com cinco votos de rejeição. A rigor, nos quer parecer impróprio dizer que nos casos onde haja mais votos contrários mas que eles não atinjam o *quorum* especial de votação de Plenário para esta



matéria tenha sido aceita a repercussão por maioria de votos. Talvez fosse o caso de usar outra expressão, como *não atingido o quorum de rejeição, foi aceita a repercussão geral*.

Apenas como registro, das nove decisões de admissão de recurso extraordinário em função da verificação da repercussão geral da questão constitucional, dentre aquelas quinze iniciais, oito delas foram relatadas pelo Ministro MARCO AURÉLIO; aliás, exceto uma delas, dentre as rejeitadas, em que também a rejeitara, nas demais o Ministro MARCO AURÉLIO votou no sentido da admissão do recurso. Por sua vez, a Ministra CÁRMEN LÚCIA recursou como relatora quatro das decisões de rejeição – as outras duas foram relatadas pelo Ministro MENEZES DIREITO – e relatou aquela outra em que o Tribunal a aceitou.

Evidente que é muito cedo para se ter um panorama de como deverá se portar o Supremo Tribunal Federal nos exames da existência ou da não existência de repercussão geral das questões constitucionais versadas em recursos extraordinários que lhe compita examinar.

Contudo, parece-nos adequado registrar comentário acerca da natureza das matérias até então verificadas pelo Supremo Tribunal Federal. Sem pretender infirmar os comentários acima a respeito do acerto ou do desacerto, sob o nosso ponto de vista, destas iniciais decisões sobre este novo requisito de admissibilidade do recurso extraordinário – nem pretendendo reformular crítica segundo a qual não devesse ela ser medida em função (meramente) do aspecto quantitativo – deve-se dizer que o instituto poderá não alcançar o desiderato que pretende.

Ao contrário do que ocorre, por exemplo, nos Estados Unidos da América, onde a Constituição Federal é bastante reduzida, no Brasil a amplitude do texto constitucional

é tamanha a ponto de se dizer que muita matéria nela contida não possui envergadura constitucional e que, portanto, deveria estar no âmbito meramente infraconstitucional.

Pertencendo ou não ao poder constituinte originário, o fato é que a Constituição Federal de 1988 – também reconhecida como *Constituição Cidadã*, conforme esclarecemos no início deste trabalho – versa sobre temas que, a rigor não pertencem ou não deveriam pertencer à alçada constitucional.

Embora compreendam-se a necessidade e a vontade política para tais e excessivas inserções no texto constitucional – não se esqueça que fez parte da transição democrática brasileira e foi escrita por políticos que inclusive combateram a ditadura militar – , como se fosse a tábua da salvação tupiniquim, a técnica talvez justificável na época não representa a melhor dentre as possíveis.

O nível de detalhamento da Constituição Federal de 1988 é muito grande; embora boa parte esteja repetida na legislação infraconstitucional – o que sugere duas ocorrências para recorribilidade extraordinária (*lato sensu*): a primeira, da necessidade da interposição tanto do recurso especial, quanto do recurso extraordinário, sob pena de o interposto isoladamente não ser conhecido; e a segunda, do descabimento deste último quando se tratar de alegação de ofensa onde tal venha a ser apenas reflexa – existem outros temas no texto constitucional que, a rigor, não necessitariam de tamanho *status*.

Esta circunstância – que, ao lado de outras, autorizaria até mesmo a promulgação de uma outra Carta Constitucional – possui duas conseqüências: a primeira, o volume de recursos extraordinários submetidos ao Supremo Tribunal Federal continuará, pelo menos originariamente, excessivo – só melhorando o trânsito judicial em função da possibilidade de ser examinado, por todos, *um recurso* em função da repercussão geral e ser

aproveitado seu resultado, positivo ou negativo, para os demais milhares versantes sobre o mesmo tema – ; a segunda, o alto índice de aceitação da repercussão geral da questão constitucional nele versada, que aliás é presumida, uma vez que estando os temas embora não devessem na Constituição, serão avaliados em função da repercussão geral que possuam. Ainda que limítrofe a linha, sobretudo em termos de consequência endoprocessual, não é papel do Supremo Tribunal Federal reduzir de tamanho a Constituição Federal quando da análise da repercussão geral. Simplesmente dirá se aquela matéria, nas condições colocadas ao crivo do Judiciário, possui ou não repercussão que justifique seu exame.

São pontos, estes, que orbitam o assunto – mas não configuram, na essência, o objeto do nosso trabalho; eis por que encerrado seu exame.

## **6. RUMO À TEORIA GERAL DA MODULAÇÃO DOS EFEITOS DAS DECISÕES JUDICIAIS NO DIREITO BRASILEIRO.**

O último tema a ser versado neste trabalho é o da modulação dos efeitos das decisões judiciais no Brasil. Guarda direta relação com o Recurso Extraordinário pois, de sua análise, resultará conclusão segundo a qual o Supremo Tribunal Federal possa e deva *modular efeitos* das decisões nele proferidas.

Há no cenário do Judiciário brasileiro deste século XXI questão de alto interesse e de grande importância: a possibilidade da modulação de efeitos das decisões judiciais – questão essa que, em tudo e por tudo, insere-se no contexto do objeto deste trabalho (recurso extraordinário).

Em capítulo anterior, quando analisamos o controle de constitucionalidade no direito nacional, demos destaque ao artigo 27 da Lei n. 9.896/99, que permite ao Supremo Tribunal Federal, de forma bastante excepcional, modular – este é o termo que usaremos doravante – suas decisões, podendo fixar a data de produção dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou mesmo seu próprio alcance.

Neste capítulo, partindo da teoria geral desenvolvida naquele outro, analisaremos os principais assuntos correlatos à teoria da modulação das decisões judiciais.

Analisaremos o que nos parece sejam os principais pontos deste instituto de direito processual: a) as condições gerais para a aplicação do art. 27 da Lei 9.868/99; b) sua aplicabilidade ao controle incidental de inconstitucionalidade; c) de igual forma, nos julgamentos de recursos extraordinários mesmo a despeito de declaração incidental de inconstitucionalidade; d) de igual forma, nos julgamentos dos tribunais superiores, dentre eles, em especial o Superior Tribunal de Justiça; e e) a possibilidade de sua aplicação pela

chamada instância ordinária, assim compreendendo-se o primeiro e também o segundo grau de jurisdição.

Analisaremos, também, (i) a possibilidade de apreciação *ex officio* da modulação; (ii) qual deva ser entendimento quando o tribunal silencia sobre a aplicação do art. 27; (iii) a possibilidade da oposição de embargos de declaração, caso o tribunal – de início – não o aplique; (iv) o tratamento da modulação em processos por assim dizer derivados, como sejam os embargos de divergência com relação ao recurso especial e ao recurso extraordinário. Enfim, procuraremos sempre à luz da jurisprudência (com larga utilização de decisões judiciais e seus respectivos votos) e da doutrina, traçar uma espécie de teoria geral da modulação dos efeitos de decisões judiciais. Aliás, é de se registrar que esta teoria está sendo construída pelo Supremo Tribunal Federal – a exemplo que também ocorrerá com a repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário – , o que, reitere-se, nos levou a neste trabalho explorar ao máximo a evolução jurisprudencial do tema no âmbito daquela Corte, mesmo que isto viesse a alongar seu tamanho – do que nos penitenciamos desde logo.

Não perderemos de foco o objeto deste trabalho, de modo que deixaremos clara nossa posição a respeito da possibilidade da aplicação da teoria da modulação no âmbito do recurso extraordinário.

Adotando o Brasil dois modelos de controle de constitucionalidade, o concentrado e o incidental, a questão passa a ter contornos ainda mais particulares, de sorte que a teoria geral da modulação das decisões judiciais (de inconstitucionalidade ou mesmo que sobre ela não verse) será, ainda que resultado de um somatório das doutrinas de direito comparado, uma doutrina genuinamente nacional.

É da tradição do nosso direito que a declaração de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do Poder Público tem efeitos *erga omnes* (na ação direta de inconstitucionalidade) e retroativos. Vamos abstrair num primeiro momento a questão do alcance, para fixar o estudo na eficácia retroativa da decisão de inconstitucionalidade.

Porque a Constituição Federal<sup>549</sup> seja o suporte normativo de todas as demais regras jurídicas, é fácil compreender que lei desconforme com o texto constitucional deve ser abolida da forma mais completa possível. Se fixarmos – portanto – a premissa de que a lei inconstitucional seja um nada jurídico, ela jamais poderá ter tido, ter ou continuar a ter qualquer validade jurídica.

Contudo, ao mesmo tempo em que a supremacia da Constituição seja postulado do qual não possamos nos afastar, é preciso ter em mente que o Direito<sup>550</sup> pode ser um conjunto de regras e normas que regulam a sociedade, num conceito muito simplista. Nas palavras de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA<sup>551</sup>, melhor qualificado, “direito é o princípio de adequação do homem à vida social”. Todavia, é preciso da mesma forma admitir a evolução da sociedade em que o homem vive.

Isto – abstraindo-se de exame mais detido sobre o assunto, que envolveria filosofia geral e filosofia do direito, assim como sociologia e a própria teoria geral do Direito (temas não pertencentes ao presente trabalho, que já se faz mais longo do que devesse) – tem gerado

---

<sup>549</sup> Lição antiga norte-americana, extraída da Constituição de 1787, que no art. VI, Cláusula 2, dispunha que “this Constitution (...) shall be the supreme Law of the Land; and the judges in every State shall be bound thereby” leva-nos à percepção de que tanto se deva reconhecer a supremacia da Constituição, quanto devam os juízes negar aplicação de lei que lhe seja contrária, ou ofensiva.

<sup>550</sup> Para Washinton de Barros MONTEIRO, o conceito de direito advém da seguinte afirmação: “seja qual for a origem das limitações imposta à atividade de cada um de nós, o certo é que são imprescindíveis e sem elas tornar-se-ia inviável a vida em sociedade. Ao conjunto dessas normas, gerais e positivas, ditadas por um poder soberano e que disciplinam a vida social, se denomina direito. Aliás, esa palavra vem do latim *dirigere* e serve para guiar-nos” (**Curso de direito civil**, v. I, 41ª ed. rev. e atual. por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto, São Paulo, Saraiva, 2007, p. 2).

<sup>551</sup> Caio Mário da Silva PEREIRA, **Instituições de direito civil**, Rio de Janeiro, Forense, 2007, p. 7.

uma grande evolução doutrinária, jurisprudencial e legislativa no tema do controle de constitucionalidade.

As relações decorrentes de leis declaradas inconstitucionais não podem ser simplesmente desfeitas nem se pode ignorar seus efeitos, como num passe de mágica e como fosse o Direito uma ciência dissociada do mais que a cerca.

Até que se profira um juízo negativo a seu respeito, no âmbito do Judiciário, a lei é tida e dada como constitucional. No processo legislativo brasileiro, uma das fases da

elaboração das leis<sup>552</sup> é o exame de sua constitucionalidade. Quando a lei<sup>553</sup> é posta, o é porque seja presumidamente constitucional<sup>554</sup>.

Sendo este um dos lados da moeda, o outro guarda relação com o Estado de Direito.

Ora, vindo com a premissa da constitucionalidade e sabendo-se que apenas o Judiciário a pode negar, depois de vigente, a lei obriga a todos quanto pretenda atingir. É dizer: as

---

<sup>552</sup> No dizer de José Afonso da SILVA, “(...) o processo legislativo é o conjunto de atos (iniciativa, emenda, votação, sanção) realizado pelos órgãos legislativos e órgãos cooperadores para o fim de promulgar leis.” (p. 42). Depois, destaca dentre os princípios do processo legislativo brasileiro, aqueles que lhe parecem ser os mais importantes: “o da publicidade; b) o da oralidade; c) o da separação da discussão e da votação; d) o da unidade da legislatura; e) o do exame prévio dos projetos por comissões parlamentares.” (**Processo constitucional...cit.**, p. 50).

<sup>553</sup> Em monografia clássica sobre o tema, José Afonso da SILVA aborda o processo legislativo e nos apresenta conceitos, definições e suas principais características. Em boa hora – e topicamente – anotadas: 1) conceito de lei: “(...) o termo lei tem vários sentidos em ciência social. Para os sociólogos em geral, lei é tão-só um entre os muitos tipos de controle social; já para os psicólogos, a lei representa os hábitos comuns do povo nas situações em que a satisfação das necessidades de uma pessoa é adequada para entrar em conflito com a satisfação das necessidades das outras; raramente, os psicologistas encaram a lei de um ponto de vista individual e a descrevem como um processo de condicionamento que produz razoável uniformidade de resposta, por parte dos membros da sociedade, aos estímulos do seu meio social. Para o cientista político, a lei, num dado momento e em qualquer sociedade organizada, consiste naquelas regras da conduta humana que são impostas pelo poder do Estado – pois, sociedade alguma pode continuar por muito tempo sem prática e hábitos de vida uniformes; por isso, é necessário o estabelecimento de regras e limites; formas expressas e definidas de associação são necessárias para o cumprimento dos propósitos básicos da ordem interna e da segurança contra as forças externas; a esses agrupamentos sociais interessa durar; para isso é preciso haver prescrições para a manutenção de uma sucessão perpétua, de uma geração às outras, e isto é assegurado pela organização política e pela Administração. Mesmo na ciência do direito, o termo lei apresenta diversidade de significação dependendo da posição filosófica do jurista. Assim, os seguidores da Escola Analítica concebem o Direito identificado como as regras e preceitos que, em conjunto, constituem o sistema legal básico numa sociedade política desenvolvida, e definem a lei como uma regra geral de ação humana externa, imposta pela autoridade política soberana; os da Escola Histórica fundamentam sua interpretação da ordem legal na história do desenvolvimento do procedimento judicial e na regulamentação da conduta humana; (...) Os juristas da Escola Sociológica, em princípio, vêm o significado da lei na sua aplicação e adaptação ao povo; os racionalistas vêm o seu sentido derivado da razão” – considerando a lei, lê-se no texto, um ato de entendimento. Depois desta classificação, José Afonso da Silva remata apresentando o sentido material da lei: “no sentido material, a lei consiste num ato normativo de caráter geral, abstrato e obrigatório, tendo como finalidade o ordenamento da vida coletiva, no sentido de trazer certeza, precisão e garantia às relações jurídicas.” Observe-se a importância desta definição para o desenvolvimento da dissertação – notadamente para o capítulo da modulação de efeitos das decisões judiciais. (**Ibidem**, pp. 21 e seguintes).

<sup>554</sup> Presunção que decorre do próprio processo de elaboração legislativa brasileiro. Sobre o que oportunas as palavras de José Afonso da SILVA: “os projetos, no Congresso Nacional, passam, quase sempre, por mais de uma comissão. (...) A ordem é esta: primeiro, à Comissão de Constituição, Justiça e de Redação, para dizer de seus aspectos constitucionais e jurídicos (...)” (p. 280). Isto não fosse suficiente, na fase do veto – que contempla o processo legislativo – havê-lo-á se a lei (rec.: o projeto de lei) for contrário ao interesse social ou inconstitucional. No dizer de José Afonso da SILVA “(...) duas as finalidades do veto, na prática: a) serve de instrumento de controle prévio da constitucionalidade do ato legislativo, formal e substancialmente; b) atua como fator seletivo na escolha dos interesses que o Chefe do Executivo quer ver tutelados ou repelidos pela ordem jurídica.” (p. 223). Ora, se a primeira comissão que examina o projeto de lei cuida da sua constitucionalidade e se uma das últimas etapas do processo legislativo, que é a do veto (ou a da sanção, uma exclui a outra) o analisa como condição de aprovação ou rejeição do texto legislativo, mais que presumida, em sentido lato, a constitucionalidade das leis no direito brasileiro.



condutas das pessoas, quer nas suas relações privadas, quer nas suas relações com o Poder Público, e, assim, as próprias condutas do Poder Público, consubstanciam-se na lei<sup>555</sup>.

Isto evidencia a obrigatoriedade do seguimento da Lei<sup>556</sup>.

Neste contexto, surge o princípio da segurança jurídica<sup>557-558-559</sup>, melhor definido por LEONARDO GRECO<sup>560</sup> como sendo “o mínimo de previsibilidade necessária que o Estado

---

<sup>555</sup> Orlando GOMES é enfático: “a característica do Direito Positivo reside no seu caráter normativo obrigatório. É a norma que vige em determinada sociedade e que se impõe pela força da autoridade às pessoas que a constituem. Especificamente, norma jurídica é a regra de conduta que dispõe de sanção. A institucionalizada. (...) Da qualificação do Direito como regra de conduta, não se segue, entretanto, que não possa ser estudado no plano da intersubjetividade, no qual se apresenta na sua função de instrumento regulador das relações bilaterais e recíprocas entre sujeitos.” (**Introdução do Direito Civil**, 19ª ed. rev. e atual. por Edvaldo Brito, Rio de Janeiro, Forense, 2007, p. 4).

<sup>556</sup> Vale o comentário de Sônia Maria Broglia MENDES: “quando se examina a validade jurídica fica evidente que não existe grandes discordâncias sobre o que se entende por norma jurídica válida. Ou seja, dizer que uma norma jurídica é válida significa dizer que essa norma existe, que pertence a um sistema jurídico e, em consequência, a conduta nela prescrita, quer seja uma proibição, uma determinação ou uma permissão, pode ser exigida.” (**A validade jurídica e o giro lingüístico**, São Paulo, Noeses, 2007, p. 205).

<sup>557</sup> Somente o tema segurança jurídica daria uma dissertação de mestrado ou mesmo tese de doutoramento. No curso deste trabalho, ele será abordado de acordo com o contexto em que inserido, vale dizer, muito sobre o mesmo será dito em função da modulação dos efeitos das decisões judiciais. Optamos por versar sobre a segurança jurídica de forma incidental, não encontrando necessidade para se abrir um capítulo no trabalho sobre o mesmo, malgrado a importância que – por si só – possui.

<sup>558</sup> Embora se tenha afirmado em nota anterior não ser o caso de abrir-se um capítulo a respeito do instituto da segurança jurídica, é oportuna a doutrina de José Afonso da SILVA: “a segurança do direito (...) é um valor jurídico que exige a positividade do direito, enquanto a segurança jurídica é já uma garantia que decorre dessa positividade. Assim é que o direito constitucional positivo, traduzido na Constituição, é que define os contornos da segurança jurídica da cidadania. Nos termos da Constituição a segurança jurídica pode ser entendida num sentido amplo e num sentido restrito. No primeiro, ela assume o sentido geral de garantia, proteção, estabilidade de situação ou pessoa em vários campos, dependente do adjetivo que a qualifica. Em sentido estrito, a segurança jurídica consiste na garantia de estabilidade e de certeza de negócios jurídicos, de sorte que as pessoas saibam de antemão que, uma vez envolvidas em determinada relação jurídica, esta se mantém estável, mesmo se modificar a base legal sob a qual se estabeleceu.” Mais adiante, prossegue – citando Jorge Reinaldo VANOSSI – : “a segurança do direito se refere à proteção do direito objetivo, à sua positividade; exige o seguro conhecimento das normas jurídicas, a possibilidade de comprovar com firmeza os fatos dos quais depende sua aplicação, a segura aplicabilidade do direito estabelecido. Já a segurança jurídica de que se trata aqui se refere, não ao direito objetivo, e sim à proteção dos direitos subjetivos, em face das mutações formais do direito posto, em face especialmente da sucessão de leis no tempo e à necessidade de assegurar estabilidade dos direitos adquiridos. A segurança jurídica dos direitos subjetivos consiste no ‘conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida’. Uma importante condição da segurança jurídica, neste caso, está na relativa certeza de que as relações realizadas sob o império de uma norma devem perdurar ainda quando tal norma seja substituída.” (Constituição e segurança jurídica, in: Carmem Lúcia Antunes ROCHA, **Constituição e segurança jurídica – direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence**, São Paulo, Fórum, 2005, p. 17). Na mesma obra e sentido, Ingo Wolfgang SARLET: “a segurança jurídica, na sua dimensão objetiva, exige um patamar mínimo de continuidade do Direito, ao passo que, na perspectiva subjetiva, significa a proteção da confiança do cidadão nesta continuidade da ordem jurídica no sentido de uma segurança individual das próprias relações jurídicas.” Mais adiante, busca no Estado (democrático e social) de Direito o fundamento para o instituto da segurança jurídica: “o princípio do Estado democrático e social de Direito, que impõe um patamar mínimo de segurança jurídica, o qual necessariamente abrange a proteção da confiança e a manutenção de um nível mínimo de segurança contra medidas retroativas e,

de Direito deve oferecer a todo cidadão, a respeito dos quais são as normas de convivência que ele deve observar e com base nas quais pode travar relações jurídicas válidas e eficazes.”

Essas linhas gerais<sup>561, 562 e 563</sup> estando colocadas, é possível dizer desde logo que o Supremo Tribunal Federal, primeiro, e depois o legislador, voltaram atenções para o tema da eficácia retroativa das decisões de inconstitucionalidade. Tema este que pode ser estendido para as decisões judiciais mesmo não versantes de constitucionalidade. É a segurança jurídica<sup>564</sup> que permite relativizar<sup>565</sup> – por assim dizer – o efeito *ex tunc* de tais decisões.

---

pelo menos em certa medida, atos de cunho retrocessivo de um modo geral.” (Eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro, in: Cármen Lúcia Antunes ROCHA, **Constituição e segurança jurídica – direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence**, Belo Horizonte, Fórum, 2005, pp. 96 e, depois, 113).

<sup>559</sup> Na apresentação da obra coletiva **Constituição e segurança jurídica – direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence**, p. 10, Cármen Lúcia Antunes ROCHA traz visão poética do direito – e da segurança jurídica: “o Direito vive nos passos que se aliam, somam-se e fazem o caminho. O que se quer é que o rumo seja no sentido de propiciar alguma melhoria na prática do direito a fim de que a segurança jurídica não seja ficção, mas verdadeira facção jurídica. Tudo o que diminui a ansiedade de viver conforta o ser humano e multiplica-se nas certezas que facilitam o viver político.”

<sup>560</sup> Leonardo GRECO, Eficácia da declaração erga omnes de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior. Disponível [www.mundojuridico.adv.br](http://www.mundojuridico.adv.br). Acessado em 28 de novembro de 2006.

<sup>561</sup> “Essas”, e aquelas, feitas quando da análise do art. 27 da Lei 9.868/99, em capítulo dessa dissertação.

<sup>562</sup> No direito estrangeiro e mesmo em forma de direito comparado, possui superior importância para o exame do assunto o trabalho “O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado”, de Mauro CAPPELLETTI (**O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**, trad. de Aroldo Plínio Gonçalves, Porto Alegre, Fabris, 1984), ao qual, para não se alongar ainda mais a dissertação, remete-se leitor que pretenda desenvolver o tema. Em título original: *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato* (Milano – Dott. A. Giuffrè – 1978). Consta que referida obra está editada nos idiomas italiano (original), alemão (*Die gerichtliche kontrolle der verfassungsmässigkeit der gesetze in rechtsvergleichender betrchtung*, in *Jahrbuch des öffentlichen rechts der gegenwart*, 20 (1971), português (o presente), espanhol (*El control judicial de la constitucionalidad de las leyes em el derecho comparado*, Universidad Autónoma de México, Publicaciones de la Revista de la Facultad de Derecho de México, 1966), inglês (*Judicial Review in the contemporary World, Indianapolis*, New York, Bobbs-Merril, 1971) e japonês.

<sup>563</sup> Ainda sobre a evolução do tratamento do regime dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, com minuciosa verificação de direito estrangeiro, podem ser citados os votos do Ministro Gilmar MENDES (RE 197.917/SP, que abaixo exploraremos, onde explica a evolução e as diretrizes do assunto no direito estrangeiro); do Ministro Eros GRAU (Adin 2.240-7/BA, onde há também minucioso exame da evolução da teoria geral do controle de constitucionalidade no direito alienígena); do Ministro Celso de MELLO (AI 395.902-6/RJ, com farta anotação de doutrina estrangeira); e, entre outros, também com volume acentuado de doutrina, o de Carlos VELLOSO (RE 442.683-8/RS).

<sup>564</sup> Deve ser anotado que a idéia do artigo 27 da Lei 9.868/99 fora exposta por Maurício CORRÊA, quando Senador da República, que pretendia dar ao § 2º do art. 127 do Projeto de Constituição a seguinte redação: “Quando o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou de ato normativo, determinará se eles perderão a eficácia desde a sua entrada em vigor, ou a partir da publicação da decisão declaratória.” Em artigo intitulado “A dimensão política do Judiciário e a nova Constituição” publicado em Arquivos do Ministério da Justiça – Ano 41, Número 173, Julho/Setembro 1988, p.s 49 a 68, o Ministro José

É conveniente encerrar este tópico de linhas gerais a respeito da modulação de efeitos com o anúncio de uma das mais importantes decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal em sua história recente: o caso do julgamento da filiação partidária, no qual valeu-se da modulação para adequar sua decisão a uma realidade brasileira de ordem política. Não

---

Néri da SILVEIRA fez o registro: “(...) com o dispositivo proposto, mas não acolhido, dar-se-ia ao Supremo Tribunal Federal assento normativo, notadamente, para que fosse viável, em circunstâncias especiais, certo temperamento quanto aos efeitos da decisão, afastando, por vez, o rigorismo, ou em atenção à ‘segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo’, na expressão da regra da Constituição portuguesa.” No curso de seu artigo, o Ministro Néri da SILVEIRA fez menção a voto proferido na Representação 1.418-5, onde podem ser encontrados relevantes argumentos e histórico sobre o assunto, em especial a redação do art. 282 da Constituição de Portugal, no qual encontra-se a passagem acima mencionada.

<sup>565</sup> O Ministro Celso de MELLO identificou três linhas doutrinárias a respeito do artigo 27 da Lei 9.868/99. Embora haja outras, que serão no curso do trabalho registradas e algumas até comentadas, é interessante explicitar o levantamento de Celso de MELLO (RE 395.902 AgR-RJ, sem os destaques): “cabe observar, por oportuno, consoante acentua o magistério da doutrina (Octavio Campos FISCHER, **Os Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Tributário**, Rio de Janeiro, Renovar, 2004, v.g.) que o tema concernente à possibilidade de modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade tem provocado ampla controvérsia doutrinária. Existem, de um lado, autores – como Luciana de Assunção MACIEIRA (A Inconstitucionalidade do art. 27 da Lei n. 9.868/99 quanto ao regulamento processual dos efeitos do provimento final em sede de controle abstrato, in: **Revista da ESMape**, v. 6, n.º 13, jan/jun/2001, pp. 291-309), Olavo Alves FERREIRA (**Controle de Constitucionalidade e seus Efeitos**, São Paulo, Método, 2003, pp. 93-98, item n. 3.5.3) e Ingo Wolfgang SARLET (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Alguns Aspectos Controversos, in: **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: análise à luz da Lei n. 9.882/99**, São Paulo, Atlas, 2001, pp. 150-171, 164/165) – que sustentam a inconstitucionalidade do art. 27 da Lei n. 9.868/99, não admitindo, em qualquer hipótese, a utilização da técnica da modulação (ou manipulação) dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade emanda do Supremo Tribunal Federal, que se trate de fiscalização abstrata, quer se cuide de controle meramente incidental de constitucionalidade. Há, também, aqueles – como Ronaldo REDENSCHI (Eficácia ex nunc da Declaração de Inconstitucionalidade em Via Direta – Modificações trazidas pelo artigo 27, da Lei n. 9.868/99 – Relações com o método da ponderação de bens, in: **Temas de Interpretação do Direito Tributário**, Rio de Janeiro, Renovar, 2003, pp. 369-418), Carlos Roberto Siqueira CASTRO (Da Declaração de Inconstitucionalidade e seus Efeitos em Face das Leis ns. 9.868/99 e 9.882/99, in: **O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99**, Rio de Janeiro, Lumen Júris, 2001, pp. 39-99), Oswaldo Luiz PALU (**Controle de Constitucionalidade – Conceitos, Sistemas e Efeitos**, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, pp. 162-180, itens ns. 9.3, 9.3.1, 9.3.2), Walter Claudius ROTHENBURG (Velhos e Novos Rumos das Ações de Controle Abstrato de Constitucionalidade à Luz, da Lei n. 9.868/99, in: **O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99**, Rio de Janeiro, Lumen Juris, pp. 282-285, item n. 3.6, 2001), Alexandre Santos de ARAGÃO (O Controle de Constitucionalidade pelo Supremo Tribunal à Luz da Teoria dos Poderes naturais, in: **Revista Forense**, v. 373, maio-junho de 2004, p. 24-27, item IV), Luís Roberto BARROSO (**O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**, São Paulo, Saraiva, 2004, p. 160-165) e Lênio Luiz STRECK (**Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 693-698, 697, item n. 11.6) – cujo magistério reconhece a possibilidade jurídica de aplicação da técnica da modulação temporal dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, desde que se restrinja ao plano do controle abstrato. Registra-se, ainda, uma terceira posição doutrinária, cuja percepção do tema – tal como exposta por Júlio César ROSSI (A Reforma do Judiciário e suas implicações nos Modelos Concentrado e Difuso de Constitucionalidade, in: **Revista Dialética de Direito Processual**, v. 31, outubro-2005, pp. 51-71), Rui MEDEIROS (A Decisão de Inconstitucionalidade, Universidade Católica Editora, 1999, p. 743) e Gilmar Ferreira MENDES (**Jurisdição Constitucional**, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 2004, pp. 365-368, item n. 6.2.2), dentre outros – admite ser viável o emprego da manipulação (ou modulação), no tempo, dos efeitos jurídicos resultantes da declaração de inconstitucionalidade proferida pela Suprema Corte, não importando que tal pronunciamento se dê no âmbito da fiscalização concentrada ou no plano do controle meramente incidental de constitucionalidade.” Acrescente-se, como será melhor exposto no corpo da dissertação, haver outras duas correntes: uma, pela aplicação do artigo 27 da Lei 9.868/99 mesmo fora do âmbito do controle de constitucionalidade e, outra, da aplicação da modulação por qualquer juiz – e não só pelo Supremo Tribunal Federal.

aplicada a modulação, haveria graves e negativas conseqüências, que o tema – por si só – evidencia.

Conforme notícia veiculada em seu *site*<sup>566</sup>:

“por oito votos, o Supremo Tribunal Federal entendeu (...) que a infidelidade partidária pode gerar perda de mandato. A decisão vale a partir do dia 27 de março de 2007, quando o Tribunal Superior Eleitoral disse que o mandato político pertence ao partido, e não ao parlamentar. (...) A modulação dos efeitos da decisão (...) foi decidida por maioria, com o voto de seis ministros. Ao todo, três correntes se formaram sobre o tema. A corrente vencedora foi a que tomou como ponto de partida o pronunciamento do TSE, e foi defendida por Celso de Mello, Cármen Lúcia Antunes Rocha, Carlos Alberto Menezes Direito, Cezar Peluso, Gilmar Mendes e Ellen Gracie. Outras duas vertentes defendiam que a decisão valesse a partir de hoje [leia-se, do julgamento] (Joaquim Barbosa) ou desde o início desta legislatura (Carlos Ayres Britto e Marco Aurélio)”.

Isto evidencia a importância da modulação dos efeitos das decisões do Poder Judiciário, notadamente do Supremo Tribunal Federal. Não adotada neste caso, vg, verificar-se-ia como conseqüência da decisão a perda de um grande número de mandatos, gerando um caos político sem precedentes – e evitável.

---

566

## 6.1 STF – Controle direto de constitucionalidade<sup>567</sup>

<sup>567</sup>

Além dos julgados explorados no corpo do texto, a questão da modulação dos efeitos também veio tratada em outras ações diretas de inconstitucionalidade; alguns acórdãos ainda não estavam publicados quando do encerramento do trabalho. Contudo, podem ser mencionadas as notas de informação sobre os julgamentos, em

[http://www.stf.gov.br/portal/legislacaoAnotadaAdiAdcAdpf/verLegislacaoArtigo.asp?item=346&termo=MODU\\_LACAO](http://www.stf.gov.br/portal/legislacaoAnotadaAdiAdcAdpf/verLegislacaoArtigo.asp?item=346&termo=MODU_LACAO): a) “Por entender caracterizada a ofensa ao princípio do concurso público (CF, arts. 37, II e 134, § 1), bem como ao art. 37, XIII, da CF, que veda a equiparação ou vinculação de quaisquer espécies remuneratórias para efeito de remuneração de pessoal do serviço público, o Tribunal, por maioria, julgou procedente pedido formulado em ação direta para declarar a inconstitucionalidade, do art. 140, caput, § único, e, do art. 141, ambos, da Lei Complementar 65/2003; do art. 55, caput, § único, da Lei 15.788/2005; e, do art. 135, caput e § 2., da Lei 15.961/2005, todas do Estado de Minas Gerais, que dispõem sobre forma de investidura e provimento de cargos da carreira de defensor público e remuneração de cargos. Vencidos, em parte, os Ministros Marco Aurélio MELLO e Gilmar MENDES, que, por reputar as leis impugnadas harmônicas co o disposto no art. 41, § 3, da CF (...) julgavam o pedido improcedente. O Tribunal, também por maioria, nos termos do disposto no art. 27, da Lei 9.868/99, decidiu que a declaração terá eficácia a partir de 6 meses, a contar da data da decisão tomada, prazo esse que considerou razoável para a reorganização da Defensoria-Pública no referido Estado-membro, asseverando ser ínsita à utilização da técnica da modulação a expectativa de que o Chefe do Executivo, nesse período, adote as providências administrativas necessárias ao provimento de cargos relativamente aos aprovados em concursos públicos” (Adin 3.819, Relator Ministro Eros GRAU, j. 24.10.07, Informativo 485); b) “Controle concentrado de constitucionalidade — Procedência da pecha de inconstitucional — Efeito — Termo inicial — Regra x exceção. A ordem natural das coisas direciona no sentido de ter-se como regra a retroação da eficácia do acórdão declaratório constitutivo negativo à data da integração, da Lei proclamada inconstitucional, no arcabouço normativo, correndo à conta da exceção a fixação de termo inicial distinto. Embargos declaratórios — Omissão — Fixação do termo inicial dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade — Retroatividade total. Inexistindo pleito de fixação de termo inicial diverso, não se pode alegar omissão relativamente ao acórdão por meio do qual se concluiu pelo conflito do ato normativo autônomo abstrato com a Carta da República, fulminando-o desde a vigência.” (ADI 2.728-ED, Relator Ministro Marco Aurélio MELLO, julgamento em 19-10-06, DJ de 5-10-07); c) “O Tribunal julgou procedente pedido formulado em ação direta proposta pelo Procurador-Geral da República para declarar a inconstitucionalidade do § 1º, do art. 7º, da Lei 10.254/90, do Estado de Minas Gerais, que exige, como condição para efetivação em cargo público de servidor não estável de autarquia e fundação pública, apenas sua aprovação em concurso público para provimento de cargo correspondente à função de que seja titular. Entendeu-se que o dispositivo impugnado ofende o princípio do concurso público (CF, art. 37, II), já que permite que haja preterição da ordem de classificação no certame. Em seguida, tendo em conta que o número de votos não atingia o necessário para os efeitos de aplicação, do art. 27, da Lei 9.868/99, ficaram vencidos, parcialmente, os Ministros Menezes DIREITO, Cármen Lúcia ROCHA, Ricardo LEWANDOWSKI, Carlos BRITTO, Cezar PELUSO, Gilmar MENDES e Celso de MELLO, que davam efeitos prospectivos à decisão. Precedente citado: ADI 289/CE (DJ de 16-3-2007).” (ADI 2.949, Relator Ministro Joaquim Barbosa, julgamento em 26-9-07, Informativo 481); d) “Embargos de declaração. Ação direta de inconstitucionalidade. Art. 187, da Lei Complementar n. 75/93. Constitucionalidade. Embargos que traduzem, na verdade, pretensão de declaração de constitucionalidade da norma com efeitos ex nunc. Impossibilidade. Inversão do princípio da presunção de constitucionalidade das leis.” (ADI 1.040-ED, Relator Ministro Ellen Gracie, DJ 01/09/06); e) “Com essas considerações, julgo procedente o pedido formulado na presente ação direta e declaro a inconstitucionalidade, do artigo 51 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias do Estado da Paraíba. Nos termos, do art. 27, da Lei 9.868/99, proponho, porém, a aplicação ex nunc dos efeitos dessa decisão. Justifico. Nas mais recentes ações diretas que trataram desse tema, normalmente propostas logo após a edição, da Lei impugnada, se tem aplicado o rito célere, do art. 12, da Lei 9.868/99. Assim, o tempo necessário para o surgimento da decisão pela inconstitucionalidade do Diploma dificilmente é desarrazoado, possibilitando a regular aplicação dos efeitos ex tunc. Nas ações diretas mais antigas, por sua vez, era praxe do Tribunal a quase imediata suspensão cautelar do ato normativo atacado. Assim, mesmo que o julgamento definitivo demorasse a acontecer, a aplicação dos efeitos ex tunc não gerava maiores problemas, pois a norma permanecera durante todo o tempo com sua vigência suspensa. Aqui, a situação é diferente. Contesta-se, em novembro de 2005, norma promulgada em outubro de 1989. Durante esses dezesseis anos, foram consolidadas diversas situações jurídicas, principalmente no campo financeiro, tributário e administrativo, que não podem, sob pena de ofensa à segurança jurídica, ser desconstituídas desde a sua origem. Por essa razão, considero presente legítima hipótese de aplicação de efeitos ex nunc da declaração de inconstitucionalidade.” (ADI 3.615, voto da Ministro Ellen Gracie,

juízo em 30-8-06, DJ de 9-3-07); f) "Aplicação, no acórdão impugnado — tal como ocorrido em vários outros julgados que trataram sobre as tentativas de desmembramento de municípios sem a consulta popular exigida pelo art. 18, § 4º, da Constituição Federal —, da regra segundo a qual as decisões do Supremo Tribunal Federal em ação direta de inconstitucionalidade possuem eficácia ex tunc, tendo em vista a nulidade do ato normativo atacado desde a sua edição. Os embargos declaratórios e a excepcional fixação de eficácia ex nunc nas decisões proferidas em ação direta de inconstitucionalidade não se prestam para o alcance de pretensões político-eleitorais." (ADI 2.994-ED, Relator Ministro Ellen Gracie, julgamento em 31-5-06, DJ de 4-8-06); g) "Efetivamente, em relação aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade dessas normas, verifico que a gravidade dos prejuízos eventuais decorrentes da nulidade ex tunc da norma é imprevisível, mas avaliável. Basta notar que, com base nas normas ora impugnadas, já foi efetuada a defesa de servidores estaduais. Lembrando que converti o rito da presente ação para o, do art. 12, da Lei 9.868, e considerando essa peculiaridade do caso, entendo que no presente julgamento de mérito é necessário limitar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade das normas, com base no art. 27, da Lei 9.868. Com essas considerações, Sr. Presidente, voto pela procedência da presente ação, para declarar a inconstitucionalidade da expressão 'bem como assistir, judicialmente, aos servidores estaduais processados por ato praticado em razão do exercício de suas atribuições funcionais', contida na alínea a, do Anexo II, da Lei Complementar estadual 10.194/1994, também do Estado do Rio Grande do Sul. Nos termos, do art. 27, da Lei 9.868, proponho aos colegas a restrição dos efeitos desta decisão, para não causar prejuízos desproporcionais. Como marco dessa limitação, sugiro que a declaração de inconstitucionalidade tenha efeito a partir de 31-12-2004." (ADI 3.022, voto do Ministro Joaquim Barbosa, julgamento em 2-8-04, DJ de 4-3-05); h) "Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em julgar improcedente, em parte, a ação direta em relação ao art. 45, da Constituição estadual do Rio Grande do Sul, e, também por unanimidade, em julgar inconstitucional a alínea a, do Anexo II, da Lei Complementar 10.194, de 30 de maio de 1994, do Estado do Rio Grande do Sul, e ainda em restringir o efeito dessa decisão para a partir de 31 de dezembro do corrente ano, nos termos do voto do relator.(...)" (ADI 3.022, Relator Ministro Joaquim Barbosa, julgamento em 2-8-04, DJ de 4-3-05); i) "Sabemos que a supremacia da ordem constitucional traduz princípio essencial que deriva, em nosso sistema de direito positivo, do caráter eminentemente rígido de que se revestem as normas inscritas no estatuto fundamental. Nesse contexto, em que a autoridade normativa, da Constituição assume decisivo poder de ordenação e de conformação da atividade estatal — que nela passa a ter o fundamento de sua própria existência, validade e eficácia —, nenhum ato de Governo (Legislativo, Executivo e Judiciário) poderá contrariar-lhe os princípios ou transgredir-lhe os preceitos, sob pena de o comportamento dos órgãos do Estado incidir em absoluta desvalia jurídica. Essa posição de eminência, da Lei Fundamental — que tem o condão de desqualificar, no plano jurídico, o ato em situação de conflito hierárquico com o texto, da Constituição — estimula reflexões teóricas em torno da natureza do ato inconstitucional, daí decorrendo a possibilidade de reconhecimento, ou da inexistência, ou da nulidade, ou da anulabilidade (com eficácia ex nunc ou eficácia ex tunc), ou, ainda, da ineficácia do comportamento estatal incompatível com a Constituição. Tal diversidade de opiniões nada mais reflete senão visões doutrinárias que identificam, no desvalor do ato inconstitucional, 'vários graus de invalidade' (Marcelo Rebelo de Sousa, O Valor Jurídico do Acto Inconstitucional, vol. I/77, 1988, Lisboa). (...) Cumpre enfatizar, por necessário, que, não obstante essa pluralidade de visões teóricas, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal — apoiando-se na doutrina clássica (Alfredo Buzaid, Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro, p. 132, item n. 60, 1958, Saraiva; Ruy Barbosa, Comentários à Constituição Federal Brasileira, vol. IV/135 e 159, coligidos por Homero Pires, 1933, Saraiva; Alexandre de Moraes, Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais, p. 270, item n. 6.2.1, 2000, Atlas; Elival da Silva Ramos, A Inconstitucionalidade das Leis, p. 119 e 245, itens ns. 28 e 56, 1994, Saraiva; Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, A Teoria das Constituições Rígidas, p. 204/205, 2ª ed., 1980, Bushatsky) — ainda considera revestir-se de nulidade a manifestação do Poder Público em situação de conflito com a Carta Política (RTJ 87/758 — RTJ 89/367 — RTJ 146/461 — RTJ 164/506, 509). Impõe-se reconhecer, no entanto, que se registra, no magistério jurisprudencial desta Corte, e no que concerne a determinadas situações (como aquelas fundadas na autoridade da coisa julgada ou apoiadas na necessidade de fazer preservar a segurança jurídica, em atenção ao princípio da boa-fé), uma tendência claramente perceptível no sentido de abrandar a rigidez dogmática da tese que proclama a nulidade radical dos atos estatais incompatíveis com o texto, da Constituição da República (RTJ 55/744 — RTJ 71/570 — RTJ 82/791, 795): 'Recurso extraordinário. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade em tese pelo Supremo Tribunal Federal. Alegação de direito adquirido. Acórdão que prestigiou lei estadual à revelia da declaração de inconstitucionalidade desta última pelo Supremo. Subsistência de pagamento de gratificação mesmo após a decisão erga omnes da Corte. Jurisprudência do STF no sentido de que a retribuição declarada inconstitucional não é de ser devolvida no período de validade inquestionada, da Lei de origem — mas tampouco paga após a declaração de inconstitucionalidade. Recurso extraordinário provido em parte.' (RE 122.202-MG, Relator Ministro Francisco Rezek, DJU de 8-4-94) Mostra-se inquestionável, no entanto, a despeito das críticas

### ***6.1.1 Adin 513-8/DF – Ministro CÉLIO BORJA. Modulação dos efeitos. Teoria Geral.***

No âmbito da Adin 513-8 – na qual se analisava a adequação constitucional da Lei 8.134/90 e do Manual para preenchimento da Declaração do Imposto de Renda, Pessoa Física, ano-base 1990, exercício 1991, no que referia às instruções sobre a aplicação do coeficiente de correção monetária do imposto e de sua restituição (cumpre ressaltar que em ação direta não se examina disposição não-normativa, como o referido “manual”) – o Supremo Tribunal Federal (Plenário), mediante a relatoria do Ministro Célio Borja, tratou da modulação de efeitos.

---

doutrinárias que lhe têm sido feitas (Celso Ribeiro Bastos, Comentários à Constituição do Brasil, 4º vol., tomo III/87-89, 1997, Saraiva; Carlos Alberto Lúcio Bittencourt, O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis, p. 147, 2ª ed., Ministério da Justiça, 1997, reimpressão fac-similar, v.g.), que o Supremo Tribunal Federal vem adotando posição jurisprudencial, que, ao estender a teoria da nulidade aos atos inconstitucionais, culmina por recusar-lhes qualquer carga de eficácia jurídica. Embora o status quaestionis esteja assim delineado no Supremo Tribunal Federal, não há dúvida de que o relevo dessa matéria impõe novas reflexões sobre o tema (Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz, Controle de Constitucionalidade e Teoria da Recepção, p. 43, 1995, Malheiros; Inocêncio Mártires Coelho, Constitucionalidade/Inconstitucionalidade: Uma Questão Política?, in RDA 221/47-69, 64-66, item n. 4), especialmente se se tiver em consideração a experiência constitucional de outros países, cujas Leis Fundamentais — como ocorre em Portugal (art. 282, n. 4, na redação dada pela 4ª Revisão/1997), na Espanha (art. 164) e na Itália (art. 136), p. ex. — dispõem sobre a amplitude e o regime jurídico inerentes aos efeitos que resultam da declaração de inconstitucionalidade. Essa nova percepção do tema reflete, de certa maneira, nítida influência decorrente da prática jurisprudencial do Tribunal Constitucional Federal germânico, como ressalta Paulo Bonavides (Curso de Direito Constitucional, p. 308, item n. 9, 10ª ed., 2000, Malheiros), cujo autorizado magistério sustenta a necessidade de criar-se, no plano do controle de constitucionalidade dos atos estatais, ‘um espaço de tempo, intermediário, que assegure a sobrevivência provisória, da Lei declarada incompatível com a Constituição’. É certo que, no sistema normativo brasileiro, com a edição, da Lei n. 9.868/99 (art. 27), introduziu-se inovação claramente inspirada nos modelos constitucionais positivados no direito português e no direito alemão. Impõe-se registrar, no entanto, que o art. 27, da Lei n. 9.868/99 é objeto de impugnação em sede de ação direta de inconstitucionalidade, promovida, respectivamente, perante o Supremo Tribunal Federal, pela Confederação Nacional das Profissões Liberais e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (ADI 2.154-DF e ADI 2.258-DF, Relator Ministro Sepúlveda Pertence), sob a alegação de que a matéria nele versada está sujeita à reserva de Constituição, não podendo, por isso mesmo, ser disciplinada pelo legislador comum. Essa controvérsia, contudo, será oportunamente dirimida pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento das mencionadas ações diretas de inconstitucionalidade.” (ADI 2.215-MC, Relator Ministro Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 17-4-01, DJ de 26-4-01); j) "Atos inconstitucionais são, por isso mesmo, nulos e destituídos, em conseqüência, de qualquer carga de eficácia jurídica. A declaração de inconstitucionalidade de uma lei alcança, inclusive, os atos pretéritos com base nela praticados, eis que o reconhecimento desse supremo vício jurídico, que inquina de total nulidade os atos emanados do poder público, desampara as situações constituídas sob sua égide e inibe — ante a sua inaptidão para produzir efeitos jurídicos válidos — a possibilidade de invocação de qualquer direito." (ADI 652-QO, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 2-4-92, DJ de 2-4-93). No mesmo sentido: ADI 1.434-MC, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 29-8-96, DJ de 22-11-1996.

Os delineamentos do tema e do alcance dos efeitos de declaração de inconstitucionalidade vieram expressos já na ementa:

“(…) Alegação de só poder ter efeito EX NUNC a decisão que nulifica lei que instituiu ou aumentou tributo auferido pelo Tesouro e já aplicado em serviços ou obras públicas. Sua inaplicabilidade à hipótese dos autos que não cogita, exclusivamente, de tributo já integrado ao patrimônio público, mas, de ingresso futuro a ser apurado na declaração anual do contribuinte e recolhido posteriormente. Também não é ela atinente à eventual restituição de imposto pago a maior, porque está prevista em lei e terá seu valor reduzido pela aplicação de coeficiente menos gravoso.

Não existe ameaça iminente à solvência do tesouro, à continuidade dos serviços públicos ou a algum bem política ou socialmente relevante, que justifique a supressão, IN CASU, do efeito próprio, no Brasil, do juízo de inconstitucionalidade da norma, que é a sua nulidade. É de repelir-se, portanto, a alegada ameaça de lacuna jurídica ameaçadora (Bedrohliche Rechtslücke).”

Assim, ao analisar o sistema de controle de constitucionalidade no Brasil – desta feita em sede de ação direta –, o Supremo Tribunal Federal foi conclusivo em afirmar que a vocação de uma declaração de inconstitucionalidade é a de fazer nula a lei reputada irregular face à Constituição e, nesse passo, como regra, fazer seus efeitos *erga omnes* e retroativos.

Para a construção de um entendimento acerca do assunto, do tratamento e da evolução que vem recebendo no âmbito do Supremo Tribunal Federal, parece-nos adequado transcrever algumas partes dos votos (as que versam sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade – não as atinentes ao mérito propriamente dito da ação), mesmo que isto alongue o estudo.

Analisando o argumento da Advocacia-Geral da União (na época – junho de 1991 –, o Advogado-Geral da União era ARTHUR DE CASTILHO NETO) de que necessariamente os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, se procedente a ação, deveriam ser da natureza *ex nunc* e prospectivos, em função do “(...) dispêndio já feito da receita em benefício do contribuinte e à desorganização das finanças públicas, eventualmente



provocados por sentenças judiciais de inconstitucionalidade” – o que, na visão da Advocacia-Geral da União, impediria a repetição do indébito –, o Relator, Ministro CÉLIO BORJA, assim se manifestou:

“Penso não ser esse o caso dos autos porque, neles, não se cuida exclusivamente, de receita já auferida pelo Tesouro, mas, de ingresso futuro a ser apurado na declaração anual e pago posteriormente.

De outra parte, a restituição do imposto pago a maior já está prescrita em lei; e se procedente esta ação de inconstitucionalidade, o Tesouro despendará menos com tal restituição, porque menor será o coeficiente de correção do seu valor.”

Percebe-se, portanto, que não foram acolhidos os argumentos meramente econômicos para que o Supremo Tribunal Federal deixasse de aplicar a regra clássica da declaração de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do Poder Público no Brasil, que é a da retroação dos efeitos à origem do ato objeto do reconhecimento do desagrado à Constituição.

O julgamento ainda analisou o pedido de declaração de inconstitucionalidade sem cominação de nulidade, feito pela Advocacia-Geral da União, e igualmente afastado pelo Relator:

“(…) não há ameaça declarada à solvência do Tesouro, à continuidade dos serviços públicos ou a algum bem política ou socialmente relevante que obrigue o Tribunal, no exercício de jurisdição constitucional, a impedir ou suspender o efeito próprio, no Brasil, da declaração de inconstitucionalidade da norma jurídica, que é a sua nulidade.”

Percebem-se desta passagem pelos menos dois delineamentos sobre o tema: um deles, já afirmado em algumas passagens desta dissertação, que é o da regra da retroação de efeitos, em sede de controle de constitucionalidade, qualquer que seja o modelo em que se opere; o outro, que se pode extrair por ilação do raciocínio do Relator, Ministro CÉLIO BORJA, é o de que fundamentos de ordem política, econômica e social poderiam –

em tese – fazer do caso concreto exceção àquela regra, de sorte a serem prospectivos os efeitos da declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

Embora não se tenha valido da expressão, o voto do Ministro CÉLIO BORJA aponta para a prevalência do interesse público sobre o particular para, em determinada causa, ou declaração de inconstitucionalidade, por assim dizer, levar o Supremo Tribunal Federal a impor-lhe efeito *ex nunc*.

O Ministro CELSO DE MELLO proferiu voto que adentrou ao tema dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no Brasil. Observe-se que o julgamento foi realizado em data de 14 de junho de 1991, antes, portanto, da Lei da Ação Direta de Inconstitucionalidade hoje vigente – e, portanto, da previsão contida em seu art. 27, que trata exatamente da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, de lei ou ato normativo do Poder Público.

Na visão do Ministro CELSO DE MELLO (pelo menos a expressada no julgamento da Adin 513-8), não está legitimado o Supremo Tribunal Federal a declarar inconstitucionalidade sem que à declaração dê efeitos retroativos à data do ato impugnado:

“O valor jurídico do ato inconstitucional é nenhum. É ele desprovido de qualquer eficácia no plano do Direito. Por isso mesmo, a doutrina (WALTER THEODÓSIO, “Da Declaração de Inconstitucionalidade, da Lei”, “Justitia”, vol. 118/97, v.g) e a própria jurisprudência deste Tribunal (Rp 1.077-RJ, RTJ 101/503) têm proclamado a absoluta ineficácia derogatória das leis inconstitucionais.

(...)

A lei inconstitucional, por ser nula e, conseqüentemente, ineficaz, reveste-se de absoluta inaplicabilidade. Falecendo-lhe legitimidade constitucional, a lei se apresenta desprovida de aptidão para gerar e operar qualquer efeito jurídico. ‘Sendo inconstitucional, a regra jurídica é nula’ (RTJ 102/671).

(...) é preciso acentuar que se revela de todo inaplicável ao sistema de direito constitucional positivo nacional a chamada doutrina prospectiva (...)

A teoria da prospectividade da eficácia da decisão declaratória de inconstitucionalidade – verdadeiro tema ‘de jure constituendo – não encontra apoio em nosso sistema jurídico, pois, no Brasil – e este particular aspecto da questão tem sido amplamente ressaltado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – o pronunciamento desta Corte, em sede jurisdicional concentrada, é genérico, vinculante, obrigatório, além de retroagir, em seus efeitos e consequências, até o nascimento da própria norma impugnada (RTJ 82/791 – 87/758 – 89/367). ‘Declarada a inconstitucionalidade de uma lei, ela alcança, inclusive, os atos do passado praticados com base nessa lei’.

Saliente-se, ainda, que o Supremo Tribunal Federal já repeliu, expressamente, a possibilidade de, ele próprio, estabelecer os limites e a extensão dos efeitos do seu ato declaratório de inconstitucionalidade (RTJ 82/791-796).”

Cumprido observar que o julgamento ocorreu em data de 14 de junho de 1991, antes, portanto, da edição da Lei 9.868/99, que dispõe sobre o processo da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, publicada em data de 10 de novembro de 1999 e naquela data (art. 31) entrando em vigência para, dentre outros, estabelecer a possibilidade contida no art. 27, exatamente a da modulação dos efeitos.

Ainda que seja assim, o exame mais detalhado do voto do Ministro CELSO DE MELLO, nos pode levar à conclusão segundo a qual a superveniência da lei e a introdução no direito positivo da regra da modulação contida em seu art. 27 não autorizariam, nem elas, a adoção de uma teoria prospectiva no controle de constitucionalidade brasileiro.

Ao dizer que “a teoria da prospectividade (...) não encontra apoio em nosso sistema jurídico”, pode-se compreender que o Ministro CELSO DE MELLO não se sensibilize com a edição de lei que a permita, uma vez que, para o sistema nacional de controle de constitucionalidade, lei inconstitucional é lei nula, que nunca poderia ter existido e cujos os efeitos não poderão ser verificados, em momento algum e sob qualquer pretexto.

### **6.1.2 Adin 1102-2 – Ministro MAURÍCIO CORRÊA. Modulação dos efeitos. Teoria Geral.**

No julgamento da Ação Direta n. 1102-2, o Relator, Ministro MAURÍCIO CORRÊA, curvou-se ao entendimento então consolidado no Supremo Tribunal Federal no sentido de serem sempre retroativos os efeitos de declaração constitucionalidade no direito brasileiro, mormente quando no controle por meio de ação própria.

Nada obstante, já naquela época – o julgamento datou de 5 de outubro de 1995 (portanto, também este antes da vigência da Lei 9.868/99) –, MAURÍCIO CORRÊA fazia a ressalva de posicionamento pessoal consubstanciado em “política judicial de conveniência” para a adoção de efeito prospectivo ou *ex nunc*, no caso, verificado a partir da concessão da liminar.

Motivado pelo fato de que “como resultante da inconstitucionalidade das expressões impugnadas” poderia haver “uma avalanche de ações de repetição de indébito” ou mesmo de compensações (como de fato houve, uma e outra), MAURÍCIO CORRÊA registrou seu entendimento sobre a possibilidade de efeitos meramente prospectivos naquela Adin:

“(...) parece-me de inteira procedência, a irrisignação ministerial<sup>568</sup> quanto aos efeitos retroativos que a Corte tem emprestado à declaração de inconstitucionalidade, principalmente quando, como na espécie, os resultados consequenciais da decisão impõem drásticas restrições ao orçamento da seguridade social, abalada por notória insuficiência de caixa.

---

<sup>568</sup> O Parecer ministerial, da lavra do Subprocurador Geral da República Carlos Roberto Siqueira CASTRO continha a seguinte e final posição: “ajuntamos, porém – porque convencidos de que, nos contornos do litígio constitucional assim apresentado, a prospectividade dos efeitos do acórdão a ser proferido na presente ação é o que melhor consulta à ordem jurídica, ao regime democrático e aos interesses sociais e individuais indisponíveis, cuja defesa coincide com a missão ontológica do Ministério Público, a teor, do art. 129, da Constituição Federal –, seja atribuído ao acórdão de mérito extintivo do efeito eficácia temporis desde a publicação da medida cautelar deferida às fls. 48 pelo Augusto Plenário dessa Suprema Corte, ou seja, tão apenas a partir de 09.09.04, com expressa rejeição quanto à operância de seus efeitos anteriormente a essa data.”

Creio não constituir-se afronta ao ordenamento constitucional exercer a Corte política judicial de conveniência, se viesse a adotar a sistemática, caso por caso, para a aplicação de quais os efeitos que deveriam ser impostos, quando, como nesta hipótese, defluisse situação tal a recomendar, na salvaguarda dos superiores interesses do Estado e em razão da calamidade dos cofres da Previdência Social, se buscasse o *dies a quo*, para a eficácia dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, a data do deferimento cautelar.”

Esta posição pessoal do relator, Ministro MAURÍCIO CORRÊA, não foi acolhida pelo Supremo Tribunal Federal, que, no caso, adotou a regra da retroatividade total e absoluta da declaração de inconstitucionalidade, ao julgar procedente a ação para “declarar a inconstitucionalidade das palavras ‘empresários’ e ‘autônomos’ contidas no inciso I, do art. 22, da Lei n. 8.212, de 25/07/91”.

Não se furtou, contudo, o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE (que mais tarde viria a ser relator de ação direta de inconstitucionalidade proposta contra o art. 27 da própria Lei da Ação Direta de Inconstitucionalidade – e que versa sobre a modulação dos efeitos; em cuja ação, aliás e antes de aposentar-se, teria o Ministro votado pela inconstitucionalidade do dispositivo) de examinar a questão dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, se retroativos ou prospectivos, desde e a partir de quando.

Colhe-se do voto de SEPÚLVEDA PERTENCE:

“O ilustre Procurador-Geral da República trouxe à discussão matéria que também me preocupa, atinente ao radicalismo da doutrina americana ortodoxa de nulidade ab origine da norma inconstitucional, que temos seguido, no Brasil, desde a adoção do controle difuso e incidente, mas que, na via do sistema concentrado e direto do controle, pode efetivamente gerar conseqüências gravíssimas.

(...) a conseqüente eficácia ex tunc da pronúncia de inconstitucionalidade gera, no cotidiano da Justiça Constitucional, um sério inconveniente, que é o de levar os tribunais competentes, até inconscientemente, a evitar o mais possível a declaração de invalidade da norma, à vista dos efeitos radicais sobre o passado.

(...)

O problema dramático da eficácia ex tunc da declaração de inconstitucionalidade surge, quando ela vem surpreender uma lei cuja

validade, pelo menos, era ‘dada de barato’, e de repente, passados tempos, vem a Suprema Corte a declarar-lhe a invalidez de origem.”

SEPÚLVEDA PERTENCE faz uma digressão para dizer que o caso versado na Adin 1.102-2 (expressões “empresários” e “autônomos”, da Lei 8.212/91) não era exemplo bom para se examinar a hipótese de modulação ou adoção de efeitos prospectivos à declaração de inconstitucionalidade, uma vez que esta – naquele caso – era inclusive patente e já fora incidentalmente pronunciada em caso semelhante que tramitou no Supremo Tribunal Federal.

Isto à parte, prossegue no mérito dos efeitos de uma declaração de inconstitucionalidade, se retroativos ou prospectivos:

“Sou, em tese, favorável a que, com todos os temperamentos e contrafortes possíveis e para situações absolutamente excepcionais, se permita a ruptura do dogma da nulidade ex radice da Lei inconstitucional, facultando-se ao Tribunal prostrar o início da eficácia erga omnes da declaração. Mas, como aqui já se advertiu, essa solução, se generalizada, traz também o grande perigo de estimular a inconstitucionalidade”.

Ao final, SEPÚLVEDA PERTENCE acabou por seguir a tradição do direito brasileiro da “nulidade da lei inconstitucional”.

Dois pontos deveras interessantes foram levantados no voto de Sepúlveda Pertence. Um deles, decorrente do largo questionamento a respeito da constitucionalidade de determinada lei – hipótese em que os efeitos deveriam ser realmente retroativos, porque ela nunca convencera ninguém (e, portanto, as relações jurídicas formadas sob sua égide eram desde sempre questionáveis, não havendo espaço para alegação de segurança jurídica ou boa-fé para se evitar a retroatividade da declaração de inconstitucionalidade) – invoca a possibilidade que o Poder Público teria para verificar se a lei era ou não era constitucional, o que poderia ser analisado em sede de ação declaratória de constitucionalidade.

O outro ponto, apresenta uma faceta da mesma moeda – e aí abre-se espaço para o exame inclusive da boa-fé; melhor reproduzir os exatos termos do voto de SEPÚLVEDA PERTENCE:

“Ao defender, País afora, o efeito vinculante das decisões do controle abstrato – as quais, ao meu ver, aliás, já o tem – e também das súmulas de interpretação constante da Constituição [note-se: este julgamento foi realizado em 5 de outubro de 1995, esclareço], tenho contado um episódio de meus tempos de Procurador-Geral da República: certa vez, fui consultado por técnicos de determinado setor governamental sobre uma proposta de decreto-lei. Lembro ter dito: este decreto-lei não passa pelo primeiro juiz de plantão: a inconstitucionalidade é bradante. A resposta foi mais ou menos assim: - quem somos nós, Dr. Procurador, para discutir questão de inconstitucionalidade com V. Exa.? Mas veja V. Exa. o que está ocorrendo com a questão constitucional “X”: há quatro anos, a União não teve sequer uma sentença, de qualquer instância, a seu favor; no entanto – dizia-me o técnico – a arrecadação real está por volta de 85% do previsto, porque a grande maioria não vai a juízo. Sobretudo com os pequenos tributos é o que sucede, de tal modo que é grande o risco de estimular aventuras, se se asseverar, mais ou menos em linha de princípio, que lei tributárias só se declararão inconstitucionais com efeitos *ex nunc*: aí, provavelmente, a questão já estará morta.”

A alegoria trazida pelo voto do Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE representa uma triste realidade brasileira.

Daí porque a questão dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público deva ser examinada com o máximo cuidado. No dizer de MAURÍCIO CORRÊA, para fechar a análise da Adin 1.102-2, trata-se de hipótese de “política judicial de conveniência” na qual concorrem tanto a supremacia do interesse público, quanto os postulados da boa fé e da segurança jurídica, como o contexto desta dissertação – no que atine à chamada modulação dos efeitos – pretende demonstrar ao final.

***6.1.3 Adin 3.316-6/MT – Ministro EROS GRAU (DJ 29.06.07). A modulação dos efeitos da decisão em virtude da concretude fática gerada pela lei ou pelo ato normativo do poder público inconstitucional. A questão da criação de município. A chamada “realidade fora do direito” – ou “força normativa dos fatos” (EROS GRAU). Técnica do julgamento de procedência sem pronúncia da nulidade.***

Os casos a seguir analisados são de criação de municípios com declaração de inconstitucionalidade. No contexto da teoria geral da modulação de efeitos de decisões declaratórias de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, este tema é de ordem clássica, sendo – até o encerramento deste trabalho – caso ordinário de modulação pelo tribunal. As ações diretas abaixo comentadas têm delineamentos precisos sobre o tema, dos quais destaca-se a atenção do tribunal às circunstâncias inegáveis e decorrentes da criação dos municípios cuja constitucionalidade foi-lhe suscitada.

Analisando a criação de um Município questionada em sua constitucionalidade – porque, na hipótese, o Município de Santo Antonio do Leste, no Mato Grosso, foi criado após a Emenda Constitucional n. 15/96, que ainda pende de edição de Lei Complementar para sua aplicação –, o Supremo Tribunal Federal esteve atento à realidade dos fatos e às conseqüências de sua decisão.

Embora julgasse procedente a ação, resolveu fazê-lo sem pronunciar a nulidade, pelo prazo de 24 (vinte e quatro) meses, da Lei n. 6.893, de 28 de janeiro de 1998, do Estado do Mato Grosso, que criou mencionado Município.



A ementa contém delineamentos que precisam ser registrados:

“1. O Município foi efetivamente criado e assumiu existência de fato, como ente federativo.

2. Existência de fato do Município, decorrente da decisão política que importou na sua instalação como ente federativo dotado de autonomia. Situação excepcional consolidada, de caráter *institucional, político*. Hipótese que consubstancia reconhecimento e acolhimento da força normativa dos fatos.

3. Esta Corte não pode limitar-se à prática de mero exercício de subsunção. A situação de exceção, situação consolidada – embora ainda não jurídica – não pode ser desconsiderada.

(...)

7. O estado de exceção é uma zona de indiferença entre o caos e o estado de normalidade. Não é a exceção que se subtrai à norma, mas a norma que, suspendendo-se, dá lugar à exceção – apenas desse modo ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção.

8. Ao Supremo Tribunal Federal incumbe decidir regulando também essas situações de exceção. Não se afasta do ordenamento, ao fazê-lo, eis que aplica a norma à exceção desaplicando-a, isto é, retirando-a da exceção.

9. Cumpre verificar o que menos compromete a força normativa futura, da Constituição e sua função de estabilização. No aparente conflito de inconstitucionalidades impor-se-ia o reconhecimento da existência válida do Município, a fim de que se afaste a agressão à federação.

10. O princípio da segurança jurídica prospera em benefício da preservação do Município.”

Estes delineamentos constantes da ementa do julgado sintetizam o posicionamento do Supremo Tribunal Federal nesta roupagem atual da modulação dos efeitos (note-se que o julgado é de 9 de maio de 2007, com publicação no Diário da Justiça de 29 de junho do mesmo ano).

O Ministro EROS GRAU contribui para a formação e consolidação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito da modulação de efeitos em controle de constitucionalidade com argumentos de lógica e filosofia do direito.

A questão da subsunção – nestes aspectos considerada – assume grande importância. Não pode o tribunal limitar-se a apenas aplicar o direito, versando sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de determinada lei ou de determinado ato normativo do Poder Público. Daí ter muito bem observado o Ministro EROS GRAU, no caso concreto, que:

“(...) a interpretação literal do texto desse § 4, do artigo 18, da Constituição do Brasil conduziria, em simples exercício de subsunção, à automática declaração de inconstitucionalidade da Lei n. 6.893, de 28 de janeiro de 1.998, do Estado do Mato Grosso, que criou o Município de Santo Antônio do Leste.”

A criação de um Município e o que mais dela decorre (demarcação de território, eleição executiva e legislativa, legislação municipal vigente, efeitos dela decorrentes – como a arrecadação de tributos da alçada municipal direta e indireta – , enfim, todas as decorrências do ato legislativo inquinado de inconstitucional) precisa ser levado em consideração quando se analisa sua constitucionalidade. Dizer da sua inconstitucionalidade e tudo desfazer seria uma decisão técnica apenas sob o ponto de vista da subsunção; faleceria, contudo, do amparo às suas próprias conseqüências. Novamente a história de resolver um problema criando outro – muito maior, diga-se.

A partir da constatação da existência factual daquele município e em virtude de suas decorrências, o Ministro EROS GRAU, muito acertadamente, expôs que:

“(...) no caso do Município de Santo Antônio do Leste – que existe, de fato, como ente federativo dotado de autonomia municipal, a partir de uma decisão política – estamos diante de uma situação excepcional não prevista pelo direito positivo, porém instalada pela força normativa dos fatos”<sup>569</sup>.

A realidade fática assume, portanto, um grande papel no contexto do controle de constitucionalidade no direito brasileiro, sendo – como pensamos – um necessário

---

<sup>569</sup> Prossegue o Ministro Eros GRAU: “a essa força é que Carl Schmitt (El problema de la legalidad, in Carl Schmitt, teólogo de la política, seleccion de textos de Héctor Orestes Aguiar, Fondo Cultura Económica, México, 2.001, p. 342) faz alusão ao apontar o fato de, no princípio de dezembro de 1.949, o representante inglês na ONU ter declarado, em relação ao reconhecimento do novo governo comunista da China, que um reconhecimento jurídico internacional não há de apoiar-se senão na realidade fática.”

exame que o Supremo Tribunal Federal deva fazer para os fins da modulação de efeitos das decisões de inconstitucionalidade, protegendo, necessariamente, as relações consolidadas sob a égide da Lei ou do ato normativo que julgar desconforme com a Constituição Federal.

Isto não quer dizer – é bom que se faça a ressalva – que a força normativa dos fatos venha a servir como carta branca para inconstitucionalidade, no sentido que se faça editar uma lei ou um ato normativo, pelo Poder Público, sabidamente agressores, da Constituição Federal para depois se contar com o beneplácito da modulação.

Como nada no direito – já o registramos alhures, dando como exemplo que nem o direito a vida o seja – é absoluto, caberá ao Supremo Tribunal Federal reconhecer a licitude da força normativa dos fatos, a moralidade e outros atributos que legitimem a sua aplicação num caso concreto. Haverá casos onde embora haja elementos de sobra a denunciar a força normativa do fato que, ainda assim, não ensejarão a aplicação da teoria da modulação, exatamente porque esta (nova) roupagem do controle de constitucionalidade não pode servir de estímulo para a edição de leis ou de atos normativos do Poder Público sabidamente desconformes com a Constituição Federal – nem muito menos poderá tornar o Supremo Tribunal Federal refém de tão escusos interesses.

O Ministro EROS GRAU evidencia pensamento de KONRAD HESSE:

“(...) na vida da coletividade há realidades que se encontram em contradição com a Constituição, mas essas realidades não devem ser consideradas como insignificantes pelo intérprete da Constituição. O importante, em face delas, é fazer tudo aquilo que seja necessário para impedir o seu nascimento [da realidade inconstitucional] ou para pô-la, essa realidade, novamente em concordância com a Constituição”<sup>570</sup>.

Por isto, prossegue EROS GRAU:

---

<sup>570</sup> **Elementos de Direito Constitucional da República Federativa da Alemanha**, trad. de Luís Afonso Heck, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 52

“(...) na tarefa de concretização da Constituição, a Corte aplica-se a prover a sua força normativa e a função estabilizadora, reportando-se à integridade da ordem concreta da qual ela é a representação mais elevada no plano do direito posto. A sua mais prudente aplicação nas situações de exceção, pode corresponder exatamente à desaplicação de suas normas a essas situações”.

Com extrema felicidade, o Ministro EROS GRAU remata dizendo que “(...) esta Corte não há de proceder, especialmente neste caso, como o legista que examina um corpo morto<sup>571</sup> – a infração à escrita da Constituição.”

A expressão figurada de que se valeu o Ministro EROS GRAU é de uma superior felicidade, pois melhor que qualquer outra evidencia o que se espera do Supremo Tribunal Federal: como se ele fosse dotado de um poder maior, de ressuscitar, que legista algum possui.

***6.1.4 Adin 3.689-1/PA – Ministro EROS GRAU (DJ 29.06.07). A modulação dos efeitos da decisão em virtude da concretude fática gerada pela lei ou pelo ato normativo do poder público inconstitucional. A chamada “realidade fora do direito”. Novamente a questão de criação de município. O direcionamento do Ministro GILMAR MENDES.***

Outra ação direta relatada pelo Ministro EROS GRAU e também versando sobre questão de criação de município<sup>572</sup> – se bem que, neste particular, não se

---

<sup>571</sup> Na mesma linha de pensamento – e com sua verve poética conhecida –, o Ministro Carlos BRITTO (Adin 3.681-1/PA, abaixo comentada) registrou que também entende que direito e a vida devem ser conciliados, “o mundo do ser e o mundo do dever ser, onde vivemos” Prosseguiu: “tenho dito com freqüência que, realmente, o juiz não pode ser uma traça de processo, um ácaro a mais nesse circuito de envelhecimento das p.s que compõem os atos processuais. O juiz é um ser do mundo, e ele tem de abrir as janelas do Direito e também as janelas dos autos para a vida vivida, que é muito mais novidadeira, mais surpreendente do que a vida pensada.”

tratava diretamente de “criação” de município, mas de desmembramento<sup>573</sup> de terras de um com incorporação a outro. O que – nada obstante – conduziria à mesma necessidade de modulação de efeitos da decisão, em virtude da *força normativa dos fatos* tratada no comentário do julgamento anterior.

O relevante desse julgamento – para este levantamento jurisprudencial que propusemos fazer, sobre a modulação dos efeitos no contexto da declaração de inconstitucionalidade – veio exposto pelo Ministro GILMAR MENDES:

“(…) eu pediria vista dos autos para reunir essas manifestações [sobre mandado de injunção e ação direta por omissão por falta de pronunciamento do Congresso Nacional em relação à lei complementar para os casos de criação de municípios pós Emenda Constitucional] e sugerir um pronunciamento que há de envolver não só as questões aqui suscitadas pelo Ministro Eros Grau, mas também um pronunciamento do Tribunal quanto à eventual omissão do Congresso Nacional na regulação dessa matéria – é a inovação trazida pelo artigo 18, § 4 – e que reclama, de fato, um pronunciamento do Supremo Tribunal Federal”.

Enquanto o Ministro EROS GRAU julgava inicialmente improcedente a ação direta por entender que a *força normativa dos fatos*, vale dizer, as realidades decorrentes do desmembramento e incorporação nela tratados, assim o determinava e justificava – numa expressão: em nome da segurança jurídica –, o Ministro GILMAR MENDES retomou o julgamento com voto no qual se lê:

“(…) **a solução para o problema, a meu ver, não pode advir da simples decisão de improcedência da ação.** Seria como se o Tribunal, focando toda sua atenção na necessidade de se assegurar realidades concretas que não podem mais ser desfeitas e, portanto, reconhecendo plena aplicabilidade ao princípio da segurança jurídica, deixasse de contemplar, na devida medida, o princípio da nulidade da Lei inconstitucional” (grifo nosso).

---

<sup>572</sup> Outro caso de criação de Município analisado pelo Supremo Tribunal Federal foi o do Município de Luís Eduardo Magalhães, criado pela Lei 7.619/00, do Estado da Bahia. A ação direta de inconstitucionalidade (ADIN 2.240/BA, Eros Grau, DJ de 03.08.07) foi conhecida e julgada procedente e, por maioria, sem pronúncia de nulidade do ato impugnado, mantendo sua vigência pelo prazo de vinte e quatro meses, “até que o legislador estadual estabeleça novo regramento, nos termos do voto do relator.” Isto porque – conforme a ementa – “a criação do Município de Luís Eduardo Magalhães importa, tal como se deu, uma situação excepcional não prevista pelo direito positivo.”

<sup>573</sup> Nesse mesmo tema, a Adin 3.489-8/SC, Relator Ministro Eros GRAU, DJ. 03.08.07.

Com suporte na doutrina de ROBERT ALEXYY, o Ministro GILMAR

MENDES entendia que:

“(...) não se pode negar a relevância do princípio da segurança jurídica neste caso. Porém, estou convicto de que é possível primar pela otimização de ambos os princípios, tentando aplicá-los, na maior medida possível, segundo as possibilidades fáticas e jurídicas que o caso concreto pode nos apresentar.”

Disse, depois, que:

“(...) o princípio da nulidade da Lei inconstitucional e o princípio da segurança jurídica constitui o *leitmotiv* para o desenvolvimento de técnicas alternativas de decisão no controle de constitucionalidade. O recurso a técnicas inovadoras de controle da constitucionalidade das leis e dos atos normativos em geral tem sido cada vez mais comum na realidade do direito comparado, na qual os tribunais não estão mais afeitos às soluções ortodoxas da declaração de nulidade total ou de mera decisão de improcedência da ação com a conseqüente declaração de constitucionalidade.”

Cotejava o Tribunal – na oportunidade – a possibilidade de usar o princípio da segurança jurídica para uma de duas finalidades: ou julgar a ação direta improcedente, dando – por força dela, segurança jurídica – por constitucional a lei questionada ou, por outra, reconhecer a inconstitucionalidade, sem pronúncia, no entanto, de nulidade.

A perspectiva inicial do Relator, Ministro EROS GRAU, no sentido de considerar a lei constitucional, em função dos efeitos maléficos da declaração de inconstitucionalidade, logo percebeu que a segurança jurídica não poderia levar o tribunal a este tipo de raciocínio. Não é no mérito da ação direta – entendemos – que o Supremo possa (*rec.: deva*) mensurar as conseqüências da decisão. Esta relativização do princípio da nulidade de lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em nome seja da segurança jurídica, seja da boa-fé, não pode influenciar o julgamento meritório (saber se a lei é ou não constitucional). Isto inclusive porque as decisões do Tribunal (mormente em

sede de controle de constitucionalidade) têm caráter pedagógico e vão formando um posicionamento jurisprudencial, que haverá de ser usado em termos de decisão precedente.

É por isto que o que se relativiza, em nome da situação fática concreta, são os efeitos da decisão. Dado o mérito, aí sim o Tribunal verifica se este mérito precisa de alguma espécie de acomodação para evitar aquilo que, no curso desta dissertação, vimos tratando de *cobertor de pobre*: conserta um problema, mas cria outro maior.

A solução da questão há de ser, igualmente, levada a efeito em um processo de complexa ponderação (RE 197.917/SP, Relator Ministro GILMAR MENDES).

Versando sobre o que viesse a ser “Jurisdição Constitucional”, o Ministro CARLOS VELLOSO relembrou debate ocorrido no começo do século antecedente, no qual HANS KELSEN a defendia e CARL SCHMITT a repelia.

Os argumentos favoráveis à jurisdição constitucional consistiam, basicamente, na supremacia da Constituição (hierarquia das leis) e na necessidade de que as leis a ela respeitassem, resultando inequívoca a possibilidade não só da rejeição, como da anulabilidade dos atos praticados com suporte em lei inconstitucional.

A tese contrária consubstanciava-se no aspecto político que a jurisdição constitucional inevitavelmente assumiria, o que – na visão de seu defensor e seguidores – não haveria de pertencer ao Judiciário.

Demonstra a história, contudo, que a jurisdição constitucional não apenas foi bem recebida pela doutrina e eficazmente adotada em diversos países, começando

pelo continente europeu<sup>574</sup>, e depois chegando (mesmo que de uma forma um pouco diferente) ao Brasil, como, também, revela-se hoje uma necessidade da qual não se pode abrir mão.

Ainda que ao Supremo Tribunal Federal compitam outras matérias que não as exclusivamente de uma Corte Constitucional, pode-se dizer que – diante do sistema de controle de constitucionalidade previsto no direito brasileiro – tenha o tribunal alguma características de uma corte voltada, que promova e realize a jurisdição constitucional.

**6.1.5 Adin 2.728-0/AM – Ministro MAURÍCIO CORRÊA (DJ 20.02.2004). A modulação dos efeitos no âmbito de embargos de declaração.**

Analisando questão atinente ao ICMS e a respectiva parcela pertencente aos municípios, e julgando a ação direta procedente em parte, o Supremo Tribunal Federal aplicou a “teoria da inconstitucionalidade consequencial”, para resolvê-la em seu mérito.

Foram opostos embargos de declaração, pelo Governador do Estado do Amazonas, sob o fundamento de que o tribunal não analisara “aspecto relevante, a ser

---

<sup>574</sup> Conforme retrospectiva de Carlos VELLOSO “a Constituição da Áustria de 1920, sob a inspiração de Kelsen, criou a Corte Constitucional austríaca, aperfeiçoada com a reforma constitucional de 1929, também inspirada por Kelsen, e suprimida em 1938 com a ocupação alemã. A Tchecoslováquia e a Espanha, em 1921 e 1931, respectivamente, criaram as suas Cortes Constitucionais, as quais tiveram, entretanto, duração efêmera. Após a 2ª Guerra é que se deu o florescimento da jurisdição constitucional: a Corte Constitucional da Áustria foi reaberta em 1945. A Constituição italiana, de 1947, com vigência a partir de 1 de janeiro de 1948, criou a Corte Constitucional da Itália. O mesmo ocorreu com a Alemanha Federal, com a Lei Fundamental de Bonn, de 1949. Seguiu-se a instituição de Cortes Constitucionais no Chipre em 1960; na Turquia, em 1961; na Iugoslávia, de 1963 a 1974; na Tchecoslováquia, em 1968; na Grécia, em 1975; em Portugal, na primeira reforma, da Constituição de 1976, ocorrida em 1982; na Espanha, em 1978 e na Polônia, em 1986. (Arguição de descumprimento de preceito fundamental, in: **Revista Diálogo Jurídico**, n. 12, Salvador, março, 2002. Disponível em <<http://www.direitopublico.com.Br>>. Acessado em 1º de março de 2007).



necessariamente considerado na determinação dos efeitos da mencionada decisão, qual seja, “a impossibilidade material de fazê-la retroagir ao período anterior a sua prolação”.

Em suma, segundo os embargos, a devolução ou compensação de valores:

“(…) significará não só o agravamento da já comalida situação financeira desses municípios, mas o comprometimento da continuidade na prestação de serviços públicos essenciais às populações locais, que dependem basicamente das atividades do Poder Público, mormente no que se refere à saúde e educação”.

Consubstanciado em tais argumentos e razões, o embargante pediu a aplicação do art. 27 da Lei n. 9.868/99, para a atribuição de efeitos *ex nunc* à declaração de inconstitucionalidade.

É interessante destacar que o Supremo Tribunal Federal, prestigiando o contraditório e adotando a linha segundo a qual os embargos, podendo ter efeitos infringentes – para, no caso, ser modulada a inconstitucionalidade da lei (*rec.*: efeitos da declaração) – ensejam resposta, intimou os embargados para que apresentassem seus argumentos, até, se fosse o caso, no sentido da manutenção dos efeitos normais da declaração de inconstitucionalidade.

Além de questão atinente à representatividade processual, decorrente que fosse da modificação do governador do Estado do Amazonas – não acolhida, de resto, pelo tribunal em função da natureza objetiva da ação direta de inconstitucionalidade – três foram as teses defendidas: 1) não era caso de omissão, porque a aplicação do art. 27 da Lei 9.868/99 não fora requerida no momento oportuno; 2) a constitucionalidade do art. 27 da Lei 9.868/99, aliás, ainda pende de julgamento na Adin 2.258-0; e 3) não teria o governador do Amazonas provado as dificuldades municipais, nem a presença de apelo social para a adoção da situação excepcional autorizadora da modulação dos efeitos.

A questão voltava-se então para saber se podem ser cabíveis embargos de declaração<sup>575</sup> sob a alegação de omissão quanto à aplicação do art. 27 da Lei 9.868/99.

O tribunal votou dividido no ponto.

Adotando posição favorável ao cabimento de declaratórios para sanar omissão da aplicação da teoria da modulação, na forma do art. 27 da Lei 9.868/99, GILMAR MENDES<sup>576-577</sup>, segundo quem:

“(…) se se entender que o fundamento para a limitação dos efeitos é de índole constitucional e que, presentes os requisitos para a declaração de inconstitucionalidade com efeitos restritos, não poderá o Tribunal fazê-lo com eficácia *ex tunc*, afigura-se inevitável o acolhimento dos embargos de declaração nas hipóteses em que de fato se configura uma omissão do Tribunal na apreciação dessas circunstâncias”.

Prossegue GILMAR MENDES:

---

<sup>575</sup> Note-se que a discussão foi verificada também na Adin 2.996ED, Relator Ministro Sepúlveda PERTENCE: "Embargos de declaração: pretensão incabível de incidência, no caso, do art. 27 da LADIn. Sobre a aplicação do art. 27 da LADIn — admitida por ora a sua constitucionalidade — não está o Tribunal compelido a manifestar-se em cada caso: se silenciou a respeito, entende-se que a declaração de inconstitucionalidade, como é regra geral, gera efeitos *ex tunc*, desde a vigência da Lei inválida." (ADI 2.996-ED, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgamento em 14-12-06, DJ de 16-3-07)

<sup>576</sup> Que, em seu voto, citou doutrina de Rui MEDEIROS: “A solução deste tipo de situações decorre, quanto a nós, dos próprios limites da força obrigatória geral de declaração de inconstitucionalidade. O puro silêncio do Tribunal Constitucional não contém um julgamento implícito sobre a admissibilidade ou não da limitação dos efeitos da declaração. Como escreve Miguel Galvão Teles, quando os juízes constitucionais não limitam os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, não estão de forma alguma a fixar implicitamente os efeitos da inconstitucionalidade. Tais efeitos resultam tão só e unicamente da Constituição. Ora, em nossa opinião, a declaração de inconstitucionalidade com eficácia *erga omnes* vale nos precisos limites e termos em que julga. É certo que, se a questão fosse equacionada nos estritos quadros da teoria processual civil sobre o caso julgado, o chamado efeito preclusivo da sentença e, mais concretamente, a regra de que o caso julgado civil cobre o deduzido e o dedutível poderiam eventualmente pôr em causa uma tal conclusão. Mas, em face da singularidade do processo de fiscalização abstracta da constitucionalidade, o que importa é sublinhar que não se vislumbram quaisquer razões jurídico-constitucionais imperiosas que imponham a rejeição da possibilidade de, em momento ulterior à declaração de inconstitucionalidade, se reconhecer a existência de fundamento para uma limitação do alcance da declaração de inconstitucionalidade. Pelo contrário, perante a verificação a posteriori de que uma declaração de inconstitucionalidade com eficácia retroactiva e repristinatória envolveria um sacrifício intolerável de outros interesses constitucionalmente protegidos, manda o princípio da proporcionalidade que se admita a superveniente limitação de efeitos.”

<sup>577</sup> O Ministro abriu seu voto já sendo bastante explicativo: “Senhora Presidente, tenho suscitado, pelo menos do ponto de vista acadêmico, a possibilidade que aqui se coloca de haver omissão na declaração de inconstitucionalidade. Simplesmente afirmamos a declaração de inconstitucionalidade. E sabemos que domina entre nós a doutrina do princípio da nulidade. Logo, não é preciso explicitar. Todavia, pode haver uma omissão. E por quê? Qual é a justificativa – e isso tem sido objeto de discussão no Plenário – do artigo 27? É o confronto entre a idéia constitucional do princípio da nulidade e outra idéia, a do princípio da segurança jurídica. Logo, pode haver, sim, omissão.”

“(…) se se entende que a declaração de inconstitucionalidade com efeitos limitados ou restritos é uma imposição da própria Constituição, não se há de atribuir valor definitivo a uma eventual omissão por parte do Tribunal. Daí a possibilidade de que se reconheça a omissão no âmbito nos embargos de declaração para os fins de explicitar a necessária limitação de efeitos da decisão de inconstitucionalidade”.

Provia os embargos, GILMAR MENDES, por entender que o tribunal estava “diante de um caso no qual o conflito entre a idéia da nulidade da Lei inconstitucional e da segurança jurídica – que dá armadura constitucional, contextura constitucional a este debate, que legitima o artigo 27 – arma-se em toda a plenitude”.

Seguiu-se o voto da Ministra CÁRMEN LÚCIA. Segundo ela, a não aplicação do art. 27 da Lei 9.868/99, não ensejaria a oposição de embargos de declaração. Lê-se no seu voto:

“(…) de se notar, pois, que não houve omissão formal na decisão proferida por este Supremo Tribunal, porque não foi aventado ou trazido a esta Casa qualquer dado que lhe impusesse o dever jurisdicional de manifestar-se quanto aos efeitos, eventualmente peculiares e excepcionais, da declaração de inconstitucionalidade”.

Consubstanciada então neste fundamento, entendeu a ministra não haver “atendimento das condições jurídico-processuais a permitirem o provimento dos embargos.” Vale dizer: não havia omissão a sanar.

Após o voto da Ministra CÁRMEN LÚCIA, o Ministro GILMAR MENDES apresentou explicação do seu voto, produzindo as seguintes ponderações – que, embora voltadas para o caso concreto, servem para a construção de uma teoria geral a respeito da possibilidade de se reconhecer omissão decisão de ação direta que não trate de forma explícita do art. 27 da Lei 9.868/99:

“(…) se o Tribunal eventualmente deixa de se pronunciar sobre os efeitos – a lei é clara nesse sentido –, a decisão opera-se com eficácia **ex tunc**, na linha do princípio da nulidade aqui aceito. Todavia, o tema pode ser, sim, agitado em embargos de declaração. Tenho a impressão que estamos diante de um

caso com singularidades evidentes, e que estamos, talvez, não definindo, projetando a questão para o futuro. É um tema sensível nessa perspectiva”.

De fato, a ponderação do Ministro GILMAR MENDES no sentido de se tratar de assunto deveras importante, este o do cabimento de embargos de declaração pela não aplicação do art. 27 da Lei 9.868/99, é muito adequada. Daí ter o Ministro RICARDO LEWANDOWSKI tê-la também registrado, embora ao final os rejeitasse:

“(...) entendo, também, que, do ponto de vista estritamente técnico, não estão presentes os pressupostos para acolher os embargos. Porém, preocupa-me o seguinte: se não acolhermos os embargos fechamos definitivamente as portas para, através dos embargos declaratórios, abrirmos essa discussão com relação aos efeitos da ação de inconstitucionalidade. Essa é uma questão importante, quer dizer, hoje vamos definir, salvo melhor juízo, um precedente importante. Se a matéria não foi suscitada, porque a expectativa da parte não pode ser antecipada com relação ao julgamento, então fechamos as portas em definitivo”.

Nada obstante – e apesar da ressalva – seu voto era pela rejeição dos embargos.

Os Ministros EROS GRAU e JOAQUIM BARBOSA – sem fundamentação, aliás, consignando que não queriam se comprometer com a tese – acompanharam o relator, não acolhendo os embargos. Também o voto do Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE não acolheu os embargos.

Alicerçado na necessidade da adoção de uma postura “mais substancialista”, o Ministro CARLOS BRITTO acolheu os embargos. O que (essa postura mais substancialista) também foi albergado pelo Ministro CEZAR PELUSO, como condição de admissibilidade – de um modo geral – dos embargos de declaração em virtude de suposta omissão de aplicação do art. 27 da Lei 9.868/99:

“(...) em relação à admissibilidade dos embargos, tenderia a superar as objeções de heterodoxia, porque realmente é perfeitamente sustentável que o Tribunal devesse, dadas as repercussões possíveis do resultado do julgamento,

ponderar a questão da limitação da eficácia da decisão. Então, eu superaria esse problema do conhecimento dos embargos de declaração”.

Nada obstante – e em função do caso concreto – se, por um lado, entendia possível declaratórios nestas condições, não vislumbrava a necessidade da modulação na espécie, razão pela qual não os proveu.

O resultado do julgamento, neste particular, foi o seguinte:

“(…) inexistindo pleito de fixação de termo inicial diverso, não se pode alegar omissão relativamente ao acórdão por meio do qual se concluiu pelo conflito do ato normativo autônomo abstrato com a Carta da República, fulminando-o desde a vigência”.

Parece-nos que os embargos de declaração sejam cabíveis para provocar o Supremo Tribunal Federal a manifestar-se sobre a modulação de efeitos (art. 27, da Lei 9.868/99), quando o tribunal não tenha explicitado sua aplicação ou sua não aplicação no caso concreto.

Quando alguns ministros do Supremo Tribunal Federal adotam posicionamento segundo o qual – tecnicamente – não haveria omissão alguma a ser apreciada (e não entraremos no mérito de saber se o art. 27, por sua natureza, obrigaria o tribunal a versá-lo, de qualquer maneira), podem até ter razão do ponto de vista exclusivamente processual. Deixam de tê-la, contudo, se compreendermos que as regras usuais do processo civil devem ter um outro entendimento no âmbito daquela Corte<sup>578-579</sup>, que não é – como a

---

<sup>578</sup> Aliás, o que foi bem expresso – no próprio julgamento – pelo voto do Ministro Nelson JOBIM: “(…) o tribunal, na condição de Corte constitucional, não pode ficar muito restrito a questões de natureza estritamente processuais que não permitem enfrentar um problema que diz respeito a uma questão importante dentro do Estado federado.” É interessante notar que, logo depois desta fala do Ministro Nelson JOBIM, o Ministro Marco Aurélio, que presidia o julgamento, asseverou que em alguns casos, o tribunal chegou a entender que a causa de pedir é (no controle de constitucionalidade) aberta, embora não o pedido: “(…) se, de um lado proclamamos que a causa de pedir é aberta, de outro, não temos feito isso quanto ao pedido.”

<sup>579</sup> Destacando também a moderação da aplicação das regras usuais do processo, também no mesmo julgamento, o Ministro Sepúlveda PERTENCE não deixou de reconhecer “que tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Tribunal Superior Eleitoral, reconhecendo a virtual irrecorribilidade de suas decisões, tem sido flexível, algumas vezes, quanto aos pressupostos dos embargos de declaração.”

adoção desta postura sugere – uma corte de cassação, nem representa uma terceira, quarta ou quinta instância.

Enquanto para as instâncias inferiores a aplicação do art. 535 do Código de Processo Civil, seja de natureza ordinária, como soem ser as regras processuais perante os primeiros graus de jurisdição, no âmbito do Supremo Tribunal Federal esta regra passa a ter uma certa flexibilidade, se este termo puder ser usado.

Pode-se fazer até um paralelo com a própria oposição dos declaratórios com finalidade de prequestionamento de matéria constitucional ou de matéria de direito federal infraconstitucional para os fins de cabimento de recurso extraordinário e dos recursos dirigidos ao Tribunais Superiores.

Embora – a rigor – haja casos que não representem uma omissão propriamente dita, em alguns deles os declaratórios são cabíveis para que a matéria aflore ou *melhor aflore* para a finalidade recursal pretendida.

Essa consideração de que o Supremo Tribunal Federal seja Corte na qual a aplicação do processo civil deva ser diversa da aplicação que se lhe dão as instâncias ordinárias, não quer significar – evidentemente – que elas devam ou possam ser desprezadas. Por hipótese: a regularidade dita formal da interposição de recurso e de medidas devem ser sim observada; no caso dos declaratórios, por exemplo, o prazo processual. Não nos pareceria sustentável a tese segundo a qual embargos opostos intempestivamente poderiam ser conhecidos a pretexto da singularidade do caso, que exigisse a modulação.

Por outro lado – e até em obséquio do perfil de Corte Constitucional que o tribunal busca ter (muito especialmente em virtude da própria modulação de efeitos e do controle de constitucionalidade, como um todo), além da própria natureza objetiva das ações

que versam sobre controle de constitucionalidade – , tudo leva a crer que a aplicação das regras processuais deva ser substancialmente diversa daquelas das instâncias ordinárias.

Quando o tribunal inclina-se a dizer que não pode conhecer de embargos em tais situações, por ausência de omissão, inclina-se também a ele próprio considerar-se uma Corte comum. A adoção deste posicionamento, além do mais, desprestigia a própria excepcionalidade versada no art. 27, que sabe-se, é voltado para situações totalmente singulares, onde razões de *segurança jurídica ou de excepcional interesse social* – para manter a letra da lei – impõe ao tribunal o direcionamento dos efeitos de sua decisão.

Assim, quando o tribunal sugere que não caibam declaratórios porque não estaria – a rigor – configurada omissão, na verdade, está menosprezando o próprio espírito da lei e, mais, sua finalidade social, isto a pretexto do cumprimento de normas processuais que, a bem da verdade, ele mesmo e até as instâncias ordinárias (no prequestionamento) temperam por se tratar de instância extraordinária.

Melhor analisando os termos do acórdão em que discutida a possibilidade jurídica da oposição de embargos de declaração em caso da não explicitação do art. 27 da Lei 9.868/99, percebe-se a preocupação do tribunal em não banalizar – pela relativização das regras ordinárias do processo civil – a própria modulação, em última análise.

A Ministra CÁRMEN LÚCIA – em sede de esclarecimento – destacou o seguinte ponto:

“(...) entendo – fui advogada durante trinta anos – que, como advogada, quando propomos alguma ação, temos a obrigação profissional de averiguar, levantar para um juiz todas as conseqüências que são, neste caso, não impensáveis, incogitáveis e imponderáveis. Quer dizer, se a lei fosse declarada inconstitucional da data de 16 de setembro de 2003 a 22 de maio, pagou-se a mais, evidente que se precisa pedir, como várias vezes, em ações diretas: se

vier a ser declarada inconstitucional, que se admita apenas para argumentar<sup>580</sup> – é até um jargão –, seja declarada com efeitos *ex nunc*.”

O argumento em nossa visão é inadequado. É verdade que o princípio da eventualidade rege especialmente a defesa, no âmbito do processo civil, sendo ordinária a máxima do “apenas por argumento”, como referiu a Ministra CÁRMEN LÚCIA. O equívoco de sustentá-lo na instância do Supremo Tribunal Federal, na hipótese dos declaratórios a respeito do art. 27 da Lei n. 9.868/99, decorre quando menos de dois fundamentos: (i) a equiparação do Supremo a uma instância ordinária, sobre o que alhures falamos e (ii) – até mesmo – a desconsideração de que o art. 27 mencionado possa ser aplicado de ofício pela Corte.

Leitura atenta do dispositivo sugere que caiba aplicação de ofício; sugere- mais – que onde se lê “poderá”, deve-se ler “deverá”<sup>581</sup>, pois não se trata de faculdade do Supremo, mas necessidade que a ordem constitucional lhe impõe. Basta

---

<sup>580</sup> A Ministra Carmem Lúcia ROCHA está falando do princípio da eventualidade. Antonio Carlos MARCATO o comenta, quando analisa o art. 300 do Código de Processo Civil (“compete ao réu alegar, na contestação, toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito, com que impugna o pedido do autor e especificando as provas que pretende produzir”): “expresso no artigo sob exame, o princípio da eventualidade traduz a exigência, imposta ao réu, de deduzir na contestação todas as defesas de mérito de que disponha, pois, na eventualidade de vir a ser rejeitada qualquer delas pelo juiz, a este caberá, ainda examinar as demais. Deixando o réu de deduzir defesa substancial na contestação, opera-se a respeito a preclusão consumativa, ficando então impossibilitado de vir a apresentá-la futuramente – ressalvadas as situações contempladas no art. 303.” (*Código...cit.*, p. 974). Antonio Cláudio da Costa MACHADO afirma que “o art. 300 consagra explicitamente o princípio da concentração, segundo o qual todas as defesas contra o pedido que o réu possua devem ser deduzidas na peça contestatória, sob pena de preclusão.” (*Código...cit.*, p. 673). Exsurge mais uma vez a circunstância de que no controle de constitucionalidade por meio de ação (e o racicínio não muda, quando incidental, neste particular) o processo tem natureza objetiva e, outrossim, as regras clássicas do processo civil não possuem – no seu rigor absoluto – aplicação. Se, como vimos, o resultado da não dedução de defesa o mais abrangente possível é a preclusão da matéria, não se pode dizer que – no caso da ausência de pedido de modulação – estar-se-ia diante de hipótese de preclusão. Os valores do processo civil constitucional são diferentes do processo civil ordinário; a instância extraordinária – mormente quando avalia constitucionalidade, cujos interesses são sempre maiores que os individuais – não pode ficar presa ao termo preclusão, neste particular examinado. Daí porque, também sob esta perspectiva, o argumento do princípio da eventualidade em sede de ação direta de inconstitucionalidade não nos parece válido.

<sup>581</sup> Em sentido muito próximo, o argumento do Ministro Gilmar MENDES, logo a seguir do voto da Ministra Carmem Lúcia ROCHA: “de mais a mais, há um outro dado, se nós trabalharmos com a idéia da constitucionalidade da limitação de efeitos declarada no art. 27 – parece-me que isso não está em questão – teremos, na verdade, princípios aqui que precisam ser ajustados numa idéia de concordância prática: Idéia de nulidade e a idéia de segurança jurídica. Se o Tribunal deveria ter aplicado uma limitação e não o fez neste caso – até me socorro das lições de Rui Medeiros, naquele célebre trabalho sobre a decisão de inconstitucionalidade –, ele foi omisso. Os embargos de declaração são só instrumentos de provocação, por isso me parece não haver nenhuma heterodoxia no tipo de colocação”.



considerar que em várias decisões aqui mesmo neste trabalho colacionados, o tribunal aplicou a teoria da modulação a despeito de pedido – mas por entender que a sua decisão, se não ressalvada, ou seria inexecutável, ou traria conseqüências não desejadas.

Seguramente, o princípio da eventualidade não é argumento suficiente para a rejeição de embargos de declaração que postulem a aplicação do art. 27 da Lei 9.868/99.

Outro fundamento para sua rejeição seria a banalização<sup>582</sup> do instituto da modulação. O Ministro MARCO AURÉLIO registrou preocupação com o assunto:

“(…) preocupa-me muito, quanto a empréstimo de eficácia desde o momento que vier a ser proclamada pelo Tribunal, que não se iniba a aprovação de leis inconstitucionais; que passe a ver a pena, ante a morosidade do próprio Poder Judiciário, lançar, no mundo jurídico, leis inconstitucionais”.

Secundou-lhe no argumento o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, mencionado fato alhures relatado, de que realmente parecia vantajoso lançar uma lei inconstitucional porque boa parte dos prejudicados sequer reclamaria, numa espécie de “pague para ver legislativo”.

Indo direto ao ponto dos declaratórios no contexto de tais circunstâncias – para as quais os olhares do Judiciário devem sim estar atentos –, o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE<sup>583</sup> ponderou:

“(…) de qualquer sorte, o que temo muito para o futuro deste Tribunal é o barateamento da modulação ou manipulação da eficácia temporal das declarações de inconstitucionalidade. E, agora, criando, na pauta do Tribunal, mais um processo que serão os embargos de declaração. Não haverá

---

<sup>582</sup> Interessante a notícia sobre estatística trazida pelo Ministro Gilmar MENDES, neste julgamento: “no mundo todo, hoje, se olharmos, as Cortes acabam limitando – e não é surpresa também – em mais ou menos cinquenta por cento de decisões efeitos gerais e cinquenta por cento de decisões com efeitos restritos ou limitados. É mais ou menos esse o índice da Corte Constitucional alemã, da Corte Constitucional italiana, da Corte Constitucional espanhola.”

<sup>583</sup> Relembre-se: o Ministro Sepúlveda PERTENCE declarou inconstitucional o art. 27 da Lei 9.868/99, na ação direta que versava sobre ele – e da qual fora Relator.

declaração de inconstitucionalidade, salvo inépcia manifesta do advogado, no qual, depois do julgamento, não se venha alegar efeitos sociais e econômicos relevantes para que o Tribunal aponha a sua decisão uma modulação temporal dos seus efeitos. (...) vindo a consolidar-se a constitucionalidade do art. 27, não tenhamos dúvida, em toda ação direta, declarada a inconstitucionalidade da norma questionada, sem ressalva, virão embargos de declaração, a suscitar que os efeitos desastrosos da declaração geram a necessidade de dar-lhe temperamentos no tempo”.

As objeções de cabimento dos declaratórios em função (i) da banalização do instituto da modulação dos efeitos e (ii) da igual banalização de sua oposição, em todos os casos em que declarada a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público são, em nosso sentir, inconsistentes.

Primeiro, porque a banalização do instituto da modulação não se mede em função da oposição dos embargos: mede-se, isto sim, por sua aplicação. Assim, bastaria ao tribunal não modular, ou, por outra, modular apenas quando cabível – mesmo a despeito de seqüenciais pedidos da parte, seja na inicial ou defesa, seja, enfim, nos declaratórios. Não há relação de identidade entre o cabimento dos embargos de declaração e a banalização do instituto da modulação de efeitos.

Segundo, porque se a parte – como aliás sugere a Ministra CÁRMEN LÚCIA – pode (para ela *deve*, em nome do princípio da eventualidade) postular já na inicial a modulação dos efeitos, nada impede – pelo menos nesta vertente de banalização projetada pelo tribunal – que o possa fazer também em embargos de declaração. Admitir a banalização do instituto em função do pedido da parte – portanto – deveria alcançar além dos declaratórios, o próprio petitório contido na inicial ou na defesa. Coisa que alguém não sustenta.

Terceiro – e essencialmente – , porque no lugar de dizer não cabíveis abstratamente embargos de declaração para modulação não aplicada de ofício (estamos entendendo que quando a parte postula o art. 27 e o tribunal se omite em sua aplicação, aí sim

não haveria fundamento para esta corrente predominante do Supremo em acolher os embargos, sob pena de vulneração da roupagem clássica – que tanto defendem –, do art. 535, do Código de Processo Civil), deveriam fazê-lo caso a caso, hipótese em que os embargos mal-opostos poderiam ensejar até mesmo as penalidades processuais conhecidas. Antes elas, que a vedação pura e abstrata do cabimento deste importante veículo – notadamente no âmbito da Corte Constitucional, e, especificamente, em função da melhor técnica de julgamento e do melhor resultado possível, advindo da modulação de efeitos. Assim, o antídoto para o veneno da oposição impensada dos embargos não é dizer que não caibam – em qualquer hipótese – mas sim o de penalizar como possibilita a lei aqueles que, sem boa-fé, abusem da possibilidade de opor embargos.

Aliás, a preocupação do Tribunal quanto à oposição desmedida dos declaratórios leva-nos a ratificar nossa tese e proposta de qualificação de profissionais para o exercício da advocacia no âmbito do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores.

Na construção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal a respeito do instituto da modulação dos efeitos dos seus julgados em ação direta de inconstitucionalidade, espera-se que o tribunal permita aflore o tema em embargos de declaração, desprendendo-se de ortodoxias processuais não condizentes com a envergadura do tema da modulação. Podem ser opostos embargos de declaração para a aplicação do art. 27 da Lei 9.896/99, seja porque o tribunal o devesse aplicar de ofício, seja porque a omissão da aplicação do instituto não implica juízo negativo, seja – sobretudo – porque nesta sede não se aplica o princípio da eventualidade, que pudesse exigir requerimento da modulação na fórmula clássica do processo civil “por argumento”. É da própria natureza objetiva da ação direta e, mais, é da própria finalidade social do art. 27 da Lei 9.868/99 o desapego à ortodoxia processual.

**6.1.6 Adin 3.756-1/DF – Ministro CARLOS BRITO. A modulação em caso de improcedência da ação direta de inconstitucionalidade. O caráter e a natureza dúplice da ação direta de inconstitucionalidade.**

Na ação direta de inconstitucionalidade n. 3.756-1/DF (DJ 19.10.07) o tribunal examinou questões interessantes, no âmbito de embargos de declaração: uma, o próprio cabimento dos declaratórios; outra, a forma como poderia modular sua decisão, uma vez que a ação foi julgada improcedente.

Os embargos foram opostos a fim de que o julgado fizesse constar “(...) na parte dispositiva do acórdão que a sua eficácia será a partir de seu trânsito em julgado, considerando a boa-fé, a segurança jurídica e as razões de excepcional interesse social adjacentes ao caso (...)”; e, além, que fosse observado o:

“(...) disposto no art. 23 da Lei de Responsabilidade Civil, em ordem a permitir-lhe a eliminação do percentual excedente a 3% (três por cento) na despesa com pessoal em dois quadrimestres contados do trânsito em julgado da decisão, assim, afastada qualquer alegação de descumprimento às disposições da Lei Complementar n. 101/2000, no tocante à observância dos limites percentuais para gastos com o Poder Legislativo, aí incluído o Tribunal de Contas local, eis que a Resolução n. 229/07 já aprovada pela CLDF adequou o percentual de gastos do Poder Legislativo Distrital, considerando os dois quadrimestres previstos em lei.”

Não é essencial que se explique o mérito da ação direta. Basta que se leve em consideração que:

“(...) no julgamento da ADI 3.756, o Supremo Tribunal Federal deu pela improcedência do pedido. Decisão que, no campo teórico, somente comportará eficácia *ex tunc* ou retroativa. No plano dos fatos, porém, não há como se exigir que o Poder Legislativo do Distrito Federal se amolde, de modo retroativo, ao julgado de ADI 3.756, porquanto as despesas com pessoal

já foram efetivamente realizadas, tudo com base na Decisão n. 9.475/00, do TCDF, e em sucessivas leis de diretrizes orçamentárias.”

Esta é primeira questão que deve ser registrada: a utilização<sup>584</sup> de embargos de declaração para contornos (*rec.*: a modulação) de julgamento de ação direta de inconstitucionalidade. Conforme a ementa do julgamento dos embargos foram eles:

“(...) parcialmente acolhidos para esclarecer que o fiel cumprimento da decisão plenária na ADI 3.756 se dará na forma do art. 23 da LC n. 101/2000, a partir da data de publicação da ata de julgamento de mérito da ADI 3.756, e com estrita observância das demais diretrizes da própria Lei de Responsabilidade Fiscal”.

Note-se que no caso os embargos foram conhecidos não havendo discussão sobre seu cabimento.

Consta do próprio voto proferido pelo Ministro CARLOS BRITTO o essencial da questão – que nos leva ao segundo ponto de destaque, a saber, a forma de como se verificaria a modulação, considerando que a ação direta fora julgada improcedente: uma vez que da improcedência da ação direta de inconstitucionalidade decorreu a reafirmação, pelo Supremo Tribunal Federal, da validade dos dispositivos legais nela impugnados resta a indagação do que “sucede quando o Supremo Tribunal Federal julga, em sede de ADI, a improcedência da ação? A eficácia no tempo é retroativa, não há que cogitar de modulação”.

Não sendo este caso dos ordinários de modulação de efeitos de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (como, por exemplo, irredutibilidade de

---

<sup>584</sup> Registre-se também outra questão processual *sui generis*: foram opostos embargos de declaração pela Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal e pelo Governador do Distrito Federal, estes, não conhecidos por falta de legitimação recursal: “início o meu voto pelo não-conhecimento dos embargos de declaração opostos pelo Governador do Distrito Federal, por falta de legitimação recursal. É que a jurisprudência deste nosso Tribunal já se firmou no entendimento de que apenas os requerentes e os requeridos da ação direta de inconstitucionalidade detêm legitimidade para, se for o caso, manejar embargos de declaração em sede de ADI. Ora, não havendo participado do processo de fiscalização abstrata, na condição de autor ou requerido, o Governador do Distrito Federal carece de legitimidade para fazer uso dos embargos de declaração (ADI 2.591-ED, Relator Ministro Eros GRAU; ADI 1.105-MC-ED-QO, Relator Ministro Maurício CORRÊA, entre outras). Talvez este posicionamento não seja o mais adequado, não pelo menos de forma absoluta, uma vez que não apenas os requerentes e os requeridos podem ter interesse na declaração do julgado, como também aqueles que tenha participado da relação jurídica processual ou que sejam diretamente atingidos pelos efeitos da decisão, sobretudo quando diz respeito a fazeres dela decorrentes.

vencimentos; matéria eleitoral; anulação de nomeações ou contratações etc), mas sim que no curso da lei:

“(...) a Câmara Legislativa aplicou um percentual da receita corrente líquida, para pagamento de pessoal, acima do limite que a lei estabelecia (e estabelece) em 3% (três por cento) para o Distrito Federal, porque equiparado aos Estados, e o fato é que a Câmara estava praticando um percentual de até 6% (seis por cento)”.

CARLOS BRITTO destacou que:

“(...) não há como fazer o moinho orçamentário retroceder; ou seja, não há como fazer refluir essa água orçamentária, porque a verdade é que durante os sete anos de existência da lei esse percentual extrapolante foi praticado. Agora, foi praticado – eu entendo – de boa-fé, devido a que lastreado numa autorização formal do Tribunal de Contas do Distrito Federal, assim como leis de diretrizes orçamentárias”.

Em outras palavras, disse o voto:

“(...) é impossível negar que, **no plano dos fatos**, a obrigação de o Poder Legislativo do Distrito Federal adotar as medidas necessárias ao cumprimento do paradigma correto começa a fluir da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI 3.756. Isso porque, conquanto declarada a constitucionalidade dos dispositivos ali impugnados, não há como se exigir que o Poder Legislativo do Distrito Federal se amolde, de modo retroativo, ao que decidiu pelo Supremo Tribunal Federal, porquanto as despesas com pessoal – embora fora do limite previsto na LRF – já que foram efetivamente realizadas. Logo, a adequação, pelo Legislativo distrital, ao percentual de 3% (três por cento) só poderá ocorrer, mesmo, a partir do momento em que este Supremo Tribunal se pronunciou sobre o tema. Decisão que, como demonstrado, alterou o paradigma interpretativo que norteava a praxis financeira daquele Poder: a Decisão n. 9.475/00, do TCDF”.

O Supremo Tribunal Federal estava, portanto, analisando de certa forma os efeitos da declaração de constitucionalidade da lei vista sob a perspectiva – se é que assim se pode dizer – da improcedência da Adin. É que improcedente a ação direta, a lei terá sido desde sempre constitucional e, por ser assim, seus preceitos deveriam ter sido cumpridos. Como não foram, em tese a decisão judicial deveria fazer com que tudo o quanto se tenha praticado em desconformidade com o ato que passara incólume pelo crivo da constitucionalidade sofresse os impactos (*rec.*: efeitos) desta decisão.

A modulação dos efeitos foi enquadrada por CARLOS BRITTO, de uma maneira geral, como sendo a medida por meio da qual o Supremo Tribunal Federal poderia valer-se – ela tendo como “pressuposto lógico” – “a existência de alternativas, possibilidades, escolhas, opções: opta-se entre modular ou não, entre escolher uma data ou não.”

No caso concreto, o tribunal entendeu que não seria o caso da aplicação da teoria da modulação mas, sensível ao quadro fático apresentado, direcionou os efeitos do julgamento de improcedência da ação direta de inconstitucionalidade ao quanto disposto no artigo 23 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Sobreleva dizer – portanto – que mesmo não podendo modular a decisão, na forma clássica de modulação conhecida, o tribunal acabou por direcionar os efeitos do julgamento em nome da boa-fé e da própria segurança jurídica.

Isto nos faz colocar os olhos nesta realidade do Supremo Tribunal Federal, que é a de preocupar-se com as conseqüências dos julgamentos que profere, sabendo que de suas letras frias, que da “procedência” ou da “improcedência”, há conseqüências para as quais ele, como guardião da Constituição, deve estar atento. De sorte que a entrega da prestação da tutela jurisdicional seja – por todos seus aspectos – eficaz<sup>585</sup>.

Na construção da teoria geral da modulação dos efeitos, este julgado assume papel importante porque traz a exceção da exceção, no sentido de deixar claro que o Supremo Tribunal Federal preocupa-se com os efeitos, ou mesmo a viabilidade executiva (*lato sensu*) das suas decisões, mesmo quando a ação direta é julgada improcedente. Não se

---

<sup>585</sup> Usando da linguagem popular, “eficaz” e não como um “cobertor de pobre”, que conserta um problema e cria outro.

perca de vista que a ação direta é de caráter dúplice: quando o tribunal a julga improcedente, declara a lei ou o ato normativo do poder público constitucional.

## 6.2 STF – Controle incidental de constitucionalidade

A possibilidade da aplicação da modulação de efeitos no âmbito do controle incidental de constitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, mereceu a atenção do Ministro GILMAR MENDES<sup>586</sup>, em âmbito doutrinário:

“Dessa forma, tem-se, a nosso ver, uma adequada solução para o difícil problema da convivência entre os dois modelos de controle de constitucionalidade existentes no direito brasileiro, também no que diz respeito à técnica de decisão.

Aludida abordagem responde a uma outra questão intimamente ligada a esta. Trata-se de saber se o STF poderia, ao apreciar recurso extraordinário, declarar a inconstitucionalidade com efeitos limitados.

Não parece haver dúvida de que, tal como já exposto, a limitação de efeito é um apanágio do controle judicial de constitucionalidade, podendo ser aplicado tanto no controle direto quanto no controle incidental.

Essa orientação vem sendo aceita pelo Supremo Tribunal Federal. No RE 197.917, que julgou a constitucionalidade de lei municipal que fixava o número de vereadores, a Corte entendeu que a decisão haveria de ter efeitos para a próxima legislatura. Também na Reclamação n. 2.391 (caso de recolhimento à prisão para apelar), parece que o Tribunal encaminha-se para reconhecer a inconstitucionalidade do art. 9 da Lei n. 9.035/95 há de ser declarada com efeitos ex nunc.”

Isto como premissa (da qual somos concordes, diga-se desde logo), vejamos a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

---

<sup>586</sup> **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional**, São Paulo, Saraiva, 2007, p. 298.



### **6.2.1 RE 197.917-8 – Relator Ministro MAURÍCIO CORRÊA**

**(DJ 07.05.2004). Composição de Câmara Municipal<sup>587</sup>.**

***Modulação dos efeitos da decisão. Direcionamento de conduta e postura legislativa.***

No julgamento do RE n. 197.917-8, Relator MAURÍCIO CORRÊA, o Supremo Tribunal Federal aplicou o instituto da modulação para os efeitos da decisão que, por maioria de votos, deu-lhe parcial provimento para:

“(...) restabelecendo, em parte, a decisão de primeiro grau, declarar inconstitucional, *incidenter tantum*, o § único, do artigo 6, da Lei Orgânica n 226, de 3 de março de 1990, do Município de Mira Estrela/SP, e determinar à Câmara de Vereadores que, após o trânsito em julgado, adote medidas cabíveis para adequar a sua composição aos parâmetros ora fixados, respeitados os mandatos dos atuais vereadores.”

Note-se que o recurso extraordinário em que usada a teoria da modulação versava, embora incidentalmente, sobre constitucionalidade: na hipótese, declarava-se inconstitucional dispositivo de lei orgânica, pois que violava a Constituição Federal (art. 29, IV, que exige proporcionalidade entre o número de vereadores e a população do respectivo município, sempre observados os limites mínimos e máximos fixados por suas alíneas).

Preponderou no julgamento do recurso extraordinário – como fundamento, inclusive, para a declaração incidental de inconstitucionalidade – a tese da proporcionalidade política em face do número de habitantes, restando inconstitucional

---

<sup>587</sup> Recurso Extraordinário 266.994-6/SP – Composição de Câmara Municipal. Também o Município de Teodoro Sampaio, SP, aumentara a composição de sua Câmara Municipal mediante Emenda à respectiva Lei Orgânica. Também coube ao Ministro Maurício CORRÊA a relatoria do recurso extraordinário. E, da mesma forma como no RE 197.917, decidiu-se pela inconstitucionalidade do aumento de cargos de vereador com efeitos apenas pro futuro. Conquanto idênticas as soluções – vale dizer: fundamentação e resultado – não é caso de novamente transcrevê-las, inclusive porque a este acórdão foram acrescentadas as razões contidas no voto do RE 197.917-8.

entendimento segundo o qual fosse dado ao Município aumentar a composição de seu órgão legislativo.

No caso concreto deste recurso extraordinário, a população do Município de Mira Estrela, próxima a 2600 habitantes, impunha-lhe 9 (nove) vagas na Câmara Municipal; a lei local, declarada incidentalmente inconstitucional, elevava este número para o de 11 (onze) cadeiras.

Situada a matéria tratada pelo acórdão – o que se revelava indispensável para a compreensão da aplicação do instituto da modulação –, vale destacar, da longa e judiciosa decisão, algumas partes (entre elas, debates e fundamentações de votos) que versaram sobre os efeitos da decisão, como faremos.

Na ementa, já se percebe a condução do julgado:

“Efeitos. Princípio da segurança jurídica. Situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos *ex tunc*, resultaria grave ameaça a todo sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos *pro futuro* à declaração incidental de inconstitucionalidade.”

Algumas observações: a) o recurso foi julgado em Sessão Plenária; b) a ementa deixou claro que a situação era de exceção à regra de efeitos *ex tunc* em declaração (mesmo incidental) de inconstitucionalidade; c) os efeitos pro futuro foram estabelecidos em função (i) do princípio da segurança jurídica e (ii) da prevalência de interesse público.

Dáí ter o dispositivo do acórdão a seguinte redação:

“(…) acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, dar parcial provimento ao recurso para “restabelecendo, em parte, a decisão de primeiro grau, declarar inconstitucional, *incidenter tantum*, o § único, do artigo 6, da Lei Orgânica n 226, de 3 de março de 1990, do Município de Mira Estrela/SP, e determinar à Câmara de Vereadores que, após

o trânsito em julgado, adote medidas cabíveis para adequar a sua composição aos parâmetros ora fixados, respeitados os mandatos dos atuais vereadores.”

Cumprido observar que a matéria seria de competência da Segunda Turma; todavia, “pela importância” que se revelou, o próprio relator, Ministro MAURÍCIO CORRÊA, propôs a remessa ao Pleno, deferida pelo julgamento realizado em 31 de agosto de 1999, desta Segunda Turma, afetando, portanto, ao Plenário o julgamento do feito.

Após pedir vista dos autos, o Ministro GILMAR MENDES observou que “(...) de forma hábil o eminente Relator tentou limitar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, que, como se percebe, não poderá ser dotada de eficácia *ex tunc*.”

O voto do Ministro GILMAR MENDES deu início à fundamentação da teoria da modulação: “(...) como se pode ver, se se entende inconstitucional a lei municipal em apreço, impõe-se que se limite os efeitos dessa declaração (*pro futuro*)”.

Passando a seguir a tratar da possibilidade de sua aplicação aos julgamentos proferidos no âmbito de recurso extraordinário (note-se: com declaração incidental de inconstitucionalidade). Embora pudéssemos omitir boa parte da fundamentação contida no voto do Ministro GILMAR MENDES, parece-nos interessante – e adequado para os fins de uma dissertação de mestrado – que se lhe transcreva, em seu principal, a despeito de longa:

“Embora a Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, tenha autorizado o Supremo Tribunal Federal a declarar a inconstitucionalidade com efeitos limitados, é lícito indagar sobre a admissibilidade do uso dessa técnica de decisão no âmbito do controle difuso.

Ressalte-se que não estou a discutir a constitucionalidade do art. 27 da Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999. Cuida-se aqui tão-somente de examinar a possibilidade de aplicação da orientação nele contida no controle incidental de inconstitucionalidade.

Para tanto, faz-se necessária, inicialmente, uma análise da questão no direito americano, que é a matriz do sistema brasileiro de controle.

É interessante notar que, nos próprios Estados Unidos da América, onde a doutrina acentuara tão enfaticamente a idéia de que a expressão ‘lei inconstitucional’ configurava uma *contradictio in terminis* uma vez que ‘*the unconstitutional statute is not law at all*’ (...) passou-se a admitir, após a Grande Depressão, a necessidade de se estabelecerem limites à declaração de inconstitucionalidade. (...) A Suprema Corte americana vem considerando o problema proposto pela eficácia retroativa de juízos de inconstitucionalidade a propósito de decisões em processos criminais. Se as leis ou atos inconstitucionais nunca existiram enquanto tais, eventuais condenações nelas baseadas quedam ilegítimas, e, portanto, o juízo de inconstitucionalidade implicaria a possibilidade de impugnação imediata de todas as condenações efetuadas sob a vigência da norma inconstitucional. Por outro lado, se a declaração de inconstitucionalidade afeta tão-somente a demanda em que foi levada a efeito, não se há cogitar de alteração de julgados anteriores.”

Consubstanciado em tais e fortes razões, pôde GILMAR MENDES afirmar que o sistema misto de controle de constitucionalidade adotado pelo direito brasileiro absorve, nos dois modelos – o concreto e o incidental – a possibilidade da modulação dos efeitos da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (quer seja portanto em ação direta, quer seja – incidentalmente – em recurso extraordinário ou mesmo outra via que a admita).

São afirmativas pontuais e seguras sobre o tema:

- “No que interessa para a discussão da questão em apreço, ressalte-se que o modelo difuso não se mostra incompatível com a doutrina da limitação os efeitos.”
- “Essas colocações têm a virtude de demonstrar que a declaração de inconstitucionalidade *in concreto* também se mostra passível de limitação de efeitos.”
- “Essa orientação [explico: declaração de inconstitucionalidade com efeitos limitados com ressalva dos casos já decididos ou dos casos pendentes até um determinado momento – v.g, o da decisão *in abstracto*] afigura-se integralmente aplicável ao sistema brasileiro”.
- “(...) a limitação de efeito é um apanágio do controle judicial de constitucionalidade, podendo ser aplicado tanto no controle direto quanto no controle incidental.”

Depois de ter justificado com sobra de argumentos o cabimento da modulação no controle incidental de inconstitucionalidade, foi que GILMAR MENDES acompanhou o voto de MAURÍCIO CORRÊA para:

“(…) conhecer do recurso extraordinário e lhe dar parcial provimento, no sentido de se declarar a inconstitucionalidade do § único, do art. 6., da Lei Orgânica 222, de 31 de março de 1990, do Município de Mira Estrela-SP. Faça-o, todavia, explicitando que a declaração da inconstitucionalidade, da Lei não afeta a composição da atual legislatura da Câmara Municipal, cabendo ao legislativo municipal estabelecer nova disciplina sobre a matéria, em tempo hábil para que se regule o próximo pleito eleitoral (declaração de inconstitucionalidade *pro futuro*).”

Embora os votos dos ministros MAURÍCIO CORRÊA (relator) e GILMAR MENDES tenham sido no mesmo sentido, não se pode perder de vista que foi este último quem enfrentou o tema da modulação com mais propriedade, tanto material, quanto formal, uma vez que as decisões do Supremo Tribunal Federal sobre declaração de inconstitucionalidade – direta ou incidental – devem ser fundamentadas e explícitas, enquanto seja exceção, quando se valerem da modulação dos respectivos efeitos (seja em função do art. 27 da Lei 9.868/99, seja em função do princípio da segurança jurídica), à regra clássica do controle de constitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

Seguiu-se pedido de vistas do Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE. Ele no entanto no mérito negava provimento ao recurso, por ser seu entendimento o de que fosse constitucional a ampliação de assentos na Câmara Municipal de Mira Estrela, de 9 (nove) para 11 (onze) cadeiras. Não é o caso de examinar a fundamentação do voto. No mesmo sentido foram os votos dos Ministros MARCO AURÉLIO e CELSO DE MELLO.

A leitura atenta dos votos, a par de mostrar uma e outra discussões entre os ministros, acabou por evidenciar que a discussão estabeleceu-se no mérito do recurso extraordinário, a saber, se o Município de Mira Estrela poderia ou não poderia ter aumentado o número de vereadores de 9 (nove) para 11 (onze).

Parece que a discussão a respeito da modulação, uma vez iniciada pelo voto do Relator e depois melhor fundamentada pelo voto de GILMAR MENDES acabou não se desenvolvendo no curso do julgamento, dando a entender que – a despeito de ter sido

examinado pelo Pleno e, portanto, atendendo-se a requisito de ordem formal para a modulação de efeitos de declaração de inconstitucionalidade (nesse caso incidental) – o Tribunal aplicou o instituto sem tê-lo discutido, bastando para tanto as razões da relatoria e de GILMAR MENDES. Mais diretamente: parece não ter havido discussão sobre o tema, prevalecendo, apenas por prevalecer, a orientação de se manter a legislatura obrigando-se, no entanto, a Câmara Municipal indigitada a preparar-se, na próxima eleição, para o implemento das vagas consideradas constitucional para sua legislatura, 9 (nove), no caso.

Outras oportunidades houve para o Supremo Tribunal Federal modular efeitos de decisão sobre constitucionalidade e, perceber-se-á, adotou posição diferente, julgando-a de forma mais clara, mais direta e fundamentada.

### ***6.2.2 Habeas Corpus 70.514-6/RS – Defensoria Pública e prazo de recurso (DJ 27.06.97)***

Mais uma vez o Supremo Tribunal Federal adentrou ao tema da modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade. No HC 70.514-6 (Plenária), sendo Relator o Ministro SIDNEY SANCHES, o Tribunal analisou a constitucionalidade de disposição legal (§ 5 do art. 1 da Lei 1.060/50) que conferia o favorecimento processual, às Defensorias Públicas, da fruição em dobro de prazos para a interposição de recursos.

Consoante parte da ementa do julgado:

“(…) não é de ser reconhecida a inconstitucionalidade do § 5 do art. 1 da Lei n. 1.060, de 05.02.1950, acrescentado pela Lei n. 7.871, de 08.11.1989, no ponto em que confere prazo em dobro, para recurso, às Defensorias Públicas, ao menos até que sua organização, nos Estados, alcance o nível de organização do respectivo Ministério Público, que é a parte adversa, como órgão de acusação, no processo da ação penal pública.”

Abstraindo-se de um todo a discussão do mérito (isonomia entre Ministério Público e Defensoria Pública), note-se que o Supremo Tribunal Federal declarava sim inconstitucional o favorecimento processual à Defensoria Pública, da fruição dobrada de prazos recursais, porém, estabelecia que a lei inconstitucional continuaria a produzir seus efeitos até que a organização dela, Defensoria, se equiparasse à organização do Ministério Público.

O Relator, Ministro SIDNEY SANCHES, foi expresso:

“(...) enfim, não tenho, ainda, por inconstitucional o prazo em dobro, para recurso dos Defensores Públicos, nos Estados. Ao menos enquanto as respectivas instituições não se colocam, em matéria de organização, em pé de igualdade com o respectivo Ministério Público (...)”

A utilização do *advérbio de modo* mais a *condicionante* leva à conclusão de que o prazo em dobro é inconstitucional; porém, desde que as partes estejam em condições de igualdade, vale dizer, seus patronos, em termos de organização.

Quando proferiu voto, o Ministro MOREIRA ALVES adentrou na questão da declaração de inconstitucionalidade sob o influxo da modulação, enquanto técnica de julgamento:

“A única justificativa (...) que encontro para esse tratamento desigual em favor da Defensoria Pública em face do Ministério Público é a de caráter temporário: a circunstância de as Defensorias Públicas ainda não estarem, por sua recente implantação, devidamente aparelhadas como se acha o Ministério Público.

Por isso, para casos como este, parece-me deva adotar-se a construção da Corte Constitucional alemã no sentido de considerar que uma lei, em virtude das circunstâncias de fato, pode vir a ser inconstitucional, não o sendo, porém, enquanto essas circunstâncias de fato não se apresentarem com a intensidade necessária para que se tornem inconstitucionais.

Assim, a lei em causa será constitucional enquanto a Defensoria Pública, concretamente, não estiver organizada com a estrutura que lhe possibilite atuar em posição de igualdade com o Ministério Público, tornando-se inconstitucional, porém, quando essa circunstância de fato não mais se verificar.”

Seguiram-se votos. O do Ministro MARCO AURÉLIO, único vencido no tema de fundo, que já declarava inconstitucional, sem qualquer ressalva, o dispositivo de lei que concedia prazo diferenciado – e mais benéfico – para a Defensoria Pública. Ele registrou que não o convencia a tese da falta de estruturação da Defensoria como justificativa para a manutenção da vantagem legislativa, enquanto ela, organização, não evoluísse ao nível ministerial.

CARLOS VELLOSO, forte na premissa da desigualdade decorrente da “patente” – o termo é dele – diferença de estruturas entre Defensoria e Ministério Público, trouxe sua visão de técnica de julgamento em controle de constitucionalidade:

“No Tribunal Constitucional alemão, há uma técnica de controle de constitucionalidade, que consiste na declaração sem declaração de nulidade da norma, que se resolve com aquilo que os alemães denominam de apelo ao legislador. A lei ainda não é inconstitucional. Ela caminha, entretanto, para se tornar inconstitucional. O Tribunal Constitucional fixa, então, um certo prazo ao legislador e este, obediente ao provimento oriundo do Tribunal, elabora nova norma para os tempos novos, que substituiu a norma prestes a tornar-se inconstitucional.

(...) esta doutrina teria, no caso, de uma certa forma, aplicação. Poderíamos decidir pela constitucionalidade, si et in quantum, vale dizer, enquanto não estruturadas e aparelhadas as defensorias públicas, a norma seria constitucional.

(...) na jurisdição constitucional alemã, é costume fixar prazo para que o legislador elabore norma adequada às novas circunstâncias, aos novos fatos.”

Percendo – contudo – a inoperância do “apelo ao legislador” no sistema brasileiro – inclusive porque, as palavras são de CARLOS VELLOSO, “(...) infelizmente, a nossa tradição não é indicativa dos bons propósitos por parte do legislador em atender apelos do Poder Judiciário” – , o Ministro prossegue seu voto:

“(...) não vou fixar prazo nenhuma para que o legislador e o administrador cumpram o que a Constituição manda que eles façam. Vou, sim, declarar a constitucionalidade, si et in quantum, do dispositivo que estabelece prazo em dobro para o defensor público, o defensor dativo. Quando organizadas e aparelhadas as defensorias públicas, então esta decisão deixará de existir. Organizadas e aparelhadas as defensorias públicas, o dispositivo legal em



debate resultará inconstitucional, porque aí os defensores públicos estarão em pé de igualdade com a acusação, com os representantes do Ministério Público.”

Por fim e ainda que rejeitasse no mérito a declaração de inconstitucionalidade do tratamento mais vantajoso em discussão, o Ministro NÉRI DA SILVEIRA manifestou-se apenas de passagem sobre a técnica de julgamento pretendida. Chamando de “progressiva inconstitucionalização”, esta técnica, seu voto destacou que “no início da vigência da atual Constituição, recusou-se, por maioria de votos, nesta Corte, a possibilidade da inconstitucionalidade superveniente, entendendo-se que o sistema entre nós era o de simples revogação da norma anterior inconciliável com o sistema constitucional novo”.

**6.2.3 RE 61.410/RN – Relator Ministro THEMÍSTOCLES CAVALCANTI – Modulação dos efeitos. Controle Incidental. Teoria Geral. Nulidade de nomeações havida por lei declarada inconstitucional.**

A idéia de ser nula de pleno direito uma lei julgada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal parece ter sido condutora do julgamento do RE 61.419/RN, relatado pelo Ministro THEMÍSTOCLES CAVALCANTI – e presidido por EVANDRO LINS E SILVA.

Datando o julgamento do processo de 23 de abril de 1968 – portanto, há quase 40 anos – parece que o entendimento da época era o de que a lei inconstitucional efeito algum poderia ter produzido, como se automaticamente tudo o quanto dela decorresse tivesse que ser extirpado, varrido. O efeito *ex tunc* era dado como absoluto. Seja em função da

natureza declaratória da decisão, seja – mais preponderantemente, pelo que parece – pela força que possuía, naquela época, o conceito de “lei inconstitucional.”

A ementa daquela julgado leva-nos a esta afirmação: “(...) a lei inconstitucional não pode produzir efeitos. Nulidade das nomeações praticadas sob sua vigência.”

Mesmo que seja de um todo recomendável que ementas sejam claras e diretas – o que nem sempre ocorre, diga-se de passagem – a redação desta recém copiada diz mais do que ser apenas clara e direta: demonstra uma certa inclinação do Tribunal (naquela época, 1968) em considerar que realmente e sem sombra de dúvida uma lei inconstitucional não produz efeito algum e que o que tiver sido produzido em função dela seja absoluta e inexoravelmente nulo.

Não fosse assim, a ementa poderia ter sido tão clara e direta quanto – mas sem ser imperativa: *v.g.*, “lei inconstitucional não produz efeito.” Porém, o Tribunal usou a palavra “pode”, deixando perceptível sua inclinação notadamente radical para o assunto.

Apenas para ilustrar, o caso era de declaração de inconstitucionalidade de lei que criara o cargo de Administrador da Colina de São Francisco. O dito administrador objetivava a manutenção da melhoria de seus vencimentos, tendo ele se aposentado. A lei foi revogada por inconstitucional.

Mesmo que, no caso concreto, com a revogação da lei (por inconstitucional), seus vencimentos não mais pudessem ser aqueles por ela majorados, parecemos que o Tribunal não poderia ser absoluto em dizer que “a lei inconstitucional não pode produzir efeitos. Nulidade das nomeações praticadas sob sua vigência.”

Modernamente – e aí chama-se a atenção para a evolução do próprio Direito – aquela ementa não mais se mantém: lei inconstitucional pode produzir efeitos e as nomeações ou outras decorrências de sua vigência não devem ser consideradas, automaticamente, nulas. Esta é a regra, que parece não admitia exceção na época daquele julgamento.

#### **6.2.4 RE 401.953-1/RJ – Relator Ministro JOAQUIM BARBOSA**

**– Modulação dos efeitos. Controle Incidental. Teoria Geral.**

**ICMS: Partilha e repasse do produto arrecadado.**

No julgamento do RE 401.953-1/RJ, em que se discutia a constitucionalidade de lei fluminense versando sobre arrecadação, partilha e repasse de ICMS, novamente o Supremo Tribunal Federal, em composição Plena, aplicou a modulação de efeitos, sendo relator o Ministro JOAQUIM BARBOSA.

A ementa ajuda a elucidar sobre o que versava o recurso:

“1. Com base no disposto no art. 3, III, da Constituição, lei estadual disciplinadora do plano de alocação do produto gerado com a arrecadação do ICMS, nos termos, do art. 157, IV, par. ún., II, da Constituição, pode tomar dados pertinentes à situação social e econômica regional como critério de cálculo.

2. Contudo, não pode a legislação estadual, sob o pretexto de resolver as desigualdades sociais e regionais, alijar por completo um Município da participação em tais recursos. Não obstante a existência, no próprio texto legal, de critérios objetivos para o cálculo da quota de repasse do produto arrecadado com a cobrança do imposto, a Lei 2.664/1996 atribui ao Município do Rio de Janeiro valores nulos.

3. São inconstitucionais as disposições que excluem por completo e abruptamente o Município do Rio de Janeiro da partilha do produto arrecadado com o ICMS, constantes nos Anexos I e III, da Lei do Estado do

Rio de Janeiro 2.664/1996, por violação, do art. 158, IV, par. ún., I e II, ponderados em relação ao art. 3, todos da Constituição.”

Percebe-se, portanto, que mais uma vez a espécie matriz da aplicação da modulação foi recurso extraordinário com declaração incidental de inconstitucionalidade. O recurso foi analisado pelo Tribunal Pleno, seja em função da relevância da matéria – seja porque apenas desta forma é que poderia ser cogitada a modulação dos efeitos da decisão nele adotada.

Na própria ementa, consta alusão à modulação dos efeitos da decisão:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO: ALCANCE DA DECISÃO.

(...)

4. Recurso extraordinário conhecido e provido, para que o Estado do Rio de Janeiro recalcule os coeficientes de participação dos municípios no produto da arrecadação do ICMS (parcela de  $\frac{1}{4}$  de 25%, art. 158, IV, par. ún., II, da Constituição), atribuindo ao Município do Rio de Janeiro a cota que lhe é devida nos termos dos critérios já definidos pela Lei 2.664/1996 e desde o início da vigência de referida lei.

5. Uma vez que o recálculo do quadro de partilha poderá implicar diminuição da cota de participação dos demais municípios do Estado do Rio de Janeiro, com eventual compensação dos valores recebidos com os valores relativos aos exercícios futuros, a execução do julgado não poderá comprometer o sustentáculo financeiro razoável e proporcional dos municípios.

6. Logo, a lei que irá normatizar o recálculo e a transferência ao recorrente dos critérios pertinentes aos períodos passados deverá prever, ainda, compensação e parcelamento em condições tais que não impliquem aniquilamento das parcelas futuras devidas aos demais municípios.”

Esta recentíssima decisão (DJE n. 106, divulgado em 20/09/2007 e publicado em 21/09/2007 e DJ circulante em 21/09/2007) identifica a preocupação do Supremo Tribunal Federal com efeitos das decisões por ele proferidas, para, mesmo em recurso extraordinário – nesse caso, com declaração incidental de inconstitucionalidade – aplicar a teoria da modulação dos efeitos.

**6.2.5 RE 79.343/BA – Relator Ministro LEITÃO DE ABREU –  
Modulação dos efeitos. Controle Incidental. Teoria Geral.  
Locação – declaração de inconstitucionalidade do Dec.lei  
322/67. (DJ de 02/09/1977)**

No Recurso Extraordinário RE 79.343/BA, julgado ainda no sistema da Constituição anterior, em data de 31 de maio de 1977 (DJ de 02.09.77), sendo Relator o Ministro LEITÃO DE ABREU, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal deu-lhe provimento com a seguinte ementa:

“Declaração, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, da inconstitucionalidade do Dec-lei n. 322, de 7 de abril de 1967 (RTJ 44/54). Acórdão que, não obstante essa decisão, aplicou, em favor do locador, regras contidas nesse ato legislativo. Natureza de decisão que pronuncia a inconstitucionalidade de lei. Seu caráter constitutivo e sua eficácia retroativa. Caso em que não há falar-se na presunção, em que se acharia o agente, de haver concluído contrato sob a proteção, da Lei declarada inconstitucional”.

A declaração de inconstitucionalidade a que se refere a ementa, do Dec.lei 322/67, foi verificada de forma incidental, no julgamento do Recurso Extraordinário 62.739 (RTJ 44/54).

Versou o extraordinário em análise sobre a ilegalidade de acórdão do Tribunal de Justiça da Bahia que – a despeito da decisão verificada no RE 62.739 – aplicou ainda assim as regras do Dec.lei 322/67, por aquele declarado inconstitucional, à relação locatícia entre as partes daquela lide.

Examinando o parecer da Procuradoria Geral da República, exarado por Walter José de Medeiros, pode-se perceber que, na espécie, “(...) à data de celebração do contrato de locação, 1 de maio de 1967, ainda se encontrava em pleno vigor o Dec.lei 322,

cuja inconstitucionalidade só foi declarada em 23 de agosto de 1967, no R.E. 62.739 (RTJ 44/54).”

Assim, estava o Supremo Tribunal Federal diante de um recurso extraordinário onde o recorrente postulava a não aplicação das normas declaradas inconstitucionais. Daí a relevância de saber que a assinatura do contrato de locação deu-se em maio de 1967, enquanto a inconstitucionalidade da Lei que a regeu foi verificada apenas posteriormente, em agosto daquele ano. Convém dizer que na época o extraordinário cabia em função de contrariedade de lei federal (letra “a” do permissivo) e em função de divergência jurisprudencial (letra “d” do permissivo).

O Parecer da Procuradoria, assentado na premissa de que a locação fora contratada quando ainda vigente o Decreto que depois o Supremo Tribunal Federal viera a julgar inconstitucional, opinava pelo não conhecimento do recurso.

Isto baseado nos seguintes argumentos:

“E tal declaração [declaração de inconstitucionalidade, explicamos], como é corrente na doutrina brasileira, até que suspensa a execução da Lei pelo Senado Federal, só tem efeito inter partes, não atingindo aqueles estranhos ao processo em que se pronunciou a inconstitucionalidade.

(...)

Ainda, no entanto, que proclamado inconstitucional o Dec.lei 322, impendia resguardar os efeitos dos atos e contratos legitimamente constituídos sob sua vigência, pois afastada está entre nós a concepção da nulidade ou inexistência da Lei reputada inconstitucional.”

Cumpre destacar, como se lê no mencionado parecer, que ainda aquele caso concreto apresentava a particularidade de que a inconstitucionalidade do Dec.lei 322 fora declarada em função de defeito de competência do órgão que o expediu; do que – aliás – seguiu-se correção legislativa, sobrevindo a Lei 5.334, de 12 de outubro de 1967, que o

reproduzira *ipsis litteris* antes mesmo que o Senado Federal determinasse a suspensão do primeiro.

Mesmo que o caso seja peculiar, deve ser registrado para a demonstração da evolução posição do Supremo Tribunal Federal sobre a “modulação” de efeitos em declaração de inconstitucionalidade.

Seguiu-se o voto do relator, Ministro LEITÃO DE ABREU, bastante fundamentado, para ao final conhecer do recurso e lhe dar provimento, em parte, “para que se ajuste a cláusula contratual questionada ao disposto no artigo 19, da Lei n 4.494/64 e aos limites ali fixados (...)”

Embora tenha sido esta a decisão, que se extrai do dispositivo do acórdão, apenas a ela se chegou em função de (nova) particularidade da demanda: a de que as partes, na formação do litígio, o autor na inicial, o réu na resposta, não teriam invocado qualquer regra pertencente ao Dec.lei 322, que, ao depois e no RE 62.739, fora julgado inconstitucional.

Terá sido – portanto – por este motivo, não por outro, que o Supremo Tribunal Federal conhecia e provia, em parte, o extraordinário, já que desde então as partes postulavam não pela aplicação do Dec.lei julgado inconstitucional pelo Tribunal, mas outra legislação – que o acórdão simplesmente mandou aplicar.

Nada obstante, a fundamentação do voto do Ministro LEITÃO DE ABREU, quando versa sobre efeitos de declaração de inconstitucionalidade, deve ser registrada – senão porque sejam os argumentos de grande convencimento, ainda para que se demonstre a evolução da tese no Supremo Tribunal Federal, especialmente porque este

acórdão foi citado pelo Ministro GILMAR MENDES no julgamento do RE 197.917/SP. Vai se construindo assim a teoria da modulação, no Supremo Tribunal Federal.

Excetuadas as transcrições doutrinárias (nacional e estrangeira), o voto do relator, Ministro LEITÃO DE ABREU, trouxe os seguintes fundamentos:

“Justificável é a resistência manifestada (...) pelo Procurador Walter José de Medeiros, em admitir que, pela declaração de inconstitucionalidade, se apaguem, ao menos irrestritamente, os efeitos produzidos, na ordem jurídica, por lei que havia entrado no mundo do direito em meio às solenidades requeridas para a edição do ato estatal dessa natureza e cercado, por isso mesmo, da presunção de validade inerente às manifestações de vontade emitidas, com selo formal, pelos agentes do poder público, mormente quando situados no ápice da hierarquia, onde reside a summa sedes potestatis.

Notórias são as circunstâncias que levaram, na época contemporânea – tomada a expressão em sentido largo – , os países chamados de constituição rígida ao estabelecimento da competência judiciária para decretar, primeiro incidenter tantum, e, agora também em tese, a nulidade da Lei contrária à Constituição. A questão primordial, que a jurisprudência teve de resolver, questão de caráter mais político do que jurídico, consistiu em conciliar o princípio da separação de poderes com a declaração pelo poder judiciário da invalidade do ato para cuja criação a ordem constitucional outorgava competência exclusiva e, por assim dizer, soberana a outro poder, isto é, ao legislativo.

A técnica judiciária contornou as dificuldades com o argumento de que o judiciário não anula ou revoga a lei, quando esta se ache em conflito com a Constituição, porém se limita a declarar, em concreto, o direito das partes tal como se a lei dita inconstitucional não se aplicasse. Essa inteligência logrou acolhimento, convertendo-se em dogma do direito constitucional, não obstante conflitar, ao menos parcialmente, com a realidade, pois é sabido que uma lei, na ordem prática, se torna letra morta, se adquirida, pelos destinatários de suas normas, a certeza de que os tribunais, chamados a pronunciar-se sobre a sua validade, se recusam a aplicá-las. Embora prestando reverência a essa regra de hermenêutica, a Constituição de 1934, seguida pela de 1946 e Cartas Políticas subseqüentes, incumbiu, realisticamente, ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. Esse princípio, de inteira pertinência, à declaração de inconstitucionalidade incidenter tantum, esvazia-se de sentido naquilo que entende com a declaração da inconstitucionalidade da Lei em tese, lei que, pelo próprio caráter da declaração de sua invalidade, se torna inaplicável erga omnes.”

Até este momento, o voto do relator, Ministro LEITÃO DE ABREU, entendia que a declaração de inconstitucionalidade de lei ou outro ato normativo do Poder Público, em qualquer hipótese pelo Supremo Tribunal Federal, haveria de ter duas



concepções, quer se tratasse de declaração incidental, quer se tratasse da declaração da lei em tese, chegando ele a afirmar que havia efeitos distintos numa e noutra hipótese.

Daí passou a expor uma outra linha de raciocínio, a respeito da nulidade ou anulabilidade da Lei:

“(...) a questão segunda, que se apresenta, tocante à nulidade ou anulabilidade da Lei, isto é, da sua nulidade ab initio ou a partir do ato declaratório da invalidade, não recolhe, quanto ao seu deslinde, total consenso dos tribunais e da doutrina.

(...)

Acertado se me afigura, também, o entendimento de que não deve ter como nulo ab initio ato legislativo, que entrou no mundo jurídico munido de presunção de validade, impondo-se, em razão disso, enquanto não declarado inconstitucional, à obediência pelos destinatários dos seus comandos. Razoável é a inteligência, a meu ver, de que se cuida, na verdade, de ato anulável, possuindo caráter constitutivo a decisão que decreta a nulidade. Como, entretanto, em princípio, os efeitos dessa decisão operam retroativamente, não se resolve, com isso, de modo pleno, a questão de saber de é mister haver como delitos do orbe jurídico atos ou fatos verificados em conformidade com a norma que haja sido pronunciada como inconsistente com a ordem constitucional. Tenho que procede a tese (...) de que a lei inconstitucional é um fato eficaz, ao menos antes da determinação da inconstitucionalidade, podendo ter conseqüências que não é lícito ignorar. A tutela da boa fé [chamamos atenção para a utilização do instituto da boa fé já em 1977, pelo Supremo Tribunal Federal] exige que, em determinadas circunstâncias, notadamente quando, sob a lei ainda não declarada inconstitucional, se estabeleceram relações entre o particular e o poder público, se apure, prudencialmente [novo destaque], até que ponto a retroatividade da decisão, que decreta a inconstitucionalidade, pode atingir, prejudicando-o, o agente que teve por legítimo o ato e, fundado nele, operou na presunção de que estava procedendo sob o amparo do direito objetivo.”

Ao assim se posicionar, o Ministro LEITÃO DE ABREU deixou claro que adotava a boa-fé e a prudência como princípios que devessem ser usados quando se verificasse declaração de inconstitucionalidade, não se fechando os olhos para as relações jurídicas verificadas e amparadas pela lei que lhe tenha servido de objeto.

Aliás, quando o Ministro LEITÃO DE ABREU destaca entre as relações assim verificadas, aquelas havidas entre o particular e o Poder Público, logo vem à

baila as questões tributárias do direito de hoje, que estão em discussão perante o Supremo Tribunal Federal e perante o próprio Superior Tribunal de Justiça, sobre quais estas últimas voltaremos quando analisarmos a possibilidade de o STJ, em guinadas de posições, modular efeitos a não prejudicar relações jurídicas consolidadas não apenas com suporte em lei, mas na sua interpretação pelo julgador final do direito federal infraconstitucional no Brasil.

Quando proferiu voto no RE 197.917/SP, GILMAR MENDES abordou – no momento em que traçava linha a respeito da modulação dos efeitos de decisão de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal de lei ou de ato normativo do Poder Público – este voto do Ministro Leitão de Abreu, tecendo-lhe os seguintes comentários:

“(...) talvez seja lícito dizer que Leitão de Abreu limitou-se a propor uma reflexão sobre o tema da limitação dos efeitos, no caso concreto, a ser aplicada em alguma questão apropriada. Nessa parte, as considerações por ele trazidas equivalem a simples *obiter dicta*. Ressalte-se, porém, que, se aceita a tese esposada por Leitão, ter-se-ia a possibilidade de limitação de efeitos da decisão no próprio controle incidental ou da decisão *in concreto*. Em outras palavras, o tribunal poderia declarar a inconstitucionalidade, incidentalmente, com eficácia restritiva, o que daria ensejo à aplicação da norma inconstitucional no caso concreto. Tanto quanto é possível depreender da argumentação desenvolvida por Leitão de Abreu, a opção por uma declaração de inconstitucionalidade com efeito limitado decorreria de critérios de conveniência ou de política judiciária, tal como admitido no direito americano.”

Assim, GILMAR MENDES examina as considerações de LEITÃO DE ABREU e conclui que a linha por ele adotada levava em consideração os critérios de conveniência e de política judiciária para a limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, de lei ou de ato normativo do Poder Público.

Se é verdade, como por ilação se depreende das razões de seu voto, que LEITÃO DE ABREU pretende modificar a natureza jurídica da decisão de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do Poder Público, pelo STF, de declaratória

para constitutiva; e se é verdade que, nesse sentido, pretende fazê-las anuláveis, e não nulas, parece então haver vícios de premissa no seu posicionamento.

Seja como for e independente dos efeitos que se verifiquem na decisão que declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do Poder Público, decisão esta tomada pelo Supremo Tribunal Federal, sua natureza jurídica será sempre declaratória e envolverá sempre a nulidade do ato.

Ser “declaratória” e “implicar em nulidade do ato”, porém, não tem nada a ver com a possibilidade de modulação dos efeitos; ou por outra: quando o Supremo Tribunal Federal se vê diante de um caso onde os efeitos da decisão de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do Poder Público está a exigir sua intervenção para a proteção de relações jurídicas, com suporte na segurança jurídica e apoio na boa-fé, modulando seus efeitos, a decisão simplesmente abordará esta vertente, não perdendo, entretanto, sua natureza jurídica.

Mais diretamente: nem por isto a decisão deixou de ter natureza declaratória, com efeito de nulidade e não de anulabilidade. A modulação não mexe nem em uma, nem em outra características básicas do controle de constitucionalidade brasileiro, mas, enquanto exceção, apenas confirma esta regra.

Indo ao ponto em exame, GILMAR MENDES (RE 197.917/SP), quando ainda examinava a posição de LEITÃO DE ABREU, melhor esclarece o assunto:

“Diferentemente da posição externada por Leitão de Abreu, entendo que o princípio da nulidade enquanto cláusula não-escrita continua a ter plena aplicação entre nós.

Não se nega, pois, o caráter de princípio constitucional ao princípio da nulidade da Lei inconstitucional. Entende-se, porém, que tal princípio não poderá ser aplicado nos casos em que se revelar absolutamente inidôneo para a finalidade perseguida (casos de omissão; exclusão de benefício incompatível

com o princípio da igualdade), bem como nas hipóteses em que a sua aplicação pudesse trazer danos para o próprio sistema jurídico constitucional (grave ameaça à segurança jurídica).

Assim, configurado eventual conflito entre o princípio da nulidade e o princípio da segurança jurídica, que, entre nós, tem *status* constitucional, a solução da questão há de ser, igualmente, levada a efeito em um processo de complexa ponderação.

Desse modo, em muitos casos, há de se preferir a declaração de inconstitucionalidade com efeitos restritos à insegurança jurídica de uma declaração de nulidade, como demonstram os múltiplos exemplos do direito comparado e do nosso direito.

A aceitação do princípio da nulidade da Lei inconstitucional não impede, porém, que se reconheça a possibilidade de adoção, entre nós, de uma declaração de inconstitucionalidade alternativa. (...) a adoção de uma decisão alternativa é inerente ao modelo de controle de constitucionalidade amplo, que exige, ao lado da tradicional decisão de perfil cassatório com eficácia retroativa, também decisões de conteúdo outro, que não importem, necessariamente, na eliminação direta e imediata da Lei do ordenamento jurídico.”

É nesses termos que o assunto melhor se revolve: mantém-se a natureza jurídica da decisão de inconstitucionalidade como declaratória e, como tal, a nulidade da Lei ou do ato normativo reputado inconstitucional, mas permite-se ao Supremo Tribunal Federal, diante das circunstâncias específicas, especiais e excepcionais do caso modular os efeitos da decisão, isto é, dizer sobre o alcance deles, se *ex tunc* ou se *ex nunc*, fixando claramente os períodos, datas e momentos de “validade” da Lei inconstitucional – a despeito de sê-lo. A solução da questão há de ser, igualmente, levada a efeito em um *processo de complexa ponderação* (RE 197.917/SP, Relator Ministro GILMAR MENDES).

### **6.2.6 RE 135.328 e RE 147.776-8/SP – Defensoria Pública.**

#### ***Relator Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE. Modulação dos efeitos em controle incidental. Teoria da “modulação às avessas”.***

A modulação, vista embora por outro ângulo, foi aplicada nos recursos extraordinários 135.328 (Pleno) e 147.776-8 (1ª Turma), ambos relatados pelo Ministro Sepúlveda Pertence, nos quais discutia-se a competência do Ministério Público para a propositura de ação de indenização, em nome de vítima de delito, que não possuísse condições para por si fazê-lo. A discussão teve gestação quando da criação da Defensoria Pública, a quem se atribuiu – com exclusividade – sobredita legitimação.

O problema centrava-se – como na época do RE 147.776-8 – na inexistência de Defensoria Pública no Estado de São Paulo, acabando o Tribunal por entender que, a despeito de o Ministério Público não mais possuir legitimidade que tal, com ela permaneceria enquanto (i) não se criasse a Defensoria Pública e (ii) enquanto ela não tivesse condições de dar vazão às demandas que se lhe apresentassem – porque, de mais a mais, não poderia a pretexto da exigência constitucional prejudicar-se o direito (já combalido, no exercício) da vítima penal que não suportasse, por si, demanda indenizatória no cível.

Essencial tópico da ementa do RE 147.776-8:

“(…) a alternativa radical da jurisdição constitucional ortodoxa entre a constitucionalidade plena e a declaração de inconstitucionalidade ou revogação por inconstitucionalidade da Lei com fulminante eficácia ex tunc faz abstração da evidência de que a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo, no qual a possibilidade de realização da norma da Constituição – ainda quando teoricamente não se cuide de preceito de eficácia limitada – subordina-se muitas vezes a alterações da realidade fáctica que a viabilizem.”

Sob o influxo de tal e correta premissa, o Tribunal, nos dois casos, entendeu que (conforme se pode ler na ementa do segundo):

“(…) no contexto da Constituição de 1988, a atribuição anteriormente dada ao Ministério Público pelo art. 68 C. Pr. Penal – constituindo modalidade de assistência judiciária – deve reputar-se transferida para a Defensoria Pública: essa, porém, para esse fim, só se pode considerar existente, onde e quando organizada, de direito e de fato, nos moldes do art. 134 da própria Constituição e da Lei complementar por ela ordenada: até que – na União ou em cada Estado considerado –, se implemente essa condição de viabilização da cogitada transferência constitucional de atribuições, o art. 68 C. Pr. Pen. será considerado ainda vigente: é o caso do Estado de São Paulo, como decidiu o plenário no RE 135328”.

Não conheceu – assim – do recurso.

Vê-se portanto que – embora não tenham sido casos de declaração, nem incidental, de inconstitucionalidade, mas, ao contrário, de dizer apenas sobre a aplicação da Constituição a determinada relação fática-jurídica – de alguma forma, nem que seja por aproximação, o Supremo Tribunal Federal usou a teoria da modulação, quando conclui que a legitimidade para as ações civis *ex delicto* permaneceria com o Ministério Público até criação e estruturação da Defensoria Pública.

Essa *modulação às avessas*, por assim dizer, ficou evidenciada na fundamentação de ambos os votos, a do primeiro usada como fundamento da do segundo:

“(…) por isso, chegou-se a aventar (...) a possibilidade de condicionar-se o termo da vigência do art. 68 C. Pr. Penal a que já exista órgão de assistência judiciária, no forum competente para cada causa.

A sugestão se inspira na construção germânica de processo de inconstitucionalização da Lei (...).

Tenho o alvitre como fértil e oportuno.

O caso mostra, com efeito, a inflexível estreiteza da alternativa da jurisdição constitucional ortodoxa, com a qual ainda jogamos no Brasil: consideramos presos ao dilema entre a constitucionalidade plena e definitiva da Lei ou a declaração de sua inconstitucionalidade com fulminante eficácia *ex tunc*; ou ainda, na hipótese de lei ordinária pré-constitucional, entre o reconhecimento

da recepção incondicional e a da perda de vigência desde a data da Constituição.

Essas alternativas radicais – além dos notórios inconvenientes que gera – faz uma abstração da evidência de que a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo, no qual a possibilidade da realização da norma da Constituição – ainda quando teoricamente não se cuide de um preceito de eficácia limitada – , subordina-se muitas vezes a alterações da realidade fáctica que a viabilizem.”

Porque não criada e estruturada a defensoria pública de São Paulo, naquela época, deixou o Supremo Tribunal Federal de declarar inconstitucional a atuação ministerial, naquele caso concreto de ação civil *ex delicto*, uma vez que – se é verdade que a novel ordem constitucional a transferia à defensoria, não menos verdade é que este processo haveria de ser gradual e organizado, de sorte a não se prejudicar o jurisdicionado.

Daí porque nos dois casos decidiu-se que “(...) à falta de Defensoria Pública instituída e implementada segundo os moldes da Constituição, a assistência judiciária continua a ser prestada pela Procuradoria-Geral do Estado ou, na sua falta, por advogado” até a criação e organização daquela (é a isto que chamamos de “modulação às avessas”, uma vez que, com a criação da Defensoria Pública e sua respectiva organização – já verificadas em São Paulo, diga-se de passagem – passaria o Ministério Público a não mais poder atuar nas ações civis *ex delicto*).

**6.2.7 RMS 17.976/SP – Relator Ministro AMARAL SANTOS.**

***Modulação dos efeitos da decisão judicial em controle incidental. Declaração de inconstitucionalidade. Efeitos retroativos. Sentença judicial. Alcance. Ação rescisória. Embargos. Impugnação. Mandado de Segurança.***

Uma interessante questão foi abordada no julgamento do RMS 17.976/SP, da Terceira Turma (julgado em 1960), de que foi relator o Ministro AMARAL SANTOS.

A questão era a de saber se uma decisão judicial (sentença ou acórdão) proferida com base em lei depois declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal subsistia ou não; vale dizer, se a declaração de inconstitucionalidade pelo STF tinha o condão de alcançá-la, ou apenas se dirigiria às relações jurídicas – não processuais – dela decorrentes. A dissertação analisará a questão do impacto da declaração de inconstitucionalidade sobre títulos executivos judiciais proferidos com suporte na lei ou no ato normativo do Poder Público declarado inconstitucional de acordo com a evolução jurisprudencial e legislativa do assunto, que seguiu a seguinte ordem.

Primeiro, a MP 2.180-35, de 24.08.2001; depois, a que vige atualmente: a Lei 11.232/2005 (Reforma da Execução), que disciplina o assunto no § 1º do artigo 475-L e no parágrafo único do artigo 741 do Código de Processo Civil.

Pois bem.

Antes de chegar à conclusão sobre o alcance da decisão de inconstitucionalidade, naquela projeção mencionada, o Supremo Tribunal Federal foi



expresso em estabelecer que “a suspensão da vigência da Lei por inconstitucionalidade torna sem efeito todos os atos praticados sob a égide da Lei inconstitucional.” Ao final do exame desta decisão voltaremos a este ponto.

Deve-se explicar o caso, para melhor se entender a decisão: a Fazenda do Estado de São Paulo ajuizara executivo fiscal contra determinado contribuinte; o executivo foi julgado procedente (mantida a terminologia do acórdão do Supremo, mesmo que para o candidato execução e procedência sejam termos tecnicamente inconciliáveis) em primeiro e em segundo grau. Sucede que a lei sobre a qual se fundamentava a exação foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, cuja decisão foi objeto de Resolução do Senado Federal (Res. 32/65), para excluí-la, por inteiro e de forma definitiva, do ordenamento jurídico.

Cônsua da edição da mencionada resolução pelo Senado Federal, a devedora do tributo, não mais assim se considerando, posto ter sido declarada inconstitucional a lei que os estabelecia, peticionou não por uma, mas por duas vezes ao juízo de primeiro grau a fim de que ele arquivasse os autos da execução, cessando os pagamentos parcelados que então vinha fazendo. Os pedidos foram indeferidos, valendo dizer seu fundamento (embora não se tenha encontrado o nome do juiz prolator):

“Contudo, ao meu entender, tal fato [o da edição de Resolução do Senado Federal] não tem o condão de tornar sem efeito uma coisa julgada. Não basta um simples requerimento para a sustação das prestações referidas e, conseqüentemente, arquivamento do processo. (...) todas as situações jurídicas, mesmo aquelas decorrentes de sentenças transitadas em julgado, podem ser revistas depois da declaração de inconstitucionalidade, mediante ação rescisória.”

Foi impetrado mandado de segurança e o Tribunal de Alçada Civil de São Paulo (extinto), não concedeu a ordem porque, apesar de entender que mesmo a coisa julgada poderia ser desconstituída em função de superveniência de inconstitucionalidade da

Lei que a tivera embasado, na espécie, a impetração do mandado de segurança era extemporânea.

Houve portanto uma certa discrepância entre o entendimento de primeiro grau, este acertado, e o do segundo: para o julgador de primeira instância, a coisa julgada gerada sob o fundamento de lei posteriormente declarada inconstitucional apenas podia ser desconstituída por ação rescisória, enquanto que para o Tribunal, além dela, se prestava o mandado de segurança (que só não acolheu por declarar a decadência da impetração): “(...) o simples fato de haver coisa julgada, na espécie, careceria de força para impedir a impetração, como reiteradamente tem decidido esta Câmara (julgados do T.A., vol III, pgs 146 a 150, v. mandado de segurança n. 51.524, da Capital)”.

Segundo o nosso entendimento, as decisões judiciais baseadas em lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal inserem-se no alcance desta decisão, de modo que devem ser revistas não podendo prevalecer; contudo, antes da introdução do parágrafo único do artigo 741 e § 1º do art. 475-L, a via adequada era unicamente a da ação rescisória..

Veio então a decisão do Supremo Tribunal Federal, para, concordando com a premissa de que inclusive os atos processuais proferidos com base em lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal sejam alcançados pelos efeitos desta decisão, dizer que, porque se trata de coisa julgada, apenas via de ação rescisória poderiam ser desconstituídos: “(...) a nulidade da decisão judicial transitada em julgado só pode ser declarada por via de ação rescisória, sendo impróprio o mandado de segurança. Aplicação da Súmula 430”.

Nesta mesma linha e, inclusive, servindo esta decisão como precedente, o RE 86.056 não foi conhecido, sendo esta a sua ementa:

“Recurso Extraordinário. Embargos à execução de sentença porque baseada a decisão transitada em julgado em lei posteriormente declarada inconstitucional. A declaração de nulidade de sentença somente é possível via da ação rescisória.”

O relator, Ministro RODRIGUES ALCKMIN, adotou como fundamento o Parecer da Procuradoria-Geral da República, da lavra de MAURO LEITE SOARES, em parte transcrito:

“(…) Iniciada a ação de execução de sentença transitada em julgado, o recorrido opôs embargos sob a alegação de que a execução se baseava em lei que já havia sido suspensa pelo Senado Federal, após decretação de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, decretação essa posterior ao trânsito em julgado da decisão. (...) Assim, conforme declarou o Supremo Tribunal no acórdão referido [no caso, o do RMS 17.976, Amaral Santos], embora a suspensão da vigência da Lei por inconstitucional torne sem efeito todos os atos praticados sob o império da Lei inconstitucional, no caso da decisão judicial transitada em julgado é necessária a ação rescisória para tornar sem efeito a eficácia da coisa julgada.”

Novamente o questionamento a respeito de a declaração de inconstitucionalidade atingir, também, pronunciamentos judiciais com trânsito em julgado foi submetido ao crivo do Supremo Tribunal Federal. Desta feita, por meio de Reclamação (RCL 148-2/RS). Relatada pelo Ministro MOREIRA ALVES, a reclamação foi julgada improcedente, uma vez que:

“(…) o cumprimento, em execução, de sentença que, em reclamação trabalhista individual, concedeu benefício com base em cláusula de dissídio coletivo que pendia de julgamento do recurso extraordinário, e sentença que transitou em julgado antes de esta Corte haver declarado a inconstitucionalidade de tal cláusula, não fere a autoridade do acórdão do STF, pois este não está sendo desrespeitado pelo Juízo da execução, que tem o dever de executar a sentença transitada em julgado, mas, simplesmente, não é eficaz com relação a essa execução.”

Pretendia, portanto, a reclamação que se desse a reconhecer desrespeito a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, decisão essa que declarara

inconstitucional cláusula de dissídio coletivo aplicada em reclamação trabalhista que deu ensejo à reclamação constitucional.

O peculiar do caso é que a declaração de inconstitucionalidade foi posterior ao trânsito em julgado da reclamação de modo que, soube perceber o relator, Ministro MOREIRA ALVES: “(...) se a decisão prolatada na reclamação individual antecedeu à proferida por esta Corte em recurso extraordinário interposto no processo de dissídio coletivo, é manifesto que aquela, por anterior, não poderia ter desrespeitado a autoridade desta, que ainda não existia.”

Adentrando ao mérito de ser alcançada pelos efeitos da declaração de inconstitucionalidade também a decisão judicial, MOREIRA ALVES seguiu pelo mesmo caminho de aceitar a extensão dos efeitos da declaração de não conformidade com a Constituição, porém vincular a discussão à via da ação rescisória – note-se, antes do § 1º, do art. 475-L e parágrafo único do art. 741, ambos do Código de Processo Civil:

“(...) não é a reclamação sucedâneo de ação rescisória, razão por que não se pode, por meio dela, desconstituir decisão, tomada com base em dissídio coletivo, a qual transitou em julgado antes que este Supremo Tribunal Federal, por dar provimento a recurso extraordinário, declarasse inconstitucional a cláusula pertinente e constante do mesmo dissídio coletivo.

A execução que se processa no momento está amparada no respeito à coisa julgada, que se impõe ao Juízo executante, e que impede que, sobre ela (e até que venha a ser regularmente desconstituída a sentença que lhe deu margem), tenha eficácia o acórdão posterior desta Corte. Não ocorre, pois, o pressuposto em que se baseia a presente reclamação – a garantia de autoridade de decisão do S.T.F – pois, na espécie, a autoridade da decisão deste Tribunal não está sendo desrespeitada pelo juízo da execução, mas, simplesmente, não tem eficácia com relação a esta.”

Deve-se considerar, no entanto, que esta posição de que apenas por meio de ação rescisória é que poderia ser alegada a inexecutabilidade do título posto baseado em lei supervenientemente declarada inconstitucional sofreu impacto legislativo com a edição

(re-edição) da Medida Provisória n. 2.180-35<sup>588</sup>, de 24 de agosto de 2001, permitindo que o “devedor” se “opusesse” à “execução” por meio de “embargos” – e neles deduzisse então a superveniência da inconstitucionalidade da Lei sobre a qual se constituíra o título executivo judicial. Na chamada reforma da execução de 2006, o assunto foi definitivamente equacionado.

Logo no início do exame deste tema (o que se verificou primeiro quando da análise do RMS 17.976 e, depois, deste que lhe é similar, RCL 148-2/RS), vale dizer, do alcance da declaração de inconstitucionalidade inclusive às decisões judiciais tomadas com base no seu objeto, falávamos que voltaríamos à assertiva do Supremo Tribunal Federal segundo a qual “a suspensão da vigência da Lei por inconstitucionalidade torna sem efeito todos os atos praticados sob a égide da Lei inconstitucional.”

Embora a assertiva seja de fato verdadeira, está a merecer uma leitura mais completa, como se lhe dá GILMAR MENDES (RE 197.917):

“Acentue-se, desde logo, que, no direito brasileiro, jamais se aceitou a idéia de que a nulidade da Lei importaria na eventual nulidade de todos os atos que com base nela viessem a ser praticados. Embora a ordem jurídica brasileira não disponha de preceitos semelhantes aos constantes do pr 79 da Lei do *Bundesverfassungsgericht*, que prescreve a intangibilidade dos atos não mais suscetíveis de impugnação, não se deve supor que a declaração de nulidade afete, entre nós, todos os atos praticados com fundamento na lei

---

<sup>588</sup> Leonardo GRECO (**op.cit.**) anotou, com superior razão: “uma última palavra deve ser reservada à disposição constante da Medida Provisória 2.180/01, mantida em vigor pela Emenda Constitucional n. 32/01, que ampliou a vulnerabilidade da coisa julgada através dos embargos à execução, com a introdução de parágrafo único ao artigo 741 do CPC, tornando inexigível a dívida se o título judicial se fundar lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição. Nela se nota clara intenção de transpor para o Direito brasileiro a hipótese da parte final do § 79, da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Federal alemão, que preserva os efeitos pretéritos da coisa julgada, mas impede a execução futura. Entretanto, o ilegítimo legislador governamental, com o sectarismo que o caracterizou nos últimos anos, importou a regra pela metade, ou seja, permitiu o bloqueio da execução, mas não garantiu a manutenção intacta dos efeitos pretéritos da coisa julgada. Também omitiu o legislador governamental a ressalva de que não cabe qualquer repetição do que tiver sido recebido com base na lei posteriormente declarada inconstitucional. Tanto quanto aos efeitos pretéritos, quanto aos efeitos futuros da decisão proferida no controle concentrado, parece-me inconstitucional o disposto no referido § único, do artigo 741, que encontra obstáculo na segurança jurídica e na garantia da coisa julgada, salvo quanto a relações jurídicas continuativas, pois quanto a estas, modificando-se no futuro os fatos ou o direito, e no caso da declaração erga omnes pelo STF pode ter sofrido alteração o direito reconhecido na sentença, cessará a imutabilidade dos efeitos do julgado, nos termos do artigo 471 do CPC.”

inconstitucional. É verdade que o nosso ordenamento não contém regra expressa sobre o assunto, aceitando-se, genericamente, a idéia de que o ato fundado em lei inconstitucional está eivado, igualmente, de iliceidade (Cf., a propósito, RMS 17.976, Relator Ministro Amaral Santos, RTJ 55, p. 744). Concede-se, porém, proteção ao ato singular, em homenagem ao princípio da segurança jurídica, procedendo-se à diferenciação entre o efeito da decisão no plano normativo (Normebene) e no plano do ato singular (Einzelaktebene) mediante a utilização das chamadas fórmulas de preclusão.

Assim, os atos praticados com base na lei inconstitucional que não mais se afigurem suscetíveis de revisão não são afetados pela declaração de inconstitucionalidade.”

Contudo – e quem faz a ressalva é o próprio GILMAR MENDES – , esta regra não se aplica às sentenças penais condenatórias. Como mencionou em seu voto no RE 197.917/SP:

“(…) vislumbra-se uma exceção expressa a esse entendimento [de que os atos praticados com base na lei inconstitucional que não mais se afigurem suscetíveis de revisão não são afetados pela declaração de inconstitucionalidade, explicamos] na sentença condenatória penal, uma vez que aqui inexistente prazo, fixado pela legislação ordinária, para a propositura da revisão. Nos termos do art. 621 do Código de Processo Penal, a revisão pode ser proposta a qualquer tempo se a sentença for contrária a texto expresso da Lei penal. Esse fundamento abrange, inequivocamente, a sentença penal condenatória proferida com base na lei inconstitucional.”

Parece ser possível acrescentar aos argumentos expostos por Gilmar Mendes para que a sentença penal condenatória baseada em lei inconstitucional possa ser revista a qualquer tempo – assim, constituindo-se exceção à regra de que atos sujeitos a prazos se convalidam, a despeito da declaração de inconstitucionalidade da Lei ou do ato normativo que os tenha suportado – dois outros: (i) o da retroatividade benéfica da Lei penal, dando-se-lhe lata compreensão e aplicação; e (ii) de que não há crime sem lei que o defina.

Não nos parece razoável admitir – contudo – que a lei penal declarada inconstitucional possa, mais do que ensejar revisão judicial (sem prazo), também gerar algum direito de indenização àquele que com base nela tenha sido condenado. É que no caso, a condenação ter-se-ia verificado com base em lei e, mesmo depois reputada inconstitucional, aquela circunstância retiraria a possibilidade de pretensão indenizatória.

Permitida a digressão, voltemos ao voto do Ministro GILMAR

MENDES:

“(...) esta constatação [da convalidação de atos praticados com base em lei declarada inconstitucional por decurso de prazo, com exceção da sentença penal condenatória, esclareço] mostra também que a preservação dos efeitos dos atos praticados com base na lei inconstitucional passa por uma decisão do legislador ordinário. É ele quem define, em última instância, a existência e os limites das fórmulas de preclusão, fixando *ipso jure* os próprios limites de retroatividade contemplada no princípio da nulidade.”

O tema precisa ser melhor explicado para que esta dissertação não transmita – no particular – conceito diverso do que pretende e que entende como correto: embora neste tópico estejamos a tratar da hipótese de sentenças fundamentadas em lei supervenientemente declarada inconstitucional – para concluir que, as cíveis, seguiam a regra e o prazo da ação rescisória e agora sujeitam-se ao disposto nos § 1º do art. 475-L e parágrafo único do 741<sup>589</sup>, e as penais, as da revisão criminal, da qual a preponderante seja a inexistência de prazo decadencial – , o raciocínio da convalidação por decurso de prazo deve ser estendido também aos atos jurídicos em geral, não se limitando aos processuais (sentença, v.g.).

---

<sup>589</sup> No mesmo sentido, Leonardo GRECO (**ibidem**): “(...) parece-me claro que a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade em controle concentrado de normas pelo Supremo Tribunal Federal não deve ter nenhuma influência sobre anteriores sentenças produzidas pela sentença transitada em julgado que tenham fundamento em entendimento contrário ao do STF sobre a questão constitucional. A segurança jurídica, como direito fundamental, é limite que não permite a anulação do julgado com fundamento na decisão do STF. O único instrumento processual cabível para essa anulação, quanto aos efeitos já produzidos pela sentença transitada em julgado, é ação rescisória, se ainda subsistir o prazo para sua propositura.” Observe-se que Leonardo Greco já descarta, ao fazer inserir a partícula “se” (referindo-se à existência de prazo para a ação rescisória) até mesmo a chamada relativização da coisa julgada, assim entendida a possibilidade de – em função da declaração superveniente de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal – ser proposta a ação mesmo a despeito do transcurso de prazo. Depois conclui: “(...) a segurança jurídica, como direito fundamental, assegurada pela coisa julgada, não permite, como regra, a propositura de ação de revisão da coisa julgada como consequência da declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.”

**6.2.8 Recurso Extraordinário 105.789-1/MG – Relator Ministro CARLOS MADEIRA. Modulação dos efeitos no controle incidental. A questão processual versus questão de direito material: irredutibilidade de vencimentos.**

O Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de analisar, pelo menos em dois casos, a modulação dos efeitos de decisão declaratória de inconstitucionalidade em função de matéria de direito material, no caso, o princípio constitucional da irredutibilidade dos vencimentos de magistrado.

O primeiro caso analisado foi o do RE 105.789-1/MG, de que foi relator o Ministro CARLOS MADEIRA. Na oportunidade, houve a denegação de mandado de segurança impetrado por juiz de direito contra ato do Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que indeferiu – como se extrai do relatório:

“(…) pedido de preavencimento, para efeito de quinquênios, de averbação de tempo de serviço, prestado ao Banco do Estado de Minas Gerais, ao argumento de que o artigo 104, parágrafo único da Constituição Estadual, sob cuja égide se fizera dita averbação, havia sido declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, tendo suspensa a sua vigência pela Mesa do Senado Federal.”

O recurso extraordinário – note-se, na época cabível (julgamento em 15 de abril de 1986) –foi interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que denegou a ordem pretendida pelo recorrente.

Em síntese, o pano de fundo pode ser assim colocado: a) previam o art. 104 e seu parágrafo único da Constituição do Estado de Minas Gerais que:

“Art. 104 – O tempo de serviço público federal, estadual ou municipal será computado integralmente para os efeitos de aposentadoria e disponibilidade, na forma, da Lei.



Parágrafo único – Entende-se também como tempo de serviço público estadual, para os efeitos deste artigo, aquele prestado às sociedades de economia mista, sob qualquer regime jurídico”;

b) este artigo 104 e parágrafo único da Constituição do Estado de Minas Gerais, por ofensa ao art. 103 da Constituição Federal, foram declarados inconstitucionais na Representação 861 (RTJ 61/592); c) o Senado Federal suspendeu a execução do dispositivo, pela Resolução n. 34/73; e d) a Emenda Constitucional estadual n. 9/77 o suprimiu.

Dentro desse quadro, a nova sistemática – ou melhor, a não incidência da norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal federal, objeto de Resolução do Senado e finalmente suprimida por Emenda Constitucional estadual – legislativa de cômputo anos de carreira prejudicaria o recorrente, que se mostrava inconformado com a “modificação dos efeitos financeiros da averbação do seu tempo de serviço, já que lhe suprimiriam a gratificação adicional decorrente do tempo de empresa pública averbado.” (cf. voto do relator).

A rigor, uma vez declarada a inconstitucionalidade do dispositivo da Constituição mineira, a pretensão do recorrente de valer-se da sua regra para cômputo de prazos e, em consequência, composição de sua remuneração, não poderia ser agasalhada, uma vez que da declaração de inconstitucionalidade não poderia se esperar outro efeito senão o de que fosse nula desde sempre a indigitada lei.

Note-se que aqui não se trata propriamente dito de uma ressalva de julgamento, via *modulação* de efeitos, a bem, por hipótese, da segurança jurídica e/ou sob o amparo exclusivamente da boa-fé, como em outros casos já analisados.

Terá sido o *direito material* propriamente dito que levou o Supremo Tribunal Federal a conhecer e dar provimento ao recurso extraordinário, para em última análise conceder a própria segurança.

Disse o relator, Ministro CARLOS MADEIRA:

“Tenho que, na hipótese, a modificação da qualificação do tempo de serviço averbado, malferir a garantia constitucional da irredutibilidade de vencimentos dos magistrados. É que, desde 1971, até dez anos depois de suspensa a execução do parágrafo único do art. 104 da Constituição estadual – o tempo averbado produziu efeitos com relação ao adicional de tempo de serviço, que é vantagem genérica e se inclui naquela garantia. Se até o quinto quinquênio foi computado aquele tempo de serviço, não poderá ser ele excluído do cálculo do sexto quinquênio sem malferir garantia de irredutibilidade.

Não se trata, assim, apenas do direito adquirido a ter certo tempo de serviço qualificado como tempo de serviço público, que é, afinal, assegurado pela lei de contagem recíproca. É, mais do que isso, a estabilidade da remuneração do juiz, que se atinge, com a negativa do que já lhe era reconhecido e já integrava seu patrimônio.

Por outro lado, não se cuida de uma expectativa de direito, pois os efeitos da averbação do tempo de serviço já eram produzidos desde 1971.

A irredutibilidade dos vencimentos dos magistrados garante, sobretudo, o direito que já nasceu, e que não pode ser suprimido sem que sejam diminuídas as prerrogativas que suportam seu cargo.”

Assim, a despeito da declaração de inconstitucionalidade, o art. 104 e, especialmente, seu parágrafo único continuaram a produzir efeitos, ou nos seus efeitos não se tocou, não porque se tratasse de um direito adquirido, ou mesmo porque decorresse da boa-fé ou ainda resultasse do princípio da segurança jurídica: aqui, a prevalência do dispositivo declarado inconstitucional sobre sua própria inconstitucionalidade, fugindo à regra clássica do controle de constitucionalidade, supedaneou-se em princípio constitucional de natureza material (irredutibilidade de vencimentos dos magistrados).

Entendeu o Supremo Tribunal Federal que não fosse o caso de se dar à declaração de inconstitucionalidade efeitos retroativos, porque se assim fosse, ter-se-ia vulnerado, a pretexto do resguardo a decisão dada no controle de constitucionalidade,

princípio de natureza constitucional, que vedaria a exclusão do direito perseguido pelo recorrente.

Dá se ter chegado à decisão de que:

“(…) tal garantia [a da irredutibilidade dos vencimentos, esclareço] supera o efeito ex-tunc da declaração de inconstitucionalidade da norma, pois a averbação não se deu apenas para os efeitos de aposentadoria e disponibilidade, como previa o dispositivo da Constituição do Estado, mas para o de adição de vantagem pecuniária genérica por cada quinquênio de permanência no cargo.”

#### **6.2.9 Recurso Extraordinário n. 122.202-6/MG – Relator**

***Ministro FRANCISCO REZEK. Ainda os efeitos de decisão declaratória de inconstitucionalidade em função de matéria de direito material: irredutibilidade de vencimentos***

O outro caso no qual o Supremo Tribunal Federal apreciou os efeitos de decisão declaratória de inconstitucionalidade em função de matéria de *direito material* foi o Recurso Extraordinário 122202-6/MG, relator Ministro FRANCISCO REZEK, assim ementado:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM TESE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ALEGAÇÃO DE DIREITO ADQUIRIDO.

Acórdão que prestigiou lei estadual à revelia da declaração de inconstitucionalidade desta última pelo Supremo. Subsistência de pagamento de gratificação mesmo após a decisão erga omnes da corte. Jurisprudência do STF no sentido de que a retribuição declarada inconstitucional não é de ser devolvida no período de validade inquestionada da Lei de origem – mas tampouco paga após a declaração de inconstitucionalidade.”

O relator, Ministro FRANCISCO REZEK, assim expressou seu voto:

“Essa Corte tem jurisprudência (...) no sentido de prestigiar a irredutibilidade judiciária poupando seus detentores de restituir ao erário montante inconstitucionalmente pago. Vá lá que assim seja, e, portanto, ainda que declarada a inconstitucionalidade de retribuição ou acréscimo de índole vária – e mais, sendo erga omnes os efeitos desta declaração – não se devolve seu valor pecuniário já ingresso no patrimônio do assalariado, que é o juiz, e em geral já despendido.

Esta idéia, provavelmente erigida sobre pilares como o da boa-fé e o da estabilidade das relações jurídicas [note-se que para Rezek teriam sido estes fundamentos para a fruição de efeitos de lei declarada inconstitucional, até que o fosse], só se vê justificar enquanto se supõe válida a lei determinante de tais benefícios, porque ainda não apreciada em juízo de constitucionalidade pelo Supremo. Pretender vê-la subsistir mesmo após a declaração da inconstitucionalidade da Lei por esta casa é um despropósito. Importa fazer tabula rasa desse modelo de atividade jurisdicional que a órgão algum é dado, senão ao Supremo: apreciar a sanidade de uma lei frente à Constituição, e porventura hostil o diploma a esta última, proclamar sua insubsistência.”

Daí seguiu-se o encaminhamento da decisão:

“(...) mantendo no caso concreto a vitalidade de determinado quadro normativo apesar de já declarado inconstitucional pelo Supremo, o acórdão recorrido expôs-se à correção extraordinária, no sentido de limitar seus efeitos ao período anterior à declaração de inconstitucionalidade da Lei estadual 9262 – portanto, ao período de validade inquestionada desta última.”

Seguiram-se votos, no âmbito da Segunda Turma. O Ministro MARCO AURÉLIO, que parece não partidário da possibilidade de modulação pelo Supremo Tribunal Federal, assim manifestou-se:

“(...) a leitura do acórdão atacado mediante o extraordinário revela que a Corte de origem reconheceu apenas o direito ao recebimento da gratificação por tempo de serviço de forma progressiva, levando-se em conta os valores básicos percebidos pelos Impetrantes, e neste passo mostra-se harmônico com a jurisprudência desta Corte, em relação à qual guardo reservas (...). Entendo que a declaração de inconstitucionalidade de lei tem efeitos ex tunc, mormente quando se preserva, nessa lei, parte indispensável à regência da relação jurídica. Todavia, assim não é a jurisprudência predominante.”

Esta (Recurso Extraordinário n. 122202-6/MG) e aquela (Recurso Extraordinário 105.789-1/MG) decisões, contudo, ao adotarem como fundamento a irredutibilidade dos vencimentos para a não percepção de efeitos da declaração de inconstitucionalidade foram alvo de críticas negativas por GILMAR MENDES (RE 197.917/SP), segundo quem:

“(...) essa tentativa, um tanto quanto heterodoxa, de preservar as vantagens pecuniárias já pagas a servidores públicos, com base numa lei posteriormente declarada inconstitucional, parece carecer de fundamentação jurídica consistente em face da doutrina da nulidade da Lei inconstitucional. Ela demonstra, ademais, que o Tribunal, na hipótese, acabou por produzir uma mitigação de efeitos com base em artifícios quase que exclusivamente retóricos. Mais apropriado seria reconhecer que, nos casos referidos, a retroatividade plena haveria de ser afastada com fundamento no princípio da segurança jurídica, que, como se sabe, também entre nós é dotado de hierarquia constitucional.”

**6.2.10 Ag. Rg. no Recurso Extraordinário n. 392.139-8/RJ –**

***Relator Ministro EROS GRAU (DJ de 13.05.05).***

***Modulação dos efeitos da declaração de***

***inconstitucionalidade em recurso extraordinário. IPTU,***

***taxa de iluminação e limpeza do Município do Rio de***

***Janeiro. Requisitos para a modulação não satisfeitos – a***

***contrario sensu, dar-se-ia modulação em controle***

***incidental.***

O Ag. Rg. no Recurso Extraordinário n. 392.139-8/RJ, Relator Ministro EROS GRAU, versou sobre a possibilidade de aplicação do art. 27 da Lei 9.868/99 em sede de recurso extraordinário. Pretendia o Município do Rio de Janeiro – uma vez reconhecida a inconstitucionalidade da cobrança progressiva do IPTU<sup>590</sup> e das taxas de iluminação pública e de coleta de lixo – limitar os efeitos da decisão, passando a ser meramente prospectivos.

---

<sup>590</sup> Este mesmo tema foi tratado em vários recursos extraordinários e agravos a ele relacionados, como constante no corpo da dissertação. Embora sem inovação de argumentos, mas seguindo apenas precedentes, também o AgReg no Agravo de Instrumento 457.766-1/RJ, Relator Ministro Ricardo LEWANDOWSKI (DJ 11.05.07) e, entre outros, o AgReg no Agravo de Instrumento 472.768-0/RJ, Relator Ministro Joaquim BARBOSA (DJ 16.02.07). Assim, a atual composição do Supremo Tribunal Federal, como um todo – por assim dizer – , já teve oportunidade de examinar a questão da modulação de efeitos referente à declaração de

O agravo foi interposto porque o Ministro EROS GRAU negou seguimento ao recuso extraordinário que fora interposto contra acórdão do Tribunal fluminense que declarou inconstitucional a prática tributária acima comentada.

Foi nas razões recursais que o Município do Rio de Janeiro requereu a atribuição de eficácia prospectiva à declaração de inconstitucionalidade feita pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro “como forma de mitigar o postulado da nulidade da Lei inconstitucional em prol da proteção a outros princípios de envergadura constitucional, como a segurança jurídica, boa fé e excepcional interesse social”. Defendendo – evidentemente – sua aplicação em sede de recurso extraordinário.

O Ministro EROS GRAU, embora negasse provimento ao agravo, analisou em teoria a possibilidade da aplicação do art. 27 da Lei 9.868/99 na via do controle difuso:

“(…) ainda em prevalecendo a tese que se inclina pela possibilidade de atribuir-se efeitos prospectivos à declaração de inconstitucionalidade proferida incidentalmente, em sede de controle difuso, a mim parece claro que, dado o caráter excepcional dessa medida, ela somente tem cabimento quando o tribunal manifesta-se expressamente sobre o tema, reconhecendo a observância dos requisitos previstos no artigo 27 da Lei n. 9.868/99. Se ao declarar a inconstitucionalidade de lei, a corte silencia<sup>591</sup> sobre a questão, a eficácia da decisão deve ser, em regra, retroativa.”

---

inconstitucionalidade do regime progressivo de IPTU e taxas municipais de iluminação e coleta de lixo e limpeza pública. Consigne-se que, embora em todas elas não se tenha deferido o pedido de modulação de efeitos, o indeferimento deu-se no mérito, não na forma: não houve modulação não porque se tratasse de controle incidental de constitucionalidade mas – exclusivamente – porque não demonstradas as razões legislativas permissivas, como a segurança jurídica e manifesto interesse social. Confira-se outro caso: "IPTU — Progressividade — Taxas — Pretendida modulação, no tempo, dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade — Não-incidência, no caso em exame — Utilização dessa técnica no plano da fiscalização incidental — Necessária observância do postulado da reserva de Plenário — Conseqüente incompetência dos órgãos fracionários do Tribunal (Turmas) — Embargos de declaração rejeitados." (AI 417.014-AgR-ED, Relator Ministro Celso de MELLO, julgamento em 18-12-06, DJ de 16-2-07). No mesmo sentido: AI 651.214-AgR, Relator Ministro Celso de MELLO, julgamento em 26-6-07, DJ de 24-8-07.

<sup>591</sup> Note-se que este raciocínio contraria a doutrina de Rui MEDEIROS, outrora manifestada; assim – e conforme nosso entendimento – este posicionamento não é o melhor no contexto da teoria do controle judicial de constitucionalidade.

EROS GRAU busca em diversos precedentes do Supremo Tribunal Federal o fundamento para entender que, se fosse o caso de modular a decisão, o Tribunal já o teria feito. E como não o fez, é porque – presumivelmente – quis dar à declaração de inconstitucionalidade o seu efeito tradicional.

Consubstanciado em doutrina de RUI MEDEIROS segundo a qual o silêncio não há implicação de se considerar como tenha o Tribunal se manifestado implicitamente sobre a necessidade de serem retroativos os efeitos da declaração de inconstitucionalidade e, mais, considerando que o mencionado autor estipulou a possibilidade de *a qualquer momento* proceder ao exame da modulação, mesmo depois do julgamento, por se tratar de interesse maior e de natureza social, nada impediria – em tese – que o Supremo Tribunal Federal analisasse o pedido de modulação, mesmo em recurso extraordinário. Poderia até chegar à conclusão de que não havia os pressupostos de aplicação do art. 27 mas, não poderia entender sem qualquer exame de mérito que o silêncio teria aquela força – porque não tem.

E isto foi rigorosamente observado pelo Tribunal. Porque em última análise, o Ministro EROS GRAU enfrentou o mérito: “nos presentes autos (...) não há qualquer justificativa trazida pelo ora agravante que justifique as necessárias razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, previstas em lei.”

É importante registrar, portanto, que embora negado provimento ao agravo regimental, não se descartou – pelo menos peremptoriamente – a possibilidade de modulação no âmbito do recurso extraordinário; pelo contrário, analisou-se na máxima extensão o pedido, que não foi atendido porque não demonstradas as razões legislativas justificadoras.

**6.2.11Ag. Rg. no Recurso Extraordinário n. 395.902-6/RJ –  
Relator Ministro CELSO DE MELLO (DJ de 25.08.06).  
Modulação dos efeitos da declaração de  
inconstitucionalidade em recurso extraordinário. IPTU,  
taxa de iluminação e limpeza do Município do Rio de  
Janeiro. Requisitos para a modulação não satisfeitos – a  
contrario sensu, dar-se-ia modulação em controle  
incidental. O debate entre CELSO DE MELLO e GILMAR  
MENDES: a questão da não recepção de norma pré-  
constitucional.**

Mais outra discussão a respeito da modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade do IPTU e taxas municipais do Rio de Janeiro, que a pretendia aplicada pelo Supremo Tribunal Federal.

O julgado, ao tempo em que não acolhe o pedido de modulação – isto em função da não demonstração dos requisitos do art. 27 da Lei 9.868/99 –, acaba por admitir *em tese* a validade do instituto para o controle incidental de inconstitucionalidade, como se extrai de sua ementa: “o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido, excepcionalmente, a possibilidade de proceder à modulação ou limitação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, mesmo quando proferida, por esta Corte, em sede de controle difuso.”

Não é esta, contudo, a principal discussão deste agravo, de que foi Relator o Ministro CELSO DE MELLO. Analisou-se, com profundidade, matéria de especial



relevo no contexto do controle de constitucionalidade de lei ou de ato normativo do Poder Público: a questão da não recepção de norma pré-constitucional.

Para o exemplo completo deste assunto, é preciso considerar este julgamento em conjunto com aquele proferido no âmbito do Ag. Rg. no Recurso Extraordinário n. 364.304-5 /RJ – DJ de 06.11.06, sobre o mesmo tema, de que foi relator o Ministro GILMAR MENDES.

Embora nos dois casos o Supremo Tribunal Federal tenha em tese reconhecido a possibilidade da modulação no controle difuso para – a despeito – no caso concreto não aplicá-la à minguada demonstração dos requisitos legais do art. 27 da Lei 9.868/99, houve divergência entre o posicionamento do Ministro CELSO DE MELLO e o posicionamento do Ministro GILMAR MENDES quanto à possibilidade da modulação em casos de não recepção de norma pré-constitucional.

Segundo o voto do Ministro CELSO DE MELLO, no primeiro dos julgados mencionados:

“(…) cabe assinalar que não se revela acolhível a postulação recursal ora deduzida pelo Município do Rio de Janeiro/RJ, que pleiteia, desta Suprema Corte, a outorga de eficácia prospectiva à decisão que proclamou, no caso ora em exame, em juízo negativo de recepção, a incompatibilidade material da norma legal editada em 1984, contestada em face do ordenamento constitucional superveniente (a Constituição de 1988). A razão desse entendimento (...) apóia-se no fato de que a modulação temporal supõe, para incidir, a necessária existência de um juízo de inconstitucionalidade, incorrente no caso, por se cuidar de ato pré-constitucional (anterior, portanto, à promulgação da vigente Constituição) e que deixou de ser recepcionado pela nova Carta Política, por ser, com esta, materialmente incompatível.”

Por considerar, desta maneira, que:

“(…) por tratar-se de lei pré-constitucional (porque anterior à Constituição de 1988), o único juízo admissível, quanto a ela, consiste em reconhecer-lhe, ou não, a compatibilidade material com a ordem constitucional superveniente, resumindo-se, desse modo, a solução da controvérsia, à formulação de um

juízo de mera revogação (em caso de conflito hierárquico com a nova Constituição) ou de recepção (na hipótese de conformidade material com a Carta Política)”,

CELSO DE MELLO acabou concluindo que “(...) revela-se inadmissível a adoção da doutrina da prospectividade (...) eis que essa diretriz supõe, para efeito de sua aplicabilidade, a necessária formulação de um juízo prévio de inconstitucionalidade” – não ocorrido, de resto, na hipótese que examinou.

O assunto voltou à baila no segundo julgado mencionado, de que foi Relator o Ministro GILMAR MENDES. Como o caso concreto não se enquadrava de “inconstitucionalidade originária decorrente do confronto entre a Constituição e a norma superveniente, mas de contraste entre lei anterior e norma constitucional posterior” (o que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal classifica como de não recepção), necessário se revelava verificar se a modulação poderia também alcançar os julgados de não recepção do Supremo Tribunal Federal. Como se pode verificar, o Ministro CELSO DE MELLO adotara a posição de não aceitar a aplicação do art. 27 da Lei 9.868/99 nesses casos.

Não sem antes reconhecer que “transita-se no terreno de situações imperfeitas e da ‘lei ainda constitucional’, com fundamento na segurança jurídica”, o Ministro GILMAR MENDES acabou reconhecendo que mesmo no caso de julgamentos de não recepção (conforme a terminologia do Supremo Tribunal Federal para classificar as hipóteses de exame da constitucionalidade de lei precedente ao texto constitucional – e não posterior, como na outra e clássica vertente) – é possível ao Tribunal aplicar a teoria da modulação prevista na lei ordinária.

Fazendo retrospectiva e demonstrando a própria evolução do posicionamento do Supremo Tribunal Federal em assuntos de controle de constitucionalidade, e, assim, destacando o evidente e “expressivo passo dado (...) com relação à flexibilização das

técnicas de decisão no juízo de controle de constitucionalidade, ao reconhecer um estado insuficiente para justificar a declaração de ilegitimidade da Lei ou bastante para justificar a sua aplicação provisória”, o Ministro GILMAR MENDES acabou por admitir também para as hipóteses de *não recepção* a possibilidade de modulação de efeitos.

Parece-nos que a razão possa estar com este último posicionamento. Malgrado a consistência teórica que embasa o outro – no sentido de efetivamente haver uma substancial diferença entre o julgamento clássico de inconstitucionalidade com este de não recepção – ainda assim parece-nos que deva preponderar a excepcionalidade da proteção do interesse comum, da segurança jurídica, da boa-fé, enfim, das circunstâncias maiores autorizadas da modulação para que – a despeito de se tratar de cotejo de lei precedente com ordenamento constitucional superveniente – também nesse caso seja lícito ao Supremo Tribunal Federal aplicar art. 27 da Lei 9.868/99. Daí porque concordamos com a conclusão do Ministro GILMAR MENDES<sup>592</sup>, no sentido de que:

---

<sup>592</sup>

O Ministro Gilmar MENDES a reiterou no AI 631.533: “No AgrRE 395.902, relatado por Celso de Mello, em decisão prolatada junto à 2ª Turma, decidiu-se que o caso seria de não recepção de norma pré-constitucional, e que conseqüentemente não se aplicaria a regra do art. 27 da Lei n. 9.868/99. Naquela ocasião, determinou-se que ‘(...) Inaplicabilidade, ao caso em exame, da técnica de modulação dos efeitos, por tratar-se de diploma legislativo, que editado em 1984, não foi recepcionado, no ponto concernente à norma questionada, pelo vigente ordenamento constitucional’. Acompanho Celso de MELLO, porém quero deixar consignado que, no meu entender, a técnica de modulação dos efeitos pode ser aplicada em âmbito de não recepção. O dogma da nulidade da Lei inconstitucional pertence à tradição do direito brasileiro. A teoria da nulidade tem sido sustentada por importantes constitucionalistas. Fundada na antiga doutrina americana, segundo a qual *the unconstitutional statute is not law at all*, significativa parcela da doutrina brasileira posicionou-se pela equiparação entre inconstitucionalidade e nulidade. Afirmava-se, em favor dessa tese, que o reconhecimento de qualquer efeito a uma lei inconstitucional importaria na suspensão provisória ou parcial da Constituição. Razões de segurança jurídica podem revelar-se, no entanto, aptas a justificar a não-aplicação do princípio da nulidade, da Lei inconstitucional. (...) Configurado eventual conflito entre os princípios da nulidade e da segurança jurídica, que, entre nós, tem status constitucional, a solução da questão há de ser, igualmente, levada a efeito em processo de complexa ponderação. O princípio da nulidade continua a ser a regra também. O afastamento de sua incidência dependerá de severo juízo de ponderação que, tendo em vista análise fundada no princípio da proporcionalidade, faça prevalecer a idéia de segurança jurídica ou outro princípio constitucionalmente relevante manifestado sob a forma de interesse social preponderante. Assim, aqui, a não-aplicação do princípio da nulidade não se há de basear em consideração de política judiciária, mas em fundamento constitucional próprio. No caso presente, não se cuida de inconstitucionalidade originária decorrente do confronto entre a Constituição e norma superveniente, mas de contraste entre lei anterior e norma constitucional posterior, circunstância que a jurisprudência do STF classifica como de não recepção. É o que possibilita que se indague se poderia haver modulação de efeitos também na declaração de não recepção, por parte do STF. Transita-se no terreno de situações imperfeitas e da ‘lei ainda constitucional’, com fundamento na segurança jurídica. (...) Entendo que o alcance no tempo de decisão judicial determinante de não recepção de direito pré-constitucional pode ser objeto

“(…) diferentemente do que restou assentado pelo eminente Ministro Relator Celso de Mello<sup>593</sup>, no AgREE 395902, o meu entendimento no sentido da plena compatibilidade técnica para modulação de efeitos com a declaração de não recepção de direito ordinário pré-constitucional pelo Supremo Tribunal Federal.”

### **6.2.12RE 442.683-8/RS – Relator Ministro CARLOS VELLOSO**

***(DJ 24.03.06). Modulação dos efeitos em controle incidental de constitucionalidade. Caso peculiar: a modulação ocorreu no âmbito do segundo grau de jurisdição, no acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Suspensão de efeitos em sede de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.***

No julgamento do RE 442.683-8/RS – (DJ 24.03.06), Relator Ministro CARLOS VELLOSO, verificou-se muito mais que a mera possibilidade da modulação de efeitos em sede de recurso extraordinário. O caso versado é de especial interesse.

Antes de adentrar ao tema do controle de constitucionalidade propriamente dito, necessário se revela esclarecer que a hipótese cuidava de desconstituição de

---

de discussão. E os precedentes citados comprovam a assertiva. Como demonstrado, há possibilidade de se modularem os efeitos da não-recepção de norma pela Constituição de 1988, conquanto que juízo de ponderação justifique o uso de tal recurso de hermenêutica constitucional. Não obstante, não vislumbro justificativa que ampare a pretensão do recorrente, do ponto de vista substancial, e no caso presente, bem entendido.” (AI 631.533, Relator Ministro Gilmar MENDES, decisão monocrática, julgamento em 12-3-07, DJ de 18-4-07).

<sup>593</sup> Outro julgado do Ministro Celso de Mello deve ser mencionado: “Considerações sobre o valor do ato inconstitucional — Os diversos graus de invalidade do ato em conflito com a Constituição: ato inexistente? ato nulo? ato anulável (com eficácia ex tunc ou com eficácia ex nunc)? — Formulações teóricas — O status quaestionis na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Modulação temporal dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade: técnica inaplicável quando se tratar de juízo negativo de recepção de atos pré-constitucionais.” (AI 589.281-AgR, Relator Ministro Celso de MELLO, julgamento em 5-9-06, DJ de 10-11-06).

ato administrativo relacionado ao plano de carreira de servidor público: é que, no caso concreto<sup>594</sup>, verificou-se a progressão de servidores públicos mediante concurso interno – o que colidiria com a norma do art. 37, II da Constituição Federal.

O recurso extraordinário – que ao final foi conhecido, mas não provido – foi interposto contra acórdão em apelação da Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. No próprio julgamento do Tribunal Regional, à vista da suspensão da eficácia do art. 8, III e do art. 10, X, § único da Lei 8.112/90, o julgamento teve natureza *ex nunc*. Contra o que se voltou o extraordinário.

O acórdão do regional estabeleceu que:

“(...) não restam dúvidas de que a Constituição de 1988 instituiu o concurso público como forma universal de acesso aos cargos públicos. Todavia, não é menos certo que, à época dos fatos (entre 1987 e 1992), esse não era um entendimento pacífico, inclusive no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Apenas em 17 de fevereiro de 1993 o STF (na Medida Cautelar na Adin n. 837-4) suspendeu a eficácia do art. 8, III e do art. 10, X, § único da Lei 8.112/90, passando a prevalecer o entendimento de que o concurso interno não poderia mais ser realizado. In casu, os prejuízos que adviriam para a Administração, além dos servidores, seriam maiores que eventuais vantagens do desfazimento destes atos. Prevalece o princípio da segurança jurídica e da boa-fé (...).”

Ou seja: a *modulação* já foi aplicada pelo próprio Tribunal Regional Federal da 4ª Região – fruto, é verdade, de decisão do Supremo Tribunal Federal proferida no âmbito de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade. Isto porque, conforme voto do relator, Desembargador EDGARD LIPPMAN JÚNIOR, é:

---

<sup>594</sup> Lê-se na ementa do julgado: “CONSTITUCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO: PROVIMENTO DERIVADO. INCONSTITUCIONALIDADE: EFEITO EX NUNC. PRINCÍPIOS DA BOA FÉ E DA SEGURANÇA JURÍDICA. 1 – A Constituição de 1988 instituiu o concurso público como forma de acesso aos cargos públicos. CF, art. 37, II. Pedido de desconstituição de ato administrativo que deferiu, mediante concurso interno, a progressão de servidores públicos. Acontece que, à época dos fatos – 1987 a 1992 –, o entendimento a respeito do tema não era pacífico, certo que, apenas em 17.02.1993, é que o Supremo Tribunal Federal suspendeu, com efeito *ex nunc*, a eficácia do art. 8, III; art. 10, § único; art. 13, § 4º; art. 17 e art. 33, IV da Lei 8.112, de 1990, dispositivos esses que foram declarados inconstitucionais em 27.8.1998: ADI 837/DF, Relator o Ministro Moreira Alves, ‘DJ’ de 25.6.1999. II – Os princípios da boa-fé e da segurança jurídica autorizam a adoção do efeito *ex nunc* para a decisão que decreta a inconstitucionalidade. Ademais, os prejuízos que adviriam para a Administração seriam maiores que eventuais vantagens do desfazimento dos atos administrativos.”

“(…) inadequado, mais de uma década depois, simplesmente negar validade a tais atos, construídos, naquele momento, dentro de uma aparente legalidade e em estrito cumprimento de norma legal que se tinha por vigente, desconsiderando os efeitos concretos que advierem”.

Mesmo porque, como bem observou o acórdão do regional, “a situação seria de verdadeiro tumulto administrativo, se não de atingimento da esfera individual de terceiros não presentes no feito.”

Este recurso extraordinário é *sui generis*. Porque não terá sido ele, propriamente dito, que modulara os efeitos da decisão da inconstitucionalidade da progressão de funcionários públicos sem o devido concurso, preservando situação praticada entre 1987 a 1992, mas sim o próprio acórdão que lhe deu ensejo. Vale dizer: a proteção à segurança jurídica e à boa-fé foi aplicada no âmbito do segundo grau de jurisdição.

O acórdão regional, por assim dizer, foi posterior à decisão da medida cautelar na Adin 837-4, pelo Supremo Tribunal Federal, que declarou suspensos com eficácia *ex nunc* os efeitos dos dispositivos da Lei 8.112/90 já mencionados, em data de 17.02.03; e depois, no mérito, declarou-os inconstitucionais, julgando procedente a ação direta (DJ 25.6.99).

O efeito *ex nunc* da suspensão dos dispositivos da mencionada legislação em sede de medida cautelar, pelo Supremo Tribunal Federal, legitimou a decisão do Regional, que deu o mesmo efeito ao seu julgado, preservando situações de há muito consolidadas.

Isto faz do caso analisado um caso especial porque nele a modulação, por assim dizer, foi verificada no corpo do acórdão do Regional – e não no âmbito do Supremo Tribunal Federal, que a referendou. Note-se – contudo – que o Regional estava amparado em decisão proferida no âmbito de medida cautelar em ação direta de

inconstitucionalidade, que, de forma *ex nunc*, suspendia os efeitos dos dispositivos legais que regiam a relação jurídica material que dera ensejo à relação jurídica processual.

Daí a inexorável pergunta: podem os juízes ou tribunais de segundo grau de jurisdição aplicar a teoria da modulação de efeitos, quando declararem a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público – mesmo inexistente julgado em cautelar, no controle direto, pelo Supremo Tribunal Federal?

Algumas ponderações parecem necessárias.

Em primeiro lugar, a assertiva inversa à pergunta: declarada a suspensão de lei ou de ato normativo pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle direto, os juízes e os tribunais de segundo grau deverão seguir a orientação da Corte, observando, no mais, se o efeito da liminar foi *ex tunc* ou *ex nunc* e, a partir daí, proferirem seus julgamentos.

Em segundo lugar, deve-se esclarecer que a todo juiz é lícito declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do Poder Público; contudo – e tirando os casos de declaração direta pelos Tribunais, na forma da Constituição e lei –, fazem-no de forma incidental e no controle difuso, sendo suas decisões, em última análise, submetidas ao Supremo Tribunal Federal por meio do recurso extraordinário, observadas suas regras.

Embora possam declarar incidentalmente a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público, a prerrogativa originária e exclusiva para a modulação de efeitos pertence ao Supremo Tribunal Federal (e, na medida e forma como sustentamos nesta dissertação, também aos Tribunais Superiores) pois – em terceiro lugar – o artigo 27 da Lei 9.868/99, permissivo de tal conduta, rege o procedimento da ação direta de inconstitucionalidade.

Ainda que estejamos a sustentar sua aplicação no controle difuso e mesmo aos recursos extraordinários sem declaração de inconstitucionalidade ou até para as decisões dos próprios Tribunais Superiores, não nos parece possível que tal prerrogativa seja estendida desregradamente às instâncias inferiores<sup>595</sup>. Pois, em quarto lugar, as instâncias inferiores tratam de casos concretos, suas decisões são neste sentido singulares e, acima de tudo, quinto, não podem examinar os requisitos do art. 27, notadamente não podendo falar de interesse social (não na extensão da finalidade deste dispositivo); sexto, é preciso que se trate de um julgamento colegiado (o que afasta o juiz de primeiro grau); sétimo, mediante reserva de plenário (o que, se de todo não afasta os julgamentos dos tribunais de segundo grau, impedem que os respectivos plenários, em sede de apelação ou infringentes – ou mesmo causas de competência originária – passem a examinar tal perspectiva, mesmo que o incidente de inconstitucionalidade lhes seja afeto); e, finalmente, oitavo, porque a natureza da matéria, como se vem expondo nesta dissertação, pertence ao processo civil constitucional e não ao

---

<sup>595</sup> Não é, contudo, o pensamento de Leonardo GRECO (**op. cit**): “As pedras fundamentais em que se assenta toda a organização política do Estado Democrático de Direito são a dignidade humana e o respeito aos direitos individuais e sociais dos cidadãos, conforme destacado no preâmbulo e no artigo 1º da nossa Carta Magna. Não é o Estado que cria e define o alcance dos direitos fundamentais. São os direitos fundamentais que justificam a partilha de poderes e a organização estatal e condicionam as ações do Estado. Conforme acentua BACHOF, os direitos fundamentais deixaram de ser vazios ou outorgados por concessão do Estado, tornando-se direitos diretamente aplicáveis. Antes os direitos fundamentais só valiam no âmbito da Lei; hoje as leis só valem no âmbito dos direitos fundamentais. Nesta concepção antropocêntrica do Estado de Direito, o vigor do controle judicial de constitucionalidade decorre da enérgica pretensão de validade das normas materiais da Constituição, uma pauta de valores que não foi criada pela Constituição, nem se esgota na Constituição (artigo 5º, § 2º), mas que a Lei Maior foi haurir nos valores determinantes da cultura ocidental e numa idéia de homem que descansa nesses valores. Por isso, hoje em dia não cabe mais distinguir sistemas de controle de constitucionalidade em que prevalece a eficácia *ex nunc* ou *ex tunc*, os primeiros vinculados às idéias de KELSEN de proteção da Constituição simplesmente através de incisões profiláticas no ordenamento jurídico para simplesmente eliminar o que exorbite dos limites estabelecidos pela Constituição, e os segundos ao direito de resistência e à jurisprudência constitucional norte-americana. A regra que predomina no mundo ocidental, mesmo naqueles que instituíram o controle de constitucionalidade a partir do modelo kelseniano, é a da eficácia retroativa ou *ex tunc*. E essa regra é consequência do primado dos direitos fundamentais. O controle da constitucionalidade das leis serve aos direitos fundamentais. A organização dos poderes, o federalismo, o sistema partidário e eleitoral, a Constituição Econômica, o sistema tributário, todos servem à realização dos valores humanitários almejados pela Constituição. Por isso, das decisões sobre a constitucionalidade das leis não podem decorrer violações a direitos fundamentais, pois isso representaria o desvirtuamento da função primordial do próprio controle. A própria Corte Constitucional, para evitar vazios legislativos ou incertezas, pode modular os efeitos das suas decisões, como permite entre nós o artigo 27 da Lei 9.868/99. Mas se ela não o fizer, os próprios juízos ordinários devem fazê-lo, pois também eles são guardiães dos direitos fundamentais.”



processo civil ordinário<sup>596</sup>, do que decorre sejam outras as interpretações de suas respectivas regras e, mais notadamente, seja um processo considerado objetivo. Aqui, um particular: mesmo sendo de natureza subjetiva a relação jurídica-processual em que se verifique a declaração incidental de constitucionalidade (leia-se: recurso extraordinário), no particular do controle de constitucionalidade, especialmente a questão da modulação dos efeitos, as regras passam a ser *mutatis mutandis* as do processo objetivo, com seus devidos temperamentos, como – em várias oportunidades – se tem expressado o Ministro GILMAR MENDES.

---

<sup>596</sup> Perante as regras do processo civil comum (ou ordinário, ou simplesmente as regras tradicionais do processo civil) a modulação de efeitos significaria violação a princípios constitucionais e ilegalidades da mais significativa monta. Por exemplo: negativa de prestação da tutela jurisdicional e violação ao princípio do dispositivo.

**6.2.13 Pet 2.859/MC<sup>597</sup> segunda, Relator Ministro GILMAR MENDES, julgamento em 3-2-05, DJ de 20-5-05 – Modulação de efeitos. Recurso extraordinário. Controle de constitucionalidade incidental. Eficácia da decisão. Cautelar. Efeito suspensivo.**

Interessantíssima questão foi examinada pelo Supremo Tribunal Federal em medida cautelar inominada, que objetivava conferindo efeito suspensivo a recurso extraordinário, a modulação de efeitos de julgamento incidental de inconstitucionalidade, com a respectiva declaração, por Tribunal de segundo grau, de lei municipal.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no âmbito de sua competência originária, julgou procedente ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal, contra qual decisão o Município de São Paulo recorreu ao Supremo Tribunal Federal, por meio de recurso extraordinário e pretendeu (i) o julgamento dele antes do especial, também interposto, por lhe ser prejudicial; (ii) a comunicação de efeito suspensivo, a este recurso; e (iii) a aplicação do art. 27 da Lei n. 9.868/99, para que a incidência dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade se verificasse apenas após o trânsito em julgado da ação<sup>598</sup>, uma vez que:

---

<sup>597</sup> “Ação cautelar inominada. Recurso extraordinário. Efeito suspensivo. Decisão monocrática concessiva. Referendum do Plenário. Operação Urbana Centro. Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, em ADI estadual, declarou a inconstitucionalidade de lei do Município de São Paulo. Eficácia dos efeitos dessa declaração para momento futuro — pro futuro. Art. 27 da Lei n. 9.868, de 10-11-99. Existência de plausibilidade jurídica do pedido de declaração de inconstitucionalidade com eficácia ex nunc e ocorrência do periculum in mora.” (Pet 2.859-MC-segunda, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 3-2-05, DJ de 20-5-05).

<sup>598</sup> Que, no seu mérito, voltava-se ao exame da constitucionalidade do § 1º do art. 6º e 7º, todos da Lei 12.349, de 9 de junho de 1997, do Município de São Paulo, que instituiu a ‘Operação Urbana Centro’ por entender que não pode o Poder Legislativo Municipal delegar ‘competência ao Poder Executivo para, aleatoriamente, estabelecer normas de zoneamento, uso e ocupação do solo, índices urbanísticos e demais limitações fora dessa área’.

“(…) a declaração de inconstitucionalidade da referida norma prejudica a implantação da Operação Urbana Centro, criada devido à ‘necessidade de revitalização e recuperação da área central da cidade, objetivando torná-la atraente para investimentos imobiliários, turísticos e culturais, revertendo seu processo de deterioração’”.

Depois de reafirmar fundamentos já verificados em outros votos – onde, além de fazer minucioso estudo acerca do controle de constitucionalidade em direito comparado e da teoria da modulação de efeitos, para concluir que, em tese, estende-se ela também ao controle incidental –, o Relator, Ministro GILMAR MENDES, concedia a liminar, submetendo-a ao referendo do Plenário. A liminar foi concedida nestes termos:

“(…) não parece haver dúvida de que o deferimento do efeito suspensivo justifica-se plenamente. A aplicação da decisão impugnada poderá criar quadro de grave insegurança jurídica. É certo, ademais, que mantida a declaração de inconstitucionalidade, afigura-se plausível pedido manifestado no sentido de sua prolação com eficácia ‘ex nunc’. Concedo, portanto, o efeito suspensivo ao recurso extraordinário, *ad referendum*<sup>599</sup> do Pleno, até o final julgamento da questão.”

No julgamento do referendo da liminar então concedida pelo Relator, Ministro GILMAR MENDES, o primeiro voto foi o do Ministro MARCO AURÉLIO, que trouxe interessante visão a respeito da modulação em controle incidental e em sede de medida liminar em recurso extraordinário, via cautelar:

“(…) em se cuidando de processo objetivo, imagino a liminar como uma defesa da Carta quanto à agressividade da Lei, e, mesmo considerando o poder de cautela inerente ao ofício judicante, à jurisdição, não vejo como se inverter essa ordem de coisas e chegar ao empréstimo de uma eficácia suspensiva que, em última análise, implica concessão de liminar na contramão, ou seja, para preservar-se uma lei municipal já declarada, pela Corte estadual, conflitante com o Diploma Maior do Estado e que, ao que tudo indica, repete texto da Carta da República.

Tendo em conta essa óptica, peço vênias ao ilustre relator para não emprestar o terceiro efeito ao recurso extraordinário interposto, em vista, repito, da peculiaridade de estarmos diante de um processo objetivo, já que o primeiro efeito é de evitar coisa julgada, o segundo, devolutivo e o terceiro, o de

---

<sup>599</sup> No julgamento do referendo, o Ministro Gilmar MENDES assim votou: “pelos próprios fundamentos da liminar de que a aplicação da decisão impugnada poderia criar quadro de grave insegurança jurídica, e de que se afigura plausível o pedido de declaração de inconstitucionalidade com eficácia ‘ex nunc’, meu voto é no sentido de que ela seja referendada.”

suspender a eficácia do acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Digo mesmo que há valores em jogo, riscos, e o maior diz respeito à violação das posturas urbanísticas do Estado, no que, uma vez emprestado esse efeito, as obras poderão prosseguir e virem a ser consumadas.”

Os demais votos, com uma pequena variação trazida pelo Ministro CARLOS VELLOSO<sup>600</sup>, limitaram a discutir a possibilidade da aplicação do art. 27 da Lei 9.868/99 nos dois sistemas de controle de constitucionalidade adotados pelo modelo brasileiro, ambos os quais – diga-se de passagem – repousando no Supremo Tribunal Federal.

Embora seja algo muito relacionado ao caso concreto – e não sem antes destacar a importância desse julgado para a construção da teoria jurisprudencial da modulação de efeitos pelo Supremo Tribunal Federal, evidenciando positivamente esta possibilidade em medida cautelar em recurso extraordinário (se bem que interposto contra decisão estual de declaração direta de inconstitucionalidade, o que daria margem à indagação, abaixo respondida, se tal possibilidade seria também viável em recurso extraordinário tirado de processo subjetivo) – parece-nos oportuno analisar com mais vagar os posicionamentos da votação majoritária, conduzida pelo Ministro GILMAR MENDES, com o vencido, do Ministro MARCO AURÉLIO.

Uma vez que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo julgara procedente a ação direta de inconstitucionalidade dos destacados dispositivos daquela lei municipal que versa sobre a “operação urbana centro”, deve-se levar em consideração que mencionada legislação já não passou pelo crivo judicial de constitucionalidade.

---

<sup>600</sup> Que assim votou: “(...) penso que o Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional, pode, em determinados casos, decidir a respeito do efeito que deve ser conferido à declaração de inconstitucionalidade, ex nunc ou ex tunc, ou, até, excepcionalmente, pro futurum. Esta terceira hipótese seria, na verdade, mais adequada no controle concentrado; mas não descarto a possibilidade, também no controle difuso, principalmente por parte de uma Corte como esta, que exerce controle difuso e controle concentrado”.

Assim, em seu favor não mais milita a presunção de que sejam as leis em princípio constitucionais, presunção essa que possui papel de destaque para a aplicação do art. 27 da Lei 9.868/99, pois que seja a partir dela que exsurgem os requisitos da segurança jurídica e da boa-fé para que seja permitido ao Supremo Tribunal Federal usar, no caso concreto, a exceção e modular efeitos de declaração de inconstitucionalidade.

Por outra. A segurança jurídica e a boa fé – ao lado do especial interesse social – autorizam o Supremo Tribunal Federal a modular efeitos de sua decisão, assim para evitar, como se diz em linguagem popular, que a *emenda saia pior que o soneto*.

Situações jurídicas que venham sendo consolidadas durante tempos não poderiam sofrer as conseqüências de uma posterior declaração de inconstitucionalidade. O julgador (tanto do Supremo Tribunal Federal, quanto dos Tribunais Superiores, como defendemos) deve estar sensível à *força normativa dos fatos*, à consolidação de situações suportadas em leis que se imaginava fossem consentâneas com a Constituição.

Nesses casos a exceção não só pode como deve ser usada.

Mas aqui (repita-se: neste caso concreto) parecer estar com razão o Ministro MARCO AURÉLIO, pois encerra-se em vício de premissa a posição sustentada pelo Ministro GILMAR MENDES: não havendo mais a presunção de constitucionalidade da Lei, por assim dizer, já não é mais caso de se cogitar da exceção com a aplicação da teoria da modulação dos efeitos.

Na verdade – e aí a razão do ministro MARCO AURÉLIO em dizer que o empréstimo de efeito suspensivo implica concessão de liminar na contramão – o Supremo Tribunal Federal, ao referendar a liminar e suspender a eficácia do acórdão que julgou procedente a ação direta de inconstitucionalidade, pelo Tribunal de Justiça do Estado de São

Paulo, dos mencionados dispositivos da Lei municipal que tratava da operação urbana centro, acabou, ele mesmo, perpetuando os eventos decorrentes da Lei, permitindo, *vg.*, a continuidade das obras.

Quando fosse a examinar o mérito, teria ele criado – e não os fatos de livre e espontânea vontade, num curso natural das coisas – aquela situação da *força normativa* que lhe qualifica e autoriza a modulação, para que os atos praticados com supedâneo na lei inconstitucional fossem preservados.

Ao assim proceder, percebe-se, o Supremo Tribunal Federal colaborou, senão foi determinante, para que o *estado de coisas* se revelasse justificar a modulação, conferindo-se efeitos não pretéritos, mas futuros, à eventual confirmação da inconstitucionalidade da indigitada lei municipal.

Mesmo que se coloquem em jogo e sob análise os requisitos para a concessão de liminar em medida cautelar para comunicação de efeito suspensivo a recurso extraordinário, o perigo da demora e a fumaça do bom direito – sobre os quais parecem não terem sido expressas, nem a decisão concessiva da liminar, nem o referendo – ainda assim e frente a uma declaração de inconstitucionalidade já acolhida e proclamada pelo Tribunal de Justiça local, parece que o Supremo Tribunal Federal fez mais do que podia, ao conceder o efeito suspensivo.

Melhor seria – e sabe-se que estamos a falar do caso concreto, mas isto não prejudica o exame da construção da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a teoria da modulação de efeitos – que o acórdão estadual produzisse seus efeitos e fosse o extraordinário (assim como o especial) recebido apenas no efeito legal. É que a modulação futura, no julgamento do extraordinário, passou a ser uma quase-realidade, pois, ao permitir a

continuidade de obras e ações concernentes à operação urbana centro, o Supremo Tribunal Federal criou uma realidade que deverá respeitar na hipótese de vir a confirmar a desconformidade da Lei com a Constituição.

Mais adequado seria que o acórdão estadual produzisse seus efeitos pois – e aí vai apelo ao princípio da proporcionalidade e à própria finalidade social do art. 27 da Lei 9.868/99 – é mais fácil não fazer e depois fazer o que não se pode fazer do que fazer e mandar desfazer o que não poderia ter sido feito. A rigor, nem questão de ser “mais fácil” é: a situação é mesmo de viabilidade jurídica, mote da modulação dos efeitos.

### **6.3 O STJ e a modulação originária de efeitos em suas decisões.**

O Superior Tribunal de Justiça, ocupando-se do exame da questão do crédito-prêmio do IPI – no contexto da modificação jurisprudencial da Corte –, teve oportunidade de analisar a questão da modulação no âmbito do recurso especial.

No recentíssimo julgamento (DJ de 22.10.2007, p. 187) dos Embargos de Divergência n. 738689<sup>601</sup>, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça negou-lhes provimento e entendeu, a respeito da modulação dos efeitos, que:

“(…) salvo nas hipóteses excepcionais previstas no art. 27 da Lei 9.868/99, é incabível ao Judiciário, sob pena de usurpação da atividade legislativa, promover ‘modulação temporal’ da suas decisões, para o efeito de dar eficácia prospectiva a preceitos normativos reconhecidamente revogados.”

A discussão a respeito do mérito – versando sobre o crédito-prêmio do IPI – chegou a abordar a repentina e abrupta guinada de posicionamento jurisprudencial sobre o

---

<sup>601</sup> Na mesma sessão de julgamento, foram também analisados os seguintes embargos de divergência: EREsp 771184/PR (DJ de 22/10/2007, p. 188); EREsp 767527/PR (DJ de 22/10/07, p. 188) e EREsp 765134/SC (DJ de 22/10/07, p. 187)

tema, motivo este pelo qual, em nome da segurança jurídica<sup>602</sup> e alicerçado na defesa da boa-fé, as decisões novas deveriam ser moduladas, isto é, situações e relações jurídicas direcionadas por aquele entendimento revisado, mas durante muito tempo válido, deveriam ser respeitadas e não alcançadas por seus efeitos.

Isto fez o Ministro HERMAN BENJAMIN apresentar proposta<sup>603</sup> de modulação dos efeitos da decisão a ser proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, modulação esta que valesse para todos os diversos casos sobre a matéria ali examinados. Isto porque, segundo o Ministro, a jurisprudência predominante no STJ até agosto de 2004 era favorável aos contribuintes<sup>604</sup>, conferindo “uma certa sombra de juridicidade”, assim

---

<sup>602</sup> Que mereceu a atenção do Ministro Humberto MARTINS, que provia os embargos: “pedi vistas dos autos para analisar esta importante questão. É que está em discussão, a bem da verdade, não apenas a subsistência de um crédito aos exportadores, mas o próprio princípio da segurança jurídica, máxima basilar do Estado Democrático de Direito. (...) A jurisprudência tem o condão de influenciar a conduta dos jurisdicionados e, a bem da verdade, tudo isso vai desaguar na análise de um conteúdo ético da democracia e do *due process of laws*, que traz, como muito bem pontua o mestre Cândido DINAMARCO e que se fala em uma irretroatividade de uma possível mudança jurisprudencial, ‘um sistema de limitações ao exercício e imposição de poder pelos agentes estatais, em nome de um valor mais elevado, que é a liberdade das pessoas associada ao dever ético de respeitá-lo, superiormente imposto pela Constituição (**Crédito-Prêmio de IPI – Estudos e Pareceres III**, São Paulo, Manole, p. 101).

<sup>603</sup> Proposta esta não aceita, todavia, pelo Superior Tribunal de Justiça, neste julgamento da Primeira Seção. Contudo, é necessário registrar que o Ministro João Otávio de NORONHA aderiu ao posicionamento do Ministro Herman BENJAMIN, dizendo – em tom até reflexivo: “(...) Por mais de vinte anos, como advogado do Banco do Brasil, executei contratos de abertura de crédito. Pois, até então, a jurisprudência assegurava – o que aliás vinha desde 1850, com o Código Comercial e os Regulamentos ns. 737 e 767 – , todos sempre asseguraram a executividade dos contratos de abertura em crédito. Portanto, por mais de um lustro, a Justiça brasileira reconheceu a executividade dos contratos de abertura de crédito. Todavia, um belo dia, a Seção de Direito Privado deste Superior Tribunal de Justiça disse que não era mais título executivo. Indago: por acaso, legislou este Tribunal ao decidir de forma diversa do Supremo Tribunal Federal em relação ao entendimento até então pacificado de que o compromisso de compra e venda não registrado, na forma do art. 530, I, do vetusto Código Civil de 1916, não autorizava o ajuizamento de embargos de terceiro? Como ficamos em situações como essas, em que milhares de execuções, no caso dos contratos de abertura de crédito, porpostas pelo Brasil afora, em que um jurisdicionado, não importa que seja banco, que pague os seus impostos, que tenha todos os direitos de se valer de sua jurisdição, acreditando na segurança jurídica, acreditando, com fé, nas decisões judiciais cristalizadas, sedimentadas, até por mais de um século, inicia processo de execução e, de repente, a Justiça diz que ele não tem mais títulos executivos, que suas execuções serão extintas, que terá que pagar não só as custas do processo, mas também, é evidente, honorários advocatícios à parte ex adversa e, quando não, estará, ainda, sujeito ao princípio da execução injusta, que impõe o dever de indenizar do executado? Por isso, penso que precisamos enxergar as realidades constatadas no direito brasileiro. O efeito prospectivo e a modulação têm o condão, exatamente, de permitir a uma Corte Superior transcender o interesse individual e fazer prevalecer a própria credibilidade do Poder Judiciário.”

<sup>604</sup> A modulação de efeitos das decisões judiciais no âmbito tributário merece atenção do Ministro Joaquim BARBOSA, Relator do AI 472.768 – AgR/RG, da Segunda Turma, do Supremo Tribunal Federal (DJ de 16.02.07): “(...) a modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade pressupõe a inequívoca excepcionalidade do quadro em que se insere a prestação jurisdicional. Tal excepcionalidade se caracteriza pelo risco extremo à segurança jurídica ou ao interesse social. Pondero que, em matéria tributária, a



considerada “a extensão horizontal e geográfica do manto de juridicidade, para além das fronteiras do espaço desenhado pela lei de origem.” Por isto, e com suporte no art. 27 da Lei 9.868/99, propôs ao Tribunal que “resguardasse eventual aproveitamento do crédito-prêmio pelo titular originário, desde que realizado até 09/08/04.”

O Ministro HERMAN BENJAMIN, como se percebe, entendeu possível a aplicação do art. 27 da Lei 9.868/99 inclusive em julgamento de matéria federal infraconstitucional, pelo Superior Tribunal de Justiça, em embargos de divergência. Ou seja: foi além da possibilidade da modulação no controle de constitucionalidade, tanto no difuso, quanto no incidental; foi além, inclusive, de sua aplicação em recurso extraordinário que não chegasse à declaração de inconstitucionalidade propriamente dita e chegou a sustentá-la no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

O Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, contudo e votando logo a seguir, rejeitou<sup>605</sup> a proposta de modulação entendendo que ela, em que pese louvável, não

---

aplicação de efeitos prospectivos à declaração de inconstitucionalidade demanda um grau ainda mais elevado de parcimônia, porquanto é um truísmo afirmar que os valores arrecadados com a tributação se destinam ao emprego em finalidades públicas. Portanto, não basta ao sujeito ativo apontar a destinação de índole pública do produto arrecadado para justificar a modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, sob o risco de se inviabilizar qualquer pretensão de restituição de indébito tributário, em evidente prejuízo da guarda da constitucionalidade e da legalidade das normas que instituem as exações. Evidentemente, a possibilidade que o sistema jurídico confere ao Supremo Tribunal Federal para modular no tempo os efeitos da declaração de inconstitucionalidade e a destinação do produto de arrecadação ao exercício de atividades estatais não podem redundar na imunização do Estado ao dever de zelar pela validade das normas jurídicas que cria, favorecendo assim a especulação legal.”

<sup>605</sup> Ainda no curso do julgamento dos embargos de divergência 738.689/PR, parece-nos adequado registrar o posicionamento do Ministro Luiz Fux, que também rejeitava a proposta de modulação do Ministro Herman BENJAMIN. Ela – segundo o Ministro Luiz FUX – tem natureza de *lege ferenda* (o que só por aí seria suficiente para compreender que ele a rejeitava). São suas as palavras: “(...) em primeiro lugar, gostaria de louvar a tese do Sr. Ministro Herman BENJAMIN que, de *lege ferenda*, é uma tese *jus filsofíca*, mas que vai implicar uma reformulação de todo o sistema processual. (...) entendo que, quanto a essa modulação, em vez de conspirar a favor da segurança jurídica, essa tese conspirava em favor da insegurança jurídica. Em uma linguagem mais coloquial, ‘se a moda pega’, em alguns casos vamos modular, em outros não. É absolutamente inevitável o atingimento dos princípios constitucionais da igualdade das pessoas, da isonomia, e a repercussão desse fenômeno da prescrição e na decadência. E quem se comportou *secundum legis*? Todas as pessoas ingressaram com pedido de repetição de crédito-prêmio? A estatística comprova que foi um grupo minoritário que assim o fez. Os que não fizeram serão prejudicados?” Em nosso entendimento, a isonomia e a igualdade devem ser lidas e entendidas na forma barbosiana: quem ajuizou ação é diferente – e não igual – a quem não ajuizou.

encontrava suporte jurídico, antes pelo contrário, incorria em diversas ilegalidades. Lê-se no seu voto:

“Com o devido respeito ao talento e às boas intenções da proposta apresentada pelo Ministro Herman Benjamin, há inúmeros empecilhos à sua adoção, a começar pelos de natureza processual. O processo está em fase de embargos de divergência<sup>606-607</sup>, recurso duplamente extraordinário, que, mais acentuadamente do que o próprio recurso especial, supõe que as teses jurídicas em debate tenham sido minimamente prequestionadas, o que não ocorreu relativamente à ‘modulação’ proposta. Ademais, em juízo sobre caso concreto, não se comportam decisões de efeitos generalizantes, com eficácia expansiva para além dos limites objetivos e subjetivos da causa, como seriam os sugeridos na proposta apresentada. Mais ainda: é altamente questionável a verdade afirmada como principal premissa da proposta, sobre a ‘pacificação’ da matéria perante o Tribunais.

(...)

Não há como negar, por outro lado, que a proposta tem alcance muito maior que o da modulação autorizada por lei ao STF, quando declara a inconstitucionalidade de um preceito normativo. O que aqui se propõe é, nada mais nada menos, do que a prorrogação de vigência de preceitos normativos reconhecidamente revogados. O papel de legislador positivo que tal iniciativa jurisdicional representaria não pode escapar à mais elementar análise. Ademais, a modulação dos efeitos das decisões do STF, quando autorizadas, é apenas à que diz respeito a normas declaradas inconstitucionais e limita-se aos efeitos de natureza exclusivamente temporal. Aqui, ao contrário, pretende-se modular os efeitos de decisões judiciais, e não apenas em seus aspectos temporais (= eficácia prospectiva às normas revogadas), mas também em seus aspectos subjetivos (= para beneficiar alguns contribuintes, não a todos) e em

---

<sup>606</sup> O Ministro Castro MEIRA agasalhou este argumento em seu voto: “(...) entendo que o Sr. Ministro Teori Albino Zavaski colocou muito bem a matéria. Todos nós recebemos expediente da Fazenda Nacional com voto do Sr. Ministro Marco Aurélio, proferido em Questão de Ordem no Recurso Extraordinário 353.657-5/PR, em que a recorrente é a União e a recorrida Madeira Santo Antônio Ltda. Naquela oportunidade, a Suprema Corte decidiu que a aplicação da modulação de efeitos prospectivos a julgamento é situação excepcional, só cabível no caso de declaração de inconstitucionalidade. No caso presente, temos que aduzir que estamos no âmbito de embargos de divergência, em que toda a discussão está centrada apenas na perspectiva da uniformização da jurisprudência da Corte para, sobretudo, facilitar os julgamentos e tornar mais rápida a prestação jurisdicional.”

<sup>607</sup> Na mesma linha os posicionamentos da Ministra Eliana CALMON e do Ministro Luiz FUX, este mencionando aquele, de modo que serve sua transcrição: “(...) esse argumento utilizado pela Sra. Ministra Eliana Calmon é perfeitamente adequado. Teríamos que ter um recurso especial que dissesse sim à modulação e outro que dissesse não, para que houvesse o confronto analítico sobre se haveria ou não a modulação. Os embargos de divergência dissipariam essa divergência. Se fosse um recurso especial com competência afetada, poderíamos falar em prequestionamento. Não se trata de prequestionamento, mas de confronto analítico específico entre um acórdão que adota a modulação e outro que não a adota. Como estamos em sede de embargos de divergência, esse argumento da Sra. Ministra Eliana Calmon é absolutamente irrefutável: não há confronto analítico.” Com mais propriedade no curso do texto – e não nesta nota de rodapé – enfrentaremos o assunto, por ora sendo adequado dizer que ele resolver-se-á em função da distinção entre juízo de admissibilidade e juízo de mérito: o “confronto analítico” serve para dizer se o recurso é cabível; a modulação pressupõe seu cabimento, e emerge do exame de mérito. Parece falacioso dizer que só caberiam embargos se um recurso especial tivesse modulado, e outro não, os efeitos de seus julgamentos. Melhor explicaremos, inclusive, à luz da contradição que percebemos nos argumentos do Ministro Teori Albino ZAVASCKI, já que exige-se reserva de plenário para a modulação – de sorte que, assim, não seria julgamento susceptível de embargos de divergência. Numa expressão: a modulação não poderia ser feita na turma, em julgamento de recurso especial.

seus aspectos materiais (= para abranger apenas alguns atos e negócios, e não a todos). Mais marcadamente ainda se manifesta aqui o caráter evidentemente normativo (= legislador) da proposta de modulação. Ainda que se pudesse superar também esses relevantes empecilhos, parece intuitivo e inevitável que tão ousada proposta de modulação não poderia dispensar os requisitos estabelecidos pela lei à mais alta Corte do País. Para poder modular suas decisões, em limites até menos extensos, o legislador submete o STF à reserva de plenário e à votação favorável por *quorum* especialíssimo de 2/3 dos seus membros.

(...)

Inobstante, peço licença para enfatizar o que já afirmei em outras oportunidades<sup>608</sup> (...) no curso do julgamento dessa matéria: a nós, juízes, cabe exercer o papel que nos cabe, de juízes, julgando a causa segundo a Constituição e o direito vigente. É nosso dever zelar por essa competência constitucional de julgar, repelindo indevidas tentativas de interferências externas em nosso ofício. Todavia, com a mesma veemência com que defendemos essas prerrogativas de juízes, devemos igualmente resistir à tentação de assumir o papel dos demais Poderes, os quais, no exercício da competência que lhes é atribuída pela Constituição, certamente saberão definir e promover todas as medidas administrativas ou legislativas necessárias para preservar os interesses maiores da Nação, inclusive no que se refere ao tratamento fiscal do setor exportador”<sup>609</sup>.

Os argumentos do Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI precisam ser analisados um a um, para que possa emergir – de forma justificada e respeitosa – nossa posição, que a dele não se perfilha.

Em síntese, o Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI rejeitava a proposta de modulação apresentada pelo Ministro HERMAN BENJAMIN pelos seguintes motivos: (i) a fase do processo (embargos de divergência); (ii) ‘em juízo sobre caso concreto, não se comportam decisões com efeitos generalizantes’; (iii) o tema do crédito-prêmio do IPI não era pacífico (ausência de guinada jurisprudencial); (iv) alcance maior que a própria previsão legislativa (art. 27 da Lei n. 9868/99); (v) reserva de Plenário; e (vi) a própria função social judicante.

---

<sup>608</sup> E aqui, explico, o Ministro Teori Albino ZAVASCKI tangencia o argumento do Ministro José DELGADO. Em questão de ordem surgida no julgamento dos embargos de divergência, o Ministro José DELGADO registrou que “(...) o Poder Judiciário não pode estar sendo enganado. Somos uma Corte Superior e não podemos ser enganados, não podemos nos envolver com interesses extraprocessuais, nem das empresas nem da Fazenda. A nossa missão é interpretar e aplicar o Direito. Os juízes não devem se envolver com interesses extraprocessuais (...)”.

<sup>609</sup> Assim, o Ministro Teori Albino ZAVASCKI negava provimento aos embargos e rejeitava a proposta da modulação dos efeitos da decisão.

Vejam, embora não pela ordem em que listados.

**(i) a fase do processo (embargos de divergência)**

A circunstância de a proposta de modulação de efeitos ter surgido no âmbito e julgamento de embargos de divergência – portanto, para além mesmo do recurso especial – não a vicia, em absoluto. Embora o Ministro TEORI ALBINO bem demonstre que os embargos de divergência têm cabimento específico e que, em última análise, quando prolongam um julgamento do recurso especial, têm como propósito a unificação do entendimento a respeito do direito federal de natureza infraconstitucional no seio do Superior Tribunal de Justiça, não nos parece que o óbice por ele levantado possa ser procedente. Diz o Ministro que a modulação não poderia ser apreciada porque sobre ela não teria se verificado o prequestionamento. Assim, de forma linear, conquanto não tenha havido prequestionamento sobre a modulação (leia-se: decisão sobre a mesma, pois prequestionamento já se disse nesta dissertação não é alegação ou propositura das partes, mas ato de julgamento), os embargos de divergência não poderiam dela versar. O fundamento parece-nos equivocado e contraditório com o próprio entendimento do Ministro TEORI ALBINO. Equivocado – assim nos parece – porque desconsidera a distinção entre juízo de admissibilidade e juízo de mérito dos recursos, em especial, dos embargos de divergência. Vale dizer: conquanto demonstrada a divergência entre o posicionamento de uma turma com o de outra turma, seção ou do órgão especial, na forma do inciso I do art. 546 do Código de Processo Civil, os embargos seriam cabíveis. Esta divergência de posicionamentos, que se busca padronizar via embargos, será a referente ao mérito da lide – no caso, posicionamentos a respeito do crédito-prêmio de IPI. Uma vez demonstrada a divergência entre os posicionamentos sobre o mérito – como de resto evidenciou-se na hipótese – os embargos estavam aptos ao processamento, vale dizer, passavam por juízo positivo de admissibilidade e cabimento. Numa palavra: deviam ser

conhecidos. O mérito poderia ser procedente ou improcedente. E no mérito – sem necessidade de demonstração de divergência (até porque, como se dirá a seguir, seria impossível haver divergência entre turmas ou entre turma e seção ou órgão especial no quesito da modulação) – o Superior Tribunal de Justiça aplicaria o direito à espécie, como lhe parecesse correto. Ou seja: cabíveis os embargos, joga-se a causa em função do melhor direito aplicável, podendo, sem qualquer problema, ser analisada a questão da modulação dos efeitos. Como poderia, por hipótese, ser reconhecida alguma matéria de ordem pública, mesmo que de ofício, pelo Tribunal. Vale dizer: tanto como poderia modular efeitos da sua decisão, poderia o Superior Tribunal de Justiça – uma vez ultrapassado o juízo positivo de cabimento dos embargos de divergência – quando fosse aplicar o direito à espécie, extinguir o processo na forma do artigo 267, VI do Código de Processo Civil. O que se pretende dizer é que o fato de não haver presquestionamento sobre modulação não impediria que o Superior Tribunal de Justiça tivesse analisado, nestes embargos de divergência, que então se revelavam cabíveis, a proposta do Ministro HERMAN BENJAMIN

Disto resulta a mencionada contradição. Um dos outros argumentos do Ministro TEORI ALBINO para a rejeição da proposta de modulação feita pelo Ministro HERMAN BENJAMIN foi o da reserva de plenário. Assim, da mesma forma que rejeitava a proposta para dizer que – se fosse o caso – a modulação não poderia ser analisada senão segundo o princípio da reserva de plenário (ou seja: não poderia ser dada no âmbito da Primeira Seção, em julgamento de embargos de divergência), deveria admitir que não era caso de ser exigido prequestionamento sobre modulação. Ora, se prequestionamento é, como afirmamos no curso deste trabalho, ato de julgamento, não de postulação, percebe-se que a turma, órgão ainda menor que a seção, não poderia, no curso do julgamento do recurso especial – que ensejou a oposição dos embargos de divergência – ter examinado a questão da modulação. Sendo ainda mais claro: parece ser contraditório o posicionamento do Ministro

TEORI ALBINO no ponto em que, por um lado, diz que os embargos não poderiam analisar matéria não prequestionada e, por outro, que a modulação deveria respeitar o princípio da reserva de plenário – como conciliar então a necessidade do julgamento se, no âmbito do especial, não se poderia, em função da reserva de plenário, tê-la apreciado? Talvez seja uma questão de mero encaminhamento de raciocínio, que melhor pode ser colcoado.

**(ii) reserva de plenário**

A premissa da reserva de plenário é correta: se ao Supremo Tribunal Federal é *de lege lata* exigida a maioria de 2/3 para acolhimento da modulação de efeitos (que é, diga-se de passagem, medida excepcional) tudo indica que, num futuro, o Superior Tribunal de Justiça passe a encaminhar incidentalmente ao órgão competente (Plenário, no caso) recursos especiais ou mesmo embargos de divergência (ou, a bem da verdade, qualquer causa) onde o órgão competente para julgamento vislumbre a possibilidade, viabilidade e necessidade da modulação de efeitos. Logo, o fato de ser necessário o atendimento ao princípio da reserva de plenário, no caso do Supremo Tribunal Federal, modular os efeitos de sua decisão não exclui peremptoriamente a possibilidade de o Superior Tribunal de Justiça utilizar-se do instituto da modulação. Assim – e já estamos analisado em seu mérito este outro fundamento do Ministro TEORI ALBINO para ter rejeitado, no caso concreto, a proposta do Ministro HERMAN BENJAMIN – a reserva de plenário poderia deslocar a apreciação da modulação, mas não seria legítimo rejeitar a proposta em função dela. É porque se for observada a reserva de plenário o argumento cai por terra. Portanto, é relativo – e não absoluto para o não cabimento da modulação no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

**(iii) ‘em juízo sobre caso concreto, não se comportam decisões com efeitos generalizantes’**

Pensando o processo civil em sua formatação ortodoxa e linear, de fato em juízo sobre caso concreto não se comportam decisões com efeitos generalizantes. Todavia, é preciso considerar – e já tratamos do tema nesta dissertação – as Cortes Superiores e o Supremo Tribunal Federal não podem ser considerados terceira, quarta ou quinta instância. Já tivemos oportunidade de registrar, ao longo deste trabalho, que as regras clássicas e heterodoxas do processo civil “ordinário” não podem ser aplicadas de forma generalista no âmbito “extraordinário” de jurisdição.

Em breve (espera-se) a repercussão geral como requisito de admissibilidade de recurso extraordinário chegará também ao Superior Tribunal de Justiça. A não ser pelo fato de que o Supremo Tribunal Federal, enquanto guardião da Constituição Federal, diga a derradeira palavra sobre constitucionalidade, não há muita diferença, senão também pela matéria, entre ele e o Superior Tribunal de Justiça.

No contexto desta análise (a da necessidade de compreensão das regras processuais na esteira do papel da instância extraordinária, na qual se incluem também os Tribunais Superiores) é possível afirmar que o Superior Tribunal de Justiça está muito mais para o Supremo Tribunal Federal que para os Tribunais de Justiça e Regionais Federais.

Por isto, é bom já começar a pensar num novo perfil para o Superior Tribunal de Justiça; hoje, exatamente pelos posicionamentos dominantes, que rejeitam propostas tão adequadas como a do Ministro HERMAN BENJAMIN, o próprio Tribunal se considera, se vê e se enxerga como uma terceira instância, limitando-se ao prequestionamento e aos verbetes de sua súmula para dizer que não seja. A repercussão geral ajudará no processo de compreensão do papel verdadeiro do Superior Tribunal de Justiça – do que resultará, acredita-se, na aceitação também da modulação dos efeitos dos seus julgamentos.

**(iv) o tema do crédito-prêmio do IPI não era pacífico (ausência de guinada jurisprudencial)**

Este argumento não objeta – senão no caso concreto – o cabimento da modulação no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Ao contrário, o ratifica, pois, se a premissa do Ministro HERMAN BENJAMIN fosse correta no sentido de que teria havido guinada de jurisprudência no assunto do crédito-prêmio de IPI, em tese, seria cabível a modulação. Logo, por sua aplicação apenas circunstancial, mais não precisa ser dito sobre esta objeção do Ministro TEORI ALBINO. Não é caso, para os fins deste trabalho, de examinar se houve ou se não houve ruptura jurisprudencial, que, então pudesse legitimar a modulação em virtude da segurança jurídica e da boa-fé.

**(v) alcance maior que a própria previsão legislativa (art. 27 da Lei n. 9.868/99)**

O argumento em seu todo é o seguinte:

“(...) ademais, a modulação dos efeitos das decisões do STF, quando autorizadas, é apenas à que diz respeito a normas declaradas inconstitucionais e limita-se aos efeitos de natureza exclusivamente temporal. Aqui, ao contrário, pretende-se modular os efeitos de decisões judiciais, e não apenas em seus aspectos temporais (= eficácia prospectiva às normas revogadas), mas também em seus aspectos subjetivos (= para beneficiar alguns contribuintes, não a todos) e em seus aspectos materiais (= para abranger apenas alguns atos e negócios, e não a todos).”

O art. 27 Lei 9868/99 permite a modulação para “(...) restringir os efeitos (...) ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”

A primeira conjunção alternativa constante de sua redação faz existir tanto a possibilidade da redução dos efeitos quanto a possibilidade da limitação da eficácia. Vale dizer: na primeira perspectiva, pode-se muito bem modular uma decisão para, restringindo



seus efeitos, dizer quem ela alcança e quem ela não alcança; restando para a outra possibilidade, então, a modulação da eficácia, que é o aspecto temporal propriamente dito.

#### **(vi) a própria função social judicante**

Esta impermeabilidade e inflexibilidade judicial defendidas tanto pelo Ministro TEORI ALBINO, quanto pelo Ministro JOSÉ DELGADO, neste particular da modulação, não conta com a nossa simpatia.

O juiz que se nega a compreender os efeitos da sua decisão, o juiz que fecha a porta à realidade, o juiz que – numa última expressão – recusa a vida para além da sua decisão, na esteira do que vêm proclamando com enorme propriedade os votos dos Ministros EROS GRAU e CARLOS BRITO, está perdendo a oportunidade que a história lhe concede e deixando de cumprir obrigação que a sociedade lhe impõe.

Embora não se pregue evidentemente a ruptura do sistema, muito menos invenções judiciais, o fato é que o juiz brasileiro do século XXI deve estar atento aos reflexos e as consequências de sua decisão. Sobretudo os juízes que judicam na instância superior. A Justiça é cega, mas o juiz deve ser visionário<sup>610</sup>.

A função social judicante pôde ser melhor analisada no curso do trabalho, notadamente quando dos comentários às decisões do Supremo Tribunal Federal e, dentre elas, em especial por meio dos votos dos já mencionados Minsitros EROS GRAU e CARLOS BRITO.

---

<sup>610</sup> Atente-se para que se compreenda o termo de forma não pejorativa.

## **7. AINDA SOBRE A MODULAÇÃO: A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO ART. 27 DA LEI FEDERAL N.º 9.868/99, EM FUNÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA**

Uma vez defendida a posição segundo a qual o Supremo Tribunal Federal possa, no julgamento de recurso extraordinário – em que se decida ou mesmo no qual não se decida sobre a constitucionalidade de lei ou ato normativo, declarando-a – aplicar a regra do art. 27 da Lei 9.868/99, pode-se passar a um novo exame: o da possibilidade de o Supremo e de os Tribunais Superiores modularem os efeitos de suas respectivas decisões, dentro de sua competência recursal (extraordinário, especial, revista) nos casos de modificação jurisprudencial.

O tema foi objeto de obra coletiva editada pela Editora Manole, contando com a análise de TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR, ROQUE ANTONIO CARRAZZA e NELSON NERY JUNIOR. Embora este estudo coletivo (coletivo no conjunto da obra, mas individual e independente em função de cada artigo escrito) tenha analisado a possibilidade de o Superior Tribunal de Justiça modular efeitos de decisão proferida em recurso especial que viesse a modificar posicionamento consolidado do tribunal, os argumentos e os fundamentos constantes de cada artigo evidenciaram primeiro ser possível a modulação de efeitos no âmbito do Supremo e dos Tribunais Superiores e, depois, ser possível nos casos de ruptura jurisprudencial, com guinada de posicionamento até então consolidado.

Segundo ROQUE ANTONIO CARRAZZA<sup>611</sup>:

---

<sup>611</sup> Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais, in: **Efeitos ex nunc e as decisões do STJ**, São Paulo, Manole, 2007, p. 65.

“Tudo está em se saber, porém, se esta competência derivou diretamente do dispositivo ora em foco.

Temos para nós que não.

Com efeito, a possibilidade de aplicação prospectiva da Lei ou do ato normativo declarado inconstitucional decorre do *princípio da segurança jurídica*. Logo, mesmo que inexistisse o art. 27 da Lei n. 9.868/99, ainda assim o Supremo Tribunal Federal, em alguns casos, teria o poder/dever de restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou decidir a partir de que momento esta teria eficácia. Tal se dá, a nosso ver, na mudança abrupta da jurisprudência do próprio Pretório Excelso, com repercussões seja no Erário, seja no patrimônio de grande número de empresas.”

Assim, pode-se extrair do entendimento de ROQUE CARRAZZA que seja irrelevante, de um todo, a discussão sobre a constitucionalidade do art. 27 da Lei 9.868/99, uma vez que, para ele – o que nos parece de um todo razoável – a modulação de efeitos, por assim dizer, decorre menos do dispositivo inquinado de inconstitucional, e mais do princípio da segurança jurídica.

NELSON NERY JUNIOR também sustenta a desnecessidade de lei (no caso, a do art. 27 da Lei 9.868/99) para a modulação: “embora medida excepcional, que neutraliza (*rectius*: torna inaplicável) a regra da nulidade da norma inconstitucional, essa providência é decorrente do sistema de controle de constitucionalidade, de modo que não depende de prévia autorização legislativa para que seja tomada”<sup>612</sup>.

Mais adiante e com mais profundidade, NERY JUNIOR sustenta a desnecessidade de lei para a modulação, chegando já a afirmá-la possível no próprio julgamento de recurso extraordinário:

“Ao adotar esse *modelo* [nossa explicação: modulação no controle concreto de constitucionalidade], o STF alude à aplicação analógica e extensiva da autorização legal contida na LADIn 27 para os processos de controle concreto da constitucionalidade das normas. No entanto, nem precisaria haver previsão legal, tampouco aplicação analógica ou extensiva desse preceito legal, para que a solução hoje apregoada pelo STF quanto à eficácia

---

<sup>612</sup> Boa-fé objetiva e segurança jurídica – eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo Tribunal Superior, in: **Efeitos ex nunc e as decisões do STJ**, São Paulo, Manole, 2007, p. 98.

*ex nunc* das decisões de inconstitucionalidade em Recurso Extraordinário fosse admitida pelo sistema”<sup>613</sup>.

Dizemos isso porque referida solução está em consonância com o próprio sistema constitucional brasileiro.

Com efeito, o sobreprincípio da segurança jurídica pode indicar a eficácia pro futuro como solução para determinada situação concreta, no caso de o jurisdicionado haver praticado atos com fundamento na lei anteriormente considerada constitucional, porque não declarada a inconstitucionalidade durante a vigência da Lei, circunstância que fazia atuar a presunção *iuris tantum* de inconstitucionalidade de que gozam as leis em vigor no país.

Mais ainda, a segurança jurídica implica, outrossim, o respeito e a proteção à boa-fé objetiva com que se houve o jurisdicionado até então, fundamentando-se na lei presumivelmente constitucional ou na interpretação dada pelos tribunais no sentido de que essa lei valia e era eficaz.

Também decorre da segurança jurídica a irretroatividade do direito, situação mais abrangente do que a irretroatividade da Lei prevista na CF 5. XXXVI porque aqui a Constituição *dixit minus quam voluit*, pois se o direito pudesse retroagir, estaria sendo desrespeitados a segurança jurídica, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Logo, a irretroatividade do direito e das normas jurídicas em sentido *lato* não podem retroagir para prejudicar direitos.

Outro fundamento, ainda, para a fixação dos efeitos *ex nunc* no processo de controle concreto de constitucionalidade, é o da boa-fé com que devem agir os poderes públicos, aqui incluído o Poder Judiciário, poderes públicos esses que podem mudar sua conduta anterior, como, nomeadamente, o direito brasileiro tem amplamente admitido: a) STF 346 e 473; b) TFR 227; c) CTN 146; d) LPA 2 caput; e) mudança da orientação jurisprudencial dos tribunais.”

Nesta linha de pensar, uma de duas: ou se reconhece inócua a discussão sobre a constitucionalidade do art. 27 da Lei 9.868/99, por ser ele despicando para os fins a que se destina, uma vez que o princípio da segurança jurídica faria suas vezes; ou, de resto, se reconhece a improcedência da ação declaratória de inconstitucionalidade em virtude exatamente do princípio constitucional da segurança jurídica, que lhe garantiria, então, a constitucionalidade que se lhe questionam.

Indo direto ao ponto da modulação nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal proferidos no âmbito do recurso extraordinário, ROQUE CARRAZZA afirma que a segurança jurídica permite ao tribunal proceder na forma do art. 27 da Lei 9.868/99:

---

<sup>613</sup> **Ibidem**, p. 101.

“Superada a questão, é o caso de indagarmos: apenas nos casos de controle concentrado o Supremo Tribunal federal tem competência para restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou de decidir a partir de quele momento esta terá eficácia, caso estejam presentes ‘razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social’?”

Novamente entendemos que não. Sempre com apoio no princípio da *segurança jurídica*, estamos convencidos de que também no controle difuso de constitucionalidade, o STF detém a aptidão para, na salvaguarda dos princípios constitucionais, máxime o da segurança jurídica, apontar a prospectividade, evitando, assim, fulminante e por vezes formidável eficácia ‘*ex tunc*’.

Sem prejuízos dos efeitos imediatos da decisão, para as partes litigantes (efeitos *inter pars*), para o grande universo de jurisdicionados, haverá necessidade de fixação de um período de assimilação, após o que, os fundamentos da rejeição da tese até então predominante valerão *erga omnes*.

Em suma, também pode haver uma limitação temporal dos efeitos de uma pronúncia de inconstitucionalidade, no controle difuso.<sup>614</sup>

Dentro do estudo levado a efeito por ROQUE CARRAZZA, se deve dar destaque às considerações finais e a algumas das conclusões do trabalho:

“Todas as linhas de argumentação desenvolvidas levam à insofismável conclusão de que, no ordenamento jurídico brasileiro, não existem óbices, mas, pelo contrário, prevalecem relevantes princípios jurídicos, no sentido de que qualquer Tribunal Superior, ao alterar sua jurisprudência consolidada, mais do que a faculdade, tem o inafastável dever de limitar os efeitos temporais da nova orientação, preservando fatos ou situações ocorridos sob a égide da orientação anterior, bastando, para tanto, estejam presentes ‘razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social’ (art. 27, *in fine*, da Lei 9.868/1999) sopesáveis no caso.

(...)

Para que não reste comprometido o princípio da segurança jurídica, com seus corolários de proteção à confiança e à boa-fé das pessoas, a alteração jurisprudencial, após longo período de preavencimento, deve produzir apenas efeitos prospectivos e, em alguns casos, até diferidos, permitindo a sobrevivência da interpretação a final invalidada.

Todos os Tribunais Superiores têm competência para dar tais efeitos às decisões que quebrem jurisprudências consolidadas, por força de uma interpretação analógica (extensiva) do art. 27 da Lei n. 9.968/99.<sup>615</sup>

O raciocínio de ROQUE CARRAZZA, como qual concordamos, assenta-se na premissa segundo a qual “num certo sentido, é mais importante a irretroatividade da jurisprudência, que das próprias leis, porquanto, ao dizer reiteradamente o direito, faz chegar,

<sup>614</sup> **Op. et. loc. cit.**, p. 66.

<sup>615</sup> **Ibidem**, mesma página.

às pessoas, o verdadeiro significado, conteúdo e alcance das normas jurídicas constitucionais, legais ou infralegais”<sup>616</sup>.

NELSON NERY JUNIOR explica que “nada obstante a regra geral da retroeficácia da declaração judicial da inconstitucionalidade da Lei” é sustentável:

“(...) demonstrar a possibilidade de o tribunal superior declarar em seu acórdão que a decisão produzirá efeitos somente para o futuro. No caso de modificação de consolidada jurisprudência anterior, a eficácia *ex nunc* deixa de ser *possível* e passa a ser *necessária*, em virtude da incidência da boa-fé objetiva e da segurança jurídica.”

Pertence a NERY JUNIOR a assertiva segundo a qual pode-se:

“(...) concluir no sentido de que se deve dar efeito ad futurum às decisões judiciais que reconhecem, tanto em abstrato (ADIn) como em concreto (RE decisão de qualquer juiz ou tribunal) a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo, sempre que razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social assim o exigirem.”

Deve-se registrar, com apoio em TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR, que as decisões judiciais refletem as condições sociais, políticas, econômicas e seguem sua evolução.

Segundo ele:

“(...) as alterações jurisprudencias fazem parte da dinâmica do direito. Se o processo de mudança legislativa é mais ou menos rígido, se a produção normativa da administração tem uma flexibilidade limitada pela legalidade estrita, é, sem dúvida, na atividade jurisdicional, que o direito conhece seu mais alto grau de adaptabilidade à mudança social, econômica, cultural, no espaço e no tempo. Isto tem muito a ver com a independência do Judiciário num sistema de tripartição dos poderes e com a singela submissão do juiz à constituição e à lei nos termos de sua própria convicção. Não resta dúvida que faz parte dos julgamentos prolatados por juízes, variáveis que apontam para a importância da convicção subjetiva de cada um. Certamente isto não significa que uma solução ótima para as controvérsias, ou melhor, para o entendimento de noções básicas que lhe dão supedâneo, não se endereça jamais para o automatismo e para a repetição mecânica, como se um computador pudesse ter condições melhores de decisão que o raciocínio humano.”<sup>617</sup>

Segundo TÉRCIO: “a interpretação da Lei (...) não é um posicionamento frio e estático sobre o texto e seu sentido, mas uma operação que integra o texto no contexto jurisprudencial, com sua relevância casuística e generalização doutrinária.”

<sup>616</sup> **Ibidem**, p. 70.

<sup>617</sup> Irretroatividade e jurisprudência judicial, in: **Efeitos ex nunc e as decisões do STJ**, São Paulo, Manole, 2007.

Antes de encontrar no princípio da razoabilidade o fundamento para a atribuição de efeito *ex nunc* às decisões jurisprudenciais, inclusive para os casos de guinada de jurisprudência, TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR assenta duas premissas, que, antes de antagônicas, na verdade se completam: “(...) se, de um lado, é inevitável e desejável a mudança da jurisprudência, de outro também o é a previsibilidade dos comportamentos em face da confiança regularidade das decisões.”

É dizer: dado que as decisões judiciais - em especial aquelas oriundas do Supremo e dos Tribunais Superiores, elas enquanto instância de aplicação do direito à espécie (constitucional, no primeiro caso; federal infra-constitucional, nos outros) – acabam por não apenas findar determinada relação jurídica-processual, com também (até automaticamente) servindo como parâmetro de encaminhamento de decisões sobre a mesma matéria, mormente com relação às instâncias ordinárias e de segundo grau, modificação que nelas houver não pode prejudicar relações materiais tomadas sobretudo em função do que então preconizavam.

O que se espera da advocacia brasileira neste século XXI – tema sobre o qual tivemos a oportunidade de escrever algumas linhas e que nos tem ocupado em trabalho pontual junto ao Instituto dos Advogados de São Paulo, onde tratamos da função social do advogado e da valorização do exercício da advocacia, este em agenda nacional com presidentes de Institutos de Advogados sediados no Brasil (Abril-2008, Belo Horizonte/MG) – é que orientem – e não apenas litiguem – seus clientes na adoção deste ou daquele comportamento, muitas vezes inclusive para evitar litígios, o que é de todo necessário inclusive em função do exacerbado volume de processos no Judiciário nacional.

Neste processo de orientação de conduta que o advogado propõe-se a fazer aos seus clientes – seja na esfera pública, em especial no direito tributário; seja na esfera particular, de um modo geral – os vetores da Lei e da jurisprudência têm papel relevante.

Tão mais certa e segura poderá ser a atuação do advogado quanto mais profundo tenha sido seu exame legislativo e jurisprudencial, quando o caso, da matéria que lhe seja posta em consulta, para exame e resposta.

Chegando portanto à conclusão – a partir da Lei e de sua interpretação pelo Judiciário – em determinado sentido, orienta seu cliente e ele encaminha seus atos de acordo com a orientação recebida. Por exemplo, em questão tributária. Suponha-se a orientação seja “não pague o tributo porque foi considerado indevido pelo Judiciário”. Suponha-se que esta orientação tenha como fundamento decisão pacificada no âmbito de tribunal competente por final para dizer daquele assunto, aplicando o direito à espécie. Ou seja: o cliente terá deixado de pagar o tributo à luz de uma orientação segura, técnica e profissional de seu advogado. Outros poderão inclusive questionar judicialmente o tributo, se mais ortodoxos forem. Estes ambos, que não pagaram tributo dado como indevido pelo Judiciário, poderiam com a modificação – lícita e desejável, por tudo e em tudo – do encaminhamento jurisprudencial ser compelidos ao pagamento retroativo da exação? Evidente que não. Nem eles, nem aqueles que – a despeito de uma orientação profissional – simplesmente acompanharam o caminhar da jurisprudência e, por eles mesmos, adotaram a posição por ela preconizada.

Este dinamismo que se permite à evolução jurisprudencial encontra limite na perspectiva de prejuízo aos que, enquanto existia determinada (e consolidada) solução, ou dela foram diretamente destinatários, ou (acreditando nela) seguiram-na.

Só assim se pode justificar a possibilidade das guinadas jurisprudenciais. Como seria impossível pensar o Direito sem a possibilidade da evolução jurisprudencial, porque nesse momento deixaria de ser Direito, para ser outra coisa, e, como portanto, não há fundamento para vedar-se a modificação de entendimentos do Judiciário – que seria sua verdadeira falência –, então, o que se deve fazer é resguardar situações nas quais tenha aquele



entendimento gerado comportamentos, pois estes comportamentos, mais lícitos que eles, não havia.

A situação deve ser entendida em seus exatos termos: matéria dividida em tribunal não pode receber o mesmo tratamento que aqui defendemos para as matérias consolidadas, pois se nestas a certeza prevalece, naquelas a dúvida não pode gerar direito.

## **8. PROPOSTA DE LEGE FERENDA. O EXERCÍCIO DA ADVOCACIA NOS TRIBUNAIS SUPERIORES.**

Ao longo desta dissertação, em várias passagens mencionamos que ao final dela sustentáramos *de lege ferenda* a necessidade da qualificação profissional do advogado para o exercício da militância profissional na instância superior, vale dizer, perante os Tribunais Superiores e o Supremo Tribunal Federal. É bom desde logo esclarecer que a mesma necessidade se percebe com relação aos membros do Ministério Público, de sorte que apenas os que possuíssem qualificação especial poderiam exercer seu ofício ministerial naquelas Cortes.

Principie-se por dizer que há exemplos estrangeiros da necessidade da qualificação profissional para atuação em suas respectivas Cortes Supremas. Embora não seja o caso de explorar aqui as condições em que esta qualificação especial esteja prevista no ordenamento jurídico estrangeiro, pontuamos que Estados Unidos e Inglaterra – dentre outros países – a adotam.

No Brasil, o exercício profissional (tanto o do advogado, quanto o do promotor de justiça – este, de natureza inclusive institucional, às vezes) não encontra qualquer limitação: basta a qualificação ordinária para a militância forense para que as portas dos Tribunais Superiores e do Supremo Tribunal Federal estejam abertas.

Indo diretamente ao ponto e falando mais concretamente da advocacia: aprovado no exame admissional realizado pela Ordem dos Advogados do Brasil, e, portanto, na condição de advogado, é possível ao profissional – logo no mesmo dia de seu ingresso nos quadros da OAB – atuar perante o Supremo Tribunal Federal e perante os Tribunais Superiores.

A dissertação versou sobre o recurso extraordinário e procurou apontar – às vezes em minucioso, e por isso mesmo, alongado estudo – suas principais características, que facilmente demonstram na prática o que se diz em teoria: que o recurso extraordinário *stricto sensu* (assim como o recurso especial) integra uma categoria extraordinária (*lato sensu*) de recurso prevista no ordenamento processual. Evidenciou-se a distinta diferença que há entre a prestação da tutela jurisdicional no âmbito das instâncias inferiores, onde, em linhas gerais, busca-se a justiça com exaustiva análise de fatos e do direito que se lhe aplica, com a instância superior, voltada seja para o resguardo da Constituição Federal, seja para a unificação da aplicação e do entendimento do direito federal infraconstitucional. Também foi destacada a natureza subjetiva dos processos que tramitam perante a instância ordinária e a natureza por vezes objetiva (seja em função da declaração de inconstitucionalidade, seja em função da modulação dos efeitos da decisão) – objetiva no sentido de demonstrar que perante o Supremo Tribunal Federal e perante os Superiores Tribunais, o que se busca é a satisfação do todo, não apenas de interesses meramente endoprocessuais – que evidenciam a diferença entre as instâncias da jurisdição brasileira.

Não bastassem as restrições sumulares de cabimento de recurso especial e de recurso extraordinário, que exigem preparo absoluto do profissional que elaborar tais peças, some-se a isto ainda a modificação do sistema brasileiro, nesta fase e instância processual, notadamente com decorrência da chamada *súmula vinculante*, da *repercussão geral* como requisito de admissibilidade (por ora) do recurso extraordinário e da *modulação dos efeitos* como técnica de julgamento possível ao Supremo Tribunal Federal e aos Tribunais Superiores para resguardo do princípio da segurança jurídica e em nome da boa fé e do interesse social.

Tais atributos, somados, ainda, à própria natureza das demandas que devam ser analisadas pelo Supremo Tribunal Federal e, provavelmente se adotada a repercussão geral

para os recursos dirigidos aos Tribunais Superiores (note-se que já existe a transcendência como critério de admissão da revista trabalhista), pelas Cortes Superiores como um todo, evidenciam que o profissional que vier a exercer seu ofício na instância extraordinária deva possuir qualificação adequada, experiência e capacitação técnica específica para bem desenvolver o seu desiderato.

Haveria uma série de justificativas decorrentes destas já mencionadas para reforçar o entendimento expresso ao longo desta dissertação e aqui formalmente proposto *de lege ferenda* da qualificação profissional para o exercício da advocacia e das atividades ministeriais no âmbito do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores. Secundárias, não nos parece necessário explorá-las. Todavia, este candidato teve oportunidade de expor seu ponto de vista a algumas pessoas e delas pode perceber um único e mesmo senão que pudesse objetar sua proposta aqui versada: o de que ela seria inconstitucional, por ofensa ao livre desempenho da atividade advocatícia, única profissão, aliás, mencionada na Constituição Federal.

Depois de muito refletir a respeito desta suposta inconstitucionalidade, acabamos por não admiti-la, uma vez que continuará sendo possível – evidentemente – ao advogado exercer sua atividade profissional no âmbito do Supremo Tribunal Federal e perante os Tribunais Superiores. Apenas que o será mediante qualificação especial.

Antes e ao contrário de inconstitucional, a proposta é resultado de interpretação sistêmica e conforme que se faz da Constituição Federal e do plexo legislativo que disciplina o exercício da judicatura naquelas Cortes.

“O Supremo Tribunal Federal – diz o artigo 101 da Constituição Federal – compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.”

Não discrepando muito destes critérios, o Superior Tribunal de Justiça, composto de no mínimo trinta e três ministros, é integrado – conforme o parágrafo único do artigo 104 da Constituição Federal – por Ministros que “[...] serão nomeados pelo Presidente da República, dentre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal” – destacado-se que, para esta Corte, a Constituição Federal prevê o ingresso de membros egressos do Ministério Público e da Advocacia.

Ainda com a adoção de critérios de ingresso, a Constituição Federal estabelece, no artigo 111-A, que “o Tribunal Superior do Trabalho compor-se-á de vinte e sete Ministros, escolhidos dentre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos, nomeados pelo Presidente da República após aprovação pela maioria absoluta do Senado Federal [...]”.

A mesma linha de qualificação encontra-se no preenchimento dos cargos do Tribunal Superior Eleitoral (CF, 118 e 119) e do Superior Tribunal Militar (CF, 122 e 123).

O exercício da advocacia perante o Supremo Tribunal Federal e perante os Tribunais Superiores, assim como as atividades ministeriais, devem seguir critérios de seleção, dentre eles, o da idade mínima e o da habilitação perante o órgão de classe.

Especificamente falando da advocacia, caberia ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ou aos Conselhos Seccionais, por delegação daquele, uma vez alterada a Lei 8.906, de 4 de julho de 1994, conceder qualificação especial para o exercício advocatício

perante o Supremo Tribunal Federal e perante as Cortes Superiores, adotando como critérios:

a) idade mínima de trinta e cinco anos ou b) prova de títulos; e c) exame específico perante o Conselho Federal ou, por sua delegação, nos próprios Conselhos Seccionais, que se poderia dispensar em função de notável saber jurídico do candidato.

Advogados interessados deveriam se credenciar a exame especial e obter junto ao Conselho Federal ou Seccional habilitação para exercício da advocacia perante Supremo Tribunal Federal e perante as Cortes Superiores.

O propósito da proposta outro não é senão o de melhorar a própria prestação jurisdicional, pois este advogado será o primeiro e mais eficaz filtro de acesso de assuntos ao Supremo Tribunal Federal e aos Tribunais Superiores, pois sua experiência e conhecimento permitirão selecionar as demandas que realmente devam ser analisadas – neste século XXI – pelas mais importantes Cortes do país.

A formação litigiosa do profissional do Direito, em especial, mas não exclusivamente do advogado (sim, porque o juiz também não é ensinado a exercer a conciliação) mencionada logo no início da dissertação e a cultura não consensual de nossa sociedade, quando em exame seus direitos particulares pelo Poder Judiciário – muito em razão da própria abertura democrática e da extensão de assuntos versados na Constituição Federal de 1988, chamada Cidadã – são fatores que contribuem para a morosidade do Judiciário e lhe tiram tempo, atenção e foco para assuntos que, no âmbito da instância suprema e superior, realmente interessam à unidade federativa.

Permitir acesso a tais Cortes apenas de pretensões veiculadas por advogados habilitados seria uma forma de melhorar a grave crise do contencioso de massa, por assim dizer, que, em boa hora, veio combatida pela Reforma do Judiciário (Emenda Constitucional

n. 45/2004) e que ainda será ou deverá ser objeto de alterações legislativas – dentre elas, a mais preponderante: a repercussão geral como requisito de admissibilidade também do recurso especial.

O resultado da melhor acomodação da pauta do Supremo Tribunal Federal, *de lege lata*, e do Superior Tribunal de Justiça, *de lege ferenda*, com a introdução da repercussão geral como requisito de admissibilidade não é automático pois poderão os mencionados tribunais continuar recebendo inúmeros recursos que devam analisar se possuem ou se não possuem repercussão geral.

O melhor resultado será alcançado se o advogado que subscrever o recurso tenha feito sua prévia análise quanto à necessidade de a matéria ser analisada pelos respectivos tribunais, de sorte que a proposta aqui veiculada contribui, neste aspecto, com a Reforma do Judiciário.

Até como *critério de seleção de recursos representativos de causa repetitivas*, que hoje não há, poderia funcionar a habilitação especial: assim, qualquer advogado poderia continuar interpondo recurso extraordinário e, no futuro, recurso especial; porém, seu recurso teria o efeito apenas de obstar a formação da coisa julgada, seguindo – no mais – a sorte daqueles outros que tenham sido interpostos por profissionais habilitados e credenciados para o exercício da advocacia perante o Supremo Tribunal Federal e os Tribunais Superiores. Permite-se a irresignação para evitar a formação da coisa julgada, mas o recurso dependeria de haver outros interpostos por profissionais habilitados e credenciados para conhecer resultado de mérito. Assim, os recursos interpostos por advogados não habilitados e credenciados pelo Supremo Tribunal Federal e pelos Tribunais Superiores ficariam sobrestados.

Quando não fosse o caso de demanda repetida, apenas os recursos interpostos por profissionais habilitados e credenciados poderiam ser examinados.



## CONCLUSÕES

À guiza de conclusão, passamos a inferir:

1. Há vinte anos, dentro do contexto da democratização do Brasil, era promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil. A Constituição de 1988 recebeu a alcunha de Constituição Cidadã. Além de possuir um extenso rol de direitos e de garantias fundamentais – no qual se insere o princípio da segurança jurídica, os institutos do ato jurídico perfeito, do direito adquirido e da coisa julgada – tratou de variados temas divididos nos outros títulos: organização do Estado, organização dos Poderes, defesa do Estado e das instituições democráticas, tributação e orçamento, ordem econômica e financeira e ordem social – além das disposições gerais e do ato das disposições constitucionais transitórias. No título relativo à *ordem social*, a Constituição Federal versa sobre a seguridade social (saúde, previdência social e assistência social); educação, cultura e desporto; ciência e tecnologia; comunicação social; meio ambiente; família, criança, adolescente e idoso; e dos índios. Duas essenciais considerações sobre a Constituição Federal de 1988: 1) elevou – sem precedentes – o nível de consciência do jurisdicionado, sobretudo na exigência de seus direitos; e 2) várias matérias nela versadas – repetidas, aliás, na legislação federal infraconstitucional – não possuem (pelo menos no nível de detalhamento) envergadura que justificasse sua alocação no texto constitucional. Tais fatores contribuem para a criação do chamado contencioso constitucional, tão efetivo, quanto indesejado para a sociedade brasileira deste século XXI.

2. A existência deste polivalente contencioso constitucional, aliada à vocação litigiosa da sociedade brasileira – onde prepondera ao conformismo com decisão de segundo grau a incansável perseguição à última decisão possível dentro da relação jurídica-processual, o que se obtém com a utilização de tantos quantos recursos houver na legislação – e, em certa parte, ao próprio abuso do direito de litigar, evidencia números de proporções olímpicas no

Judiciário brasileiro. Reformas pontuais realizadas sobretudo após 1990 desfiguraram o Código de Processo Civil; algumas delas com propósito da efetividade do processo, com a criação de institutos novos, outras para correções de leis mal formuladas. Ilegítimos filtros de acesso ao Supremo Tribunal Federal e aos Tribunais Superiores foram criados pela jurisprudência, tanto no juízo de interposição (inadmissões não fundamentadas, recusa de prequestionamento) como no juízo de julgamento (por exemplo, a questão da certidão de intimação do acórdão recorrido como causa de não admissão de recurso extraordinário quando tal peça ainda não era exigida pela lei para a formação do instrumento do recurso).

3. Não se perca de vista a crise do Ensino Jurídico no Brasil, evidenciada pela proliferação de faculdades de Direito sem condições necessárias e adequadas de funcionamento, que colocam em mercado de trabalho profissionais despreparados para as carreiras jurídicas.

4. A Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004 – conhecida por *Emenda da Reforma do Judiciário* – trouxe inovações para o ordenamento jurídico brasileiro: a introdução da *súmula vinculante*, a repercussão geral da questão constitucional como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, a criação do Conselho Nacional de Justiça; versou também ajustes nas competências do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e da jurisdição trabalhista. É consenso doutrinário, todavia, a necessidade de reforma infraconstitucional, em especial, mas não exclusivamente da lei penal e da lei processual penal. No âmbito do processo civil, assume esta dissertação posição da necessidade da elaboração de um novo estatuto.

5. A introdução da *súmula vinculante* – em linguagem técnica: *súmula da jurisprudência predominante do Tribunal, com efeito vinculante* – inseriu divisão no seio do Supremo Tribunal Federal, que agora possui duas súmulas: a ordinária e a vinculante. Os

verbetes integrantes da súmula ordinária diferenciam-se dos integrantes da súmula vinculante pelos efeitos que têm. O Supremo Tribunal Federal poderá editar verbetes que venham a integrar a súmula ordinária ou a súmula vinculante. É constitucional a existência de súmula com efeito vinculante, não nos parecendo legítimo nenhum dos óbices levantados pela doutrina que a inquina de inconstitucional – (i) a afronta à separação de Poderes, (ii) a perda de independência do juiz, (iii) a petrificação do direito, (iv) a violação ao juiz natural, (v) a incompatibilidade com o nosso sistema, (vi) o descompromisso com a legalidade e com a legitimidade e (vii) a violação ao princípio do contraditório. Por outro lado, dão-lhe substrato (i) a certeza do direito, na tradução do princípio da segurança jurídica, (ii) a verificação das decisões iguais para casos iguais, na consecução do princípio da isonomia, (iii) a efetividade da prestação da tutela jurisdicional e (iv) o preenchimento do vazio gerado pelo sistema jurídico brasileiro, em que a súmula seria a ponte entre a lei abstrata e a decisão concreta. Os contornos constitucionais do instituto da súmula vinculante são: a) competência para edição, revisão e cancelamento: exclusiva do Supremo Tribunal Federal; b) *quorum* deliberativo: 2/3 (dois terços); c) requisito: reiteradas decisões sobre matéria constitucional; d) publicidade: a súmula terá efeito vinculante após publicação na imprensa oficial; e) alcance: demais órgãos do Judiciário e Administração Pública direta e indireta; f) objetivo: validade, interpretação e eficácia de normas; g) atributos: necessidade de controvérsia atual entre órgãos do Judiciário ou entre esses e administração pública; insegurança jurídica; e multiplicação de processos idênticos.

6. O recurso extraordinário é meio de impugnação de decisão judicial de fundamentação vinculada – vinculação esta predeterminada no permissivo constitucional – por meio do qual a parte, o Ministério Público ou o terceiro juridicamente interessado pleitearão, ao Supremo Tribunal Federal, o restabelecimento da ordem constitucional, dentro de um determinado processo – e desde que haja repercussão geral da questão constitucional

nele versada. Recurso de fundamentação vinculada, não se presta à discussão de fatos nem objetiva – como fosse terceira, quarta ou quinta instância – justiça da decisão. Suas hipóteses de cabimento estão previstas na Constituição Federal, e são: a) contrariar dispositivo da Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição; d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. Deve ser interposto perante o respectivo órgão prolator da decisão recorrida: os Tribunais Superiores, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais de Justiça, os Colégios Recursais dos Juizados Especiais de Pequenas Causas e o próprio juízo originário, em causas de alçada. A decisão objeto do recurso deve ser unânime, final e não mais sujeita a recurso de classe ordinária. É admitida a forma adesiva de interposição do recurso extraordinário. É necessário haver prequestionamento no bojo da decisão objeto do recurso extraordinário, sem o que não há abertura de instância. Havendo matéria constitucional e matéria federal infraconstitucional na decisão, em regra e quando cabíveis, deverão ser interpostos recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal e recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça. Salvo razão de prejudicialidade, em regra julga-se primeiro o recurso especial e depois o extraordinário, se remanescer interesse após o exame feito pelo Superior Tribunal de Justiça. O recurso extraordinário obsta a formação da coisa julgada, possui efeito legal (devolutivo) – por isso enseja execução provisória – e a ele eventualmente pode ser comunicado efeito suspensivo. Embora não seja a posição adotada por este candidato, doutrina como um todo e a súmula predominante do Supremo Tribunal Federal entendem que a comunicação de efeito suspensivo a recurso extraordinário deve ser conferida pela instância de interposição até a admissão do recurso; e depois, pelo próprio Supremo Tribunal Federal. Além do permissivo constitucional, o cabimento do recurso extraordinário e seu processamento encontram-se previstos no Código de Processo Civil, nas disposições do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e, sobretudo, está balizado

pelos verbetes da súmula ordinária da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal, o que o torna extremamente técnico, havendo vários óbices de admissão e várias regras de processamento e julgamento. A Emenda Constitucional n. 45/2004 introduziu a repercussão geral da questão constitucional versada no recurso extraordinário como requisito de admissibilidade, devidamente regrado no plano infraconstitucional pela Lei Federal n.º 11.418, de 19 de dezembro de 2006 e pelo Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, artigos 322 a 329 – oriundos da Emenda Regimental-STF n.º 21/07. Os principais objetivos da introdução desse requisito de admissibilidade foram o de filtrar as causas de maior importância e relevância para o julgamento de mérito do Supremo Tribunal Federal e a formação de justiça (ou jurisdição) constitucional da Corte. Ainda que haja substanciais diferenças entre a repercussão geral e a argüição de relevância do sistema constitucional anterior ao de 1988 – a) Emenda Constitucional n.º 45/2004 x Emenda Constitucional n.º 1/1969; b) Repercussão geral: atribuição à lei x Relevância da questão federal: atribuição do Supremo Tribunal Federal; c) Presume-se a repercussão geral x Presume-se não relevante o tema federal; d) Critério de exclusão x Critério de inclusão; e) Votação de 2/3, ou seja, 8 de 11 Ministros x Votação de 4 de 11 Ministros; f) Deverá ser deduzida no corpo do extraordinário x Incidente processual, julgado por instrumento e passível de deserção; g) Julgamento público x Sessão secreta de julgamento; h) Necessidade de decisão motivada x Desnecessidade de decisão motivada; e i) Matéria constitucional e Matéria federal *infraconstitucional*, respectivamente para repercussão geral x argüição de relevância – os institutos pertencem a mesma genealogia, um embora a serviço da democracia, outro todavia do regime autoritário. A repercussão geral da questão constitucional versada no recurso extraordinário possui relação de identidade com o writ of certiorari do direito norte americano, aplicável com parecido propósito para o acesso à Suprema Corte. Exige a lei que o recorrente suscite preliminar – sob pena de não conhecimento – demonstrando a repercussão

geral da questão constitucional vazada em seu recurso extraordinário, cujo exame pertence ao Pleno do Supremo Tribunal Federal. Obtempere-se que recurso sem preliminar pode ser obstado ainda no juízo *a quo*. Não é função legislativa conceituar o alcance do instituto. A doutrina considera como *conceito vago* a repercussão geral da questão constitucional como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário. Também a doutrina se encarregou de listar assuntos ou matérias que possam ser consideradas como dotadas de repercussão geral. Duas delas em especial – as que versam tema tributário e as deduzidas em ações coletivas – têm preponderado à quase unanimidade dos doutrinadores. Não nos parece que estas matérias, em função de suas respectivas naturezas – quer porque tributárias, quer porque veiculadas em ação coletiva – possam apenas por isto e de forma absoluta ser consideradas dotadas de repercussão geral. Caberá ao Supremo Tribunal Federal a construção de uma teoria geral da repercussão geral na jurisprudência brasileira. Sentimos – contudo – decepção ao analisar as primeiras decisões sobre repercussão geral pois marcadas pela superficialidade de tratamento, tomadas sem efetivo debate – escolheu-se o debate eletrônico – e ainda consideramos que os critérios usados pelo Supremo Tribunal Federal podem não corresponder a melhor técnica: não nos parece adequado que o critério quantitativo possa conduzir a apreciação do Tribunal, sobretudo quando este seja o único ou preponderante critério. No importante julgamento do AI 664.567-QO/RS-Pertence, o Supremo Tribunal Federal abordou três pontos essenciais: a) a exigência é de matriz constitucional, logo atinge a todos os recursos extraordinários – neles incluindo o criminal; b) que os tribunais de interposição podem checar a regularidade formal do recurso extraordinário e verificar a dedução de preliminar sobre repercussão geral (embora o mérito seja exclusivo do Supremo Tribunal Federal); e c) que apenas após a vigência da Emenda Regimental n. 21, de 20 de abril de 2007, é que a exigência da repercussão geral pode ser – enquanto ônus – exigida.

7. O sistema jurídico brasileiro contempla o controle de constitucionalidade das leis quer i) pelo método direto, por meio de ação própria; quer ii) pela via oblíqua, o chamado controle difuso, este por intermédio de um incidente de natureza processual. O controle direto (ou concentrado) de constitucionalidade está reservado ao Supremo Tribunal Federal nos termos da alínea *a* do inciso I do art. 102 da Constituição Federal, por meio de ação a ser proposta pelos legitimados no art. 103, da mesma Carta, hipótese em que a decisão proferida vale *ex tunc* e tem eficácia *erga omnes*; o controle difuso (ou concreto) pode e deve ser exercitado por qualquer juiz ou Tribunal, sendo tal decisão de caráter incidental e (sempre que a matéria for dotada de repercussão geral) sujeita à análise do Supremo Tribunal Federal por meio de recurso extraordinário. A modulação dos efeitos das decisões judiciais assume papel de grande importância no ordenamento jurídico atual. Prestigia o princípio da segurança jurídica e o postulado da boa-fé ao proteger situações consolidadas no mundo dos fatos. Assim, defendemos sua aplicação, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, 1) nas ações diretas de inconstitucionalidade, 2) nas declarações de inconstitucionalidade no âmbito do recurso extraordinário, e 3) nos recursos extraordinários em geral, mesmo a despeito de não versar exame de constitucionalidade (declaração). Defendemos ainda sua aplicação pelo Superior Tribunal de Justiça. No entanto, não nos parece adequado que as instâncias ordinárias possam fazer uso do instituto. A matriz da modulação dos efeitos é o art. 27 da Lei 9.868/99, enquanto previsão legal, que pode ser aplicada por extensão ou analogia pelo Superior Tribunal de Justiça. O dispositivo é constitucional, embora haja voto de inconstitucionalidade (Pertence) em ação direta que questiona sua adequação constitucional. Há doutrinadores que defendem a modulação diretamente como decorrência do princípio da segurança jurídica, o que nos parece válido. A modulação, conquanto consubstanciada na segurança jurídica, na boa-fé e voltada à proteção de situações consolidadas no mundo dos fatos é, em última análise, expressão e resultado de política social judiciária.

8. Como sugestão de *lege ferenda* afigura-se-nos correto propor debate sobre a viabilidade da qualificação de advogados para exercício da capacidade postulatória no âmbito dos Tribunais Superiores e do Supremo Tribunal Federal, o que se justifica em razão das peculiares condições de admissibilidade dos recursos dirigidos a estas Cortes – podendo inclusive funcionar como critério de seleção de causas repetitivas – e, sobretudo, para que apenas as alcancem os temas de relevância para a sociedade brasileira, funcionando, posto experiente, o advogado como o primeiro filtro de acesso. Apesar da diferença entre os sistemas jurisdicionais e até a forma federativa de Estado, a sistemática é adotada com sucesso e sem questionamentos em países como Estados Unidos e Inglaterra. Parece-nos adequada a proposta ainda se levada em consideração a circunstância de que todo o plexo legislativo sobre a matéria – a começar pela Constituição Federal – impõe requisitos para o exercício da judicatura naquelas Cores não seguidos, decerto, para as demais atuações – ministerial e advocatícia. Como segunda sugestão de *lege ferenda*, consigne-se a necessidade da adoção de instituto similar ao da repercussão geral também como requisito de admissibilidade do recurso especial. Tais propostas têm como premissa nossa concepção de que a satisfação da prestação da tutela jurisdicional pode ser verificada nos graus inferiores de jurisdição, em processo de valorização das decisões de primeira e de segunda instância, ou mesmo dos Tribunais quando funcionando como instância originária. Nossa premissa refuta a concepção litigiosa de nossa sociedade, decorrente da má formação dos profissionais de Direito e, como um todo, da própria cultura social do Brasil – sobretudo em função da abertura democrática evidenciada pela Constituição Federal de 1988.



## BIBLIOGRAFIA BÁSICA

ABDO, Helena Najjar. **O abuso do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ALCOFORADO, Luiz Carlos. Súmula vinculante. In: **Revista de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. n° 16, Brasília: Brasília Jurídica.

ALVES, José Carlos Moreira. **O STF em face da nova Constituição – questões e perspectivas**.

ALVIM, Eduardo Arruda e ALVIM, Angélica Arruda. Recurso especial e prequestionamento. In: **Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário**. São Paulo: Revista dos Tribunais.

ALVIM, José Manoel de Arruda. A emenda constitucional 45/04 e a repercussão geral. In: SILVA, Bruno Freire e MAZZEI, Rodrigo (Coords.). **Reforma do Judiciário: análise interdisciplinar e estrutural do primeiro ano de vigência**. Curitiba, Juruá, 2006.

\_\_\_\_\_. O recurso especial na Constituição Federal de 1988 e suas origens. In: **Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário**. São Paulo: Revista dos Tribunais.

ANDRADE, Carlos Drummond de. **A bolsa e a vida**. Rio de Janeiro: Record, 1959.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O Controle de Constitucionalidade pelo Supremo Tribunal à Luz da Teoria dos Poderes naturais. In: **Revista Forense**. v. 373, maio-junho de 2004.

ARAGÃO, Moniz de. Estatística Judiciária. In: **Revista de Processo – REPRO**. n.º 110, São Paulo: Revista dos Tribunais.

ARRUDA, Antonio Carlos Matteis de. **Recursos no processo civil: teoria geral e recursos em espécie**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **O Direito – Introdução e Teoria Geral. Uma perspectiva luso-brasileira**. 6ª ed., Coimbra: Almedina.

BARBOSA, Rui. **Comentários à Constituição Federal Brasileira**. v. IV, coligidos por Homero Pires, São Paulo: Saraiva, 1933.

BARIONI, Rodrigo. O recurso extraordinário e as questões constitucionais de repercussão geral. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, WAMBIER, Luiz Rodrigues, GOMES JUNIOR, Luiz Manoel, FISCHER, Octavio Campos e FERREIRA, Willian Santos (Coords.). **Reforma do Judiciário – Primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

BARRETO, Tobias. Prelecções de direito constitucional. In: **Estudos de Direito**. v. II, Sergipe: E.C.E, 1926.

BARROSO, Luís Roberto BARROSO. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 1990.

\_\_\_\_\_. O incidente de inconstitucionalidade: matéria jurídica. In: **Revista Jurídica**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_27/artigos/art\\_Celso.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_27/artigos/art_Celso.htm).

Acessado em 26 de fevereiro de 2007.

\_\_\_\_\_ e MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1996.

\_\_\_\_\_ e TAVARES, André Ramos. **As tendências do direito público no limiar de um novo milênio**. São Paulo, Saraiva, 2000.

\_\_\_\_\_ e TAVARES, André Ramos. Reféns da desinformação. In: **Revista Jurídica**. v. I, n.º 11, abril de 2000. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_11/desinformacao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_11/desinformacao.htm). Acessado em 26 de fevereiro de 2007.

BERMUDES, Sérgio. **A reforma do Judiciário pela Emenda Constitucional 45**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BONUMÁ, João. **Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 1946.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro: um terceiro enigmático**. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. Prequestionamento – reflexões sobre a Súmula 211 do STJ. In: ALVIM, Eduardo Arruda, NERY JUNIOR, Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Orgs.). **Aspectos Polêmicos e Atuais sobre os Recursos Cíveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. Quem tem medo do prequestionamento?. In: **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo, v. 1, 2003.

\_\_\_\_\_. Súmulas 288, 282 e 356 do STF: uma visão crítica de sua (re)interpretação mais recente pelos tribunais superiores. In: NERY JUNIOR, Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda

Alvim (Orgs.). **Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BUZAID, Alfredo. **Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1958.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7<sup>a</sup> ed., Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Trad. de Aroldo Plínio Gonçalves, Porto Alegre: Fabris, 1984.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Requisitos específicos de admissibilidade do recurso especial. In: NERY JUNIOR, Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

CARRAZZA, Roque Antônio. Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais. In: **Efeitos ex nunc e as decisões do STJ**. São Paulo, Manole, 2007.

Carta ao leitor, in: **Veja**, edição n.º 1.999, ano n.º 40, n.º 10, 14 de março de 2007.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Da Declaração de Inconstitucionalidade e seus Efeitos em Face das Leis ns. 9.868/99 e 9.882/99. In: **O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2001.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Saggi di Diritto Processuale Civile**. v. 1, Roma, 1930.

COELHO, Inocêncio Mártires. Constitucionalidade/inconstitucionalidade: uma questão política?. In: **Revista Diálogo Jurídico**. n.º 12, Salvador, março de 2002. Disponível em: [http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_12/DIALOGO-JURIDICO-12-MARCO-2002-INOCENCIO-MARTIRES-COELHO.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_12/DIALOGO-JURIDICO-12-MARCO-2002-INOCENCIO-MARTIRES-COELHO.pdf). Acessado em 26 de fevereiro de 2007.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **O controle da constitucionalidade das leis e o poder de tributar na Constituição de 1988**. 3ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

CÔRTEZ. Osmar Mendes Paixão. As inovações da EC n. 45/2004 quanto ao cabimento do recurso extraordinário. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, WAMBIER, Luiz Rodrigues, GOMES JUNIOR, Luiz Manoel, FISCHER, Octavio Campos e FERREIRA, Willian Santos (Coords.). **Reforma do Judiciário – Primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

COSTA, Hélio Rubens Batista Ribeiro. A impropriedade do veto presidencial quanto à projetada modificação da contagem dos prazos processuais. In: COSTA, Hélio Rubens Batista Ribeiro, DINAMARCO, Pedro da Silva e RIBEIRO, José Horácio Halfeld Rezende. **A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_ e ANDRADE JUNIOR, Joel. A função social do advogado no século XXI – Realidades, perspectivas e sugestões. In: **Revista do IASP – Instituto dos Advogados de São Paulo**. n. 11, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan-jun de 2003.

COUTURE, Eduardo Jose. *Proyecto de Código de Procedimiento Civil*. Montevideo, 1945.

DE PLÁCIDO e SILVA. **Vocabulário jurídico**, Rio de Janeiro, Forense.

DELGADO, José Augusto. Reflexões sobre a repercussão geral como condição para o conhecimento do recurso extraordinário (EC 45/04). In: FREIRE, Bruno Silva e MAZZEI, Rodrigo (Coords.). **Reforma do Judiciário: análise interdisciplinar e estrutural do primeiro ano de vigência**. Curitiba: Juruá, 2006.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Transformações do recurso extraordinário. In: DIDIER JUNIOR, Fredie, BRITO, Edvaldo e CASALI, Saulo José. **Reforma do Judiciário**. São Paulo: Saraiva, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 1996.

\_\_\_\_\_. **Crédito-Prêmio de IPI – Estudos e Pareceres III**. São Paulo: Manole.

\_\_\_\_\_. Decisões vinculantes. In: **Revista de Processo – REPRO**. n.º 110, São Paulo: Revista dos Tribunais.

\_\_\_\_\_. **O processo civil na reforma constitucional do Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros.

\_\_\_\_\_. O processo civil na reforma constitucional do Poder Judiciário. In: RENAULT, Sérgio Rabello Tamm e BOTTINI, Pierpaolo (Coords.). **Reforma do Judiciário**. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. Os efeitos dos recursos. In: NERY JUNIOR, Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 10.352/2001**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DINAMARCO, Pedro da Silva. A segunda etapa da reforma, do Código de processo civil e suas premissas hermenêuticas. In: COSTA, Hélio Rubens Batista Ribeiro, DINAMARCO, Pedro da Silva e RIBEIRO, José Horácio Halfeld Rezende. **A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. v. III, São Paulo, Saraiva, 1998.

FADEL, Sergio Sahione. **Código de Processo Civil Comentado**. 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FÉRES, Marcelo Andrade e CARVALHO, Paulo Gustavo M. (Coords.). **Processo Civil nos Tribunais Superiores**. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. Do recurso extraordinário, in: FÉRES, Marcelo Andrade CARVALHO, Paulo Gustavo M. (Coords.). **Processo nos tribunais superiores**. São Paulo: Saraiva, 2006.

FERNANDES, Francisco. **Dicionário de sinônimos e antônimos da língua portuguesa**. Porto Alegre: Globo, 1945.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Irretroatividade e jurisprudência judicial. In: **Efeitos ex nunc e as decisões do STJ**. São Paulo, Manole, 2007

FERREIRA Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário básico da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1994-95.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. v. II, São Paulo: Saraiva, 1992.

FERREIRA, Olavo Alves. **Controle de Constitucionalidade e seus Efeitos**. São Paulo: Método, 2003.

FERREIRA, William Santos. **Tutela antecipada no âmbito recursal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. Súmula vinculante – solução concentrada: vantagens, riscos e a necessidade de um contraditório de natureza coletiva. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, WAMBIER, Luiz Rodrigues, GOMES JUNIOR, Luiz Manoel, FISCHER, Octavio Campos e FERREIRA, Willian Santos (Coords.). **Reforma do Judiciário – Primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FINE, Toni M. Palestra titulada *Writ of Certiorari in the Supreme Court of the U.S.* São Paulo: Faculdade de Direito do Largo São Francisco, 2007.

FISCHER, Octavio Campos. **Os Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

FLEURY, José Theophilo. Do prequestionamento nos recursos especial e extraordinário – Súmula 356/STF x Súmula 211/STJ. In: **Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário**. São Paulo: Revista dos Tribunais.

FREIRE, Bruno Silva e MAZZEI, Rodrigo (Coords.). **Reforma do Judiciário: análise interdisciplinar e estrutural do primeiro ano de vigência**. Curitiba: Juruá, 2006.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. Prequestionamento implícito em recurso especial: posição divergente no STJ. In: NERY JUNIOR, Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Orgs.). **Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.



FUX, Luiz, NERY JUNIOR, Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.), **Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006.

FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GARCIA, André Almeida. A reforma processual civil e a Lei de Responsabilidade Fiscal. In: COSTA, Hélio Rubens Batista Ribeiro, DINAMARCO, Pedro da Silva e RIBEIRO, José Horácio Halfeld Rezende. **A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2002.

GOMES, Orlando. **Introdução do Direito Civil**. 19ª ed. rev. e atual. por Edvaldo Brito, Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GONÇALVES, Tiago Figueiredo. Do cabimento de recursos ordinário e especial contra acórdão proferido por turma recursal nos juizados especiais. In: NERY JUNIOR, Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e Assuntos Afins**. v. X, São Paulo: Revista dos Tribunais.

GRECO, Leonardo. Eficácia da declaração erga omnes de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior. Disponível em [www.mundojuridico.adv.br](http://www.mundojuridico.adv.br). Acessado em 28 de novembro de 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A necessária reforma infraconstitucional. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, WAMBIER, Luiz Rodrigues, GOMES JUNIOR, Luiz Manoel, FISCHER, Octavio Campos e FERREIRA, Willian Santos (Coords.). **Reforma do Judiciário**

– **Primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federativa da Alemanha.** Trad. de Luís Afonso Heck, Porto Alegre: Fabris, 1998.

JOBIM, Nelson. Posse dos Ministros Nelson Azevedo Jobim na Presidência e Ellen Gracie Northfleet na Vice-Presidência do Supremo Tribunal Federal: Sessão Solene realizada em 3 de junho de 2004. Disponível em <http://www.stf.gov.br/discursos>. Acessado em 1º de março de 2007.

LAMY, Eduardo de Avelar. **Princípio da fungibilidade no processo civil.** São Paulo: Dialética, 2007.

\_\_\_\_\_. Repercussão geral no recurso extraordinário: a volta da argüição de relevância?. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, WAMBIER, Luiz Rodrigues, GOMES JUNIOR, Luiz Manoel, FISCHER, Octavio Campos e FERREIRA, Willian Santos (Coords.). **Reforma do Judiciário – Primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LEITE, Paulo Roberto da Costa. Recurso especial: admissibilidade e procedimento. In: **Recursos no Superior Tribunal de Justiça.**

LIMA BARRETO, Afonso Henriques de. Negócio de maximalismo. In: **Careta**, edição de 20 de setembro de 1919.

LIMA, Diomar Bezerra. Súmula vinculante: uma necessidade. In: **Revista de Processo – REPRO**. n.º 106, São Paulo: Revista dos Tribunais.

LODI, Luís Fernando Balieiro. Dos embargos declaratórios prequestionadores. In: NERY JUNIOR, Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LOPES DA COSTA. **Direito Processual Civil Brasileiro**. v. III, 2ª ed.

MACHADO, Antonio Cláudio da Costa. **Código de Processo civil Interpretado**. Barueri: Manole, 2006.

MACHADO, Fábio Cardoso e MACHADO, Rafael Bicca. **A Reforma do Poder Judiciário**. São Paulo: *Quartier Latin*, 2006.

MACIEIRA, Luciana de Assunção. A Inconstitucionalidade do art. 27 da Lei n. 9.868/99 quanto ao regulamento processual dos efeitos do provimento final em sede de controle abstrato. In: **Revista da ESMape**. v. 6, n.º 13, jan/jun/2001.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário e recurso especial**. 7ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MARCATO, Antônio Carlos (Coord.). **Código de Processo Civil interpretado**. São Paulo: Atlas, 2005.

MASSOUD, Carolina Ormanes. Competência do Supremo Tribunal Federal. In: VELOSO, Zeno e SALGADO, Gustavo Vaz (Coords.). **Reforma do judiciário comentada**. São Paulo: Saraiva, 2005.

MEDEIROS, Rui. **A Decisão de Inconstitucionalidade**, Universidade Católica Editora, 1999.

MEDINA, José Miguel Garcia. **O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial**. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_, WAMBIER, Luiz Rodrigues e WAMBIER Teresa Arruda Alvim. Repercussão geral e súmula vinculante – relevantes novidades trazidas pela Emenda Constitucional 45/2004. In: MACHADO, Fábio Cardoso e MACHADO, Rafael Bicca. **A Reforma do Poder Judiciário**. São Paulo: *Quartier Latin*, 2006.

MELLO, Celso de. Algumas reflexões sobre a questão judiciária. In: **Revista do Advogado**. nº 105, São Paulo: AASP.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **A Teoria das Constituições Rígidas**. 2ª ed., São Paulo: Bushatsky, 1980.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. **Direitos Fundamentais e o Controle de Constitucionalidade**. 2ª ed., São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 459.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição Constitucional**. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDES, Leonardo Castanho. **O recurso especial e o controle difuso de constitucionalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MENDES, Sônia Maria Broglia. **A validade jurídica e o giro lingüístico**. São Paulo: Noeses, 2007.

MIRANDA, Gilson Delgado e PIZZOL, Patrícia Miranda. Algumas considerações sobre os recursos especial e extraordinário – requisitos de admissibilidade e recursos retidos. In: ALVIM, Eduardo Pelegrini de Arruda, NERY JUNIOR, Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. v. I, 41ª ed. rev. e atual. por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto, São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada**. São Paulo: Atlas, 2004.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Algumas inovações da Lei 9.756 em matéria de recursos civis. In: NERY JUNIOR, Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

\_\_\_\_\_. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. V, 13ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006.

\_\_\_\_\_. Notas sobre o problema da ‘efetividade’ do processo. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Estudos de Direito Processual em Homenagem a José Frederico Marques**. São Paulo: Saraiva, 1982.

\_\_\_\_\_. **Temas de direito processual: tendências contemporâneas do direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1984.

MOURÃO, Gustavo César de Souza. Medidas cautelares no STJ e no STF: uma análise da jurisprudência contemporânea. In: FÉRES, Marcelo Andrade e CARVALHO, Paulo Gustavo M. (Coords.). **Processo Civil nos Tribunais Superiores**. São Paulo: Saraiva, 2006.

NALINI, José Renato, A Reforma da Justiça. In: PINHEIRO, Armando Castelar (Org.). **Reforma do Judiciário: problemas, desafios e perspectivas**. Campinas: Booklink, 2003.

NAVES, Nilson. **Súmula Vinculante**. Disponível em [www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br), “Seção Notícias”. Acessado em 22 de agosto de 2002.

NEGRÃO, Perseu Gentil. **Recurso Especial – doutrina, jurisprudência, prática e legislação**. São Paulo: Saraiva, 1997.

NEGRÃO, Theotonio. **Código de Processo Civil e legislação processual civil em vigor**. 34<sup>a</sup> ed. rev. e atual, São Paulo: Saraiva, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios fundamentais: Teoria Geral dos Recursos**. 4<sup>a</sup> ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

\_\_\_\_\_. Ainda sobre o prequestionamento – os embargos de declaração prequestionadores, in: NERY JUNIOR, Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Orgs.). **Aspectos**

**Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

\_\_\_\_\_ e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante.** 10ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_ e \_\_\_\_\_. **Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NORTHFLEET, Ellen Gracie. Discurso de abertura do ano judiciário de 2007 Disponível em <http://www.stf.gov.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=3063&sigServico=noticiaArtigoDiscurso&caixaBusca=N>. Acessado em 20 de março de 2007.

\_\_\_\_\_. Mensagem da presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministra Ellen Gracie Northfleet ao Congresso Nacional na abertura da Sessão Legislativa, em 02/02/07. Disponível em <http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaBibliotecaDigital/anexo/MinistraEllenGracie.pdf>. Acessado em 27 de fevereiro de 2007.

OLIVEIRA E CRUZ, João Claudino de. **Dos recursos no Código de Processo Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1954.

OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. Prequestionamento, In: NERY JUNIOR, Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. **Recurso Especial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de Constitucionalidade – Conceitos, Sistemas e Efeitos**. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais.

PASSOS, J. J. Calmon de. Administração da justiça no Brasil: visão para além do imediato. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Estudos de Direito Processual em Homenagem a José Frederico Marques**. São Paulo: Saraiva, 1982.

PEÑA, Eduardo Chemale Selistre, Breve Contribuição à Reforma do Judiciário: a inclusão do requisito da relevância para a redução do volume de processos no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça. In: MACHADO, Fábio Cardoso e MACHADO, Rafael Bicca. **A Reforma do Poder Judiciário**. São Paulo: *Quartier Latin*, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PINHEIRO, Armando Castelar. Reforma do Judiciário: observações de um economista. **Revista do Advogado**. n.º 75, São Paulo: AASP.

PINTO, Nelson Luiz. **Manual dos Recursos Cíveis**. 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 2002.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. t. XII, São Paulo: Borsoi.

PRAZERES, José Ribamar Sanches. Lei 9868/99: a inconstitucionalidade interrompida. In: *Jus Navigandi*. n.º 47, novembro de 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=131>>. Acessado em 26 de fevereiro de 2007.



RAMOS, Elival da Silva. **A Inconstitucionalidade das Leis**. São Paulo: Saraiva, 2004.

RAMOS, Glauco Gumerato. Repercussão geral na teoria dos recursos: juízo de admissibilidade – algumas observações. In: FREIRE, Bruno Silva e MAZZEI, Rodrigo (Coords.). **Reforma do Judiciário: análise interdisciplinar e estrutural do primeiro ano de vigência**. Curitiba: Juruá, 2006.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 20ª ed., São Paulo, Saraiva, 1993.

REDENSCHI, Ronaldo. Eficácia ex nunc da Declaração de Inconstitucionalidade em Via Direta – Modificações trazidas pelo artigo 27, da Lei n. 9.868/99 – Relações com o método da ponderação de bens. In: **Temas de Interpretação do Direito Tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

RIVERO, Jean e MOUTOUH, Hugues. **Liberdades Públicas**. Trad. por Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão, São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ROCHA, Carmén Lucia Antunes (Org.). **Constituição e segurança jurídica – direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence**. São Paulo: Fórum, 2005

ROSAS, Roberto. **Direito Sumular – Comentários às súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça**. 13ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

\_\_\_\_\_. Jurisprudência. Uniformização. Súmula. In: **Direito Processual – Inovações e perspectivas: estudos em homenagem ao ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira**. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROSSI, Júlio César. A Reforma do Judiciário e suas implicações nos Modelos Concentrado e Difuso de Constitucionalidade. In: **Revista Dialética de Direito Processual**. v. 31, outubro-2005.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Velhos e Novos Rumos das Ações de Controle Abstrato de Constitucionalidade à Luz, da Lei n. 9.868/99. In: **O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99**. Rio de Janeiro: *Lumen Júris*, 1999.

SÁ, Djanira Maria Radamés de. **Súmula vinculante: análise crítica de sua adoção**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

SANTOS, Ernani Fidélis do. **As reformas de 2005 do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2006.

SANTOS, J. J. Carvalho. **Código Civil Brasileiro Interpretado**. 14ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991.

SARGENTO, Nelson. Falso Amor Sincero. In: **Sonho de um Sambista**. Rio de Janeiro: Eldorado, 1979.

SARLET, Ingo Wolfgang. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Alguns Aspectos Controversos. In: **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: análise à luz da Lei n. 9.882/99**. São Paulo: Atlas, 2001.

\_\_\_\_\_. Constituição e segurança jurídica. In: ROCHA, Carmem Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e segurança jurídica – direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa**

**julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence.** São Paulo: Fórum, 2005.

\_\_\_\_\_. Eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. In: ROCHA, Carmem Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e segurança jurídica – direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence.** São Paulo: Fórum, 2005.

SEREJO, Paulo. Conceito de inconstitucionalidade: fundamento de uma teoria concreta do controle de constitucionalidade. In: **Revista Jurídica Virtual.** v. II, n.º 19, Brasília, dezembro de 2000. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_19/Revista19.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_19/Revista19.htm)>. Acessado em 26 de fevereiro de 2007.

SHIMURA, Sergio Seiji. O regime recursal do ECA. In: NERY JUNIOR, Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SILVA, João Carlos Pestana de Aguiar. A súmula vinculativa como um retrocesso perante a histórica evolução da jurisprudência. In: **Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça,** Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 5ª ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

\_\_\_\_\_. **Do recurso extraordinário no direito processual civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963.

\_\_\_\_\_. **Processo constitucional de formação das leis.** 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil.** v. 3, São Paulo: Revista dos Tribunais.

SILVEIRA, José Néri da. A dimensão política do Judiciário e a nova Constituição. In: **Arquivos do Ministério da Justiça.** ano 41, n.º 173, julho/setembro de 1988.

SILVEIRA, José Néri. **Prefácio.** In: MACHADO, Fábio Cardoso e MACHADO, Rafael Bicca. **A Reforma do Poder Judiciário.** São Paulo: *Quartier Latin*, 2006.

SOUSA, Marcelo Rebelo de. **O Valor Jurídico do Acto Inconstitucional.** v. I, Lisboa, 1988.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica.** 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TAVARES, André Ramos. A repercussão geral no recurso extraordinário. In: TAVARES, André Ramos, LENZA, Pedro e ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **Reforma do Judiciário analisada e comentada.** São Paulo: Método, 2005.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O Judiciário brasileiro e as propostas de um novo modelo. In: **Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.** n.º 1, Brasília: Brasília Jurídica.

\_\_\_\_\_. **O STJ e o processo civil.** Brasília: Brasília Jurídica, 1995.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo Cautelar.** São Paulo: LEUD.

TUCCI, José Rogério Cruz. **Tempo e Processo.** São Paulo, Revista dos Tribunais.

TUCCI, Rogério Lauria. **Curso de Direito Processual Civil**. v. III, São Paulo: Saraiva, 1989.

VASCONCELOS, Rita. A nova competência do STF para o recurso extraordinário (CF, art. 102, III, d). In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, WAMBIER, Luiz Rodrigues, GOMES JUNIOR, Luiz Manoel, FISCHER, Octavio Campos e FERREIRA, Willian Santos (Coords.). **Reforma do Judiciário – Primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

\_\_\_\_\_. **Princípio da fungibilidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

VELLOSO, Carlos Mario da Silva. Argüição de descumprimento de preceito fundamental. In: **Revista Diálogo Jurídico**. n. 12, Salvador, março, 2002. Disponível em <<http://www.direitopublico.com.Br>>. Acessado em 1º de março de 2007.

\_\_\_\_\_. Poder Judiciário: controle externo e súmula vinculante. In: **Revista do Advogado**. n.º 75, São Paulo: AASP.

WALD Arnold. O incidente de constitucionalidade, instrumento de uma justiça rápida e eficiente. In: **Revista Jurídica Virtual**. v. I, n.º 7, Brasília, dezembro de 1999. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_07/just\\_rapida.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_07/just_rapida.htm). Acessado em 26 de fevereiro de 2007.

\_\_\_\_\_. Eficiência Judiciária E Segurança Jurídica: a racionalização da legislação brasileira e reforma do Poder Judiciário. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, WAMBIER, Luiz Rodrigues, GOMES JUNIOR, Luiz Manoel, FISCHER, Octavio Campos e FERREIRA, Willian Santos (Coords.). **Reforma do Judiciário – Primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Omissão judicial e embargos de declaração**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

\_\_\_\_\_. Distinção entre questão de fato e questão de direito para fins de cabimento de recurso especial. In: **Revista de Processo – RePro**. n.º 92, São Paulo: Revista dos Tribunais, out.-dez. 1998.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. In: **Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**. n.º 74, ano XXV, novembro de 1998.

\_\_\_\_\_. Fungibilidade de meios: uma outra dimensão do princípio da fungibilidade. In: NERY JUNIOR, Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Orgs.). **Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

\_\_\_\_\_. **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre mandado de segurança e medida cautelar contra ato judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

\_\_\_\_\_. Sobre a necessidade de cooperação entre órgãos do judiciário para um processo mais célere – ainda sobre o prequestionamento. In: NERY JUNIOR, Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Orgs.). **Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

\_\_\_\_\_. Súmula vinculante: desastre ou solução?. In: **Revista de Processo – RePro**. n.º 98, São Paulo: Revista dos Tribunais.

\_\_\_\_\_, WAMBIER, Luiz Rodrigues, GOMES JUNIOR, Luiz Manoel, FISCHER, Octavio Campos e FERREIRA, Willian Santos (Coords.). **Reforma do Judiciário – Primeiras**

**reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

YARSHELL, Flávio Luiz. A reforma do Judiciário e a promessa de 'duração razoável do processo. In: **Revista do Advogado.** n.º 75, São Paulo: AASP.

# Livros Grátis

( <http://www.livrosgratis.com.br> )

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)



[Baixar livros de Literatura](#)  
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)  
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)  
[Baixar livros de Matemática](#)  
[Baixar livros de Medicina](#)  
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)  
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)  
[Baixar livros de Meteorologia](#)  
[Baixar Monografias e TCC](#)  
[Baixar livros Multidisciplinar](#)  
[Baixar livros de Música](#)  
[Baixar livros de Psicologia](#)  
[Baixar livros de Química](#)  
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)  
[Baixar livros de Serviço Social](#)  
[Baixar livros de Sociologia](#)  
[Baixar livros de Teologia](#)  
[Baixar livros de Trabalho](#)  
[Baixar livros de Turismo](#)