

FLAVIA DA SILVA MEIRELLES DE SOUZA FREITAS

**Recurso Extraordinário: ofensa reflexa e princípios constitucionais do
processo**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Prof. Associado Dr. Ricardo de Barros Leonel

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2017

FLAVIA DA SILVA MEIRELLES DE SOUZA FREITAS

Recurso Extraordinário: ofensa reflexa e princípios constitucionais do processo

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração de Direito Processual Civil, sob a orientação do Prof. Associado Dr. Ricardo de Barros Leonel.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo - SP
2017

FREITAS, Flavia da Silva Meirelles

Recurso Extraordinário: ofensa reflexa e princípios constitucionais do processo

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo como exigência parcial para
obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovada em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. Ricardo de Barros Leonel

Instituição: Universidade de São Paulo

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

AGRADECIMENTOS

Agradeço inicialmente a Deus, pelas oportunidades que me foram concedidas nesta vida, e também pelos inúmeros desafios que encontrei durante minha jornada. Sem eles, a batalha teria sido menos árdua, no entanto talvez a vitória fosse também menos gratificante.

Meu mais carinhoso e sincero agradecimento à minha mãe, Waldelice, colega nesta prestigiada Academia, que tanto lutou para que a minha vida fosse mais doce, mais repleta de amor, sorrisos e principalmente de sonhos. Obrigada por me mostrar que eles podem, sim, se realizar, por confiar tanto na minha capacidade e por sempre me encorajar a seguir em frente, mesmo quando a força parece faltar.

Agradeço imensamente ao Bruno, companheiro em toda e qualquer situação, pelo apoio amoroso e incondicional. Obrigada por preencher com suas certezas todas as minhas mais inquietantes dúvidas.

Meu sincero agradecimento ao caro Professor Ricardo de Barros Leonel, por acreditar no meu potencial e nesta pesquisa, concedendo-me a oportunidade de aprender com sua experiência e orientando-me nos caminhos por vezes tortuosos da Pós-Graduação – e também da vida.

Agradeço aos Professores Fabio Guidi Tabosa Pessoa e José Carlos Batista Puoli, pelas valiosas ponderações durante o exame de qualificação. Aos Professores e monitores titulares das matérias cursadas durante o programa, meu agradecimento e sincera admiração, pelo amor e dedicação à Academia, e por partilhar suas valorosas experiências e lições.

Um especial agradecimento ao Professor Fábio Hirsch, que tão generosamente cedeu parte de seu tempo para discutir aspectos deste trabalho.

Agradeço ainda aos meus amigos, os de ontem, os de hoje e os de sempre, pela paciência, por perdoarem minhas ausências e pelo incansável incentivo, abraçando este projeto como se seu fosse.

Finalmente, mas não menos importante, meu agradecimento *in memoriam* a meu avô, Custódio Teófilo da Silva, por dividir comigo a paixão pelo Processo Civil, e por me mostrar sempre que a vida pode ser mais leve e divertida. Esta conquista também é sua.

“Mas, principalmente, o drama do juiz é aquele hábito, que, insidioso como uma doença, o consome e o desencoraja até o ponto de lhe fazer sentir sem revolta que o decidir da honra e da vida dos homens passou a ser, para ele, uma prática de administração ordinária.”

(Piero Calamandrei)

RESUMO

FREITAS, Flavia da Silva Meirelles. *Recurso Extraordinário: ofensa reflexa e princípios constitucionais do processo*. 2017. 229 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

A presente pesquisa tem por enfoque a ofensa reflexa, termo jurisprudencial desenvolvido no seio do Supremo Tribunal Federal como forma de restringir o fluxo de recursos extraordinários, e suas consequências para a proteção dos princípios constitucionais do processo. O recurso extraordinário foi o instrumento de controle de constitucionalidade pioneiramente introduzido em nosso ordenamento, com o objetivo levar à apreciação da mais alta Corte do País atos inconstitucionais alegadamente praticados em casos concretos. Seu papel foi se alterando ao longo do tempo, especialmente diante da crise institucional do Supremo Tribunal Federal. A crise possui causas estruturais, incluindo a cumulação de diversas funções constitucionalmente atribuídas à Corte Suprema e a própria natureza analítica e detalhada de nossa Constituição. Para superar a crise, o Supremo Tribunal Federal passou a criar obstáculos ilegítimos ao recebimento dos recursos extraordinários, que preponderam nas estatísticas, a fim de estancar o fluxo numérico. Dentre eles, ganha destaque a ofensa reflexa, que impede a apreciação de alegações de inconstitucionalidade quando o debate pressuponha a interpretação de texto infraconstitucional. Esta corrente jurisprudencial impacta fortemente na proteção dos princípios-garantia constitucionais do processo, porque além de previstos constitucionalmente, são detalhados pela legislação infraconstitucional, o que motiva a inadmissibilidade de inúmeros recursos extraordinários lastreados nestes princípios. A solução não encontra amparo no ordenamento porque, além de serem alçadas à condição de direitos fundamentais pela Constituição Federal, as garantias processuais possuem um núcleo mínimo, cujo conteúdo deve ser fixado pelo Supremo Tribunal Federal, a fim de evitar decisões teratológicas.

Palavras-chave: Direito. Direito Processual Civil. Recurso Extraordinário. Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência Defensiva. Princípios Constitucionais do Processo.

ABSTRACT

FREITAS, Flavia da Silva Meirelles de Souza. *Extraordinary appeal: reflex offense and constitutional principles of process*. 2017. 229 f. Dissertation (Master) - Law School, University of São Paulo, São Paulo, 2017.

This research focus on the “reflex offense”, jurisprudential expression developed by the Brazilian Supreme Court (“Supremo Tribunal Federal”) as a way to restrict the flow of extraordinary appeals (“recursos extraordinários”), and its consequences to the protection of the constitutional principles of process. The extraordinary appeal was the first legal instrument of constitutional control of the Brazilian legal system, created with the objective of submitting to the highest Court of the country unconstitutional acts allegedly practiced in concrete cases. Its role, however, was altered over time, especially because of the institution “general repercussion” (repercussão geral), and regarding the institutional crisis by which the Supreme Court is passing through since its creation, accentuated in the first half of the 20th century. This crisis has essentially structural causes, including the accumulation of diverse functions constitutionally attributed to the Supreme Court and the analytic and detailed nature of the Brazilian Constitution. Aiming the overcome of the crisis, many legislative and jurisprudential solutions were created, with no success. The Supreme Court, so, started to create illegitimate obstacles to contain the flow of extraordinary appeals, which have a prominent position in the Tribunal statistics. Among them, outstands the “reflex offense”, which prevents the analysis of alleged unconstitutional acts, when the debate presupposes the interpretation of legal rules. This piece of jurisprudence produces great impact in process guarantees’ protection, as they are not only constitutionally established, but also detailed in legal level. This jurisprudential solution does not have legal fundament because, besides the fact that those guarantees are constitutionally classified as fundamental rights, they have a minimum content, that should be defined by the Supreme Court, in order to prevent teratological decisions.

Keywords: Law. Civil Procedure Law. Extraordinary Appeal. Brazilian Supreme Court. Defensive Jurisprudence. Constitutional Principles of Process.

- SUMÁRIO -

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO I – CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS E SISTEMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	14
1. Considerações iniciais	14
1.1.1 Constituição e sistemas de controle de constitucionalidade	14
1.1.2 O sistema brasileiro: evolução histórica e peculiaridades	22
CAPÍTULO II – O RECURSO EXTRAORDINÁRIO	29
2. O recurso extraordinário	29
2.1 Noções gerais sobre recursos	29
2.1.1. Recursos ordinários e extraordinários: adequação e utilidade da classificação.....	30
2.1.1.1 Características dos recursos de via excepcional.....	33
2.1.1.1.1 Hipóteses de cabimento taxativamente previstas na Constituição.....	33
2.1.1.1.2 Não se prestam ao reexame de fatos ou provas.....	34
2.1.1.1.3 Não se prestam à correção de injustiças na decisão.....	37
2.2 O juízo de admissibilidade do recurso extraordinário e suas peculiaridades em relação aos recursos comuns.....	37
2.2.1 Requisitos extrínsecos.....	41
2.2.1.1 Tempestividade.....	41
2.2.1.2 Regularidade formal.....	41
2.2.1.3 Inexistência de fato impeditivo ou extintivo.....	42
2.2.1.4 Preparo recursal	45
2.2.2 Requisitos intrínsecos	46
2.2.2.1 Cabimento	46
2.2.2.1.1 Decisão que contraria dispositivo da Constituição Federal	50
2.2.2.1.2 Declaração da inconstitucionalidade de tratado ou lei federal	53
2.2.2.1.3 Decreto de validade de lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição Federal	55
2.2.2.1.4 Decreto de validade de lei local contestada em face de lei federal	55

2.2.2.2 Legitimidade	56
2.2.2.3 Interesse recursal	58
2.2.3 Prequestionamento: requisito de admissibilidade?	59
2.2.4 Requisito específico: a repercussão geral	68
2.3 Efeitos do recurso extraordinário	81
2.3.1 Devolutivo	81
2.3.2 Suspensivo	84
2.3.3 Translativo	85
2.3.4 Expansivo.....	86
2.4 As modificações no perfil do recurso e a “objetivação” do controle difuso de constitucionalidade.....	87
2.5 As funções do recurso extraordinário.....	94
2.5.1 Função nomofilática.....	95
2.5.2 Função uniformizadora.....	96
2.5.3 Função paradigmática.....	97
2.5.4 Função <i>dikelógica</i>	100
CAPÍTULO III – PERFIL CONSTITUCIONAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SUA CRISE INSTITUCIONAL	102
3. O Supremo Tribunal Federal e sua crise institucional	102
3.1 Pressupostos teóricos: as Cortes e seus perfis	102
3.1.1 Cortes Supremas e Cortes Constitucionais	104
3.1.2 Cortes de Cassação e Tribunais de Revisão	108
3.2 Panorama das atribuições assinaladas ao supremo pela Constituição de 1988 e conclusão parcial: é o Supremo uma corte estritamente constitucional?	112
3.3. A crise do Supremo	121
3.3.1 As causas da crise	124
3.3.2 As tentativas de solução da crise	132
CAPÍTULO IV – A JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA DA OFENSA REFLEXA ..	139
4. Jurisprudência defensiva e ofensa reflexa.....	139
4.1. Conceito de jurisprudência defensiva	139

4.1.1. Jurisprudência defensiva e recurso extraordinário: óbices jurisprudenciais impeditivos da admissibilidade do apelo extremo	146
4.1.1.1 Tempestividade	146
4.1.1.2 Regularidade formal	151
4.1.1.3 Preparo recursal	153
4.1.2 As soluções e arranjos do Código de Processo Civil de 2015 para contornar a jurisprudência defensiva.....	155
4.2 A “ofensa reflexa” como óbice jurisprudencial	160
4.2.1 Hermenêutica e surgimento do conceito	161
4.2.2 A solução específica introduzida pelo Novo Código de Processo Civil: a fungibilidade entre os recursos especial e extraordinário.....	168

CAPÍTULO V – CONSEQUÊNCIAS DA JURISPRUDÊNCIA DA OFENSA REFLEXA PARA A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DOS PRINCÍPIOS E GARANTIAS PROCESSUAIS 173

5. O instituto da “ofensa reflexa” e suas consequências para o resguardo dos princípios constitucionais processuais	173
5.1. A “constitucionalização” do processo e as garantias como direitos fundamentais	174
5.1.1 Ascensão dos Direitos Humanos e o movimento de “constitucionalização”	175
5.1.2 Princípios, regras e garantias como normas veiculadoras de direitos fundamentais: distinção e eficácia	177
5.1.3 Princípios-garantia processuais: positivação e eficácia no direito brasileiro	182
5.2 A “ofensa reflexa” e os princípios processuais: jurisprudência e esvaziamento de funções do Supremo	190
5.3 Propostas para solução	205
CONCLUSÃO	207
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	212

INTRODUÇÃO

A presente dissertação enfoca a análise aprofundada do óbice jurisprudencial consistente na necessidade de comprovação, pelo recorrente, da ocorrência de “ofensa direta” ao texto constitucional para recebimento de recurso extraordinário pela alínea “a” do inciso III do artigo 102, da Constituição Federal, e as consequências resultantes para o resguardo das garantias fundamentais do processo.

Trata-se de mais um mecanismo de jurisprudência defensiva promovido pelo Supremo Tribunal Federal, com o intuito de desafogar a demanda processual e refrear a chamada “crise institucional do Supremo”, deflagrada há muito, dentre outros fatores, pela própria modulação conferida à competência recursal e originária do Pretório Excelso.

Como se observará do estudo, tal escolha jurisprudencial, apesar de funcionar como eficiente meio de contenção do considerável volume de recursos recebido diariamente pelo Supremo, acaba por trazer consequências nefastas ao sistema como um todo, ao interferir na garantia e proteção de princípios basilares da Carta.

Ao estabelecer critérios limitativos ilegítimos ao recebimento de recursos, o Supremo nega cumprimento à função primordial que lhe foi assinalada, de guardião máximo da Constituição, preterindo seu eminente papel na implementação das normas principiológicas por meio do controle de constitucionalidade difuso exercido pela via extraordinária. Buscaremos, em suma, demonstrar a incompatibilidade entre tal orientação jurisprudencial e o espírito da Constituição.

Na etapa inicial, faremos um capítulo introdutório contendo panorama geral sobre as modalidades de controle constitucional de normas e atos, enunciando suas origens e principais características. A seguir, analisaremos a modulação escolhida para o sistema brasileiro e as modificações implementadas ao longo de nossas Constituições. Enfocaremos, neste momento, o controle incidental e concreto de constitucionalidade, espécie da qual o recurso extraordinário é o maior expoente no direito brasileiro.

A seguir, trataremos de noções essenciais sobre o recurso extraordinário, alvo de nossas reflexões, apresentando suas feições básicas, hipóteses de cabimento, requisitos de admissibilidade e efeitos. No mesmo capítulo, serão abordadas as funções endereçadas

constitucionalmente ao recurso extraordinário e seu papel no sistema de controle de constitucionalidade, versando sobre suas origens históricas e as modificações implementadas ao longo do tempo, imprescindíveis para a compreensão mais detalhada do seu atual perfil e da tendência à objetivação de suas hipóteses de cabimento. O capítulo é necessário para que se compreenda a maneira pela qual a modulação jurídica conferida ao recurso extraordinário deu azo à sua disseminação desmedida, em grande parte atribuível às constantes alterações no perfil do recurso e à importação, pura e simples, do modelo estadunidense do *writ of error*, sem a devida ponderação sobre as características do ordenamento pátrio.

O capítulo seguinte terá por objeto o Supremo Tribunal Federal, focando a crise institucional que pavimentou paulatinamente a jurisprudência defensiva. Preambularmente, faremos esclarecimentos sobre os modelos clássicos de corte, diferenciando cortes supremas de constitucionais e cortes de cassação de tribunais de revisão, pressupostos para que se investigue a natureza jurídica de nossa Suprema Corte. Explanaremos, com fundamento nesta base teórica, as consequências das opções feitas pelo constituinte de 1988 na atribuição de funções ao Pretório Excelso, que inegavelmente contribuíram para a sua sobrecarga de trabalho. No mesmo capítulo, adentraremos o tema da crise institucional do Supremo propriamente dita, suas causas e as tentativas de solução adotadas ao longo da história, que perpassaram pela criação de óbices regimentais e legais à admissão do recurso extraordinário, que representa grande parcela da demanda do Tribunal.

O capítulo seguinte é centralizado no tema da “jurisprudência defensiva”, expressão pela qual a doutrina vem designando técnicas jurisprudenciais ilegítimas, calcadas em desvios na interpretação das hipóteses de cabimento de recursos, visando à diminuição do volume de recursos. Este fenômeno, como veremos, traz sérias decorrências, como a massificação e simplificação da resposta do Judiciário ao clamor dos litigantes, levando ao desprestígio das instituições judiciárias, e violando o direito à prestação jurisdicional eficaz e de qualidade. O fenômeno será analisado detidamente, incluindo o exame de suas principais manifestações no que diz respeito ao processo de admissão do recurso extraordinário, e os mecanismos inaugurados pelo Código de Processo Civil para evitá-lo.

No mesmo capítulo, trataremos do objeto central de estudo desta dissertação, espécie do gênero jurisprudência defensiva. Trata-se da necessidade de demonstração, por parte do

recorrente, da existência de violação direta ao texto constitucional para a viabilização do recurso extraordinário pela alínea “a” do inciso III do artigo 102 da Constituição. Ou seja, para que haja o recebimento do recurso, a averiguação da ofensa alegada não deve perpassar pela análise de lei ordinária (ou “lei de permeio”, nas palavras do Supremo Tribunal), devendo ser objetivamente perceptível.

Finalmente, trataremos dos princípios constitucionais do processo, alçados pela Carta à categoria de direitos fundamentais e que se constituem como verdadeiras garantias, voltadas ao resguardo de direitos básicos do cidadão no campo processual, integrando seu patrimônio jurídico. Veremos que tutelam a efetivação de valores caros à sociedade, concretizados por via da prestação jurisdicional, assegurando a regularidade de todo o procedimento e, ao final, a realização da pretensão material deduzida, sendo inclusive materializados em lei infraconstitucional (notadamente, no Código de Processo Civil).

Contudo, inobstante a importância de tais princípios-garantia para o sistema como um todo, e a existência de fundamento jurídico e científico para o reconhecimento de sua plena eficácia, o capítulo abordará a maneira pela qual a jurisprudência defensiva da “ofensa reflexa” resulta na total vulneração destes imperativos de valor, que se encontram desassistidos de meios para sua real consolidação.

De modo geral, pois, a pesquisa buscará demonstrar o latente – porém corriqueiro - conflito entre a imposição de óbice jurisprudencial consistente na necessidade de ofensa incisiva ao texto constitucional para o recebimento do recurso extraordinário e a consolidação dos princípios constitucionais de cunho processual, que muitas vezes exigem, por suas características peculiares, o adentramento do caso concreto e exame das leis ordinárias pertinentes.

CAPÍTULO I – CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS E SISTEMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

1.1 CONSTITUIÇÃO E SISTEMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A palavra “constituição” traduz as mais variadas ideias e significados, que de uma maneira geral expressam a noção de organização e descrição do modo de ser de algo. Não por outra razão, o documento (escrito ou não) no qual os Estados reúnem seus elementos essenciais de constituição e funcionamento foi denominado de Constituição.

Sem a pretensão de adentrar profundamente os vastos e complexos estudos da ciência do Direito Constitucional sobre o tema, cabe lembrar que a Constituição pode ser entendida em diversas acepções¹ e classificações². Para o presente trabalho, levaremos em conta apenas algumas delas, com o fito de introduzir a ideia do controle de constitucionalidade.

De um lado, temos a Constituição em sentido material³, concepção que busca retratar o conteúdo das normas constitucionais e perquirir os assuntos disciplinados no corpo da Carta, reveladores dos valores e interesses comuns a toda a sociedade.

Com efeito, um exame superficial das normas constitucionais em sua feição moderna permite vislumbrar que, com a evolução histórica do papel do Estado no desenvolvimento da vida em comunidade, a Constituição foi paulatinamente acrescentando à sua clássica função de definição dos pilares do Estado as prestações sociais típicas da segunda geração – ou dimensão – de direitos, além da regulamentação de assuntos que, à primeira vista, parecem não se incluir no campo das relações travadas entre Estado e cidadãos.

¹ Como adverte José Afonso da Silva, a doutrina constitucionalista aponta a existência de diversos significados da Constituição, entendida por vezes em um sentido sociológico, consoante retratado na obra de Lassale, por vezes em sentido sociológico, como faz Karl Schmitt, e por vezes em sentido meramente jurídico, conforme a corrente liderada por Hans Kelsen (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, pp. 38-40).

² A ciência constitucional apresenta também diversos modos de classificação das constituições, dividindo-as, por exemplo, pelo critério da forma, do conteúdo, da origem, estabilidade, etc.

³ Enquanto que para alguns se trata de um sentido pelo qual se pode conceituar a Constituição, como defendido por Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Branco, para outros autores, como José Afonso da Silva, trata-se de mero critério de classificação da Constituição, tendo por base a análise de seu conteúdo.

Assim, se inicialmente à Constituição era atribuído o papel regulador do exercício do poder, com a descrição dos órgãos públicos e suas competências, além da delimitação das liberdades públicas, visando à contenção da ingerência estatal e preservação da esfera privada, os desafios historicamente impostos obrigaram a inclusão de compromissos a longo e curto prazo na Carta. Compromissos estes a serem implementados por meio de arranjos e políticas públicas, culminando, por fim, na incorporação de pautas atinentes ao convívio social *per se*, por exemplo a família, a propriedade, o ensino, a liberdade religiosa, dentre outros. A Carta deixava de ser documento político, sujeita à discricionariedade dos Poderes, para ganhar força normativa, vinculando sua atuação.

A inclusão de tais aspectos da vida social, que refogem à temática constitucional clássica, demonstra que tais valores e interesses também são caros ao Estado, sendo alçados à condição de normas constitucionais. O que apenas reafirma a ideia de que a implementação da integração e unidade nacionais, almejadas pela Constituição de um Estado, não pode prescindir da efetivação da dignidade humana, nos mais variados aspectos da convivência em sociedade. Este tema será abordado posteriormente, com maior profundidade, quando adentrarmos o tem dos princípios e garantias constitucionais processuais.

A Constituição em sentido formal, por outro lado, traduz a acepção da Carta Política como documento solene, que preconiza as mais altas normas jurídicas de uma dada comunidade, elaboradas por meio de um procedimento específico. Incluem-se nesta concepção, portanto, todas as normas positivadas no texto constitucional, originária ou derivadamente, independentemente de seu conteúdo.

Ainda neste sentido, a Constituição é entendida como Norma Fundamental⁴, que confere unidade, validade e lógica às demais normas e ao sistema como um todo. No sentido lógico-jurídico, é a premissa maior do raciocínio silogístico que leva à Constituição positiva em si (sentido jurídico-positivo), base para a apreciação de validade das normas postas, elaboradas por poder constituído por ela própria. Isso porque, como visto, dela emanam e

⁴ A respeito da configuração jurídica da norma fundamental, parâmetro para o todo o sistema legal, expõe Hans Kelsen: “Se queremos conhecer a natureza da norma fundamental, devemos sobretudo ter em mente que ela se refere imediatamente a uma Constituição determinada, efetivamente estabelecida, produzida através do costume ou da elaboração de um estatuto, eficaz em termos globais” (*Teoria Pura do Direito*, p. 224.)

nela se limitam os poderes e competências das autoridades, bem como nela são apostos os valores e princípios estimados pela sociedade e necessários à convivência social pacífica.

A Constituição, sob esta ótica, se encontra no topo da hierarquia das normas (no “*vértice do sistema jurídico do país*”⁵), cujo conteúdo deve apresentar consonância com os ditames constitucionais. Em se tratando de um *sistema* jurídico, não poderia ser diferente, eis que a ideia de sistema compreende a harmonização, coerência e lógica entre os elementos que o compõem.

Este conceito se liga ainda de modo intrínseco à concepção de Constituição rígida: à norma soberana de um país deve ser atribuído um processo de elaboração e modificação especial e diferenciado em relação ao das demais normas, que geralmente inclui maioria expressiva para votação, procedimentos complexos e prazos alongados (necessários até mesmo para a maturação do texto jurídico criado, a princípio, para orientar os rumos do país).

A noção de rigidez constitucional é indispensável para justificar a existência de um controle de constitucionalidade, pois, em caso contrário, como bem apontado por Luís Roberto Barroso, “*Se as leis infraconstitucionais fossem criadas da mesma maneira que as normas constitucionais, em caso de contrariedade ocorreria a revogação do ato anterior, e não a inconstitucionalidade*”⁶. Em outras palavras, há que haver a diferenciação formal entre as demais normas e a Constituição, fixando-as em planos distintos de hierarquia, a fim de que a Carta sirva de parâmetro de comparação.

Em decorrência da supremacia e rigidez da Constituição e da sua importância fundamental para a estabilidade do ordenamento como um todo, mostrou-se imprescindível o estabelecimento de instrumentos para assegurar a necessária harmonia entre a interpretação conferida às normas e demais atos do Poder Público e o texto constitucional, sem descurar-se – é sempre importante ressaltar – das omissões na edição de atos e providências necessários à implementação da Carta.

De modo a promover a defesa dos preceitos constitucionais, criou-se técnicas especiais para verificação da compatibilidade entre as normas e seu texto, bem como de

⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 45

⁶ *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 24.

omissões do Poder Público, enfeixadas no chamado sistema de controle de constitucionalidade. Mecanismo este que visa corrigir, e eventualmente extirpar do sistema, os atos e normas incompatíveis com a Carta, bem como apontar e determinar a supressão de eventuais omissões inconstitucionais.

O controle de constitucionalidade de cunho judicial deita raízes no direito norte-americano, pioneiro na implantação de um sistema de verificação e cotejo entre atos normativos e a Constituição, concebida como texto rígido e superior em relação às demais normas, por órgãos que exercessem jurisdição. A propósito, explica Cappelletti:

*“Verdadeiro é, de fato, que antes de ter sido posto em prática o sistema norte-americano de **judicial review (the constitutionality of legislation)**, nos outros Estados – e refiro-me, em particular, aos Estados da Europa – nada de semelhante tinha sido criado. A razão disto é, de resto, facilmente compreensível se se pensa que, precisamente, com a Constituição norte-americana, teve verdadeiramente início a época do ‘constitucionalismo’, com a concepção da **supremacy of the Constitution** em relação às leis ordinárias.”⁷*

Anteriormente à inauguração deste tipo de sistema, conheciam e adotavam as Constituições o sistema político (realizado por órgãos de natureza política, tal como os pertencentes ao Poder Legislativo, ou outros órgãos não jurisdicionais especialmente criados para este fim), sendo notório, neste particular, o arquétipo criado pelo sistema francês⁸, que atribuía conotação essencialmente política ao seu *Tribunal de Cassation*, mais tarde *Cour de Cassation*, instituído, em um primeiro momento, como órgão pertencente ao Poder Legislativo francês.

A ideia subjacente à criação da *Cour* relacionava-se à concepção radical de tripartição dos Poderes, trazida dos ideais da Revolução, combinada com a profunda desconfiança dos juízes franceses, anteriormente ligados aos interesses da família real. A função precípua da Corte, em seus primórdios, era evitar que o Poder Judiciário invadisse a esfera de competência do Legislativo, garantindo que as decisões judiciais não desbordassem da vontade geral expressa na Lei, idealizada e fetichizada, é bom lembrar, até os dias atuais pelo Direito Francês. Mais tarde, o *Conseil Constitutionnel*, órgão não integrante da estrutura do Poder Judiciário do país, passaria a realizar a função específica do controle de constitucionalidade.

⁷ *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, p. 70. Grifos do original.

⁸ *Idem*, pp. 40 e ss.

É, pois, no direito norte-americano, mais precisamente na interpretação conferida pelo *Chief Justice* John Marshall ao artigo VI, cláusula 2ª, da Constituição Americana⁹, em 1803, no precedente *Marbury vs. Madison* que se enunciou pela primeira vez a concepção da supremacia e rigidez constitucionais, culminando no *judicial review*.

O precedente encerra duas importantes conclusões: (i) a partir do momento em que se considera a Constituição suprema em relação aos demais atos pertencentes ao corpo normativo, e impassível de derrogação pelas vias ordinárias, os atos a ela contrários não podem ser considerados leis e (ii) cabe ao Judiciário¹⁰, em virtude de sua genuína atribuição de interpretar o Direito, analisar conflitos de leis e, em caso de conflito entre a Constituição e normas infraconstitucionais, reconhecer a aplicação da primeira. Iniciou o precedente, assim, uma onda de inovação sobre o tema, que mais tarde se espalharia para grande parte dos ordenamentos ocidentais¹¹.

É também no *case Marbury vs. Madison* que enuncia a *Supreme Court* a concepção do chamado controle difuso de constitucionalidade, que confere a qualquer juiz ou tribunal, de grau inferior ou superior, federal ou estadual, a competência para a declaração de inconstitucionalidade do ato e, em decorrência, a recusa na sua aplicação no caso concreto *sub judice*.

Esta competência, verdadeiro poder-dever, permite o controle incidental de constitucionalidade pelos magistrados e órgãos colegiados em geral, realizado no bojo da apreciação de um caso concreto, subjetivo, onde figura como incidente processual,

⁹ “*This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding.*”

¹⁰ Interessante anotar que, como bem observa Luís Roberto Barroso, a propalada decisão se deu em ambiente de grande hostilidade política entre federalistas e republicanos, cujo objeto, atinente à nomeação do juiz de paz William Marbury, simbolizou a disputa por centros de poder político, e a reafirmação da autoridade da própria Suprema Corte, à qual foi conferido o poder de revisão constitucional dos atos do Legislativo e Executivo. As circunstâncias políticas inegavelmente ditaram a interpretação conferida pelo *Chief Justice*, que poderia ter chegado a uma solução para o caso por meios mais simples, o que lhe rendeu inúmeras - e justificadas - críticas (*O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, pp. 27 e ss.).

¹¹ Ainda que, sobre esta questão, tenha apresentado Cappelletti diversos precedentes históricos que revelam que a ideia de controle judicial de atos normativos em relação a uma norma-parâmetro superior e fundamental encontra origem já no direito ateniense antigo e na concepção de *jus naturale* medieval. O que fundamenta sua ponderação no sentido de que o instituto introduzido pelo Juiz Marshall é na verdade o reflexo de longa maturação do conceito ao longo dos séculos da História Universal, e não apenas “*um gesto de improvisação*” (*O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, pp. 63). Luís Barroso também ressalta que a ideia já encontrava precedentes na própria história estadunidense, no período colonial, com base no direito inglês, em cortes inferiores e, no plano doutrinário, foi defendida por Alexander Hamilton, no *Federalist* nº 78.

prejudicial ao mérito. Daí porque vem comumente o controle difuso associado ao controle incidental, ainda que seja possível verificar sua ocorrência também no controle concentrado de constitucionalidade em alguns sistemas, como o português.

O controle concentrado, por sua vez, guarda origem europeia, em especial nas ideias de Hans Kelsen. Nascido na Constituição austríaca de 1920 – daí porque é chamado de sistema austríaco, em oposição ao sistema difuso, denominado sistema americano -, o sistema concentrado, como o próprio nome sugere, atribui a competência para a verificação da constitucionalidade dos atos a apenas um órgão, que pode ser o Tribunal de cúpula do Judiciário ou uma Corte Constitucional, estabelecida para este fim, à parte do sistema Judiciário.

Não obstante a fórmula aparentemente simples e de fácil aplicação do sistema americano de controle, sua utilização pelos países europeus, em sua maioria de tradição romano-germânica, encontrou diversos percalços, o que influenciou sobremaneira na criação de um método alternativo que se adequasse às estruturas típicas da *civil law*.

Uma primeira dificuldade remetia à inexistência da doutrina de *stare decisis*¹² nos países de *civil law*. Segundo esta doutrina, originária do direito anglo-saxônico, as decisões proferidas pela Suprema Corte eram vinculativas às demais cortes inferiores, pertencentes à mesma jurisdição. Ou seja, ainda que proferida como solução de um caso concreto submetido à Corte, a decisão ganhava efeito vinculante, devendo ser observada generalizadamente.

Entretanto, como é sabido, no sistema de *civil law* não viceja a ideia de subordinação obrigatória dos juízes e cortes a precedentes, o que acabaria por desnaturar o controle difuso. A este respeito, Cappelletti ressalta possíveis inconvenientes da aplicação do sistema americano aos países de tradição romano-germânica:

“Pois bem, a introdução, no sistema de civil law, do método “americano” de controle levaria à consequência de que uma mesma lei ou disposição de lei poderia não ser aplicada, porque julgada inconstitucional, por alguns juízes, enquanto poderia, ao invés, ser aplicada, porque não julgada em contraste com a Constituição, por outros. (...) Ulteriores inconvenientes do método “difuso” de controle, porque concretizado em ordenamentos jurídicos que não acolhem o princípio do stare decisis, são os que derivam da necessidade de que, mesmo depois de uma primeira não aplicação ou de uma série de não aplicações de uma

¹² Abreviação do brocardo latino “*stare decisis non quieta movere*”, que significa que as coisas devem ficar tal como decididas, sem modificação daquilo que já se encontra “em repouso”.

determinada lei por parte das Cortes, qualquer sujeito interessado na não aplicação da mesma lei proponha, por sua vez, um novo caso em juízo."¹³

Desta maneira, enquanto que nos sistemas de *common law* o afastamento de uma determinada norma inconstitucional pela Corte Suprema expande seus efeitos a todos os tribunais inferiores, tornando o texto legal “letra morta”, nos sistemas de *civil law* a independência dos juízes e ausência de vinculatividade dos precedentes poderia ocasionar grave crise de incoerência no sistema, além de provocar a multiplicação de ações, necessárias para que os efeitos de inconstitucionalidade se apliquem a todos os indivíduos na mesma situação.

Outrossim, aponta Cappelletti que a própria organização judiciária geralmente adotada pelos países de *civil law* não favorecia a aplicação do controle difuso. Ao contrário da Suprema Corte, os juízes pertencentes aos quadros dos mais altos tribunais dos países de tradição civilística não são nomeados politicamente, mas alcançam referido posto galgando degraus dentro da própria carreira da Magistratura. São treinados, assim, em técnicas hermenêuticas estritamente ligadas à aplicação da lei ao caso concreto e à verificação do cumprimento das regras, enquanto que o controle de constitucionalidade, por vezes, exige a ponderação discricionária acerca das necessidades políticas e interpretação do alcance das diretrizes estipuladas nas normas constitucionais. Razão pela qual Cappelletti entende ser a atividade de controle mais semelhante à do legislador, pela grande repercussão inerente às opções envolvidas, do que propriamente uma atividade jurisdicional, devendo ser o órgão de controle composto por indivíduos com perfil de homens do Estado, e não por juízes de carreira¹⁴.

Nesta conjuntura, a elaboração de um método mais adequado aos sistemas de *civil law* se fazia imprescindível, de modo a ser atribuída exclusivamente a um órgão a verificação da legitimidade constitucional de atos e normas, a fim de conferir uniformidade ao sistema. No sistema concentrado austríaco, tal como idealizado em 1920, era vedado aos juízes e colegiados inferiores discutir acerca de questões de constitucionalidade ou mesmo propô-las

¹³ Op. cit., pp. 77-78. Grifos do original.

¹⁴ Op. cit., pp. 88-90.

à Corte Constitucional¹⁵, sendo-lhes proibido, ainda, o afastamento da aplicação de norma posta ao caso concreto sob a justificativa de inconstitucionalidade.

O sistema concentrado, em sua feição tradicional, é geralmente associado ao exercício da verificação de constitucionalidade mediante via principal¹⁶, ou seja, por meio de propositura de ação específica voltada a esta finalidade, na qual o exame da constitucionalidade é a questão central dos autos, bem como ao sistema abstrato, cujo o escopo é a análise da compatibilidade em tese entre norma ou ato controlado e a Constituição, independentemente da existência de uma relação jurídica de caráter individual subjacente (em contraposição ao controle concreto, em que a violação ao texto constitucional repercute na esfera individual).

Impende observar, entretanto, que alguns ordenamentos jurídicos, ao adotarem o controle concentrado de constitucionalidade, não restringiram a competência de suas cortes constitucionais à análise da inconstitucionalidade pela via principal e abstrata. É o caso da Alemanha, cuja Corte Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*) admite a arguição de questões constitucionais tanto pela via incidental quanto pela principal, concentrando-se exclusivamente nesta Corte toda e qualquer discussão a respeito de constitucionalidade de atos, consoante dispõe o art. 93 da Norma Fundamental alemã. A Itália possui estrutura similar, também admitindo o controle difuso de constitucionalidade das leis apenas pela Corte Constitucional.

Sobre estes sistemas, Cappelletti é incisivo ao afirmar que se perfilham ao sistema concentrado, e não difuso, por unificarem a apreciação da constitucionalidade dos atos em apenas um órgão jurisdicional, não importando por qual via a matéria chegou à Corte¹⁷. O autor ressalta, ainda, que este tipo de sistema, usado na Itália e Alemanha, pode ser considerado o mais completo, por abarcar a possibilidade de controle de atos dos quais podem ou não surtir efeitos concretos.¹⁸

¹⁵ Importante lembrar que a legitimação para a instauração de controle concentrado de leis no direito austríaco sofreu mudanças consideráveis com a reforma processual de 1929, que incluiu dentre os legitimados para sua propositura dois órgãos jurisdicionais, o *Oberster Gerichtshof* (corte suprema para causas civis e penais) e o *Verwaltungsgerichtshof* (corte suprema para causas administrativas).

¹⁶ A arguição de inconstitucionalidade pelo *Oberster Gerichtshof* e pelo *Verwaltungsgerichtshof*, entretanto, é apenas exercida apenas pela via incidental, no curso de um processo em que a questão de inconstitucionalidade fosse relevante.

¹⁷ Op. cit., pp. 108 e ss.

¹⁸ Idem, p. 112.

De qualquer modo, advém da ideia de controle principal e abstrato a noção de processo objetivo, cuja única pretensão seria a discussão autônoma e imparcial da constitucionalidade dos atos, apartado de interesses subjetivos. O processo objetivo é possui cunho político, pelo qual se busca não a resolução de um conflito de interesses, mas sim a averiguação da legitimidade de um determinado ato normativo em face da Lei Maior. Em consequência, nem todas as regras e princípios do processo tradicional se aplicam ao processo objetivo, e os que se aplicam o fazem de maneira mitigada, na medida em que se mostrem necessários e adequados.

Há ainda os sistemas mistos, que combinam o controle concentrado e o difuso, como é o caso, por exemplo, da jurisdição constitucional portuguesa, “(...) *no qual convivem uma Corte Constitucional e os órgãos judiciais ordinários com competência para aferir a legitimidade da lei em face da Constituição*”¹⁹, e a brasileira, na qual convivem mecanismos de controle difuso, como o caso dos incidentes de inconstitucionalidade e o recurso extraordinário, ao lado de ações objetivas voltadas ao questionamento de constitucionalidade de atos, submetidas diretamente ao Supremo.

1.1.2 O SISTEMA BRASILEIRO: EVOLUÇÃO HISTÓRICA E PECULIARIDADES

No Brasil, país de Constituição do tipo rígida, vige atualmente o sistema de controle de constitucionalidade exclusivamente jurisdicional e misto, combinando os critérios difuso e concentrado, abstrato e concreto e principal e incidental. Mas nem sempre foi assim.

Até a Emenda Constitucional 16/1965, nosso sistema, inspirado no constitucionalismo estadunidense, era por excelência difuso e concreto, calcado na análise incidental e repressiva da inconstitucionalidade, evoluindo pouco a pouco para o sistema singular que hoje conhecemos (que permite o resguardo das normas constitucionais tanto pelas vias ordinárias quanto por requerimento direto ao Supremo Tribunal Federal, que faz as vezes de Corte Constitucional pátria).

Nascido com o advento da República e fortemente influenciada pelas ideias de Ruy Barbosa, o controle de constitucionalidade difuso recebeu previsão expressa nos arts. 59 e

¹⁹Curso de Direito Constitucional, p. 1031.

60 da Carta²⁰, que estipulavam não somente a possibilidade de interposição de recurso para o Supremo Tribunal Federal nas hipóteses em que a decisão jurídica considerar válidos atos e leis contestados em face da Constituição e das Leis Federais, mas também a competência a todos os órgãos judiciários do País, estaduais ou federais, para a conhecer de matéria afeita à constitucionalidade dos atos e leis.

A propósito, ressalta Luís Barroso que a inovação trouxe diversas dúvidas, ensejando a manifestação de Ruy Barbosa na obra “*Os actos inconstitucionaes do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*”, de 1893, na qual explana que a redação dos dispositivos constitucionais é explícita ao afirmar o reconhecimento da competência da Justiça Estadual e Federal para aferição da legitimidades constitucional dos atos²¹, tal como se dava no modelo americano importado. Ainda neste trabalho, como lembra Gilmar Mendes²², Ruy Barbosa deixa assente que a constitucionalidade não deve ser feita abstratamente, mas sim por meio de casos concretos submetidos à apreciação dos órgãos jurisdicionais, por se tratar de atividade intrinsecamente conectada a técnicas de hermenêutica, sob pena de se imiscuir o Judiciário nas atividades legislativas próprias do Congresso.

A fim de esclarecer ainda mais a questão, a Lei 221/1894, em seu art. 13, §10º, dispõe que “*Os juizes e tribunaes apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos occurrentes as leis manifestamente inconstitucionaes e os regulamentos manifestamente incompativeis com as leis ou com a Constituição.*”. Caía por terra, assim, qualquer incerteza a respeito.

²⁰ “Art. 59. Ao Supremo Tribunal Federal compete:

(...)

§ 1º Das sentenças **das justiças dos Estados** em última instancia haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

a) quando se questionar sobre a validade ou applicação de tratados e leis federaes, e a decisão do tribunal do Estado for contra ella;

b) **quando se contestar a validade de leis ou de actos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federaes, e a decisão do Tribunal do Estado considerar validos esses actos, ou essas leis impugnadas.**” (grifado).

“Art. 60. Compete aos juizes ou Tribunaes Federaes processar e julgar:

a) as causas em que alguma das partes fundar a acção, ou a defesa, em disposição da Constituição Federal;

b) todas as causas propostas contra o Governo da União ou Fazenda Nacional, fundadas em disposições da Constituição, leis e regulamentos do Poder Executivo, ou em contractos celebrados com o mesmo Governo;

(...)”

²¹ Op. cit., p. 84.

²² *Curso de Direito Constitucional*, pp. 1060-1061.

A Constituição de 1934 vai além. Não somente reforçou o controle difuso, ao determinar a suspensão, pelo Senado, da eficácia de lei declarada inconstitucional pelo Judiciário²³, a emprestar eficácia *erga omnes* às declarações de inconstitucionalidade feitas pelo Supremo²⁴, como ainda produziu significativa alteração no controle de constitucionalidade brasileiro, inaugurando o primeiro instrumento de controle de constitucionalidade pela via direta. Tratava-se de hipótese de cabimento da representação para fins interventivos, prevista no art. 12, V, da Carta²⁵, por meio da qual o Supremo, com a devida provocação do único legitimado ativo, o Procurador Geral, tomava conhecimento da inconstitucionalidade e a declarava, para o fim de garantir a observância dos princípios elencados no art. 7º, I, “a” a “h”²⁶, bem como das leis federais, autorizando a intervenção.

Dada a limitação da representação interventiva, formulada em termos similares pela Constituição de 1946, em seus arts. 7º e 8º, p.u., é possível afirmar que o controle de constitucionalidade brasileiro, à época, gravitava, em boa parte, apenas em torno do controle difuso.

Com o advento da Emenda 16/1965, porém, esta realidade se alterou. As modificações introduzidas pela Emenda no art. 101 da Constituição de 1946, que tratava da competência do Supremo Tribunal Federal, incluíram nas atribuições da Corte a apreciação da chamada *representação genérica de inconstitucionalidade*, também de monopólio exclusivo do Procurador Geral da República. O dispositivo legal, incluído na alínea “k” do

²³ Cf. art. 91, VI, da Constituição Federal de 1934.

²⁴ Cf. art. 96 da Carta de 1934.

²⁵ “Art 12. A União não intervirá em negocios peculiares aos Estados, salvo:

(...)

V - para assegurar a observancia dos principios constitucionaes especificados nas letras a a h , do art. 7º, n. I, e a execução das leis federaes;

(...)

§ 2.º Ocorrendo o primeiro caso do n. V, a intervenção só se effectuará depois que a Côrte Suprema, mediante provocação do Procurador Geral da Republica, tomar conhecimento da lei que a tenha decretado e lhe declarar a constitucionalidade.”

²⁶ “Art. 7.º Compete privativamente aos Estados:

I - decretar a Constituição e as leis por que se devam reger, respeitados os seguintes principios:

a) fôrma republicana representativa;

b) independencia e coordenação de poderes;

c) temporariedade das funções electivas, limitada aos mesmos prazos dos cargos federaes correspondentes, e prohibida a reeleição de Governadores e Prefeitos para o periodo immediato;

d) autonomia dos Municipios;

e) garantias do Poder Judiciario e do Ministerio Publico locaes;

f) prestação de contas da administração;

g) possibilidade de reforma constitucional e competencia do Poder Legislativo para decretal-a;

h) representação das profissões;”

inciso I do art. 101, passou a admitir a propositura de representação contestando a constitucionalidade de quaisquer atos normativos, de procedência federal ou estadual, independentemente da matéria que veiculam²⁷. Não por outra razão, diversos autores nela enxergam o embrião da Ação Direta de Inconstitucionalidade.

A Constituição de 1967, com as alterações introduzidas pela Emenda Constitucional 1/1969, por sua vez, não trouxe modificações significativas ao sistema de controle de constitucionalidade brasileiro.

O atual perfil do controle de constitucionalidade brasileiro é modelado pela Constituição de 1988, que acentua o caráter misto do sistema pátrio, introduzindo institutos até então inéditos no direito brasileiro.

Além de manter o controle difuso, centrado principalmente no recurso extraordinário – que, como se verá, teve seu âmbito de incidência reduzido com a criação do Superior Tribunal de Justiça e o advento do recurso especial - e no incidente de inconstitucionalidade - que viabiliza a constatação da inconstitucionalidade das leis por qualquer juiz, com a remessa dos autos ao órgão competente para sua declaração, por força da reserva de plenário -, a Carta trouxe profundas mudanças no campo do controle abstrato de constitucionalidade, que acabaram por reduzir o significado do controle concreto de normas.

Neste diapasão, foram positivadas as ações constitucionais, de competência exclusiva do Supremo, implantando definitivamente a jurisdição constitucional e o processo objetivo. Sobre elas teceremos breves comentários, eis que não se trata do principal foco de nossa discussão.

De proêmio, destaca-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade. Prevista na redação original da Carta, em seu art. 103, e regulamentada pela Lei 9.868/99, é o instrumento mais difundido de seu gênero entre nós, tendo por escopo a apreciação da inconstitucionalidade de ato ou lei estadual ou federal perante a Constituição. O rol de legitimados para sua propositura foi significativamente ampliado, como fruto das discussões recorrentes sobre a

²⁷ “Art 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:

I - processar e julgar originariamente:

(...)

k) a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República;”

questão na vigência da Constituição anterior, que relegava o único mecanismo de controle abstrato, como se viu, ao monopólio do Procurador Geral.

De utilização consideravelmente mais tímida e restrita, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, de inspiração alemã, foi introduzida em nosso ordenamento também pela Constituição vigente. Partindo da premissa de que a omissão do Estado no cumprimento de seu dever de elaboração de leis e atos necessários à aplicabilidade da Constituição é espécie de violação constitucional, visa tornar efetivas as disposições constitucionais que dependam de complementação para sua concretização, sanando a morosidade dos demais Poderes na implementação de medidas normativas imprescindíveis a tal mister. A omissão tida por inconstitucional pode ser total ou parcial, admitindo Gilmar Mendes, inclusive, sua propositura em face da *inercia deliberandi*²⁸ das Casas Legislativas, que nada mais é que a falta de discussão e de votação de projeto de lei em prazo razoável, mas somente em caso de flagrante desídia.

A Ação Declaratória de Constitucionalidade, por sua vez, foi introduzida em nosso sistema por via da Emenda Constitucional 03/93, e teve sua legitimação alargada pela Emenda Constitucional 45/04, passando a ser a mesma da Ação Direta de Inconstitucionalidade. Também regulada pela Lei 9.868/99, objetiva a declaração de constitucionalidade do ato a ela submetido, quando estiver sendo objeto de dissenso entre juízes e tribunais, tornando absoluta a presunção relativa de constitucionalidade de que gozam as leis, para evitar novos questionamentos e sanar a controvérsia. Assim como a Ação Direta de Inconstitucionalidade, trata-se de ação dúplice, ambivalente ou de “sinal trocado”, porque a decisão pela procedência ou improcedência implica a automática declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade do preceito impugnado, a teor do que dispõe, inclusive, o art. 24 da Lei 9.868/99²⁹.

²⁸ “Questão que ainda está a merecer melhor exame diz respeito à *inercia deliberandi* (discussão e votação) no âmbito das Casas Legislativas. (...) Haverá trabalhos legislativos de igual ou maior complexidade. Não se deve olvidar, outrossim, que as atividades parlamentares são caracterizadas por veementes discussões e difíceis negociações (...). Essas peculiaridades da atividade parlamentar, que afetam, inexoravelmente, o processo legislativo, não justificam, todavia, uma conduta manifestamente negligente ou desidiosa das Casas Legislativas, conduta esta que pode pôr em risco a própria ordem constitucional. Não temos dúvida, portanto, em admitir que também a *inercia deliberandi* das Casas Legislativas pode ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade por omissão.” (Curso de Direito Constitucional, pp. 1181-1182-grifos do original).

²⁹ “Art. 24. Proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória; e, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória.”.

Por fim, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, também presente na redação original da Carta e atualmente prevista em seu art. 102, §1º, foi regulamentada pela Lei 9.882/99 e moldada com caráter subsidiário em relação às demais ações constitucionais. Visa prevenir ou reparar violações a preceitos constitucionais fundamentais, suprindo estado de incerteza sobre a legitimidade da norma impugnada, atuando mormente no campo normativo que os demais instrumentos de controle concentrado não podem alcançar, tal como controle concentrado das normas municipais perante a Constituição e o Direito pré-constitucional. A este respeito, consigna Gilmar Mendes que

“Foi em resposta a esse quadro de incompletude que (...) passamos a nos indagar se a chamada ‘arguição de descumprimento de preceito fundamental’, prevista no art. 102, §1º, da CF, não teria o escopo de colmatar importantes lacunas identificadas no quadro de competências do STF.”³⁰

Como se denota do que foi até aqui exposto, a Constituição de 1988 alterou profundamente as feições de nosso controle de constitucionalidade, estipulando relações diferenciadas entre controle difuso e concentrado de normas. Até então predominante em nossa legislação, o controle difuso foi perdendo espaço para as ações constitucionais, cujo amplo rol de legitimados e diversidade de escopos permitiu que praticamente toda e qualquer questão de relevância seja levada até o Supremo, de forma autônoma e independentemente de seu questionamento em casos concretos levados recursalmente até a Corte.

É certo, porém, que desde o início o recurso extraordinário sempre desempenhou papel destacado na fiscalização da constitucionalidade das leis, constituindo-se como mecanismo de controle difuso por excelência, ao permitir a defesa da incolumidade da Constituição por via do exame das decisões proferidas em instâncias inferiores. O recurso extraordinário simboliza em nosso sistema um direito fundamental por sua própria excepcionalidade, permitindo ao recorrente ver a Constituição implementada no caso concreto do qual é sujeito, o que torna ainda mais premente a análise crítica das diversas formas de restrição ao seu acesso pelos cidadãos, especialmente por meio dos óbices ilegítimos interpostos pela chamada jurisprudência defensiva.

³⁰ *Curso de Direito Constitucional*, p. 1236.

Antes de adentrar o mérito desta problemática, porém, passaremos ao exame mais aprofundado do recurso, a fim de estabelecer concepções básicas sobre suas peculiaridades e permitir melhor compreensão sobre as transformações pelas quais vem passando.

CAPÍTULO II – O RECURSO EXTRAORDINÁRIO

2. O RECURSO EXTRAORDINÁRIO

2.1 NOÇÕES GERAIS SOBRE RECURSOS

A definição do conceito de recurso sempre mereceu debates doutrinários intensos, que giravam principalmente em torno de sua distinção em relação às ações autônomas de impugnação. Sem pretender esgotar o tema, mas apenas com o intento de compreender os elementos fundamentais à compreensão das estruturas do recurso extraordinário, buscamos oferecer um panorama geral sobre a temática.

A recorribilidade dos pronunciamentos judiciais, a par de viabilizar o inconformismo da parte, que advém naturalmente do descontentamento com uma decisão desfavorável, ainda abarca a eventual falibilidade da resolução judicial, abrindo caminho para o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional.

Veicula verdadeira tutela de interesse público, focada não somente na oportunização da irrisignação dos envolvidos com a solução dada, a favorecer a pacificação do conflito, como também na garantia, ou ao menos tentativa de garantia, do aprimoramento do provimento estatal conferido ao caso. Os recursos, assim, representam direito fundamental da parte, visando à resolução mais justa possível da lide e, porque não, “(...) *justificado, ainda, por motivos de ordem psicológica, que, historicamente, levam o homem a não se conformar com uma única apreciação do que julga ser o seu direito (...)*”³¹.

Ensina Nelson Nery que a palavra *recurso* “(...) *é proveniente do latim (recursos, us) e nos dá a ideia de repetição de um caminho já utilizado*”³², diferenciando-se dos demais remédios processuais, mormente das ações autônomas de impugnação por ser exercitável “(...) *na mesma relação jurídica processual em que foi proferida a decisão recorrida, vale dizer, sem que se instaure um novo processo*”³³. Este é o entendimento majoritário da doutrina, que distingue recursos das ações autônomas de impugnação por permitirem a irrisignação contra uma decisão sem a instauração de um novo processo, mas como prolongamento da ação principal.

³¹ SILVA, José Afonso da. *Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro*, p. 63.

³² *Teoria Geral dos Recursos*, p. 198.

³³ *Idem*, p. 203.

Outra importante característica diferenciadora dos recursos são a tipificação por disposição de lei, em *numerus clausus* e com observância do princípio da singularidade, segundo o qual para cada tipo de decisão há um recurso correspondente.

Com o objetivo de assegurar a justiça e acerto das decisões, por via do reexame da questão posta, possibilita o recurso, de maneira geral, a impugnação de decisão judicial em seu aspecto formal (*error in procedendo*), e/ou material - quando atinente ao conteúdo da decisão - (*error in iudicando*), podendo ser pleiteada sua anulação ou reforma³⁴.

Como consequência direta, os recursos retardam a formação da coisa julgada até decisão final, mas, como bem ressaltado por Nelson Nery, “(...) Não se nos afigura correto dizer que a interposição do recurso impede ou evita a coisa julgada, pois esta circunstância é consequência do princípio da inevitabilidade da jurisdição (...)”³⁵. Por ser característica própria dos recursos, portanto, a inibição da formação da coisa julgada, não podem ser denominadas recursos aquelas formas de impugnação interponíveis contra decisões já transitadas em julgado, como é o caso, por exemplo, das ações rescisórias.

Entretanto, como sabido o manejo dos recursos encontra restrições no ordenamento jurídico, devendo se dar “(...) dentro de determinados limites e mediante o atendimento de certas exigências”³⁶, o que impede que a solução da lide seja postergada indefinidamente. Vale dizer, tais limites impostos ao sistema recursal contrabalanceiam o interesse público em ver cessada a litigiosidade que deu origem ao processo com o direito do sucumbente ao duplo grau de jurisdição, que lhe confere a prerrogativa de ter a questão reapreciada pelo órgão *ad quem*, com a extirpação de eventuais vícios do julgamento.

2.1.1 RECURSOS ORDINÁRIOS E EXTRAORDINÁRIOS: ADEQUAÇÃO E UTILIDADE DA CLASSIFICAÇÃO

Dentre as classificações de recursos reconhecidas pela doutrina, encontra-se a distinção entre recursos ordinários e extraordinários, cuja compreensão nos interessa para

³⁴ José Miguel Medina e Teresa Arruda Alvim Wambier, todavia, lembram que o recurso se presta também à finalidade de integrar ou aclarar a decisão, como se dá no caso dos embargos de declaração, exemplo que, igualmente, faz cair por terra a noção tradicional de que os recursos são necessariamente julgados por órgãos de instâncias superiores (*Recursos e Ações Autônomas de Impugnação*, p. 36).

³⁵ Op. cit., p. 204.

³⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*, p. 114.

aferir se de fato o conceito de recursos extraordinários, tal como entendido pelos autores pátrios, comporta e explica o instituto do recurso extraordinário e sua diferenciação em relação aos demais remédios de impugnação.

Partindo de uma análise minuciosa da legislação nacional, José Afonso da Silva³⁷ elabora classificação segundo a qual os *remédios extraordinários* se caracterizariam por sua natureza híbrida, de ação e meio de impugnação. Seriam interpostos fora do processo de origem, formando nova relação processual, independente daquela em que restou prolatada a decisão combatida. Oferece como exemplos o mandado de segurança, a ação rescisória e a reclamação, dentre outros.

De outro lado, os *recursos ordinários* seriam aqueles interpostos no mesmo processo, sem inovação na relação processual. Subdivide-se a categoria em *ordinários via comum* e *ordinários via excepcional*, sendo que os últimos exigiriam, além da sucumbência, outros requisitos específicos, como um aparelhamento judicial específico, “(...) *formando, em última análise, uma instância de superposição (ou terceira instância, como alguns preferem.*”³⁸. É nesta categoria que o autor insere o recurso extraordinário, ressaltando que se trata de remédio com objetivo específico, já que

“O Recurso Extraordinário constitucional não tem natureza diferente dos demais [recursos] (...). Esse nome só foi adotado com o objetivo de distingui-lo do outro recurso constitucional, a que se chamou de ordinário”³⁹

Mancuso anota que o qualificativo “*extraordinário*” somente faz referência a uma série de características próprias deste tipo de recurso⁴⁰. Todavia, ressalta que o recurso extraordinário é extraordinário só no nome, mantendo a essência dos recursos em geral, porquanto sua interposição não implica a instauração de nova lide⁴¹.

Pontes de Miranda é também incisivo a respeito, pontuando que

“(...) a distinção entre recursos ou meios ordinários e remédios ou meios extraordinários é ambígua: se se pensa em recursos, é distinção interior à

³⁷ Op. cit., p. 77 e ss.

³⁸ Idem, p. 85.

³⁹ Ibidem, p. 84.

⁴⁰ *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*, p. 51.

⁴¹ Idem, p. 52.

*classe deles; se pensamos em meios, em remédios, todas as 'ações' são meios extraordinários".*⁴²

Verifica-se, assim, que a classificação apontada não espelha repercussão significativa em nosso sistema, porquanto o recurso extraordinário não oferece particularidade relevante em relação aos demais recursos a justificar sua “excepcionalidade”.

Trata-se de recurso que, como qualquer outro, impede – ou, mais precisamente, posterga – o trânsito em julgado da decisão, trazendo em seu bojo inconformidade com o provimento atacado.

A propósito, ressalta Barbosa Moreira⁴³ que a distinção em comento tem relevância científica em sistemas alienígenas, como o português, o italiano, o espanhol (na sistemática anterior à *Ley de Enjuiciamiento Civil*) e no suíço, nos quais os recursos extraordinários, ao contrário dos ordinários, não obstam o trânsito em julgado da decisão, mas o pressupõem, à semelhança do que ocorre, em nosso ordenamento, com a ação rescisória.

Não por outra razão, conclui o autor que,

*“A rigor, não existe entre nós uma classe de recursos a que se possa aplicar, segundo critério preciso do ponto de vista científico, e útil ao ângulo prático, a denominação genérica de extraordinários. Há, sim, um recurso a que (sem qualquer preocupação de ordem dogmática) se acertou dar esse nome, assim como há outro (...) que a vigente Carta Federal rotula de ordinário.”*⁴⁴

Há que se consignar, entretanto, que José Miguel Medina e Teresa Wambier entendem ser relevante a classificação, que permitiria distinguir os recursos extraordinários dos ordinários sob os aspectos dos pressupostos recursais, do objetivo por eles visado e pela natureza do Juízo *ad quem*⁴⁵.

Clara Azzoni também adota a classificação, distinguindo os dois tipos de recursos com base nas características próprias dos recursos de via excepcional, como o fato de terem

⁴² *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo VII, p. 6.

⁴³ *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, p. 255.

⁴⁴ *Idem*, p. 256.

⁴⁵ *Recursos e Ações Autônomas de Impugnação*, pp. 47-48.

fundamentação vinculada e serem de estrito direito, bem como o juízo de admissibilidade rígido a que são submetidos e a natureza das Cortes que os apreciam⁴⁶.

Partilhamos do entendimento de que a classificação é vazia de conteúdo científico, não se mostrando útil a descrever de forma satisfatória o recurso objeto de nossa ocupação. Há, é claro, determinados atributos e requisitos de cabimento que o distinguem dos demais, em especial o fato de se tratar de recurso que visa não somente ao atendimento aos interesses das partes, mas também – e principalmente, desde a introdução da repercussão geral em nosso sistema – à proteção da Constituição, do direito objetivo, com efeitos que se espriam para além da esfera particular.

No entanto, são características comuns a outros recursos e remédios, não exclusivas portanto, de onde se conclui que as peculiaridades inerentes aos requisitos e efeitos do recurso extraordinário não se prestam para inseri-lo em uma classificação doutrinária especial, de interesse prático para a ciência jurídica.

Passamos, então, a analisar as suas principais feições, com apoio na perquirição sobre seus requisitos admissibilidade, efeitos e funções, a fim de oferecer fundamentos para a vindoura discussão sobre o perfil do recurso e sua transformação ao longo do tempo, que, como se verá, acompanhou *pari passu* as alterações na própria essência da Corte Suprema.

2.1.1.1 CARACTERÍSTICAS DOS RECURSOS DE VIA EXCEPCIONAL

2.1.1.1.1 HIPÓTESES DE CABIMENTO TAXATIVAMENTE PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO

Diferentemente dos demais recursos, o recurso extraordinário e o recurso especial têm suas hipóteses de cabimento taxativamente previstas na Constituição, em seus arts. 102, III e 105, III, sendo por ela eleitas como veículos apropriados à discussão de questões constitucionais e de direito federal relevantes, e impassíveis de ampliação ou redução por via de fontes infraconstitucionais, tais como leis ou jurisprudência iterativa.

⁴⁶ *Recursos Especial e Extraordinário: aspectos gerais e efeitos*, p. 21.

Cuida-se, portanto de recursos de *fundamentação vinculada*, conceituados pela doutrina como aqueles em que é dado ao recorrente discutir apenas certas matérias e vícios expressamente estipulados⁴⁷, em oposição aos de fundamentação livre, cujas hipóteses de cabimento, além de previstas infraconstitucionalmente, permitem aduzir razões sem restrições quanto à natureza da matéria abordada.

E este atributo atrela-se à própria função exercida por estes recursos, voltados à guarda da inteireza e autoridade do direito constitucional e federal, de importância tal que mereceu seu tratamento detalhado pela via constitucional. Sobre este aspecto, Medina aduz que

*“O legislador constitucional, em vez de se omitir a respeito ou simplesmente deixar prevista a possibilidade de criação de tais recursos, preferiu ir além, criando os recursos extraordinário e especial e delimitando-lhes as hipóteses de cabimento e requisitos. (...) tais normas, apesar de substancialmente processuais, tornaram-se formalmente constitucionais.”*⁴⁸

Sobre a taxatividade das hipóteses de cabimento destes recursos, Mantovanni Colares vai além e ressalta que as situações que autorizam a abertura das vias excepcionais são imodificáveis, inclusive pelo Poder Constituinte Derivado, eis que se trata de verdadeira garantia fundamental, atrelada aos princípios do juiz natural e da vedação da instituição de juízo ou tribunal de exceção⁴⁹.

De todo modo, veremos que esta peculiaridade traz algumas decorrências de grande relevo, como a limitação do efeito devolutivo deste tipo de recursos, e, principalmente, uma certa justaposição entre o juízo de admissibilidade e de mérito, por vezes confundidos pelos operadores de direito. Dela decorre, igualmente, a “(...) *inaplicabilidade do princípio da fungibilidade recursal*”⁵⁰.

2.1.1.1.2 NÃO SE PRESTAM AO REEXAME DE FATOS OU PROVAS

Em virtude da própria razão de ser das Cortes de superposição, criadas com o intuito de garantir a uniformidade e inteireza do direito federal, bem como da autoridade da

⁴⁷ Outros exemplos de recursos deste tipo são - logicamente - o recurso especial, cujas hipóteses de cabimento se encontram expressas no art. 102, III, da Carta, e os embargos de declaração, cabíveis mediante alegação de omissão, contradição ou obscuridade.

⁴⁸ *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial*, p. 229.

⁴⁹ *Recursos Especial e Extraordinário*, pp. 61-62.

⁵⁰ Cf. AZZONI, Clara Moreira. *Recursos Especial e Extraordinário: aspectos gerais e efeitos*, p. 47.

Constituição, os recursos excepcionais não se prestam ao reexame de fatos ou provas inerentes ao caso concreto subjacente. Dito de outro modo, são recursos de estrito direito, de fundamentação vinculada, peculiaridades decorrentes do próprio posicionamento e funções das Cortes que os julgam no Judiciário brasileiro, que as impede de funcionar como meras instâncias revisoras.

É vedada, assim, a reanálise do quadro fático-probatório apresentado pelo Juízo *a quo* na decisão recorrida por via de recursos especial ou extraordinário. Em outras palavras, os parâmetros, a descrição do modo pelo qual se desenrolaram os fatos e a valoração conferida às provas pela instância recorrida não podem ser revistos pelas Cortes superiores, entendimento corroborado nos verbetes sumulares nº 7 do Superior Tribunal de Justiça⁵¹, e 279⁵², do Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, a separação entre questões de fato e de direito revela-se assaz delicada, considerando-se que por vezes as ocorrências do plano fático se amalgamam de tal forma à regra de direito aplicável que a tarefa mostra-se quase que impossível.

Sobre esta dificuldade, muito comum no cotidiano forense, ressalta Eduardo Arruda Alvim que “*Haverá sempre (...) uma zona cinzenta, em que não será tão simples definir se se trata de questão puramente de direito, suscetível de ser discutida em sede de recurso especial ou extraordinário, ou se envolve reapreciação da matéria fática.*”⁵³.

De outro lado, há que se considerar que questão alguma é única e exclusivamente de fato ou de direito: é necessário realizar, sob este prisma, exercício de abstração sobre o contexto fático, de modo a extrair a questão de direito aplicável.

Teresa Wambier traz interessante perspectiva sobre as diferenças entre questões de fato e de direito, para fins de possibilidade de análise pelas cortes de superposição⁵⁴. Em sua

⁵¹ “*A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.*”

⁵² “*Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.*”

⁵³ *Recurso Especial e Recurso Extraordinário*, p. 154.

⁵⁴ A autora traz exemplos valiosos de cada tipo de questão: enxerga questões “puramente” fáticas, por exemplo, quando se discute quem teria sido o culpado em um acidente de automóvel, com a conseqüente necessidade de reanálise de fotos, laudos, etc; questões unicamente de direito, quando se remete a dúvidas que exsurgem do próprio texto da lei, como por exemplo o termo inicial e final para pagamento de pensão alimentícia, cuja fixação depende apenas de interpretação da legislação e sua aplicação ao caso concreto, e não do revolvimento de fatos e provas (já se sabe que há a obrigação de pagar, e quem serão o credor e o devedor; resta apenas a determinação sobre o termo inicial e final da exigibilidade da obrigação); e questões que se imiscuem na subsunção dos fatos à norma, que, na opinião da autora, continuam sendo questões de direito, como se dá na

opinião, não obstante o fato de a fenomenologia jurídica necessariamente envolver a relação entre fato e direito, aduz que o problema, a questão, pode girar em torno da esfera fática ou da jurídica, ou seja, “(...) o aspecto problemático pode estar lá ou cá”⁵⁵. Para extremá-las, propõe dois critérios: o *ontológico ou substancial*, relativo à própria natureza destas questões, e o *técnico-processual*, segundo o qual as questões são divididas entre fáticas ou jurídicas a depender da possibilidade de exame por recursos de estrito direito, com base portanto no mecanismo processual utilizado para sua impugnação.

Por vezes, ressalta, se está diante de uma questão de direito, ontologicamente falando, mas que representa questão fática tecnicamente. Em sua concepção, por exemplo, a perquirição acerca da solução normativa apropriada a um dado *quadro fático pré-definido*, devidamente descrito na decisão é, por excelência, questão ontologicamente de direito. Todavia, se não for possível aferir a ilegalidade ou inconstitucionalidade pelo simples exame da decisão, sendo necessário o revolvimento de provas para avaliar o acerto na subsunção, se está, tecnicamente, diante de uma questão de *fato*⁵⁶. A autora admite, ainda, a possibilidade de que as Cortes de superposição *revalorem* a prova, caso o valor a elas conferido pelo Juízo *a quo* tenha violado disposições legais ou constitucionais, mas não o seu reexame, ou seja, o exame mais detido, a fim de verificar se as provas foram corretamente apreciadas⁵⁷.

Em suma, há a possibilidade de provocação das cortes de superposição para reavaliação do processo subsuntivo feito pelos tribunais inferiores, inclusive no que diz respeito à requalificação dos fatos tal como descritos na decisão combatida, o que não implica revisitar o modo pelo qual eles sucederam. A infringência do julgado é ínsita aos recursos comuns, e deve ser providenciada em momento apropriado, anterior à interposição dos recursos excepcionais.

Visto de outro modo, na sempre esclarecedora lição de Barbosa Moreira, a questão de direito é aquela

perquirição sobre o conceito de férias para fins de contagem de prazo, com a análise sobre a possibilidade de inserir os feriados prolongados neste conceito. (*Recurso Especial, Recurso Extraordinário e Ação Rescisória*, pp. 360-361).

⁵⁵ Idem, p. 364.

⁵⁶ Ibidem, pp. 364-373.

⁵⁷ Ibidem, pp. 376-379.

“(...) relativa à qualificação jurídica do(s) fato(s), de modo que o tribunal ad quem, embora não lhe seja lícito repelir como inverídica a versão dos acontecimentos aceita pelo juízo inferior, sem dúvida pode qualificá-los com total liberdade, eventualmente de maneira diversa daquela por que o fizera o órgão a quo, em ordem a extrair deles consequências jurídicas também diferentes (...) É também quaestio iuris a que discute acerca da observância de regra de direito probatório.”⁵⁸.

Imperioso lembrar, ademais, que em se cuidando de recursos de revisão, e não de mera cassação, em caso de provimento o tribunal não apenas censurará a decisão combatida, mas ainda proferirá novo julgamento, substituindo o anterior, inclusive com a reavaliação da subsunção do fato à norma, como se viu.

2.1.1.1.3 NÃO SE PRESTAM À CORREÇÃO DE INJUSTIÇAS NA DECISÃO

Mais do que o simples órgãos no exercício da jurisdição, as Cortes Superiores são responsáveis pela implementação do controle de legalidade e constitucionalidade das decisões jurisdicionais. Não se afigura exagerado dizer que o verdadeiro objetivo dos recursos excepcionais é a salvaguarda da unidade, autoridade e validade da legislação federal e dos dispositivos constitucionais.

Porém, como será discutido à frente, há quem enxergue no recurso extraordinário um escopo *dikelógico*, voltado à realização da justiça no caso concreto e privilegiando a tutela do *ius litigatoris*, não obstante a massiva parcela da doutrina se posicione pela inexistência deste tipo de competência no apelo extremo⁵⁹.

2.2 O JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO E SUAS PECULIARIDADES EM RELAÇÃO AOS RECURSOS COMUNS

Assim como os demais recursos, o recurso extraordinário se submete ao crivo do juízo de admissibilidade, etapa cronológica e logicamente anterior ao juízo de mérito.

⁵⁸ *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, pp. 598-600.

⁵⁹ A este respeito, Mancuso afirma que “*Naturalmente, ao aplicar o direito à espécie (Súmula STF 456), a Corte também provê sobre o direito subjetivo individual da parte. Isso, todavia, aparece como um efeito ‘indireto’ ou ‘reflexo’ do provimento sobre o recurso, já que, como antes dito, a finalidade precípua dos recursos excepcionais é a de propiciar aos Tribunais da Federação o zelo pela validade, autoridade, uniformidade interpretativa e, enfim, pela inteireza positiva do direito constitucional*” (*Recurso Extraordinário e Recurso Especial*, p. 143).

O objeto do juízo de admissibilidade consiste em uma série de requisitos mínimos que devem ser preenchidos para que o recurso prossiga à fase seguinte, o juízo de mérito, quando serão efetivamente analisados os fundamentos e razões de recorrer, com acolhimento ou rejeição da pretensão recursal. Não por outra razão, diz-se que para ser *conhecido* o recurso deve ultrapassar a barreira da admissibilidade recursal, para que então seja analisada a matéria de fundo, à semelhança do que ocorre com as condições da ação em relação ao seu mérito⁶⁰.

O juízo negativo, ou seja, a inadmissibilidade do recurso, deve se dar obrigatoriamente por decisão fundamentada, permitindo a ciência do prejudicado sobre os motivos pelos quais sua impugnação não foi recebida e lhe oportunizando o controle do pronunciamento e eventual interpolação do recurso cabível contra ela. De outro lado, o juízo positivo, que conheceu do recurso, não reclama a exposição dos fundamentos que lhe deram origem, restando implícito quando da análise do mérito recursal. Mas, impende lembrar, o juízo positivo não implica necessariamente no acolhimento da postulação, já que apenas “(...) *tem como efeito precípua o de abrir ao recorrente a via de acesso ao órgão ad quem*”⁶¹.

Na lição da doutrina moderna, os requisitos que traduzem as condições de admissibilidade dos recursos se dividem entre pressupostos *intrínsecos* e *extrínsecos*.

Os pressupostos extrínsecos dizem respeito a fatores externos à decisão combatida, sendo portanto despidendo o exame sobre seus dados para aferir a admissibilidade recursal. São eles a tempestividade, a regularidade formal, a inexistência de fato impeditivo ou extintivo que influencie no poder de recorrer e o preparo recursal.

Os pressupostos intrínsecos, por sua vez, referem-se à decisão impugnada em si, com o conteúdo e os dados tal como apostos no momento da sua prolação. Fazem parte desta categoria o cabimento, a legitimidade e o interesse recursal.

⁶⁰ Flávio Cheim Jorge, porém, adverte que as condições da ação não se confundem com a admissibilidade do recurso: “(...) *a ausência de uma das condições da ação ou de um dos pressupostos processuais não faz com que o recurso deixe de ser conhecido (...) Até mesmo quando existe aparente identidade entre as condições da ação e os requisitos de admissibilidade dos recursos, a ausência de uma delas não afetará o seu conhecimento.*”. (*Teoria Geral dos Recursos*, p. 76).

⁶¹ Cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, p. 265.

Alinhamo-nos, pois, à posição de Nelson Nery⁶², minoritária, no sentido de que a classificação dos recursos entre requisitos intrínsecos e extrínsecos deve ter por critério sua relação com a decisão atacada, e não com o poder de recorrer, o que acarreta o posicionamento do pressuposto da inexistência de fatos impeditivos ou extintivos do direito de recorrer dentre os requisitos extrínsecos de admissibilidade. Em geral, a doutrina, capitaneada por Barbosa Moreira, tende a compreender como referencial da classificação o poder de recorrer, o que desloca a inexistência dos fatores impeditivos e extintivos à categoria dos requisitos de admissibilidade intrínsecos⁶³.

Além destes requisitos, genéricos e comuns a todos os recursos, é possível aferir a existência de requisitos específicos de cada recurso, que refletem as peculiaridades de seu uso, manejo e finalidades. Esta observação é especialmente relevante em se tratando dos recursos excepcionais, que encontram pressupostos específicos para sua admissibilidade no bojo do texto constitucional⁶⁴.

Por derradeiro, imperioso anotar que o Código de Processo Civil de 1973 previa que o juízo de admissibilidade deverá ser feito de maneira bipartida, ou seja, de maneira provisória no Juízo *a quo* e definitivamente no Juízo *ad quem*, excetuando-se os recursos interpostos diretamente perante o órgão que prolatou a decisão, a exemplo dos embargos de declaração. Nesta sistemática, o diferimento do juízo definitivo se coadunava com a própria ideia de que se trata de matéria de ordem pública, não sujeita à preclusão, e que inclusive

⁶² *Teoria Geral dos Recursos*, pp. 265 e ss.

⁶³ Importante ressaltar que a doutrina se utiliza das mais diversas classificações para explicar os requisitos de admissibilidade dos recursos. Para Barbosa Moreira, por exemplo (*Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, pp. 261 e ss.), os requisitos intrínsecos se referem à existência do poder de recorrer, abrangendo o cabimento, a legitimação, o interesse e a existência do fato impeditivo ou extintivo do poder, enquanto que os requisitos extrínsecos, atinentes ao modo de exercer o poder de recorrer, compreenderiam a tempestividade, a regularidade formal e o preparo. Adotam também este posicionamento José Miguel Medina e Teresa Wambier (*Recursos e Ações autônomas de impugnação*, p. 90), Flávio Cheim Jorge (*Teoria Geral dos Recursos Cíveis*, pp. 78 e ss.) e Araken de Assis (*Manual dos Recursos*, p. 171 e ss.).

⁶⁴ O que motivou, inclusive, a construção de uma estrutura própria de estudo sobre o tema por Rodolfo de Camargo Mancuso: “*Em resumo, o iter para o conhecimento dos recursos extraordinário e especial é o seguinte: A) preenchimento, como em todos os recursos, dos pressupostos genéricos, objetivos e subjetivos; B) atendimento, no âmbito do ‘interesse em recorrer’, da exigência de cuidar-se de ‘causa decidida em última ou única instância’; C) implemento das especificações de base constitucional (...), matéria que se poderia aglutinar sob a égide do ‘cabimento’, propriamente dito.*” (*Recurso Extraordinário e Recurso Especial*, p. 226).

admitia a revogabilidade do juízo positivo, com a posterior denegação de apelação anteriormente admitida⁶⁵.

O Código de 2015, entretanto, reverteu parcialmente esta lógica, estipulando como incumbência do Juízo *ad quem* a verificação dos pressupostos recursais da apelação (art. 1.010, §3º) e do recurso ordinário (art. 1.028, §3º). Especificamente com relação ao recurso extraordinário, o art. 542, §1º do Código de 1973, que previa a remessa dos autos à conclusão do presidente ou vice-presidente do tribunal recorrido, após o prazo para contrarrazões, a fim de que fosse realizado o juízo de admissão, foi substituído provisoriamente pelo art. 1.030 da novel legislação, que consignava expressamente em seu parágrafo único que a remessa ao tribunal superior “*dar-se-á independentemente de juízo de admissibilidade*”. Como decorrência direta desta novidade, seria possível admitir, inclusive, o manejo de reclamação ao Supremo por usurpação de sua competência na realização do juízo de admissibilidade⁶⁶.

Tratava-se, a nosso ver, de modificação positiva, na medida em que se trata de providência que pode – e talvez deva – ser executada apenas pelo Juízo *ad quem*, que aliás em geral o faz de maneira mais detida e com maior frequência do que o Juízo *a quo*. Era, ainda, maneira de evitar a proliferação de recursos sobre as decisões de inadmissão, corriqueiros em recursos especiais e extraordinários.⁶⁷

Todavia, a disposição foi alterada pela Lei 13.256/16, que tornou à antiga sistemática, determinando que a avaliação da admissibilidade do recurso extraordinário será realizada pelo Presidente ou Vice-Presidente do Tribunal *a quo*.

⁶⁵ É o que se depreende da redação do art. 518, §2º, do Código de 1973: “*Apresentada a resposta, é facultado ao juiz, em cinco dias, o reexame dos pressupostos de admissibilidade do recurso.*”

⁶⁶ Nesta linha, também propunha o Enunciado nº 212 do FPPC: “*Cabe reclamação, por usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal, contra a decisão de presidente ou vice-presidente do tribunal de 2º grau que inadmitir recurso extraordinário não repetitivo.*”

⁶⁷ Em contraponto, vale trazer à baila as considerações de Artur César de Souza sobre a inovação, que alerta para o aumento exponencial na sobrecarga das cortes superiores, já que em grande parte dos recursos inadmitidos pelo Juízo *a quo* não há a interposição de agravo de instrumento contra a decisão que lhes negou conhecimento. O autor, assim, antevê a “*(...) aproximação de um estrangulamento na análise de processos no STF e no STJ, acarretando uma acumulação geométrica no trabalho de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário, causado um verdadeiro caos*” e “*(...) um enorme atraso na análise de admissibilidade desses instrumentos de impugnação, tornando ainda mais morosa a Justiça e a resolução das questões trazidas ao Judiciário*” (*Novo CPC pode estrangular recurso extraordinário e o recurso especial*. Artigo publicado no site Conjur, em 23 de março de 2015, disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-mar-23/artur-souza-cpc-estrangular-recurso-extraordinario>. Acesso em 26 de junho de 2015.

Feitas estas considerações, analisaremos de maneira pormenorizada os pressupostos de admissibilidade do recurso extraordinário.

2.2.1 REQUISITOS EXTRÍNSECOS

2.2.1.1 TEMPESTIVIDADE:

Trata-se de requisito umbilicalmente ligado à ideia da segurança jurídica, a permitir que as partes tenham a garantia de que, uma vez transcorrido o prazo para interposição de recurso, a decisão ficará imunizada. A estipulação de prazo fixo para impugnação da decisão proporciona tranquilidade aos envolvidos, que tem a certeza de que, após a fluência daquele interstício sem a apresentação de qualquer irresignação a decisão não mais poderá ser alterada.

O termo inicial do prazo recursal leva em consideração a data em que as partes foram notificadas do conteúdo da decisão, trazendo o art. 1.003 do Novo Código especificações a respeito do tema.

O artigo, em seu parágrafo 5º, estipula que o prazo para interposição e resposta a todos os recursos é de quinze dias, ressalvados os embargos de declaração, que permanecem com o prazo de cinco dias. Ou seja, no que toca especificamente o recurso extraordinário o prazo recursal manteve-se o mesmo, anteriormente definido pelo art. 508 do Código de 1973.

Ainda neste ponto, insta destacar outra novidade: nos termos do art. 219 do Novo Código, os prazos, incluindo os recursais, contar-se-ão apenas nos dias úteis.

2.2.1.2 REGULARIDADE FORMAL:

Assim como sucede com a petição inicial, deve o recurso observar os preceitos legais que impõem condições para a sua forma, previstas em artigos específicos do Código sobre o tema.

No caso dos recursos excepcionais⁶⁸, a regularidade formal se encontra disciplinada no art. 1.029 do Código de 2015, que não alterou substancialmente as disposições do art. 541 do Código anterior. Em ambos os diplomas, exige-se que a petição recursal apresente

⁶⁸ Imprescindível frisar o papel dos Regimentos Internos dos tribunais superiores no delineamento dos requisitos de regularidade formal, cujos textos trazem esmiuçadamente os atributos e procedimentos que devem seguir os recursos especial e extraordinário para sua apreciação pela Corte.

(i) a exposição do fato e do direito; (ii) a demonstração do cabimento do recurso e (iii) as razões para a reforma ou invalidação da decisão. Em suma, é necessária a definição do tema do recurso e a indicação do preceito violado com fundamentação clara e suficiente para que o tribunal possa conhecer da impugnação, sob pena de inépcia. Neste sentido, o enunciado da Súmula 284 do Supremo, que reputa “*inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia.*”

De outro lado, vemos como despropiciada a menção expressa dos dispositivos legais violados, desde que seja possível deduzir das razões recursais o preceito alegadamente ofendido⁶⁹. O Supremo Tribunal Federal, no entanto, tem negado admissibilidade ao recurso nestes casos, com a justificativa de que tal omissão atrairia a incidência do enunciado de súmula supracitado⁷⁰.

Incluía a doutrina, dentre os requisitos de regularidade formal do recurso extraordinário, a repercussão geral, que deveria ser demonstrada, nos termos do art. 543-A, §2º, do Código de 1973, em preliminar recursal. O Novo Código, porém, nada diz a respeito, consignando apenas que o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral da questão (art. 1.035, §2º), sem especificar a forma pela qual deverá ser veiculada. Resta saber se prevalecerá a interpretação de que o novel Código não exige a apresentação de preliminar formal, ainda mais levando-se em consideração o tratamento conferido à questão pelos arts. 13, V, “c” e 327 do Regimento Interno do Supremo⁷¹.

2.2.1.3 INEXISTÊNCIA DE FATO IMPEDITIVO OU EXTINTIVO:

Para que o recurso seja admitido, mister se faz que inexistam hipóteses que traduzam algum fator impeditivo ou extintivo do poder de recorrer, sob pena de pronunciamento negativo no juízo de admissibilidade recursal. É dizer, deve a prerrogativa de recorrer estar livre de quaisquer óbices, deve ser condizente com o comportamento apresentado

⁶⁹ Neste sentido, Barbosa Moreira, *in Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, p. 593.

⁷⁰ V., por exemplo, o ARE 651.415/RN, j. em 10/04/12, ARE 664.727/SP, j. em 10/04/12, AgR no RE 390.637/RJ, j. em 02/12/10. José Afonso da Silva sinaliza que este posicionamento do Tribunal é antigo, citando precedentes que datam das décadas de 1940 e 1950 (*Do Recurso Extraordinário no Direito Processual Brasileiro*, p. 339).

⁷¹ Favoravelmente a esta posição, o Enunciado nº 224 do FPPC: “*A existência de repercussão geral terá de ser demonstrada de forma fundamentada, sendo dispensável sua alegação em preliminar ou em tópico específico.*”.

anteriormente pela parte, de sorte a haver coerência entre suas atitudes anteriores e posteriores à decisão.

Menciona a doutrina, de maneira geral, a renúncia ao recurso e a aquiescência em relação à decisão proferida como fatos extintivos do poder de recorrer.

A renúncia é ato unilateral de manifestação de vontade, pelo qual a parte deixa assente que abre mão de seu poder de recorrer de determinada decisão, de maneira expressa ou tácita (ainda que, nesse caso, seja necessária a reunião de elementos concretos que apontem para a inequivocidade da renúncia, como alerta Nelson Nery⁷²), com produção de efeitos imediata, independentemente de homologação.

É ato irrevogável, não reconhecível *ex officio* e não presumível, em se cuidando de forma extintiva de direito, e que, na forma do art. 502 do Código de Processo de 1973 e 999 do Código de 2015, independe da aceitação da parte contrária, sendo, portanto, negócio jurídico não receptício⁷³. A renúncia deve ser anterior à interpolação ou oposição do recurso: se manifestado o interesse em dispor da prerrogativa recursal posteriormente à interposição, não se trata mais de renúncia, mas sim de desistência recursal.

Já a aquiescência pode ser depreendida de atos da parte que apontem para a conformação da parte com o teor da decisão, de maneira total ou parcial, expressa ou tacitamente⁷⁴ (neste caso, vale a observação feita com relação à renúncia, sobre a presença de sinais inequívocos da vontade da parte), mas sempre de forma e espontânea. Para Pontes de Miranda, a aceitação da decisão na verdade implica a renúncia tácita do direito de recorrer⁷⁵.

Nos termos do art. 503 do Código de 1973, cuja redação foi praticamente repetida no parágrafo único do art. 1.000 do Código de 2015, a aceitação da decisão pode ser aferida pela “*prática, sem reserva alguma, de um ato incompatível com a vontade de recorrer*”. É

⁷² *Teoria Geral dos Recursos*, p. 367.

⁷³ Cf. Nery (*Teoria Geral dos Recursos*, p. 368) e Flávio Cheim Jorge, (*Teoria Geral dos Recursos Cíveis*, p. 115).

⁷⁴ Para Barbosa Moreira, não obstante o fato de a aquiescência ser, via de regra, manifestada por escrito, é plenamente admissível sua verbalização, por exemplo, após a audiência de instrução e julgamento (*O Novo Processo Civil Brasileiro*, p. 118).

⁷⁵ “*Aceita-se, expressa ou tacitamente, o conteúdo da sentença (ou do acórdão), ou da decisão interlocutiva, de modo que tal atitude se há de interpretar como renúncia tácita.*” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo VII, p. 113).

o caso, por exemplo, da parte que, sem maiores ressalvas, cumpre condenação ainda não transitada em julgado, por exemplo, pagando o valor fixado na sentença com os consectários legais quando ainda em aberto o prazo recursal, o que torna logicamente preclusa a questão. A aquiescência pode ser externalizada antes ou depois de já interposto o recurso, momento a partir do qual, por decorrência lógica, ele deixa de ser admissível.

Dentre as hipóteses impeditivas do direito de ação, cita a doutrina de forma unânime a desistência do recurso. É o ato pelo qual a parte declara ao órgão julgador a vontade de que seu recurso não seja mais julgado, e que seja interrompido seu processamento. À semelhança da renúncia, a desistência é negócio jurídico unilateral não receptício, portanto não sujeito à aprovação da parte contrária, nem tampouco à homologação judicial para produção de efeitos, que são imediatos. Pode ser, também, parcial ou total, desde que cindíveis os temas apostos na minuta recursal. Pouco se fala, entretanto, sobre a possibilidade de haver desistência tácita, lembrando Flávio Cheim Jorge do exemplo da ausência de reiteração do agravo retido em sede de apelação⁷⁶, figura extinta pela nova sistemática do Direito Processual.

Consoante o art. 501 do Código de 1973, reproduzido no *caput* do art. 998 da novel legislação, a desistência poderá ter lugar a qualquer momento, a partir da interposição do recurso, sendo seu limite último, como bem destaca Nelson Nery Jr., a última oportunidade que a parte tem de para se manifestar ativamente na causa (por exemplo, a sustentação oral na sessão de julgamento, no caso da apelação)⁷⁷. Diferencia-se, portanto, da renúncia, na medida em que só sucede quando já interposto o recurso.

Ainda quanto à temática da desistência, o Novo Código traz novidade especialmente relevante para o tema tratado nesta exposição. Nos termos do parágrafo único do art. 998, “*A desistência do recurso não impede a análise de questão cuja repercussão geral já tenha sido reconhecida e daquela objeto de julgamento de recursos extraordinários ou especiais repetitivos.*”.

⁷⁶ *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*, p. 119.

⁷⁷ *Teoria Geral dos Recursos*, pp. 387-388.

Denota-se da previsão legal que a questão abordada em recurso extraordinário, à qual foi conferida o selo da repercussão geral, ou tratada em recursos extraordinário e especial repetitivos será analisada independentemente de eventual desistência do recurso pela parte.

Pretendeu o legislador elevar o julgamento da questão tratada nestes tipos de recurso ao plano abstrato, descolando-a da pretensão subjetiva do recorrente, ante o reconhecimento de sua relevância no mundo jurídico, de sorte que a prerrogativa de desistência não interfira na apreciação da matéria e no desfecho de seu julgamento pelas Cortes Superiores, com a elaboração do precedente aplicável à espécie.

Inobstante, vem entendendo a doutrina, ainda em formação, que a disposição não pode atingir o direito de desistência do recorrente, que deve ser preservado por não reclamar homologação judicial para sua implementação⁷⁸, e em consequência não se aplicaria o resultado do julgamento ao desistente. É de se questionar, todavia, este posicionamento, ante o efeito *erga omnes* de que são dotados estes julgados.

2.2.1.4 PREPARO RECURSAL

O preparo recursal é espécie de despesa processual, consistente no pagamento prévio dos gastos com o processamento do recurso. A instituição da obrigação de seu pagamento é de competência legislativa da União, por cuidar-se de matéria de direito processual, mas a fixação dos valores destas custas são de incumbência dos Estados.

Com as modificações introduzidas pela Lei 8.950/94, findou-se a discussão sobre a singularidade do preparo em relação aos demais requisitos de admissibilidade, já que anteriormente a comprovação de sua realização se dava após a interposição. A partir de então, o preparo passou a ter de ser necessariamente concretizado anteriormente à interposição, com a apresentação simultânea à minuta recursal da guia de recolhimento, situação que não se alterou com a edição do Novo Código (v. art. 1.007).

⁷⁸ Neste sentido, leciona Flávio Cheim Jorge (*Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*, pp. 2224-2225). Nesta mesma linha pauta-se o Enunciado 213 do FPPC: “No caso do art. 998, parágrafo único, o resultado do julgamento não se aplica ao recurso de que se desistiu.”.

Vige, assim, a regra do preparo imediato⁷⁹, segundo a qual a parte deve comprovar o preparo e o pagamento do porte de remessa e retorno, sob pena de *deserção*⁸⁰.

O §2º do art. 511 do Código de 1973, reproduzido, sem transformações de grande monta, no §2º do art. 1.007 do novo diploma processual, faculta à parte, contudo, a possibilidade de suprir eventual insuficiência no depósito, em até cinco dias de sua intimação. Não se deve confundir, todavia, o preparo feito “a menor”, que permite a complementação, com a falta de preparo, que culmina a pena de deserção.

No que tange especificamente ao recurso extraordinário, o preparo corresponde ao valor do porte de remessa e retorno, nos termos do art. 41-B da Lei 8.038/90.

2.2.2 REQUISITOS INTRÍNSECOS:

2.2.2.1 CABIMENTO:

O requisito do cabimento dos recursos remete a duas ideias principais: a da recorribilidade do pronunciamento, ou seja, se ele é atacável por algum recurso, e a da adequação, ou propriedade do recurso, isto é, se o recurso a ser utilizado é o certo, é o indicado pela lei para impugnar aquele tipo de decisão.

A este quesito se relacionam os princípios da fungibilidade, que “*nada mais é do que a aceitação de um recurso pelo outro, em determinadas condições*”⁸¹ aplicável quando houver fundada dúvida sobre o recurso a ser manejado, desde que inexistente erro grosseiro, e da singularidade, que consagra a ideia de que a cada decisão cabe um determinado tipo de recurso.

É neste quesito que se revela, de fato, a originalidade dos recursos ditos excepcionais, que reclamam um *plus*, em diversos aspectos, em relação aos recursos comuns.

No que tange especificamente ao recurso extraordinário, dispõe a Constituição Federal, taxativamente, os requisitos de cabimento, no seu art. 102, III, *verbis*:

“Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

⁷⁹ Cf. Nelson Nery Jr., *Teoria Geral dos Recursos*, p. 389.

⁸⁰ Araken de Assis destaca que o preparo é o único requisito de admissibilidade cuja falta recebe denominação própria (*Manual dos Recursos*, p. 258).

⁸¹ RODRIGUES, Fernando Anselmo. *Requisitos de Admissibilidade do recurso especial e do recurso extraordinário*, p. 191.

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.

Como se denota, presta-se o recurso extraordinário à dedução de pretensão recursal em que se discuta matéria de natureza estritamente constitucional. Insta observar que, em que pese o fato de, *a priori*, a alínea “d” do dispositivo, inserida pela Emenda Constitucional 45/2004, falar em lei federal como parâmetro, na realidade ela traduz incumbência ínsita às funções desempenhadas pela Suprema Corte, na medida em que trata de atribuição e invasão de competências, assunto essencialmente constitucional por remeter à preservação do pacto federativo⁸².

Com efeito, ainda que a Constituição estabeleça, de maneira exclusiva, as hipóteses de cabimento do recurso, há que se anotar que a legislação federal, em especial o Código de Processo Civil, e o regimento interno do Supremo⁸³ desempenham importante papel na definição e regulamentação de seu procedimento, conferindo instrumentalidade às disposições constitucionais e influenciando decisivamente no ato de admissibilidade e no próprio julgamento do recurso (inclusive colaborando para a jurisprudência defensiva).

A partir da vigência da nova Carta, a fixação do cabimento do recurso é prevista unicamente no texto constitucional, falhando competência às leis e regimentos para acrescentar ou suprimir hipóteses. Neste sentido, o escólio de Barbosa Moreira:

*“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 previsão do cabimento, hoje, está toda no próprio texto constitucional; nem lei ordinária, nem disposição regimental pode fazer-lhe acréscimos ou supressões”.*⁸⁴

⁸² Sobre este ponto, afirma Teresa Wambier que “(...) a disputa diz respeito à distribuição constitucional de competência para legislar: se a lei local está sendo contestada em face da lei federal, é porque, por determinação constitucional, haveria de ser disciplinada pelo legislador federal.” (*Recurso Especial, Recurso Extraordinário e Ação Rescisória*, p. 257).

⁸³ Importante lembrar, neste aspecto, que a Constituição de 1988, ao contrário de sua antecessora, não confere natureza normativa ao Regimento Interno do Supremo, nem tampouco lhe confere a possibilidade de regular o processo. A propósito, estipulava o art. 115, p.u., “c”, da Carta, transmutado para o art. 119, §3º, após a edição da Emenda Constitucional 7/77.

⁸⁴ *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, p. 584.

Este é um dado bastante relevante, porque, como se verá mais à frente, a jurisprudência e o Regimento Interno do Supremo (e, via de regra, também a do Superior Tribunal de Justiça) vem desenvolvendo interpretações da lei no sentido de barrar o acesso dos jurisdicionados à mais alta corte do país, criando verdadeiras distorções no texto constitucional de modo a aliviar sua carga de trabalho.

Feitas estas observações, passemos à análise detalhada do cabimento do recurso extraordinário.

Da dicção do inciso III, em um primeiro momento, já é possível inferir que, diversamente do recurso especial⁸⁵, o recurso extraordinário é cabível contra decisões proferidas definitivamente, ainda que por juízo monocrático. É o que se denota da expressão “*em única ou última instância*”.

Se a impugnação da decisão é endereçada ao próprio juízo de primeiro grau, por força da lei e das propriedades ínsitas ao seu procedimento, tem lugar a interposição do recurso extraordinário. Significa dizer, o recurso extraordinário é instrumento adequado ao controle de constitucionalidade inclusive de decisões de juízes de primeiro grau, a exemplo da turma recursal dos Juizados Especiais⁸⁶, bem como daquelas proferidas nas causas de alçada em execuções fiscais⁸⁷ (art. 34 da Lei 6.830/80). É um modo, segundo pensamos, de ampliar o espectro da vigilância constitucional sobre as decisões judiciais, de maneira que sejam evitadas situações que passem ao largo do controle de conformidade com a Constituição.

Para Mancuso, a razão de ser da norma também encontra guarida na intenção de estipular uma espécie de equilíbrio entre os recursos excepcionais:

“(...) a intenção, a nosso ver, foi justamente a de estabelecer certo contrapeso: o recurso extraordinário perdeu, para o recurso especial, o controle da (...) inteireza positiva do direito federal; em compensação,

⁸⁵ O art. 105, III, é bastante claro no sentido de que o recurso especial só pode ser manejado contra decisões proferidas colegiadamente pelos Tribunais Regionais Federais, Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios.

⁸⁶ Ainda que, como bem observa Clara Moreira Azzoni, “A partir da repercussão geral da questão constitucional, como condição de admissibilidade do recurso extraordinário, o número de recursos extraordinários interpostos contra decisões proferidas nos Juizados Especiais tende a ser sensivelmente reduzido (...)” (*Recursos Especial e Extraordinário: aspectos gerais e efeitos*, p. 16).

⁸⁷ A teor, inclusive, do que estipula a Súmula 640 do Supremo: “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.”.

ganhou a possibilidade de ser o recurso extraordinário oponível contra decisões de 1º grau, quando prolatadas em instância única.”⁸⁸.

Caberá o recurso, outrossim, somente contra decisão final, ou seja, quando já exauridas as vias ordinárias de recurso para sua impugnação, de maneira que a magistratura inferior tenha dado sua palavra final a respeito da questão, tornando irremediável a sua integração, reforma ou anulação por outro meio que não as instâncias extraordinárias. Ocioso ressaltar que não se incluem, dentre as “formas ordinárias de impugnação”, para efeito do cabimento do recurso, as ações rescisórias e demais remédios autônomos de impugnação.

Em outras palavras, não adotou o sistema brasileiro sistemática que permita o recurso *per saltum* à Suprema instância (ainda que o tema seja discutível à luz da reclamação constitucional), na contramão de alguns sistemas estrangeiros, como o italiano, que, em matéria penal, prevê a possibilidade de interposição de recurso de cassação diretamente contra a decisão de primeiro grau (*ricorso immediato per cassazione*), ainda que passível de impugnação por recurso ordinário⁸⁹. A questão da definitividade da decisão associa-se, pois, à ideia do prequestionamento da matéria recorrida, a ser tratado mais à frente.

Tem entendido a doutrina que é exercitável o recurso extraordinário em todas as espécies de ritos, bem como em procedimentos executivos e cautelares, o que confere larga abrangência ao termo “*causa*”.

A natureza do provimento também é compreendida de maneira ampla, admitindo-se a interposição em decisões terminativas, definitivas e até mesmo interlocutórias, com a observância, obviamente, do grau e profundidade do efeito devolutivo que cada tipo de decisão permite. Sobre esta questão, alerta Teresa Wambier que não se deve confundir “causa decidida” com lide, por implicar a exclusão das decisões terminativas, interlocutórias e dos próprios procedimentos de jurisdição voluntária⁹⁰ do espectro de cabimento do recurso⁹¹.

⁸⁸ *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*, p. 130.

⁸⁹ Cf. art. 569 do *Codice di Procedura Penale*: “1. *La parte che ha diritto di appellare la sentenza di primo grado può proporre direttamente ricorso per cassazione.*”

⁹⁰ Não obstante, o Supremo é, em linhas gerais, refratário ao recebimento de recurso extraordinário embasado em decisão proferida e procedimento de jurisdição voluntária, como bem ressalta Araken de Assis (*Manual dos Recursos*, p. 818).

⁹¹ *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e Ação Rescisória*, p. 282.

Ou seja, a expressão deve ser interpretada do modo mais inclusivo possível, ainda que não deva albergar decisões sem natureza jurisdicional, como é o caso dos precatórios, a teor do que dispõe o enunciado de súmula do Supremo de nº 733⁹², bem como as decisões de cunho administrativo, como aquelas proferidas pelo Tribunal Marítimo⁹³⁹⁴.

Por fim, anote-se que, em virtude da “causa de pedir aberta” característica do recurso, já há muito reconhecida pelo Supremo⁹⁵, é perfeitamente factível o provimento do recurso por fundamento diverso daquele apontado pelo recorrente.

Passemos, então, à análise detalhada das hipóteses de cabimento do recurso.

2.2.2.1.1 DECISÃO QUE CONTRARIA DISPOSITIVO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL:

Esta hipótese foi criada a partir da Constituição de 1946, após divergências doutrinárias nascidas da disposição constitucional que previa o cabimento do recurso extraordinário contra ofensa à lei federal. Neste sentido, pontifica José Afonso da Silva: “Indiscutivelmente, essas opiniões e controvérsias é que levaram o legislador constituinte de 46 a criar a hipótese de Recurso Extraordinário por motivo de decisão contrária a dispositivo da Constituição Federal”⁹⁶.

A respeito desta previsão específica, ressalta Barbosa Moreira que ela traz em seu bojo certo juízo de valor, ao contrário do que ocorre nas demais hipóteses, “axiologicamente neutras”.

⁹² “Não cabe recurso extraordinário contra decisão proferida no processamento de precatórios.”

⁹³ Cf. ANSELMO, Fernando Rodrigues. *Requisitos de Admissibilidade do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário*, p. 216.

⁹⁴ É de se questionar, contudo, o acerto do entendimento enunciado na Súmula 735, que consigna ser incabível o apelo extremo em caso de decisão que defere liminar, cunhado sob a ideia de que a “definitividade” da decisão é incompatível com a provisoriedade inerente ao provimento liminar, que tem suscitado inúmeras decisões de inadmissão do recurso. Isso porque é de conhecimento geral os graves danos sociais que podem decorrer da concessão equivocada de uma liminar em um processo, ainda mais quando imbuída de efeitos definitivos, na prática, negando ao jurisdicionado o controle de constitucionalidade e perpetuando não somente a iniquidade, mas também a incompatibilidade entre o pronunciamento e o texto constitucional. Sobre este aspecto, atenta Teresa Wambier para o risco de gerar o “efeito manada”, com a proliferação de ações “(...) fundadas em um entendimento incorreto da norma jurídica, que não tenha sido tempestivamente corrigido, por uma das Cortes Superiores” (*Recurso Especial, Recurso Extraordinário e Ação Rescisória*, p. 287).

⁹⁵ V., por exemplo, o RE 298.695/SP, j. em 06/08/03.

⁹⁶ *Do Recurso Extraordinário no direito processual brasileiro*, p. 209.

Para o autor, quando o constituinte fala em contrariedade à Constituição, define hipótese de procedência, não de cabimento do recurso, pois remete à conclusão de que a decisão atacada já se encontra em conflito com o texto constitucional, o que apenas confunde os conceitos de juízo de admissibilidade e de mérito, dando a entender que, para que o recurso seja aceito sob esta hipótese, é imprescindível a demonstração, *prima facie*, da contrariedade à Constituição. O que, como cediço, é matéria de mérito do recurso, motivo para seu provimento ou desprovimento, e não propriamente parâmetro para seu recebimento.

Nas demais alíneas, no entanto, transparece a ideia de análise superficial da argumentação do recorrente para fins de cabimento, porquanto há apenas a descrição do conteúdo da decisão em discussão, abrindo-se a possibilidade de que a decisão combatida, ao menos em tese, esteja correta.

A questão foi, de fato, polêmica, e deu ensejo inclusive a debates no seio do Plenário da Corte Suprema, no julgamento do RE 298.694/SP, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence⁹⁷.

Barbosa Moreira, assim, sugere como mais adequada a seguinte redação: “*quando a decisão recorrida for impugnada sob a alegação de contrariar dispositivo desta Constituição*”, que deixaria assente a existência de duas fases diferentes de apreciação do recurso, uma prévia e superficial, a propiciar seu conhecimento, e outra, mais aprofundada, a verificar a procedência dos argumentos⁹⁸. De todo modo, basta a alegação de

⁹⁷ “*I. Recurso extraordinário: letra a: possibilidade de confirmação da decisão recorrida por fundamento constitucional diverso daquele em que se alicerçou o acórdão recorrido e em cuja inaplicabilidade ao caso se baseia o recurso extraordinário: manutenção, lastreada na garantia da irredutibilidade de vencimentos, da conclusão do acórdão recorrido, não obstante fundamentado este na violação do direito adquirido. II. Recurso extraordinário: letra a: alteração da tradicional orientação jurisprudencial do STF, segundo a qual só se conhece do RE, a, se for para dar-lhe provimento: distinção necessária entre o juízo de admissibilidade do RE, a - para o qual é suficiente que o recorrente alegue adequadamente a contrariedade pelo acórdão recorrido de dispositivos da Constituição nele prequestionados - e o juízo de mérito, que envolve a verificação da compatibilidade ou não entre a decisão recorrida e a Constituição, ainda que sob prisma diverso daquele em que se hajam baseado o Tribunal a quo e o recurso extraordinário. III. Irredutibilidade de vencimentos: garantia constitucional que é modalidade qualificada da proteção ao direito adquirido, na medida em que a sua incidência pressupõe a licitude da aquisição do direito a determinada remuneração. IV. Irredutibilidade de vencimentos: violação por lei cuja aplicação implicaria reduzir vencimentos já reajustados conforme a legislação anterior incidente na data a partir da qual se prescreveu a aplicabilidade retroativa da lei nova.” (RE 298694, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 06/08/03-grifado).*

⁹⁸ Sobre este ponto, porém, entende Mancuso ser possível a análise imediata do mérito recursal em caso de contrariedade a súpula vinculante, que já teria deixado assente que certa exegese é contrária à Constituição (*Recurso Extraordinário e Recurso Especial*, pp. 231-232).

contrariedade, devidamente fundamentada, para que seja admitido o recurso pela alínea “a”. A contrariedade, desta feita, será aferida *in statu assertionis*.

No mais, nos parece ser o dispositivo o verdadeiro núcleo do controle de constitucionalidade por via difusa, visando a manter a unidade e garantir a autoridade dos preceitos constitucionais ao coibir a contrariedade da norma constitucional. Contrariedade que deve ser tida de forma ampla, abrangendo, na lição de José Afonso da Silva⁹⁹, as decisões que: (i) contrariem a literalidade da norma; (ii) contrariem o seu sentido ou espírito; (iii) se utilizem de outro texto legal, ao qual o aplicador do direito fez uma analogia errônea, dessumindo de seu texto premissa equivocada; (iv) adote interpretação obscura que leve ao erro inquinado de infringente à Constituição. Em outras palavras, a propalada violação pode se dar por diversas formas, como a aplicação de preceito inconstitucional, a negativa de vigência de dispositivo constitucional e até mesmo pela interpretação errônea da Constituição¹⁰⁰.

Discussão recorrente na aplicação do dispositivo diz respeito aos conceitos e lindes interpretativos das ideias de “questão constitucional” e “ofensa à Constituição”.

No tocante à primeira - que ganhou relevo após o desmembramento do recurso extraordinário, com o advento da Constituição de 1988, que determinou a cessação de sua competência de controle dos atos em face da legislação federal -, a melhor interpretação se inclina no sentido de que o preceito da alínea “a” abrange também os princípios enunciados pela Carta¹⁰¹, porquanto dela parte integrante e essencial.

A segunda questão, também de importância capital para este trabalho, diz respeito à criação, pelo Supremo, da tese de que, para ser recebido, o recurso extraordinário deve apontar a existência de violação frontal e direta ao texto constitucional; ou seja, não pode a alegada ofensa ter lei federal de permeio. É a inadmissibilidade da chamada “ofensa reflexa”, ou “indireta”, calcada na ideia de que, em sendo o recurso extraordinário de estrito direito,

⁹⁹ *Do Recurso Extraordinário no direito processual brasileiro*, pp. 190-197.

¹⁰⁰ Considerando-se, é claro, os contornos impostos pelo enunciado da Súmula 400 do Supremo: “*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.*”

¹⁰¹ Neste sentido, Fernando Anselmo: “*A possibilidade de interposição de recurso extraordinário não se restringe somente às hipóteses em que a decisão recorrida tenha dado interpretação incompatível com a norma constitucional, mas também quando se opuser aos seus princípios.*” (*Requisitos de Admissibilidade do recurso especial e do recurso extraordinário*, p. 218).

com hipóteses taxativas de cabimento, a necessidade de análise prévia de lei federal para a constatação da violação ao texto constitucional é um contrassenso.

Constata-se que esta posição do Supremo acabou por se tornar um dos óbices jurisprudenciais mais empregados pela Corte. São centenas de julgados que fundamentam a inadmissão do recurso sob este viés, assumindo a teoria da ofensa indireta verdadeiro protagonismo na jurisprudência defensiva do Supremo, rendendo, aliás, frutos: já elaborou o Supremo, inclusive, enunciado de súmula segundo o qual a alegação de violação de certos princípios inseridos na Carta, como o da legalidade, implicam, invariavelmente, a alegação de ofensa reflexa¹⁰². O assunto, cerne deste trabalho, será esmiuçado oportunamente, inclusive com as alterações e soluções propostas pelo Novo Código de Processo Civil a respeito.

2.2.2.1.2 DECLARAÇÃO DA INCONSTITUCIONALIDADE DE TRATADO OU LEI FEDERAL

É a hipótese menos controvertida, decorrente da presunção relativa de constitucionalidade das leis.

Em um primeiro momento, a leitura do dispositivo já leva a descartar a decisão que declara a constitucionalidade do tratado ou lei federal como hipótese de cabimento do apelo extremo, porque incompatível com o tipo legal. Logo, para desafiar recurso extraordinário deve a decisão declarar, formalmente, a inconstitucionalidade do preceito, não bastando que o vício de inconstitucionalidade tenha sido suscitado pelas partes durante o desenrolar do processo. Fredie Didier sustenta que até mesmo o prequestionamento é dispensado nestes casos: segundo afirma, “(...) *o que importa é a manifestação do tribunal recorrido que decreta a inconstitucionalidade de uma lei ou tratado*”¹⁰³.

Caso a decisão combatida provenha de instância única, basta a declaração da inconstitucionalidade do dispositivo pelo Juízo. De outro lado, em se cuidando de decisão sujeita ao duplo grau de jurisdição, deve-se atentar para a previsão do art. 97 da Constituição, que estipula a regra de reserva de plenário, ou *full bench*, para a declaração incidental de

¹⁰² É o que se depreende do enunciado da Súmula 646 do Supremo: “*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.*”.

¹⁰³ *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 03, p. 341.

inconstitucionalidade pelo Juízo *a quo*, seja por meio do órgão pleno, seja por meio de órgão especial. Todavia, há que se ressaltar que, nesta hipótese, a decisão contra a qual cabe o recurso extraordinário é aquela em que o decreto de inconstitucionalidade é aplicado ao caso concreto, pelo órgão fracionário, e não a decisão do plenário ou órgão especial em si, que reconheceu a inconstitucionalidade, nos termos do enunciado de Súmula 513 do Supremo¹⁰⁴.

No que se refere aos tratados, a latente divergência doutrinária sobre sua natureza – que gerava correntes das mais variadas, que vão desde aquelas que propugnam pela posição supraconstitucional e supralegal dos tratados, quanto aquelas que defendem localizar-se o tratado no mesmo patamar hierárquico das normas constitucionais ou das leis federais -, ganhou novos contornos a partir da edição da Emenda Constitucional 45/04: os tratados de direitos humanos aprovados pelo quórum qualificado do art. 5º, §3º, da Carta passam a ter *status* de emendas constitucionais.

Sob este prisma, após a histórica decisão proferida no RE 466.343/SP, definiu o Supremo que os tratados de direitos humanos aprovados sob o rito estatuído no art. 5º, §3º, da Constituição, possuem na realidade natureza supralegal, podendo servir de parâmetro de controle para as demais leis federais¹⁰⁵. É de se questionar, porém, se a supralegalidade desloca o cabimento para a alínea “a” do artigo¹⁰⁶. No que se refere aos demais tratados, estes permanecem equivalentes às normas federais.

Vale ainda ressaltar que a impugnação que verse sobre a contrariedade ou negativa de vigência do tratado desafia recurso especial pela alínea “a” do inciso III do art. 105 da Carta. É diferença sutil, mas que deve ser levada em consideração na escolha do recurso a ser interposto.

De todo modo, como bem resume Garcia Medina, a alínea em questão propõe a comparação entre a lei federal ou tratado e a Constituição, “(...) *precisando-lhes o alcance*,

¹⁰⁴ “A decisão que enseja a interposição de recurso ordinário ou extraordinário não é a do plenário, que resolve o incidente de inconstitucionalidade, mas a do órgão (câmaras, grupos ou turmas) que completa o julgamento do feito.”

¹⁰⁵ Neste sentido, Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Branco: “(...) *afigura-se inequívoco que o tratado de direitos humanos que vier a ser submetido a esse procedimento especial de aprovação configurará, para todos os efeitos, parâmetro de controle para as normas infraconstitucionais.*” (*Curso de Direito Constitucional*, p. 1151).

¹⁰⁶ Defende esta posição André Ramos Tavares, no que é secundado por Didier (cf. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 03, pp. 344-345).

e em operação seguinte, verificar se há incompatibilidade entre eles, a ponto de se ter declarado inconstitucional o tratado ou lei federal”¹⁰⁷

2.2.2.1.3 DECRETO DE VALIDADE DE LEI OU ATO DE GOVERNO LOCAL CONTESTADO EM FACE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Sobre esta hipótese cabe a mesma observação feita à alínea anterior: é necessário que a decisão recorrida tenha reconhecido a validade da lei ou ato contestado em face da Carta, e que esta contestação tenha efetivamente se realizado.

A ideia subjacente ao dispositivo é a manutenção da hierarquia entre as normas constitucionais e locais, por via do controle de decisão em que se privilegiou, em tese, a lei local em detrimento da Constituição, o que autoriza sua revisão pelo Supremo.

Consoante lembra José Afonso da Silva, as “leis” ou “atos” locais referem-se a providências tomadas por qualquer dos três Poderes¹⁰⁸.

A hipótese preconizada nesta alínea, como bem lembra Araken de Assis¹⁰⁹, abriga numerosas causas de direito administrativo e tributário, contribuindo significativamente para a massificação litigiosa observável nos recursos extraordinários.

2.2.2.1.4 DECRETO DE VALIDADE DE LEI LOCAL CONTESTADA EM FACE DE LEI FEDERAL.

Como já mencionado, a alínea “d” foi introduzida em nosso sistema por meio da Emenda Constitucional 45 de 2004, que implementou a propalada Reforma do Judiciário, destacando a hipótese do âmbito de cabimento do recurso especial (anteriormente prevista no art. 105, III, “b” da Carta).

Frise-se, porém, que a mesma hipótese, mas referente a ato de governo local, permanece desafiando recurso especial, já que, no caso, como assinala Teresa Wambier, “(...) o problema é de mera legalidade: trata-se de saber se ato infraregal respeitou a lei federal”¹¹⁰. A mesma autora propõe dois enfoques do problema: se a discussão tangencia a

¹⁰⁷ *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial*, p. 298.

¹⁰⁸ *Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro*, p. 224.

¹⁰⁹ *Manual dos Recursos*, p. 847.

¹¹⁰ *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e Ação Rescisória*, p. 257.

competência dos entes federativos para legislar sobre um dado tema, afastando-se a legislação federal que exceda a competência legislativa da União, a situação reclama a interposição do recurso extraordinário. Se, de outro lado, entende-se que ambas as normas são válidas, havendo discussão sobre a compatibilidade entre elas, e a lei local é aplicada, cabe recurso especial pela alínea “b” do inciso III do art. 105 da Constituição¹¹¹.

Cuida a alínea, pois, de questão de domínio constitucional, na medida em que busca assegurar a observância das regras de competências repartidas constitucionalmente aos entes federativos. Todavia, a esse respeito, alerta Araken de Assis eu a redação do artigo, embora auspiciosa, permite ao Juízo *a quo* “(...) considerar válida a lei federal em desfavor da lei local, a despeito de aquela se mostrar inconstitucional porque exorbitante da competência legislativa da União”¹¹².

2.2.2.2 LEGITIMIDADE:

À semelhança do que ocorre com o exercício do direito de ação, a legitimidade é também condição para o exercício do direito de recorrer, devendo pois ser analisada previamente ao mérito do recurso. A legitimidade nada mais é que a atribuição de qualificação a determinados entes para que façam o uso do recurso, por razões lógicas de viabilidade do sistema, valendo-se do critério da relevância e repercussão da decisão na esfera de direitos deste ente.

Por esta razão, é comum que a legitimidade recursal seja imiscuída ao conceito de interesse recursal, para o que contribui a própria redação do artigo que cuida da matéria, ao falar em “parte vencida” e “terceiro prejudicado”, que não sofreu transformações notáveis neste aspecto em relação ao Código de 1973. Os requisitos, todavia, são distintos e analisados em momentos diferentes: primeiramente, deve-se aferir a legitimidade recursal, verificando se o recorrente se encontra dentre o rol de legitimados para impugnar a decisão definido em lei. Logo após, e avaliado seu interesse em recorrer daquele pronunciamento.

¹¹¹ *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e Ação Rescisória*, p. 258.

¹¹² *Manual dos Recursos*, p. 711.

Cuida o artigo 996 do Código de 2015 – que substituiu o art. 499 do Código de 1973 - de definir o rol de legitimados para a interposição do recurso, que seriam a parte vencida, o terceiro prejudicado e o Ministério Público (na qualidade de parte ou de fiscal da Lei).

A ideia de “parte” engloba não apenas o autor e réu primitivos, mas também seus sucessores, litisconsortes e eventuais intervenientes, sendo importante lembrar que, como alerta Flávio Cheim Jorge, o fato de determinada parte ter sido considerada ilegítima pelo Juízo *a quo* não interfere em seu interesse recursal, sendo perfeitamente possível que recorra da decisão terminativa que reconheceu sua ilegitimidade¹¹³.

No que se refere ao terceiro prejudicado, o Novo Código aperfeiçoa a redação do Código de 1973, ao dispor no parágrafo único de seu art. 996 que, para que seu recurso seja admitido, o terceiro deverá comprovar que a decisão recorrida poderá repercutir em relação jurídica de que é titular, ou que possa discutir na posição de substituto processual (ou seja, como legitimado extraordinário), é claro, nos lindes já afixados em juízo. Na lição de Nelson Nery, o terceiro legitimado deve ter “(...) *interesse jurídico em impugnar a decisão, não um mero interesse de fato ou econômico*”¹¹⁴.

Neste contexto, imprescindível ressaltar que ao *amicus curiae* é reservada, pelo art. 138, §§ 1º e 3º, do Código de 2015, apenas a possibilidade de oposição de embargos de declaração ou interposição de recurso contra o incidente de resolução de demandas repetitivas.

Por fim, o Ministério Público é legítimo para interpor recurso tanto quando esteja atuando como parte, quanto quando desempenhe papel de *custus legis*, sendo apenas necessário demonstrar, neste último caso, a possibilidade de sua intervenção, em razão das peculiaridades do caso, e não propriamente que a intervenção se deu ao longo do processo.

O recurso extraordinário, neste ponto, submete-se ao regime geral do Código sobre recursos, não possuindo nenhuma especificidade. O que é natural, em se tratando de controle concreto de constitucionalidade, efetuado sobre relação jurídica subjetiva, distinguindo-o do controle abstrato, exercido em tese e independentemente de um caso concreto, evidentemente exigido definição mais específica dos interessados em ativá-lo.

¹¹³ *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*, p. 84.

¹¹⁴ *Teoria Geral dos Recursos*, p. 297.

2.2.2.3 INTERESSE RECURSAL

Vale também para o interesse recursal a observação feita à legitimidade, no que se refere ao seu paralelismo em relação às condições da ação. Para que o recurso seja admitido, assim como sucede com a resolução de mérito da ação, para o qual é imprescindível o interesse de agir, no âmbito recursal é necessário demonstrar o interesse em recorrer.

O interesse é compreendido sob duas facetas, que conjugadas compõem o binômio necessidade/utilidade.

De um lado, o recurso deve ser *útil*, deve proporcionar ao recorrente situação mais vantajosa do que a aquela que a decisão impugnada lhe proporcionou, ou seja, deve lhe trazer algum proveito, do ponto de vista prático. Por isso, o conceito de interesse recursal vem sempre atrelado à ideia da sucumbência, do prejuízo que a decisão impôs à parte, e que pode ser de duas ordens: formal, quando a decisão trouxe situação divergente da pretensão inicial, ou material, quando colocar a parte em posição mais gravosa do que a que anteriormente se encontrava antes do processo¹¹⁵. Conforme Barbosa Moreira, a parte vencida, na expressão usada pelo art. 499 do Código de 1973 (e mantida pelo art. 996 do Novo Código) é também aquela a quem a decisão objurgada não concedeu tudo o que ela poderia esperar, o melhor resultado possível¹¹⁶.

De outro lado, recorrente deve provar a necessidade do recurso, ou seja, deve demonstrar que ele é o único meio hábil para obter a vantagem pretendida, é o único remédio disponível para sanar a “(...) (*suposta*) *ameaça ou lesão ao (alegado) direito*”, no escólio de Barbosa Moreira¹¹⁷.

O interesse de recorrer deve ser verificado em função da parte dispositiva da decisão, de suas conclusões, que ficarão cobertas pelo manto da coisa julgada, e não com base nos fundamentos adotados. Inexistente o interesse de recorrer, portanto, quando a parte vencedora busca a reforma da decisão por meio de recurso com base no entendimento de que o Juízo *a quo* deixou de apreciar algum dos argumentos apresentados em favor de sua pretensão.

¹¹⁵ A propósito, v. NERY JR., *Teoria Geral dos Recursos*, p. 301.

¹¹⁶ *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 300.

¹¹⁷ *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 303.

Não por outra razão, as Cortes de Superposição elaboraram verbetes de súmulas (Súmula 283 do Supremo e 292 e 528 do Superior Tribunal de Justiça) esclarecendo que devem ser inadmitidos recurso extraordinário ou especial alicerçados unicamente na alegação de que a decisão recorrida deixou de apreciar algum dos fundamentos levados ao Juízo *a quo*.

No tocante aos recursos de via excepcional, também oportuno destacar que o interesse de agir não estará presente quando a decisão recorrida repousa em fundamentos constitucionais e infraconstitucionais, podendo ser mantida por quaisquer deles, e o recorrente deixa de apresentar o outro recurso excepcional competente para sua total reforma.

Com efeito, inócuo seria o recebimento e julgamento de um recurso especial, por exemplo, se a decisão impugnada pudesse subsistir em função de fundamentos constitucionais, não atacados por via recursal extraordinária. O tema foi, inclusive, objeto de verbe de sumular do Superior Tribunal de Justiça, de nº 126: “*É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamento constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário.*”. Sua aplicabilidade, contudo, tem sido questionada desde o advento da repercussão geral, já que tornaria inútil e sem sentido a obrigatória interposição simultânea do recurso extraordinário, quando o assunto não for revestido de relevância geral.

2.2.3 PREQUESTIONAMENTO: REQUISITO DE ADMISSIBILIDADE?

O prequestionamento é temática que instaura verdadeira polêmica na doutrina processual. Há divergência entre os doutrinadores sobre sua natureza e conceito, havendo quem entenda, por exemplo, ser o prequestionamento um pressuposto específico de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário, bem como entendimentos no sentido de que é mera característica decorrente da excentricidade processual dos recursos de superposição.

A controvérsia não é nova. Conforme noticiam Medina¹¹⁸ e Mancuso¹¹⁹, as Constituições de 1891 (art. 59, §1º, “a”), 1934 (art. 76, 2, III, “a” e “b”), 1937 (art. 101, III, “a” e “b”) e 1946 (art. 101, III, “b”) traziam expressamente em seu bojo a necessidade de questionamento nas hipóteses de cabimento do recurso extraordinário, o que motivou a construção de entendimento jurisprudencial calcado na imprescindibilidade da agitação prévia da matéria federal/constitucional para admissão do recurso extraordinário.

Não obstante a falta de menção explícita ao “questionamento” nas Cartas seguintes, o Supremo Tribunal Federal houve por bem manter o posicionamento adotado, inclusive editando os verbetes sumulares de nºs 282¹²⁰ e 356¹²¹, ambos datados de 1963.

Contudo, a falta de previsão específica do prequestionamento deu azo até mesmo a discussões acerca de sua constitucionalidade.

Em voto paradigmático proferido nos Embargos no Recurso Extraordinário nº 96.802, em que se discutia a constitucionalidade da Súmula nº 282 do Pretório Excelso, o Ministro Alfredo Buzaid discorreu com maestria sobre o instituto do prequestionamento e suas bases históricas.

De início, atribui à competência conferida pela Constituição de 1967 ao Supremo para definir regimentalmente o processo e julgamento de causas originárias e recursos de sua alçada a ausência do termo “questionamento” nas Cartas seguintes a de 1946¹²². Esclarece ainda que o instituto do prequestionamento deita raízes na doutrina americana produzida em torno do *writ of error* criado pelo *Judiciary Act* de 1789. Segundo afirma,

“A doutrina prevalecente nos Estados Unidos, é que a questão federal tenha sido suscitada e resolvida pelo Tribunal do Estado. Não basta, pois, alegá-la no writ of error. E o que ainda ensina Cooley: ‘Mas para autorizar a reforma sobre aquela Lei (Lei Judiciária de 1789), força é que conste dos autos, ou expressamente ou por manifestação clara e

¹¹⁸ *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial*, p. 215 e ss.

¹¹⁹ *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*, p. 287.

¹²⁰ “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.”

¹²¹ “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.”

¹²² “Depois disso não constou [o prequestionamento] mais de cânon constitucional, porque a Constituição de 1967, com a Emenda nº1, de 1969; e Emenda nº 7 de 1977, atribuiu ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e competência para dispor sobre o processo e julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal.”

necessária, que qualquer uma das questões enumeradas tenha surgido no tribunal do Estado e aí foi rejeitada' (Cooley, ob. cit., pág. 19)'' (grifado).

A tônica conferida pelo Ministro parece apontar no sentido de que a ideia de prequestionamento deve congrega a suscitação da questão conflitiva e sua resolução na decisão recorrida, de modo a oferecer subsídios ao julgamento pelas Cortes Superiores e delimitação do efeito devolutivo conferido aos recursos excepcionais.

Em obra específica sobre o assunto, José Miguel Garcia Medina analisa detidamente o significado do prequestionamento ao longo do tempo, e destaca a polissemia da palavra e vacilação da doutrina e jurisprudência em defini-la.

Sistematiza o autor as concepções doutrinárias e jurisprudenciais de prequestionamento em três grupos principais¹²³: (i) o prequestionamento consiste na apreciação da matéria constitucional ou federal pela decisão impugnada, dela constando expressamente¹²⁴; (ii) o prequestionamento compreende o debate prévio sobre a questão, sua ventilação anteriormente à prolação da decisão recorrida, o que, por diversas vezes, é atribuído pelas Cortes Superiores como ônus das partes¹²⁵; (iii) e, por fim, a terceira posição, que conjuga as anteriores, segundo a qual o prequestionamento é a discussão prévia acerca da matéria, somada ao seu tratamento pela decisão recorrida.

Com efeito, a diversidade de significados atribuída pela doutrina ao prequestionamento é visível.

Para Teresa Wambier, o prequestionamento consiste na atividade voltada a “(...) *fazer com que conste da decisão a questão federal ou a questão constitucional*”¹²⁶.

Consoante Cassio Scarpinella,

“(...) diferentemente do que insinua seu nome, [o prequestionamento] caracteriza-se pelo enfrentamento de uma dada tese de direito constitucional ou de direito infraconstitucional federal na decisão a ser

¹²³ *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial*, p. 217 e ss.

¹²⁴ “*Recurso - prequestionamento - configuração. Tem-se como configurado o prequestionamento da matéria veiculada no recurso quando consta, do acórdão impugnado, a adoção de entendimento explícito a respeito. Viabilizado o cotejo indispensável a que se diga da transgressão, ou não, ao preceito cuja supremacia almeja-se preservar mediante a via recursal, conclui-se pela observância ao citado pressuposto de recorribilidade, no que inerente aos extraordinários*”. (RE 104899, Rel. Min. Aldir Passarinho, relator p/ acórdão Min. Marco Aurélio, Segunda Turma, julgado em 30/06/92-grifado).

¹²⁵ Conforme ressalta Medina, é entendimento minoritário, mas que guarda importância, especialmente considerando-se a corrente jurisprudencial nascida no Supremo após a edição da Súmula 356, como se verá.

¹²⁶ *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e Ação Rescisória*, pp. 352-353.

recorrida, e não pelo debate ou pela suscitação da questão antes de seu proferimento. A palavra deve ser compreendida como a necessidade de o tema objeto do recurso haver sido examinado, enfrentado, decidido pela decisão atacada.”¹²⁷ (grifado).

Araken de Assis, por sua vez, compreende o prequestionamento como “(...) o próprio conteúdo do pronunciamento judicial. É a afloração (...) dos tipos constitucionais contemplados no art. 102, III, da CF/1988.”¹²⁸.

Para Nery Jr., o prequestionamento

*“(...) não é verdadeiro requisito de admissibilidade dos recursos excepcionais. (...) o verdadeiro requisito (...) é o cabimento que só ocorrerá quanto às matérias que tenham sido efetivamente ‘decididas’ pelas instâncias ordinárias”*¹²⁹

Defendendo posição similar, Medina enfoca o problema de forma mais aprofundada. Apesar de conceber o prequestionamento como a atividade desenvolvida pelas partes por meio da qual o conhecimento da matéria é levado ao tribunal superior, entende que não se trata de requisito relevante à admissibilidade do recurso, pois não se confunde com a ideia de *causa decidida*, esta sim requisito de admissibilidade dos recursos excepcionais.

E o faz com acerto, em nossa opinião.

Com efeito, no que se refere especificamente ao recurso extraordinário, da análise do art. 102, III, da Constituição, depreende-se que o apelo extremo é cabível para julgar “*causas decididas*”.

A fim de precisar o alcance e significado da expressão, e tendo em vista a excepcionalidade do recurso e o já tradicional entendimento jurisprudencial acerca do prequestionamento, houve por bem o Supremo interpretá-la como a necessidade de que a questão sobre a qual se recorre esteja devidamente contida na decisão objurgada. Trata-se, pois, de mera explicitação do teor da locução, sem no entanto criar requisito de admissibilidade específico, como alguns defendem, o que é claramente vedado pelo ordenamento.

¹²⁷ *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*, p. 241.

¹²⁸ *Manual dos Recursos*, p. 823.

¹²⁹ *Teoria Geral dos Recursos*, p. 288.

De fato, reclamam os recursos excepcionais apenas a existência da matéria na decisão combatida, pois que, como visto, não se prestam ao reexame do quadro fático-probatório da causa. Suas peculiaridades demandam a análise do caso nos estritos limites impostos por sua moldura constitucional: os recursos excepcionais, na qualidade de instrumentos de guarda da autoridade, uniformidade e inteireza do direito objetivo federal e constitucional, somente exercem o cotejo entre a decisão recorrida e os dispositivos legais e constitucionais, verificando se há a conformação do tipo constitucional. Em outras palavras, “*O que não se encontra ‘dentro’ do ato judicial que se pretende impugnar por RE ou REsp não pode ser deles objeto*”¹³⁰.

De outro lado, é certo que a inserção da questão constitucional ou federal na decisão atacada pode ser feita por outros meios que não a discussão travada pelas partes, pois a noção de “questão” não implica, obrigatoriamente, a contestação do ponto única e exclusivamente pelas partes.

Nas palavras de Medina, valendo-se dos ensinamentos de Carnelutti e Menestrina, a questão é “*(...) um ponto (fundamento da demanda ou da defesa) acerca do qual surgiu uma controvérsia e que, para decidir a lide, o órgão judicante resolve cada uma das questões surgidas, optando entre os pontos que lhe pareçam procedentes*”¹³¹.

A questão federal ou constitucional, desta maneira, pode exsurgir, por exemplo, por via do próprio questionamento pelo Juízo¹³². O importante, repita-se, é que as razões estejam devidamente postas na decisão recorrida, de modo a proporcionar aos tribunais superiores subsídios para a verificação da sua compatibilidade com os dispositivos constitucionais e federais, sem adentrar o caso concreto.

O prequestionamento, destarte, como o próprio *nomen iuris* sugere, é apenas a agitação da questão pelas partes, nas instâncias inferiores, visando a manifestação do órgão jurisdicional, *antes* da prolação da decisão. Consiste, pois, em apenas “*(...) um dos meios para se chegar ao requisito de admissibilidade dos recursos excepcionais*”¹³³. Sob este prisma, não viceja a ideia de que o prequestionamento ocorre quando do proferimento da

¹³⁰ NERY JR., *Teoria Geral dos Recursos*, p. 280.

¹³¹ *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial*, p. 244.

¹³² Neste sentido, esclarece Medina: “*Ainda, mesmo que não haja alegações das partes, pode o juiz suscitar a dúvida, e resolvê-la na decisão.*” (*O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial*, p. 246).

¹³³ NERY JR., *Teoria Geral dos Recursos*, p. 280.

decisão, uma vez que, como visto, o que sucede neste momento é a decisão da causa, essencial à admissibilidade dos recursos excepcionais.

Assim, parece acertado dizer que o prequestionamento é, na realidade, apenas uma forma de alcançar o requisito de admissibilidade do recurso excepcional, consistente no exame da questão constitucional pela decisão atacada, e não um fim que se exaure em si mesmo.

Mesmo porque, não se pode olvidar que a Constituição, fonte exclusiva dos requisitos de admissibilidade dos recursos excepcionais, nada dispôs a respeito, limitando-se a exigir a que a causa se encontre decidida pela instância inferior. De modo que a exigência do prequestionamento, compreendido como prévia provocação do tribunal pelas partes, não pode ser alçada à condição de requisito de admissibilidade, nem tampouco pode ser tratada como óbice jurisprudencial ao conhecimento dos recursos excepcionais, sob pena de incorrer em grave usurpação da competência constitucional.

O tema é inegavelmente tormentoso nas Cortes Superiores, que ostentam ou ostentaram julgados refletindo os três posicionamentos suprarreferidos¹³⁴.

Atualmente, vige no Supremo Tribunal Federal, corte que mais nos interessa para os fins deste trabalho, o entendimento de que o prequestionamento consiste na presença da tese agitada no bojo da decisão recorrida, com expressa emissão de juízo sobre o tema.

Nos julgados, a Corte Suprema deixa assente que o prévio debate entre as partes não configura o prequestionamento, desonerando-as da ilógica obrigação de trazer o assunto à baila mesmo quando a decisão combatida já espelhe o posicionamento da corte recorrida sobre o tema¹³⁵.

¹³⁴ Para estudo mais aprofundado da jurisprudência sobre o tema, v. MEDINA, *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial*.

¹³⁵ Nesta linha, os seguintes julgados: “*LEI – INICIATIVA – CONCURSO PÚBLICO – PRECEDENTE DO PLENÁRIO. Norma que dispõe sobre condição para se chegar à investidura no cargo, por tratar de momento anterior ao da caracterização do candidato como servidor público, não é de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo – Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.672/ES. RECURSO EXTRAORDINÁRIO – PREQUESTIONAMENTO – CONFIGURAÇÃO – RAZÃO DE SER. O prequestionamento não resulta da circunstância de a matéria haver sido arguida pela parte recorrente. A configuração do instituto pressupõe debate e decisão prévios pelo Colegiado, ou seja, emissão de juízo sobre o tema. O procedimento tem como escopo o cotejo indispensável a que se diga do enquadramento do recurso extraordinário no permissivo constitucional. Se o Tribunal de origem não adotou tese explícita a respeito do fato jurígeno veiculado nas razões recursais, inviabilizado fica o entendimento sobre a violência ao preceito evocado pelo recorrente.*”

Na hipótese de omissão pelo Juízo *a quo* a respeito, admite o tribunal a oposição de embargos declaratórios “prequestionadores” pelas partes, em momento oportuno, a fim de instar a instância inferior à manifestação.

É comum, porém, que a oposição dos embargos aclaradores não surta o efeito esperado, e a instância *a quo* mantenha-se recalcitrante em expor sua posição sobre o tema. Neste caso, conforme leciona Nery Jr., “(...) *são cabíveis novos embargos de declaração, e assim sucessivamente, até que o vício seja sanado pelo Tribunal*”¹³⁶

O autor, porém, não desconhece da possibilidade – da qual, aliás, constantemente lançam mão os procuradores – de interposição de recurso especial pela alínea “a” do art. 105, III, da Constituição, contra a decisão do Juízo que deixa de suprir a omissão sobre a questão, ainda que provocada por meio de embargos prequestionadores, com fulcro na violação ao antigo art. 535, II, do Código de 1973, substituído pelo art. 1.022, II, do Código de 2015:

*“Contudo, há limites de variada ordem para a interposição sucessiva de mais de um EDcl. Vendo que o tribunal está irreduzível, não reconhecendo a existência do vício, compete à parte ou interessado interpor recurso especial por negativa de vigência de lei federal. Isso porque, ao deixar de suprir a omissão, negando provimento aos EDcl, o tribunal negou vigência ao CPC 535”.*¹³⁷

A propósito, ressalta Cássio Scarpinella que

*“(...) o recurso especial (e, se for o caso, o recurso extraordinário) assume caráter meramente rescindente do julgado proferido pelo Tribunal a quo, isto é: dá-se provimento ao recurso especial para anular o acórdão, determinando-se que aquele órgão julgue os declaratórios para decidir sobre a matéria neles veiculada, até então não decidida.”*¹³⁸

Em situações do gênero, porém, a Corte Suprema adota posicionamento flexível, conhecendo do recurso extraordinário quando, ainda que devidamente instado a se

(AgR ARE 866435, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 26/05/15-grifado); “(...) *Como afirmado na decisão agravada, a matéria constitucional suscitada no recurso extraordinário não foi objeto de debate e decisão prévios no Tribunal de origem, tampouco foram opostos embargos de declaração com a finalidade de comprovar ter havido, no momento processual próprio, o prequestionamento. Incidem, na espécie vertente, as Súmulas ns. 282 e 356 deste Supremo Tribunal*” (AgR ARE 849381, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, julgado em 07/04/15);

¹³⁶ *Teoria Geral dos Recursos*, p. 284.

¹³⁷ *Idem*.

¹³⁸ *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*, vol. 5, pp. 246-247.

manifestar por via de embargos declaratórios, o juízo *a quo* manteve-se silente¹³⁹, hipótese conhecida por prequestionamento ficto pela doutrina¹⁴⁰.

É, inegavelmente, posição democrática, que desonera as partes do dever de obter a manifestação do órgão *a quo* a qualquer custo, lutando contra sua resistência e obrigando-as à interposição do competente recurso especial para ver solucionada a questão, na contramão da tendência de celeridade e racionalização processual¹⁴¹.

O que não se confunde, frise-se, com o chamado prequestionamento implícito – muitas vezes, aliás, também denominado como “prequestionamento ficto” pelo Supremo, em confusão com o conceito supra explanado¹⁴² –, pelo qual a parte pretende a análise de questão não ventilada na decisão recorrida e contra a qual não foram opostos embargos de declaração, espécie reiteradamente rejeitada pela Corte¹⁴³.

Denota-se, assim, que o debate pelas partes visando a provocar o exame da questão que se pretende levar aos tribunais superiores, usualmente por meio de embargos declaratórios, são meio útil, mas não exclusivo, para se obter a propalada “causa decidida”, que, por sua vez, não deve ser compreendida como “prequestionamento”.

Com efeito, é necessária unicamente a efetiva presença da temática a ser abordada excepcionalmente na decisão recorrida – o que, é de se reconhecer, via de regra sucede como decorrência da atividade das partes –, até mesmo por força do efeito devolutivo limitado

¹³⁹ “*Embargos de declaração no agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Processual civil. Ocorrência de prequestionamento. Omissão reconhecida. Previdenciário. Rateio de pensão por morte. Controvérsia infraconstitucional. Necessidade de reexame de provas. Súmula 279 do STF. Embargos acolhidos sem efeitos modificativos. I – Opostos embargos de declaração perante o Tribunal de origem, para provocar o exame de questão constitucional oportunamente arguida, configura-se o prequestionamento. (...) III – Embargos de declaração acolhidos, sem modificação do julgado, para suprir a omissão apontada e reconhecer a existência de prequestionamento da questão constitucional suscitada.*” (AgR-ED ARE 790743, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 08/04/14-grifado).

¹⁴⁰ Cf. DIDIER JR. e CUNHA, *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 3, p. 277.

¹⁴¹ Elucidativo, a propósito, o seguinte excerto acórdão proferido pelo Supremo, com voto condutor do Min. Sepúlveda Pertence: “*I. RE: Prequestionamento: Súmula 356. O que, a teor da súmula 356, se reputa carente de prequestionamento é o ponto que, indevidamente omitido pelo acórdão, não foi objeto de embargos de declaração; mas, opostos esses, se, não obstante, se recusa o tribunal a suprir a omissão, por entendê-la inexistente, nada mais se pode exigir da parte, permitindo-se-lhe, de logo, interpor recurso extraordinário sobre a matéria dos embargos de declaração e não sobre a recusa, no julgamento deles, de manifestação sobre ela. (...).*” (RE 210638, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 14/04/98).

¹⁴² V., por exemplo, AgR ARE 707221, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 20/08/13.

¹⁴³ Na esteira deste posicionamento v. os seguintes julgados: AgR ARE 772836, Rel. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, julgado em 26/05/15; AgR ARE 842489, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, julgado em 03/02/15; AgR AI 678490, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 15/03/11; AgR AI 745305, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 01/02/11, dentre inúmeros outros.

deste tipo de recurso. Mas com isto não se está a afirmar que a prévia discussão é requisito de admissibilidade dos recursos excepcionais, porque, tal como exposto, inexistente previsão constitucional no tocante. Trata-se, na realidade, de erro de interpretação, que acabou por fundir o conceito de prequestionamento com o requisito da “causa decidida”.

É claro que, como visto, o pressuposto da causa decidida produz certos impactos no processamento e julgamento dos recursos excepcionais.

Prima facie, podemos mencionar a restrição sofrida por estes recursos em seu efeito devolutivo, com as decorrências diretas do princípio dispositivo, bem como a discussão sobre a existência de efeito translativo nestes tipos de recurso. Além das limitações com relação à espécie da *quaestio iuris* arguida, que deve ser obrigatoriamente de cunho constitucional ou federal e se subsumir aos tipos constitucionais, a ausência de manifestação do órgão *a quo* sobre questões ditas de ordem pública, aferíveis *ex officio* em outros tipos de recursos, impede sua análise pelo Tribunal *ad quem*. Esta questão em particular será oportunamente desenvolvida quando tratarmos do efeito translativo do recurso.

Vale mencionar, ainda, aspecto interessante levantado por Clara Azzoni sobre o tema, concernente à utilização do prequestionamento como mecanismo de controle político das causas a serem decididas pelos tribunais superiores. Esclarece que o prequestionamento, antes da introdução da repercussão geral, era comumente utilizado como “válvula de escape” para definição dos assuntos que a Corte Suprema iria ou não julgar – no que é secundada por Didier e Cunha¹⁴⁴ -, sendo por vezes relativizado a permitir a apreciação de tema considerado relevante. Menciona como exemplo a decisão proferida no Agravo de Instrumento nº 375.011, cujo voto condutor é de autoria da Ministra Ellen Gracie, por meio do qual examinou a questão de fundo, não obstante a falta de questionamento da matéria, por se tratar de tema já decidido anteriormente pelo Plenário em controle de constitucionalidade, a fim de evitar a proliferação de decisões conflitantes com o entendimento do Supremo¹⁴⁵.

¹⁴⁴ *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 3, p. 276-277.

¹⁴⁵ “AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. SERVIDORES DO MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE. REAJUSTE DE VENCIMENTOS CONCEDIDO PELA LEI MUNICIPAL 7.428/94, ART. 7º, CUJA INCONSTITUCIONALIDADE FOI DECLARADA PELO PLENO DO STF NO RE 251.238. APLICAÇÃO DESTE PRECEDENTE AOS CASOS ANÁLOGOS SUBMETIDOS À TURMA OU AO PLENÁRIO (ART. 101 DO RISTF). 1. Decisão agravada que apontou a ausência de prequestionamento da matéria constitucional suscitada no recurso extraordinário, porquanto a Corte a quo tão-somente aplicou a orientação firmada pelo seu Órgão Especial na ação direta de inconstitucionalidade em que se impugnava o art. 7º da Lei 7.428/94 do Município de Porto Alegre - cujo acórdão não consta do traslado do presente

Deveras, é de se questionar se para além de filtro político de admissibilidade de recursos o prequestionamento não é também empregado como entrave ilegítimo ao acesso aos tribunais, haja vista a interpretação nebulosa que as Cortes de cúpula conferem ao conceito, que influenciam a busca da doutrina por sua definição.

O questionamento, entretanto, parece perder espaço com a inovação introduzida pelo Novo Código de Processo Civil, que pretende acabar com os problemas inerentes aos critérios volúveis adotados pelas Cortes Superiores para reconhecer o prequestionamento.

O art. 1.025 passou a dotar os embargos declaratórios de espécie de efeito integrativo, proporcionando o acesso às vias excepcionais por meio de prequestionamento virtual da questão suscitada¹⁴⁶. Assim, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados pelo Juízo *a quo*, é dado aos tribunais de cúpula analisar as questões agitadas nos aclaratórios, consideradas integrantes do acórdão impugnado, desde que verificada a existência de vícios de omissão, contrariedade e/ou obscuridade que os embargos pretendiam suprimir. Trata-se, como já anotou prestigiosa doutrina, de positivação do chamado prequestionamento implícito ou virtual¹⁴⁷

2.2.4 REQUISITO ESPECÍFICO: A REPERCUSSÃO GERAL

A repercussão geral foi introduzida como requisito à admissão do recurso extraordinário pela Emenda Constitucional 45/2004, dentre inúmeras outras reformas voltadas a conferir racionalização e – principalmente – celeridade ao Judiciário, por meio do acréscimo do §3º ao art. 102 da Constituição. Mais tarde, o instituto foi regulamentado pela Lei 11.418/06, que acrescentou os arts. 543-A e 543-B ao Código Processual de 1973, substituídos, sem maiores modificações, pelos arts. 1.035 e 1.036 do Novo Código

agravo de instrumento -, sem fazer referência aos fundamentos utilizados para chegar à declaração de constitucionalidade da referida norma municipal. 2. Tal circunstância não constitui óbice ao conhecimento e provimento do recurso extraordinário, pois, para tanto, basta a simples declaração de constitucionalidade pelo Tribunal a quo da norma municipal em discussão, mesmo que desacompanhada do aresto que julgou o leading case. 3. O RE 251.238 foi provido para se julgar procedente ação direta de inconstitucionalidade da competência originária do Tribunal de Justiça estadual, processo que, como se sabe, tem caráter objetivo, abstrato e efeitos erga omnes. Esta decisão, por força do art. 101 do RISTF, deve ser imediatamente aplicada aos casos análogos submetidos à Turma ou ao Plenário. Nesse sentido, o RE 323.526, 1ª Turma, rel. Min. Sepúlveda Pertence. 4. Agravo regimental provido.” (AgR AI 375011, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 05/10/04-grifado)

¹⁴⁶ Cf. OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. *Embargos declaratórios: efeito integrativo (prequestionamento virtual)*.

¹⁴⁷ DELLORE, Luiz et al. *A jurisprudência defensiva ainda pulsa no Novo CPC*.

Processual. Há também previsão sobre a análise e julgamento da repercussão geral nos arts. 322 e seguintes do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Como se viu anteriormente, as disposições estabelecidas pelo Código de 1973 e pelo Regimento Interno do Supremo impunham a necessidade de que a repercussão geral fosse veiculada e demonstrada em preliminar recursal, destacada das razões do recurso – o que, diga-se de passagem, motivou a inadmissão de grande número de recursos, desde o início da vigência do instituto, conforme noticiam Aluisio Mendes e Larissa Pochmann: entre o segundo semestre de 2007 e o segundo semestre de 2012, aproximadamente 54,68% dos recursos traziam a preliminar destacada¹⁴⁸. Atualizando os números com base em dados verificados no próprio *site* do Supremo, entre o segundo semestre de 2008 e o segundo semestre de 2014, esta porcentagem baixou para apenas 15% do total dos recursos¹⁴⁹.

Todavia, as inovações introduzidas pelo Código de 2015 na sistemática da repercussão geral sugerem que o requisito não mais será obrigatoriamente veiculado por preliminar. É o que se infere do simples cotejo entre os textos legais dos dois Códigos:

Código de 1973:

“Art. 543-A

§ 2º O recorrente deverá demonstrar, em **preliminar do recurso**, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral.” (grifado)

Código de 2015:

“Art. 1.035

§ 2º O recorrente deverá demonstrar a existência de repercussão geral para apreciação exclusiva pelo Supremo Tribunal Federal.”

A clara diferença entre os textos, que evidenciam omissão proposital com relação à preliminar recursal, acendeu a discussão na doutrina sobre o fim deste pressuposto, prestigiando “(...) o princípio da primazia do julgamento do mérito dos recursos excepcionais”¹⁵⁰, o que motivou a elaboração do Enunciado nº 224 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “A existência de repercussão geral terá de ser demonstrada de forma fundamentada, sendo dispensável sua alegação em preliminar ou em tópico específico.”.

¹⁴⁸ Reflexos do writ of certiorari no cenário do common law e na repercussão geral, p. 43.

¹⁴⁹ Estatísticas disponíveis em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=numeroRepercussao>>. Acesso em 07 de julho de 2015.

¹⁵⁰ Cf. OLIVEIRA, Pedro Miranda. *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*, pp. 2314-2315.

Parece-nos acertada a modificação, supressora de formalismo exacerbado que, conforme as estatísticas apresentadas, motivou o não conhecimento de inúmeras questões constitucionais que poderiam ter relevância para o ordenamento.

Ainda assim, entendemos ser a repercussão geral requisito de admissibilidade do recurso extraordinário¹⁵¹, estritamente ligado às suas hipóteses de cabimento, funcionando como um verdadeiro *plus* aos tipos constitucionais estipulados nas alíneas do inciso III do art. 102 da Constituição. Em outras palavras, além de comprovar a inserção de seu caso em uma das alíneas, é incumbência do recorrente demonstrar a repercussão geral de seu caso, que deve possuir a relevância nacional imprescindível a justificar seu julgamento pela mais alta Corte do país.

Feitas estas observações sobre a regularidade formal do requisito, passemos a analisar seu conteúdo material.

Nos termos do §3º do art. 102 da Constituição, “*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*”.

Da redação do dispositivo é possível verificar que se trata a repercussão geral de conceito legal indeterminado, propositalmente lacunoso, cujos delineamentos foram delegados à legislação infraconstitucional. Em cumprimento a este mandato, estipula o §1º do art. 1.035 do Código Processual de 2015 que “*Para efeito de 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 do processo.*” (grifado).

O conceito de repercussão geral, assim, pode ser compreendido sob dois aspectos: a relevância e a transcendência¹⁵².

A transcendência, entendida como o extravasamento da questão do âmbito puramente subjetivo, possui duas vertentes: a qualitativa, referente à importância da causa

¹⁵¹ Em reforço a esta posição, vale a reprodução da observação de Arruda Alvim, no sentido de que “(...) o fato de ter sido reconhecida a existência de repercussão geral (para além, é claro, dos demais requisitos de admissibilidade recursais), em um dado caso concreto, não significará que o recurso extraordinário há de ser necessariamente provido” (*Repercussão Geral: impressões gerais e perspectivas*, p. 110).

¹⁵² Cf. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no Recurso Extraordinário*, pp. 33 e ss.

para a sistematização e o aperfeiçoamento do direito¹⁵³; e a quantitativa, que traduz a capacidade de a questão gerar uma multiplicação de outros casos semelhantes.

A relevância reporta à ideia de importância da causa, de sua representatividade face aos interesses da sociedade em um dado momento histórico, ou seja, para ter seu recurso admitido o recorrente deverá provar que a questão constitucional discutida possui proeminência econômica, política, social e/ou jurídica – de forma cumulativa ou não -, do ponto de vista nacional.

Mesmo com a especificação destes parâmetros mínimos pela lei, se está diante de conceitos também vagos, cujos conceito e limites deverão ser traçados caso a caso, pelo Supremo Tribunal Federal, em legítimo exercício de sua discricionariedade judicial¹⁵⁴. E nem poderia deixar de sê-lo, na justa medida em que se cuida de delegação de verdadeiro poder político à Corte, à semelhança do *writ of certiorari* americano, cuja significação encontra melhor guarida na elasticidade inerente à produção jurisprudencial do que nas formulações estáticas da legislação, sujeitas à iminente obsolescência e defasagem.

Ainda assim, em uma tentativa de explicitar estes conceitos, apontam os doutrinadores alguns parâmetros para definir em que se traduziria a relevância em cada um destes aspectos.

Para Teresa Wambier, questões de relevância jurídica seriam, por exemplo, as aptas a gerar precedentes perigosos, como aquelas relativas a direito adquirido. A relevância social, para a autora, poderia ser encontrada em demandas que versem sobre direitos sociais, como a educação e a moradia, especialmente quando seu âmbito de influência possa atingir as esferas de direito de várias pessoas. A repercussão econômica é entrevista pela autora, a seu turno, em casos envolvendo o sistema financeiro de habitação ou a privatização de serviços sociais¹⁵⁵. Por fim, a repercussão política na visão da autora se referiria, por

¹⁵³ De maneira similar à *grundsätzliche Bedeutung* alemã.

¹⁵⁴ Teresa Arruda Alvim Wambier critica a utilização do termo “discricionariedade judicial” na espécie, já que, em sua opinião, a noção de discricionariedade implica certa margem de tolerância e em relação a erros e limitação quanto à possibilidade de controle dos atos, o que seria inaplicável ao Judiciário, cujas decisões são sempre passíveis de controle, ainda que dotadas de liberdade (*Recurso Especial, Recurso Extraordinário e Ação Rescisória*, pp. 175-193 e 294). Todavia, parece-nos pertinente a seguinte ponderação: se as decisões que negam a existência de repercussão geral são irrecorríveis, à maneira do que ocorre com o *certiorari*, e tendo em vista a carga política do instituto, seria possível falar, no caso, em ato judicial passível de controle?

¹⁵⁵ Acrescentaríamos ao rol, como exemplo sintomático, as questões referentes aos índices aplicáveis às cadernetas de poupança nos planos econômicos anteriores à adoção do Real, ante a sua repercussão visivelmente quantitativa e seus impactos no sistema bancário e financeiro.

exemplo, a questões de direito internacional, atinentes às relações com Estados estrangeiros e organismos constitucionais¹⁵⁶.

Didier também anota situações em que seria possível supor a existência de repercussão geral, como causas tributárias, passíveis de gerar a proliferação de demandas e questões de acentuada magnitude, tal como se dá com aquelas relativas a direitos fundamentais, que servem de base ao ordenamento jurídico¹⁵⁷.

Os exemplos são de grande valia para compreender didaticamente o instituto, mas não bastam: certamente já houve ou haverá a denegação de repercussão geral em inúmeros casos que levam em seu bojo quaisquer destes assuntos, a depender da interpretação realizada ou mesmo, porque não, da disposição da Corte em aceitar sua apreciação, no exercício legítimo de sua discricionariedade judicial.

Com efeito, os únicos casos em que se pode afirmar com grau de certeza a existência da repercussão geral são aqueles previstos nos incisos do §3º do art. 1.035 do Novo Código Processual, em que se presume de forma absoluta a presença da repercussão: (i) decisões que contrariem a jurisprudência dominante da corte (sumulada ou não), hipótese já prevista pelo Código anterior, no §3º do art. 543-A e (ii) decisões em que se tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal pela regra do *full bench*, insculpida no art. 97 da Constituição, o que claramente se coaduna com a hipótese de cabimento do apelo extremo prevista pelo art. 102, III, “b” da Carta e com o propósito uniformizador do controle de constitucionalidade¹⁵⁸.

A repercussão geral possui processamento simplificado, de modo a prestigiar a celeridade das decisões. Uma vez afirmada nas razões de recurso a presença de repercussão geral na hipótese, essa afirmação somente poderá ser revertida por meio do Plenário, com o quórum qualificado de dois terços dos Ministros, nos estritos termos da disposição constitucional, o que permite afirmar que a alegação de repercussão geral, quando veiculada adequadamente, carrega presunção relativa de relevância.

¹⁵⁶ *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e Ação Rescisória*, pp. 297-298.

¹⁵⁷ *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 3, pp. 349-350.

¹⁵⁸ A segunda hipóteses de presunção de repercussão geral, referente às decisões em que o *thema decidendum* já tenha sido proferido julgamento em casos repetitivos, anteriormente prevista no inciso II do §3º do art. 1.035 do Código de 2015, foi revogada pela Lei 13256/16.

Anteriormente, o Código de 1973 previa expressamente a dispensa da reunião do Pleno em caso de manifestação afirmativa de quatro Ministros da Turma pela existência da repercussão geral (art. 543-A, §4º), preceito que não foi reproduzido pelo Novo Código. Os debates entre os Ministros e o julgamento são realizado eletronicamente, nos moldes estabelecidos pelos arts. 323 e 324 do Regimento do Supremo. Os resultados das decisões, sempre motivados – ainda que sucintamente¹⁵⁹ - por força do art.93, IX, da Constituição, são publicados, inclusive em boletins temáticos.

A nova sistemática introduzida pelo Código Processual de 2015 sofisticou os dispositivos sobre o procedimento do julgamento dos recursos extraordinários, tratado anteriormente no art. 543-B do Código de 1973, que remetia às disposições regimentais sobre o assunto.

As novas regras preveem, por exemplo, o sobrestamento, pelo prazo de um ano, de todos os recursos extraordinários versando sobre questão em que foi reconhecida a repercussão geral (art. 1.035, §5º), prazo após o qual a suspensão cessará em todo o território nacional (art. 1.035, §10º).

A novel legislação prevê, ainda, a possibilidade do exercício do *distinguishing* ou o pedido de reconhecimento de intempestividade pelo interessado quanto a recurso sobrestado na origem (art. 1.035, §6º). No mais, o §8º do art. 1.035 manteve a previsão do art. 543-A, §5º, do Código de 1973: uma vez denegada a repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos extraordinários que discutam matéria idêntica, com a outorga de poderes ao Presidente ou Vice- Presidente do Tribunal para negar-lhes seguimento, em evidente exceção ao fim do juízo bipartido de admissibilidade, preconizado no Novo Código.

O Código de 2015, outrossim, passou a prever detalhadamente o procedimento de admissão e julgamento de recursos especiais e extraordinários, determinando que caberá a seleção de dois ou mais recursos representativos da controvérsia pelos Presidentes ou Vice- Presidentes dos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, sobrestados os demais

¹⁵⁹ Sobre a singeleza das justificativas apresentadas pelo Supremo para acolhimento ou denegação da alegação de relevância, lembra Luís Roberto Barroso que “(...) o mecanismo, por sua própria natureza e funções, não comporta a exigência de fundamentação exaustiva. Na verdade, só é capaz de produzir os efeitos pretendidos – racionalizar a pauta do STF – se o juízo de admissibilidade não exigir o dispêndio excessivo de tempo.” (*O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, pp. 137-138).

(art. 1.036, §1º), sendo possível a substituição ou acréscimo de novos julgados pelo Tribunal de cúpula (art. 1.036, §§ 4º e 5º), e a realização do *distinguishing* (art. 1.037, §§9º ao 13º).

Parece-nos que o procedimento tem sua razão de ser, já que, de fato, parece ilógico impor a uma corte em tese de natureza constitucional o dispêndio de tempo com o desempenho de funções mecânicas em casos de litigiosidade massiva, em relação aos quais já houver tese jurídica definida.

Entretanto, há que se atentar para o método utilizado para a escolha dos casos pinçados, que servirão de parâmetro de julgamento a todas as demais causas de mesma natureza. Conforme ressalta Luís Roberto Barroso, os recursos escolhidos “(...) *deverão ser os mais representativos e maduros para o julgamento*”¹⁶⁰, especialmente quando se tratar de causas de evidente efeito multiplicador, a fim de evitar paradoxos.

A repercussão geral é mecanismo que traduz, por excelência, as alterações promovidas no perfil constitucional do recurso extraordinário, que, como se verá, aproxima-se cada vez mais do processo objetivo, com reflexos perceptíveis no controle difuso de constitucionalidade.

Sob este prisma, afirmam Gilmar Mendes e Lênio Streck que

“(...) *o escopo do instituto é a maximização da feição objetiva do recurso extraordinário*”, devendo ser compreendida como “(...) *um instituto que otimiza a aplicação do direito democraticamente produzido assegurando a sua melhor interpretação na lente da coerência de princípios*”¹⁶¹

Por meio da repercussão geral, buscou o constituinte acentuar o papel de corte suprema atribuído ao Pretório Excelso, de forma a que sua atuação se dirigisse à apreciação de *teses* constitucionalmente relevantes, e não meramente de casos concretos. As restrições impostas à admissibilidade dos casos que chegam à Corte de Cúpula permitiriam a análise mais detida a respeito das questões constitucionais, resultando em julgamentos mais profundos e detalhados, conferindo maior visibilidade à matéria e fomentando o debate democrático, qualidade que não teria lugar em meio aos níveis alarmantes de trabalho que vem enfrentando o tribunal.

¹⁶⁰ *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 140.

¹⁶¹ *Comentários à Constituição do Brasil*, p. 1407.

O filtro visa, portanto, a racionalização das decisões do Supremo, de modo que sejam encaradas efetivamente como paradigmas, modelos de atuação às instâncias inferiores e norte aos jurisdicionados.

Neste aspecto, aliás, muitos autores ressaltam os impactos econômicos produzidos pela introdução da repercussão geral em nosso ordenamento.

De um lado, a maior previsibilidade e segurança jurídica gerada pela unificação de posicionamentos conflitantes pela Corte Suprema permite a realização de atos jurídicos com maior grau de certeza sobre as possíveis consequências jurídicas vindouras, o que é essencial na atividade empresarial, negocial e comercial. Saber de antemão as regras do jogo viabiliza a tomada de decisões e construção de estratégias com maior confiança.

De outro lado, a fixação de entendimento sobre uma determinada tese pela mais alta Corte do país influi na recorribilidade pelo grandes litigantes, já que, como sabido, “(...) *não raro, interessa-lhes manter um grande acervo de processos em andamento, inclusive por razões econômicas*”¹⁶². A repercussão geral, assim, tem servido de mote para que os *repeat players* e grandes litigantes promovam a contenção da recorribilidade desenfreada, que, em grande medida, contribui para a sobrecarga de trabalho enfrentada por tribunais de todo o país, repensando estratégias e posturas de litigância. Neste sentido, destacamos as providências tomadas pelas procuradorias estaduais¹⁶³ que têm editado súmulas administrativas internas dispensando a interposição de recursos em casos com teses já fixadas e, portanto, fadados ao insucesso¹⁶⁴.

¹⁶² MANCUSO, Rodolfo de Camargo; POLITANO, Vanessa Chacur. *Análise crítica do instituto da repercussão geral dentro da atual sistemática processual – necessidade de tomada de ações preventivas*, p. 602.

¹⁶³ Que, aliás, detêm a quarta posição do *ranking* de maiores litigantes, conforme relatório produzido pelo Conselho Nacional de Justiça em 2011 (Disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf>, acesso em 20 de maio de 2015).

¹⁶⁴ Interessante é também o caso da Caixa Econômica Federal, relatado por Jailton Zanon da Silveira e Luiz Dellore no artigo intitulado *Da repercussão geral e de seus reflexos em relação aos litigantes: o exemplo da Caixa Econômica Federal*. Segundo os autores, desde 2003 a Caixa vem repensando a postura de recorrer até a última instância em todos os casos que a envolvam, uma “*atuação pioneira da empresa no cenário jurídico brasileiro, especialmente em relação aos litigantes vinculados à administração*” (p. 411). Com o advento da repercussão geral, anotam, a política de abstenção na interposição de recursos e desistência se intensificou, sendo instituído internamente, por via de regulamento, que a interposição de novos recursos extraordinários dependeria de expressa anuência de autoridade superior, “*salvo em relação aos temas em que já exista repercussão geral reconhecida pelo STF em relação a outro recurso*” (p. 413). É, efetivamente, de importante passo para uma reflexão sobre a cultura do recurso, notavelmente em se tratando de empresa que, no ano de 2012 figurava na nona posição dos maiores litigantes.

Contudo, não se pode perder de vista o outro lado da moeda. A repercussão geral nasceu de um contexto de crise, em que o Supremo Tribunal Federal se vê assoberbado em meio a números assustadores de recursos a serem apreciados, muitos deles abarcando causas repetitivas ou irrelevantes do ponto de vista nacional. Desta forma, mais do que mera reflexão sobre o verdadeiro papel do Supremo, a repercussão geral é pensada como um filtro de admissibilidade ao apelo extremo, criado com o fito de racionalizar a atividade da Corte e, principalmente, diminuir o volume de trabalho, que retarda o desfecho de incontáveis litígios, tornando ineficaz a atuação da jurisdição.

O expediente, porém, não é novo. A antiga arguição de relevância já trazia em seu bojo a ideia da proeminência da questão como critério legítimo para o seu exame pela Corte Suprema.

Inicialmente, a arguição de relevância, instituída pelo parágrafo único do art. 119 da Constituição de 1967, com as alterações introduzidas pela Emenda Constitucional 01/1969, foi regulamentada pela Emenda ao Regimento Interno do Supremo de 12 de junho de 1975. Esta Emenda autorizava, em seu art. 308, o Supremo a selecionar, a portas fechadas, os processos que efetivamente traziam questões de alta indagação e relevância para o país, merecendo pronunciamento da mais alta corte do Judiciário brasileiro.

Posteriormente, após inúmeras críticas e grande resistência por parte dos operadores do Direito, o Regimento Interno do Supremo passou por nova reforma, em 1985, que alterou o perfil do instituto. A arguição de relevância passava a ter função *inclusiva*, viabilizando a apreciação de questões constitucionais trazidas a lume no recurso extraordinário, ainda que não se encaixassem nos tipos constitucionalmente definidos, se transparecessem relevância na ordem jurídica, considerando seus aspectos morais, econômicos, sociais ou políticos¹⁶⁵. O julgamento ainda permaneceria fechado ao público, mas passou a ser obrigatória a menção à questão relevante, em caso de procedência da arguição¹⁶⁶. A arguição de relevância foi extirpada pela Constituição de 1988, e compreendida como um resquício, um “entulho” autoritário, mas a sua essência permanece inegavelmente presente em nossa repercussão geral.

¹⁶⁵ Arts. 325, *caput* e inciso XI, do Regimento.

¹⁶⁶ Art. 327, §5º, V, do Regimento.

Por fim, importa fazer uma breve digressão sobre as experiências estrangeiras com filtros similares, já que muitos doutrinadores apontam o *writ of certiorari* como inspiração para a introdução da repercussão geral em nosso país, e que auxiliará na compreensão da análise do perfil do Supremo como Corte Suprema, realizada mais à frente.

Cuida-se o *writ of certiorari* de instituto norte-americano, por meio do qual a *Supreme Court* seleciona casos de relevância tal que mereçam sua apreciação. O *certiorari* data já de 1789, mas somente em 1891 foi efetivamente implementada a *discretionary jurisdiction*, que concedeu relativa liberdade à Corte para a seleção de casos. Após outras duas reformas, em 1925 e 1988, o *certiorari* adquiriu sua feição atual: com a supressão total da *mandatory jurisdiction*, que continhas os recursos ordinários de competência da Corte (os chamados *mandatory appeals*), praticamente todas as demandas que chegam até a *Supreme Court* têm origem no *certiorari*. As peculiaridades, formalidades e procedimentos do recurso têm como principal fonte as chamadas *Rules of the Court*, normatividade que regulamenta, à maneira dos nossos Regimentos Internos, o andamento dos processos e recursos na Corte.

Ao contrário da repercussão geral, que é um requisitos de admissibilidade recursal, o *certiorari* é espécie de petição, que leva o caso diretamente à apreciação da Suprema Corte. Por meio da petição do *writ*, o recorrente deve demonstrar que a questão tem relevância, requerendo a manifestação da Suprema Corte a respeito, inclusive *per saltum*, e mesmo enquanto a demanda ainda estiver em curso perante as instâncias inferiores - caso em que o recorrente deverá comprovar a imperatividade da análise imediata, de sorte que não seja possível aguardar o desfecho da causa¹⁶⁷.

Não obstante a existência de certos moldes, inseridos na *Rule 10*, sobre os atributos que o litígio deve possuir para vencer o exame de admissibilidade do *certiorari*, a Corte possui ampla liberdade para denegar casos que obedeçam a estes parâmetros com base em sua discricionariedade judicial, inclusive por entender que ele ainda não se encontram maduros o suficiente para ensejar um pronunciamento da Corte. As *Rules* trazem exemplos,

¹⁶⁷ Cf. a *Rule 11* da Suprema Corte: “A petition for a writ of certiorari to review a case pending in a United States court of appeals, before judgment is entered in that court, will be granted only upon a showing that the case is of such imperative public importance as to justify deviation from normal appellate practice and to require immediate determination in this Court.”

portanto, não cogentes, mas os casos a serem aceitos pela Corte sempre devem, em última análise, ostentar transcendência e relevância.

Como se pode notar, no *writ* há uma discricionariedade muito maior para a seleção dos casos em relação à nossa repercussão geral. Entretanto, conforme a própria doutrina americana aponta, não se trata de discricionariedade pura e simples, mas sim de discricionariedade judicial, em que o juiz decide o mais justo a se fazer no caso concreto, com base em princípios de direito. O que se opõe à discricionariedade em si, em que há duas opções igualmente legítimas, mas é necessário decidir por uma delas.

Não há exposição dos motivos que levaram à denegação do *writ*, que é feita a portas fechadas e publicadas em boletins, sem qualquer motivação que justifique o resultado. Porém, alguns *Justices*, como Sotomayor, são famosos por emitir *statements* com as razões pelas quais denegaram o *writ*¹⁶⁸.

De maneira geral, contudo, é ínfimo o número de casos em que estes relatórios são produzidos, o que leva doutrinadores e advogados a desenvolver relatórios de matérias comumente admitidas. Há relatos que vão desde casos em que a União figura como parte até casos que envolvam grandes somas de dinheiro, bem como técnicas que lhes permitam prever se a petição será ou não aceita, como por exemplo o tempo em que dado caso demora a figurar nos boletins, o que implicaria maior reflexão dos *Justices* a respeito do assunto e maior possibilidade de admissão. Tendo em vista o papel preponderante de uniformização jurisprudencial realizado pela Suprema Corte americana – até por ser um país filiado à *common law* -, os dissídios jurisprudenciais relevantes entre as cortes normalmente são alvo de sua atenção.

A seleção de casos é feita pelos *Justices* em conjunto com os *clerks*, seus assistentes, que emitem resumos com as considerações sobre o caso e opinião pelo recebimento ou denegação. Não há Turmas, pelo que as petições são distribuídas simultaneamente, nem hipóteses de presunção de relevância, como no Brasil.

Pode se dizer, assim, que no *certiorari* há maior imprevisibilidade do que na repercussão geral. Entretanto, ainda que o modo de julgamento do *certiorari* seja alvo de muitas críticas por parte dos próprios doutrinadores e operadores de direito nos EUA, a

¹⁶⁸ Cf. YABLON, Robert. *Justice Sotomayor and the Supreme Court's Certiorari Process*.

discrecionariade judicial se justifica, pelo perfil político da *Supreme Court* e o respeito que ela inspira, e em virtude dos brocardos do *stare decisis* e do *judge made law*, que reclamam estabilidade e respeito a precedentes.

No Brasil, país filiado tradicionalmente à *civil law*, há, porém, uma certa desconfiança natural e histórica dos juízes, o que resultou na importância que nosso sistema atribui ao dever de motivação.

Nosso Supremo, outrossim, não possui perfil político, representando, na realidade, o ápice da carreira da magistratura brasileira, como sucede tipicamente em Cortes Superiores, e não Supremas¹⁶⁹. Nossos juízes não pensam politicamente, mas juridicamente, o que é facilmente notado pelos métodos e critérios de seleção de casos. Por estes motivos, dificilmente a discrecionariade judicial pura e simples teria lugar em nosso sistema.

Neste sentido, é possível verificar que a arguição de relevância se assemelhava muito mais, em termos de procedimento, ao celebrado *certiorari* do que a repercussão geral. Entretanto, enquanto a arguição, em sua feição reformada, era instrumento que proporcionava a inclusão de matérias federais que a princípio não seriam admitidas em recurso extraordinário, o *certiorari* e a repercussão buscam excluir as matérias sem relevância, ainda que por razões diferentes: enquanto o *certiorari* é apontado pela doutrina americana como forma de pautar a agenda da Corte, sendo os casos cuidadosamente escolhidos, inclusive por seus impactos políticos (havendo até mesmo quem enxergue uma espécie de tentativa de controle dos demais poderes pela *Supreme Court*), no Brasil a repercussão geral nasce com a função primordial de desafogamento do Supremo, em conjunto com a sistemática de julgamentos repetitivos.

Fato é que o *certiorari* reduz de maneira eficaz o número de recursos que chegam Suprema Corte, que admite, segundo dados publicados na *Harvard Law Review*, em média 1% dos casos¹⁷⁰. Nossa repercussão geral, entretanto, permite a admissão de, em média, 66%

¹⁶⁹ A respeito, v. MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas*, especialmente pp. 42 e ss.

¹⁷⁰ No ano de 2011 das 7.828 petições entradas, 7.656 foram denegadas; em 2012, de 7.642 petições, 7.440 foram denegadas; em 2013, das 7.616 entradas, 7.437 foram denegadas.

dos casos submetidos ao Supremo¹⁷¹, o que talvez sugira que nossa Corte ainda está no caminho de desenvolver as técnicas para a aplicação do filtro.

Experiências similares podem ser observadas, ainda, na Inglaterra, que confere a *permission to appeal*, uma espécie de licença para recorrer, à competência da Suprema Corte, substituta da House of Lords em suas funções jurisdicionais desde 1º out de 2009. Se o Juízo *a quo* não admite que o recurso suba, há a necessidade de o recorrente demonstrar a chamada *general public importance* para justificar sua irresignação, mas não há parâmetros para defini-la. A Corte dá justificativas breves, mas não explica suas decisões, que não servem como precedentes por expressa previsão legal.

Em nossa vizinha Argentina, uma lei de 1990 acrescentou o art. 280 ao Código Processual, estipulando filtro de admissibilidade ao recurso extraordinário, de feição similar ao nosso extraordinário. A *falta de lesão federal suficiente* (entendida pela doutrina como relevância da questão federal, havendo quem entenda que a lei se refere a termos quantitativos) e a *falta de substancialidade* (apontada pela doutrina como questão que vai contra a jurisprudência firmada, sem argumentos suficientes para permitir uma mudança no entendimento) das questões discutidas seriam impeditivas ao cabimento do recurso, e analisadas preliminarmente. A *falta de transcendência*, porém, é também analisada como mérito. No mérito, os elementos são analisados segundo a “discrecionarietà sã” (*discrecionarietà sana*) da Suprema Corte.

Na Alemanha, uma reforma legislativa de 2001 estipulou a necessidade de demonstração, dentre outros filtros, da “significação jurídica fundamental”, ou *Grundsätzliche Bedeutung*, para recebimento da *Revision* (espécie de recurso de cassação) para a Corte Federal de Justiça.

Antonio do Passo Cabral, entretanto, ressalta que a significação fundamental é também apontada como requisito de admissibilidade de recursos ordinários, como a apelação (*Berufung*) e a queixa ou reclamação (*Bechwerde*), similar ao nosso agravo¹⁷². A doutrina interpreta como algo similar à transcendência da questão, mas a Corte Constitucional já afirmou que a *Revision* deve ser admitida mesmo quando não há a significação se houver

¹⁷¹ Cf. estatísticas disponíveis em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=numeroRepercussao>. Acesso em 20 de maio de 2015.

¹⁷² *Requisito de relevância no sistema recursal alemão*, p. 75 e ss.

necessidade de estabelecer precedente ou uniformizar a jurisprudência, ou seja, de modo a aperfeiçoar o direito.

Desta breve explanação, vislumbra-se que a repercussão geral é dos filtros de admissibilidade que mais se preocupa em explicitar o conteúdo do recurso extraordinário, de modo a conferir padrões mínimos ao seu recebimento.

Trata-se, de fato, de mudança positiva, que tende a levar à Corte somente matérias de grande importância e impacto. A repercussão geral viabiliza a contenção da distribuição de recursos, permitindo ao Supremo lidar com o acúmulo de trabalho de maneira legítima e mais democrática que a jurisprudência defensiva, que, nas palavras de Wambier e Wambier, “(...) já significa, hoje, um *certiorari de facto*”¹⁷³. O que, entretanto – e sempre é bom destacar –, não significa descurar completamente do *ius litigatoris* subjacente à questão e da própria função *dikelógica* advinda do tratamento da questão constitucional posta.

2.3 EFEITOS DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

2.3.1 DEVOLUTIVO

O efeito devolutivo dos recursos é decorrência direta do princípio dispositivo, coligado à inércia da jurisdição, segundo o qual o juiz deve se ater aos limites das alegações e pedidos formulados pelas partes, sob pena de julgamento *extra, infra* ou *citra petita*. Ultrapassados os lindes das provocações das partes pelo ato judicial, comete o Juiz flagrante abuso de poder.

Resume-se, em linhas gerais, na devolução e transferência do conhecimento da matéria julgada pela instância inferior ao Juízo *ad quem*, na exata medida da impugnação, de modo a que proceda à revisão da decisão dentro destes limites. Destarte, à maneira do que sucede no campo do direito de ação, em que o autor é responsável pela fixação dos pontos sobre os quais deverá recair a apreciação da demanda, cabe ao recorrente estipular o âmbito da cognição do recurso, sobre o qual recairá o novo exame pelo juízo de destino, e que consistirá no mérito recursal.

¹⁷³ *Repercussão Geral: como transformá-la num instituto adequado à magnitude da missão de uma Corte Superior?*

O efeito devolutivo é comum a todos os recursos - inclusive aos excepcionais -, diferenciando-os apenas quanto à profundidade e extensão da cognição. Neste particular, porém, entende Barbosa Moreira que há ressalva deste aspecto quanto aos recursos cujo julgamento caiba ao próprio órgão que proferiu a decisão recorrida, como se dá com os embargos de declaração¹⁷⁴.

Vale lembrar que a extensão da cognição recursal (ou dimensão horizontal do efeito devolutivo), ao qual se refere o brocardo jurídico *tantum devolutum quantum appellatum*, remete ao objeto da decisão atacada, que deve conter as impugnações recursais em seu âmbito de apreciação, enquanto que a profundidade (analisada somente após a definição da extensão da devolução, conforme leciona Flávio Cheim Jorge¹⁷⁵), “*identifica-se com o material com que há de trabalhar o órgão ad quem para julgar*”¹⁷⁶, ou seja, a determinação de quais questões poderão ser reexaminadas, a partir de um critério qualitativo¹⁷⁷.

Como visto anteriormente, o recurso extraordinário insere-se na classe dos recursos excepcionais, que têm por características a vinculatividade de sua fundamentação e sua imprestabilidade para reanálise de fatos e provas, circunscrevendo-se à descrição do conjunto fático-probatório oferecido pela decisão atacada.

Estas características, somadas à necessidade de que a questão deduzida no recurso esteja definitivamente apreciada na decisão objurgada (pressuposto por vezes confundido com o prequestionamento, como tivemos a oportunidade de demonstrar) exercem inquestionável influência no efeito devolutivo do recurso, tanto em sua perspectiva vertical quanto na horizontal, temperando-as.

Consequentemente, verifica-se, de proêmio, que o efeito devolutivo do recurso extraordinário restringe-se aos vícios de cunho constitucional, dentro da tipificação estipulada no art. 102, III, da Carta.

¹⁷⁴ *Comentários ao Código de Processo Civil*, pp. 260-261.

¹⁷⁵ *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*, p. 240.

¹⁷⁶ Cf. DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, Vol. III, p. 89.

¹⁷⁷ Cf. BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*, p. 80.

Tais vícios, ante a vedação à reanálise do conjunto fático-probatório do caso concreto pelos recursos de via excepcional, devem se ater a eventuais *errores in procedendo* ou *in judicando* cometidos pela decisão combatida, mas nunca a erros de fato.

Mesmo porque, tendo em vista a função paradigmática atribuída a este tipo de recurso - em virtude da qual imergem os recursos extraordinário e excepcional apenas em questões de alta indagação, relegando a segundo plano os interesses subjetivos imanentes à causa -, “*Circunscrito a determinada causa, o erro de fato não transcende seus efeitos, enquanto que o erro de direito contagia dos demais juízos, podendo servir de antecedente judiciário*”¹⁷⁸.

Em outras palavras, os atributos orientadores de que se revestem as decisões proferidas pelos tribunais de cúpula nos recursos especial e extraordinário não deixam margem à revisão de questões fáticas, porquanto de menor complexidade e repercussão, observadas, é claro, as considerações feitas supra acerca da dificuldade de dissensão entre questões de fato e de direito. De modo geral, como leciona Teresa Wambier, “*Entende-se que aos tribunais de 2º grau cabe a função de examinar fatos e descrevê-los no acórdão. E estarão, os fatos, soberanamente decididos.*”¹⁷⁹. Uma vez fixada a moldura fática e probatória, procederá o tribunal de cúpula, então, ao exame dos vícios alegados, que podem incluir a sua qualificação errônea, produto de processo subsuntivo deficiente.

De outro lado, o efeito devolutivo dos recursos excepcionais se limitam às matérias efetivamente apreciadas pela decisão combatida, delineadas pelo prequestionamento ou não. Conforme exposto exaustivamente, não é atribuída ao tribunal superior a tarefa de analisar questões sobre as quais não se manifestou expressamente o órgão *a quo* e em relação às quais não houve a oposição de embargos aclaratórios para suprir a omissão.

Por fim, não se pode olvidar da influência exercida pela repercussão geral no efeito devolutivo do recurso extraordinário. É dizer, em se cuidando de requisito de admissibilidade, de demonstração obrigatória para recebimento do recurso, logicamente a matéria devolvida deverá ostentar a proeminência e transcendência reclamadas pela Constituição, no campos econômico, político, social ou jurídico.

¹⁷⁸ Cf. AZZONI, Clara Moreira. *Recurso Especial e Extraordinário: aspectos gerais e efeitos*, p. 151.

¹⁷⁹ *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e Ação Rescisória*, p. 351.

Destarte, uma vez suscitada a questão nos moldes supra, deverá ser adequadamente apreciada e devolvida, inclusive por meio de rejuízo da causa, já que, não é demais relembrar, não se trata de mero recurso de cassação, mas sim de revisão.

2.3.2 SUSPENSIVO

Por meio do efeito suspensivo, em geral conferido a todos os recursos (e, por isso, considerado efeito “clássico” dos recursos, ao lado do efeito devolutivo), viabiliza-se o adiamento da produção dos efeitos da decisão atacada até o trânsito em julgado da decisão sobre o recurso.

Durante a vigência do Código de 1973, era comum o manejo de ação cautelar incidental com fito exclusivo de obter o sobrestamento dos efeitos das decisões objurgadas até o julgamento dos recursos excepcionais, que em regra eram recebidos apenas no efeito devolutivo, por força do art. 542, §2º do mesmo Código. Tais medidas encontravam fundamento no art. 304 do Regimento Interno do Supremo, que assim dispõe: “*Admitir-se-ão medidas cautelares nos recursos, independentemente dos seus efeitos*”.

Para Mancuso, o dispositivo era acertado, e se lastreia inclusive na garantia à inafastabilidade da jurisdição, inserido no inciso XXXV do art. 5º da Constituição¹⁸⁰. Também com base neste dispositivo, defendia Clara Azzoni, inclusive, a concessão excepcional do efeito suspensivo aos recursos extraordinário e especial¹⁸¹.

Vemos com bons olhos, assim, a importante inovação trazida pelo Código de Processo Civil de 2015, em seu art. 1.029, §5º, que prevê expressamente a possibilidade de pedido de concessão de efeito suspensivo aos recursos excepcionais, a ser dirigido ao relator do recurso ou ao presidente ou vice-presidente do tribunal *a quo*, a depender se já houve sua distribuição ou não.

A novel legislação, assim, positivou e explicitou algo que já era prática recorrente no cotidiano forense, merecendo regulação pelas Súmulas 634¹⁸² e 635¹⁸³ do Supremo, além de

¹⁸⁰ *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*, p. 213.

¹⁸¹ *Recurso Especial e Extraordinário: aspectos gerais e efeitos*, p. 219.

¹⁸² “*Não compete ao supremo tribunal federal conceder medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso extraordinário que ainda não foi objeto de juízo de admissibilidade na origem.*”

¹⁸³ “*Cabe ao presidente do tribunal de origem decidir o pedido de medida cautelar em recurso extraordinário ainda pendente do seu juízo de admissibilidade*”

facilitar a praxe, já que agora passa a ser possível a obtenção do efeito por mero peticionamento, sendo desnecessária a propositura de ação especial para este fim (mesmo porque extintas as ações cautelares pelo novo Código).

2.3.3 TRANSLATIVO

O efeito translativo dos recursos excepcionais é tema polêmico no meio doutrinário.

O efeito translativo traduz a possibilidade de que a apreciação do mérito recursal desborde dos limites fixados na decisão atacada. É o caso, por exemplo, do julgamento de apelação contra sentença extintiva, por via da teoria da causa madura, que permite, após o ultrapassada a preliminar processual, o julgamento do mérito da questão, quando seu nível de desenvolvimento o permitir. A hipótese se encontra estampada no art. 1.013, §4º, do Código de 2015.

A principal controvérsia, quanto ao recurso extraordinário, diz respeito à possibilidade de análise de matéria cognoscível *ex officio* pelos tribunais superiores: de um lado, encontra-se a disposição geral do art. 485, §3º, que determina que são arguíveis a qualquer tempo matérias relativas a pressupostos processuais e condições da ação; de outro, o dispositivo constitucional que estipula ser cabível o recurso extraordinário somente em causas efetivamente decididas pelo juízo *a quo*, ou seja, nas quais haja o exame expresso da matéria, que inegavelmente deve prevalecer.

É dizer, ainda que a questão seja suscetível a qualquer momento e em qualquer grau de jurisdição nas instâncias ordinárias, imprescindível que esteja presente na decisão recorrida, não sendo dado à corte de superposição dela conhecer de ofício.

Medina justifica este posicionamento alegando que inexistente disposição expressa da Constituição viabilizando o conhecimento *ex officio* destas questões, o que impediria a ação dos tribunais de superposição no tocante, já que se trata de recursos de fundamentação vinculada. Pondera, ainda, que a situação não pode ser alterada com base no brocardo *lex specialis derogat legi generali*, porquanto os dispositivos legais que afirmam a inoccorrência de preclusão com relação a certas matérias é hierarquicamente inferior às disposições

constitucionais que regem as hipóteses de cabimento dos recursos excepcionais (arts. 278, p.u., 337, §5º e 485, §3º, do Código Processual de 2015)¹⁸⁴.

Nelson Nery adota a mesma posição, afirmando peremptoriamente que “(...) *não se pode levar ao conhecimento do STF e do STJ matérias de ordem pública pela primeira vez, (...) isto é, se não estiverem ‘dentro’ do ato judicial que se quer impugnar*”, já que no caso o tribunal de origem “(...) *não terá ‘decidido’ esta matéria*”¹⁸⁵.

Mancuso, de outro lado, entende ser possível a análise de ofício das questões de ordem pública pelos tribunais superiores, posição “(...) *mais bem confortada pelo binômio instrumentalidade do processo/efetividade da prestação jurisdicional*”¹⁸⁶

Debruça-se também sobre a questão Clara Moreira Azzoni, que frisa o impacto da “dispensa do prequestionamento” nestes casos¹⁸⁷. Valendo-se dos ensinamentos de Ada Pellegrini Grinover, a autora entende ser possível a atribuição de efeito translativo aos recursos excepcionais¹⁸⁸, já que a existência de causa decidida (para ela, sinônimo de prequestionamento) é apenas requisito de admissibilidade recursal, ou seja, uma vez ultrapassada esta fase, e recebido o recurso por outros fundamentos, o tribunal de cúpula

*“(...) ao aplicar o direito à espécie (...) deverá passar pela apreciação da normas de ordem pública ou, quando menos, não estará autorizada a ignorá-las quando identificada uma violação – desde que não tenha que reapreciar provas.”*¹⁸⁹

Ao defender sua posição, a autora ainda ressalta que comportamento contrário deixa de atender ao interesse público, afrontando os princípios da economia e celeridade processual ao manter decisões inúteis, porque absolutamente nulas. Aponta ainda que a conduta desconsidera totalmente os interesses dos jurisdicionados, que apesar de ocuparem posição secundária neste tipo de demanda recursal, ainda sim a integram. Trata-se, pois, de importante expressão da função *dikelógica* do recurso, a ser esmiuçada à frente.

2.3.4 EXPANSIVO

¹⁸⁴ *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial*, pp. 236-237.

¹⁸⁵ *Teoria Geral dos Recursos*, p. 282.

¹⁸⁶ *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*, p. 293.

¹⁸⁷ *Recurso Especial e Extraordinário: aspectos gerais e efeitos*, pp. 61 e 204-218.

¹⁸⁸ Entendimento secundado por Teresa Wambier (*Recurso Especial, Recurso Extraordinário e Ação Rescisória*, pp. 356-357).

¹⁸⁹ *Recurso Especial e Extraordinário: aspectos gerais e efeitos*, p. 214.

O efeito expansivo dos recursos tem lugar após o juízo de mérito, ou seja, após julgada a pretensão recursal. Remete à expansão da decisão do recurso em espectro mais largo que o próprio mérito recursal, de modo a atingir, objetiva ou subjetivamente, âmbito além dos lindes inicialmente fixados para o reexame da questão.

Refere a lição de Nelson Nery que o efeito expansivo objetivo é interno quando sucede em relação ao mesmo ato impugnado, enquanto que o externo ocorre quando impacta em outros atos praticados no processo, que não o impugnado¹⁹⁰.

Para Clara Azzoni, é factível afirmar a existência de efeito expansivo nos recursos excepcionais, especialmente quanto aos capítulos da decisão não impugnados, mas que guardam estreita relação de dependência com aqueles recorridos excepcionalmente¹⁹¹.

O efeito expansivo objetivo interno seria observável, por exemplo, quando houver o reconhecimento de matéria de ordem pública, que afete diretamente o processo, implicando sua extinção sem resolução do mérito. O efeito expansivo externo, por sua vez, seria reconhecível em recursos excepcionais tirados em agravo de instrumento. A autora reconhece, ainda, o efeito expansivo subjetivo nestes recursos¹⁹².

2.4 AS MODIFICAÇÕES NO PERFIL DO RECURSO E A “OBJETIVAÇÃO” DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

Historicamente, a modulação jurídica conferida ao Recurso Extraordinário sempre deu azo ao acúmulo desmedido de demandas, o que motivou constantes modificações pelos constituintes e legisladores à medida que as dificuldades surgiam.¹⁹³

¹⁹⁰ *Teoria Geral dos Recursos*, pp. 456-457.

¹⁹¹ Sobre esta questão, pondera Barbosa Moreira que o efeito é observável em capítulos meramente acessórios em relação àqueles recorridos, como é o caso dos honorários advocatícios na hipótese de reversão da condenação, bem como em relação a capítulos que, se recorridos, “(...) *poderiam acarretar a invalidação total da decisão*” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, pp. 354-356).

¹⁹² *Recurso Especial e Extraordinário: aspectos gerais e efeitos*, pp. 271-273.

¹⁹³ A respeito das constantes alterações no perfil do Recurso Extraordinário, expõe Sérgio Servulo da Cunha: “*Entretanto, houve uma diferença no tratamento que este instituto recebeu dos constituintes e legisladores: sendo sua normatividade constantemente modificada, não há como desenhar o perfil do recurso extraordinário desde sua criação (...)*” CUNHA, Sérgio Servulo da. *O recurso extraordinário, a repercussão geral e a mola de Tales*, in *Cadernos de Soluções Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2003, vol. 3, p. 422.

O recurso extraordinário surgiu anteriormente à primeira Constituição Republicana, com o Decreto 510, de 1890¹⁹⁴, elaborado pelo Governo Provisório, mais tarde alterado pelo Decreto 848¹⁹⁵, do mesmo ano.

Da análise comparativa dos dispositivos, observa-se que, inicialmente, o recurso extraordinário possuía faceta mais abstrata, voltado à defesa da lei em tese e aos debates de questões de relevância constitucional, o que se modificou com a importação *ipsis litteris* do modelo estadunidense do *writ of error* pelo Decreto 848, que “*dava acesso franqueado a quase quaisquer litigantes que quisessem recorrer ao Tribunal Supremo, pois bastava a alegação de um erro de direito numa questão federal para que o recurso fosse cabível*”¹⁹⁶.

Tratava-se o *writ of error* americano de um remédio processual, criado pelo *Judiciary Act* de 1789, que abria a possibilidade de avocação dos autos pela Suprema Corte em casos com sentença já prolatada – em regra, em até cinco anos após o pronunciamento –, desde que o valor da causa excedesse dois mil dólares¹⁹⁷. O *writ* possuía cabimento amplo,

¹⁹⁴ “Art. 58. Ao Supremo Tribunal Federal compete:

(...)

II. Julgar, em gráo de recurso, as questões resolvidas pelos juizes e tribunaes federaes, assim como as de que trata o presente artigo, § 1º, e o art. 60”

¹⁹⁵ “Art. 9º

(...)

Parapho unico. Haverá tambem recurso para o Supremo Tribunal Federal das sentenças definitivas proferidas pelos tribunaes e juizes dos Estados:

a) quando a decisão houver sido contraria á validade de um tratado ou convenção, á applicabilidade de uma lei do Congresso Federal, finalmente, á legitimidade do exercicio de qualquer autoridade que haja obrado em nome da União - qualquer que seja a alçada;

b) quando a validade de uma lei ou acto de qualquer Estado seja posta em questão como contrario á Constituição, aos tratados e ás leis federaes e a decisão tenha sido em favor da validade da lei ou acto;

c) quando a interpretação de um preceito constitucional ou de lei federal, ou da clausula de um tratado ou convenção, seja posta em questão, e a decisão final tenha sido contraria, á validade do titulo, direito e privilegio ou isenção, derivado do preceito ou clausula.” (grifado).

¹⁹⁶ FONSECA, Rodrigo Garcia da. *O papel do Supremo Tribunal Federal e a repercussão no Recurso Extraordinário*.

¹⁹⁷ “SEC. 22. And be it further enacted: (...) And upon a like process, may final judgments and decrees in civil actions, and suits in equity in a circuit court, **brought there by original process, or removed there from courts of the several States, or removed there by appeal from a district court where the matter in dispute exceeds the sum or value of two thousand dollars, exclusive of costs, be re-examined and reversed or affirmed in the Supreme Court**, the citation being in such case signed by a judge of such circuit court, or justice of the Supreme Court, and the adverse party having at least thirty days’ notice. But there shall be no reversal in either court on such writ of error for error in ruling any plea in abatement, other than a plea to the jurisdiction of the court, or such plea to a petition or bill in equity, as is in the nature of a demurrer, or for any error in fact. And writs of error shall not be brought but within five years after rendering or passing the judgment or decree complained of, or in case the person entitled to such writ of error be an infant, feme covert, non compos mentis, or imprisoned, then within five years as aforesaid, exclusive of the time of such disability. And every justice or judge signing a citation on any writ of error as aforesaid, shall take good and sufficient security, that the plaintiff in error shall prosecute his writ to effect, and answer all damages and costs if he fail to make his plea good.”

permitindo a revisão de decisões finais proferidas pelas Cortes Estaduais, com a finalidade de proteger o direito federal e a Constituição, e sustentar sua supremacia perante as Cortes de Justiça dos Estados-membro.

O *writ of error*, porém, foi praticamente extinto pela *Rule 60, “b”*, das *Federal Rules of Civil Procedure*¹⁹⁸, que esvaziou consideravelmente suas funções, sendo paulatinamente substituído pelo *notice of appeal*, documento de apelação simplificado, como bem lembra Fernanda Kellner¹⁹⁹.

Araken de Assis e Barbosa Moreira e também vislumbram inspiração na modelação de nosso recurso extraordinário na apelação constitucional argentina – posteriormente também denominada recurso extraordinário – para a Suprema Corte, criada em 1862 e admissível contra decisões dos tribunais superiores das províncias, na hipótese de violação à Constituição²⁰⁰. José Afonso da Silva vai mais longe, vislumbrando semelhanças entre o

“SEC. 25. And be it further enacted, That a final judgment or decree in any suit, in the highest court of law or equity of a State in which a decision in the suit could be had, where is drawn in question the validity of a treaty or statute of, or an authority exercised under the United States, and the decision is against their validity; or where is drawn in question the validity of a statute of, or an authority exercised under any State, on the ground of their being repugnant to the constitution, treaties or laws of the United States, and the decision is in favour of such their validity, or where is drawn in question the construction of any clause of the constitution, or of a treaty, or statute of, or commission held under the United States, and the decision is against the title, right, privilege or exemption specially set up or claimed by either party, under such clause of the said Constitution, treaty, statute or commission, may be re-examined and reversed or affirmed in the Supreme Court of the United States upon a writ of error, the citation being signed by the chief justice, or judge or chancellor of the court rendering or passing the judgment or decree complained of, or by a justice of the Supreme Court of the United States, in the same manner and under the same regulations, and the writ shall have the same effect, as if the judgment or decree complained of had been rendered or passed in a circuit court, and the proceeding upon the reversal shall also be the same, except that the Supreme Court, instead of remanding the cause for a final decision as before provided, may at their discretion, if the cause shall have been once remanded before, proceed to a final decision of the same, and award execution. But no other error shall be assigned or regarded as a ground of reversal in any such case as aforesaid, than such as appears on the face of the record, and immediately respects the before mentioned questions of validity or construction of the said constitution, treaties, statutes, commissions, or authorities in dispute.” (grifado).

¹⁹⁸ “Rule 60. Relief from a Judgment or Order

(...)

(b) *Grounds for Relief from a Final Judgment, Order, or Proceeding. On motion and just terms, the court may relieve a party or its legal representative from a final judgment, order, or proceeding for the following reasons:*

(1) *mistake, inadvertence, surprise, or excusable neglect;*

(2) *newly discovered evidence that, with reasonable diligence, could not have been discovered in time to move for a new trial under Rule 59 (b);*

(3) *fraud (whether previously called intrinsic or extrinsic), misrepresentation, or misconduct by an opposing party;*

(4) *the judgment is void;*

(5) *the judgment has been satisfied, released, or discharged; it is based on an earlier judgment that has been reversed or vacated; or applying it prospectively is no longer equitable; or*

(6) *any other reason that justifies relief.”*

¹⁹⁹ *Instrumentos processuais de garantia no direito dos Estados Unidos da América*, p. 350.

²⁰⁰ *Manual dos Recursos*, p. 671.

recurso extraordinário e as cassações francesa e espanhola, a revisão alemã, o recurso extraordinário de nulidade notória uruguaio e em recursos do direito lusitano, como a revista e o agravo.²⁰¹

De maneira geral, é certo que, com a adoção deste modelo, de cabimento amplo, o embrião do recurso extraordinário se prestava à análise concreta das violações a preceitos da Constituição e também das leis federais, imiscuindo-se em questões particulares, muitas vezes irrelevantes do ponto de vista nacional.

Não por acaso, e até mesmo diante do paralelismo observável entre o recurso e o *writ* e entre o próprio Supremo e a *Supreme Court* (que serviu de inspiração à constituição e estruturação do Supremo, como se verá), a crise experimentada pela Corte Americana rapidamente criou raízes também em nosso Pretório Excelso, que se via perdido em meio a questões rotineiras, de pequena repercussão, desviando-se do perfil que inicialmente lhe havia sido traçado.

Do Decreto 848 de 1890, o Recurso Extraordinário foi transportado à Constituição de 1891, que previa seu cabimento no art. 59, §1º:

“Art. 59

(...)

§ 1º - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela;

b) quando se contestar 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.”

Verifica-se, assim, de um lado, uma redução nas hipóteses de cabimento do recurso em relação ao Decreto 848, até mesmo pelas deficiências na divisão de competências do Federalismo brasileiro, que ensejariam um grande volume de recursos, ante as amplas competências legislativas da União e a aplicação destas leis pelas Cortes Estaduais. Mais tarde, a Lei 221/1894, em seu art. 24, retomaria o texto original, do Decreto 510/1890, restringindo a recorribilidade ao Supremo às hipóteses de seu art. 9º.

²⁰¹ *Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro*, pp. 45-58.

As modificações introduzidas pela Emenda Constitucional de 1926 ampliaram as hipóteses de cabimento do recurso, que passou a ser exercitável “*quando dous ou mais tribunaes locaes interpretarem de modo diferente a mesma lei federal, podendo o recurso ser tambem interposto por qualquer dos tribunaes referidos ou pelo procurador geral da Republica*” (alínea ‘c’ do §1º do art. 59) e “*quando se tratar de questões de direito criminal ou civil internacional.*” (alínea ‘d’ do mesmo parágrafo).

A Constituição de 1934 trouxe transformações profundas ao recurso, previstas em seu art. 76:

“Art 76 - A Corte Suprema compete:

(...)

2) julgar:

(...)

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;

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 a lei impugnada;

d) quando ocorrer diversidade de interpretação definitiva da lei federal entre Cortes de Apelação de Estados diferentes, inclusive do Distrito Federal ou dos Territórios, ou entre um deste Tribunais e a Corte Suprema, ou outro Tribunal federal;”

Além de conferir *nomen iuris* ao recurso²⁰², o dispositivo legal ainda deixa claro que à Suprema Corte caberia julgar as causas, ou seja, não somente para cassá-las, mas também para reexaminar seu conteúdo, aplicando o direito à espécie, reformando-as quando necessário. O que denota a intenção do legislador de reforçar que o Supremo Tribunal Federal não deveria ser encarado como mera corte de cassação. Foi acrescida, ademais, a possibilidade de interposição do recurso contra decisões de única instância, indicando a possibilidade de julgamento de causas originárias dos tribunais inferiores.

²⁰² Embora a denominação “Recurso Extraordinário” já fosse aceita pelo ordenamento, constando do Regimento Interno do Supremo de 1891 e da Lei 221 de 1894.

A Constituição de 1937 trouxe modificações de pequena monta à redação dos dispositivos que previam o cabimento do recurso, pelo que não merecem maiores considerações.

Após a promulgação da Constituição de 1946, porém, acenderam-se constantes debates sobre a necessidade ou não de ventilação da questão previamente à interposição do recurso, diga-se de passagem, já existentes durante a vigência da Constituição de 1937. Na época, a doutrina tecia ferrenhas críticas à imprescindibilidade de questionamento prévio do tema como condição para a interposição do recurso, discussão sufragada com a edição do verbete de Súmula nº 282 do Supremo.

A Constituição de 1967 não trouxe alterações relevantes ao instituto.

Com efeito, é na Constituição de 1988 que o recurso extraordinário foi elevado à categoria de instrumento de controle difuso de constitucionalidade por excelência. Com a criação do recurso especial e do Superior Tribunal de Justiça pela Carta Cidadã, que implicaram a supressão do exame de compatibilidade dos atos normativos com a legislação federal das competências do Supremo, atribuindo-lhe o papel de corte exclusivamente constitucional, providência que, esperava-se, reduziria sensivelmente a sobrecarga de trabalho.

Conforme anteriormente, visto, a Constituição de 1988 introduziu definitivamente o processo objetivo e o controle concentrado de constitucionalidade em nosso ordenamento jurídico, implantando amplo leque de ações constitucionais. O controle difuso, por assim dizer, ficou relegado a segundo plano.

A seu turno, as reformas inseridas no ordenamento por via da Emenda Constitucional 45/2004 produziram impactos profundos no regramento do controle difuso-incidental, a ponto de a doutrina falar em uma aproximação, ou até mesmo sobreposição, em relação ao controle abstrato-concentrado, denominando o fenômeno de “objetivação do recurso extraordinário”, ou mais precisamente, “objetivação do controle difuso”.

Trata-se de dado relevantíssimo para a compreensão das paulatinas alterações em nosso controle de constitucionalidade e mesmo na racionalidade de nosso ordenamento jurídico.

A mudança de paradigmas é notável. De Corte que procurava manter a unidade do direito e o respeito às disposições constitucionais, o Supremo vem sendo moldado para se estabelecer futuramente como Corte de precedentes. Suprime-se de suas competências as questões ditas por supérfluas, subjetivas, a permitir que a Corte tenha mais tempo – e mais fôlego – para produzir decisões refletidas, de qualidade, e que possam servir de parâmetro ao restante da estrutura Judiciária.

Nesta toada, caminha paralelamente o recurso extraordinário.

Além de serem retiradas, pela Carta de 1988, as hipóteses de cabimento que permitiam a discussão de questões de direito federal (de maneira positiva, a nosso ver, haja vista a estrutura peculiar de nosso federalismo, conforme já comentado), o advento da repercussão geral, dos recursos repetitivos e do próprio incidente de resolução de demandas repetitivas, pelo Novo Código, apontam no sentido de que o apelo extremo não se presta mais à “justiça de varejo”. Deve, pois, se coadunar às novas realidades, inclusive à tendência de valorização de precedentes, definitivamente instituída no Código Processual de 2015.

A tendência, porém, não é imune a críticas, inclusive por parte de abalizada doutrina²⁰³.

Se por um lado a nova configuração do recurso extraordinário e as demais alterações legislativas tratadas reforçam a vinculatividade e autoridade das decisões proferidas pelo Supremo, tornando o ordenamento, em tese, mais coerente e estável – além, é claro, de representar válvula de escape à crise da Corte Excelsa – há que se ponderar que o texto constitucional originário, de fato, não destinou às cortes superiores a função de fixar paradigmas decisórios.

De fato, a redação adotada pelos arts. 102, inciso III, e 105, inciso III, da Constituição Federal é manifesta no sentido de que o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal são cortes de revisão, cabendo-lhes o novo julgamento da causa, nos estritos limites permitidos por sua natureza excepcional, de modo a controlar a aplicação do direito federal e constitucional pelas instâncias inferiores. Não há qualquer alusão, pois, ao papel

²⁰³ V. por todos, ABOUD, Georges e NERY JUNIOR, Nelson. *Recursos para os Tribunais Superiores e a Lei 13.256/2016*.

paradigmático dos tribunais de vértice, produto de paulatinas alterações constitucionais e legislativas.

Trata-se de contraponto importante e que merece reflexão, em meio à efusiva recepção que vem recebendo a tese da modificação das funções do recurso extraordinário, especialmente em virtude do incipiente e questionável sistema de “precedentes” verificado no ordenamento brasileiro.

De qualquer modo, parece necessário frisar, desde já, que nem mesmo o processo de “objetivação” do recurso extraordinário justifica que sejam ignorados os princípios garantia do processo, de importância fulcral em nosso sistema jurídico.

2.5 AS FUNÇÕES DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO:

Partindo-se da análise da evolução histórica e conceitual do recurso extraordinário, fica evidente a proeminência do papel por ele desempenhado no seio do controle de constitucionalidade difuso brasileiro, conjugando a análise e julgamento “(...) *não apenas [d]a questão constitucional, mas também [d]a questão de mérito*”²⁰⁴. O apelo extremo, assim, visa, em princípio, a salvaguarda não somente do *ius constitutionis*, o direito objetivo, mas também do *ius litigatoris*, o interesse das partes envolvidas (ainda que apenas indiretamente).

Contudo, não se pode olvidar que as transformações trazidas pela Emenda Constitucional 45/2004, mormente no que diz respeito à introdução da repercussão geral como requisito de admissibilidade recursal, impactou fortemente nas feições e escopos perseguidos pelo recurso, como se viu, imprimindo-lhe consideráveis alterações, inclusive no que tange a seus efeitos.

Atualmente, é possível distinguir quatro tipos de funções do recurso extraordinário. Bruno Dantas divide-as em funções clássicas, tradicionalmente verificadas nos recursos interpostos perante os tribunais superiores, que abrangeriam a função nomofilática e a uniformizadora, defendidas por Calamandrei em sua *Cassazione Civile*, e funções contemporâneas, produto das alterações que foram se sucedendo ao longo do tempo nos

²⁰⁴ STRECK, Lênio. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*, p. 501.

perfis destes recursos, e que se “(...) manifestaram ainda que o sistema tenha planejado repeli-las”²⁰⁵.

A discussão a respeito das funções do recurso extraordinário se mostra de grande valia para o assunto central desta dissertação, na medida em que permitirá inferir a legitimidade das limitações que vem sendo continuamente impostas às competências naturais do controle difuso e, principalmente, ao recurso extremo, mormente no tocante à guarida do *ius litigatoris*.

2.5.1 FUNÇÃO NOMOFILÁCICA:

A palavra *nomofilachia*, sem tradução literal para o Português, deriva etimologicamente de dois vocábulos do grego arcaico *nómos*, que significa lei, costume, e *phylaso*, que significa custódia²⁰⁶. Consoante noticia Alessandro Coccia, na Grécia Antiga os *nomofilachi* eram magistrados incumbidos de tutelar o verdadeiro significado da Lei, e o respeito às normas²⁰⁷. Assim, a palavra nomofilaquia passou a ser utilizada, no direito, como a tradução do verdadeiro espírito da lei, sendo a atividade nomofilácica aquela voltada à interpretação correta e da vontade da lei, com o intuito de aplicá-la uniformemente.

A ideia conecta-se intimamente à noção de completude da norma, preconizada pela Revolução Francesa, e também no que se refere à construção das características da *civil law*. Em linhas gerais, a Corte de Cassação Francesa nasce como órgão político, com a função de resguardo da vontade da lei por via da anulação das decisões judiciais que desviassem da essência, pelo sistema de reenvio, que, contudo, não previa a imposição de solução à questão (revisão).

Seguindo o modelo, a Corte de Cassação Italiana desenvolve a ideia de *nomofilachia*, entendida como a interpretação exata e única da vontade da lei, prestando-se as Cortes de Cassação - em regime de monopólio, diga-se de passagem - à “*esatta osservanza dele legi per parte degli organi giurisdizionali*”²⁰⁸

Entretanto, e especialmente após a crise do positivismo jurídico, não se pode perder de vista que a noção de “vontade única e exata da lei” perdeu sua força. Atualmente, é

²⁰⁵ DANTAS, Bruno. *Repercussão Geral*, p. 70.

²⁰⁶ Cf. COCCIA, Alessandro. *Storia e struttura dela Corte di Cassazione*, p. 17.

²⁰⁷ Idem.

²⁰⁸ CALAMANDREI, Piero. *Cassazione Civile*, vol. II, p. 22.

praticamente unânime a ideia de que a letra da lei é incompleta, sendo impossível a elaboração de um texto claro o suficiente a permitir apenas a sua interpretação literal, sem a interveniência de quaisquer processos cognitivos próprios da hermenêutica jurídica.

Outrossim, a intersecção entre os mais variados ramos do direito e a rápida troca de informações e de sucessão de eventos que caracteriza a modernidade rejeitam essa concepção do Direito, que deve ser amplo e flexível o suficiente para tutelar as mais variadas formas de interação social, de maneira estender seu prazo de validade. Isso sem falar da criatividade jurisprudencial, mecanismo essencial à adaptação do direito às situações da vida, constantemente mutáveis.

Em virtude disso, a doutrina tem empreendido esforços voltados a adaptar o conceito de nomofilaquia às tendências jurídicas nascentes. É neste campo que floresce a moderna corrente da nomofilaquia dialética ou tendencial, como bem lembram Bruno Dantas²⁰⁹ e Clara Azzoni²¹⁰, que busca a essência do direito, como sistema, e não mais apenas da lei, incentivando a perquirição da melhor solução ao caso concreto dentre as possíveis interpretações disponíveis, de maneira que a decisão recorrida se harmonize com o sistema. A propósito, esclarece Taruffo:

“In sostanza, nella prima concezione dela nomofilachia è la Cassazione che sceglie e propone una interpretazione, indicandola come regola e individuandola tra diverse interpretazioni possibili; nella seconda concezione è in realtà il giudice di merito a compiere le scelte decisive nel caso concreto, mentre la Cassazione si limita a verificare ex post che non siano violate le condizone minime di compabilità dela singola decisione com il sistema”²¹¹

Trata-se, assim, de concepção pela qual a nomofilaquia é permeada por um processo dialético, de maneira a inserir o caso concreto na melhor interpretação de direito possível, na mais adequada ao caso a ele apresentado, com o afastamento da ideia de que há uma única e exclusiva interpretação correta da lei.

2.5.2 FUNÇÃO UNIFORMIZADORA

²⁰⁹ *Repercussão Geral*, p. 63.

²¹⁰ *Os Recursos Especial e Extraordinário no Direito Processual Brasileiro*, p. 23.

²¹¹ *Il Vertice Ambiguo*, p. 14.

A função uniformizadora associa-se à função nomofilática (sendo, inclusive por vezes tratadas como uma função única pela doutrina), na medida em que visa à imposição de solução jurídica semelhante a casos idênticos, de maneira a evitar interpretações discrepantes sobre suportes fáticos idênticos.

A função uniformizadora vai além do mero interesse público na manutenção do sistema jurídico. Espraia-se, com efeito às próprias garantias dos jurisdicionados, proporcionando-lhes a segurança jurídica e a implementação do princípio da igualdade por meio da previsibilidade das decisões.

Em outras palavras, ao concretizar a uniformidade interpretativa, o Estado não apenas viabiliza a estabilidade e a unidade do Direito, mas também, por via reflexa, garante aos jurisdicionados a tranquilidade e segurança inerentes à possibilidade de anteverem o resultado e perspectivas de sua demanda, bem como a sensação de que serão tratados de maneira similar à de outros na mesma situação.

O interesse em uniformizar as posições e entendimentos, porém, permanece sendo primariamente do Estado, o que leva Bruno Dantas a afirmar que “(...) *o interesse primário que é prestigiado, ainda que indiretamente, é o do Estado à pacificação social e à sua própria legitimação democrática*”²¹²

Vale lembrar que a função uniformizadora não objetiva tolher a criatividade dos juízes, que podem e devem individualizar e apontar a melhor interpretação da lei à hipótese fática que lhe é apresentada. Todavia, a decisão prolatada estará sujeita a controle pelos órgãos de cúpula, que avaliará a correta aplicação do direito, de modo a disponibilizar ao jurisdicionado meios para reverter eventual tratamento discrepante, sem lastro em razões que justifiquem tal distinção.

2.5.3 FUNÇÃO PARADIGMÁTICA

A função paradigmática, ou persuasiva, remete à ideia de vinculatividade dos provimentos oriundos do julgamento dos recursos extraordinários, que adquiriu efeitos *erga omnes* – polêmicas sobre a vinculatividade à parte - apenas com a edição do Novo Código Processual, que expressamente prevê, em seus arts. 927, III c/c 988, IV, a imperiosidade da

²¹² *Repercussão Geral*, p. 68.

observância do quanto julgado em acórdãos de recursos extraordinários repetitivos pelas instâncias inferiores, bem como a possibilidade de ajuizamento de reclamação constitucional contra decisão que deixe de observar o pronunciamento do Supremo no tocante.

Pode-se dizer que, dentre as funções do recurso extraordinário aqui apontadas, a função paradigmática foi a que mais ganhou força nos últimos tempos, com as transformações introduzidas em nosso sistema, que nos aproximaram das instituições próprias dos sistemas de *common law*.

Nos dias de hoje é possível perceber uma certa aproximação entre as tradições²¹³, com a existência de traços típicos da *civil law* em sistemas de *common law* (como é o caso da edição das *Rules* inglesas de 1999, que traduzem a ideia de um Código de Processo Civil escrito) e características de ordenamentos de *common law* em países de tradição civilista, que passam a valorizar a jurisprudência e os precedentes, como é o caso de nosso Novo Código de Processo Civil.

Há quem sustente que o “intercâmbio de modelos” é mais comumente observável em países de *civil law*, que importam frequentemente modelos originalmente da *common law*, sendo detectáveis, em seus sistemas, níveis mais altos de ineficiência e morosidade do Judiciário.

Isso é consequência, em grande medida, das crises geradas pelas mudanças no papel do juiz, chamado a exercer papel criativo, com o advento do *Welfare State* - que viabilizou as prestações positivas por parte do Estado e junto com elas a segunda geração de direitos, que trouxe a necessidade de controle judicial dos atos da Administração –, da positivação constitucional de diversos direitos, dos direitos coletivos e difusos (terceira geração de direitos) – que buscaram tratar dos conflitos massificados – e da própria internacionalização dos direitos²¹⁴.

Outrossim, algumas características inerentes ao modelo de *civil law*, incompatíveis com a realidade atual do direito e do papel do Judiciário, acabam por tornar o sistema confuso e sobrecarregado. Dentre elas, menciona Cappelletti²¹⁵ a organização das cortes dos

²¹³ Taruffo fala em “intercâmbio processual entre sistemas processuais de *common law* e de *civil law*” (*Observações sobre os modelos processuais de civil law e de common law*, p. 153).

²¹⁴ A respeito, v. CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*

²¹⁵ Op. cit., p. 105.

ordenamentos civilísticos, de caráter acentuadamente fragmentário, e o grande número de juízes a elas pertencentes, o que resulta na existência de posicionamentos dissonantes e decisões irrelevantes, que enfraquecem a força da autoridade dos julgados.

Com efeito, a divisão hermética dos países entre *civil law* e *common law* não mais subsiste. As transformações dos ordenamentos jurídicos e a troca cada vez mais constante e rápida de informações pelo mundo globalizado não mais permitem afirmar a dicotomia entre os dois modelos, que se mesclam e experimentam institutos reciprocamente, aperfeiçoando-se em busca de estabilidade, coerência e previsibilidade.

No caso do Brasil, esta aproximação já vinha se ensaiando desde a introdução de institutos como as súmulas vinculantes, as súmulas impeditivas de recursos, a repercussão geral e os recursos excepcionais repetitivos. Mas se cristalizou, definitivamente, com a edição do Novo Código de Processo Civil, que centra suas preocupações, em grande medida, na doutrina do respeito aos precedentes, criando mecanismos que visam à substituição do *stare decisis*, característico dos países de *common law*, e que sustenta, em grande medida, o sistema de precedentes.

Denota-se, portanto, a proeminência desta função na atual sistemática, visivelmente imbricada na tendência de objetivação do recurso extraordinário, que o torna praticamente indiferenciado em relação ao controle objetivo de constitucionalidade.

É prematuro, contudo, falar em adoção de “precedentes” pelo sistema brasileiro.

Os mecanismos de valorização jurisprudencial existentes afastam o operador do direito do substrato fático que deu origem ao enunciado, de importância vital para o *stare decisis*, que inclusive obriga o julgador a citar o precedente seguido na íntegra, para comprovar a analogia entre os fatos.

A falta de exposição precisa dos fundamentos de fato, além de alargar em excesso o âmbito de hipóteses a ela aplicáveis, ainda acaba por dificultar o exercício do *distinguishing* (a distinção do caso concreto em relação ao precedente) e do *overruling*, já que não há clareza sobre em quais situações fáticas seriam passíveis de aplicação. Aliás, é de se destacar que na repercussão geral e o julgamento de recursos repetitivos, sequer há meios que permitam à parte alegar a distinção de seu caso ou a superação do precedente.

Isso sem falar nos critérios utilizados pelos tribunais superiores para aferir a representatividade do recurso pinçado para fins de averiguação de repercussão geral e julgamento de casos repetitivos (vide, por exemplo, o caso clássico do caso de assinatura básica de telefonia, REsp 1.068.944, submetido ao regime dos artigos repetitivos).

Resta patente, deste modo, a grande distância que ainda separa nosso sistema da teoria dos precedentes obrigatórios.

Problemas à parte, verifica-se que, ainda que o sistema de precedentes e a valorização da jurisprudência ofereçam importantes contribuições em termos de racionalidade e coerência para o sistema, debelando as influências negativas da divergência jurisprudencial²¹⁶, as mudanças legislativas empreendidas ao longo dos últimos anos se prestam muito mais à contenção da litigiosidade excessiva que vem permeando a realidade do Judiciário brasileiro.

2.5.4 FUNÇÃO DIKELÓGICA

A palavra *dikelógica* é formada pelos vocábulos gregos *dike*, que significa justiça, direito reto, e *logiko*, que remete à ideia de relativo à razão²¹⁷. Como o próprio nome sugere, é a função que busca levar a justiça ao caso concreto, por via da aplicação correta da norma, ou seja, é a tutela do interesse das partes no caso, do *ius litigatoris*.

É apontada como função do recurso extraordinário por Bruno Dantas²¹⁸, na contramão da opinião doutrinária majoritária, que, como se viu, é contrária à atribuição da função de realização da justiça aos recursos de cúpula, defendendo tratar-se o acolhimento da pretensão recursal da parte de mera consequência da tutela do direito objetivo.

Com base na verificação de que, por vezes, o *ius litigatoris* ganha maior importância do que a tutela do direito objetivo no julgamento de recursos de cassação na França e na Itália, o autor defende ser também atribuição do recurso extraordinário a tutela subjetiva do interesse envolvido.

²¹⁶ Em especial nas Cortes Superiores, que possuem o papel uniformizador do direito federal e constitucional.

²¹⁷ *Repercussão geral*, p. 71.

²¹⁸ *Idem*, pp. 71 e ss.

Concordamos em parte com o autor, por entender que a concepção primária do recurso extraordinário como instrumento de controle de constitucionalidade difuso de fato permite que se vislumbre dentre suas atribuições a de proporcionar a garantia à autoridade da Constituição também nas relações e conflitos entre jurisdicionados que são trazidos à baila somente por via deste sistema.

Não obstante, há que se considerar que vem ganhando força a abstrativização do controle difuso, que paulatinamente se aproxima da vertente concentrada, especialmente após a instauração da repercussão geral, de maneira que a lide subjacente à tese constitucional passou a ser apenas um detalhe na apreciação do recurso. Assim – como aliás, reconhece o próprio autor²¹⁹ –, com base na tendência verificada, torna-se praticamente indefensável a função *dikelógica* do recurso, a não ser que se considere, talvez, casos teratológicos que importem em acentuada violação a direitos humanos.

Fora hipóteses do gênero, certamente é possível afirmar que a atual sistemática, reforçada pelo sistema de precedentes implantado pelo Novo Código de Processo Civil, visa enlevar a Suprema Corte ao patamar de corte eminentemente constitucional, ao menos no que diz respeito ao controle de constitucionalidade, de maneira que perde lugar a função *dikelógica* do apelo extremo.

²¹⁹ Ibidem, p. 74.

CAPÍTULO III – PERFIL CONSTITUCIONAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SUA CRISE INSTITUCIONAL

3. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SUA CRISE INSTITUCIONAL

3.1 PRESSUPOSTOS TEÓRICOS: AS CORTES E SEUS PERFIS

A definição do perfil de uma corte é, sobretudo, uma opção política, concretizada em fórmula normativa constitucional. É por meio do delineamento das feições de uma corte que se determina os seus rumos e objetivos, sobre quais pilares se assentam suas ocupações, seus mecanismos de funcionamento e os instrumentos que viabilizarão o acesso à sua jurisdição. As características das cortes, enfim, permitem vislumbrar o seu papel dentro do sistema jurídico – e, porque não, político – e revelam as expectativas do constituinte sobre o exercício das funções a ela assinaladas.

Daniel Mitidiero assinala que a adequada divisão de atribuições entre as cortes proporciona economia processual porque racionaliza a atividade jurisdicional, permitindo que os tribunais trabalhem apenas o necessário para promover a consecução de suas finalidades. Via de consequência, a divisão de trabalho contribui, pela perspectiva daqueles que se utilizarão dos serviços destas cortes, para a própria tempestividade da tutela jurisdicional²²⁰.

Eduardo Oteiza²²¹, por sua vez, sustenta que o desenho das Cortes é condicionado à sua missão: de um lado, sua finalidade pode estar atrelada à perspectiva pública, transcendental, que busca garantir a homogeneidade e consistência do sistema; de outro, a ótica pela qual trabalha pode ser focada no litigante, na busca pela aplicação correta do direito ao caso concreto²²².

²²⁰ *Cortes Superiores e Cortes Supremas*, pp. 31-32.

²²¹ *A função das Cortes Supremas na América Latina*, pp. 184-185.

²²² Sobre as finalidades pública e privada atribuídas às Cortes, Federico Carpi aponta que “(...) *in tutti i modelli riscontrabili, com particularità proprie, il pendolo oscilla fra questi due estremi, e volta a volta nei singoli Paesi e nelle diverse epoche storiche investe a fondo l’una o l’altra finalità, no solo a seconda delle scelte astratte delle norme, ma delle conseguenze concrete dela struttura organizzativa, dell’attitudine culturale dei giudici e degli avvocati, delle regole per l’accesso alle Corti.*”. (*L’accesso alla Corte di Cassazione italiana i alle corti supreme dei Paesi Europei*, p.197).

Em princípio, interessa-nos apenas a discussão a respeito dos perfis das cortes de cúpula, às quais é confiada a missão de conferir coerência ao ordenamento jurídico como um todo, dando a última palavra sobre a exegese e alcance dos conteúdos normativos da Constituição e da legislação nacional. Seus pronunciamentos concretizam o verdadeiro significado destas normas, e proporcionam verdadeiros *standards* interpretativos, que servirão de orientação para os órgãos hierarquicamente inferiores.

A configuração das cortes de cúpula, pois, é incontestavelmente produto das particularidades de cada sistema jurídico, gerando tribunais com as mais variadas competências, composições e estruturas de funcionamento, o que torna impraticável a definição de perfis estanques.

Entretanto, é inegável que os fundamentos destas configurações se lastreiam em modelos historicamente desenvolvidos, experimentados com relativo sucesso, e que serviram de inspiração à estruturação das cortes de cúpula ao redor do mundo. E o desenvolvimento destas padronizações e sua disseminação pelos continentes favoreceu a combinação entre elas, refletindo as particularidades e necessidades de cada ordenamento. Os sistemas de controle de constitucionalidade mistos e mesmo a existência de cortes supremas que exercem a função de cortes de cassação exemplos claros disso.

A digressão é válida, na medida em que a ausência de um traçado minimamente coeso do perfil do Supremo Tribunal Federal implicou a acumulação de diversas funções ao longo de sua trajetória, tornando-se uma das grandes concausas para a explosão numérica verificada nas estatísticas. Ademais, as opções políticas realizadas quando da promulgação da Constituição Federal de 1988 resultaram na convergência de significativa parcela das questões de alta relevância nacional para o Supremo Tribunal Federal, o que apenas agrava a sobrecarga de trabalho.

Vale dizer, a “crise de identidade” da corte está intimamente associada à sua “crise institucional”.

A definição do papel do Supremo, outrossim, impacta diretamente na missão da Corte, permitindo avaliar os instrumentos jurídicos que tem à sua disposição para efetivá-la, incluindo-se o recurso extraordinário.

Por fim, a compreensão dos padrões e as relações e limites de competência estabelecidos entre o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, especialmente por via do desenvolvimento de linhas jurisprudenciais, repercute diretamente no objeto de nossas indagações: o requisito da ofensa direta ao texto constitucional para apreciação do recurso extraordinário, que emerge diretamente das fronteiras nebulosas existentes entre os conjuntos de atribuições dos dois tribunais.

3.1.1 CORTES SUPREMAS E CORTES CONSTITUCIONAIS

Os padrões imediatamente associados às cortes de cúpula estão ligados aos sistemas clássicos de controle de constitucionalidade, já tratados no início deste trabalho: são eles a corte suprema e a corte constitucional.

A ideia de corte suprema surge *pari passu* à noção de controle de constitucionalidade difuso e concreto, sendo associada, portanto, ao modelo da *Supreme Court* americana.

Em sua acepção clássica, a corte suprema ocupa o ápice da hierarquia do Poder Judiciário, acessível pela via incidental e subjetiva. A corte suprema extrai a adequada interpretação do direito de litígios comuns, que são levados às suas portas após o percurso de todo o iter judicial, durante o qual qualquer juiz ordinário pode deixar de aplicar a norma ordinária, se verificada sua incompatibilidade em relação à norma constitucional.

Como decorrência da posição hierárquica ocupada pela corte suprema, no vértice da pirâmide de organização judiciária, suas decisões são irrecorríveis, e encontram seu fundamento de eficácia, legitimidade e vinculatividade no princípio do *stare decisis*, próprio das nações que adotam o sistema anglo saxônico, com plena aceitação da ideia do *judge made law*.

Insta destacar, neste ponto, que no sistema da *common law* o direito ao recurso não é compreendido como parte do próprio devido processo legal, como sucede nos sistemas de *civil law*, mas antes um direito limitado, condicionado à existência de desacertos de certa gravidade no processo. Como consequência da aceitabilidade generalizada da ideia de limitação de acesso recursal pelos jurisdicionados, as Cortes Supremas são “(...) *integradas*

por poucos juízes, que resolvem número limitado de assuntos e contam com amplo poder discricionário para admitir que casos devem julgar”²²³.

Legitimadas pelo princípio do *stare decisis*, pois, as decisões da Corte Suprema vinculam os demais Tribunais, retirando, indiretamente, a validade do ato normativo julgado inconstitucional, que não é mais aplicado. Entretanto, os pronunciamentos não têm o poder de suprimir a norma do ordenamento jurídico, ou revogá-la.

As dificuldades de reprodução do modelo estadunidense pelos países europeus de tradição romanística, resultantes das evidentes discrepâncias entre as culturas da *civil law* e *common law*, motivaram a criação do sistema concentrado e abstrato de controle de constitucionalidade e, com ele, nova modalidade de órgão jurisdicional de controle: a corte constitucional.

Concebida por Hans Kelsen, o modelo de corte constitucional nasce em meio a intensos debates doutrinários sobre sua legitimidade, interferência na concepção de tripartição de poderes²²⁴ e até mesmo sobre sua configuração como um tribunal²²⁵, dotado de jurisdição constitucional.

Floresce na Europa no período pós Segunda Guerra²²⁶, em um contexto de reconstrução democrática, impulsionado pelos insucessos experimentados pelas nações

²²³ OITEZA, Eduardo. op. cit., p. 196.

²²⁴ É neste contexto que surge a idealização, por Kelsen, da função de “legislador negativo” exercida pelo Tribunal Constitucional: “*Ora, anular uma lei é estabelecer uma norma geral, porque a anulação de uma lei tem o mesmo caráter de generalidade que sua elaboração, nada mais sendo, por assim dizer, que a elaboração com sinal negativo e portanto ela própria uma função legislativa.*” (*Jurisdição Constitucional*, pp. 151-152).

²²⁵ Para Kelsen, não havia incongruência teórica na concepção da Corte Constitucional como um tribunal, pois “*A anulação de uma lei se produz essencialmente como aplicação das normas da Constituição. A livre criação que caracteriza a legislação está aqui quase completamente ausente. (...) E é precisamente nisso que sua função se parece com a de qualquer outro tribunal em geral: ela é principalmente aplicação e somente em pequena medida criação do direito. É, por conseguinte, efetivamente jurisdicional.*” (*Jurisdição Constitucional*, p. 153).

²²⁶ A propósito, Hector Fix-Zamudio: “*Al terminar la Segunda Guerra Mundial, no solo se restableció esta institución austriaca en 1945, sino que se crearon otros organismos jurisdiccionales especializados con la denominación de Cortes o Tribunales Constitucionales en varias cartas fundamentales de Europa occidental, como Italia (1948) y la República Federal de Alemania (1949), tendencia que de manera paulatina se extendió a otros ordenamientos tanto europeos, es decir, en la antigua Yugoslavia (1953-1974); Portugal (1966-1982); España (1978); Bélgica (1980, denominado Tribunal de Arbitraje (...))*” (*Breves reflexiones sobre la naturaleza, estructura y funciones de los organismos jurisdiccionales especializados en la resolución de procesos constitucionales*, p. 203).

européias na adoção do sistema estadunidense e pelo próprio comprometimento da independência decisional dos Tribunais existentes²²⁷.

Em sua formulação originária, inaugurada na Constituição austríaca de 1920, a Corte Constitucional, ou *Verfassungsgerichtshof*, detinha o monopólio do exame da constitucionalidade das leis, ativado unicamente por via de ação direta e especial, com rol limitado de legitimados para sua propositura²²⁸. O controle de constitucionalidade passava a ser exercido à parte de casos concretos, em processo objetivo, de interesse público, cuja única finalidade residia na análise de compatibilidade entre o ato normativo impugnado e as disposições constitucionais.

Como consectário direto da adoção do modelo, era suprimida aos juízes ordinários qualquer competência de controle da constitucionalidade das normas, seja pela impossibilidade de negativa de aplicação daquelas consideradas inconstitucionais, seja pela ausência de mecanismos que viabilizassem o envio de questão de constitucionalidade pelas instâncias ordinárias à Corte Constitucional.

A fim de viabilizar seu pleno funcionamento, a Constituição devia dotar o Tribunal Constitucional de independência em relação aos demais poderes, prevendo organização e atribuições próprias – o que inclui, obviamente, independência orçamentária -, além de instrumentos que assegurem a eficácia de seus pronunciamentos²²⁹.

A Corte Constitucional, tal como idealizada, se posiciona fora do quadro do Judiciário e à parte da estrutura dos demais Poderes, diversamente, pois, da Suprema Corte, que invariavelmente ocupa o topo da hierarquia do Poder Judiciário. Todavia, conforme ressalta Favoreu²³⁰, a independência orgânica da Corte Constitucional em relação aos demais

²²⁷ Cf. GARLICKI, Lech. *Constitutional Courts vs. Supreme Courts*, p. 45.

²²⁸ A revisão constitucional de 1929 altera este panorama, ampliando o rol de legitimados para instaurar o controle de constitucionalidade, de forma a abranger duas instâncias jurisdicionais superiores: o *Oberster Gerichtshof*, corte suprema para causas cíveis e penais, e o *Verwaltungsgerichtshof*, a corte suprema para causas administrativas. Vale ressaltar, contudo, que a provocação do *Verfassungsgerichtshof* nesta circunstância era autorizada apenas por via incidental, no contexto de um processo comum em curso perante estes tribunais, em que a lei, federal ou estadual, fosse contestada em face da Constituição, e desde que a questão posta fosse relevante. Nova revisão constitucional, de 1975, passou a autorizar que um terço dos membros do Parlamento arguam a inconstitucionalidade de lei perante a Corte Constitucional.

²²⁹ Neste sentido, Favoreu enuncia que “*Qualquer instituição, cuja existência, funcionamento ou atribuições arrisquem-se a serem desprezadas pelo legislador ou pelo governo, não pode ser considerada como uma Corte Constitucional, nem como jurisdição constitucional*” (*Cortes Constitucionais*, p. 27).

²³⁰ *Idem*, p. 33.

órgãos judiciários não impede o estabelecimento de mecanismos que os relacionem funcionalmente, como os procedimentos de remessa para análise de questões constitucionais.

Outra importante característica que diferencia a Corte Constitucional da Suprema Corte diz respeito aos efeitos de sua decisão. Com efeito, dada a ausência da lógica do *stare decisis* nos sistemas anglo-saxônicos, o pronunciamento do Tribunal Constitucional tem o condão de revogar o ato normativo inconstitucional, assumindo o papel de “legislador negativo”, na expressão cunhada por Kelsen.

Para além destes pontos fulcrais, Kelsen pontua que uma legítima Corte Constitucional deve apresentar alguns traços fundamentais, embora alertando que “(...) *não se pode propor uma solução uniforme para todas as Constituições possíveis. A organização da jurisdição constitucional deverá se adaptar às particularidades de cada uma delas*”²³¹. São eles, segundo o mestre austríaco: (i) o número de componentes deve ser reduzido, uma vez que sua missão se restringe ao pronunciamento sobre questões puramente de direito, de interpretação do texto constitucional; (ii) seu recrutamento deve contemplar a participação dos poderes Legislativo e Executivo; (iii) na composição da corte deve ser reservado lugar adequado, ainda que não exclusivo, para os juristas de carreira, que contribuirão com sua *expertise*, sendo desejável o afastamento de membros do Parlamento e do Governo, com o intuito de evitar a influência política sobre os pronunciamentos do tribunal²³².

Peter Häberle ressalta, porém, que o conceito de Tribunal Constitucional deve ser compreendido de forma ampla e flexível, em que o exercício de funções constitucionais jurisdicionais é o elemento-chave de identificação, não obstante seja possível discernir certas competências usualmente atribuídas a estas Cortes²³³.

Nesta linha, também Taruffo destaca que as cortes nominadas “supremas” assumem na atualidade as mais variadas facetas e funções, que incluem até mesmo a realização do

²³¹ *Jurisdição Constitucional*, p. 153.

²³² *Idem*, pp. 153-154,

²³³ São destacadas pelo autor a “função de integração” entre o Estado e seus cidadãos e grupos, a garantia do equilíbrio institucional entre os Poderes, a proteção dos direitos humanos e fundamentais a proteção frente ao abuso de poder estatal e a garantia ao pluralismo (*Funciones y significado de los Tribunales Constitucionales em perspectiva comparada*, p. 474).

controle de constitucionalidade das leis pela via concentrada, sendo praticamente impossível fixar um conceito limitativo²³⁴.

Por conseguinte, não é demais dizer que com as diferentes combinações de modelos adotadas pelos ordenamentos, o próprio significado de “Cortes Supremas” e “Cortes Constitucionais” não é unívoco, tornando tênues os limites entre os padrões.

3.1.2 CORTES DE CASSAÇÃO E TRIBUNAIS DE REVISÃO

As cortes de cassação e os tribunais de revisão despontam como modelos consagrados na Europa de órgãos judiciários superiores, guardiões da inteireza do direito nacional. Vale dizer, as cortes de cassação e revisão não se confundem com os órgãos destinados ao controle de constitucionalidade dos atos normativos, mas com eles se inter-relacionam.

A Revolução Francesa foi o grande marco histórico na construção da cassação civil. A ideologia revolucionária, fundada na ideia rousseuniana da supremacia da vontade do povo expressa por meio da lei, bem como na separação estanque dos Poderes, de Montesquieu, relegou o papel do Judiciário - composto pelos outrora “homens do rei” – à mera aplicação da norma posta, em atividade simplesmente cognitiva, verdadeira subordinação do juiz à lei.

A desconfiança sobre os juízes e o risco de arbitrariedades era de tal monta que lhes era, inclusive, vedada a interpretação da lei, a fim de não distorcê-la: sob a ótica revolucionária, a lei era completa e perfeita, porque emanada do povo, não havendo que se discutir sobre preenchimento de lacunas ou falhas legislativas. Consectariamente, a vontade do povo só poderia ser concretizada na medida em que as decisões judiciais se ativessem aos estritos termos da lei, considerada como primeira, senão única, fonte de direito dotada de legitimidade. Nasceram os juízes “*bouche de la loi*”.

É certo que o objetivo de que foram imbuídos os revolucionários, no sentido de desenvolver um novo direito e uma nova sociedade, um abandono das tradições do *Ancien Régime*, acabou por reforçar a necessidade de limitar rigidamente o Judiciário. O cenário que se apresentava durante o Absolutismo revelava-se intensamente avesso aos ideais de

²³⁴ “*Le funzioni delle Corti Supreme: cenni generali*”.

igualdade, fraternidade e liberdade preconizados pela Revolução: os cargos do Judiciário eram herdados ou comprados, o que resultava em decisões totalmente parciais, que interpretavam a lei segundo com os interesses dos grupos privilegiados e sufragavam eventuais tentativas de progresso pelos legisladores.

Natural, pois, a falta de credibilidade dos juízes perante os revolucionários²³⁵, vistos como membros da aristocracia favoráveis à continuidade dos privilégios do regime absolutista. A atividade judicante, deste modo, foi restringida à reprodução e reafirmação do teor da lei, com a subsunção do caso concreto à norma por meio de processo mental meramente cognitivo, privilegiando o método científico do Positivismo.

Como pontua Teresa Arruda Alvim Wambier, “*As teorias dedutivas eram capazes de explicar as decisões judiciais como se elas fossem o resultado de um raciocínio absolutamente lógico: Lei+fatos=decisão.*”²³⁶. Quaisquer criações jurisprudenciais que implicassem na criação de lei seriam inaceitáveis, sob pena de ingerência na atividade reservada ao Poder Legislativo.

A fim de viabilizar esta rígida delimitação dos poderes dos juízes, colocou-se a necessidade de garantir a clareza e completude dos textos legais, tornando prescindível a atividade intelectual e a postura perscrutadora do juízes. A lei escrita tinha importância fundamental neste sistema, eis que se mostrava imprescindível o aperfeiçoamento do texto legal a tal ponto que fosse dispensável qualquer processo mais complexo de reflexão para sua imposição à hipótese concreta.

A segurança e previsibilidade do direito advinham da própria lei, encarada como completa e irretocável. Os diversos corpos legislativos que congregam a positivação das normas jurídicas, as codificações, passaram a ser traço característico deste tipo de sistema, ante a necessidade de impor certa racionalidade e coerência à lei, com o fito de limitar “(...) *a liberdade criativa e a propagação normativa das decisões judiciais.*”²³⁷

É neste contexto que surge a Corte de Cassação francesa, em 1790 – de início concebida como órgão político, não jurisdicional –, destinada a controlar a atividade

²³⁵ Nos dizeres de Mauro Cappelletti, “(...) *multicentenária história de desconfiança na discricionariedade dos poderes públicos e do judiciário em particular. (...)*” (*Juízes Legisladores?*, p. 117-118).

²³⁶ *Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law*, p. 126.

²³⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, p. 180-181. Vol. I.

jurisdicional e garantir a supremacia legal, cassando os julgados que aplicassem a lei incorretamente ou que lhe dessem interpretação não condizente com aquela autorizada pelo Judiciário. Note-se, porém, que “(...) a *Cour de Cassation* foi instituída unicamente para cassar a interpretação incorreta, e não para estabelecer a interpretação correta ou para decidir em substituição à decisão prolatada pelo juiz ordinário. (...)”²³⁸

A *Cour de Cassation* – também competente para demandas criminais – encabeça a estrutura do Judiciário francês, possuindo como principal função a guarda do direito posto, com a cassação de decisões proferidas pelas jurisdições inferiores que contrariem a melhor aplicação e interpretação das regras de direito.

A doutrina aponta, todavia, que a *Cour de Cassation* não deve ser entendida como um terceiro grau de jurisdição. O exame das questões a ela submetidas se restringe à matéria de direito, não sendo revolidos os fatos e provas que compõem o processo. Assim, para a abertura do acesso à Corte é necessária a comprovação de que tenha havido uma violação de uma regra de direito, em acepção *lato sensu*, abarcando desde os decretos até os princípios de direito.

A função da Corte de Cassação se restringe à análise do acerto no silogismo jurídico efetuado pelo juiz, avaliando se a subsunção dos fatos à norma foi feita de maneira regular. Caso contrário, a Corte não substitui a decisão atacada, mas exerce o chamado “poder de reenvio”.

Os julgados da Corte, desta maneira, não possuem efeito substitutivo: eles apenas anulam a decisão atacada. Com o fim de conferir solução ao litígio, a Corte reenvia a questão a um novo tribunal de apelação, que julgará novamente a demanda, para que aplique o direito corretamente (reenvio que permite a nova análise dos fatos e do direito). O segundo poder de reenvio, porém, é diferenciado: neste caso, a jurisdição de reenvio, denominada *référé obligatoire*, deve se ater à interpretação dada pela Corte de Cassação aos pontos de direito debatidos – havendo, no entanto, liberdade com relação à análise de matéria fática.

A experiência italiana também contribuiu sobremaneira para a configuração das cortes de cassação.

²³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, p. 58-59.

Com base no modelo francês se desenvolveu a Corte de Cassação italiana, permeada por intensos debates sobre a adoção da cassação em seu sentido “puro”. O sistema de reenvio é adotado pelo Código de Processo Civil italiano de 1940, mas posteriormente abandonado, após as reformas de 1990 e 2006, que visavam à economia processual.

Em seu clássico trabalho “*Cassazione Civile*”, Calamandrei, revisitando as origens da cassação italiana, define as duas funções primordiais do recurso de cassação: (i) a função “nomofilática”, pela qual a Corte veicula a fixação da interpretação exata e única da vontade da lei, com o reenvio ou rejuízo do mérito da causa submetida à Corte e (ii) a função uniformizadora, por meio da qual a Corte regula a interpretação do direito objetivo, que visa homogeneizar a exegese das leis.

Coube à Corte de Cassação, pois, em regime de monopólio, garantir a “*esatta osservanza delle leggi per parte degli organi giurisdizionali*”²³⁹, em duas vertentes: a do interesse público em controlar o direito objetivo e uniformizá-lo, visando desenvolvê-lo, e a do interesse privado, das partes processuais, secundário em relação ao público, por meio da qual a Corte assegura a justiça no caso concreto a ele submetido²⁴⁰.

Ambas as funções, como se viu supra, têm sido consideradas como funções do próprio recurso extraordinário²⁴¹, que se volta à fixação da adequada interpretação das normas constitucionais no caso concreto e à sua uniformização.

As cortes de revisão, por sua vez, possuem como característica marcante a imposição de solução aos casos concretos a elas submetidos, com a aplicação da adequada interpretação do direito. É dizer, após a apreciação do recurso, a corte não apenas cassa a decisão atacada, como emite novo pronunciamento, que substitui o anterior.

Ao contrário das cortes de cassação, portanto, não apenas fixam a tese jurídica e reenviam os autos às cortes inferiores, mas conferem nova solução ao caso por meio da

²³⁹ CALAMANDREI, Piero. *Cassazione Civile*, vol. II, p. 22.

²⁴⁰ Daí a denominação da corte como “*vértice ambíguo*” na obra de mesmo nome de Michelle Taruffo.

²⁴¹ Segundo Giovanni Bonato, porém, o recurso de cassação italiano é de tal modo amplo que abarca não apenas a função do nosso recurso extraordinário, mas também do especial: “*Anotese que o recurso de cassação italiano desempenha ao mesmo tempo o papel do recurso extraordinário perante o STF e do recurso especial perante o STJ, sendo cabível tanto em caso de violações de disposições constitucionais como em caso de violações de disposições infraconstitucionais de qualquer natureza*” (*O filtro ao recurso de cassação no sistema jurídico italiano*, p. 251).

imposição da interpretação adequada, julgando efetivamente a demanda que lhe é submetida, ainda que dentro dos limites impostos pela fundamentação restrita dos recursos.

3.2 PANORAMA DAS ATRIBUIÇÕES ASSINALADAS AO SUPREMO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E CONCLUSÃO PARCIAL: É O SUPREMO UMA CORTE ESTRITAMENTE CONSTITUCIONAL?

Uma vez estabelecidas as características principais dos perfis ideais de cortes sistematizadas pela doutrina, é perceptível que o Supremo Tribunal Federal não se aloca confortavelmente em apenas uma delas.

Concebido em 1828 e instalado em 1829 como Supremo Tribunal de Justiça, a mais alta corte do país nasceu sucedendo a antiga Casa de Suplicação do Brasil, inclusive preservando o quadro de juízes deste antigo tribunal.

Restringia suas atividades no período monárquico à apreciação de recursos de revista, ao conhecimento de erros de ofício cometidos por seus conselheiros, membros das Relações, membros do corpo diplomático e presidentes das Províncias, além do julgamentos de conflitos de competência entre as Relações. Deveras, tratava-se o recurso de revista de sua principal atribuição, o que fez com que a doutrina reconhecesse que o Supremo Tribunal de Justiça funcionava na verdade como “*uma típica corte de cassação nos moldes europeus*”²⁴².

Com a instauração do Governo Republicano, como visto, o Supremo Tribunal Federal foi modificado para, nos moldes da Suprema Corte Americana, exercer o papel de órgão de cúpula do Judiciário.

Por ocasião da instalação da Assembleia Constituinte em 1987, porém, cumulava diversas incumbências que lhe foram sendo atribuídas ao longo da história por nossas diversas Constituições: guardião da Constituição, pela via concreta (funcionando como Corte Suprema) e abstrata (funcionando como Corte Constitucional) e ao mesmo tempo garantidor da inteireza e da uniformidade de interpretação do direito federal (funcionando como Tribunal de Revisão, porém com atribuições análogas a uma Corte de Cassação no que diz respeito ao encargo de conferir integridade e uniformidade à legislação nacional),

²⁴² DEZORZI, Diego; SCHWARTZ, Germano. *A história da Corte Suprema no Brasil: da Casa da Suplicação até a criação do Supremo Tribunal Federal*, p. 106.

papéis cujo desempenho, por si só, exigia disponibilidade muito além de sua capacidade. Isso sem falar das competências originárias e das hipóteses de interposição do recurso ordinário.

Assim, com o intuito de diminuir as inúmeras atribuições confiadas ao tribunal, houve por bem a Assembleia Constituinte, acatando sugestões referendadas por eméritos juristas, cindir as competências do Supremo com a criação de um novo Tribunal, o Superior Tribunal de Justiça, que se encarregou o papel de guardião da lei federal.

A criação do Superior Tribunal de Justiça, como se verá à frente, é mais uma das tentativas de conter a crise numérica de processos, que o tempo revelaria também malsucedida.

Se por um lado a parcela de funções relativas ao direito federal eram suprimidas da mais alta corte do país, de outro lado o exame do conjunto de competências que lhe foram assinaladas pela Carta demonstra que foram agregadas novas atribuições às tradicionais, com destaque para o incremento do controle abstrato de constitucionalidade, por ação e omissão.

Com finalidade exclusivamente didática, é possível sistematizar as competências ao final atribuídas pela Constituição ao Tribunal em duas ordens: originária e recursal.

A competência originária se espraia por campos dos mais diversos, que possuem como nota comum a forte carga política²⁴³, relacionada à própria razão de existência e à legitimação política destes tribunais.

São elas, em suma: (i) o monopólio sobre o julgamento das ações de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade; (ii) o julgamento das mais altas autoridades do país em crimes comuns e de responsabilidade; (iii) o julgamento de remédios constitucionais (*habeas corpus*, mandado de segurança, *habeas data* e mandado de injunção), em que figurem como réus autoridades especificadas; (iv) o litígio entre

²⁴³ Neste sentido, leciona Dinamarco que “(...) a Corte Suprema de um país é sempre uma instituição política de primeira grandeza entre as instituições de todos os Poderes. Por isso é que não só tem competência na qualidade de órgão recursal supremo e incontestável, como também competência originária para certas causas envolvendo interesses representados por outros órgãos de mesmo nível. São também de fundo político as competências que tem com relação a Estados estrangeiros ou organismos internacionais em causas eventualmente não cobertas por imunidade de jurisdição ou de execução ou em caso de renúncia a ela. Em todas estas hipóteses as Cortes Supremas atuam e decidem em nome de um soberano.” (*Fundamentos do Processo Civil moderno*, vol. I, p. 182).

organismo estrangeiro ou internacional e qualquer dos entes da Federação; (vi) o litígio entre os entes federados; (vii) a extradição solicitada por Estado estrangeiro; (viii) a reclamação ajuizada para preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões; (ix) ações em que todos os membros da magistratura sejam interessados ou nas quais mais da metade dos membros do tribunal estejam impedidos ou sejam diretamente interessados; (x) conflitos de competência envolvendo os tribunais superiores; e finalmente (xi) ações contra o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público. Isso sem contar as ações rescisórias e as ações de execução sobre seus julgados, atribuições decorrentes do “*desdobramento de regras gerais de competência*”, conforme ressalta Dinamarco²⁴⁴.

A competência recursal, por sua vez, se divide em ordinária e extraordinária.

São hipóteses de cabimento do recurso ordinário (i) de decisões denegatórias em *habeas corpus*, mandados de segurança, *habeas data* e mandados de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores e (ii) nos crimes políticos julgados pela Justiça Federal de primeiro grau.

A competência extraordinária cinge-se às hipóteses de interposição de recurso extraordinário, já esmiuçadas supra.

É de se ver, portanto, que o simples fato de ter o constituinte optado por desenvolver o sistema de controle de constitucionalidade concentrado, atribuindo seu exercício ao Supremo, é insuficiente para afirmar que a Excelsa Corte se transformou em uma corte unicamente constitucional.

A análise detida das atribuições confiadas ao Supremo, em particular no que se refere à competência para julgamento de recursos contra decisões proferidas por única ou última instância, evidenciam a alocação do Supremo como tribunal de convergência, posicionado no ápice da estrutura hierárquica judicial, acessível após a superação do iter processual.

Essa peculiaridade levou à definição do Supremo Tribunal Federal como “órgão de superposição”. A definição de órgãos de superposição, que abrange também o Superior Tribunal de Justiça, é traduzida, nas elucidativas palavras de Dinamarco, como “*os tribunais*

²⁴⁴ *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, p. 470.

que, nos limites das competências constitucionalmente fixadas, têm o poder de rever decisões dos órgãos mais elevados de cada uma das Justiças”²⁴⁵.

Prossegue o eminente jurista, ressaltando a função nomofilática destas cortes, que, na qualidade de tribunais de ápice, se tornaram verdadeiros centros de convergência de jurisprudência: executam o trabalho final de depuração interpretativa, iniciado na base da pirâmide do sistema judicial e gradualmente implementado pelos órgãos imediatamente superiores até chegar nas cortes de superposição²⁴⁶. Atividade, decerto, tipicamente associada às Cortes Supremas.

Extreme de dúvidas é, de outro lado, o perfil de atuação do Supremo - e também, importante anotar, do Superior Tribunal de Justiça - no que tange ao *modus* empregado na apreciação das causas.

Em regra, os acórdãos submetidos às cortes de superposição são analisados sob a ótica cassacional e também revisional²⁴⁷. Ao analisar e prover os recursos, o Supremo e o Superior Tribunal de Justiça cassam a decisão atacada e promovem a sua substituição, nos limites do efeito devolutivo, não havendo previsão legal similar ao juízo de reenvio próprio das cortes cassacionais europeias²⁴⁸. Neste sentido são as disposições dos arts. 102, III, e 105, III, da Constituição Federal, que falam em “*juízo da causa*”, ou mesmo o e o enunciado da Súmula nº 456 do Supremo Tribunal Federal²⁴⁹, que prevê mais especificamente a aplicação do direito à controvérsia em caso de admissibilidade do recurso extraordinário.

²⁴⁵ *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, p. 465.

²⁴⁶ “De operação em operação e à medida que caminha em direção aos órgãos de superposição, a causa ou incidente vai recebendo influência dos precedentes dos tribunais destinatários do recurso subsequente (STF, STJ) ou dos outros tribunais do mesmo nível que o de origem. Dá-se portanto um afinilamento, com redução de margens para divergências ou dispersões jurisprudenciais.” (*Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, p. 474).

²⁴⁷ Nesta linha, Georges Abboud e Nelson Nery Jr.: “(...) há dois juízos nos recursos excepcionais: a) de cassação; b) de revisão. Quando reconhecem que a decisão recorrida ofendeu a Constituição (CF 102 III a) ou negou vigência à lei federal (CF 105 III a), cassam-na para, em seguida, proferirem juízo de revisão, que nada mais é do que a “aplicação do direito à espécie” (STF, Súmula 456) isto é, a resolução da lide, do caso concreto, do direito subjetivo.” (*Recursos para os Tribunais Superiores e a Lei 13.256/2016*, p. 5).

²⁴⁸ A propósito, observa José Afonso da Silva: “Nisto está a distinção fundamental entre o nosso Recurso Extraordinário e os recursos de cassação da Itália, da França e, em parte, da revisão alemã. (...) o Recurso Extraordinário é muito mais expedito do que aqueles recursos europeus, resolvendo, num ato único, os dois juízos: o rescidens e o rescisorium” (*Do Recurso Extraordinário no Direito Processual Brasileiro*, p. 386).

²⁴⁹ “O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie.”

No entanto, a profundidade do efeito devolutivo dos recursos de estrito direito depende em grande medida da natureza dos vícios a serem corrigidos.

Quando se trata do chamado *error in procedendo*, ou “vício de atividade”, por meio do qual há violação a norma de procedimento, a devolutividade do recurso é limitada em sua perspectiva vertical, ensejando a anulação da decisão impugnada e a remessa dos autos à instância inferior para novo julgamento.

Todavia, outra é a solução – ou ao menos deveria ser – quando se cuida de *error in iudicando*, ou “vício de juízo”, que implica a errônea aplicação de norma de direito material, geralmente ínsita ao mérito da causa.

Conforme leciona João Francisco Naves da Fonseca, a princípio é dever dos tribunais superiores, após o exame da admissibilidade recursal e a confirmação da existência do erro apontado pelo recorrente na decisão impugnada, proceder ao rejuízo da causa, como legítimas cortes de revisão que são.

O autor aponta que a devolução, porém, deve observar dois limites essenciais. O primeiro diz respeito à matéria fática: são aceitos como verdadeiros os fatos enunciados na decisão impugnada, pelo fato de se estar diante de recursos de estrito direito, que impedem o novo exame de provas e fatos (mas não seu reexame, frise-se). O segundo limite se refere à observância do direito à prova, à ampla defesa e ao contraditório, de modo que, se a fixação da tese jurídica aplicável depender de provas não produzidas nos autos, a demanda não pode ser de pronto reformada e substituída pela corte de superposição, sendo de rigor seu reenvio à corte de origem para que proceda à instrução probatória necessária²⁵⁰. Portanto, uma vez ultrapassada a fase da admissibilidade recursal e estando a causa madura para julgamento, é dever dos tribunais de vértice proceder ao novo julgamento.

Não é esta, contudo, a conduta que vem sendo adotada pelos tribunais superiores, sendo infelizmente comum a simples anulação e reenvio da causa à instância inferior para prolação de nova decisão, mesmo em casos que permitiriam o imediato julgamento da controvérsia, resultando em um autêntico juízo de reenvio (ênfatize-se, sem qualquer respaldo legal), próprio de Cortes de Cassação.

²⁵⁰ A profundidade do efeitos devolutivo nos recursos extraordinário e especial: o que significa a expressão “julgará o processo, aplicando o direito” (CPC/2015, art. 1.034)?, pp. 125-127.

A questão, deveras problemática, ensejou inclusive a redação do art. 1.034 do Código de Processo Civil de 2015, que prevê expressamente em seu *caput* o dever de julgamento do mérito do processo pelas cortes de vértice, umas vez admitido o recurso extraordinário ou especial. Seu parágrafo único vai ainda mais longe ao dispor que, mesmo que admitido o recurso por apenas um fundamento, a corte deverá analisar todos os demais fundamentos atinentes ao capítulo impugnado, sendo vedada, portanto, a remessa dos autos ao órgão de origem para apreciação das demais razões versadas pelo recorrente²⁵¹.

Com efeito, a ideia subjacente ao *novel* dispositivo reside não apenas em estipular, vez por todas, que o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal são cortes de revisão, explicitando o que talvez já fosse óbvio; mas também visa à eficiência e economia processual, coibindo malabarismos jurisprudenciais voltados a evitar a análise profunda do caso. Como se verá adiante, a efetividade processual e extirpação da jurisprudência defensiva são questões verdadeiramente centrais para o código aprovado, e deram a tônica, em diversos aspectos, para a elaboração do novo sistema processual.

À par das competências relativas à revisão de julgados, não se pode perder de vista que ao Supremo é conferida a iniciativa da lei complementar que veicula o Estatuto da Magistratura, conforme disposto no art. 93, *caput*, da Carta da República. A previsão constitucional, por certo, acentua o papel do Supremo como corte de sobreposição dentro do corpo do Poder Judiciário, agindo no interesse do corpo da magistratura nacional. Posição diametralmente oposta à visão kelseniana no sentido de que a Corte Constitucional deve se postar à margem dos demais poderes, a fim de garantir sua independência e imparcialidade²⁵².

Outrossim, a própria sistemática de nomeação dos Ministros denota o afastamento do Supremo em relação ao ideal de Corte Constitucional.

Conforme preceitua o art. 101 da Constituição, os Ministros serão nomeados pelo Presidente após a aprovação pela maioria absoluta do Senado Federal, devendo ostentar

²⁵¹ “Art. 1.034. Admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça julgará o processo, aplicando o direito. Parágrafo único. Admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial por um fundamento, devolve-se ao tribunal superior o conhecimento dos demais fundamentos para a solução do capítulo impugnado.”

²⁵² É de se questionar, com efeito, a imparcialidade do Tribunal em caso de impugnação da constitucionalidade da lei orgânica, da qual detém a iniciativa de elaboração.

“notável saber jurídico e reputação ilibada”. Como se denota do dispositivo, não toma parte o Poder Legislativo, de forma eficaz, da escolha dos Ministros: a Câmara dos Deputados não participa do processo, e os nomes são indicados pelo Presidente e apenas ratificados ou não pelo Senado, tornando o Executivo o único Poder que, na prática, interfere realmente na configuração do Tribunal.

É notável, ainda, a ausência de reserva de vagas para acadêmicos ou *experts* que, no ideário de Kelsen, analisariam as questões propostas de forma técnica e apartidária. Os critérios de seleção são totalmente subjetivos, e o fato de, em geral, os ministros nomeados ocuparem cadeiras acadêmicas não é mais que mera coincidência²⁵³.

Cabe lembrar, por fim, que o cargo ocupado pelos Ministros do Supremo são vitalícios, em oposição às Cortes Constitucionais europeias, que em geral fixam mandatos para seus membros.

À luz de todo o exposto, fica evidenciado que, embora detenha o Supremo o monopólio do controle concentrado das leis, exercendo, nesta qualidade, funções análogas às de uma Corte Constitucional, o modelo implementado pela Constituição de 1988 não modificou substancialmente o perfil do Excelso Tribunal, ainda em grande medida associado a uma Corte Suprema. De forma mais precisa, é possível pensar o Supremo como uma corte híbrida²⁵⁴.

Não obstante, é perceptível a movimentação do Tribunal no sentido de se identificar cada vez mais com uma Corte Constitucional em seus julgamentos e na própria definição de suas atividades e da pauta, por meio de mudanças em seu padrão decisório.

Na qualidade de Tribunal detentor do monopólio da análise de constitucionalidade das leis, como se viu alhures, a Corte Constitucional deve ocupar posição autônoma em relação aos demais poderes, à parte da pirâmide do Judiciário, de modo a conferir

²⁵³ Para aprofundamento da crítica, vide NERY JR., Nelson. *Codificação ou não do processo coletivo?!*.

²⁵⁴ Neste sentido, Fábio Hirsch, resumindo o desenho institucional do Supremo: “(...) *Pode-se definir que o Supremo Tribunal Federal no Brasil é um órgão de natureza jurídica de uma Suprema Corte híbrida, entendida como um tribunal da Federação integrante da estrutura do Poder Judiciário nacional cuja atuação repousa na junção das competências julgadora em abstrato e em concreto, e ainda por força de autoridade ou entidade envolvida; julgadora sem jurisdição constitucional; revisora de casos concretos; pacificadora de conflitos federativos e, sobretudo intérprete último da Constituição Federal e guardião de sua integridade e máxima efetivação*” (*Recurso Extraordinário e ofensa reflexa à Constituição*, p. 90).

legitimidade a seus provimentos, tendo em vista a similitude entre sua atuação e a do próprio Legislativo (“legislador negativo”).

As pautas de julgamento do Supremo Tribunal Federal são reveladoras da tendência à hipervalorização das competências pertinentes ao controle concentrado de constitucionalidade, apesar de esta função representar apenas parcela da universalidade de temas e atribuições assinalados ao Tribunal pela Constituição Federal.

Outrossim, a tão discutida “objetivação” do recurso extraordinário, principal via de acesso ao Supremo, desempenha importante papel nesta tendência ao abandono da missão de “tribunal de cúpula”. Com a abstrativização da principal via de acesso concreta, acentuada com a introdução do requisito da repercussão geral, o Supremo torna-se paulatinamente uma corte de fixação de precedentes gerais, orientativos e, principalmente, vinculativos, aproximando-se da idealização de uma Corte Constitucional.

Neste mesmo sentido, as súmulas vinculantes, que sedimentam entendimentos do Tribunal e o tornam obrigatórios não somente aos demais órgãos do Judiciário mas também – frise-se – à própria Administração Pública.

A propósito, cabe lembrar o crescente destaque que vem sendo atribuído à atividade do *amicus curiae* nos recursos excepcionais e no próprio julgamento de ações de controle concentrado de constitucionalidade, como instrumento voltado à legitimação social das decisões do Tribunal – mormente aquelas dotadas de intensa repercussão social, que desbordam o interesse individual das partes envolvidas -, alijado de representatividade popular em sua composição²⁵⁵.

Neste sentido, também a tese defendida no Supremo no sentido de que, para estabelecer a vinculatividade dos julgamentos proferidos em controle difuso pela Corte seria despicienda a manifestação e suspensão do ato normativo impugnado pelo Senado Federal, de acordo com o comando do art. 52, X, da Constituição Federal²⁵⁶.

²⁵⁵ A propósito, Carlos Horbach, mencionando a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.677: “É evidente que (...), extrapolando os limite das partes, o Tribunal busca a articulação de um consenso legitimador de suas decisões. Exatamente porque essas decisões – agora gerais e abstratas – precisam da mesma legitimação que caracteriza as decisões gerais e abstratas tomadas pelo Poder responsável pela construção do consenso, qual seja, o Legislativo.” (“É preciso definir a função do Supremo Tribunal Federal”, p. 3).

²⁵⁶ Vide, a respeito, o julgamento da Reclamação nº 4.335.

Impende ressaltar, contudo, que a notável “transformação” no perfil do Supremo e sua aproximação das Cortes Constitucionais não se deve, em absoluto, a movimento natural do próprio sistema jurídico ou de seu amadurecimento, ao contrário do que poderia parecer em uma primeira análise.

Não se está a criticar os instrumentos, que além de se mostrarem eficazes dão cumprimento aos predicados da economia processual e da racionalidade. Com efeito, ao viabilizar a cristalização de entendimentos da Corte e estabelecer sua vinculatividade, o controle concentrado de constitucionalidade, a repercussão geral e a súmula vinculante permitem que diversos processos sejam julgados de uma só vez, poupando o Tribunal de emitir o mesmo pronunciamento repetidamente, em inúmeros os casos semelhantes.

A preocupação reside na adoção de novos padrões decisórios e mesmo a transformação paulatina do tribunal em Corte Constitucional com o escopo de promover a diminuição dos acervos, mas em total descompasso com as diretrizes instituídas pela Constituição.

A simples leitura do texto constitucional permite entrever com clareza o intuito de construir uma instituição “mista” que controlasse a constitucionalidade dos atos normativos sob o ponto de vista abstrato, mas também sob a perspectiva difusa, repressiva, de maneira que não escapasse ao seu exame a interpretação incorreta ou mesmo a violação dos preceitos constitucionais nos casos concretos, mesmo após a submissão a mais de uma instância.

Neste ponto, a tese da “objetivação” do recurso extraordinário, como se viu, vem sendo alvo de críticas, especialmente no que se refere à sua incompatibilidade em relação ao espírito e intenções de que se imbuíu o constituinte originário ao estabelecer as premissas de atuação e estrutura das cortes de vértice²⁵⁷

²⁵⁷ A propósito, Georges Abboud e Nelson Nery Jr., resumem magistralmente a questão: “O texto constitucional instituído pelo Poder Constituinte Originário estabeleceu expressamente a possibilidade de o STF e STJ decidirem efetivamente lides jurídicas. Nosso sistema constitucional, não autoriza o entendimento de que referidos tribunais poderão tão somente julgar teses jurídicas como se, ao julgar lides intersubjetivas, estariam exercendo algo necessariamente secundário e acidental. O STF e o STJ são órgãos que integram, no organograma do Estado, o Poder Judiciário e ambos exercem atividade jurisdicional plena resolvendo lides e protegendo direitos subjetivos dos particulares. Sendo assim, não se pode simplesmente afirmar que a natureza do processo desenvolvido nesses tribunais tenha natureza objetiva. (...) a implementação da chamada objetivação das atividades do STF e do STJ, da forma como pretendida por setores dos Tribunais Superiores e da doutrina, pode causar graves prejuízos simbólicos. Esse risco simbólico surge na medida em que se transmite a mensagem de que os Tribunais Superiores teriam a tão só função constitucional de fixar teses

Isso sem se considerar, é claro, as competências originárias e demais atribuições assinaladas pela Lei Maior, que evidenciam a intenção de consolidar a posição do Pretório Excelso também como Suprema Corte e órgão de controle da aplicação do direito pelas instâncias inferiores.

Se assim não fosse – lembrando que constitui corolário do direito e regra de hermenêutica o fato de que a norma não possui palavras inúteis – figuraria desnecessário o extenso rol que prevê as competências originárias e recursais do Supremo.

De outro lado, é inquestionável que o Supremo Tribunal Federal permanece se posicionando como órgão de cúpula do Judiciário quando se cuida de questões institucionais e de interesse da magistratura nacional.

Com efeito, não é difícil perceber que se trata em maior medida de mais uma manobra para contornar a propalada “crise do Supremo”, e não de uma genuína e espontânea mutação do papel do tribunal perante a sociedade e o ordenamento jurídico, que permanece indefinido e à deriva, variando, como observa de forma percuciente Horbach, “*conforme a oportunidade, entre o Tribunal Constitucional e o ‘órgão de cúpula do Judiciário’*”²⁵⁸.

3.3 A CRISE DO SUPREMO

A discussão sobre crise do Supremo Tribunal Federal e sua ligação íntima com o recurso extraordinário é imprescindível para a compreensão dos motivos que levaram ao desenvolvimento de intrincadas técnicas de jurisprudência defensiva, voltadas a dificultar o acesso à Corte Suprema, dentre elas a ofensa reflexa, como se verá.

A ideia de “crise”, como define o Dicionário Aurélio, revela, dentre outras acepções, uma “*Fase difícil, grave, na evolução das coisas, dos fatos, das ideias*”²⁵⁹.

jurídicas e não de assegurar a proteção dos direitos fundamentais do particular. Por óbvio que não ignoramos a necessidade de o STF e o STJ uniformizarem entendimento sobre questões jurídicas de natureza constitucional e federal, respectivamente. O que não pode haver, venia concessa, é a minimalização da tarefa constitucional desses tribunais à objetivação dos processos que se encontram a seu cargo, notadamente porque a Constituição Federal lhes imputou a obrigatoriedade de decidir lides, consoante expressa competência recursal estatuída, por exemplo, na CF 102 III e 105 III. (...) Raciocínio contrário somente seria possível com mudança do texto da Constituição, por emenda, retirando do STF e do STJ a competência para julgamento de recursos excepcionais.” (Recursos para os Tribunais Superiores e a Lei 13.256/2016, pp. 4-5 - grifado).

²⁵⁸ É preciso definir a função do Supremo Tribunal Federal, p. 5.

²⁵⁹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*, p. 500.

Complementando o conceito e transportando-o para a crise do Supremo, para Alfredo Buzaid

“A palavra crise advém do grego e tem sentido próprio em patologia: em sentido figurado significa geralmente estado de perturbação e de mau funcionamento do órgão ou da função. Sob a denominação de crise do Supremo Tribunal Federal entende-se o desequilíbrio entre o número de feitos protocolados e o de julgamento por êle proferidos”²⁶⁰

Nas palavras de José Afonso da Silva, a crise do Supremo “(...) *se traduz no afluxo insuportável de serviços no acúmulo de processos, naquela alta Corte, a tal ponto de se proclamar um possível estrangulamento da Justiça nacional.*”²⁶¹.

Em linhas gerais, pois, cuida-se do congestionamento crônico da Corte Suprema, que enfrenta processos em número muito superior à sua capacidade de gestão, prejudicando a plena realização dos objetivos e funções da instituição.

Em um primeiro momento, releva destacar que o fenômeno que se convencionou chamar de “crise institucional do Supremo”, ao contrário do que por vezes vem sendo afirmado na doutrina, não é recente, nem tampouco consequência nefasta da modernidade.

Com efeito, não é demais dizer que a crise remonta à própria criação do Supremo, motivando juristas de escol a empreender esforços na tentativa de mapeamento e busca de soluções para conter a avalanche processual que assomaria à Corte já na primeira metade do século XX. Trata-se, como bem anotou Mancuso, de um “*déficit histórico*”²⁶².

Em artigo intitulado “*A crise do Supremo Tribunal Federal*”, datado de 1943, Filadelfo Azevedo, então ministro da Suprema Corte, já externava sua preocupação com o crescente número de recursos extraordinários, especialmente após a reforma de 1934, que introduziu “(...) *a lamentável ideia de autorizar o mesmo recurso, sempre que a decisão local atacasse literalmente o texto de lei uniforme*”²⁶³.

Trazendo números alarmantes²⁶⁴, que evidenciavam a incapacidade do Tribunal para lidar com o volume de trabalho, o autor traçava diretrizes para a compreensão dos motivos

²⁶⁰ *Estudos de Direito*, p. 144.

²⁶¹ *Do Recurso Extraordinário no direito processual brasileiro*, p. 446.

²⁶² *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*, p. 69.

²⁶³ *A crise do Supremo Tribunal Federal*, p. 7.

²⁶⁴ “(...) no decênio de 1925 a 1934, os recursos não chegavam anualmente a uma centena, passando de 1935 a 1941, a oferecer os seguintes índices: 150, 230, 242, 210, 286, 804 e 1.047; grosso modo, até 1926, a média

para a eclosão da crise e estratégias de reforma constitucional. Seabra Fagundes, em célebre estudo sobre o tema, complementa as estatísticas trazidas por Filadelfo Azevedo, e também alerta para a necessidade de pronta resolução do problema²⁶⁵.

O jurista Levi Carneiro, em artigo datado de 1943, também contribuiu com sua visão sobre a crise. E, já àquela época, frisava a importância da instituição de reformas que objetivassem não apenas o alívio da carga do Tribunal, mas sim, mudanças estruturais que assegurassem condições para o bom desempenho de sua missão constitucional:

*“A carga do trabalho do Supremo Tribunal é uma consideração a atender, mas não pode ser a única, e há de ser secundária. Porque a primordial é essa, a de fixar a função que lhe deve caber a bem do regime. (...) Então é que se há de considerar o problema da sobrecarga.”*²⁶⁶

Nehemias Gueiros, em estudo publicado em 1960, traz um cenário verdadeiramente aterrador ao enunciar os dados referentes ao período entre 1954 e 1959²⁶⁷. Na oportunidade, o autor indicava que o excesso de processos na Corte e a pressão para um julgamento célere influenciaram para um decréscimo na qualidade das decisões, tornando a jurisprudência instável e ocasionando a proliferação de novos embargos e recursos extraordinários para resolver a questão, em um círculo vicioso. A crise, no ponto de vista do autor, se retroalimentava.

A perda na qualidade dos julgados era também alvo de preocupação de Calmon de Passos, que ressalta que, dentre as consequências da crise estava a

“perda de substância dos julgados de nossa mais alta Corte de Justiça. Eles, que deveriam ser os norteadores de toda a atividade jurisdicional do

era de 115 e depois da reforma constitucional daquele ano desceu a 73 para, de 1935 em diante, ascender a 418, número bem excedido, se adicionado à cota de 1942. Quanto ao êxito do recurso, (...) não ultrapassara, em média, de 10%, até 1935, quando praticamente duplicaram. (...) A estatística relativa a 1942 veio demonstrar que a crise nem sequer se estabilizara – os recursos entrados subiram de 1.047 para 1.133, embora, entre 790 julgados, o Tribunal só conhecesse de 251, ou sejam (sic) 31%, e apenas desse provimento a 151, ou 19%” (Idem, pp. 8 e 10).

²⁶⁵ Segundo o estudo, em 1943 deram entrada no Supremo 1.124 recursos extraordinários, 1.176 em 1944, 1.150 em 1945 e 1.066 em 1946. Em 1947 foram distribuídos 1.281, e em 1948, 1.396 (*A organização e o funcionamento do Poder Judiciário*, p. 11).

²⁶⁶ *Ainda a crise do Supremo Tribunal Federal*, p. 21.

²⁶⁷ Conforme o autor, em 1954, deram entrada 4.710 processos no Supremo, sendo julgados 3.933; em 1955, 5.015, com o julgamento de 4.146; em 1956, 6.556, e julgados 4.940; em 1957, entraram 6.597 processos, com o julgamento de 6.174 deles; em 1958, foram 8.084 entradas, com 7.301 julgamentos. Sobre o ano de 1959, afirma que, diante do *backlog* resultante da acumulação dos processos dos anos anteriores, o Supremo realizou uma verdadeira força-tarefa: deram entrada 7.440 processos novos, e julgados 8.360 (*A crise do Supremo Tribunal Federal*, p. 248). O artigo, contudo, não traz dados sobre a quantidade de recursos extraordinários que deram entrada e foram julgados no período.

País apresentam-se, em sua esmagadora maioria, como frutos modestos, às vezes na da convincentes, por força da expressão intolerável do volume de trabalho exigido dos senhores ministros.”²⁶⁸

Invariavelmente, os pesquisadores apontavam, com base nas estatísticas disponíveis, o recurso extraordinário e as reformas que lhe modificavam constantemente o perfil como fator preponderante para o congestionamento da Corte. Nas palavras de Aliomar Baleeiro,

“Convém assinalar-se que foram sobretudo os recursos extraordinários a causa principal da pleora de feitos no Supremo. Nos primeiros 60 anos, até 1950, eles não chegavam a 17.000. No fim de 1965, o número total já excedia 60.000. Nos últimos 15 anos, portanto, entraram causas em volume quase igual ao quádruplo dos primeiros 60.”²⁶⁹

Como sabido, a perspectiva não se alterou substancialmente na atualidade. As estatística apontam no sentido de que os recursos extraordinários e os demais recursos a ele conexos (como agravos regimentais e embargos de declaração) representam parcela expressiva do acervo do Supremo Tribunal Federal. É o que bastou para que parcela da doutrina apontasse a existência do recurso como a grande causa da crise.

Em decorrência, constata-se que as reformas legislativas propostas para amenizar a crise focam, de maneira geral, em modificações no perfil do recurso extremo, reduzindo seu alcance e papel no ordenamento jurídico e na própria democracia, ao afastar gradativamente o cidadão da possibilidade de obter uma ordem constitucional justa.

Entretanto, como se verá, as inúmeras medidas adotadas com o objetivo de superar a crise em nada alteraram as estatísticas, sendo necessária a reflexão mais ampla sobre as causas do fenômeno e sobre a própria estrutura jurídica do instituto, a fim de que sejam inauguradas soluções profundas, que efetivamente aliviem o problema e permitam que o Supremo cumpra o papel que lhe foi assinalado constitucionalmente.

3.3.1 AS CAUSAS DA CRISE

De posse dos dados e tendo em vista o crescimento em progressão geométrica dos recursos extraordinários e feitos a ele conexos (como os agravos contra sua inadmissão),

²⁶⁸ *Da arguição de relevância no recurso extraordinário*, p. 12.

diversas pesquisas foram empreendidas com a intenção de buscar as razões que levaram à eclosão da crise e encontrar saídas, já desde o início do século passado, como se viu.

No entanto, a proposição de soluções definitivas encontra barreiras na própria origem do caos processual: a crise do Supremo é, antes de mais nada, uma crise estrutural, advinda da falta de racionalidade no planejamento do sistema. Agravada, é importante anotar, pela adoção de medidas paliativas, que incluíram a importação de institutos estabelecidos com sucesso em outras partes do globo, sem a devida ponderação acerca das peculiaridades de nosso ordenamento.

De proêmio, pode-se afirmar que a gênese da estrutura da Corte e do recurso extraordinário, construídos em paralelismo com a *Supreme Court* americana e seu *writ of error*, revelaram-se incompatíveis com as particularidades e tradição do ordenamento jurídico brasileiro, resultando, nas palavras de Mancuso, a “*exacerbação do apelo extremo e no subdimensionamento da Corte*”²⁷⁰.

A adoção do sistema americano pelo Decreto 510, corroborado pela Constituição de 1891 deixou de considerar as bases romanísticas do ordenamento pátrio e a ausência de doutrina equivalente à *stare decisis*, que obstaram a vinculação obrigatória dos órgãos de jurisdição hierarquicamente inferiores aos pronunciamentos do Supremo.

À evidência, as diferenças conceituais entre os modelos de *civil law*, centrado no direito codificado, e de *common law*, fundado no direito costumeiro, construído jurisprudencialmente, foram e ainda são grandes empecilhos à aceitação dos precedentes vinculantes e da seleção discricionária de casos²⁷¹. O que torna o sistema pouco eficiente em nosso ordenamento, apesar de idealizado à imagem e semelhança de um modelo de sucesso²⁷².

²⁷⁰ A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito, p. 422.

²⁷¹ A propósito, aponta Rodrigo Garcia da Fonseca: “As diferenças conceituais entre os direitos do *common law* e do *civil law*, porém, contribuíram para que nos Estados Unidos as restrições aos recursos sempre tenham sido de aceitação mais fácil que no Brasil, com seu direito ‘legal’, nacionalmente legislado de modo uniforme, o que cria embaraços à aceitação de modelos mais centrados na jurisprudência de seus tribunais” (*O papel do Supremo Tribunal Federal e a repercussão geral no Recurso Extraordinário*, p. 212).

²⁷² Sobre a importação de modelos jurídicos, adverte Mancuso: “*Quem se proponha a uma análise comparativa entre os sistemas judiciários de países diversos deve atentar para o risco (ou tentação!) de se deixar seduzir por números ou performances meramente aritméticos ou estatísticos (...) o Direito é um produto cultural, no sentido largo do termo, donde sua realização na práxis judiciária, vir condicionada por muitos fatores que*

A incorporação do modelo “pela metade” é uma das grandes concausas para a crise. A ausência da cultura de obediência a precedentes e de instrumentos de filtragem recursal eficazes e legítimos causou prejuízo considerável à função nomofilática e uniformizadora atribuída ao Supremo na condição de tribunal de superposição, favorecendo a dispersão jurisprudencial e, por desdobramento, a insegurança jurídica e a proliferação de recursos.

A ausência de instrumentos que reafirmem a cultura de precedentes e a segurança jurídica gera vulnerabilidades no sistema - mormente no campo do acesso à justiça e no núcleo essencialmente democrático desta garantia -, que tende à procrastinação indefinida dos feitos por meio da manipulação de todos os recursos procedimentais disponíveis, bastando apenas condições econômicas para tanto²⁷³.

O emprego de técnicas processuais arrojadas, a contratação de renomados escritórios de advocacia, a recorribilidade massiva de decisões e mesmo o *lobby* realizado pelos grandes litigantes (quase que invariavelmente *repeat players*), decorrentes da disponibilidade de recursos financeiros, além de favorecer a preferência pela litigância à mediação e negociação, reflete na ocupação quase que exclusiva da pauta e da agenda do Tribunal por estes agentes, em detrimento dos litigantes eventuais – por vezes, socialmente marginalizados -, que não contam com tais recursos. Trata-se de externalidade que não pode ser ignorada, e que deve orientar as necessárias reformas no sistema, por excluir substancial parcela dos cidadãos do acesso ao serviço prestado pelo Judiciário.

Feito este parêntese, vale lembrar que o federalismo brasileiro se desenvolveu de forma diametralmente oposta em relação à Federação Norte-Americana, o que impactou na forma de divisão de competências entre os entes federativos e, automaticamente, nas funções desempenhadas pelo Supremo Tribunal Federal e pela *Supreme Court*.

Enquanto que o regime federativo brasileiro foi produto da mitigação da influência de um governo central, criado em 1824, sobre as províncias, às quais foram atribuídas certo grau de autonomia – insuficiente, porém, para assegurar independência satisfatória – nos

singularizam o país...” (A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito, p. 425).

²⁷³ Nesta esteira, afirma Cláudio Weber Abramo: “A única barreira é a renda do litigante. Litigantes capazes de pagar advogados por anos a fio (como governos federal, estaduais e municipais mais ricos, bem como bancos, grandes empresas e indivíduos abastados) usam o sistema para retardar decisões, sempre que possível percorrendo todo o caminho até o STF” (Tempos de espera no Supremo Tribunal Federal, p. 426).

Estados Unidos a forma federativa nasceu de um verdadeiro pacto de união entre os Estados-membro, que concordaram em abdicar de sua soberania em prol da formação da União.

Como resultado de um processo de formação centrípeta, nos Estados Unidos as competências foram repartidas de forma equilibrada entre os entes federativos, atribuindo-se aos Estados-membro ampla capacidade legislativa.

Por sua vez, na Federação brasileira, em decorrência de sua formação centrífuga, foram outorgadas à União competências abrangentes, que implicaram a centralização e o monopólio legislativo sobre os principais temas de direito material e processual, restando aos Estados apenas a competência residual.

Como consectário deste desequilíbrio entre as fontes normativas, constata-se o notório volume de produção legislativa federal no Brasil, levando ao surgimento de inúmeras questões federais, sobre as quais proliferavam recursos extraordinários. Tal fenômeno, inexistente no sistema americano, inegavelmente sobrecarregou o Tribunal, à época também incumbido da garantia do cumprimento e observância do direito federal.

Em outras palavras, a adoção pura e simples do modelo americano, sem a necessária ponderação sobre as particularidades da formação histórico-geográficas de nosso país, revelava-se fadada ao fracasso desde o início. Nesta linha, também são enfáticos Araken de Assis - *“A tão sofrida crise do STF nutriu-se, a nosso ver, da assimétrica competência legislativa da União”*²⁷⁴ - e Teresa Arruda Alvim Wambier:

*“Isto explica o fato de nos Estados Unidos ser diminuta a competência do Poder Central e ampla, a dos Estados. E no Brasil, ao contrário, ser diminuta a competência das unidades decorrentes do fracionamento artificial do Estado Central. Claramente, se pode identificar nesta peculiaridade da nossa Federação a eterna crise em que vivem os Tribunais Superiores.”*²⁷⁵

Outrossim, a crise se agravou, em considerável medida, pela própria crise de identidade inerente ao desenvolvimento histórico da instituição, que acarretou a cumulação de um sem-número de funções pela Corte.

²⁷⁴ Op. cit., p. 673.

²⁷⁵ *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e Ação Rescisória*, p. 244.

Como se viu, até certo ponto apenas o Supremo é associado a uma Corte Constitucional, tendo em vista a propensão da Carta de 1988 pelo incremento no controle concentrado de constitucionalidade. Ao final do processo de deliberação e elaboração do texto constitucional, o perfil reservado ao Excelso Pretório era multifacetado, abarcando também elementos típicos de uma Corte Suprema.

No rol definitivo de atribuições, as competências originárias de cunho político, as relativas ao controle concentrado de normas e as atribuições recursais ordinárias e extraordinárias foram colocadas lado a lado²⁷⁶. Optou-se, pois, pela manutenção do Supremo Tribunal Federal nos moldes historicamente construídos, excetuando apenas o papel de guarda do direito federal, que seria atribuído a uma nova corte de vértice, em detrimento da criação de uma nova Corte Constitucional, nos moldes europeus,²⁷⁷.

Embora representem números relativamente pequenos nas estatísticas de entrada do Tribunal²⁷⁸, as ações originárias e os recursos ordinários possuem papel relevante na

²⁷⁶ A assunção de diversas facetas pelo Supremo pós-Constituição de 1988 motivaram a elaboração do Relatório “*Múltiplo Supremo*”, parte do projeto “*Supremo em Números*”. A partir do estudo de casos e estatísticas, a equipe autora da pesquisa concluiu que a Corte na verdade comporta três Tribunais diferentes, com peculiaridades e lógica de trabalho próprias, o que reflete nos próprios números e resultados obtidos: “*O Supremo não parece se comportar como uma única corte, com dois grandes grupos de processos, mas sim como três cortes distintas, com três personas fundidas em apenas uma instituição. Falamos em três personas como entidades distintas dentro do STF porque não é apenas o tipo de controle de constitucionalidade que muda entre elas (isto é, se concentrado ou difuso e concreto) de acordo com a classe processual em exame. Na verdade, todo o comportamento do Supremo se altera em padrões associados a três grupos de espécies processuais. Pelo menos quatro indicadores mudam sistematicamente de persona para persona, a saber: (a) a quantidade de processos e suas variações ao longo do tempo; (b) o tribunal de origem; (c) a movimentação do processo dentro do Supremo até seu arquivamento; (d) a natureza das partes.*” (*I Relatório Supremo em Números: Múltiplo Supremo*, p. 17). Oscar Vilhena Vieira, por sua vez, vislumbra na competência do Supremo a existência de funções tipicamente atribuídas a *tribunais constitucionais, foros judiciais especializados e tribunais de recursos de última instância* (*Supremocracia*, p. 447).

²⁷⁷ A propósito dos debates travados na Assembleia Constituinte, lembra Nelson Nery: “*A proposta da Constituição Federal de 1988 era a da criação de uma Corte Suprema e o Supremo Tribunal Federal viraria o que é hoje o Superior Tribunal de Justiça, um Tribunal Federal. Na última hora, no plenário da Assembleia Nacional Constituinte, quando a Comissão criava a Corte Constitucional e o Supremo seria rebaixado a um Tribunal Federal, os ministros fizeram um lobby violento e mudou-se essa sistemática. Manteve-se o Supremo Tribunal Federal, então, como órgão máximo do Poder Judiciário e criou-se o Superior Tribunal de Justiça.*” (*A Codificação ou não do processo coletivo?!*, p. 151-152).

²⁷⁸ Segundo dados disponibilizados no site do Supremo, relativos ao período entre 1990 e 2014, as classes processuais residuais, sem levar em conta os recursos extraordinários e agravos de instrumento e regimentais a eles conexos, representaram no máximo 23,59% dos processos distribuídos, índice alcançado no ano de 2009 (disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=REAIProcessoDistribuido>, acesso em 1º de agosto de 2016). Mais precisamente, segundo o relatório “*Múltiplo Supremo*”, entre 1998 e 2009, a competência denominada “constitucional”, que inclui as ações de controle de constitucionalidade, era responsável por 0,51% dos processos recebidos pela Corte, enquanto que a competência “ordinária”, que abrangia processos que “*não são recursais de massa ou não são constitucionais de controle concentrado*” representavam 7,80% da distribuição do Supremo (*I Relatório Supremo em Números: Múltiplo Supremo*, p. 21).

avalanche processual com a qual lida a Corte diariamente, pois exigem disponibilidade e dedicação prolongadas de seus juízes. Basta mencionar a Ação Penal nº 470, conhecida popularmente como “caso do Mensalão”, que consumiu um ano e meio e diversas sessões da Corte até sua finalização, sinalizando que as demandas originárias desviam o papel primordial de atuação do Tribunal, ocupando pautas infundáveis e absorvendo o já escasso tempo dos Ministros²⁷⁹.

Outrossim, estudos empíricos demonstraram que as demandas originárias que chegam ao Supremo exigem, em média, maior número de andamentos e movimentações se comparadas às demandas oriundas da competência recursal: segundo dados do relatório *Múltiplo Supremo*, são 21,73 andamentos contra apenas 10,28 andamentos, respectivamente, desde o momento em que o processo adentra o tribunal até seu arquivamento definitivo. A situação é ainda mais perceptível quando se trata de processos relativos ao controle concentrado de constitucionalidade: são, em média, 32 andamentos, quase o triplo dos andamentos em demandas recursais²⁸⁰.

Os dados, portanto, sugerem que, apesar da pequena representatividade das demandas originárias e as ações de controle de constitucionalidade abstrato nas estatísticas da Corte, quando cotejadas com os números recursais, sua análise e instrução requisitam mais tempo e dedicação dos Ministros, contribuindo para a morosidade e acúmulo processual.

Ainda quanto às competências originárias, impende mencionar o desgaste do Tribunal gerado pelo controle sobre atos secundários do legislativo e do executivo, diretamente ligados à governância. Além de desviar a Corte de suas mais altas funções, esta competência por vezes demanda atendimento emergencial pelo Supremo, transformando-o em um verdadeiro *tribunal de pequenas causas políticas*²⁸¹.

²⁷⁹ Sobre o impacto das ações e procedimentos criminais no âmbito das pautas e organização do trabalho da Corte, Oscar Vilhena Vieira pontua ainda que “*Só para ter alguma dimensão do problema, há mais de 250 denúncias contra parlamentares aguardando manifestação do Supremo. O Tribunal não está equipado para analisar pormenorizadamente fatos e, mesmo que ampliasse sua capacidade institucional para fazê-lo, seu escasso tempo seria consumido em intermináveis instruções criminais, desviando-o de suas responsabilidades mais propriamente constitucionais*” (*Supremocracia*, p. 448).

²⁸⁰ *I Relatório Supremo em Números: Múltiplo Supremo*, p. 25.

²⁸¹ A expressão é de Oscar Vilhena Vieira (*Supremocracia*, p. 449)

Igualmente, a competência relativa ao controle de atos presidenciais por via de remédios como o mandado de segurança abre uma “porta de acesso” ao Supremo para questões totalmente irrelevantes do ponto de vista nacional, como penalidades aplicadas a servidores federais no âmbito de processo administrativo disciplinar²⁸², que além de ocupar as já sobrecarregadas pautas do Supremo, geram o descrédito da instituição.

Essa gama variada de atribuições, com procedimentos próprios, objetos díspares e finalidades contrastantes representa óbice à racionalização do trabalho desenvolvido pelos Ministros, e impactam nos resultados e estatísticas de trabalho - como já se comprovou, inclusive, por pesquisas empíricas²⁸³ -, repercutindo diretamente no acúmulo numérico.

É o quanto basta para suplantar definitivamente a ideia de que o recurso extraordinário é o único “vilão” da crise, ainda que indiscutivelmente as estatísticas indiquem que os recursos extraordinários e os demais recursos a ele relacionados (agravos de instrumento e regimentais, bem como embargos de declaração) representem, em média, 80 a 90% das demandas distribuídas anualmente ao Supremo²⁸⁴.

Dentre as causas estruturais para o congestionamento vale lembrar a distribuição e acumulação de funções pelos Ministros do Supremo, que os sobrecarregam individualmente e, em última análise, comprometem o desembaraço de suas obrigações perante a Corte e a dedicação aos processos. Nesta linha, Cláudio Abramo lembra que a limitação na responsabilidade do Ministro eleito como Presidente da Corte e a nomeação de outros dois para a presidência e vice-presidência do Tribunal Superior Eleitoral afetam sobremaneira o desempenho individual dos Ministros, influenciando diretamente nas estatísticas do Tribunal²⁸⁵.

Mas não apenas às falhas estruturais cristalizadas durante a formação do Tribunal se atribui a sobrecarga numérica.

²⁸² V., e.g., MS 23.280, de relatoria do Min. Gilmar Mendes, j. em 1º/07/16 e AgR no RMS 31.208, de relatoria do Min. Celso de Mello, j. em 14.06.16.

²⁸³ V. “*I Relatório Supremo em Números: Múltiplo Supremo*”.

²⁸⁴ Conforme dados disponibilizados no site do Supremo Tribunal Federal (disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=REAIProcessoDistribuido>, acesso em 10 de julho de 2016).

²⁸⁵ Op. cit., p. 427.

Com efeito, a opção política do constituinte originário por uma Carta analítica e programática, que representasse o novo pacto social brasileiro e demarcasse a transição do autoritarismo para a democracia refletiu consideravelmente na crise do Supremo.

Embora o novo texto constitucional introduzisse tentativas de solucionar o estrangulamento da mais alta Corte do País, deslocando a onerosa competência de guardião da inteireza e coerência do direito federal para o recém-criado Superior Tribunal de Justiça, os parâmetros para a análise da compatibilidade entre os atos normativos e a Constituição se sofisticava e ampliava.

Composta de disposições minuciosas, a Constituição Federal de 1988 deliberadamente instituiu um Estado *welfarista*, privilegiando a redução das desigualdades e a participação popular, por meio da descrição ampla e literal das garantias sociais e democráticas no intuito de coibir violações e refrear novas ondas de autoritarismo.

Apesar das inegáveis boas intenções da Assembleia, o aumento do bloco de constitucionalidade permitiu que, virtualmente, qualquer pendência judicial pudesse encapsular uma questão constitucional, e portanto tivesse a potencialidade de ser discutida no plenário da Corte. O que traz, à evidência, a necessidade de discussão e reflexão sobre a ressignificação da força normativa da Constituição, a densificação de princípios e suas consequências para os recursos excepcionais.

No mais, é evidente que o crescimento populacional e econômico, a sofisticação das relações, a velocidade das informações e as ondas de acesso à justiça²⁸⁶, que descortinaram uma considerável litigiosidade contida, são fatores que alimentam a crise²⁸⁷.

A sociedade demanda cada vez mais respostas do Supremo, e em ritmo cada vez mais veloz: a modernidade exige rapidez nas soluções, sob pena de tornar a intervenção judicial

²⁸⁶ Descritas por Mauro Cappelletti e Bryan Garth no clássico *Acesso à Justiça*.

²⁸⁷ A influência destas condições na crise do Supremo e a incapacidade do tribunal para lidar com as transformações sociais não passou despercebida pelos juristas. Neste sentido, J. J. Calmon de Passos aponta com precisão, no ano de 1977: “O país industrializou-se. Seu comércio cresceu dezenas de vezes. As comunicações aproximaram os homens e multiplicaram suas relações de toda ordem. O Estado passou a intervir sempre mais na ordem econômica e criou atividades novas, situadas na esfera de sua administração indireta; o número de Ministérios duplicou; as representações legislativas se fizeram numerosas; a burocracia estatal, civil e militar agigantou-se. E em meio a tanto crescimento permaneceu imutável o STF, ou melhor, atrofiou-se em termos relativos. (Da arguição de relevância no recurso extraordinário, p. 11).

despicienda e supérflua. A celeridade é a tônica da atualidade, e o tribunal é chamado a dar respostas prontas e eficazes a esta nova sociedade.

Contudo, é importante salientar que este contexto apenas torna manifesto o anacronismo e insuficiência da estrutura e gestão processual dos Tribunais para lidar com a multiplicação das demandas, sem prejuízo da qualidade de seus pronunciamentos.

3.3.2 AS TENTATIVAS DE SOLUÇÃO DA CRISE

Na busca por superar, ou ao menos amenizar, a indigitada crise, foram criadas medidas dos mais diversos gêneros, que perpassaram por óbices jurisprudenciais, regimentais e legais à admissão do recurso extraordinário, responsável por grande parcela da demanda do Tribunal.

As medidas legais e regimentais datam já da Constituição de 1946, que instituiu em seu art. 94, II, o Tribunal Federal de Recursos, corte que passou a deter a competência, anteriormente atribuída ao Supremo, de segunda instância da Justiça Federal. Medida que, anote-se, já vinha sendo sugerida por diversos juristas, como Filadelfo Azevedo²⁸⁸.

Em 1958, era instituída a possibilidade de triagem dos recursos pela instância local pela Lei 3.396/58, que alterou os art. 864 e 865 do Código de Processo Civil. Com a mudança, atribuía-se ao Presidente do Tribunal - ou ao juiz, nas causas de alçada - a competência para analisar os requisitos de cabimento dos recursos, com a prerrogativa de denegá-los de plano. Consoante informa Calmon de Passos, a medida foi relativamente bem-sucedida, pois *“Ainda quando permitido o reexame, pelo Supremo, dessa decisão [denegatória do recurso], ainda assim, a inovação representou um freio, desencorajando alguns litigantes, fazendo morrer no nascedouro muitos recursos extraordinários.”*²⁸⁹

Por meio de Emenda Regimental datada de 28 de agosto de 1963, as súmulas de direito dominante são introduzidas no Regimento Interno do Supremo sob os auspícios do Ministro Victor Nunes Leal, consistindo em enunciados diminutos que continham matérias que eram recorrentemente objeto de julgados na Corte. Importante anotar que, conforme Marinoni,

²⁸⁸ Op. cit.

²⁸⁹ *Da arguição de relevância no recurso extraordinário*, p. 12.

*“As súmulas, no direito brasileiro – se não foram idealizadas – foram compreendidas como mecanismos voltados a facilitar a resolução de casos fáceis que se repetem. **Certamente não tiveram a preocupação em garantir a coerência da ordem jurídica ou a igualdade e a previsibilidade.**”²⁹⁰ (grifado).*

Deveras, o instituto estipula preceitos universalizantes, que abrangem vasta gama de situações, com o fim de conferir rápida solução aos casos. Entretanto, as súmulas comuns, na conjuntura atual do sistema, possuem apenas caráter persuasivo, não sendo sua observância obrigatória aos operadores do direito. Mais tarde, com a criação do Superior Tribunal de Justiça pela Constituição de 1988, a autorização para a edição de súmulas persuasivas foi estendida a este Tribunal.

Moreira Alves noticia que a própria criação das representações de inconstitucionalidade de leis e atos normativos estaduais e federais pela Emenda Constitucional 16/65 – embrião do controle de constitucionalidade concentrado que viria a ser posteriormente desenvolvido em nosso país –, de competência do Supremo, tinha por finalidade precípua permitir que a questão de constitucionalidade fosse resolvida em uma única oportunidade, de modo a estancar a fonte de nascimento de diversos recursos extraordinários sobre o tema²⁹¹.

Digna de menção, ainda, a restrição das hipóteses de cabimento do recurso extraordinário, consequência das inovações trazidas pela Emenda Constitucional 1/69. Ao acrescer o parágrafo único ao art. 119 da Constituição, a Emenda Constitucional passou a prever que cabia ao próprio Supremo Tribunal Federal a definição sobre as hipóteses de cabimento do recurso extraordinário, nos casos em que a decisão contrariasse dispositivo da Constituição Federal ou negasse vigência a tratado ou lei federal (alíneas “a” e “d” do inciso III do art. 119).

Com efeito, trata-se de significativa outorga de poder, na medida em que o Supremo se tornava juiz de suas próprias atribuições, monopolizando a deliberação sobre os critérios que norteariam sua função²⁹². Poder que, pela lógica do Estado de Direito, caberia única e exclusivamente à Constituição Federal.

²⁹⁰ *Precedentes obrigatórios*, p. 480.

²⁹¹ *O Supremo Tribunal Federal em face da nova Constituição – questões e perspectivas*, p. 35.

²⁹² Neste sentido, Calmon de Passos: “A dose de arbítrio, por conseguinte, foi excessiva, máxime se considerarmos que o Supremo será o único juiz de seus próprios critérios, nenhum outro Poder existindo capaz

Como era esperado, da concessão de tão amplos poderes derivou a elaboração de rol excessivamente restrito de hipóteses de cabimento do recurso extraordinário, enunciados em dez incisos no art. 325 do Regimento Interno.

Nesse contexto, surge a arguição de relevância, mecanismo pioneiro no reconhecimento do caráter transcendente do recurso extraordinário.

Inspirada no *writ of certiorari* americano²⁹³ - tal como a atual repercussão geral - e introduzida pela Emenda nº 3/75 ao Regimento Interno do Supremo, posteriormente referendada pela Emenda Constitucional nº 7/77, figurou como uma das mais conhecidas medidas para conter os números do tribunal.

Na redação proposta pela Emenda Regimental nº 02/85, dispõe o §1º do art. 327 do Regimento Interno do Supremo que “*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.*”.

Apesar da aparente similitude em relação ao requisito da repercussão geral, tratava-se de expediente com proposta inclusiva, remediadora das decorrências nefastas dos poderes outorgados ao Tribunal pela Emenda Constitucional 1/69, e não propriamente método de filtragem recursal.

Elencada dentre as hipóteses estritas de cabimento do recurso extraordinário, arroladas no art. 325 do Regimento Interno da Suprema Corte, a arguição de relevância possuía o intuito de levar à deliberação do Supremo questões federais relevantes que, a princípio, poderiam não ser apreciadas, desde que demonstrada a importância da causa pelo recorrente, o que levou Mancuso a afirmar que “*(...) a repercussão geral é um rentrée da arguição de relevância mas... com farol trocado!*”²⁹⁴.

Em verdade, cuidava-se de espécie de válvula de escape, que viabilizava o exame de questões de alta indagação que em tese não se inseriam na previsão dos incisos do art. 325,

de apreciá-los ou revê-los, exceto emenda constitucional modificadora do parág. único do art. 119.” (Da arguição de relevância no recurso extraordinário, p. 13).

²⁹³ Mais uma vez, o legislador brasileiro buscava inspiração na matriz norte-americana, adaptando o *writ of certiorari*, que permitia à *Supreme Court* selecionar, discricionariamente, os casos que iria julgar, o que desafogou sensivelmente a demanda do Tribunal.

²⁹⁴ *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*, p. 77.

utilizando-se de conceitos fluidos e indeterminados que conferiam certa liberdade de seleção aos julgadores.

O procedimento adotado para a apreciação e julgamento da arguição de relevância, a seu turno, guarda muito mais semelhanças em relação ao procedimento do *writ of certiorari* do que a repercussão geral, também inspirada no instituto norte-americano. Decidida a portas fechadas, durante as sessões de Conselho, a decisão do Tribunal sobre a arguição de relevância era irrecorrível e não motivada: ao final da deliberação, era apenas publicado o extrato da ata da sessão, com a enumeração das arguições concedidas ou rejeitadas, à semelhança do procedimento adotado pela *Supreme Court* no exame do *certiorari*.

A arguição de relevância foi extirpada pela Constituição de 1988, porque compreendida como um resquício do período autoritário. Contudo, é inegável sua retomada, com nova roupagem, pela introdução da repercussão geral da questão constitucional pela Emenda 45/04, também com o propósito de que a apreciação da questão pelo Supremo ultrapasse os limites meramente subjetivos da demanda, com vistas a apurar a atuação da corte (e, por conseguinte, diminuir a carga de trabalho do tribunal).

O crescimento galopante dos números nas estatísticas do Tribunal demonstravam, porém, que as medidas de contenção eram insuficientes, o que demonstrava que os encargos eram muito superiores à capacidade de um único órgão, composto de poucos juízes.

Assim, contemplando as sugestões referenciadas por juristas como José Afonso da Silva²⁹⁵ e Theotônio Negrão²⁹⁶, a Constituição de 1988 busca aliviar a carga do Supremo Tribunal Federal criando o Superior Tribunal de Justiça²⁹⁷, composto de no mínimo trinta e três juízes²⁹⁸, ao qual foi reservada a missão de garantir a correta interpretação e aplicação,

²⁹⁵ *Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro.*

²⁹⁶ *Uma nova estrutura para o Judiciário.*

²⁹⁷ A propósito, afirma Mancuso: “(...) a criação do STJ na CF de 1988 não surgiu de inopino, mas revelou-se como uma alternativa estratégica, que foi tomando corpo à medida que iam sendo descartados outros alvites excogitados para aliviar a sobrecarga do STF. Assim, praticamente por exclusão, sobejou o alvitre da criação de um Tribunal Superior que receberia parcela da competência antes exercida pelo STF, a saber, o zelo pela inteireza positiva, autoridade, validade e uniformidade exegética do direito federal comum.” (*A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*, p. 600).

²⁹⁸ Art. 104, *caput*, da Constituição Federal.

bem como a inteireza do direito federal²⁹⁹, por meio da atribuições de funções originárias e recursais, de forma espelhada em relação ao Supremo Tribunal Federal.

Um dos grandes defensores da reforma, José Afonso da Silva afirmava que a crise do Supremo Tribunal Federal seria solucionada pela reestruturação do Judiciário, com a criação de um tribunal de cúpula na esfera do direito federal. Em sua percepção, “(...) *falta um Tribunal correspondente ao T.S.E e ao T.S.T para compor as estruturas judiciária do Direito comum, do Direito fiscal federal e questões de interesse da União e do Direito penal militar*”³⁰⁰.

Na proposta do autor, o Tribunal em questão, nominado de “Tribunal Superior de Justiça”, seria alocado na estrutura do Judiciário em hierarquia equivalente ao Tribunal Superior Eleitoral e ao Tribunal Superior do Trabalho, cabendo-lhe julgar recursos em causas decididas em última ou única instância que envolvessem alegação de contrariedade à letra de tratado ou lei federal, contestação de lei ou ato de governo local em face de lei federal e divergência de interpretação de lei federal.

Com a inovação, esperava-se viabilizar o exercício, pelo Supremo Tribunal Federal, de funções típicas de cortes constitucionais, eis que “(...) *no mínimo, sessenta ou setenta por cento dos feitos em Recurso Extraordinário, são-lhe tirados da competência*”³⁰¹.

Passados quase trinta anos da promulgação da Corte, verifica-se que a reforma revelou-se mais um revés do que uma solução: a crise do Supremo não foi superada³⁰² e surgiu uma nova crise, a do Superior Tribunal de Justiça, atribulado em meio aos números inquietantes que se somam diariamente a seu acervo³⁰³.

²⁹⁹ Além desta função precípua, foram enumeradas outras competências originárias e hipóteses de interposição de recurso ordinário, espelhando de certa forma o rol de competências do Supremo Tribunal Federal.

³⁰⁰ *Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro*, p. 455-456.

³⁰¹ *Idem*, p. 456.

³⁰² Escrevendo antes da promulgação da Constituição, diversos juristas já previam que a redivisão de competências, contrabalanceada pelo aumento das competências do Supremo, mormente no que se refere ao controle concentrado de constitucionalidade, e pelo caráter analítico e detalhado da nova norma fundamental, não produziram os resultados esperados, gerando nova crise da Suprema Corte. Vide, por todos, Moreira Alves (*O Supremo Tribunal Federal em face da nova Constituição – questões e perspectivas*). Neste sentido, conclui Mancuso que “(...) *à crise do STF veio se somar a crise do STJ*” (*A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*, p. 606).

³⁰³ Dados divulgados no Boletim Anual do Superior Tribunal de Justiça revelam que, apenas em 2015, foram distribuídos 332.905 processos à Corte, que julgou no mesmo período 358.813 causas. Destaque-se que, desde o início do funcionamento do Tribunal, em 1989, esta é apenas a terceira vez em que o número de processos

Dentre as soluções de cunho jurisprudencial para a crise, destacam-se as súmulas persuasivas que, interpretando as peculiaridades inerentes aos recursos excepcionais – por vezes de forma excessiva, como se verá à frente –, servem de diretriz para depuração dos processos que chegam às cortes superiores, selecionando-os, o que também contribui para aliviar a carga processual destes tribunais.

Nesta toada, dignas de menção as Súmulas 282³⁰⁴ e 356³⁰⁵ do Supremo Tribunal Federal – formuladas ainda na vigência da Constituição Federal de 1946 –, que exigem o prequestionamento explícito da questão constitucional suscitada, ainda que seja necessária a provocação do tribunal *a quo* por meio de embargos declaratórios, de modo a tornar a matéria causa decidida em última instância, passível de abertura das vias extraordinárias³⁰⁶.

Ainda neste ponto, lembre-se da Súmula 284³⁰⁷, também do Supremo, que autoriza a inadmissão do recurso na hipótese de a deficiência na formulação das razões impedir a compreensão da controvérsia.

No ano de 2004 é criada uma das ferramentas de uniformização mais polêmicas do ordenamento: a súmula vinculante. Introduzida pela Emenda Constitucional 45/04 - a Emenda da Reforma do Judiciário -, a súmula vinculante é o instrumento pioneiro na atribuição de obrigatoriedade ao preceito jurisprudencial, sendo o enunciado nela contido de observância compulsória pelos demais órgãos do Judiciário e também pela Administração Pública, nos termos do art. 103-A da Constituição. O §3º do mesmo artigo abre a possibilidade de ajuizamento de reclamação em caso de seu descumprimento.

Em tese, a súmula vinculante pressuporia, nos termos da previsão constitucional, “reiteradas decisões sobre matéria constitucional”, mas o que se observa é que nem sempre tal orientação é seguida, havendo súmulas embasadas em número quase que irrelevante de precedentes. É o caso da Súmula Vinculante nº 11, ou “súmula das algemas”, que condiciona

julgados superou a distribuição da Corte (Dados disponíveis em <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/verpagina.asp?vPag=0&vSeq=263>, acesso em 12 de julho de 2016).

³⁰⁴ “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.”

³⁰⁵ “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.”

³⁰⁶ Não houve expressa revogação destas súmulas, não obstante o tratamento da questão pelo novo diploma processual, como se viu.

³⁰⁷ “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia.”

a utilização das algemas a casos em que exista resistência por parte do detido ou fundado receio de fuga. A constitucionalidade do instituto foi intensamente debatida pela doutrina, havendo quem a defenda por representar a interpretação oficial da lei.

É dizer, a história do Pretório Excelso foi marcada por diversas tentativas malogradas de superação do volume insuperável de processos em seu acervo, que em muito pouco contribuíram para evitar que o Tribunal soçobrasse em meio à torrente de ações e recursos. Pelo contrário: como ressalta Guilherme Magaldi Netto³⁰⁸, as reformas processuais parecem surtir o efeito inverso, favorecendo a acumulação de mais processos no Tribunal.

Este efeito é observável no próprio julgamento das repercussões gerais. Instituído como mecanismo de seleção de casos, que tinha como finalidade precípua a redução do trabalho da Suprema Corte e a celeridade processual, a repercussão geral acabou por se tornar mais uma vertente na já ampliada gama de atribuições do Supremo.

Atualmente, verifica-se um déficit considerável no julgamento das causas selecionadas pelo filtro: de acordo com dados obtidos no sítio eletrônico se encontram pendentes de julgamento 329 temas de repercussão geral³⁰⁹. Considerando que o Supremo julga, em média, menos de 30 casos por semestre³¹⁰, não é difícil concluir que o “saldo negativo” da Corte demorará anos para ser superado.

Neste contexto, ganham relevo as medidas adotadas no âmbito interno do Tribunal, por meio de técnicas jurisprudenciais voltadas à diminuição do volume de recursos a serem analisados, por suas consequências perversas e atentatórias ao arcabouço de garantias que fundamentam o processo.

A este conjunto de óbices processuais criados com a finalidade exclusiva de estancar a disseminação de recursos, especialmente no âmbito dos tribunais superiores, a doutrina conferiu o nome de “jurisprudência defensiva” ou autodefensiva, que será objeto de investigação aprofundada no próximo capítulo.

³⁰⁸ “*O Supremo em ‘crise’*”. Disponível em <http://jota.uol.com.br/o-supremo-em-crise>, acesso em 12 de julho de 2016.

³⁰⁹ Dados disponíveis em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=numeroRepercussao>, acesso em 10 de julho de 2016.

³¹⁰ Dados disponíveis em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=numeroRepercussao>, acesso em 10 de julho de 2016.

CAPÍTULO IV – A JURISPRUDÊNCIA DA OFENSA REFLEXA

4. JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA E OFENSA REFLEXA

4.1 CONCEITO DE JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA

O termo “jurisprudência defensiva” vem ganhando notoriedade no mundo jurídico, diante da inegável postura restritiva dos tribunais – em especial dos Tribunais de vértice – no recebimento e admissão dos recursos a eles dirigidos.

Retomando o capítulo antecedente, viu-se que a crise institucional do Supremo Tribunal Federal deu azo à criação de diversos mecanismos constitucionais, legislativos e regimentais, que tinham por missão equilibrar as estatísticas do Tribunal. Dentre estas medidas, estava a criação de um novo tribunal, o Superior Tribunal de Justiça, que em pouco tempo também se viu afogado em meio à sobrecarga de trabalho.

Os seguidos insucessos das providências normativas impulsionaram a adoção de medidas no âmbito interno³¹¹, no seio dos Tribunais superiores, que funcionam como “barreiras” de autocontenção, de forma a permitir que as Cortes exerçam seu múnus constitucional. Os Tribunais de superposição, assim, passam a restringir, por meio de decisões iterativas e edição de súmulas de jurisprudência dominante, o cabimento dos recursos a eles direcionados, com fundamento em seu caráter excepcional e no próprio papel desempenhado pelas cortes superior e suprema.

De fato, é inquestionável que a natureza dos recursos especial e extraordinário, por si só, é fator que leva à propensão à inadmissibilidade.

Na condição de recursos de estrito direito, os recursos extraordinário e especial podem ser manejados em âmbito limitado de situações. Suas hipóteses de cabimento são taxativamente previstas na Constituição Federal, com o intuito de impedir que as Cortes ditas de vértice se transformem em meras instâncias revisoras de decisões de órgãos inferiores.

³¹¹ Paulo Tedesco classifica as medidas adotadas para contornar a sobrecarga de trabalho do Supremo em dois tipos: as de gênese legislativa, veiculadas por emendas constitucionais, leis e dispositivos regimentais, foram denominadas “medidas no plano externo”; o conjunto de medidas interpretativas visando à autocontenção e restrição às hipóteses de cabimento dos recursos e ações originárias, a seu turno, constitui, segundo o autor, a classe de “medidas no plano interno” (*Jurisprudência defensiva de segunda geração*).

Ademais, como se viu anteriormente, estes recursos exigem o cumprimento de uma série de requisitos para sua apreciação, tais como o prévio agitação, perante os órgãos judiciário inferiores, das questões federais e constitucionais suscitadas, vedado o reexame de provas e fatos. No caso do recurso extraordinário, há ainda a necessidade de demonstração da repercussão geral da temática constitucional debatida, produto da tendência à objetivação da via extraordinária.

Com efeito, trata-se de pressupostos e filtros necessários à diferenciação dos recursos excepcionais em relação aos demais, que defluem das características especiais destes instrumentos, e que legitimamente confinam o acesso às Cortes que os apreciarão, porque dotadas de funções uniformizadoras e orientadoras.

A instituição dos filtros ainda inviabiliza o prosseguimento de recursos deficientes, evitando que as cortes superiores despendam inutilmente seu tempo, fator precioso diante da situação calamitosa em que se encontram seus acervos.

Entretanto, os desvios na interpretação das hipóteses de cabimento dos recursos acabaram por produzir uma filtragem insensata, resultando em atuação massificada, de fundamentação deficiente e às vezes até inexistente.

É esta patologia o alvo das reflexões deste trabalho: as restrições ilegítimas, violadoras das normas legais e processuais das quais vêm lançando mão os tribunais como forma de autoproteção, e que não se confundem com os filtros e requisitos balizadores do cabimento de recursos excepcionais. Neste sentido, elucida Teresa Wambier:

“Estas restrições ao cabimento dos recursos extraordinários, assim, dizem respeito, na grande maioria das vezes, a regras que decorrem naturalmente da função que exercem no ordenamento. Dizemos na maioria das vezes porque há casos em que o excesso de regras em torno da admissibilidade desses recursos leva a contrassensos”³¹².

Aos desvios de exegese praticados pelos tribunais e consolidados em óbices jurisprudenciais, restringindo o cabimento dos recursos de sua alçada como forma de autoproteção contra a avalanche processual, a doutrina deu o nome de jurisprudência autodefensiva, ou apenas jurisprudência defensiva. Nos dizeres de Fábio Hirsch,

“Tomou-se por jurisprudência defensiva o conjunto de decisões judiciais que visam não à resolução das demandas, mas à redução do número de

³¹² *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e Ação Rescisória*, p. 267.

processos julgados pelo Poder Judiciário, como forma de viabilizar seu melhor funcionamento.”³¹³.

Se por um lado a imposição de regras e critérios jurisprudenciais agiliza a apreciação dos processos e alivia a carga dos Tribunais, por outro sua aplicação desmedida traz sérias consequências, como a massificação e simplificação da resposta do Judiciário ao clamor dos litigantes, levando ao desprestígio das instituições judiciárias.

A prática é também perniciosa sob o ponto de vista das garantias processuais. Viola, de um lado, o acesso à justiça e o direito à prestação jurisdicional eficaz e de qualidade, e de outro o próprio direito à fundamentação jurídica das decisões, enunciado no art. 93, IX, da Constituição Federal, e elevado à mais alta consideração no *novel* diploma processual.

Sob o prisma filosófico, há quem defenda, com base nas teorias de Bentham e Mills, que a jurisprudência defensiva funciona como mero instrumento utilitarista³¹⁴, voltado à maximização dos números e estatísticas, que provocam tranquilidade e confiança na celeridade de nossas cortes, em detrimento da análise do mérito das alegações e do próprio compromisso institucional com a Justiça³¹⁵.

Contudo, à evidência, embora estatísticas notáveis pareçam em um primeiro momento se conformar ao princípio utilitarista, por proporcionar tendencialmente a satisfação da comunidade, nos exatos termos definidos por Bentham³¹⁶, não necessariamente significam qualidade na prestação jurisdicional, e menos ainda proporcionam maior acesso à jurisdição.

³¹³ *Recurso Extraordinário e ofensa reflexa à Constituição*, p. 104.

³¹⁴ Neste sentido, Gustavo Fávero Vaughn: “(...) a jurisprudência defensiva é uma ferramenta de cunho meramente utilitarista, cuja finalidade é aliviar o assobramento dos tribunais, sob o falso manto de que se está a zelar pela celeridade processual. Ou seja: a aplicação da jurisprudência defensiva se dá “em nome de efetividades quantitativas, como sacrifício das efetividades qualitativas” (*A jurisprudência defensiva no STJ à luz dos princípios do acesso à justiça e da celeridade processual*, p. 346).

³¹⁵ Corroborando esta perspectiva, o Ministro Marcelo Navarro Ribeiro Dantas, do Superior Tribunal de Justiça, chegou mesmo a afirmar recentemente, comentando a jurisprudência defensiva da Corte, em evento no Conselho da Justiça Federal, que “*Às vezes é preciso fazer injustiça no varejo para conseguir fazer justiça no atacado*”, conforme reportado no site Conjur (disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-ago-23/jurisprudencia-defensiva-injustica-varejo-ministro>. Acesso em 25 de agosto de 2016).

³¹⁶ “*An action then may be said to be conformable to the principle of utility, (meaning with respect to the community at large) when the tendency it has to augment the happiness of the community is greater than it has to diminish it.*” (*An introduction to the principles of morals and legislation*, p. 13).

A jurisprudência defensiva é medida adotada desde longa data³¹⁷, que tornou o acesso às Cortes Superiores uma verdadeira corrida de obstáculos, em evidente prejuízo às funções democráticas exercidas por estes tribunais.

Não se contesta, é claro, a importância e significação dos requisitos de admissibilidade recursal e do formalismo processual para a segurança jurídica, estabilidade e mesmo para a eficiência do sistema.

Barbosa Moreira, em análise acurada, alude a duas grandes vantagens trazidas pelo juízo negativo de admissibilidade: de um lado, a estipulação dos pressupostos de admissibilidade permite que se fiscalize os recursos, de modo a impedir o seguimento daqueles fadados ao fracasso, evitando o dispêndio de energias e de pecúnia e a utilização desnecessária da máquina judiciária. De outro, ao incumbir um juiz designado em lei (normalmente, o relator do recurso) da análise dos requisitos de admissibilidade do recurso, com a possibilidade de inadmiti-lo de plano, proporciona uma diminuição da pauta do colegiado. Caso o “defeito” do recurso não seja percebido pelo relator, é dado ao órgão colegiado, ainda, não conhecê-lo, simplificando, de qualquer modo, o processo decisório e agilizando o seu desfecho³¹⁸.

Contudo, destaca o mestre que o ideal seria que os processos percorressem todo o *iter* processual, até a etapa final, consistente na análise do mérito, que resolveria o litígio nem questão, sendo a inadmissibilidade causa de frustração para os jurisdicionados. Assim, propugna que

“(...) o que se espera da lei e de seus aplicadores é um tratamento cuidadoso e equilibrado da matéria, que não imponha sacrifício excessivo a um dos valores em jogo, em homenagem ao outro. (...) negar conhecimento a recurso é atitude correta – e altamente recomendável – toda vez que esteja clara a ausência de qualquer dos requisitos de admissibilidade. Não devem os tribunais, contudo, exagerar na dose: por exemplo, arvorando em motivos de não-conhecimento circunstâncias de que o texto legal não cogita, nem mesmo implicitamente, agravando sem razão consistente exigências por ele feitas, ou apressando-se em

³¹⁷ Fabio Hirsch afirma que alguns dos primeiros momentos da jurisprudência defensiva nas cortes superiores podem ser observados desde a adoção de modificações processuais que levaram à distensão do rol de legitimados à propositura de ações diretas de inconstitucionalidade e, por conseguinte, ao aumento no número destas ações no Judiciário (*Recurso Extraordinário e ofensa reflexa à Constituição*, p. 105).

³¹⁸ *Restrições ilegítimas ao conhecimento dos recursos*. In: *Temas de Direito Processual*, p. 269.

*interpretar em desfavor do recorrente dúvidas suscetíveis de suprimimento*³¹⁹.

É justamente este o comportamento que se verifica nos tribunais de vértice ao enunciarem em seus julgados requisitos à margem da lei, que visam unicamente imunizá-los das crises institucionais.

Por meio da jurisprudência defensiva, os tribunais superiores subvertem totalmente a lógica do sistema, interpretando com rigor as normas que estipulam os critérios de admissibilidade recursal em detrimento da entrega da tutela jurisdicional e da observância plena do princípio do duplo grau de jurisdição, que deveriam nortear o exame das pretensões recursais.

É dizer, os óbices defensivos vão na contramão das tendências processuais, que primam pela efetividade, mitigando os formalismos impeditivos da plena realização do objetivo máximo do direito processual, voltado à imposição de resolução à controvérsia instaurada perante o Estado-juiz e à consolidação de situações jurídicas que pedem sua intervenção, de modo a fazer cumprir, em conjunto com as partes envolvidas, as normas de direito material em jogo, não cumpridas espontaneamente. A ciência processual moderna investiga métodos que proporcionem, assim, a aproximação entre o processo e seus ideais, redefinindo técnicas, preenchendo de significado as normas processuais existentes.

Não se deve perder de vista que ao processo jurisdicional cumpre a busca pela solução final de crise de direito material, tendo por escopo final a entrega da tutela pretendida às partes. É por esta razão, à evidência, que as partes se submetem aos mecanismos processuais pré-ordenados, dirigidos pelo Estado: a busca pelo apaziguamento de crise que ou não pôde ser solucionada espontaneamente ou requer a intervenção estatal para a plena concretização da regra subjacente.

De modo a concretizar estes objetivos, foram criadas formalidades processuais, que incluem os requisitos dos recursos. Contudo, a forma não pode e não deve suplantar os escopos máximos do processo e os princípios a ele inerentes. O processo não tem um fim em si mesmo, e portanto as formalidades não devem ser de tal forma engrandecidas que tornem a busca pela tutela jurisdicional uma eterna frustração, devendo limitar-se ao

³¹⁹ Idem, p. 270.

estabelecimento das regras do jogo, pelas quais os sujeitos do processo se guiarão no desenvolvimento dos atos processuais até a consecução final da solução almejada³²⁰.

Ao imprimir maior relevância aos aspectos formais do processo em detrimento da análise do mérito do litígio, a jurisprudência defensiva não apenas frustra as perspectivas dos litigantes, mas também apequena o direito processual e função jurisdicional, reduzindo-a à caçada por pequenos deslizes das partes, perfeitamente sanáveis, hipervalorizando-os ao ponto de declarar a inviabilidade da continuidade da prestação jurisdicional.

É possível afirmar, sem receio de exageros, que o excessivo rigorismo processual macula o direito fundamental ao devido processo legal em seu âmago, ao reduzir o acesso à jurisdição, corolário mais básico do *due process*, tão-somente a um teatro, um “jogo formal”, nos dizeres de Canotilho³²¹, do qual o jurisdicionado sempre sai perdendo. Não basta que a lei assegure formalmente a via judiciária como caminho para a resolução de conflitos: é preciso que ela seja eficaz, e que de fato se paute por seus fins.

E a jurisprudência defensiva, por se consubstanciar em rigorismos excessivos ou mesmo em requisitos sem respaldo legal, veicula-se em decisões-surpresa³²², abominadas por nosso sistema.

O litigante traça sua estratégia processual arvorando-se em regras processuais pré-ordenadas, esperando que, ao assim proceder, obterá ao menos a análise da matéria submetida ao Judiciário. Entretanto, a criação de novos entraves e novas regras, que invariavelmente colocam maior tônica nas formalidades processuais, obstam a análise de sua pretensão, colocando repentinamente termo à prestação jurisdicional. A parte fica, assim,

³²⁰ Nesta perspectiva, ressalta Bedaque, em elucidativa colocação: “*Não deve o processo, pois, ser escravo da forma. Esta tem sua importância dimensionada pelos objetivos que a determinam. A estrita obediência à técnica elaborada pelo legislador processual e às regras formais do processo é importante para garantir igualdade dos sujeitos parciais, assegurando-lhe liberdade de intervir sempre que necessário. Tudo para possibilitar que o instrumento atinja seu escopo final com justiça. Mas o apego exagerado ao formalismo acaba por transformar o processo em mecanismo burocrático e o juiz no burocrata incumbido de conduzi-lo. Não é este o instrumento que desejamos.*” (*Efetividade do Processo e técnica processual*, p. 45).

³²¹ *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 499.

³²² Sobre a adaptação do princípio da não-surpresa, oriundo do direito tributário, à realidade processual, explana Marco Antonio da Costa Sabino: “*Por princípio da não-surpresa processual deve-se entender a proibição do juiz de, com base exclusivamente em sua interpretação a respeito da lei processual, tolher o direito da parte de, com base na lei e cumprindo todos os requisitos nela determinados, praticar dado ato processual.*” (*Restrições ilegítimas à admissibilidade de recursos extremos. O princípio da não surpresa processual*, p. 107).

sem solução para seu caso, apesar de ter seguido o *iter* indicado nas normas processuais vigentes, tornando-a refém de um processo verdadeiramente kafkiano.

Ora, as regras processuais e as formalidades a elas inerentes, como visto, existem para conferir previsibilidade, efetividade e organização ao procedimento a ser seguido pelas partes, alinhando-se aos valores da justiça, da paz social e da segurança³²³, de modo a consolidar o *fair trial*.

Destarte, a imposição de obstáculos ao recebimento e apreciação dos recursos estranhos ao ordenamento processual vigente colocam a parte em posição vulnerável, causando imprevisibilidade e insegurança jurídica, resultado diametralmente oposto à realização do processo justo.

Neste diapasão, vale lembrar que o direito é um sistema autopoietico, que se retroalimenta de dados e elementos por ele internalizados, veiculados em padrões de comportamento dele integrantes, o chamado *ethos dominante*. Assim, as decisões jurídicas – elas principalmente - devem se apoiar em elementos previamente conhecidos e aceitos pelo sistema, sob pena de comprometer o valor da segurança e estabilidade. A propósito, salientam Teresa Wambier e Bruno Dantas:

*“A desvinculação entre os padrões de comportamento e o repertório de elementos que servem de critério às decisões gera, entre outras consequências socialmente indesejáveis, o descompasso entre a realidade do direito material e o resultado do processo.”*³²⁴.

A situação fica ainda mais crítica e preocupante quando se analisa a jurisprudência dos Tribunais de vértice, em que o formalismo excessivo – repise-se, ilegal e contrário às mais modernas tendências processuais - é posto a serviço da mitigação das crises internas destas instituições, não obstante o relevante papel exercido por estas cortes no contexto democrático.

Pesquisas simples nos acervos eletrônicos demonstram que os tribunais de superposição ultrapassam a mera extensão do significado dos requisitos de admissibilidade, chegando mesmo a criar novos requisitos, inexistentes na lei, para barrar recursos, o que já

³²³ Cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*.

³²⁴ *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores no Direito Brasileiro*, p. 70.

à primeira vista importa violação à tripartição dos Poderes e ao desenho institucional, traçados pela Constituição Federal.

Sob esta perspectiva, é possível ainda falar na verdadeira usurpação de competência legislativa federal pelos tribunais, que, ao restringir hipóteses legais sob o pretexto de interpretá-las, acabam por se sobrepor à vontade do legislador e mesmo às garantias constitucionais do processo, restringindo a esfera de direitos dos jurisdicionados e ocasionando evidente prejuízo à legitimação e confiança nas instituições judiciárias.

4.1.1 JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA E RECURSO EXTRAORDINÁRIO: ÓBICES JURISPRUDENCIAIS IMPEDITIVOS DA ADMISSIBILIDADE DO APELO EXTREMO

O repertório de julgados do Supremo é rico em exemplos de jurisprudência defensiva, indiscutivelmente por ser ele, ao lado do Superior Tribunal de Justiça, a Corte mais afetada pela disseminação de recursos.

Da análise das decisões que inadmitem os recursos extraordinário e seus consectários (como os agravos de instrumento, regimentais, e etc.) é possível extrair e sistematizar alguns casos sintomáticos de imposição de óbices jurisprudenciais ilegítimos, com o emprego de critérios perversos cujo objetivo único é o de bloquear o acesso à Corte.

Para melhor compreendê-los – a fim de compreender também as medidas abraçadas pelo novo Código de Processo Civil para extirpá-los de nosso ordenamento -, convém adotar a classificação de Barbosa Moreira, que os analisa por quatro eixos principais, afeitos aos requisitos genéricos de admissibilidade recursal: (i) tempestividade; (ii) regularidade formal; (iii) preparo e (iv) cabimento, que será oportunamente examinado quando se adentrar o tema da ofensa reflexa.

4.1.1.1 TEMPESTIVIDADE

No que tange ao primeiro aspecto, a tempestividade recursal, se destacam dois exemplos.

O primeiro deles diz respeito à existência de referência à data do registro de entrada na petição de interposição do recurso extraordinário na secretaria do Supremo, seja pela falta pura e simples do dado³²⁵, seja porque ilegível o carimbo de protocolo³²⁶.

Segundo a orientação até então firmada pelo Excelso Tribunal, seria incumbência do recorrente comprovar, de forma inequívoca, que exerceu seu direito de recorrer dentro do prazo legalmente assinalado, o que incluía garantir que se encontravam presentes informações objetivas e visíveis acerca da data de entrada do recurso na Secretaria do Tribunal *a quo*, sob pena de negativa liminar do seguimento do recurso. A jurisprudência em questão servia também para obstar o seguimento de agravos regimentais interpostos contra a inadmissibilidade dos recursos extraordinários, sob a alegação de que o instrumento havia sido formado de maneira deficiente.

Tratava-se, à evidência, de encargo excessivamente oneroso à parte, obrigando-a a guardar vigilância em relação a atos de exclusiva responsabilidade dos órgãos do Judiciário, sem qualquer fundamento legal que lastreasse o entendimento. Cabe lembrar, aliás, que o Supremo já proferiu decisão no sentido de que nem mesmo certidão emitida pelo órgão *a quo* serviria de prova sobre a tempestividade do recurso, fechando as portas para uma das únicas possibilidades que a parte tinha à disposição para provar o cumprimento do requisito³²⁷.

Além da ausência de mecanismos que permitissem o controle deste aspecto por parte do recorrente³²⁸, por se tratar de falha na prestação dos serviços judiciários, a exigência jurisprudencial gerava imensa insegurança jurídica pelos próprios termos subjetivos das decisões. Como bem observa Barbosa Moreira,

³²⁵ AI 347016 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 07/08/2001.

³²⁶ AI 845410 AgR, Rel. Min. Cezar Peluso (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 24/11/2011.

³²⁷ “Cabe ao STF, e não à Secretaria do tribunal a quo, aferir a tempestividade do recurso extraordinário, sendo para isso indispensável que esteja legível a data do carimbo de interposição do recurso. A certidão referida pelo agravante não supre, desse modo, o fato de estar ilegível o carimbo do RE.” (AI 231247 AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 30/06/2004)

³²⁸ Marco Antonio da Costa Sabino lembra, no entanto, que a ilegibilidade do carimbo poderia decorrer de desídia da própria parte na extração de cópias, de forma a impossibilitar a leitura dos dados que haviam sido adequadamente registrados pelo serviço judiciário. Ainda assim, defende o autor a necessidade de intimação do recorrente para que substitua a cópia, de forma a concretizar o princípio da instrumentalidade (*Restrições ilegítimas à admissibilidade de recursos extremos. O princípio da não-surpresa processual*, pp. 96-97).

“(...) o conceito mesmo de legibilidade é relativo: dependendo da acuidade visual do observador, e até da atenção com que se mira, será possível qualificar de legível ou ilegível determinado documento.”³²⁹.

Releva anotar que a jurisprudência em questão foi felizmente superada, passando o Tribunal a admitir que a tempestividade do recurso pudesse ser comprovada de outra forma, tendo em vista a injustiça da imputação do vício à parte³³⁰.

Ainda quanto ao requisito da tempestividade, remansosa a jurisprudência do Supremo³³¹ no que diz respeito à tempestividade dos recursos extraordinários protocolados perante o Tribunal *a quo* por meio de convênio estabelecido com a Empresa de Correios e Telégrafos. Segundo o Tribunal, a tempestividade do recurso é aferida da data de chegada da petição de interposição do recurso no tribunal de origem, pouco importando a data de apresentação da petição na agência dos Correios³³². A ideia subjacente ao entendimento, funda-se em interpretação conferida ao art. 929, parágrafo único, do Código de Processo Civil (art. 947 do Código de Processo Civil de 1973), segundo a qual *“As agências dos Correios não se qualificam como postos de protocolo descentralizados para fins de interposição de recursos para os tribunais superiores”*³³³.

Contudo, mais uma vez o Supremo Tribunal Federal, além de imputar à parte falha que refoge ao seu controle, vai na contramão das tendências processuais, cristalizadas no art. 1.003, §4º, do Código de Processo Civil, que expressamente determina que *“Para aferição da tempestividade do recurso remetido pelo correio, será considerada como data de interposição a data de postagem”*.

Por fim, imperioso mencionar a jurisprudência defensiva do Supremo no que se refere à interposição dita “prematura” do recurso extraordinário, ou seja, antes da publicação da decisão impugnada, que marca o início da fluência do prazo recursal. Também nesta linha,

³²⁹ *Restrições ilegítimas ao conhecimento dos recursos*, p. 276.

³³⁰ AgR RE 611743, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 25/09/12.

³³¹ E também no Superior Tribunal de Justiça, que editou a Súmula nº 216 a respeito: *“A tempestividade de recurso interposto no Superior Tribunal de Justiça é aferida pelo registro no protocolo da Secretaria e não pela data da entrega na agência do correio”*.

³³² AgR ARE 897577, Rel. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, julgado em 22/09/15; AgR ARE 766119, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 14/10/16; AgR RMS 32932, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 02/02/16.

³³³ ARE 906642 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, julgado em 03/11/15.

a corrente jurisprudencial que exige a ratificação das razões recursais em caso de oposição de embargos declaratórios pela parte adversa.

A abusividade da exigência é patente. Uma vez proferida a decisão, uma das partes se irresigna por meio do apelo extremo, enquanto a outra opõe embargos declaratórios, buscando ver sanado algum vício de obscuridade, contradição ou mesmo um erro material no julgado, sendo que ambos os recursos são interpostos tempestivamente.

Conforme entendimento do Pretório Excelso, após o julgamento dos embargos de declaração a parte que interpôs o recurso extremo deverá reiterar suas razões em até quinze dias a partir da publicação da decisão que apreciou os aclaratórios, sob pena de ter seu recurso inadmitido, seja por extemporaneidade prévia³³⁴, seja porque não implementado o requisito de cabimento do art. 102, III, da Constituição Federal.

A questão é problemática sob diversos pontos de vista.

De proêmio, parece inapropriado falar em intempestividade de um recurso interposto dentro do prazo estipulado em lei. Na realidade, a ideia subjacente à tese jurisprudencial é a de que, uma vez pendentes de julgamento embargos declaratórios, não se estaria propriamente diante de uma “causa decidida em última instância”, diante da possibilidade de modificação do julgado. Seria necessário aguardar o julgamento dos embargos para que, então, se tenha a última palavra do Juízo *a quo* sobre o tema.

A tese versada nos tribunais também parece ignorar que é direito do recorrente se insurgir apenas parcialmente contra a decisão. De fato, ainda que os embargos declaratórios opostos produzam modificação parcial do julgado combatido, é certo que remanescerá parcela dele intocada que, se houver sido alvo da irresignação do recorrente, deve ser apreciada, porque subsistente seu interesse recursal. Desta feita, a simples inadmissão do recurso por ausência de reiteração das razões é absolutamente contrária à lógica do sistema e às prescrições legais sobre o tema.

De outra banda, a interposição de novo recurso excepcional, tal como exigido pela jurisprudência do Supremo, poderia acender debates acerca da preclusão consumativa,

³³⁴ AgR ARE 764438, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 30/09/14.

porquanto, em tese, o direito ao recurso já teria se esgotado com o primeiro recurso, não havendo espaço para repetição.

Outrossim, há que se considerar que a manutenção deste entendimento jurisprudencial acabaria prejudicando a parte que exerceu regularmente seu direito, em virtude de estratégia processual adotada pela parte contrária, sobre a qual não tem – e nem poderia ter – qualquer controle.

De modo a contornar estas dificuldades, a jurisprudência passou a exigir a mera reiteração das razões recursais após o julgamento dos embargos de declaração. O que não se afigurava a melhor solução, pois implicaria o acarretamento de ônus à parte que, além de ilegal, na maioria das vezes se mostrava desnecessário, pois a praxe mostra que apenas pequena parcela dos embargos é acolhida com efeitos modificativos.

Atualmente, a jurisprudência do Supremo parece ter abandonado parcialmente o entendimento, exigindo a ratificação do extraordinário apenas em caso de efetiva modificação do julgado, passível de intervir no teor das razões de recurso³³⁵. Neste sentido tem sido o entendimento da Suprema Corte quando a decisão impugnada é modificada por embargos declaratórios opostos por apenas um dos litigantes, mas interferindo na situação jurídica dos demais³³⁶. A pesquisa jurisprudencial, contudo, oferece gratas surpresas, como o julgamento do HC 101.132, de relatoria do Ministro Luiz Fux, no qual ficou assentado que

“As preclusões se destinam a permitir o regular e célere desenvolvimento do feito, por isso que não é possível penalizar a parte que age de boa-fé e contribui para o progresso da marcha processual com o não conhecimento do recurso, arriscando conferir o direito à parte que não faz jus em razão de um purismo formal injustificado.”

Há ainda, portanto, resquícios do posicionamento, condenável em nossa opinião. Considerando que o objetivo do processo é a entrega da tutela jurisdicional, a tendência é que se aproveite ao máximo os atos processuais para alcançar esta finalidade, de modo que a abertura de prazo para que a parte emende suas razões, se entender necessário, na hipótese de modificação da decisão por via do recurso, se afigura como a saída mais recomendada para o impasse, sendo, este sim, um ônus legítimo imposto à parte recorrente.

³³⁵ ED RE 594481, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 09/09/14; AgR RE 680371, Rel. Min. Dias Toffoli, Rel. para Acórdão Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 11/06/13.

³³⁶ ED ARE 790978, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 29/03/16.

Vale lembrar que o art. 218, §4º, do Código Processual Civil em vigor disciplinou a matéria, estabelecendo que “*Será considerado tempestivo o ato praticado antes do termo inicial do prazo.*”.

4.1.1.2 REGULARIDADE FORMAL

As leis processuais estipulam balizas sobre a forma pela qual cada recurso deve ser interposto e os elementos que deve conter, considerando suas peculiaridades, a decisão a ser impugnada e os fins que visa atingir. São orientações e limites tidos pelo legislador como imprescindíveis à concretização da tutela jurisdicional pretendida, e que devem ser observados pelas partes, sob pena de inadmissibilidade.

Contudo, também neste aspecto os tribunais superiores têm demonstrado excessivo rigor na verificação da implementação deste requisito recursal.

É o caso, por exemplo, do indeferimento liminar de recursos sem a assinatura do advogado³³⁷. Como cediço, o art. 13 do Código de Processo Civil de 1973 continha regra endereçada ao juízo, quanto a providências a serem adotadas quando verificadas irregularidades de representação ou incapacidade das partes. Nestas hipóteses, o julgador deveria suspender o processo e assinalar prazo razoável para sanar o vício e, somente em caso de descumprimento da determinação, o recurso poderia ser inadmitido.

Não obstante, ao receberem razões recursais sem a respectiva assinatura do causídico, as cortes superiores simplesmente negavam conhecimento ao recurso, tido por inexistente, ignorando a regra geral que determinava a intimação da parte para o suprimento da irregularidade, e inclusive afirmando peremptoriamente ser inaplicável o art. 13 do Código de Processo Civil às instâncias de cúpula³³⁸. A fundamentação dos acórdãos é clara no sentido de que o vício não se traduz em mera irregularidade, sendo “*de todo inviável, na instância extraordinária, converter o feito em diligência, nos moldes preconizados pelo art. 13 do CPC.*”³³⁹.

Contudo, como observa acuradamente Barbosa Moreira,

³³⁷ AgR ARE 897577, Rel. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, julgado em 22/09/15.

³³⁸ V. por todos AgRg RE nº 861866, Rel. Min. Teori Zavascky, Segunda Turma, julgado em 12/05/15.

³³⁹ V. por todos RE 602956 AgR-AgR-AgR, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 17/04/12.

“(...) não encontra amparo na lei a distinção entre instâncias, que se costuma fazer, para sustentar que o suprimento é viável até o segundo grau de jurisdição, mas deixa de o ser no recurso especial ou no extraordinário.”³⁴⁰.

Embora haja previsão expressa no Código de Processo Civil de 2015 acerca da aplicação da conversão do feito em diligência para suprimento do vício inclusive às cortes superiores³⁴¹, como se verá adiante, o óbice permanece sendo aplicado pelo Supremo no julgamento de recursos interpostos sob a égide do Código de Processo Civil de 1973³⁴².

Nesta mesma linha, é possível colher julgados que consideram inexistente recurso extraordinário interposto por advogado sem procuração nos autos, importando seu não conhecimento de plano, em virtude da inaplicabilidade dos arts. 13 e 37 do Código de Processo Civil de 1973 aos recursos excepcionais³⁴³. O tema, inclusive, chegou a ser alvo de enunciado de súmula do Superior Tribunal de Justiça³⁴⁴, naturalizando a inadmissível diferenciação entre as instâncias e chancelando a escusa das cortes de vértice para se furtar a cumprir regra processual geral veiculada em lei.

Outra exigência polêmica diz respeito à formação dos agravos de instrumento dirigidos aos tribunais superiores, quando ainda cabíveis. Consoante disposto no art. 525, incisos I e II, do Código de Processo Civil de 1973, a petição do agravo de instrumento será acompanhada das peças obrigatórias (cópias da decisão agravada, da certidão da intimação sobre a decisão e das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado) e de outras facultativas, que o recorrente considerar úteis à apreciação da causa.

A Corte Suprema, contudo, ampliou os requisitos legais, ao criar uma terceira categoria de peças a ser juntada ao instrumento: as “essenciais à compreensão da controvérsia”^{345 346}.

³⁴⁰ *Restrições ilegítimas ao conhecimento dos recursos*. In: *Temas de Direito Processual*, p. 278.

³⁴¹ V. art. 76, §2º, do Código de Processo Civil de 2015.

³⁴² V. AgR ARE 961292, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 28/06/16.

³⁴³ AgRg ARE 805026, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 14/10/14.

³⁴⁴ Súmula nº 115: “*Na instância especial é inexistente recurso interposto por advogado sem procuração nos autos.*”

³⁴⁵ Neste sentido, o enunciado da súmula nº 288 do Supremo Tribunal Federal: “*Nega-se provimento a agravo para subida de recurso extraordinário, quando faltar no traslado o despacho agravado, a decisão recorrida, a petição de recurso extraordinário ou qualquer peça essencial à compreensão da controvérsia.*”.

³⁴⁶ AgR AI 848901, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 26/02/13.

Com efeito, esta corrente jurisprudencial expõe de forma patente a situação vulnerável que o recorrente se encontra perante o tribunal. Além do fato de a restrição não encontrar respaldo legal, inexistem balizas para a compreensão do que seriam peças “essenciais”, conceito fluido e casuístico que abre gama desproporcional de documentos que poderiam ser assim considerados pelo Supremo. Em outras palavras, o recorrente acaba sendo impelido a antecipar as dúvidas que poderiam surgir no íntimo do julgador ao se deparar com suas teses, coligindo os documentos necessários ao suprimento destas dúvidas, o que é de todo inadmissível³⁴⁷.

O recorrente, refém da situação, em geral acabava por juntar a cópia integral dos autos, o que significa relativo aumento no volume de serviço, tanto por parte dos patronos quanto por parte da Secretaria, dos ministros e seus assessores.

A saída mais ajustada ao caso, mais uma vez, seria a concessão de oportunidade para que a parte possa suprir, em prazo razoável, eventual dúvida do tribunal por meio da juntada de documentação que não conste do rol de peças obrigatórias prevista pelo Código de Processo Civil, ao invés de inadmitir liminarmente o recurso.

Cumprе anotar que o óbice em questão foi mitigado com o advento da Lei 12.332/10, que modificou o art. 544, §1º, do Código de Processo Civil de 1973. Segundo a nova redação do dispositivo, passava a ser cabível apenas a interposição de agravo nos próprios autos em caso de inadmissão do recurso extraordinário, tornando desnecessária a formação de instrumento.

4.1.1.3 PREPARO RECURSAL

O requisito do preparo recursal também já foi alvo de diversas interpretações excessivamente rigorosas por parte das Cortes Superiores, com a finalidade de barrar os recursos a elas dirigidos.

A Cortes Suprema, por exemplo, já cristalizou entendimento no sentido de que o preenchimento equivocado da guia de pagamento das custas (no caso do recurso

³⁴⁷ Nas precisas colocações de Barbosa Moreira, “*É pouco razoável exigir do agravante que preveja **in totum** as eventuais dúvidas do relator ou do órgão julgador, para juntar todas as peças que aquele ou este, por seu turno, venha acaso a reputar úteis, ou mesmo necessárias. Afinal, de cotas, a facilidade de compreensão varia enormemente de uma pra outra pessoa...*” (*Restrições ilegítimas ao conhecimento dos recursos. In: Temas de Direito Processual*, p. 280, grifos do original).

extraordinário, a GRU – Guia de Recolhimento da União) dá ensejo à pronta inadmissibilidade do recurso³⁴⁸.

A matéria do preparo recursal foi objeto de exame pelo Plenário da Corte, na Questão de Ordem nº 209.885, na qual ficou assentado que “*Impõe-se a comprovação do preparo do extraordinário no prazo relativo à interposição deste.*”. O cerne da questão remetia à possibilidade ou não da aplicação do art. 511 do Código de Processo Civil de 1973, então vigente, ao recurso extraordinário, tendo o Pretório Excelso decidido na oportunidade que o preparo deveria ser comprovado até o último dia hábil para a interpolação do apelo extremo, em nada sendo afetado pelo horário bancário, que se finda antes do intervalo fixado pelo Código Processual para a prática dos atos processuais.

Contudo, a tese nuclear extraída do julgado serviu de base para a construção de jurisprudência defensiva em torno do requisito, sendo exigido do recorrente a comprovação do recolhimento do preparo e do porte de remessa e retorno no ato da interposição recursal, em conformidade com as Resoluções do Tribunal a respeito, para recebimento do recurso extraordinário.

Em outras palavras, simples equívocos, como o preenchimento errôneo dos dados do recorrente ou do processo ou anotação de código de receita diferente daquele estabelecido em Resolução, e até mesmo o recolhimento da guia em agência de instituição bancária distinta daquela definida pelo Tribunal *a quo* – também por via de regras infralegais, frise-se – seriam suficientes para obstaculizar o recurso, porque, conforme a jurisprudência, o preparo adequado deve ser comprovado no ato da interposição do recurso.

Embora à primeira vista parecesse justificável a medida, pois os erros na preparação do recurso seriam unicamente atribuíveis às partes e seus patronos, é certo que a imposição de regras veiculadas em instrumentos infralegais – as resoluções - não poderiam servir de fundamento para a restrição de direitos do jurisdicionado, sob pena de violação à reserva legal do tema, insculpida nos arts. 22, I, e 62, I, “b”, da Constituição Federal.

³⁴⁸ AgR ARE 707484, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, j. em 23/04/13; AgR ARE 707959, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, j. em 11/03/14; AgR AI 725775, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, j. em 26/02/13.

Assim, mesmo que a normatividade produzida pelos tribunais possa servir de orientação às partes e seus causídicos, não parece aceitável que os vícios na preparação dos recursos sejam engrandecidos a ponto de ocasionar a preclusão do direito do recorrente, ainda mais se considerarmos que se tratam de erros sanáveis, e que na esmagadora maioria das vezes não resultam em fraude³⁴⁹ e nem tampouco são praticados de má-fé.

4.1.2 AS SOLUÇÕES E ARRANJOS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 PARA CONTORNAR A JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA

O Novo Código Processual Civil não se descurou da premente questão da jurisprudência defensiva. Em diversas passagens é possível vislumbrar a preocupação do legislador com a imposição de limites aos julgadores, de modo a extirpar quaisquer reminiscências da jurisprudência defensiva de nosso ordenamento.

A inclusão das medidas combatentes da tendência à autocontenção dos tribunais, de fato, revelava-se imprescindível, dado que os indesejáveis óbices se faziam presentes como nunca nos repertórios jurisprudenciais.

A circunstância é reveladora de um fato importante: a falha dos filtros legítimos, como a repercussão geral, no represamento dos recursos extraordinários.

A expectativa sobre estes filtros era compreensível. Em princípio, a instituição de critérios que visavam à separação dos recursos extraordinários com teses relevantes, e o pinçamento de causas para a instituição de decisões vinculativas, de perfil objetivo, proporcionariam um ambiente favorável ao arredamento da jurisprudência defensiva, uma vez que atenuariam o trabalho das cortes e tornariam desnecessário que se lançasse mão de artifícios duvidosos para mitigar a avalanche recursal³⁵⁰.

Neste sentido, criou-se inclusive o termo “jurisprudência defensiva de segunda geração”, para designar eventuais resquícios da linha jurisprudencial de autocontenção que

³⁴⁹ O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 968.510, chegou mesmo a afirmar que a razão de ser das resoluções que regulam as formalidades em torno do preenchimento das guias – e, por via transversa, a razão de ser da jurisprudência defensiva aqui tratada – é evitar o aproveitamento da mesma guia em diversos processos, lesionando os cofres públicos.

³⁵⁰ Conforme Paulo Tedesco, *in Jurisprudência defensiva de segunda geração*.

ainda subsistissem após a instituição da repercussão geral, que, esperava-se, estabeleceria uma “*nova ordem do recurso extraordinário*”³⁵¹.

A ideia é que o ocaso da jurisprudência defensiva tal como a conhecíamos (“jurisprudência de primeira geração”) coincidiria com o fim do regime anterior do recurso excepcional, de cunho subjetivo³⁵².

Contrariamente às expectativas, contudo, a instituição do filtro não impediu o surgimento de uma segunda ordem de jurisprudência defensiva, pelo contrário: passaram a ser observados, inclusive, posicionamentos restritivos quanto à demonstração do requisito da repercussão geral, dando origem à referida “jurisprudência defensiva de segunda geração”. Em síntese, a Corte passa a criar óbices para análise de óbices.

São exemplos a inversão da presunção relativa de existência de repercussão geral prevista no art. 102, §3º, da Constituição Federal pelo art. 324, §2º, do Regimento Interno do Supremo³⁵³; a imposição, pelo art. 327 do Regimento, no sentido de que a repercussão geral deverá ser alegada pelo recorrente em preliminar formal³⁵⁴; e o estabelecimento da irrecorribilidade da decisão que reputa inexistente a repercussão geral pelo art. 326, também do Regimento³⁵⁵. Vale sempre sublinhar que nenhuma destas disposições encontra respaldo na lei ou no texto constitucional, apesar de implicarem tolhimento ao direito do recorrente.

De outro lado, é possível verificar que mesmo as antigas expressões de jurisprudência defensiva permaneceram acolhidas pela jurisprudência do Supremo, apesar da

³⁵¹ *Idem*, p. 264.

³⁵² “A razão para tanto é elementar: a interpretação das regras relativas ao cabimento do recurso era contemporânea a esse procedimento de índole subjetivista, em que todos os extraordinários deveriam, em regra, ser apreciados pelo STF. Dito de outro modo, as restrições ao cabimento do recurso extraordinário eram vocacionadas ao modelo em que não havia limitações à quantidade de recursos apreciados pelo STF.”. (*Idem*, p. 269).

³⁵³ “Art. 324

(...)

§ 2º Não incide o disposto no parágrafo anterior quando o Relator declare que a matéria é infraconstitucional, caso em que a ausência de pronunciamento no prazo será considerada como manifestação de inexistência de repercussão geral, autorizando a aplicação do art. 543-A, § 5º, do Código de Processo Civil, se alcançada a maioria de dois terços de seus membros.”

³⁵⁴ “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.”

³⁵⁵ “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 art. 329”.

institucionalização de filtro condizente com as perspectivas em torno do “novo recurso extraordinário”.

A percepção desta dificuldade impulsionou a criação, pela Comissão de Juristas nomeada para elaborar o Novo Código de Processo Civil, de mecanismos visando desconstruir esta barreira jurisprudencial que impedia ilegitimamente o acesso à ordem jurídica nos Tribunais Superiores.

De maneira geral, é possível denotar que a redação do Código de Processo Civil é imbuída de valores ligados à efetividade, à instrumentalidade das formas e ao aproveitamento máximo dos atos processuais, em detrimento do formalismo excessivo que amputa o *iter* processual e causa frustração às partes. Tendência que, como se viu, tem aflorado na doutrina processual moderna, que propugna pela relativização das nulidades em prol da análise do *meritum causae* e da solução integral e definitiva do conflito suscitado ou da situação jurídica que necessita de confirmação judicial para sua concretização.

Parece impreciso, contudo, afirmar que o novo diploma fomenta o combate puro e simples do formalismo processual. Como visto, o formalismo é vetor indispensável ao processo, por chancelar regras previamente acertadas para o jogo processual, proporcionando segurança e conhecimento às partes para estruturar suas estratégias processuais.

O Novo Código, na realidade, pauta-se pela construção de um novo formalismo³⁵⁶, compatível com o acesso democrático à Justiça e com o fenômeno da constitucionalização do processo, que oferece intercâmbio entre o processo civil e suas bases constitucionais, inclusive no que diz respeito aos direitos fundamentais a ele conexos.

A fim de concretizar estes valores, a Comissão de Juristas permeou o Código de preceitos que reforçam a valorização do direito material subjacente à demanda, combatendo

³⁵⁶ “Uma grande inovação do Código de Processo Civil é a de conceber um novo formalismo que se adequa às diretrizes do processo democrático, de modo a evitar que as formas processuais sejam estruturadas e interpretadas em dissonância com os ditames conteudísticos do modelo constitucional de processo. (...) Daí se enxergar em boa perspectiva as **regras interpretativas da primazia do julgamento do mérito e do máximo aproveitamento processual**” (BAHIA, Alexandre Melo Franco et. al. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*, p. 25-grifos do original).

de maneira específica diversas expressões de jurisprudência de autocontenção, uma vez que o emprego destas técnicas

“com o único objetivo de diminuir a carga de processos pode até possuir uma justificativa instrumental, mas não se conforma aos ditames de um modelo constitucional de processo próprio ao Estado Democrático de Direito”³⁵⁷.

Mesmo porque, a imposição de óbices jurisprudenciais sem qualquer supedâneo invariavelmente produzem limitações aos direitos das partes, chocando-se frontalmente com a tendência neoconstitucionalista à preservação das garantias constitucionais.

Notável exemplo destas intenções dos membros da Comissão são os dispositivos dos §§4º e 5º do art. 1.024³⁵⁸ do Novo Código, que suprimem a exigência de ratificação dos recursos em caso de oposição de embargos declaratórios pela parte contrária, mesmo diante da ausência de modificação no *decisum*.

Em inovação extremamente positiva, os referidos parágrafos enunciam de forma literal o óbvio: se a oposição dos embargos aclaratórios não produzir mudança na decisão embargada, não há razão concreta para determinar a ratificação do recurso interposto simultaneamente aos embargos. Noutra giro, caso haja modificação, é facultado à parte interpor novo recurso, ou modificar suas razões, nos exatos termos das modificações produzidas (vedando-se, portanto, a inovação recursal), no mesmo prazo comum de quinze dias.

É solução justa e equânime, que não prejudica a parte que interpôs tempestivamente seu recurso, superando definitivamente o entendimento jurisprudencial que, além de criar requisito de admissibilidade não previsto em lei, punia o recorrente por iniciativa – também regular, frise-se - da parte contrária.

³⁵⁷ BAHIA, Alexandre Melo Franco et. al. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*, p. 25.

³⁵⁸ “Art. 1.024

(...) ”

§ 4º Caso o acolhimento dos embargos de declaração implique modificação da decisão embargada, o embargado que já tiver interposto outro recurso contra a decisão originária tem o direito de complementar ou alterar suas razões, nos exatos limites da modificação, no prazo de 15 (quinze) dias, contado da intimação da decisão dos embargos de declaração.

§ 5º Se os embargos de declaração forem rejeitados ou não alterarem a conclusão do julgamento anterior, o recurso interposto pela outra parte antes da publicação do julgamento dos embargos de declaração será processado e julgado independentemente de ratificação.”

Os excessos com relação ao preparo recursal também foram alvo do Código de Processo Civil de 2015.

Conforme o quanto exposto alhures, os tribunais superiores consolidaram jurisprudência impeditiva da admissibilidade dos recursos em caso de equívocos no preenchimento de guias recursais, sob a justificativa de evitar fraudes, mas sem oportunizar à parte a possibilidade de sanar eventuais vícios e afastar qualquer indício de má-fé.

Com o intuito de debelar tais abusividades, o §7º do art. 1.007 do Código de Processo Civil de 2015 prevê que “*O equívoco no preenchimento da guia de custas não implicará a aplicação da pena de deserção, cabendo ao relator, na hipótese de dúvida quanto ao recolhimento, intimar o recorrente para sanar o vício no prazo de 5 (cinco) dias.*”.

Destarte, a parte passa a contar com a possibilidade de sanar ou justificar erros que porventura tenham sido cometidos no preenchimento das guias de recolhimento, de forma a evitar decisões surpresa que impliquem a preclusão e limitação em seu direito de recorrer.

Especificamente no âmbito da competência dos tribunais superiores, o Novo Código de Processo Civil introduz dispositivo que estipula que deverão desconsiderar ou determinar a correção de vícios formais nos recursos, desde que não os repute graves (art. 1.029, §3º). Trata-se de comando geral, com o propósito de abolir práticas autodefensivas fundadas em maximização de equívocos, mormente aqueles atinentes à regularidade formal dos recursos excepcionais, como a falta de assinatura de peças, a ausência de procuração do causídico signatário das razões recursais, etc.

Remetendo ao tema dos embargos declaratórios, como se viu, o art. 1.025 do Código trouxe inovação importantíssima. Segundo o dispositivo, a matéria suscitada pelo recorrente em embargos de declaração será considerada parte integrante do acórdão para fins de prequestionamento, mesmo que o recurso seja rejeitado ou inadmitido pelo tribunal *a quo*. A previsão objetiva sufragar as extensas discussões sob o prequestionamento e as formas de alcançá-lo, já tratadas anteriormente, além de dispensar a costumeira - e onerosa - estratégia de interposição de recurso especial em razão da falta de supressão de omissão pelo órgão julgador.

Por fim, impende mencionar regra expressa, inserida na parte geral do novo diploma, que veda a prolação de decisões surpresa. Trata-se do art. 10 do Código de 2015³⁵⁹ que, em harmonia com outros dispositivos esparsos, consagra nova concepção de contraditório, que vai além do binômio acesso à informação/possibilidade de reação. Sua nova roupagem pauta-se pela colaboração e cooperação das partes no desenvolvimento processual, incluindo o juiz, que deve zelar e fomentar debates prévios entre as partes.

A previsão legal chancela a imprescindibilidade da participação das partes na formação da convicção do Juízo, e a real influência dos debates prévios nos fundamentos de decisão futura. Reafirma, portanto, os direitos e deveres processuais constitucionalmente garantidos, decorrência direta da cláusula geral inserta no art. 5º, LV, da Constituição Federal, o que levou parcela da doutrina a afirmar que não se trata propriamente de uma novidade³⁶⁰.

Aplicada à temática aqui desenvolvida, a norma reforça o arcabouço normativo estudado supra, repudiando as decisões surpresa tomadas em sede de jurisprudência autodefensiva.

Em linhas gerais, portanto, o Código Processual de 2015 representa relevante evolução em nosso ordenamento no que tange ao abandono da formalidade excessiva e construção de um novo formalismo democrático, dispensando específica e real preocupação com o problema crescente que se tornou a jurisprudência defensiva em nosso país.

4.2 A “OFENSA REFLEXA” COMO ÓBICE JURISPRUDENCIAL

Dentre os inúmeros exemplos de jurisprudência defensiva observáveis nos julgados de nossas cortes superiores³⁶¹, a dita ofensa “reflexa”, “indireta” ou “por ricochete” desponta como um dos óbices ilegítimos mais comumente empregados pelo Supremo Tribunal Federal na inadmissão dos recursos extraordinários.

³⁵⁹ “Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.”

³⁶⁰ A propósito, vide: LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *Da expressa proibição à decisão-surpresa no Novo CPC*.

³⁶¹ Vale ressaltar que o tema é profícuo, e os lindes desta pesquisa se resumem às principais – e mais patológicas – manifestações do problema, de modo a fornecer o contexto de surgimento e evolução da jurisprudência da ofensa reflexa.

Não se trata de mera questiúncula: grandes doutrinadores que se debruçaram sobre o tema, como Teresa Wambier, têm alertado que a ofensa reflexa é derivação ilegítima do texto legal, produzindo inúmeros efeitos perniciosos, na medida em que viabiliza que o Supremo feche as portas para inúmeros casos de relevância constitucional, unicamente por implicarem a apreciação de “norma de permeio”. Situação que por vezes sequer é devidamente esclarecida no julgado, em afronta aos princípios da segurança jurídica e do contraditório, sem falar na evidente violação ao dever constitucional de motivação das decisões.

A utilização da ofensa reflexa como subterfúgio para a contenção de recursos extraordinários, como se verá, coloca em risco valores protegidos constitucionalmente, sob a justificativa simplista de que se encontram concretizados em normas infraconstitucionais, sendo portanto seu resguardo de competência exclusiva do Superior Tribunal de Justiça.

A Corte Superior, por sua vez, também por vezes aplica jurisprudência defensiva ao negar admissão ao recurso especial por entender que se trata de questão estritamente constitucional.

E esta dinâmica, em que uma corte relega à outra a apreciação da matéria, causa danos não apenas o jurisdicionado, mas também o próprio Judiciário, que se vê onerado com não apenas um, mas dois recursos sobre a mesma questão, além de perder em termos de legitimidade democrática e confiabilidade.

Trata-se, portanto, de tema relevante, mas infelizmente pouco abordado, que possui diversas facetas e intercorrências problemáticas, não sendo apenas uma mera questão de interpretação das hipóteses de cabimento do recurso extraordinário.

4.2.1. HERMENÊUTICA E SURGIMENTO DO CONCEITO

Conforme visto anteriormente, do papel específico exercido pelos recursos especial e extraordinário no sistema processual decorrem idiosincrasias que influem de maneira determinante no cabimento destes recursos. Vale lembrar que se trata de recursos ditos de “direito estrito”, por admitirem em seu bojo apenas o debate de questões jurídicas, sendo vedado, portanto, o reexame das questões de fato e prova subjacentes.

Regredindo às exposições introdutórias, temos que as peculiaridades relativas aos limites cognitivos desses recursos incluem também a definição de domínios temáticos. Coube à Constituição Federal – e somente a ela - definir, em termos precisos, os tipos de vícios passíveis de correção pelos tribunais superiores, de maneira a fixar um feixe de competências coerente com as funções institucionais e democráticas desempenhadas por estas cortes. Restou ao plano infraconstitucional a regulação destas hipóteses, e à jurisprudência o assentamento de teses que facilitassem a subsunção das hipóteses às disposições constitucionais.

A partir da cisão das antigas competências do Supremo Tribunal Federal, com a criação, pela Constituição de 1988, do Superior Tribunal de Justiça, emerge a discussão acerca da índole das decisões impugnadas e, conseqüentemente, dos instrumentos cabíveis para sua impugnação.

Da prolixidade e do traço marcadamente analítico e detalhista de nossa Constituição decorreram zonas cinzentas e a justaposição das competências dos tribunais, vez que a grande maioria das matérias tratadas constitucionalmente são também reguladas no plano infraconstitucional.

Como decorrência, nasce construção jurisprudencial – cristalizada nas Súmulas 283 do Supremo³⁶² e 126 do Superior Tribunal de Justiça³⁶³ - que impuseram à parte a interposição conjunta dos recursos extraordinário e especial, caso a decisão impugnada se fundamente em dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, suficientes para manter a decisão. A ideia subjacente é a de que, uma vez mantido inatacado determinado ponto do acórdão objurgado, pela falta de manejo do recurso adequado – seja extraordinário, seja especial -, bastante para manter a decisão, estaria ausente o interesse recursal, pois o recurso interposto não será hábil a melhorar a situação da parte³⁶⁴.

³⁶² “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles.”

³⁶³ “É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário.”

³⁶⁴ Nesta linha, Teresa Wambier e Bruno Dantas: “A regra é simples e decorre do sentido da expressão interesse em recorrer. De fato, o interesse em recorrer nasce da sucumbência e da perspectiva de obtenção da melhora da situação do recorrente, no caso de o recurso ser provido. Se, efetivamente, a decisão recorrida se apoia em duas razões de decidir e só uma delas for impugnada, ausente está o interesse em recorrer, pois, ainda que se logre fazer cair por terra o fundamento impugnado, a decisão subsistirá, porque apoiada no

A questão é que a parte, por cautela, se vê obrigada a interpor os dois recursos, porque não há como ter certeza absoluta que um dos tribunais acatará as razões recursais sem dissentar da índole da questão, principalmente quando se lida com posicionamentos instáveis e falta de segurança jurídica.

E, por diversas vezes, é surpreendida com uma dinâmica verdadeiramente contraditória: se, de um lado, deixa de interpor o recurso extraordinário, por considerar que a violação perpetrada pela decisão recorrida é somente infraconstitucional, é penalizada com a inadmissão de seu recurso especial com base nas súmulas mencionadas. De outro lado, se interpõe ambos os recursos, o extraordinário é frequentemente inadmitido, com base na tese da ofensa oblíqua. Comentando tal situação, Luiz Henrique Volpe Camargo afirma que “(...) nitidamente se constata que há dois pesos e duas medidas para o tema, sendo que a interpretação prevalente é sempre para impedir a tramitação dos recursos excepcionais”³⁶⁵.

Deveras, a situação não apenas acarreta prejuízos à parte - que desembolsa valores para pagamento de preparo e honorários advocatícios correndo o risco de que suas alegações não sejam sequer examinadas - e ao causídico - que deve interpor dois recursos ao invés de um -, como também contribuiu para o crescimento do já preocupante acervos dos tribunais³⁶⁶.

Neste contexto, ganha força a orientação da “ofensa direta”, limitadora da principal via de cabimento do recurso extraordinário e que exprime a forma mais genuína das funções do apelo extremo, a alínea “a” do inciso III do art. 102 da Constituição Federal: a contrariedade entre a decisão guerreada e dispositivo constitucional.

fundamento que não foi impugnado” (Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores no Direito Brasileiro, p. 498).

³⁶⁵ A fungibilidade de mão dupla entre recursos excepcionais no CPC/2015, p. 313.

³⁶⁶ A propósito, observa Mancuso que “Frustrando em boa medida as expectativas iniciais, a criação do STJ não repercutiu de modo tão expressivo para a atenuação da crise numérica dos processos encaminhados ao STF, e para isso laboraram algumas concausas: de um lado, a inevitável virtualidade da interposição conjunta de recurso especial ao STJ e de extraordinário ao STF (...) nos casos em que no acórdão recorrido (TJs, TRFs) co-existem questões constitucional e federal (v.g., imbricando dispositivos do CTN e princípio constitucional tributário) levando os advogados a invocarem a técnica do fundamento suficiente (Súmulas STF n.283 e STJ n.126); de outro lado, a extensão e a complexidade da produção legislativa não raro engendra zonas cinzentas ou quando menos uma imbricação entre as competências de ambos os Tribunais da Federação...” (A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito, p. 431).

Segundo a corrente jurisprudencial firmada neste sentido, a violação passível de análise pelo Supremo Tribunal Federal por via de recurso extraordinário pela alínea “a” é aquela frontal, que traduza conflito direto em relação à Norma Fundamental.

A *contrario sensu*, se a questão levada a conhecimento do Supremo contiver afronta apenas oblíqua ao texto constitucional, irradiando de negativa de vigência do texto federal, ainda que regulador de instituto previsto constitucionalmente, o recurso não poderia ser admitido, porque não preenchido o requisito do cabimento. Em suma,

*“a via reflexa caracteriza-se quando a apuração da ofensa à norma constitucional depender do reexame das normas infraconstitucionais aplicadas pelo Poder Judiciário ao caso concreto; ou, ainda, quando para atingir a violação do preceito constitucional houver necessidade de interpretação do sentido da legislação infraconstitucional”*³⁶⁷

A violação alegada para fins de apreciação do apelo extremo, portanto, deve ser inferida do exame direto da decisão em relação às normas constitucionais, sem a necessidade de análise de lei ou norma “de permeio”. Nesta linha, conceito fixado pelo próprio Tribunal no julgamento do RE 134.736, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence:

*“Diz-se ‘reflexa’ a violação à Carta, quando seu reconhecimento, **in concreto**, depende do exame da norma ordinária aplicada pela decisão recorrida. Nesses casos, é a categoria infraconstitucional dessa norma que define a hierarquia da questão federal, para fins recursais.”* (grifos do original).

De proêmio, é possível observar da simples análise do dispositivo da alínea “a” que em momento algum a Constituição Federal faz menção à necessidade de que a questão levantada em recurso extraordinário seja puramente constitucional, ou mesmo que a agressão afirmada seja dirigida frontalmente contra o texto constitucional:

*“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;”*

O Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa define o termo “contrariar”, no sentido que nos interessa, como “*não respeitar, violar, desconsiderar; não condizer com, estar em*

³⁶⁷ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, p. 615.

desacordo com”³⁶⁸. Em outras palavras, interpretação literal leva à conclusão de que o conteúdo do dispositivo cinge-se a autorizar o manejo do apelo extremo caso a decisão impugnada desrespeite a Constituição, compreendida como o bloco de constitucionalidade, ou seja, parâmetro à verificação e controle de constitucionalidade.

Inexistem, pois, no texto constitucional (ou mesmo na legislação infraconstitucional) restrições ao cabimento do recurso por esta alínea. Aliás, como bem observa Luiz Henrique Volpe Camargo, “*a exigência de ofensa direta e frontal não consta nos textos constitucionais pretéritos, como, aliás, também não consta do art. 102, III, a, da Constituição Federal atual*”³⁶⁹.

Surpreendentemente, porém, o nascimento da tese da ofensa reflexa não se encontra localizado no período pós vigência da Constituição Federal de 1988 – pois a referida jurisprudência, em tese, só passaria a encontrar utilidade a partir da herança das atribuições do Supremo no tocante ao direito federal pelo Superior Tribunal de Justiça. Pesquisas jurisprudenciais apontam que a referência ao conceito é bastante anterior a este marco.

Luiz Henrique Volpe chega mesmo a afirmar que o acórdão mais antigo que mencionou a expressão “*ofensa direta e frontal*” é o AI 93.155, de relatoria do Min. Soares Muñoz, datado do ano de 1983. Na oportunidade, o eminente Ministro fez constar que o recurso não venceu os óbices regimentais porque se radicava em preceito de legislação infraconstitucional³⁷⁰.

Volpe alude também ao AI 105.934, de relatoria do Min. Djaci Falcão e também julgado em data anterior à promulgação da Constituição de 1988 (mais precisamente, 29 de outubro de 1985), no qual se afirma que a jurisprudência pacífica da Corte se inclinava no sentido de que, para ser admito o recurso extraordinário, era necessária a existência de ofensa frontal ao texto constitucional, não sendo cabível em caso de contrariedade meramente reflexa³⁷¹.

É possível encontrar referências à tese em outros tantos julgados, inclusive antecedentes àqueles registrados pelo autor, como o RE 94.673, de relatoria do Ministro Néri

³⁶⁸ *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*, p. 823.

³⁶⁹ *A fungibilidade de mão dupla entre recursos excepcionais no CPC/2015*, p. 307 – grifos do original.

³⁷⁰ *A fungibilidade de mão dupla entre recursos excepcionais no CPC/2015*, p. 307

³⁷¹ *Idem*, p. 309.

da Silveira, datado de dezembro de 1982³⁷², o AgRg no AI 92.746, de relatoria do Ministro Francisco Rezek, também de 1983³⁷³, o AI 98.956, cujo relator era o Ministro Sydney Sanches, datado de 1984³⁷⁴, dentre outros.

Em síntese, os julgados colacionados demonstram que a jurisprudência da ofensa reflexa já era uma realidade consolidada muito antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, não sendo atribuível exclusivamente à cisão (e justaposição) das competências referentes ao controle de constitucionalidade e de legalidade das decisões entre o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça (apesar de ter inegavelmente ganhado força após a vigência da atual Constituição, que instituiu esta divisão).

A exigência da ofensa frontal à Constituição não constava nem mesmo das normas regimentais do Supremo – lembrando que à época da prolação dos julgados a autoridade das disposições do Regimento do Supremo se igualava, por força do quanto disposto na Constituição de 1967, à da lei federal –, o que apenas corrobora a constatação de que se trata de óbice essencialmente jurisprudencial, advindo de iterativas decisões que perpetraram postura excessivamente restritiva das disposições constitucionais acerca do cabimento do recurso extraordinário.

Com efeito, a força da jurisprudência da ofensa reflexa é de tal magnitude que não apenas a repercussão geral se revelou incapaz de combatê-la, como ainda foi utilizada a seu serviço. É de conhecimento dos operadores do direito o precedente do RE 584.608, de relatoria da Ministra Ellen Gracie e julgado sob o regime de repercussão geral, no qual ficou assentada a presunção de ausência de repercussão geral caso seja previamente reconhecida a ofensa reflexa à Constituição na hipótese sob exame³⁷⁵.

³⁷² RE 94673, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Primeira Turma, julgado em 10/12/1982, DJ 08-04-1983 PP-04150 EMENT VOL-01289-02 PP-00381 RTJ VOL-00105-02 PP-00704.

³⁷³ AI 92746 AgR, Relator(a): Min. FRANCISCO REZEK, Segunda Turma, julgado em 02/12/1983, DJ 03-02-1984 PP-00648 EMENT VOL-01322-01 PP-00181.

³⁷⁴ AI 98956 AgR, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Primeira Turma, julgado em 21/09/1984, DJ 11-10-1984 PP-06826 EMENT VOL-01353-02 PP-00276.

³⁷⁵ “*Ora, se se chega à conclusão de que não há questão constitucional a ser discutida, por estar o assunto adstrito ao exame da legislação infraconstitucional, por óbvio falta ao caso elemento de configuração da própria repercussão geral. (...) Dessa forma, penso ser possível aplicar os efeitos da ausência de repercussão geral tanto quando a questão constitucional debatida é de fato desprovida da relevância exigida como também em casos como o presente, no qual não há sequer matéria constitucional a ser discutida em recurso extraordinário.*” (RE 584608 RG, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, julgado em 04/12/2008, DJe-048 DIVULG 12-03-2009 PUBLIC 13-03-2009 EMENT VOL-02352-10 PP-01949)

Em outras palavras, a jurisprudência defensiva foi adaptada à nova realidade do recurso extraordinário, passando a ser excluídos do critério da relevância constitucional, de uma só vez, todas as hipóteses em que ficasse reconhecida a ofensa reflexa. Não por outra razão, Paulo Tedesco reconhece em sua obra que a ofensa indireta é o exemplo mais claro de “jurisprudência defensiva de primeira geração”³⁷⁶ tendente a subsistir mesmo após o advento da nova realidade do recurso extraordinário³⁷⁷.

Atualmente, é possível afirmar que a ofensa reflexa é uma das maiores causas de inadmissão dos recursos extraordinários, estando o termo presente em milhares de julgados do Supremo Tribunal Federal³⁷⁸.

4.2.2 A SOLUÇÃO ESPECÍFICA INTRODUZIDA PELO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: A FUNGIBILIDADE ENTRE OS RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO

À semelhança das demais medidas adotadas para combater manifestações específicas da jurisprudência de autocontenção, o Novo Código de Processo Civil não descuidou da ofensa reflexa e das repercussões deletérias de seu emprego para a legitimação das decisões.

A confusão a respeito da natureza das normas objeto dos recursos excepcionais é assunto de constante debate no seio dos tribunais superiores, e causa de injustiças perpetradas contra o jurisdicionado que, como visto, se vê diante da necessidade de interpor simultaneamente os recursos especial e extraordinário para assegurar a apreciação de suas alegações.

Neste cenário, a divergência de entendimento entre os tribunais acerca de suas próprias competências, derivada da já mencionada justaposição de atribuições, apenas contribui para agravar a situação. É possível colher, como visto, diversos exemplos de aplicação da tese da ofensa indireta para inadmissão dos recursos extraordinários,

³⁷⁶ Conceito do qual se cuidou no capítulo antecedente.

³⁷⁷ “Tal orientação mostra-se, assim, exemplo emblemático da jurisprudência defensiva de segunda geração. Mediante a interpretação da previsão constitucional da necessidade da repercussão geral da questão constitucional para a admissão do recurso extraordinário, o STF deixará de negar seguimento a uma infinidade de demandas em que a ofensa à Constituição seja meramente indireta.” (Op. cit., p. 276).

³⁷⁸ Em consulta ao sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, na data de 20 de julho de 2016, às 23h40, foi possível encontrar 8.844 acórdãos em que o termo “ofensa reflexa” era mencionado.

pressupondo a competência do Superior Tribunal de Justiça em hipóteses que envolvam normas constitucionais reproduzidas em leis federais.

Contudo, causa espécie a existência de diversas decisões do Superior Tribunal de Justiça afirmando que a alegação de violação de norma infraconstitucional que reproduz dispositivos da Constituição por leis federais atrai a competência do Supremo, haja vista que a norma matriz foi também violada. A propósito, veja-se o seguinte excerto do aresto proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 255.374:

“A ofensa ao art. 186, III, “a”, da Lei nº 8.112/90 não pode ser analisada por esta Corte, porquanto o referido artigo reproduz, por inteiro, o dispositivo constitucional inserto no art. 40 da Constituição, com a redação anterior à EC nº 20/98, razão pela qual eventual afirmação de ofensa a este artigo traria, como consequência, a consagração de que a norma constitucional, de igual teor, também restou violada. Nesse sentido, a única Corte constitucionalmente competente para apreciar recurso contra violação de dispositivo é o Supremo Tribunal Federal.”³⁷⁹

Especificamente sobre os princípios do direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito, o Superior Tribunal de Justiça decidiu pela sua incompetência para análise da violação a estes preceitos, uma vez que possuem carga eminentemente constitucional:

“A jurisprudência desta Corte Superior entende que não cabe analisar princípios (direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada) contidos na Lei de Introdução do Código Civil, hoje denominada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, por estarem revestidos de carga eminentemente constitucional.”³⁸⁰

Sobre os mesmos princípios, porém, já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal em sentido contrário:

“Ademais, é inviável a apreciação, em recurso extraordinário, de alegada violação ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito, à coisa julgada ou aos princípios da legalidade, do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal e da inafastabilidade da jurisdição, uma vez que, se houvesse, seria meramente indireta ou reflexa, já que é imprescindível o exame de normas infraconstitucionais.”³⁸¹

³⁷⁹ REsp 255.374/RS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 12/06/07. Nesta mesma linha: AgRg no AgRg no AREsp 792.640/SP, Rel. Min. Diva Malerbi, Segunda Turma, julgado em 17/03/16; AgRg no REsp 1540273/RS, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 08/09/2015;

³⁸⁰ AgInt no REsp 1582.423/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 02/06/16.

³⁸¹ AgR ARE 943430, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 15/03/16. Nesta mesma linha: AgR ARE 919073, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 19/04/16; AgR RE 935327, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 05/04/16; AgR ARE 945727, Rel. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, julgado em 15/03/16.

Patente, desta feita, a instabilidade e falta de coerência na jurisprudência dos tribunais superiores acerca dos lindes de suas competências. Ora, se os próprios tribunais superiores hesitam em afirmar suas próprias competências, que dizer do jurisdicionado, que se vê em meio a verdadeiro “*jogo de empurra*”³⁸², sem obter a prestação jurisdicional que lhe é devida, e dos causídicos, que se vêm atordoados em meio a um cenário de tamanha instabilidade e insegurança.

Com o nítido objetivo de extirpar estes efeitos indesejáveis da flutuação jurisprudencial e evitar a inadmissão dos recursos extraordinários sob o fundamento da ofensa oblíqua, e, na via contrária, a inadmissão de recursos especiais por ser a questão levantada de índole constitucional, o legislador criou a figura da “fungibilidade entre os recursos especial e extraordinário”, prevista nos arts. 1.032 e 1.033 do Código de Processo Civil de 2015, *verbis*:

Art. 1.032. Se o relator, no Superior Tribunal de Justiça, entender que o recurso especial versa sobre questão constitucional, deverá conceder prazo de 15 (quinze) dias para que o recorrente demonstre a existência de repercussão geral e se manifeste sobre a questão constitucional.

Parágrafo único. Cumprida a diligência de que trata o caput, o relator remeterá o recurso ao Supremo Tribunal Federal, que, em juízo de admissibilidade, poderá devolvê-lo ao Superior Tribunal de Justiça.

Art. 1.033. Se o Supremo Tribunal Federal considerar como reflexa a ofensa à Constituição afirmada no recurso extraordinário, por pressupor a revisão da interpretação de lei federal ou de tratado, remetê-lo-á ao Superior Tribunal de Justiça para julgamento como recurso especial.

Em um primeiro momento, urge ressaltar que, conforme lecionam Leonardo Carneiro da Cunha e Fredie Didier, não se trata propriamente da aplicação do princípio da fungibilidade ao caso. Isso porque a regra inserta nos arts. 1.032 e 1.033 não exige a existência de dúvida objetiva ou mesmo a inexistência de erro grosseiro, necessárias à concretização do princípio. Na realidade, se está diante de verdadeira regra de fungibilidade, cuja aplicação exige apenas e tão-somente deliberação do respectivo tribunal acerca da natureza da questão levantada, sendo que a compatibilização com a boa-fé processual já havia sido previamente aferida³⁸³.

³⁸² A expressão, que sumariza de coloquial a situação, é empregada por Márcio Carvalho Faria (*O Novo Código de Processo Civil vs. a jurisprudência defensiva*, p. 291).

³⁸³ *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 3, p. 358.

Outra questão que emerge do novo instituto diz respeito à preocupação quanto à possibilidade de que a parte seja surpreendida com a remessa de seu recurso a outro tribunal, sem as formalidades competentes. Da leitura do parágrafo único do art. 1.032 é possível verificar que será concedido à parte prazo de quinze dias para complementação das razões recursais, a fim de demonstrar a repercussão geral da questão, antes que o recurso especial seja “transmutado” em extraordinário e remetido ao Superior Tribunal Federal.

Entretanto, na mão contrária, o novel Código Processual deixa de assinalar prazo para que a parte possa complementar suas razões caso o Supremo reclassifique o recurso extraordinário interposto como especial. Ora, a ausência da fixação deste prazo poderá implicar prequestionamento precário – ou até inexistente – da norma infraconstitucional alegadamente violada, sem falar na deficiência da própria argumentação, focada em demonstrar ofensa a dispositivo constitucional, e não federal. Vislumbra-se, assim, certa desvantagem à parte, que pode ter seu recurso especial inadmitido ou desprovido por não lhe ter sido concedida a oportunidade de emendar suas razões e preparar seu recurso de forma a moldá-lo ao convencimento dos Ministros da Corte Superior³⁸⁴.

De outro lado, a obrigação de envio do recurso especial ao Supremo Tribunal Federal caso verificado que a ofensa alegada possui natureza constitucional e não legal nos parece um contrassenso.

Ora, cediço que o sistema de constitucionalidade pátrio assenta raízes também no controle difuso, conferindo competência a todo e qualquer juiz e tribunal para que exerça a análise de compatibilidade constitucional de maneira incidental, nos casos concretos que lhe são submetidos, observada a reserva de plenário nos casos especificados constitucionalmente.

Forçoso concluir, portanto, pela competência do Superior Tribunal de Justiça, na qualidade de Tribunal da Federação, para o controle de constitucionalidade na hipótese a ele apresentada por meio de recurso especial - passível, é claro, de recurso à Suprema Corte -, mostrando-se descabida a regra de remessa obrigatória. O que não sucede, evidentemente,

³⁸⁴ Nesta linha, aliás, é o Enunciado nº 566 do Fórum Permanente de Processualistas: “Na hipótese de conversão do recurso extraordinário em recurso especial, nos termos do art. 1.033, cabe ao relator conceder o prazo do caput do art. 1.032 para que o recorrente adapte seu recurso e se manifeste sobre a questão infraconstitucional.”

na situação inversa, pois a Constituição é precisa ao restringir as competências do Supremo Tribunal Federal à análise da conformidade constitucional nos processos objetivos e subjetivos que lhe são apresentados.

Feitos estes apartes sobre a técnica legislativa da figura da fungibilidade, remanescem, contudo, as dúvidas no que concerne à natureza da questão violada. O dispositivo não impede que os tribunais de vértice permaneçam fazendo uso de critérios díspares para a definição de suas competências e, por conseguinte, mantendo as discrepâncias e a instabilidade jurisprudencial geradora de danos e de proliferação de recursos e de insegurança jurídica. Na acurada observação de Luiz Henrique Volpe,

“Quando os tribunais se omitem e um relega ao outro o julgamento da questão, quem perde é o jurisdicionado, que deixa de receber do Estado-juiz a correta prestação jurisdicional pelo respectivo órgão que tem o dever de fazê-lo pela última vez, vale dizer, tanto do STJ, que deixa de decidir qual a correta aplicação da lei federal, quanto do STF, que também deixa de dizer qual a correta interpretação da Constituição Federal”³⁸⁵

É de se ressaltar, contudo, a regra da fungibilidade proporcionará ao jurisdicionado a certeza sobre a análise da matéria de fundo, pois em caso de alegação de incompetência é de rigor a remessa do recurso à outra corte de vértice. Como afirmado, todavia, a remessa em si não é sinônimo de coerência jurisprudencial, restando aberta, ainda a coexistência de entendimentos díspares sobre a mesma questão.

No mais, preocupação inarredável sobre a inovação do Código Processual refere-se ao direito intertemporal. Pesquisas jurisprudenciais³⁸⁶ apontam que o instituto inserido nos arts. 1.032 e 1.033 não vem sendo aplicado de imediato pelo Pretório Excelso, que tem se pautado não apenas pelos mesmos requisitos de cabimento e admissibilidade do Código de Processo Civil de 1973 no julgamento dos recursos interpostos sob a vigência daquele

³⁸⁵ Op. cit., p. 27.

³⁸⁶ À guisa de exemplo, veja-se o seguinte julgado: “AGRAVO INTERNO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. TRIBUTÁRIO. PIS/COFINS. ISENÇÃO. RECEITAS DECORRENTES DA VENDA MERCADORIAS PARA EMPRESA SITUADA NA ZONA FRANCA DE MANAUS. INTERPRETAÇÃO DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA REFLEXA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO INTERPOSTO SOB A VIGÊNCIA DO CPC/1973. ARTIGO 1.033 DO CPC/2015. INAPLICABILIDADE. AGRAVO INTERNO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. APLICAÇÃO DE NOVA SUCUMBÊNCIA. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.” (AgR ARE 957268, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 26/08/16).

diploma, mas também pelos mesmos entendimentos jurisprudenciais em sua análise – incluídos, é claro, os defensivos.

Ora, não se vislumbra justificativa plausível para a ausência de aplicação imediata dos preceitos insculpidos nos arts. 1.032 e 1.033 aos recursos extraordinário e especial pendentes de julgamento à época da entrada em vigor do Novo Código.

A inovação, como se viu, visa coibir jurisprudência defensiva, franqueando o acesso do cidadão aos tribunais superiores, não implicando qualquer tipo de surpresa ou prejuízo ao recorrente, muito pelo contrário. Inexistentes óbices como o direito adquirido à situação processual ou cerceamento de defesa, absolutamente questionável, pois, a posição do Supremo neste sentido³⁸⁷

³⁸⁷ Esta linha é também adotada pelo Enunciado nº 564 do Fórum Permanente de Processualistas: “*Os artigos 1.032 e 1.033 devem ser aplicados aos recursos interpostos antes da entrada em vigor do CPC de 2015 e ainda pendentes de julgamento.*”

CAPÍTULO V – CONSEQUÊNCIAS DA JURISPRUDÊNCIA DA OFENSA REFLEXA PARA A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DOS PRINCÍPIOS E GARANTIAS PROCESSUAIS

5. O INSTITUTO DA “OFENSA REFLEXA” E SUAS CONSEQUÊNCIAS PARA O RESGUARDO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PROCESSUAIS

Dentre as diversas hipóteses de emprego da tese jurisprudencial da ofensa reflexa, desponta a sua aplicação generalizada às alegações de violação aos princípios e garantias processuais positivados na Constituição.

Dada a abstração e generalidade características dos princípios – imprescindíveis para a plasticidade do texto constitucional e sua adaptabilidade às mais diversas situações concretas – o Supremo Tribunal Federal tem considerado que a ofensa contra eles, levantada pela via extraordinária, não há de ser analisada como violação direta à Constituição, declarando o recurso incabível. Segundo tem sustentado a Corte Suprema, para verificação da afirmada violação é imprescindível o exame prévio da norma infraconstitucional que, uma vez desrespeitada, levou à infração ao princípio constitucional, atraindo a incidência da jurisprudência da ofensa reflexa.

Entretanto, a eficácia e conteúdo normativo destes princípios são plenamente reconhecidos pela doutrina, porque veiculadores de verdadeiros direitos fundamentais, a tornar não apenas viável como necessária a intervenção do Supremo Tribunal Federal na definição de seus limites.

Contudo, o que se verifica do acervo jurisprudencial da Corte é o emprego desmedido da tese da ofensa indireta em casos envolvendo estes princípios, inclusive de forma arbitrária e desmotivada, acarretando o descrédito e esvaziamento das funções do Tribunal Supremo.

Não somente, a aplicação desta espécie de jurisprudência defensiva atinge a própria legitimação democrática do Supremo, ao relegar à desproteção valores caríssimos à nossa sociedade, positivados constitucionalmente, e – mais importante – autoaplicáveis por disposição expressa da própria Lei Fundamental.

De modo a compreender a gravidade do problema aqui apresentado, necessário traçar um panorama acerca do significado destes princípios e garantias para o ordenamento jurídico, inclusive aprofundando a discussão sobre sua eficácia e inclusão no catálogo de direitos fundamentais do ser humano.

5.1 A “CONSTITUCIONALIZAÇÃO” DO PROCESSO E AS GARANTIAS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS

5.1.1 ASCENSÃO DOS DIREITOS HUMANOS E O MOVIMENTO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO

O tema dos direitos humanos desponta no século XX, a partir de contradições entre a premissa trazida pela Revolução Francesa e sua Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, que pregava a igualdade e a universalização da ideia do homem como sujeito de direitos, e o surgimento de regimes totalitários, dos quais advieram algumas das mais notáveis e sistemáticas violações ao direito do homem, por vezes fundamentados legalmente.

Como cediço, o movimento positivista sucede o Iluminismo e suas ideias jusnaturalistas, pretendendo criar uma Ciência do Direito, nos moldes das Ciências Exatas e Biológicas, calcada no fetichismo legal e na compreensão do direito com objetividade científica. Direito passava a ser sinônimo de norma, emanada pelo ente estatal, imperativa e com força coativa, e era dever do aplicador assumir postura puramente cognoscitiva ao analisá-lo, baseando-se em juízos de fato, e não de direito.

A sucessão destes movimentos evidentemente repercutiu no modo pelo qual se concebia os princípios, objeto de nosso estudo. Como lembra Paulo Bonavides, se para o jusnaturalismo os princípios eram encarados como parte de dimensão abstrata e ético-valorativa, com baixa carga de eficácia prática, na fase positivista, eles possuíam caráter eminentemente privatístico: apesar de codificados, eram empregados apenas como “válvulas de escape”, com função meramente interpretativa e integrativa de lacunas legais³⁸⁸.

A ascensão e queda dos regimes fascistas e nazistas foram determinantes para a crise do positivismo jurídico. A hipervalorização da lei em detrimento dos valores e a firme concepção de que debates sobre a justiça se reduziriam ao momento de elaboração da norma,

³⁸⁸ *Curso de Direito Constitucional*, pp. 264-271.

notas características da corrente positivista, demonstraram ao mundo que governos autoritários eram capazes de legitimar barbáries de toda espécie, quando a normatividade sobre a qual fundamentam seja vazia de valores e conteúdo axiológico.

É neste contexto que o valor da dignidade humana surge como resposta, e a reconstrução dos direitos humanos se inicia, notadamente com a aprovação, em 1948, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que cristaliza a recuperação da consciência dos valor da pessoa e da existência de direitos que são inerentes à sua condição humana. A esse respeito, afirma Flávia Piovensan:

*“Intenta-se a reaproximação da ética e do direito, e, neste esforço, surge a força normativa dos princípios, especialmente do princípio da dignidade humana (...) Os seres racionais, ao revés, são chamados “pessoas” porque constituem um fim em si mesmo, têm um valor intrínseco absoluto, são insubstituíveis e únicos (...) As pessoas são dotadas de dignidade, na medida que têm um valor intrínseco”.*³⁸⁹

Neste ambiente de reaproximação entre Ética e Direito, surge o movimento pós-positivista, introdutor das reflexões sobre a necessária influência dos valores à normatividade, inclusive como elemento balizador das interpretações constitucionais.

No plano internacional, vislumbra-se a emergência do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

No plano interno, embalados pelo movimento pós-positivista, os Estados incorporam de forma crescente valores às suas Constituições, cujos textos passam a ser impregnados de forte carga axiológica, estruturadora e informadora de todo o ordenamento jurídico.

A dignidade humana se coloca como verdadeiro superprincípio normativo, calcado na universalização: todo ser humano é dotado de racionalidade e, como tal, faz jus à guarida de sua dignidade e, indiretamente, à dos direitos dela derivados, tidos por “fundamentais” porque componentes essenciais à estrutura básica de um Estado Democrático de Direito.

Mas a primazia dos direitos humanos como finalidade e ideário da nova concepção de Estado que nascia não deveria se limitar à sua mera proclamação. Nesta ordem de ideias, ganham destaque os debates acerca da positivação e eficácia jurídica dos direitos humanos,

³⁸⁹ *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, p. 29.

de forma a lhes conferir concretude e evitar que sejam novamente relegados ao plano puramente ideológico. Para tanto, ficou evidente a necessidade de que sejam expressamente reconhecidos como direito posto, plasmados em preceitos constitucionais, e que prevejam consequências jurídicas palpáveis e diretas para o caso de sua não-observância. Como leciona Canotilho,

*“Sem esta positivação jurídica, os ‘direitos do homem são esperanças, aspirações, ideias, impulsos, ou até, por vezes, mera retórica política’, mas não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional”*³⁹⁰.

O movimento de constitucionalização³⁹¹ proporciona, figuradamente, uma redoma de proteção, ao converter preceitos de carga intensamente axiológica e abstrata em verdadeiros direitos subjetivos, oponíveis não somente ao Estado³⁹², mas também às relações sociais travadas com os demais particulares (eficácia horizontal dos direitos fundamentais). Não por outra razão, devem ser considerados normas jurídicas vinculantes, que efetivamente junjam terceiros e protejam seus titulares dos desmandos do Estado, e não como meras declarações bem-intencionadas, sem significado prático e desprovidas de mecanismos para sua garantia e controle³⁹³.

Neste passo, alude Canotilho, com base em Alexy, à “fundamentalização” destes direitos, que recebem proteção especial tanto na seara material quanto na formal. Sob o aspecto material, seu teor serve de alicerce às estruturas mais básicas do Estado Democrático de Direito e da sociedade, daí decorrendo o princípio da não-tipicidade dos direitos fundamentais ou da cláusula aberta. No campo formal, a condição especial dos direitos fundamentais resulta em sua inserção dentre as normas da mais alta hierarquia jurídica, submetendo-se a procedimentos mais rígidos de revisão - quando não identificados como os próprios limites constitucionais de revisão, como se dá no direito constitucional brasileiro – e, é claro, servindo de parâmetro aos três Poderes no exercício de suas incumbências.

³⁹⁰ *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 377.

³⁹¹ Definido com maestria por Canotilho nos seguintes termos: “Designa-se por **constitucionalização** a incorporação de direitos subjectivos do homem em normas formalmente básicas, subtraindo-se o seu reconhecimento e garantia à disponibilidade do legislador ordinário” (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 378-grifos do original).

³⁹² Sobre a oposição das normas veiculadoras de direitos fundamentais do Estado, afirmam Gilmar Mendes e Paulo Gonet Branco que “[as normas de direitos fundamentais] *impõem-se a todos os poderes constituídos, até ao poder de reforma da Constituição*” (*Curso de Direito Constitucional*, p. 147).

³⁹³ *Idem*, p. 378.

A influência destes movimentos fez-se presente também no campo processual. Ao passo em que as teses defensoras da eficácia imediata dos direitos fundamentais ganhavam corpo, o processo civil foi impelido a repensar seus rumos e objetivos, não se afigurando mais cabível que se mantivesse como um fim em si mesmo. Acompanhando a constitucionalização dos ramos do direito, o Direito Processual Civil se viu também obrigado a proceder a uma releitura de seus institutos, à luz dos direitos fundamentais, com o compromisso de também concretizá-los.

Como produto das correlações entre o Direito Constitucional e o Direito Processual, a doutrina tem observado a existência de conteúdos de cunho Processual- Constitucional, que compreende o estudo do processo constitucional³⁹⁴ e de questões a ele conexas, como a definição da natureza e competência das cortes superiores, e também de temas de natureza Constitucional-Processual³⁹⁵, que, em última análise, cuida da investigação dos direitos substanciais processuais positivados pela Carta, que mais nos interessa pelo debate ora proposto.

Com efeito, a Constituição Federal é permeada de inúmeros preceitos enfeixados na assim chamada tutela constitucional do processo³⁹⁶, que visa garantir posições jurídicas mínimas aos sujeitos processuais além, é claro, de conformar o processo à ordem político-constitucional estabelecida.

É neste contexto que surge a discussão sobre os instrumentos legais e arranjos necessários à implementação destes valores, inclusive na seara processual, abrindo caminho ao extenso debate sobre a distinção entre princípios e regras, que veremos a seguir.

5.1.2 PRINCÍPIOS, REGRAS E GARANTIAS COMO NORMAS VEICULADORAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: DISTINÇÃO E EFICÁCIA

³⁹⁴ Entendido, em sentido amplo, como registra Ivo Dantas, como o estudo dos remédios garantidos constitucionalmente ao cidadão, como o mandado de segurança e o *habeas corpus*, e em sentido estrito como o processo de controle de constitucionalidade em si, abrangendo o difuso e o abstrato. (*Teoria do Processo Constitucional – uma breve visão pessoal*, pp. 106 e ss.).

³⁹⁵ Cassio Scarpinella Bueno descreve didaticamente o modelo constitucional do processo civil brasileiro em quatro vertentes principais: (i) princípios constitucionais do direitos processual civil; (ii) organização judiciária; (iii) funções essenciais à Justiça e (iv) procedimentos jurisdicionais constitucionalmente identificados. (*O modelo constitucional do direito processual civil*, p. 1.212).

³⁹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, p. 194.

Com certa frequência se alude aos direitos fundamentais tão-somente como “princípios”, dada sua carga axiológica e abrangente. Contudo, a dogmática demonstrou que a nota diferenciadora que permite aferir se se está ou não diante de uma norma de direito fundamental não é tão simples de ser identificada, levando à reflexão acerca da forma pela qual estas normas são estabelecidas pelo texto constitucional³⁹⁷ e, por consequência à perquirição acerca de sua eficácia jurídica e prática.

A confusão é compreensível, na medida em que, tradicionalmente, princípios são descritos alternadamente como mandamentos nucleares, premissas científicas, pilares fundamentais do sistema, ponto inicial do qual derivam as regras jurídicas, que lhes conferem concretude. Tal concepção fundamenta-se na significação original da palavra, derivada do latim, conforme nos ensina Bentham:

*“The word principle is derived from the Latin **principium**, which seems to be compounded of the two words **primus**, first, or chief, and **cipium**, a termination which seems to be derived from **capio**, to take, as in **mancipium**, **municipium** (...). It is a term of very vague and very extensive signification: it is applied to anything which is conceived to serve as a foundation or beginning of any series of operations.”* (grifos do original)
³⁹⁸

Diante da natureza generalizante dos princípios e de seu caráter fundante e axiológico, parece natural associá-los aos direitos fundamentais: os princípios traduziriam, de forma abrangente, os valores contidos nestes direitos essenciais à condição humana.

No entanto, como frisam Teresa Wambier e Bruno Dantas, os direitos fundamentais e os princípios são, na realidade, categorias distintas, porém não estanques: é possível falar em uma área de intersecção, que abrange fenômenos a um só tempo pertencentes às bases principiológicas estruturantes do sistema, e nitidamente veiculadores de um direito fundamental³⁹⁹. Assim é que, embora sob a denominação de “princípios”, os princípios federativo e da divisão de poderes, estruturadores da formação do Estado, não podem ser considerados direitos colhidos do âmago da condição humana, ao passo que os direitos à igualdade e à liberdade, são traduzidos em princípios fundamentais. Trata-se de distinção

³⁹⁷ Sem se descuidar, é claro das chamadas normas de direito fundamental atribuídas, cuja identificação depende da argumentação relativa aos direitos fundamentais que a sustente. Para maior aprofundamento, v. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*.

³⁹⁸ Op. cit., pp. 11-12.

³⁹⁹ *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores no Direito Brasileiro*, pp. 105-106.

essencial, que nem sempre é feita com muita clareza pela doutrina, gerando dúvidas de interpretação.

Nesta toada, alude a doutrina pós-positivista à estruturação das normas veiculadoras de direitos fundamentais em duas categorias: as regras e os princípios, cuja diferenciação foi realizada pelos mais diversos critérios ao longo do tempo.

Na doutrina brasileira são usualmente difundidas as correntes que propugnam que a distinção entre regras e princípios reside em diferenças de grau, seja de generalidade, abstração ou fundamentalidade⁴⁰⁰.

A discussão, porém, ganha corpo e profundidade na doutrina estrangeira com as obras de Dworkin e Alexy, que se pautam pela diferenciação qualitativa entre as duas categorias, calcada na análise lógica.

Partindo de uma crítica ao positivismo jurídico, Dworkin defende que princípios e regras distinguem-se quanto à sua natureza lógica. As regras são aplicáveis “à maneira do tudo-ou-nada”, ou seja, uma vez ocorrida sua hipótese de incidência, ou ela é válida e a consequência jurídica nela prevista é mecanicamente aplicada, ou ela é inválida, e em nada contribui para a decisão⁴⁰¹. Em um conflito de regras, uma deverá ceder, observados os critérios referenciados pelo sistema (hierarquia da autoridade da qual emana, por exemplo) porque não há fundamento lógico para a aplicação de duas regras que se contradizem ao mesmo tempo⁴⁰². Não há espaço para escolha, portanto, mas apenas identificação da regra válida para o caso.

No caso dos princípios, contudo, não se pode falar em consequências jurídicas imediatamente aplicáveis. Os princípios podem ser aplicados em maior ou menor medida ao caso concreto, dadas as condições previstas, o que não significa que são inválidos. Na verdade, os princípios possuem uma dimensão de peso e importância que as regras não possuem, derivando daí que, em caso de conflitos entre princípios, é tarefa do aplicador do

⁴⁰⁰ Neste sentido, SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*, p. 609. Para um apanhado das principais correntes doutrinárias brasileiras sobre o tema, v. BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*, pp. 40-43. Sobre os critérios eleitos pela doutrina estrangeira, em especial nas obras de Esser e Larenz, v. CANOTILHO, J.J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, pp. 1.160-1.161.

⁴⁰¹ *Levando os direitos a sério*, p. 39.

⁴⁰² *Idem*, p. 43.

direito sopesar qual deles é mais importante na hipótese concreta, definindo a medida de implicação de cada um, sem no entanto excluir sua validade⁴⁰³.

Em sentido similar ao defendido por Dworkin, Alexy vaticina que as regras contêm determinações fáticas e jurídicas sobre aquilo que é possível. Assim sendo, uma regra é satisfeita ou não: se é válida, deve ser realizado exatamente aquilo que ela exige, nem mais, nem menos⁴⁰⁴.

Os princípios se distinguem das normas, na visão do autor, porque nada mais são que mandamentos de otimização, o que significa que devem ser realizados na maior medida possível, sendo que o grau de sua realização depende não somente das possibilidades fáticas, mas também das jurídicas⁴⁰⁵. Possuem caráter *prima facie*, o que significa que, da relevância de um princípio em um dado caso não decorre que o resultado será exatamente aquele que o princípio exige para a hipótese⁴⁰⁶.

Alexy trata também das colisões de princípios, cuja resolução envolve o sucumbimento de um deles perante o outro, sendo resolvidas pela precedência de um valor, de menor peso, com relação ao outro, de maior peso e relevância⁴⁰⁷, ou é feita pelo método denominado pelo autor como “lei da colisão”. Por via desta lei, determina-se qual dos princípios envolvidos, que abstratamente ostentam o mesmo nível de importância (ou seja, que se encontrem em pé de igualdade, não sendo possível apontar de pronto a precedência de um sobre o outro), possui maior peso e relevância no caso concreto, formando uma espécie de precedência condicionada.

Neste sentido, a máxima da proporcionalidade, que engloba a adequação, necessidade e a proporcionalidade *strictu sensu*, figura como instrumento fundamental para verificar se uma dada medida fomenta de forma satisfatória o princípio a que é subjacente, e se é possível substituí-la de forma a fomentar seu objetivo de forma menos gravosa ao princípio colidente envolvido. A análise dos meios usados para atingir os objetivos passam,

⁴⁰³ Idem, pp. 40-42.

⁴⁰⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 91.

⁴⁰⁵ Idem, p. 90

⁴⁰⁶ Idem, pp. 103-104

⁴⁰⁷ Idem, pp. 93-94.

assim, pelas três etapas essenciais acima descritas, de modo a verificar qual princípio deve prevalecer.

As normas consagradoras de direitos fundamentais, pois, passam a traduzir, na visão dos pós-positivistas, posição jurídica individual, determinada constitucionalmente e de aplicabilidade imediata, independentemente da estrutura jurídica sob a qual se revelam (regra ou princípio). Passíveis, portanto, de exequibilidade imediata⁴⁰⁸, ao modo das normas constitucionais do tipo *self-executing*⁴⁰⁹, independentemente da mediação de outra norma ou ato do Poder Público que a concretize⁴¹⁰, superadas as extensas discussões sobre a diferenciação entre regras e princípios.

Pari passu à positivação dos direitos fundamentais, emerge a necessidade de instrumentos que assegurem sua efetividade e exigibilidade, impedindo a completa submissão à discricionariedade do Poder Público.

Deste modo, aos direitos individuais positivados constitucionalmente, correspondem as chamadas garantias constitucionais, também positivadas na Lei Fundamental. Trata-se de preceitos sancionadores⁴¹¹, por meio dos quais os direitos são protegidos e reclamados em caso de descumprimento, e que interferem diretamente na eficácia dos atos violadores. As garantias, assim, reforçam a implementação dos direitos fundamentais como normas de direito posto, subsidiadoras de pretensões judicializáveis.

José Afonso da Silva divide as garantias em dois grandes grupos, distinção que, por sua didática, será brevemente resumida.

Sob o conjunto das garantias ditas gerais albergam-se as condições econômicas, sociais, políticas e culturais conformadoras de uma sociedade democrática, imprescindíveis para que os direitos fundamentais floresçam e se realizem de maneira eficaz.

⁴⁰⁸ Ainda que, à evidência, a aplicação de normas de direito fundamental dependa de exercício de argumentação mais amplo, dado seu caráter *prima facie*.

⁴⁰⁹ Termo derivado da doutrina norte-americana do início do século XX sobre as classificações das normas constitucionais, introduzida entre nós por Ruy Barbosa (cf. BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*, p. 40).

⁴¹⁰ CANOTILHO, J.J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 401.

⁴¹¹ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil moderno*. Vol. I, p. 200.

As garantias constitucionais, a seu termo, seriam as instituições e procedimentos previstos pela Carta que tutelam a observância dos direitos fundamentais e, em caso de descumprimento, viabilizam os meios para sua restauração. Este grupo se divide em outras duas categorias essenciais. De um lado, as garantias constitucionais gerais atingem estes objetivos por meio do estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos entre os Poderes, visando coibir possíveis arbitrariedades; de outro lado, as garantias constitucionais especiais conferem ao titular do direito fundamental substancial uma gama variada de procedimentos e técnicas voltados à imposição do respeito à sua posição jurídica. Estas últimas representariam a acepção de garantias a que até aqui nos referimos, como normas instrumentais, impositivas da observância dos direitos substanciais previstos constitucionalmente, porém não menos fundamentais⁴¹².

A rigor, as garantias constitucionais são também direitos fundamentais. Embora possuam natureza instrumental e função assecuratória da eficácia de direitos subjetivos, viabilizam o exercício, por seu titular, de posição jurídica dirigida à invocação da garantia em seu favor.

Dito de outro modo, se por um lado as garantias constitucionais servem de mecanismo para afiançar a exigibilidade de outros direitos fundamentais, ostentando, em última análise, caráter instrumental e subsidiário, por outro lado se constituem como direitos fundamentais independentes, posições subjetivas e autoaplicáveis por força da própria Lei Fundamental que as positivou. São, pois, a um só tempo direitos conexos, colocados a serviço dos direitos substanciais por elas protegidos, e direitos fundamentais, consistentes em permissões concedidas pelo texto constitucional ao jurisdicionado para perseguir seus direitos em juízo⁴¹³.

5.1.3 PRINCÍPIOS-GARANTIA PROCESSUAIS: POSITIVAÇÃO E EFICÁCIA NO DIREITO BRASILEIRO

Conforme já aludido anteriormente, o advento da Constituição Brasileira de 1988 subverteu uma série de paradigmas. A ideia da Assembleia Constituinte de explicitar a quebra da nova ordem constitucional com as instituições ditatoriais até então vigentes

⁴¹² *Curso de Direito Constitucional positivo*, pp. 188-189.

⁴¹³ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional positivo*, p. 189.

resultou em um texto constitucional analítico e aberto, em que os direitos fundamentais – de primeira, segunda e terceira geração -, agora minuciosamente positivados, assumem posição destacada, anterior mesmo a normas estruturadoras do Estado, além de serem alçados a cláusulas pétreas, portanto imunes às revisões ordinárias do texto constitucional⁴¹⁴.

Nesta conjuntura, notável a posição de destaque que os direitos fundamentais de natureza processual assumem na Constituição, para a concretização do princípio da dignidade humana, dos direitos fundamentais e do Estado Democrático de Direito, ganhando inequívoco relevo o garantismo⁴¹⁵.

Com efeito, como afirma Leonardo Greco, a promessa da eficácia imediata dos direitos humanos “*somente se concretiza se o Estado puser à disposição dos cidadãos a garantia da tutela jurisdicional efetiva ou do amplo acesso à Justiça*”⁴¹⁶, afirmação que explicita a dimensão também prestacional destas garantias, na medida em que impõem ao Estado o dever oferecer aos particulares procedimentos organizacionais e órgãos estatais incumbidos de fazer prevalecer os direitos fundamentais positivados na Constituição e aperfeiçoar a sua tutela⁴¹⁷.

Trata-se, na realidade, de influências recíprocas e imbricadas. Por um lado, não se descarta - ainda que se trate de afirmação passível de críticas⁴¹⁸ - que os direitos fundamentais processuais irradiam do superprincípio da dignidade humana: o homem possui um fim em si

⁴¹⁴ Como lembram Bruno Dantas e Teresa Wambier, “*O texto da Constituição de 1988 acabou por se converter em fiel espelho da nossa realidade, dos nossos anseios, das regras que fazemos questão que sejam cumpridas, dos princípios que sentimos como sendo fundamentais para viabilizar nossa vida em sociedade. Foi transformada em documento que consignou certa dose de equilíbrio como resultado da luta política entre interesses diferentes, mas todos legítimos, porque da sociedade*”. (Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores no Direito Brasileiro, p.113).

⁴¹⁵ A propósito do conceito de “garantismo”, leciona Ricardo de Barros Leonel: “*O garantismo é uma expressão cuja acepção sinaliza para uma corrente de pensamento político, filosófico, sociológico e jurídico. Pretende reconhecer a inserção do indivíduo numa posição que lhe assegure a possibilidade de participação legítima e democrática, diante da possibilidade de aplicação de atos do Poder, em relação a ele, no âmbito do processo, seja ente estatal ou não, judicial, administrativo, civil ou criminal.*” (Garantismo e direito processual constitucional, p. 123).

⁴¹⁶ *Publicismo e Privatismo no Processo Civil*, p. 1.237.

⁴¹⁷ Neste sentido, se posicionam Ingo Wolfgang (CANOTILHO, J.J. Gomes et. al. *Comentários à Constituição do Brasil*, p. 187) e Canotilho (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 501).

⁴¹⁸ Para Ingo Wolfgang, por exemplo, não é possível falar em um subsistema fechado e separado de direitos fundamentais porque, dentre outras razões, não se pode afirmar que todos os direitos fundamentais são radicados diretamente na ideia da dignidade humana (*A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 72).

mesmo, o que impede que seja convertido em objeto de processo, voltado a finalidades outras, devendo ser protegido das ingerências do Estado⁴¹⁹.

De outro lado, as garantias e direitos fundamentais processuais servem de instrumento essencial à concretização dos demais direitos fundamentais, na medida em que oferecem mecanismos para reclamar sua observância, inserindo-se dentre as garantias constitucionais especiais a que se fez menção anteriormente.

Absorvendo estas circunstâncias e imbuído da intenção de alçar ao mais alto patamar os valores caros a esta nova sociedade, e ao mesmo tempo de assegurar seu estrito cumprimento e observância pelo Poder Público, o legislador constitucional de 1988 elaborou vasta gama de garantias processuais, veiculadas em normas do tipo princípio lastreadas em um superprincípio, também positivado constitucionalmente: o devido processo legal⁴²⁰.

O princípio do devido processo legal assenta raízes históricas no *due process of law* anglo-saxônico, base para todo o sistema liberal de limitações aos poderes estatais, e que se coloca em dimensão muito mais ampla que os fenômenos processuais, chegando mesmo a compor o sistema de freios e contrapesos, inerente à tripartição do Poder Público. Nasce, assim, como direito de defesa do particular em relação ao Estado, portanto nitidamente albergado pelos direitos fundamentais de primeira geração, que em síntese estipula a observância do devido processo em direito na aplicação de sanções restritivas aos direitos dos particulares.

Cabe registrar, a fim de evitar possíveis dúvidas sobre o uso do termo, que entre nós a cláusula do devido processo legal ganha força apenas no que tange a esta faceta tradicional, consistente na prerrogativa concedida ao particular de exigir, perante o Estado, que não seja privado de seus bens e direitos senão por meio do processo constitucional e legalmente previsto para tanto. Não repercute fortemente em nosso sistema o assim chamado devido

⁴¹⁹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*, p. 398-399.

⁴²⁰ Impende lembrar que as garantias derivadas do devido processo legal são há muito reconhecidas no plano internacional. A Convenção Interamericana de Direitos Humanos, ou Pacto de San José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário, elenca expressamente em seu art. 8º as “Garantias Judiciais” como direitos humanos, assegurando o contraditório, ampla defesa, imparcialidade do juízo, duração razoável do processo, dentre outros direitos. Não se pode olvidar, a propósito, que o Brasil já foi condenado pela Corte Interamericana por violação ao devido processo legal, cabendo lembrar o caso *Escher e outros vs. Brasil*, relativo a interceptações telefônicas ilegais.

processo legal substantivo, identificado em geral pelos tribunais brasileiros com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade⁴²¹.

Reafirmando a relação geracional entre este superprincípio e os demais princípios processuais, Ada Pellegrini Grinover o emprega como critério diferenciador entre duas classes de princípios: os *princípios constitucionais do processo* seriam aqueles que garantem o devido processo legal, dentre eles o do juiz natural, do contraditório e da ampla defesa, da motivação, da publicidade e da duração razoável do processo. Enquanto que os *princípios instrumentais do processo* são para a jurista aqueles que atingem o modo de ser do processo, variando de acordo com o sistema adotado, figurando dentre eles o da oralidade, o dispositivo, o do duplo grau de jurisdição e o do impulso oficial⁴²².

É, pois, do devido processo legal que defluem as principais garantias processuais insertas no texto constitucional, atinentes à plena observação do procedimento regular, previsto no ordenamento jurídico⁴²³, o que não implica dizer que sua significação esmorece na fundamentação dos demais princípios-garantia. Possui o devido processo legal, irrefutavelmente, conteúdo próprio, que se espraia para os mais diversos ramos do direito.⁴²⁴

Neste ponto da pesquisa, e dada a relevância dos princípios-garantia para a concretização não apenas dos direitos fundamentais materiais, mas da própria democracia, cabível o questionamento acerca da eficácia jurídica destes princípios.

Isso porque o objeto deste estudo, a tese da ofensa reflexa, parece pressupor que eles dependam de intermediação legislativa para serem aplicados: quase que invariavelmente o questionamento sobre sua violação é relegado o campo infraconstitucional, como se sua

⁴²¹ Grosso modo, o devido processo legal substancial pretende justificar a ideia de um processo não apenas legal, mas justo e adequado, orientado pelo valor da justiça. A teoria substantiva, outrossim, vincula também a atividade legiferante à obediência de critérios que atendam ao senso de justiça e aos preceitos empregados pelo Judiciário na aplicação das cláusulas aos processos judiciais, por entender que o devido processo começa já pela elaboração e criação da norma por um processo justo (CRETILLA NETO, José. *Fundamentos principiológicos do processo civil*, p. 43; CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* p. 494; ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Princípios constitucionais e atividade jurídico-administrativa: anotações em torno de questões contemporâneas*, p. 270).

⁴²² *Ensaio sobre a processualidade*, p. 99.

⁴²³ Para um panorama sobre os direitos fundamentais processuais em espécie, v. TORRES, Artur Luis Pereira. *Constituição, Processo e Contemporaneidade: o modelo constitucional do processo brasileiro*.

⁴²⁴ Neste sentido, Ana Paula de Barcellos e Luís Roberto Barroso elencam diversos julgados, de diferentes áreas jurídicas, nos quais o princípio foi invocado como razão de decidir (*A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios*, p. 130).

enunciação no texto constitucional desempenhasse papel puramente orientador e irradiador de valores, internalizando a concepção tradicional sobre o conceito de princípio. Em consequência, as garantias, por sua estrutura aberta e caráter principiológico, não seriam passíveis de funcionar como parâmetro de exame de constitucionalidade, porque sua essência somente viria à tona por meio de normas intermediadoras.

Significativo, como ponto de partida para estas reflexões, o dispositivo do §1º do art. 5º da Constituição Federal⁴²⁵, que dispõe expressamente sobre a eficácia imediata dos direitos fundamentais, materialmente e formalmente considerados, ainda que não haja consenso firmado na doutrina acerca de seu específico alcance.

A problemática da eficácia das normas constitucionais, dentre elas as veiculadoras de direitos fundamentais, tem sido alvo de preocupação da ciência do direito já desde a época de Ruy Barbosa, que se dedicava ao estudo das normas autoexecutáveis e não autoexecutáveis, com base na doutrina americana⁴²⁶.

A discussão, desde então, tornou-se cada vez mais profícua, alcançando seu ápice com a promulgação de nossa atual Constituição que, como visto, reservou papel de relevo às normas de direitos fundamentais. Entretanto, tendo em vista o limitado assunto desta dissertação, nos limitaremos a trazer recortes sobre o tema, correlacionados ao alvo desta pesquisa, sem adentrar as diversas classificações e posicionamentos doutrinários sobre a eficácia dos direitos fundamentais em geral.

Criticando a antiga doutrina francesa que impunha a *réglémentation de la liberté*, à época da elaboração das grandes declarações de direitos humanos⁴²⁷, Canotilho salienta que a imposição da necessidade de intervenção legislativa para conferir operatividade aos direitos fundamentais coloca a eficácia destes direitos em risco: bastaria a inércia do legislador para que se tornem vazios de sentido e conteúdo.

⁴²⁵ “Art. 5º

(...)”

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

⁴²⁶ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 250.

⁴²⁷ Portanto no contexto da primeira fase de desenvolvimento dos direitos humanos, à qual se aludiu anteriormente.

Referindo-se à Constituição Portuguesa de 1976, que possui, em seu artigo 18º, 1⁴²⁸, disposição similar ao §1º do artigo 5º de nossa Constituição, o autor fala na aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, não somente no que se refere à sua independência em relação a qualquer legislação intermediadora, mas também quanto à sua precedência perante a lei, que deve se submeter aos seus ditames sob pena de ser considerada inconstitucional⁴²⁹.

Na doutrina brasileira, Ingo Sarlet advoga pela aplicação plenamente imediata dos direitos designados como “de defesa”, dentre os quais se incluem as garantias processuais, independentemente de mediação legislativa. Segundo o autor, a própria natureza destes direitos, que em geral impõem dever de omissão ao Poder Público, repudiando sua ingerência, e a suficiente normatização pelo constituinte bastariam para sua aplicabilidade direta⁴³⁰. Adverte, contudo, que o entendimento não encontrou plena acolhida no ordenamento pátrio, de modo especial na jurisprudência de nossa mais alta Corte, que reiteradamente se posiciona pela necessidade de concretização destes valores por textos legais⁴³¹.

É real e fundada a preocupação do autor. No que tange especificamente ao objeto deste estudo, as garantias constitucionais, flagrante a postura do Supremo Tribunal Federal de se escusar a dar concretude direta a estes direitos/garantias, esvaziando-os de conteúdo.

Não se olvida, é claro, da generalidade característica da fórmula redacional dos princípios e de sua textura aberta, a proporcionar a oxigenação do sistema e sua aplicabilidade a uma gama variada de situações jurídicas, o que os torna resistentes às mudanças jurídico-sociais. Canotilho, neste ponto, defende a inclusão das garantias dentro da tipologia dos princípios, denominando-os “*princípios-garantia*”, aos quais é “*atribuída uma densidade de autêntica norma jurídica e uma força determinante, positiva e negativa*”⁴³².

⁴²⁸ “Art. 18º

(...)

1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.”

⁴²⁹ *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, pp. 1.178-1.179.

⁴³⁰ *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 283.

⁴³¹ *Idem*, pp. 285-286.

⁴³² *Idem*, p. 1.167.

Contudo, os direitos fundamentais – de um modo geral – e as garantias processuais fundamentais – especificamente – possuem um núcleo essencial de significação. Este núcleo duro, representativo do valor primordial contido na norma de direito fundamental, não somente serve de parâmetro à normatividade dele decorrente, como simboliza os limites imanentes às eventuais restrições que o direito pode sofrer⁴³³, seja por meio da elaboração legislativa, seja por atos administrativos ou judiciais. Possui, assim, especial sentido quando se fala de direitos fundamentais veiculados em formas principiológicas, porque serve de limite referencial ao balizamento na resolução de casos de colisão de princípios.

Conforme leciona Ana Paula Barcellos, cuida-se de “(...) *um núcleo básico determinado, semelhante, neste particular, às regras.*”⁴³⁴. A partir deste núcleo determinado e intangível, explica a autora, os efeitos vão se tornando indefinidos, seja porque variáveis em função das concepções políticas, sociais, ideológicas, etc., seja porque é impossível prever todas as situações às quais o princípio poderá se aplicar. Neste espaço, pois, é que se desenvolverá a discussão sobre as distinções entre regras e princípios, já abordada anteriormente, e é a partir deste núcleo que se alicerçam a eficácia jurídica interpretativa e negativa dos princípios, bem como a vedação ao retrocesso⁴³⁵.

Vale ressaltar, neste ponto, que a aplicabilidade imediata das garantias não se confunde com sua exequibilidade imediata. Consoante elucida Vieira de Andrade, a generalidade dos direitos fundamentais concernentes às liberdades e garantias depende de regulação e detalhamento pela norma infraconstitucional, a fim de lhes conferir exequibilidade. Entretanto, tendo em conta que o conteúdo mínimo do direito é passível de definição pela interpretação constitucional e que se está a falar de direitos essenciais e assegurados pelo Estado, ainda que a lei intermediadora não existisse,

⁴³³ Neste sentido, Jorge Miranda (*Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV, p. 310)

⁴³⁴ *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*, p. 53.

⁴³⁵ Segundo Ana Paula Barcellos, é a partir deste núcleo de significação que se desenvolvem estas três categorias de eficácia jurídica. Assim sendo, servirá este núcleo de parâmetro (i) à declaração de invalidade de normas que contrariem o valor nele inserido (eficácia negativa), (ii) à interpretação das demais normas postas no ordenamento jurídico, sejam princípios, sejam regras, de modo que o direito por ele preconizado seja realizado da maneira mais ampla possível (eficácia interpretativa), bem como (iii) à garantia de que o direito essencial nele contido seja preservado de outra maneira, mesmo que a norma que o especifique seja declarada inconstitucional ou extirpada, por outro modo, do mundo jurídico (vedação ao retrocesso). Daí a extrema importância da definição do conteúdo deste núcleo mínimo (*A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*, pp. 53-83).

“(...) o juiz poderia declarar a existência, o conteúdo e os limites do direito individual, sendo pensável até a condenação concreta do Estado à prática do acto omitido indispensável à plena realização desse direito ou ao pagamento de indemnização eventualmente devida pelos danos causados pela omissão ilegítima e culposa”⁴³⁶

É este núcleo de significação, pois, que deve ser extraído e preservado pelo julgador, ao qual é incumbida a tarefa de proteger de maneira eficaz os direitos fundamentais e, de maneira específica, aqueles relativos à tutela jurisdicional efetiva⁴³⁷, dever que toma proporção ainda maior quando se fala da mais alta corte do país, detentora do monopólio do controle de constitucionalidade e último recurso de que pode se valer o jurisdicionado para ver concretizados seus direitos fundamentais.

De outro lado, há que se considerar que, apesar de porosas, porque enunciadas por meio de princípios, as garantias constitucionais fazem parte do bloco de constitucionalidade. Partindo-se da premissa de que a Constituição brasileira é rígida por definição, e de que as garantias integram o texto constitucional, devem por consequência lógica servir de parâmetro ao Pretório Excelso no controle da compatibilidade de atos em relação à Lei Fundamental, no que concerne ao núcleo de significação básico passível de extração.

Consoante aludido supra, no exercício de suas atribuições de Suprema Corte, cabe ao Supremo Tribunal Federal proteger o texto constitucional de violações alegadas concretamente, qualquer que seja a categoria da norma atacada.

De outro lado, como se viu, as funções uniformizadora e paradigmática atribuída ao recurso extraordinário implicam a ideia de que a fixação da tese jurídica extraída pelo Supremo do caso concreto apresentado sirva de preceito orientador aos tribunais inferiores, que por ela devem se guiar no julgamento de causas similares.

Inexiste, portanto, justificativa plausível para o posicionamento da Corte Suprema. Cabe-lhe, por determinação da Carta, perquirir sobre este núcleo fundamental e determiná-

⁴³⁶ *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, pp. 198-199.

⁴³⁷ Nesta linha, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira chega mesmo a afirmar que “*O cumprimento deste mandato constitucional de proteger o direito fundamental à tutela judicial efetiva, a que têm direito todas as pessoas, há de ser para os juízes e tribunais norte de sua atividade jurisdicional*” (*O Processo Civil na perspectiva dos direitos fundamentais*, p. 1.035).

lo em seus pronunciamentos, de modo a proteger a faceta constitucional destes princípios, servindo seu entendimento de referência às demais instâncias⁴³⁸.

Mas a relevância destas disposições não se limita apenas a esta faceta. Com efeito, a Constituição Federal alçou os direitos e garantias fundamentais à qualidade de cláusulas pétreas, limitativas da revisão constitucional, conforme prescrito no art. 60, §4º, IV, da Lei Maior, reforçando sua importância. Afigura-se, assim, um total contrassenso – e porque não dizer, um retrocesso – o esvaziamento destas garantias decorrente da não aceitação da aplicabilidade imediata e da existência do núcleo mínimo de significação destes direitos pelo Supremo Tribunal Federal.

5.2 A “OFENSA REFLEXA” E OS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS: JURISPRUDÊNCIA E Esvaziamento de Funções do Supremo

Embora seja dominante a posição doutrinária que propugna pela imperatividade da observância dos princípios-garantia, dado seu *status* constitucional e teor fundamental, é certo que sua aplicação direta pelos órgãos julgadores é realizada de forma praticamente insignificante.

É expressiva a gama de julgados que propugnam pela existência de ofensa reflexa em toda e qualquer alegação de violação a preceitos garantísticos constitucionais. A tese adotada à exaustão pelo Supremo Tribunal Federal sugere duas premissas preocupantes, ainda que não aventadas categoricamente no conteúdo de seus pronunciamentos: as garantias constitucionais não são reconhecidas como direitos fundamentais de eficácia imediata, dependendo de intervenção legislativa e, indiretamente, as garantias constitucionais do processo não possuem relevância sob o ponto de vista constitucional, a despeito de sua previsão expressa no texto fundamental.

⁴³⁸ Neste sentido, Canotilho é categórico ao afirmar que “*O problema dos direitos fundamentais como parâmetros ou norma de referência (...) não oferece grandes dificuldades numa constituição, como a portuguesa, consagradora de um amplo catálogo de direitos (...) Todos eles são, sem qualquer dúvida, normas de referência obrigatórias em qualquer controle da constitucionalidade dos atos normativos.*” (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição* p. 921).

De proêmio, verifica-se da análise das decisões do Supremo que as alegações de ofensa às garantias processuais são hipóteses já de plano acoimadas de reflexamente violadoras do texto constitucional⁴³⁹.

Não procede o Tribunal ao exame das particularidades do caso, nem tampouco do contexto em que se aduz as infringências às garantias processuais. Há, por assim dizer, uma pressuposição genérica, uma espécie de presunção de que ofensas a estes princípios processuais são apenas indiretamente violadoras do texto constitucional, e que sua alegação em sede de recurso extraordinário significa, em última análise, a pretensão à transformação do Supremo Tribunal Federal em terceira instância e a banalização de suas altas funções⁴⁴⁰.

A regra é, assim, a inadmissão automática de recursos que versem sobre garantias constitucionais, visão que ganhou ainda mais força com o julgamento do ARE nº 748.371/MT, pelo regime da repercussão geral. O precedente é um elemento chave para a compreensão do assunto aqui abordado, porque é a partir dele que ganha corpo e autoridade a jurisprudência defensiva aqui tratada⁴⁴¹, justificando-se uma análise mais detida de seu conteúdo.

Tratava o recurso em questão do desrespeito às garantias constitucionais previstas no inciso LV do art. 5º da Constituição Federal pela decisão impugnada, pois o autor, ora recorrente, não teria sido intimado sobre o pedido de purgação de mora formulado pela

⁴³⁹ É o que se depreende, por exemplo, do julgado cuja ementa se transcreve a seguir: “**EMENTA DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. SETOR SUCROALCOOLEIRO. INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS. LIQUIDAÇÃO DA SENTENÇA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DO CPC/1973. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 5º, LIV E LV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. DEVIDO PROCESSO LEGAL. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. EVENTUAL VIOLAÇÃO REFLEXA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA NÃO VIABILIZA O MANEJO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AGRAVO MANEJADO SOB A VIGÊNCIA DO CPC/2015. 1. Obstada a análise da suposta afronta aos incisos LIV e LV do art. 5º da Carta Magna, porquanto dependeria de prévia análise da legislação infraconstitucional aplicada à espécie, procedimento que refoge à competência jurisdicional extraordinária desta Corte Suprema, a teor do art. 102 da Magna Carta. 2. As razões do agravo regimental não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada, mormente no que se refere à ausência de ofensa a preceito da Constituição da República. (...) Agravo regimental conhecido e não provido, com aplicação da penalidade prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015, calculada à razão de 1% (um por cento) sobre o valor atualizado da causa. (ARE 982390 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 11/11/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-250 DIVULG 23-11-2016 PUBLIC 24-11-2016 - grifado).**

⁴⁴⁰ Neste sentido, aponta Fábio Perianro Hirsch (*Recurso Extraordinário e ofensa reflexa à Constituição*, p. 165).

⁴⁴¹ Simples pesquisa jurisprudencial realizada no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, em 28/11/16, às 23h34, apontou mais de 770 julgados mencionando o referido precedente, para excluir da apreciação pela Corte casos em que houve alegação às garantias processuais.

recorrida, ré na ação principal, que versava sobre busca e apreensão de bem adquirido por alienação fiduciária.

Na fundamentação de seu voto, o Relator Ministro Gilmar Mendes aponta que, de fato, a ampla defesa possui “*densidade constitucional*”, e que é admissível “*em situações excepcionais de manifesto esvaziamento do princípio, o acesso à jurisdição desta Suprema Corte, por meio de recurso extraordinário*”.

Embora mencione a posição do Tribunal Constitucional Alemão sobre os conceitos gerais indeterminados (*Generalklausel*), cuja significação deve ser buscada pelos tribunais nos pilares constitucionais, o Ministro aduz que tal posicionamento trazia o risco da conversão do Tribunal em instância ordinária: toda ofensa à norma infraconstitucional poderia representar, em última análise, também uma violação ao texto constitucional, porque dele emanada. Assim, segundo o Relator, a Corte Alemã definiu como critério de admissibilidade do recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) que ficasse demonstrado que o Juiz “*desconsiderou por completo ou essencialmente a influência dos direitos fundamentais, que a decisão se revela grosseira e manifestamente arbitrária na interpretação e aplicação do direito ordinário ou, ainda, que se ultrapassaram os limites da construção jurisprudencial*”.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, por fim, rejeitou a existência de repercussão geral “*do tema relativo à suposta violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa, dos limites da coisa julgada e do devido processo legal*”, tão somente “*quando o julgamento da causa depender de prévia análise da adequada aplicação das normas infraconstitucionais.*”, e não de maneira generalizada. *A contrario sensu*, portanto, remanesce a repercussão geral e o interesse público quando a ofensa às referidas garantias fosse de tal monta que afetasse imediatamente o seu conteúdo constitucional, conforme verificou-se da argumentação desenvolvida pelo Ministro Gilmar Mendes.

O precedente, é de se ver, não dispensa a análise das razões recursais para aferir a efetiva existência da violação à Constituição Federal, e, em caso positivo, se a profundidade desta violação atinge o núcleo essencial da garantia, questão inegavelmente de repercussão geral. Nem tampouco nega a força normativa do princípio e sua densidade constitucional, a dispensar regulamentação legal.

Contudo, grande parcela dos julgados do Supremo passou a se alicerçar equivocadamente neste julgado para inadmitir de plano os recursos extraordinários nos quais se arguisse a violação às garantias constitucionais⁴⁴². As decisões aludem tão somente à ementa do julgado, adotada como razão de decidir, sem o devido aprofundamento nas particularidades do caso concreto - que permitiria a identificação e aplicação do precedente -, o que fere o dever de motivação imposto aos julgadores pelo art. 93, IX, da Carta da República e pelo próprio Código de Processo Civil, notadamente na diretriz contida em seu art. 11⁴⁴³.

Neste ponto, aliás, cabe abrir parênteses para observar que a ausência de motivação parece ser uma deficiência generalizada nas decisões da Suprema Corte sobre o tema. Os fundamentos do indeferimento de plano dos recursos extraordinários que versem sobre ofensa a garantias processuais, em última análise, se resumem à citação de diversos precedentes, formando um encadeamento de menções que, ao longo do caminho, vão tornando esmaecidas as particularidades que levaram o Tribunal a decidir de uma determinada maneira.

Sem a pretensão de esgotar o mérito da discussão sobre a tendência ao “ementismo” e as críticas aos chamados “precedentes à brasileira”, é necessário observar que os operadores de direito vêm compreendendo como precedentes a mera menção à ementa das decisões, produzida em termos genéricos para fins de indexação e pesquisas.

Merece cautela, pois, a fundamentação de decisões em casos previamente julgados, eis que a redação generalizante não permite entrever as peculiaridades do caso e avaliar sua validade como precedente para a hipótese sob exame, o que não se coaduna com a concepção de precedente na sua acepção própria. Neste sentido, afirmam Breno Baía e Sandoval Alves da Silva, com propriedade, que “(...) em nosso país, a ementa assumiu o lugar de porta-voz

⁴⁴² Vide, a título de exemplo, os seguintes julgados: AgR no ARE 946221, Rel. Min. Edson Fachin, Primeira Turma, julgado em 28/10/16; AgR no RE 991910, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 28/10/16; AgR no RE 887216, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 21/10/16; AgR no RE 970620, Rel. Min. Celso De Mello, Segunda Turma, julgado em 14/10/16.

⁴⁴³ “Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.”

do precedente”⁴⁴⁴. A manutenção desta perspectiva de trabalho, é importante alertar, pode comprometer a missão uniformizadora do Código de Processo Civil de 2015.

É em razão desta concepção de “precedente”, assim, que as decisões sobre a ofensa reflexa são desprovidas de motivação consistente e por vezes têm seu conteúdo posteriormente deturpado, como é o caso do ARE 748.371/MT, mencionado repetidamente de modo a parecer que excluía definitivamente as garantias processuais do conceito fluido da “repercussão geral”.

Não se está a defender, é claro, a impertinência do filtro recursal da repercussão, solução encontrada pelo legislador constitucional para lidar com a amplitude de competências conferidas pela Constituição Federal ao Supremo Tribunal Federal que acentuou, como visto, a sobrecarga de trabalho que a Corte vivencia há décadas.

Entretanto, embora se consubstancie como norma aberta – e assim o deve ser - o filtro da repercussão geral não permite que se deduza a pronta exclusão das garantias constitucionais de seu conceito, muito pelo contrário.

Com efeito, se está diante de alguns dos valores mais caros à sociedade, não apenas protegidos constitucionalmente e legalmente, mas alçados à categoria das cláusulas pétreas, cuja violação em seu conteúdo mais elementar coloca em risco os direitos fundamentais processuais do jurisdicionado e, por conseguinte, impacta nos ideais democráticos como um todo, revelando inequívoca repercussão generalizada.

Cumprе ressaltar, desta forma, que a crítica que aqui se faz está dirigida exclusivamente à jurisprudência defensiva da ofensa reflexa, que se arvorou na abertura normativa do conceito de repercussão geral para reafirmar obstáculo ilegítimo ao acesso à jurisdição, meramente com fins de conter os recursos e aliviar a crise institucional do Supremo⁴⁴⁵, e não ao filtro em si.

⁴⁴⁴ *Quem vê ementa, não vê precedente: ementismo e precedentes judiciais no projeto do CPC*. In: FREIRE, Alexandre et. al. *Novas Tendências do Processo Civil: estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil*, vol. II, p. 217.

⁴⁴⁵ Neste sentido, se posicionam Luiz Rodrigues e Teresa Wambier: “(...) *Queremos dizer com isso que casos haverá, e efetivamente há, em que se deve reconhecer a presença de repercussão geral, sem que isso signifique, de forma imediata, limpeza de mesas. Em hipóteses em que se discutem contornos de conceitos jurídicos como coisa julgada ou ato jurídico perfeito, ainda que se trate de recurso interposto em ação que corre entre, pura e simplesmente, A e B, há, a nosso ver, repercussão geral, que deve ser reconhecida para que se supere o juízo*

Noutro giro, é igualmente notável a postura casuística que o Supremo Tribunal Federal adota ao tratar de infringência às garantias constitucionais. Simples pesquisa jurisprudencial aponta que convivem, contemporaneamente, decisões que admitem o recurso e apreciam as alegações de infringência a garantias constitucionais, ao lado de outras que inadmitem o recurso de plano, por entender que se trata de questão meramente infraconstitucional.

É o caso, por exemplo, das correntes jurisprudenciais desenvolvidas em arestos relatados pelos Ministros Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio⁴⁴⁶, que por mais de uma vez se posicionaram pela possibilidade de análise de ofensas a garantias processuais, reafirmando seus viés constitucional⁴⁴⁷, enquanto outros acórdãos contemporâneos advogam inadvertidamente a tese da violação indireta⁴⁴⁸.

Em sentido similar ao entendimento versado por Gilmar Mendes no ARE748.371/MT, o Ministro Marco Aurélio repisa que a apreciação da transgressão ao texto constitucional deve ser feita caso a caso, a fim de separar os recursos meramente protelatórios daqueles em que efetivamente há violação aos preceitos garantidores do justo processo, sob pena de torná-los absolutamente inócuos:

“A intangibilidade do preceito constitucional que assegura o devido processo legal direciona ao exame da legislação comum. Daí a insubsistência da tese de que a ofensa à Carta da República suficiente a ensejar o conhecimento de extraordinário há de ser direta e frontal. Caso a caso, compete ao Supremo apreciar a matéria, distinguindo os recursos protelatórios daqueles em que versada, com procedência, a transgressão a texto do Diploma Maior, muito embora se torne necessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação comum. Entendimento diverso implica relegar à inocuidade dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito: o da legalidade e o do devido processo legal, com a garantia da ampla defesa, sempre a pressuporem a consideração de normas estritamente legais”⁴⁴⁹.

de admissibilidade do recurso” (Repercussão Geral: como transformá-la num instituto adequado à missão de uma corte superior?, p. 629).

⁴⁴⁶ Julgados à unanimidade, diga-se de passagem.

⁴⁴⁷ V. por exemplo, RE 215624, Rel. Min. Marco Aurélio, Segunda Turma, julgado em 16/12/99; RE 428991, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 26/08/08; RE 398407, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 21/09/04; RE 431121, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 14/09/04; RE 427339, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 05/04/05.

⁴⁴⁸ V., por exemplo, ED AI 224419, Rel. Min. Cezar Peluso, Primeira Turma, julgado em 13/12/05; AgR AI 542715, Rel. Min. Eros Grau, Primeira Turma, julgado em 25/10/05; AgR AI 507115, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 26/10/2004; AgR AI 523659, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, julgado em 22/03/05.

⁴⁴⁹ RE 428991, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 26/08/2008.

De outra banda, o Ministro Sepúlveda Pertence, mencionando lição de Pontes de Miranda, afirma a existência de um conteúdo mínimo das garantias constitucionais – que pode ser traduzido como o núcleo duro a que fizemos referência anteriormente – de que não se pode descurar, e que deve servir de base à averiguação da constitucionalidade da decisão atacada: “*A garantia constitucional da ampla defesa (CF, art. 5º, LV) tem, por si só, um conteúdo mínimo, que a inteligência da lei não pode desconhecer: nele se inclui o da intimação válida para os atos relevantes do processo*”⁴⁵⁰.

Embora as pesquisas pareçam apontar que as decisões que rejeitam a tese da ofensa indireta são residuais, a circunstância é deveras preocupante, porque reveladora da inconstância da jurisprudência do Tribunal, que cambia conforme a relatoria para a qual o recurso é sorteado. Como resultado, além da insegurança jurídica e imprevisibilidade, que afetam a coerência do sistema e o jurisdicionado, está o desprestígio e descrédito da população em relação à sua mais alta Corte.

Mesmo as decisões mais recentes parecem seguir esta tendência à instabilidade. Ainda que a produção decisória massiva do Supremo resvale para a inadmissibilidade da alegação de violação às garantias processuais, é possível se deparar com decisões que prestigiam os princípios-garantia.

É o caso da decisão liminar proferida no Mandado de Segurança nº 34.180/DF, datada de 1º de julho de 2016, na qual o Ministro Celso de Mello afirmou que

“(...) o respeito efetivo à garantia constitucional do “due process of law”, ainda que se trate de procedimento administrativo (como o instaurado, no caso ora em exame, perante o Conselho Nacional de Justiça), condiciona, de modo estrito, o exercício dos poderes de que se acha investida a Pública Administração, sob pena de descaracterizar-se, com grave ofensa aos postulados que informam a própria concepção do Estado democrático de Direito, a legitimidade jurídica dos atos e resoluções emanados do Estado, especialmente quando tais deliberações possam implicar restrição a direitos. (...) O exame da garantia constitucional do “due process of law” permite nela identificar, em seu conteúdo material, alguns elementos essenciais à sua própria configuração, dentre os quais avultam, por sua inquestionável importância, as seguintes prerrogativas: (a) direito ao processo (garantia de acesso ao Poder Judiciário); (b) direito à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; (c) direito a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas; (d) direito ao contraditório e à plenitude de defesa (direito à autodefesa e à defesa técnica); (e) direito de

⁴⁵⁰ RE 431121, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 14/09/04.

*não ser processado e julgado com base em leis “ex post facto”; (f) direito à igualdade entre as partes; (g) direito de não ser processado com fundamento em provas revestidas de ilicitude; (h) direito ao benefício da gratuidade; (i) direito à observância do princípio do juiz natural; (j) direito ao silêncio (privilegio contra a autoincriminação); e (l) direito à prova, valendo referir, a respeito dos postulados que regem o processo administrativo em geral.”*⁴⁵¹

Não obstante se trate de processo de natureza originária, e não de recurso extraordinário, a decisão confirma que a plena observância dos princípios processuais garantidores do devido processo legal são matéria de relevância constitucional, não se esgotando nas disposições legais que os regulamentam.

Reforçando tal instabilidade, constata-se a existência de julgados bastante recentes, proferidos no seio de recursos extraordinários, que não rejeitam de plano as alegações de violação ao devido processo legal.

É o caso, por exemplo, do AgRg no ARE 781.794/CE, julgado em 02 de agosto de 2016, que tratava do jubramento e cancelamento de matrícula de estudante em universidade sem o prévio exercício do contraditório e da ampla defesa. Na ocasião, afirmou o Ministro Fux, relator do caso:

*“É de se ressaltar, ainda, que a declaração de nulidade do ato de jubilação por inobservância do devido processo legal é suficiente para a concessão da segurança pleiteada na origem, de modo que não subsiste a argumentação deduzida pela parte agravante, no sentido de que o acórdão recorrido possuiria fundamentos não impugnados nas razões do recurso extraordinário. Demais disso, diversamente do que afirma a Universidade, em suas razões de agravo, a verificação de ofensa ao devido processo legal, no caso sub examine, **prescinde da análise de normas infraconstitucionais**. De fato, o Plenário desta Corte já afirmou por inúmeras vezes, que a anulação de atos administrativos que repercutam no campo de interesses individuais do administrado deve ser precedida de processo administrativo, com observância do contraditório e da ampla defesa.”* (grifado).⁴⁵²

No mesmo sentido decidiu o Ministro Marco Aurélio no RE 565.048/RS, de sua relatoria, julgado em 29 de maio de 2014, reconhecendo a violação ao devido processo legal nas sanções políticas perpetradas pelo Fisco com o intuito de coagir o contribuinte ao pagamento de dívida tributária:

“A incompatibilidade é flagrante ante a restrição desarrazoada à liberdade fundamental de exercício de atividades profissionais e

⁴⁵¹ MS 34180 MC, Rel. Min. Celso De Mello, julgado em 01/07/16.

⁴⁵² AgR ARE 781794, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 02/08/16.

econômicas. Viola o devido processo legal, haja vista o Fisco utilizar instrumentos oblíquos para coagir o contribuinte ao pagamento do tributo. (...) Ante o exposto, não há dúvida de que o preceito impugnado contraria os dispositivos constitucionais evocados, ou seja, a garantia do livre exercício do trabalho, ofício ou profissão – inciso XIII do artigo 5º – e de qualquer atividade econômica – parágrafo único do artigo 170 – assim como o devido processo legal – artigo 5º, inciso LIV.” (grifado)⁴⁵³

Não se pode deixar de mencionar, ainda, o julgamento do emblemático RE 601.314/SP, de relatoria do Ministro Fachin e julgado em 24 de fevereiro de 2016, que tratava da possibilidade de requisição de informações pelo Fisco às instituições financeiras, com o intuito de subsidiar cobrança de débitos tributários. Como bem ressaltado pela Ministra Rosa Weber na ocasião, a controvérsia mereceu o reconhecimento de repercussão geral, lastreando-se na violação ao devido processo legal e à ampla defesa, dentre outros princípios:

*“Como visto, trata-se de recurso extraordinário, com repercussão geral reconhecida por esta Suprema Corte, **aparelhado em afronta aos arts. 5º, X, XII, XXXVI, LIV e LV, 145, § 1º e 150, III, “a”, da Lei Maior, interposto contra acórdão do TRF da 3ª Região, pelo qual reputados constitucionais o art. 6º da Lei Complementar 105/2001 e a Lei 10.174/2001. Os preceitos constitucionais indicados contemplam, em síntese, o direito à inviolabilidade da intimidade e da vida privada (5º, X), a proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada (5º, XXXVI), os princípios do devido processo legal e da ampla defesa (5º, LIV e LV), da irretroatividade tributária (150, III, “a”)**” (grifado)⁴⁵⁴.*

É de se ver, portanto, que sobejam exemplos de valorização e reconhecimento do viés constitucional das garantias processuais, em casos selecionados, ao lado de inúmeros outros inadmitidos com base na jurisprudência da ofensa oblíqua.

Superada a discussão sobre a estrutura e coerência da corrente jurisprudencial sob enfoque e já adentrando as suas justificativas e fundamentação jurídica, temos que o argumento de que a infringência às garantias processuais ofendem apenas indiretamente o texto constitucional não se sustenta.

Em que pese a discussão doutrinária atual sobre a panprincipiologia, que resulta em “*verdadeira usina de produção de princípios despidos de normatividade*”, nos dizeres de Lênio Streck⁴⁵⁵, os princípios processuais cuja violação vem sendo reiteradamente ignorada

⁴⁵³ RE 565048, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 29/05/14.

⁴⁵⁴ RE 601314, Rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 24/02/16.

⁴⁵⁵ O autor tem defendido o exagero na “produção” de princípios pela doutrina, e sua falta de efetividade e normatividade, em diversas oportunidades. V., por exemplo, artigo de sua autoria publicado no *site* Conjur,

pelo Supremo possuem conteúdo fundamental, posição jurídica mínima do jurisdicionado contra os desmandos do Estado. Constituem-se como genuínas normas, e não meros enunciados orientativos, como se viu.

Portanto, independentemente de sua regulamentação por via de leis, os princípios-garantia processuais conservam sua força normativa e sua faceta constitucional. De fato, a doutrina reconhece que não apenas regem e encaminham os rumos do devido processo em suas mais variadas matizes, mas representam verdadeiros direitos fundamentais do jurisdicionado, exigíveis perante o Estado e passíveis de sanções em caso de descumprimento, que incluem a declaração de inconstitucionalidade. Dizer o contrário é esvaziar seu conteúdo, desprezar a posição privilegiada que a Constituição lhes confere e tornar inócuo o dispositivo do §1º do art. 5º, também da Carta, que estipula sua eficácia imediata⁴⁵⁶.

Desta forma, não se mostra equivocado concluir que os princípios-garantia possuem duplo viés. Por um lado, se espraiam sobre as normas infraconstitucionais, emprestando-lhes sentido e orientando o operador do direito em seu trabalho hermenêutico. É o caso, por exemplo, da interpretação do art. 370 do Código de Processo Civil⁴⁵⁷, que autoriza que o juiz dispense provas que entenda irrelevantes ou desnecessárias, mantendo apenas aquelas essenciais ao julgamento da lide. Ora, a interpretação do conteúdo das expressões “irrelevantes”, “desnecessárias”, “essenciais”, deve ser feita à luz dos princípios do contraditório e da ampla defesa, que lhe preenchem de significado, a fim de evitar que a decisão do juiz infrinja a garantia do jurisdicionado a um processo justo e legal.

De outra banda, inserem-se no rol de direitos fundamentais expressamente previstos pela Constituição, ostentando conteúdo próprio, consistente no núcleo duro mínimo a cuja observância se vincula o Poder Público – incluindo, naturalmente, o Estado-juiz. Exemplo claro desta faceta diz respeito ao estabelecimento de regras em processo administrativo que

intitulado “*O pan-principiologismo e o sorriso do lagarto*”, publicado em 22 de março de 2012, disponível em <http://www.conjur.com.br/2012-mar-22/senso-incomum-pan-principiologismo-sorriso-lagarto>. Acesso em 21 de junho de 2015.

⁴⁵⁶ Leia-se: a eficácia imediata de seu núcleo, do qual se pode extrair o conteúdo mínimo da garantia.

⁴⁵⁷ “Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.

Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias.”.

cerceiem a defesa do administrado ou do servidor envolvidos. Embora nem sempre o diploma regente da controvérsia traga disposições detalhadas sobre o procedimento a ser adotado, é certo que assinar prazos exíguos e insuficientes para que o sujeito tome ciência e se defenda fere diretamente o que se entende por garantias à ampla defesa e ao contraditório, sendo indiscutível a sua incompatibilidade em relação à Constituição.

Esta distinção, ademais, se coaduna com as disposições constitucionais e legais sobre a divisão de competências entre o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça.

A Constituição, é certo, prevê a existência de recursos independentes contra os dois tipos de violação, legal e constitucional. Interpretando as disposições constitucionais, a jurisprudência dos tribunais de cúpula é remansosa no sentido de que o duplo fundamento da questão – legal e constitucional – não apenas viabiliza, como obriga o manejo do recurso especial e do recurso extraordinário sobre uma mesma decisão, que serão analisados pelos Tribunais considerando os limites de suas atribuições⁴⁵⁸, sob pena, inclusive, de incidência da Súmula nº 126 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual “*É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário*”.

Assim, não se constata impedimento à análise dos princípios-garantia sob este duplo aspecto: de um lado, cabe ao Superior Tribunal de Justiça analisar, por meio do recurso especial, se a aplicação da norma federal observa os preceitos orientativos derivados das garantias processuais constitucionais; de outro, fica a cargo do Supremo aferir se a interpretação veiculada na decisão impugnada infringiu o núcleo mínimo das garantias processuais e tolerou a existência de situações aberrantes e teratológicas.

⁴⁵⁸ “ACÓRDÃO EMANADO DE TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU E QUE POSSUI DUPLO FUNDAMENTO (CONSTITUCIONAL E LEGAL): IMPRESCINDIBILIDADE, EM TAL CASO, DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ESPECIAL (STJ) E DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO (STF) - RECURSO IMPROVIDO. - Se o acórdão emanado de Tribunal de segundo grau assentar-se em duplo fundamento (constitucional e legal), impõe-se, à parte interessada, o dever de interpor tanto o recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça quanto o recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, sob pena de, na ausência do apelo extremo, a parte recorrente sofrer, por força de sua própria omissão, os efeitos jurídico-processuais da preclusão pertinente à motivação de ordem constitucional. Se tal ocorrer, a existência de fundamento constitucional inatacado revelar-se-á bastante, só por si, para manter, em face de seu caráter autônomo e subordinante, a decisão proferida por Tribunal de segunda instância.” (AgR RE 409973, Rel. Min. Celso De Mello, Segunda Turma, julgado em 02/03/10).

Todavia, o que se observa é que a atual dinâmica de trabalho entre os dois tribunais menospreza esta circunstância e sobrecarrega o Superior Tribunal de Justiça, a quem se destinam todas as questões que envolvam preceitos constitucionais de conteúdo aberto e razoavelmente regulamentados pelas normas federais, mesmo que a queixa se restrinja ao conteúdo essencial dos preceitos garantísticos.

Situação que certamente se agravará com a figura da fungibilidade entre recurso extraordinário e especial introduzida pelos arts. 1.032 e 1.033 do Código Processual de 2015, da qual já se cuidou: ao autorizar que o Supremo dê a última palavra acerca da natureza da questão a ele submetida, muito provavelmente importará no reenvio de inúmeros recursos extraordinários ao Superior Tribunal de Justiça, também abarrotado por inúmeros recursos, além de suas capacidades estruturais⁴⁵⁹.

Em suma, parece um contrassenso que, diante da relevância destas garantias para o sistema jurídico, que lhe dotou proteção dupla (legal e constitucional), o Supremo Tribunal Federal simplesmente se recuse a reconhecer o conteúdo constitucional destes preceitos. Como coloca magistralmente Teresa Wambier, verifica-se verdadeiro paradoxo, que resulta no esvaziamento das funções da Suprema Corte:

“(...) a Constituição Federal consagra certo princípio e se, pela sua relevância, a legislação ordinária o repete, por isso, o tribunal, cuja função é a de zelar pelo respeito à Constituição Federal, abdica de examinar a questão”⁴⁶⁰.

Com efeito, a Suprema Corte somente exerce seu múnus de zelar pela inteireza e observância da Constituição Federal em sua medida máxima quando os direitos fundamentais são efetivamente protegidos, porque representam o eixo fundamental sobre o qual se assentam as demais disposições jurídicas e a própria estrutura de um Estado Democrático de Direito.

⁴⁵⁹ Pondere-se, ademais, que a repetição de inúmeros princípios constitucionais processuais, como o da inafastabilidade da jurisdição (art. 3º, caput), da razoável duração do processo (art. 4º, caput), do contraditório e ampla defesa (art. 7º), bem como da legalidade, publicidade e eficiência (art. 8º), reforça essa tendência. A expressa menção destes princípios ao longo do texto do Código cancela a inadmissibilidade do recurso sob a justificativa de violação indireta da Constituição, conferindo lastro ao envio destes casos ao Superior Tribunal de Justiça.

⁴⁶⁰ *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e Ação Rescisória*, p. 268.

Mas a relação entre os tribunais e os direitos e liberdades fundamentais não se cinge à tarefa que lhes é tradicionalmente incumbida de defesa dos direitos e interesses dos jurisdicionados. A par desta função, a própria atuação dos tribunais é vinculada aos direitos fundamentais, mormente àqueles de cunho processual. A jurisdição, neste sentido, é condicionada a realizar o processo justo, entendido não como aquele que produz “Justiça”, por se tratar de conceito controverso e filosófico, mas sim como um processo que observe as garantias processuais mínimas ditadas constitucionalmente.

Não se pode perder de vista que as garantias processuais são objeto de normatividade internacional, que assegura sua exigibilidade perante cortes supranacionais de direitos humanos. E, como bem ressalta Leonardo Greco, revela-se um absurdo inaceitável que as decisões violadoras de direitos fundamentais possam ser levadas a foros internacionais, mas não possam ser alvo de reexame por parte de nossas cortes de vértice, devido à intrincada rede de óbices à admissão de recursos excepcionais e à sua limitação cognitiva, impostos por vezes com o interesse único de filtrar o excesso de processos⁴⁶¹. Mesmo que às custas dos direitos individuais mais elementares.

Nesta toada, pode-se dizer que a jurisprudência da ofensa reflexa esvazia a atribuição precípua para a qual nosso Supremo Tribunal foi criado, e que por sua relevância para o sistema jurídico nacional persistiu em todas as nossas Constituições: o controle difuso, que se propõe a controlar em cada hipótese a constitucionalidade da decisão e, indiretamente, garante a observância das normas e direitos fundamentais pelo Judiciário como um todo.

O esvaziamento do controle concreto levado a cabo pelas diversas medidas legais e constitucionais de “objetivação” que vêm sendo adotadas, bem como pelo paulatino afastamento e renegação desta função pelo Supremo, revelada em seus posicionamentos jurisprudenciais, têm se mostrado cruciais para a exposição e desproteção a que vêm sendo submetidas as garantias processuais, e os altos valores nelas contidos.

A Constituição Federal de 1988, como se viu, criou um Supremo “múltiplo”, multifacetado, cujas funções abrangem atribuições próprias de uma Corte Constitucional, de uma Suprema Corte e de uma corte comum, no exercício de suas atribuições originárias. Em nenhum ponto do texto constitucional, e das modificações que se seguiram, está autorizada

⁴⁶¹ *Publicismo e privatismo no processo civil*, p. 1.252.

a supressão de qualquer das funções reservadas ao Supremo, que incluem, indubitavelmente, a apreciação de inconstitucionalidades no seio de situações concretas. Não cabe ao Tribunal definir suas funções, mas sim exercê-las em conformidade com o espírito da Constituição.

Ao contrário do que por vezes se sugere na doutrina nacional, a “objetivação” do recurso extraordinário não autoriza em nenhuma medida a “amputação” do recurso. A filtragem recursal é deveras necessária, proporcionando a distinção entre demandas exclusivamente subjetivas, que envolvam apenas interesses das partes, e aquelas que efetivamente atingem o âmago do sistema, e representem o risco de reprodução de decisões teratológicas. Mas isto não significa que os casos concretos mereçam tratamento massificado: a motivação é sempre imprescindível, e o Supremo deve revelar em seus pronunciamentos a razão pela qual o recurso não merece trânsito.

A repercussão geral, assim, não pode servir de puro e simples instrumento de contenção, tratando-se de meio de elevar o recurso extraordinário às mais altas funções exercidas pela Suprema Corte. E, neste sentido, afirmar a presunção de que a infringência às garantias constitucionais não ostentam repercussão geral, sendo apenas reflexamente violadoras do texto constitucional, revela desprezo ao seu conteúdo fundamental e constitucional, e reafirma a já ultrapassada concepção de que os princípios não possuem densidade de significado, possuindo tão-somente caráter orientativo.

Posicionamento, aliás, que vai na contramão das tendências mundiais, em um contexto em que se encontra tribunais constitucionais bastante comprometidos com o estudo e preservação dos direitos fundamentais garantidos em suas Constituições. É o caso, por exemplo, dos Tribunais Constitucionais Português e Alemão⁴⁶², que vêm definindo balizas hermenêuticas e limites em seus julgados, buscando equilibrar os direitos fundamentais

⁴⁶² A propósito da experiência da Corte Constitucional Alemã em caso de infringência a garantias constitucionais do processo na interposição da *Revision*, explanam Theodoro Jr., Dierle Nunes e Alexandre Bahia que, não obstante tenha o tribunal tedesco fixado tese no sentido de que questões de direito de uma única causa sejam insuficientes para franquear o acesso por via do recurso de revisão, o entendimento foi flexibilizado, a permitir que resoluções arbitrárias, com perigo abstrato de repetição e criem “erro sintomático” sejam controladas por via do recurso, ainda que sob prisma essencialmente subjetivo. Citando Peter Gottwald, esclarecem que o “erro sintomático” é aquele que “gera uma desconfiança na população na existência de um sistema judicial eficiente, justifica a admissão no recurso de última instância em face do perigo de que outros tribunais sigam e repitam o erro”. Aludem os autores, ainda, ao § 547 do ZPO alemão, que prevê como causas absolutas de revisão (*Absolute Revisionsgründe*), dentre outras, os vícios processuais, a violação ao princípio da publicidade e a ausência de motivação das decisões. (*Litigiosidade em massa e repercussão geral no recurso extraordinário*, pp. 15-16).

constitucionalmente assegurados em relação aos filtros recursais, com o intuito de concretizá-los e evitar que sejam relegados a meras promessas no papel.

A agenda do Supremo vem pouco a pouco definindo suas prioridades, e o recurso extraordinário e as garantias processuais ordinariamente desprezadas no *iter* processual não parecem estar entre elas, o que é bastante preocupante.

Não há qualquer margem de certeza sobre os critérios adotados pelo Tribunal para apreciar determinada causa, e a ausência de motivação coerente nos julgados, que remetem a uma série encadeada de precedentes – sem especificar a identidade entre os casos concretos como se viu – contribuem para esta situação. E os pronunciamentos que efetivamente apreciam as alegações de violação das garantias processuais não definem balizas claras para compreender se se está diante de ofensa ao núcleo essencial do princípio ou não, e em que consistiria este núcleo mínimo. A orientação jurisprudencial da ofensa reflexa aplicada às garantias, é certo, “*acabará por quebrar a unidade de interpretação da CF/1988*”, como já alertou Araken de Assis⁴⁶³.

Há que se considerar ainda que a infringência às garantias processuais é passível de verificação, na esmagadora maioria das vezes, apenas em casos concretos. Conceitos jurídicos como a ampla defesa, contraditório, devido processo legal, juiz natural, publicidade e etc. ganham relevo e se corporificam por via de situações reais, concretas, por sua natureza instrumental, e o próprio Supremo reconhece esta circunstância ao analisar as garantias processuais em processos originários e recursos extraordinários escolhidos a dedo – ainda que por vezes sem argumentos plausíveis que justifiquem sua diferenciação em relação aos demais.

Não parece haver razão aceitável, desta forma, para que a alegação de violação a garantias processuais seja rejeitada justamente porque veiculada no único recurso do direito brasileiro que leva ao Supremo incompatibilidade constitucional oriunda de controvérsia concreta: o recurso extraordinário.

E nem se diga que não há repercussão geral em casos do gênero, pois a ideia passada pelo conceito abrange não somente a vertente numérica, a reverberação da situação na esfera

⁴⁶³ *Manual dos Recursos*, p. 828.

de direitos de um sem-número de pessoas, mas também a perspectiva qualitativa, a profundidade da ofensa para o texto constitucional.

Ademais, o Pretório Excelso representa a última chance colocada à disposição do jurisdicionado para reverter situações injustas que afetarão irremediavelmente sua esfera de direitos, acessível pelo recurso extraordinário.

Mais do que um mero recurso, o apelo extremo é um símbolo da conquista democrática, positivado constitucionalmente, e que não pode ter seu alcance radicalmente amputado por meio de óbices ilegítimos em razão das dificuldades que o Tribunal Supremo enfrenta para lidar com a própria carga de trabalho.

Os ideais de celeridade e razoável duração do processo são de importância capital para o ordenamento, mas não podem se sobrepor à relevância da prestação jurisdicional de qualidade e à observância das posições jurídicas processuais fundamentais: devem, na realidade, ser harmonizados e conciliados, sob pena de anular as prescrições constitucionais acerca de direito à jurisdição.

A manutenção de decisões teratológicas e frontalmente contrárias às determinações constitucionais – e, mais, aos direitos fundamentais – são assunto público, de repercussão geral, e como tal devem ser tratadas, e não simplesmente descartadas, sem fundamentação coerente e específica que justifique a pronta inadmissibilidade.

5.3 PROPOSTAS PARA SOLUÇÃO

O problema apresentado é, como se viu, complexo e multifacetado, e apresenta raízes profundas, que se apoiam em velhos problemas estruturais, o que impacta na reflexão acerca de possíveis soluções.

Idealmente, a eliminação da ofensa reflexa – e da jurisprudência defensiva como um todo – perpassa pela reestruturação dos tribunais de vértice, de modo a estabelecer definitivamente seus perfis e atribuir funções de maneira coerente. A indefinição sobre suas funções, como visto, é a chave para compreender a sobrecarga de trabalho, que por sua vez figura como o motivo principal para a criação dos óbices defensivos. A ideia, pois, reside

em definir, constitucionalmente, quem são estes Tribunais e o que esperar deles, de maneira que sua atuação revele critérios mais transparentes e compreensíveis.

Contudo, considerando vista a atual situação, em que o texto constitucional sofreu diversos “remendos” que implicaram reviravoltas na compreensão do múnus exercido pelo Supremo em nosso ordenamento, resta apenas a aplicação de medidas paliativas, tendentes a evitar a completa subversão dos valores constitucionalmente assegurados, especialmente as garantias processuais.

Imprescindível, assim, a mudança na postura do Supremo Tribunal, na qualidade de intérprete último e guardião da Constituição, para conhecer dos recursos e avaliar, no mérito, a existência de violação aos princípios processuais em sua forma mais elementar, em lugar de simplesmente inadmiti-los por decisões parcamente fundamentadas.

Esta transformação de perspectiva possibilitará até mesmo a enunciação, em repercussão geral, de interpretações vinculantes acerca do conteúdo e limites desse núcleo duro das garantias, a ser estritamente observado pelos tribunais de hierarquia inferior, preservando e dando concretude a estes direitos fundamentais de cunho processual por meio das funções uniformizadora e paradigmática do recurso extraordinário.

Trata-se, acreditamos, de um modo eficaz de dar cumprimento às garantias processuais, preservando sua eficácia imediata e, simultaneamente, de diminuir o número de recursos extraordinários sobre o tema, que já se encontrará pacificado no seio da jurisprudência do Tribunal.

CONCLUSÃO

As reflexões desta dissertação procuraram expor a gravidade da problemática da jurisprudência defensiva da ofensa reflexa, aplicada pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar recursos extraordinários em que se alegue infringência às garantias processuais constitucionais.

Verificou-se que o recurso extraordinário representa em nosso ordenamento instrumento realizador do controle de constitucionalidade concreto por excelência, desde a primeira configuração do modelo de controle entre nós. Mais do que apenas um recurso, é genuína manifestação da democracia, permitindo que qualquer um do povo participe ativamente do controle da compatibilidade dos atos e normas em relação ao texto fundamental.

Contudo, a importação do sistema estadunidense, incompatível com a tradição civilística que criou raízes no Brasil e o processo de formação de nosso Federalismo acabaram por possibilitar que praticamente qualquer questão chegasse à mais alta Corte de nosso país, por meio do apelo extremo, o que contribuiu para a crise institucional do Supremo.

A sobrecarga crônica de trabalho vivenciada pelo Pretório Excelso, todavia, não pode ser atribuída unicamente ao recurso extraordinário. De fato, a crise se intensificou com o passar do tempo, em razão da ampliação do rol de direitos e de instrumentos para garanti-los trazida pela onda de redemocratização do país, e também em virtude do crescimento vertiginoso da população e da economia. Estes fatores inegavelmente acarretaram o crescimento no número de demandas judiciais que, em virtude da conformação de nosso modelo de controle de constitucionalidade, convergiram para as Cortes de vértice.

No entanto, as atribuições assinaladas ao Pretório Excelso, que acumula as funções de Corte Constitucional – acentuada com a sofisticação do controle concentrado pela Constituição de 1988 -, de tribunal comum, no exercício de suas competências originárias, e de Suprema Corte, posicionada dentro da hierarquia judiciária e responsável pelo controle de constitucionalidade das decisões proferidas pelas instâncias inferiores, são elementos relevantes para que compreendamos o esgotamento da Corte. Sua estrutura é, à evidência, insuficiente para absorver este sem-número de atribuições diferentes, impactando nas estatísticas anualmente publicadas.

Com o intuito de amenizar esta situação crítica, foram criadas as mais diversas medidas, no campo legislativo, jurisprudencial e regimental, que não lograram êxito. Tal resultado não é surpreendente, na medida em que a crise é essencialmente estrutural: o Supremo possui múltiplas facetas, determinadas pela Constituição, que não podem ser simplesmente suprimidas por soluções paliativas. Caberia ao constituinte definir qual a verdadeira essência do Supremo, e fixar atribuições compatíveis com suas capacidades.

Neste cenário, ganha espaço a chamada “jurisprudência defensiva”, consistente em óbices jurisprudenciais ilegítimos advindos de interpretações excessivamente rigorosas e formalistas dos requisitos recursais, visando limar o *iter* processual em seu início. A jurisprudência defensiva, com efeito, além de frustrar o recorrente e tornar o processo de admissão recursal pouco transparente – para não dizer ilegal -, vai na contramão das tendências processuais mais modernas, que propõem uma releitura do formalismo processual, de modo a privilegiar a análise do mérito recursal, concretizando o objetivo ao qual o processo essencialmente se destina: resolução de controvérsias e pacificação de litígios.

O recurso extraordinário é um dos mais afetados por esta posição defensiva adotada pelos Tribunais. Pesquisas jurisprudenciais apontam amplo espectro de julgados nos quais o Supremo Tribunal busca, de todas as formas possíveis, declarar a inadmissão recursal, de forma a evitar seu exame, tornando a interposição do recurso uma verdadeira corrida de obstáculos. As regras previamente fixadas para o jogo processual parecem de nada valer perante os esforços do Tribunal em aventar novos requisitos, não previstos legal e constitucionalmente, sendo comuns as decisões-surpresa.

Neste ponto, o Código de Processo Civil de 2015 apresenta notáveis avanços: a leitura de seus preceitos revela cuidadosa pesquisa sobre os principais óbices adotados pelas Cortes, com a adoção de soluções que visam extirpar definitivamente a jurisprudência defensiva, em consonância com o espírito da efetividade sob o qual foi criado.

Dentre as inúmeras manifestações sob as quais a jurisprudência defensiva se apresenta, destaca-se a tese da “ofensa reflexa” ou “oblíqua”, objeto destas reflexões. Segundo o Supremo Tribunal Federal, para que o recurso extraordinário seja admitido pela alínea “a” do inciso III do art. 102 da Constituição Federal, a alegada infringência ao Texto

Fundamental deve ser direta e frontal, ou seja, o exame da afirmada inconstitucionalidade não deve perpassar pela análise de norma dita “de permeio”.

Além de faltar fundamento legal ao posicionamento sustentado pelo Supremo, como vimos, a jurisprudência da “ofensa reflexa” atinge de maneira profunda os princípios-garantia processuais previstos na Constituição.

Derivadas do superprincípio do devido processo legal, estas garantias constituem direito fundamental do jurisdicionado, conformando o processo à ordem democrática e assegurando às partes a definição das regras do jogo processual, que regem o acesso à jurisdição.

Dada sua importância para o sistema, estas garantias são afiançadas pelo viés legal, espalhando suas balizas orientativas por diversos institutos processuais, e também constitucional, ao serem elevadas à categoria de direitos fundamentais e protegidas como cláusulas pétreas pelo Texto Fundamental. E justamente devido a esta dupla proteção, o Supremo tem afirmado que o exame de sua infringência pelo apelo extremo é descabida, pois a violação em questão dirige-se à lei regulamentadora do instituto processual, sendo a infringência à Constituição somente oblíqua.

A doutrina pós-positivista propugna pela densidade dos direitos fundamentais, inclusive aqueles veiculados por normas principiológicas, que possuem aplicação imediata e conteúdo próprio, fixado em um núcleo duro de significação, independente da legislação infraconstitucional. Neste sentido, também estipula o art. 5º, §1º, de nossa Constituição, que declara de forma assente a imediata aplicação destes direitos.

Dentre eles figuram as garantias processuais, que, portanto, possuem significado constitucional, e como tal devem ser protegidas pelo guardião da Lei Fundamental. Entretanto, pesquisas jurisprudenciais têm apontado que a maciça maioria das alegações de desrespeito a estas garantias são iterativamente ignoradas pelo Supremo.

De forma ainda mais preocupante, as pesquisas revelam uma flutuação jurisprudencial, havendo exemplos de julgados contemporâneos reconhecendo a necessidade de resguardo destes preceitos pelo Supremo. Circunstância que além de afrontar

a isonomia⁴⁶⁴, apenas reforça a ideia de que a jurisprudência da ofensa reflexa tem por intuito único a contenção da avalanche processual enfrentada pelo Supremo, pois em situações escolhidas a dedo, por critérios pouco transparentes, o Tribunal admite a apreciação de recursos extraordinários fundados na violação de garantias processuais.

Ocorre que a crise institucional pela qual vem passando o Tribunal praticamente desde sua criação não pode servir de base para a adoção de medidas ilegítimas, que paulatinamente reduzem o espectro de importância do controle difuso.

A Constituição lhe assinou uma série de funções das mais diversas espécies, é certo, que o tornam incapaz de fazer frente a todas as demandas que batem às suas portas. Contudo, a Carta também define de maneira bastante clara a modulação de nosso sistema de controle de constitucionalidade, que abrange tanto o controle concreto - que tem sido priorizado pela Corte - quanto o difuso, mantido em todas as Constituições anteriores. O controle de constitucionalidade brasileiro é misto, e híbrida é nossa mais alta Corte. Negar estas realidades é negar os ditames constitucionais.

É de bom alvitre ressaltar que não se está a combater os filtros recursais legítimos, tal como a repercussão geral, que viabiliza a adequação do recurso extraordinário ao que de fato é: excepcional por natureza, dirigido a controlar em hipóteses concretas, de relevância nacional, aos ditames da Constituição Federal. Entretanto, o filtro não pode ser aplicado tão-somente como mecanismo de autocontenção e alívio da crise, e nem mesmo ser colocado a serviço das interpretações tortuosas por vezes adotadas pelo Tribunal.

Em suma, propugnamos pela mudança na perspectiva pela qual o Supremo Tribunal Federal vem encarando as garantias processuais, cujas violações, é imprescindível lembrar, são em geral perpetradas no decurso de casos concretos, tornando o recurso extraordinário o meio hábil por excelência à verificação de seu desrespeito. É necessário reconhecer que possuem um núcleo de significado próprio, cuja definição incumbe ao Pretório Excelso, na

⁴⁶⁴ “Por força do imperativo da isonomia, espera-se que os critérios empregados para a solução de um determinado caso concreto possam ser transformados em regra geral para situações semelhantes. Esse exercício de raciocínio (...) projeta a argumentação desenvolvida para o caso concreto em um conjunto maior de hipóteses, facilitando a visualização de desvios e inconsistências” (BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios*, p. 124).

qualidade de intérprete último da Constituição, e que deverá ser observado pelos tribunais inferiores, diante das funções paradigmática e uniformizadora de que é dotado o recurso.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABBOUD, Georges; NERY JR., NELSON. *Recursos para os Tribunais Superiores e a Lei 13.256/2016*. Revista de Processo. São Paulo. v. 41. n. 257. p. 217-235. jul./ 2016.
- ABRAMO, Cláudio Weber. *Tempos de Espera no Supremo Tribunal Federal*. Revista Direito GV. São Paulo. v. 6. n. 2. p. 423-442. jul.-dez./2010.
- ARGUELHES, Diego Werneck; CERDEIRA, Pablo de Camargo; FALCÃO, Joaquim. *I Relatório Supremo em Números: Múltiplo Supremo*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2011.
- ALMEIDA, Sidney Silva de. *O Supremo Tribunal Federal e os efeitos de suas decisões no controle difuso de constitucionalidade*. Revista Bonijuris. Curitiba. a. XXV. n. 595. v. 25. n. 6. p. 28. jun./2013.
- AMORIM, Aderbal Torres de. *O recurso extraordinário e a abstrativização do controle difuso de constitucionalidade*. Revista de Processo. São Paulo. v. 36 n. 191. p. 377-381. jan./ 2011.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ALVES, José Carlos Moreira. *O Supremo Tribunal Federal em face da nova Constituição: questões e perspectivas*. Arquivos do Ministério da Justiça. Brasília. a. 41. n. 173. p. 35-47. jul.-set./1988.
- ALVIM, Arruda. *O Recurso Especial na Constituição Federal de 1988 e suas origens*. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. Vol. 1.
- ALVIM, Angélica; ALVIM, Eduardo Arruda. *Recurso Especial e prequestionamento*. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. Vol. 1.
- ALVIM, Eduardo Arruda. *Recurso Especial e Recurso Extraordinário*. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Vol. 5.
- ANDRADE, José Arildo Valadão de. *A nova função do recurso extraordinário*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

_____. *Objetivação do recurso extraordinário na perspectiva dos direitos fundamentais segundo os padrões de uma fundamentação substancialista de justiça constitucional*. Revista de Processo. São Paulo. v. 36. n. 198. p. 51-92. ago. /2011.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2010.

ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ARAÚJO, Luciano Vianna. *A aplicação do direito à espécie pelas Cortes Superiores: uma opção legislativa do Projeto do Novo CPC?* In: CAMARGO, Luiz Henrique Volpe et al. (orgs.). *Novas tendências do Processo Civil: estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil*. Salvador: Juspodivm, 2014. Vol. III.

ARDITO, Gianvito. *Os riscos da jurisprudência dos Tribunais Superiores: engessamento hermenêutico e efeito ex tunc*. Revista dos Tribunais. São Paulo. a. 103. v. 940. p. 255-278. fev./2014.

ASSIS, Araken. *Manual dos Recursos*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

AZAMBUJA, Carmen Luiza Dias de. *Controle judicial e difuso de constitucionalidade no direito brasileiro e comparado: efeito erga omnes de seu julgamento*. Porto Alegre: SAFE, 2008.

AZEVEDO, Filadelfo. *A crise do Supremo Tribunal Federal*. Arquivos do Ministério da Justiça e negócios interiores. Brasília. a. 1. n. 1. p. 7-18. jun./1943.

AZZONI, Clara Moreira. *Recurso Especial e Extraordinário: aspectos gerais e efeitos*. São Paulo: Atlas, 2009.

BAHIA, Alexandre Melo Franco et. al. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____; NUNES, Dierle; THEODORO JR., Humberto. *Litigiosidade em massa e repercussão geral no recurso extraordinário*. Revista de Processo. São Paulo. v. 34. n. 177. p. 9-46. nov./2009.

BALEEIRO, Aliomar. *O Supremo Tribunal Federal, êsse outro desconhecido*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____; BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios*. In: LEITE, George Salomão(org.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Temas de Direito Constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. Vol. III.

_____; DALLARI, Dalmo; VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *O Supremo Tribunal Federal como Tribunal Constitucional*. In: *Anais do Seminário O Supremo Tribunal Federal na História Republicana*. AJUFE, 2002.

BATISTA, Liliane Maria Busato. *Necessidade de repensar a competência recursal do Supremo Tribunal Federal*. Revista Bonijuris. Curitiba. v. 22. n. 560. p. 5-12. jul./ 2010.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BENETI, Sidnei Agostinho. *Doutrina de precedentes e organização judiciária*. Revista da Escola Paulista da Magistratura. São Paulo. a. 8. n. 1. p. 39-63. jan.-jun./2007.

BENTHAM, Jeremy. *An introduction to the principles of morals and legislation*. Oxford: University of Oxford Press, 2005.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____; MENDES, Gilmar Ferreira. *O controle de constitucionalidade das leis no Brasil: evolução e tendências*. In: *Anais do Seminário O Supremo Tribunal Federal na História Republicana*. AJUFE, 2002.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOCUZZI NETO, Vito Antônio. *Recursos Excepcionais – o prequestionamento e a matéria de ordem pública*. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Vol. 11.

BONATO, Giovanni. *O filtro ao recurso de cassação no sistema jurídico italiano*. Revista de Processo. São Paulo. v. 40. n. 249. p. 249-274. nov./2015.

- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. Vol. 5.
- _____. *De volta ao prequestionamento – duas reflexões sobre o RE 298.695-SP*. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. Vol. 8.
- _____. *O modelo constitucional do direito processual civil*. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (orgs.). *Princípios e temas gerais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Coleção Doutrinas Essenciais: Processo Civil, vol. I.
- BUZAID, Alfredo. *Estudos de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1972. Vol. I.
- CABRAL, Antonio do Passo. *Requisito de relevância no sistema recursal alemão*. In: DANTAS, Bruno; FREIRE, Alexandre; FUX Luiz (coords.). *Repercussão geral da questão constitucional*. Rio de Janeiro: Forense: 2014.
- CALAMANDREI, Piero. *La Cassazione Civile*. Milano: Fratelli Bocca, 1920. Vol. II.
- _____. *Direito Processual Civil*. Campinas: Bookseller, 1999. Vol. III.
- CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. *A fungibilidade de mão dupla entre recursos excepcionais no CPC/2015*. Revista Forense. Rio de Janeiro. v. 421. a. 111. p. 305-320. jan.-jun./2015.
- CAMARGO, Margarida Lacombe; RODRIGUES, Lêda Boechat; ROSAS, Roberto. *O Supremo Tribunal Federal: aspectos históricos*. In: *Anais do Seminário O Supremo Tribunal Federal na História Republicana*. AJUFE, 2002.
- CAMBI, Eduardo. *Jurisprudência lotérica*. Revista dos Tribunais. São Paulo. v. 90. n. 786. p. 108-128. abr./2001.
- CANAN, Ricardo. *Recursos excepcionais – fundamento suficiente, prejudicialidade e questões afins*. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. Vol. 8.

CANOTILHO, J.J. Gomes et. al. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2ª ed. Porto Alegre: SAFE, 1992.

_____. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: SAFE, 1993.

_____; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: SAFE, 1988.

CARDOSO, Oscar Valente. *Eficiência vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal no controle difuso de constitucionalidade*. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo. n. 132. p. 88-97. mar./2014.

_____. *Recurso Extraordinário: juízo de admissibilidade*. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo. n. 133. p. 57-70. abr./ 2014

CARNEIRO, Diogo Ciuffo. *Os requisitos de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário e a sua ilegítima utilização como filtros recursais*. Revista de Processo. São Paulo. v. 33. n. 160. p. 205-232. jun./ 2008.

CARNEIRO, Levi. *Ainda a crise do Supremo Tribunal Federal*. Arquivos do Ministério da Justiça. Brasília. a. 1. n. 2. p. 1-26. ago./1943.

CARPI, Federico. *L'accesso alla Corte di Cassazione italiana i alle corti supreme dei Paesi Europei*. Revista de Processo. São Paulo. v. 37. n. 204. p. 195-207. fev./2012.

CASTRO, Marcello et. al. *Tutela de urgência para obtenção de efeito suspensivo ao julgado impugnado por recurso extraordinário*. In: DANTAS, Bruno et al. (orgs.). *Novas tendências do Processo Civil: estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil*. Salvador: Juspodivm, 2014. Vol. II.

CAVALCANTE, Mantovanni Colares. *Recursos Especial e Extraordinário*. São Paulo: Dialética, 2003.

COCCIA, Alessandro. *Storia e struttura della Corte di Cassazione*. In: LEVITA, Luigi (coord.). *Il ricorso per cassazione: la nuova disciplina del giudizio di legittimità*. Matelica: Nuova Guiridica, 2014.

CONCENTINO, Luciana de Castro. *A nova sistemática do recurso extraordinário*. Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil. São Paulo. v. 11 n. 61. p. 114-130. set.- out./ 2009.

CORRÊA, Oscar Dias. *O 160º aniversário do STF e o novo texto constitucional*. Arquivos do Ministério da Justiça. Brasília. a. 41. n. 173. p. 67-88. jul.-set./1988.

_____. *A crise da Constituição, a Constituinte e o Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. *A "objetivação" no processo civil: as características do processo objetivo no procedimento recursal*. Revista de Processo. São Paulo. v. 34 n. 178. p. 220-226. dez./2009.

_____. *O cabimento do recurso extraordinário pela alínea "a" do art. 102, III, da Constituição Federal e a "causa de pedir aberta"*. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Vol. 11.

_____. *O futuro da recorribilidade extraordinária e o Novo Código de Processo Civil*. In: CAMARGO, Luiz Henrique Volpe et al. (orgs.). *Novas tendências do Processo Civil: estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil*. Salvador: Juspodivm, 2014. Vol. III.

COUTURE, Eduardo J. *Interpretação das leis processuais*. São Paulo: Max Limonad, 1956.

CRETELLA NETO, José. *Fundamentos principiológicos do processo civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CUNHA, Guilherme Cardoso Antunes da. *O esvaziamento do controle difuso de constitucionalidade e o enfraquecimento da democracia: as influências das recentes reformas constitucionais e processuais e do positivismo jurídico*. Revista da AJURIS. Porto Alegre. a. XXXIX. n. 125. p. 99-118. mar./2012.

CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 13ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. Vol. 3.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. *Princípios Constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *O recurso extraordinário, a repercussão geral e a mula de Tales*. In: Cadernos de Soluções Constitucionais. São Paulo: Malheiros, 2003, vol. 3.

DANTAS, Bruno; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores no Direito Brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. *Repercussão Geral*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Repercussão Geral: algumas lições da Corte Suprema Argentina ao Supremo Tribunal Federal Brasileiro*. In: ABREU, Pedro Manoel; LAMY, Eduardo; OLIVEIRA,

Pedro Miranda de. *Processo Civil em movimento: diretrizes para o Novo CPC*. Florianópolis: Grupo Conceito, 2013.

_____. et. al. (coords.). *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DANTAS, Ivo. *Teoria do Processo Constitucional – uma breve visão pessoal*. In: LARREA, Arturo Zaldívar Lelo de; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *Estudos de Direito Processual Constitucional: homenagem brasileira a Héctor Fix-Zamudio*. São Paulo: Malheiros, 2009.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Direito Processual constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DECOMAIN, Pedro Roberto. *A função constitucional do recurso extraordinário*. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo. n. 121. p. 133-142. abr. /2013.

DELLORE, Luiz; SILVEIRA, Jailton Zanon da. *Da repercussão geral e de seus reflexos em relação aos litigantes: o exemplo da Caixa Econômica Federal*. In: DANTAS, Bruno; FREIRE, Alexandre; FUX Luiz (coords.). *Repercussão geral da questão constitucional*. Rio de Janeiro: Forense: 2014.

_____. et. al. *A jurisprudência defensiva ainda pulsa no Novo CPC*. In: Consultor Jurídico. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2013-set-06/jurisprudencia-defensiva-ainda-pulsa-codigo-processo-civil>>. Acesso em 08 de novembro de 2015.

DEZORZI, Diego; SCHWARTZ, Germano. *A história da Corte Suprema no Brasil: da Casa da Suplicação até a criação do Supremo Tribunal Federal*. Revista da AJURIS. Porto Alegre. a. XXXV. n. 112. p. 101-116. dez./2008.

_____. *Previsão constitucional e pressupostos de admissibilidade do recurso extraordinário*. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo. n. 122. p. 126-143. abr. /2013.

DIAS, Jean Carlos. *A inaplicabilidade da tese da ofensa indireta aos casos de violação ao direito fundamental ao devido processo legal*. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo. n. 48. p. 35-40. mar./2007.

DIDIER JR., Fredie; WAMBIER, Luiz Rodrigues; GOMES JR., Luiz Manoel (orgs.) *Constituição e processo*. Salvador: Jvspodium, 2007.

_____. *Transformações do Recurso Extraordinário*. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. Vol. 10.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil moderno*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. Vol. I.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. Vol. I.

_____. *Nova era do Processo Civil*. 4ªed. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. *Os efeitos dos recursos*. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Vol. 5.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3ªed. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

_____. *Uma questão de princípio*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Princípios constitucionais e atividade jurídico-administrativa: anotações em torno de questões contemporâneas*. In: LEITE, George Salomão(org.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *A organização e o funcionamento do Poder Judiciário*. Revista Forense. Rio de Janeiro. v. 155. a. 51. p. 97-115. set.-out./1954.

FALCÃO, Djaci. *O Poder Judiciário e nova Carta Constitucional*. Arquivos do Ministério da Justiça. Brasília. a. 41. n. 173. p. 7-13. jul.-set./1988.

FARIA, Márcio Carvalho. *O Novo Código de Processo Civil vs. a jurisprudência defensiva*. In: CAMARGO, Luiz Henrique Volpe et al. (orgs.). *Novas tendências do Processo Civil: estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil*. Salvador: Juspodivm, 2014. Vol. III.

_____. *A jurisprudência defensiva dos tribunais superiores e a ratificação necessária (?) de alguns recursos excepcionais*. Revista de Processo. São Paulo. v. 34. n. 167. p. 250-269. jan./ 2009.

FARINA, Fernanda Mercier Querido. *Jurisprudência defensiva e a função dos tribunais superiores*. Revista de Processo. São Paulo. v. 37. n. 209. p. 105-144. jul./ 2012

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

FILARDI, Hugo. *Conceito de ofensa direta à constituição para fins de cabimento de recurso extraordinário: normas constitucionais abertas de direito processual, inafastabilidade da*

tutela jurisdiccional e motivação das decisões judiciais. Revista de Processo. São Paulo. v. 33. n. 155. p. 267-281. jan./2008.

FIX –ZAMUDIO, Héctor. *Breves reflexiones sobre la naturaleza, estructura y funciones de los organismos jurisdiccionales especializados en la resolución de procesos constitucionales*. In: GÓMEZ, Juan Veja; SOSA, Edgar Corzo (coord.). *Tribunales y justicia constitucional: memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. México D.F.: Editora UNAM, 2002.

FONSECA, João Francisco Naves da. *A profundidade do efeitos devolutivo nos recursos extraordinário e especial: o que significa a expressão “julgará o processo, aplicando o direito” (CPC/2015, art. 1.034)?*. Revista do Advogado - AASP. São Paulo. a. XXXV. n. 126. p. 124-130. mai./2015.

FONSECA, Rodrigo Garcia da. *O papel do Supremo Tribunal Federal e a repercussão no Recurso Extraordinário*. In: JOBIM, Eduardo; MARTINS, Ives Gandra da Silva (coords.). *O Processo na Constituição*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

FRANÇOLIM, Wanessa de Castro. *O juízo de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário exercido pelo tribunal local*. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. Vol. 9.

GAIO JR., Antônio Pereira. *A repercussão geral e a multiplicidade dos recursos repetitivos no STF e STJ*. In: NOVELINO, Marcelo. *Leituras Complementares de Constitucional: controle de constitucionalidade*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

GALLI, Marcelo. *Jurisprudência defensiva é "injustiça no varejo para justiça no atacado", diz ministro*. In: Consultor Jurídico. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-23/jurisprudencia-defensiva-injustica-varejo-ministro>>. Acesso em 25 de agosto de 2016.

GARLICKI, Lech. *Constitutional Courts vs. Supreme Courts*. International Journal of Constitutional Law. Oxford. v. 5. n. 1. p. 44-68. 2007.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

GREENE, Jamal. *The Supreme Court as a Constitutional Court: Noel Canning and judicial design*. Harvard Law Review. Cambridge. v. 128. n. 1. p. 124-139. nov./2014.

GRECO, Leonardo. *Publicismo e Privatismo no Processo Civil*. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (orgs.). *Princípios e temas gerais do processo*

civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Coleção Doutrinas Essenciais: Processo Civil, vol. I.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

_____. *Princípios processuais e princípios de Direito Administrativo no quadro das garantias constitucionais*. In: LARREA, Arturo Zaldívar Lelo de; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *Estudos de Direito Processual Constitucional: homenagem brasileira a Héctor Fix-Zamudio*. São Paulo: Malheiros, 2009.

GUEIROS, Nehemias. *A crise do Supremo Tribunal Federal*. In: *2ª Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1961.

HESSE, Conrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: SAFE, 1991.

HIRSCH, Fábio Periandro de Almeida. *Recurso Extraordinário e ofensa reflexa à Constituição*. Salvador: Juspodivm, 2009.

HORBACH, Carlos Bastide. *É preciso definir a função do Supremo Tribunal Federal*. In: Consultor Jurídico. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-mar-22/observatorio-constitucional-preciso-definir-funcao-supremo-tribunal-federal>>. Acesso em 1º de julho de 2016.

JOBIM, Marco Félix. *Medidas estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

JORGE, Flávio Cheim. *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Teoria Pura do Direito*. 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. *Teoria geral do direito e do Estado*. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KERSTEN, Ignacio Mendez. *Abstrativização do recurso extraordinário: uma nova perspectiva*. Revista Jurídica Consulex. Brasília. v. 15 n. 355. p. 20-21. nov./2011.

LABOULAYE, Édouard et al. *O poder Judiciário e a Constituição*. Porto Alegre: AGE, 1977.

LAMY Eduardo. *Explicitando a repercussão geral para a admissão do Recurso Extraordinário*. In: ABREU, Pedro Manoel; LAMY, Eduardo; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Processo Civil em movimento: diretrizes para o Novo CPC*. Florianópolis: Grupo Conceito, 2013.

- LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *Da expressa proibição à decisão-surpresa no Novo CPC*. Revista do Advogado - AASP. São Paulo. a. XXXV. n. 126. p. 162-168. mai./2015.
- LAZZARI, João Batista. *Obstáculos e soluções para tornar o sistema de justiça brasileiro mais acessível, ágil e efetivo e a morosidade do Supremo Tribunal Federal no julgamento dos leading cases de repercussão geral*. Revista Forense. Rio de Janeiro. v. 417. a. 109. p. 97-115. jan.- jun./2013.
- LENZ, Carlos Eduardo Thompson Flores. *Evolução do controle de constitucionalidade no Brasil*. Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Porto Alegre. a. 25. n. 85. p. 95-142. 2014.
- LEONEL, Ricardo de Barros. *Garantismo e direito processual constitucional*. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elie Pierre (coords.). *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.
- _____. *Recurso Extraordinário e controle objetivo de constitucionalidade na Justiça Estadual*. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Vol. 11.
- LESSA, Pedro. *Do poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915.
- LIMA, Francisco Gérson Marques de. *Fundamentos constitucionais do processo*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MACIEL, Adhemar Ferreira. *Restrição à admissibilidade de recursos na Suprema Corte dos Estados Unidos e no Supremo Tribunal Federal do Brasil*. Revista de Informação Legislativa. Brasília. a. 43, n. 170. p. 7-15. jun./2006.
- MAGALHÃES, Bruno Baía; SILVA, Sandoval Alves. *Quem vê ementa, não vê precedente: ementismo e precedentes judiciais no projeto do CPC*. In: FREIRE, Alexandre et. al. *Novas Tendências do Processo Civil: estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil*. Salvador: Juspodivm, 2014. Vol II.
- MADOZ, Wagner Amorim. *Recurso Extraordinário pela alínea a*. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. Vol. 9.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; JOBIM, Eduardo (Coord.). *O processo na Constituição*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MAYER, Rafael. *Do Supremo Tribunal de Justiça ao Supremo Tribunal Federal*. Arquivos do Ministério da Justiça. Brasília. a. 41. n. 173. p. 3-23. jul.-set./1988.

MEDINA, José Miguel de Garcia. *Prequestionamento e repercussão geral: e outras questões relativas aos recursos Extraordinário e Especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recursos e ações autônomas de impugnação*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Direito Processual Constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MENDES, Aluisio; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. *Reflexos do writ of certiorari no cenário do common law e na repercussão geral*. In: DANTAS, Bruno; FREIRE, Alexandre; FUX Luiz (coords.). *Repercussão geral da questão constitucional*. Rio de Janeiro: Forense: 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MENEGAT, Fernando. *O STJ e o controle difuso de constitucionalidade: da guerra ao diálogo entre as Cortes Supremas*. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Vol. II.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *Teses, estudos e pareceres de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. Tomo IV.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1975. Tomos VI e VIII.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MOCCI, Mauro. *Filtro in apelo: como applicare la riforma*. Santarcangelo di Romagna: Maggioli, 2013.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. *Direito Constitucional*. 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da Constituição*. São Paulo: Atlas, 2003.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. Vol. V.

_____. *A constitucionalização do processo no direito brasileiro*. In: LARREA, Arturo Zaldívar Lelo de; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *Estudos de Direito Processual Constitucional: homenagem brasileira a Héctor Fix-Zamudio*. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *O novo processo civil brasileiro*. 25ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 2007. Nona série.

MUNIZ, Tânia Lobo; PAULA, Lucas Franco de. *Sobre a aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes das sentenças proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no controle difuso*. Revista Jurídica. Brasília. a. 60. n. 415, p. 59-79. mai./2012.

NAGIB, Miguel. *A técnica de julgamento do Recurso Extraordinário, essa desconhecida*. In: FUCK, Luciano Felício; HORBACH, Beatriz Bastide. *O Supremo por seus assessores*. São Paulo: Almedina, 2014.

NEGRÃO, Theotônio. *Uma nova estrutura para o Judiciário*. Revista dos Tribunais. São Paulo. a. 78. v. 639. p. 242-247. jan./1989.

NEREY JR., Nelson. *Codificação ou não do processo coletivo?!*. De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte. n. 7. p. 147-156. jul./dez. 2006.

_____. *Princípios do Processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Teoria Geral dos Recursos*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NETTO, Guilherme Magaldi. *O Supremo em crise*. In: Jota: notícias jurídicas. Disponível em <<http://jota.uol.com.br/o-supremo-em-crise>>. Acesso em 12 de julho de 2016.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

_____. *Entre hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *O Processo Civil na perspectiva dos direitos fundamentais*. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (orgs.). *Princípios e temas gerais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Coleção Doutrinas Essenciais: Processo Civil, vol. 1.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Recurso Extraordinário e o requisito da repercussão geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. *Embargos declaratórios: efeito integrativo (prequestionamento virtual)*. In: CAMARGO, Luiz Henrique Volpe et al. (orgs.). *Novas tendências do Processo Civil: estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil*. Salvador: Juspodivm, 2014. Vol. III.

OMMATI, José Emílio Medauar. *Ofensa reflexa à Constituição: ofensa direta à Constituição*. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. Vol. 10.

OTEIZA, Eduardo. *A função das Cortes Supremas na América Latina*. Revista de Processo. São Paulo. v. 35. n. 187. p. 182-230. set./2010.

PALERMO, Fernanda Kellner de Oliveira. *Instrumentos processuais de garantia no direito dos Estados Unidos da América*. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo. a. 14. n. 54. p. 343-361. jan.-mar./2006.

PASSOS, J.J. Calmon de. *Da arguição de relevância no recurso extraordinário*. Revista Forense. Rio de Janeiro. a. 73. v. 259. p. 11-22. jul.-set./1977.

PIGNATARI, Alessandra Aparecida Calvoso Gomes. *Efeitos processuais no controle judicial de constitucionalidade*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

- PINTO, José Guilherme Berman C. *O writ of certiorari*. Revista Jurídica da Presidência. Brasília. v. 9. n. 86. p. 87-103. ago.-set./2007.
- PINTO, Vallentina Mello Ferreira. *A comparison between the writ of certiorari in the United States and the extraordinary appeal's general repercussion requisite in Brazil*. Revista de Processo. São Paulo. v. 35. n. 187. p. 113-140. set./2010.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- PROBST, Paulo Vitor da Silva. *A objetivação do recurso extraordinário*. Revista de Processo. São Paulo. v. 36. n. 197. p. 67-105. jul./2011.
- RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. *Quem deve ser o guardião da Constituição? Do Poder Moderador ao Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.
- RODRIGUES, Fernando Anselmo. *Requisitos de Admissibilidade do recurso especial e do recurso extraordinário*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- RODRIGUES, Leda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1965. Vols. 1, 2 e 3.
- ROQUE, André Vasconcelos. *Da "objetivação do recurso extraordinário" à valoração da jurisprudência: common law à brasileira?*. In: FUX, Luiz (coord). *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- SABINO, Marco Antônio da Costa. *Restrições ilegítimas à admissibilidade de recursos extremos. O princípio da não surpresa processual*. Revista Dialética de Direito Processual. n. 103. p. 88-109. Out./ 2011
- SANCHES, Sydney. *O Supremo Tribunal Federal na nova Constituição*. Arquivos do Ministério da Justiça. Brasília. a. 41. n. 173. p. 89-97. jul.-set./1988.
- SANTANA, Alexandre Ávalo. *Os princípios do Novo CPC e a tutela eficiente em tempo razoável*. In: DANTAS, Bruno et al. (orgs.). *Novas tendências do Processo Civil: estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil*. Salvador: Juspodivm, 2014. Vol. II.
- SANTOS, Fábio José Moreira dos. *A ofensa direta e frontal à Constituição Federal como pressuposto de cabimento do recurso extraordinário segundo a jurisprudência do STF*. In:

- NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Vol. 6.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1979. Vol. 3.
- SANTOS, Roberto A. O. *A crise do Supremo Tribunal Federal: uma proposta*. Revista de Direito Público. São Paulo. a. XX. n. 82. p. 115-126. abr.-jun./1987.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- _____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- _____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 12ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- SILVA, Evandro Lins e. *O Supremo Tribunal Federal ontem e hoje*. In: *Anais do Seminário O Supremo Tribunal Federal na História Republicana*. AJUFE, 2002.
- SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- _____. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- _____. *Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963.
- SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- _____. *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte. n. 1. p. 607-630. jan.-jun./2003.
- SILVA NETO, Francisco de Barros e. *Paradoxos do recurso extraordinário como ferramenta do direito processual constitucional*. Revista de Processo. São Paulo. v. 36. n. 201. p. 45-58. nov./2011.
- SILVEIRA, José Néri da. *A dimensão política do Judiciário e a nova Constituição*. Arquivos do Ministério da Justiça. Brasília. a. 41. n. 173. p. 49-66. jul.-set./1988.

SOUZA, Artur César. *Novo CPC pode estrangular recurso extraordinário e o recurso especial*. In: Consultor Jurídico. Disponível em < <http://www.conjur.com.br/2015-mar-23/artur-souza-cpc-estrangular-recurso-extraordinario>>. Acesso em 26 de junho de 2015.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e decisão jurídica*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TARUFFO, Michele. *Il vertice ambiguo: saggi sulla cassazione civile*. Bologna: Il Mulino, 1991.

_____. *Le funzioni delle corti supreme tra uniformità e giustizia*. Revista Eletrônica de Direito Processual. Rio de Janeiro. vol. 14. n. 1. p. 438-449. jul.-dez./2014.

_____. *Observações sobre os modelos processuais de civil law e de common law*. São Paulo. Revista de Processo. vol. 28. n. 110. p. 141-158. abr.-jun./2003.

TAVARES, André Ramos. *Teoria da Justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. et al. *Cadernos de soluções constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2008. Vol. 3.

_____. *Tribunal e jurisdição constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 1998.

TEDESCO, Paulo Camargo. *Jurisprudência defensiva de segunda geração*. Revista de Processo. São Paulo. v. 35. n. 182. p. 259-290. abr./2010.

THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. Vol. 1.

TORRES, Artur Luis Pereira. *Constituição, Processo e Contemporaneidade: o modelo constitucional do processo brasileiro*. Revista Eletrônica Temas Atuais do Processo Civil. v. 1. n. 2. p. 44-81. ago./2011.

VAUGHN, Gustavo Fávero. *A jurisprudência defensiva no STJ à luz dos princípios do acesso à justiça e da celeridade processual*. Revista de Processo. São Paulo. v. 41. n. 253. p. 339-373. abr./2016.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Supremocracia*. Revista Direito GV. São Paulo. v. 4. n. 2, p. 441-464. jul.-dez./2008.

WALD, Arnoldo. *O novo Supremo Tribunal Federal*. Revista dos Tribunais. São Paulo. a. 99. v. 901. p. 85-102. nov./2010.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Repercussão Geral: como transformá-la num instituto adequado à magnitude da missão de uma Corte Superior?* In: DANTAS, Bruno; FREIRE, Alexandre; FUX Luiz (coords.). *Repercussão geral da questão constitucional*. Rio de Janeiro: Forense: 2014.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law*. Revista de Processo. São Paulo. v. 34. n. 172. p. 121-174. jun./2009.

_____. *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e Ação Rescisória*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Restrições indevidas ao direito de recorrer*. Revista de Processo. São Paulo. v. 30. n. 130. p. 249-251. dez./2005.

YABLON, Robert M. *Justice Sotomayor and the Supreme Court's Certiorari Process*. Yale Law Journal. New Haven. v. 123. p. 551-564. mar./2014.

ZANETTI JR., Hermes. *Brasil: um país de "common law"? As tradições jurídicas de "common law" e "civil law" e a experiência da Constituição brasileira como constitucionalismo híbrido*. In: DIDIER JR., Fredie; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Pontes de Miranda e o Direito Processual*. Salvador: Juspodivm, 2013.