

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

**Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão
Curso de Especialização em Direito Processual Civil em Módulos**

**ADMISSIBILIDADE DOS RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO:
AFRONTA INDIRETA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

**PUC/SP COGEAE
São Paulo
2012**

ANNA PAOLA DE SOUZA BONAGURA

**ADMISSIBILIDADE DOS RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO:
AFRONTA INDIRETA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

Monografia apresentada à Pontifícia Universidade
Católica de São Paulo, como exigência parcial para
obtenção do título de **Especialista em Direito Processual Civil**,
sob a orientação do Professor Doutor Sérgio Shimura

À minha querida mãe, Regina.

Meus sinceros agradecimentos
aos amigos da AFN, por fazerem nascer em mim
a paixão pelo processo civil.
Aos professores do curso de especialização
pela contribuição na minha formação.
Ao professor Francisco Caseiro,
pelo incentivo, apoio e amizade.
À professora Rita Curvo,
pela oportunidade de assisti-la nas aulas de Direito
Civil da PUC e especialmente pela compreensão e
apoio durante a elaboração deste trabalho.
Aos amigos da especialização pelo agradável convívio,
enriquecedoras discussões, carinho e amizade.
Ao Ricardo Vick e ao Marcelo Bottura pela parceria
nos finais de semana na Biblioteca Municipal Viriato
Correa, durante a elaboração deste trabalho.
Ao professor Sérgio Shimura,
pela disponibilidade, orientação e dedicação.
A todos o meu muito obrigada.

Resumo

Esse trabalho tem como objetivo estudar os requisitos de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário, especialmente no que diz respeito à afronta à Constituição Federal. Tratará da chamada Crise do STF, suas razões e mecanismos de superação. Desenvolverá um estudo acerca competência recursal da Suprema Corte dos Estados Unidos e do Brasil, com vistas a demonstrar as diferenças existentes entre os sistemas destes dois países. Desenvolverá, ainda, pesquisa acerca da jurisprudência defensiva do STJ e STF com enfoque na afronta à Constituição Federal, tema central deste trabalho.

Palavras-chave: Admissibilidade recursal, Recurso Especial, Recurso extraordinário, Afronta indireta ou reflexa, Constituição Federal.

Índice

1.	Introdução	7
2.	Crise do STF	8
a.	Criação do STJ	13
b.	Arguição de relevância e repercussão geral	15
c.	Jurisprudência defensiva	19
d.	Aumento do número de ministros no STF	21
3.	Constituição Americana e Suprema Corte Americana	24
a.	<i>Common law</i>	24
b.	Organização judiciária americana	25
c.	<i>Writ of error</i> e <i>writ of certiorari</i>	28
4.	Recursos excepcionais	32
a.	Hipóteses de cabimento dos recursos excepcionais	45
b.	Condições de admissibilidade dos recursos excepcionais	47
c.	Condições de admissibilidade específicas do recurso extraordinário	67
	Repercussão geral	67
	Ofensa direta à norma constitucional	72
d.	Interposição simultânea do recurso especial e recurso extraordinário	72
5.	Afronta à Constituição Federal direta e indireta e os princípios constitucionais	74
6.	Conclusão	89
7.	Referências	91

1. Introdução

Este trabalho abordará a polêmica da análise da (in)admissibilidade de recursos extraordinários e especiais por contrariedade à Constituição Federal (art. 102, II, “a” da CF), especialmente quanto à chamada afronta reflexa.

Para tanto, no capítulo 1, será feita uma digressão à chamada crise do STF, às tentativas de remediar o excesso de processos que chegam à corte suprema, passando pela criação do STJ, arguição de relevância e repercussão geral como filtros de acesso ao Supremo Tribunal, o desenvolvimento da chamada jurisprudência defensiva e o aumento do número de ministros.

O capítulo 2 tratará da Suprema Corte Americana e do *writ of error*, recurso em que se baseia o recurso extraordinário brasileiro e do *writ of certiorari* donde sucede o instituto da repercussão geral. Esta tratativa visa demonstrar ao leitor que as comparações, que usualmente se fazem entre a Suprema Corte Americana (e o número de processos que lá se julgam) e a Corte Suprema Brasileira (e o volume de processos que aqui se julgam), merecem ressalvas, dadas as substanciais diferenças entre a organização política e judiciária, a extensão do texto constitucional e o Direito (*common law* e *civil law*) entre estes dois países.

Em seguida, o capítulo 3 tratará dos recursos excepcionais (recurso especial e extraordinário), descrevendo suas hipóteses de cabimento e condições de admissibilidade, inclusive repercussão geral. Aproveitaremos ainda para tratar da possibilidade de interposição simultânea destes recursos e suas consequências no processo.

Por fim, será abordada a questão central do tema deste trabalho, a afronta à Constituição Federal, desenvolvendo um estudo jurisprudencial do posicionamento do STJ e do STF a respeito, e traçando um paralelo com os princípios constitucionais e o projeto de novo código de processo civil.

Espera-se, assim, trazer elementos para uma análise crítica, técnica e científica da questão.

2. Crise do STF

A chamada crise do STF, que há décadas se alastra, decorre, segundo doutrina de Athos Gusmão Carneiro¹, da infinidade de feitos que chegam ao STF em comparação com a quantidade de feitos que a Corte consegue julgar. A consequência disso é a queda da produtividade do Supremo, quantitativa e qualitativamente. Nas palavras daquele doutrinador:

A chamada crise do Supremo Tribunal Federal, pelo número de feitos sempre crescente e absolutamente excessivo, posto a cargo dos integrantes do Excelso Pretório. A par da matéria, em competência originária, derivada do exercício de sua função de Corte Constitucional, também uma multiplicidade de recursos supervenientes de todas as partes de um país sob alto incremento demográfico e com várias regiões em acelerado processo de industrialização e de aumento do setor terciário da economia, acarretando sempre maiores índices de litigiosidade.

A enorme quantidade de processos direcionados ao STF, versando a maior parte deles sobre questões de menor relevância, acaba por prejudicar a resolução de casos que são de fundamental importância para a sociedade brasileira e que realmente merecem ser analisados com mais tempo e parcimônia², a prejudicar a celeridade do processo.

Essa morosidade na prestação jurisdicional é objeto de muitas críticas, que se fundamentam, principalmente, na previsão constitucional da duração razoável do processo (artigo 5.º, LXXVIII da CF).

Entretanto, se for pesquisado mais a fundo, o cerne da crise, que é em verdade a razão da enormidade de feitos que chegam à Corte Suprema brasileira, está na estrutura federativa do Brasil.

É cediço que o recurso extraordinário, cuja competência precípua é do STF, nasceu juntamente com a República e, segundo Araken de Assis³, baseia-se no modelo do *writ of error* norte-

¹ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso especial, agravos e agravo interno*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

² LAMERTUCCI, Leonardo Luis. Breves considerações sobre a repercussão geral das questões constitucionais no recurso extraordinário. www.unibrasil.com.br/arquivos/direito/20092/leonardo-luis-lambertucci.pdf

³ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*, 2. ed. São Paulo: RT, 2008.

-americano.

Ocorre que a organização judiciária e legislativa do Brasil e a dos Estados Unidos divergem sobremaneira, de modo que a comparação entre os recursos excepcionais e as cortes supremas destes dois países merece ressalvas. Semelhançemente aos recursos excepcionais do Brasil, o *writ of error* está *acima da controvérsia das partes*⁴, mas as semelhanças parecem parar por aí.

Conforme preleciona Teresa Arruda Alvim Wambier⁵:

a criação do nosso sistema federativo foi resultado de um caminho inverso daquele que teve lugar nos Estados Unidos. A criação da federação, lá, deveu-se a um movimento das colônias, que, abdicando de sua soberania, a transferiram ao governo central. Coube, então, ao governo central legislar sobre certas e determinadas matérias [...]. No Brasil, as coisas se operaram de maneira inversa. Não houve união de partes, pois partes não havia. Portanto, o poder central no Brasil concebeu artificialmente poder local aos estados, outorgando a eles limitada competência para legislar.

No federalismo americano há um equilíbrio entre a ordem jurídica dos estados e do governo central, eis que é diminuta a competência do poder central e ampla a dos estados federados.

Como é sabido, ocorre justamente o contrário no Brasil: a competência legislativa da União é extremamente extensa, enquanto a competência dos estados é diminuta e residual. Isso tudo leva ao excesso de litígios fundados em legislação federal. Por outro lado, a Constituição americana, como se sabe, é meramente principiológica (ou sintética) e, por consequência, quanto à sua extensão, difere fortemente da Constituição brasileira, classificada como analítica⁶. A nosso ver, é desses dois fatores que decorre a eterna crise que vivem os nossos tribunais superiores.

⁴ *Op.cit.*, p. 244.

⁵ *Idem, ibidem*.

⁶ Quanto à extensão e finalidade, as constituições podem ser classificadas em analíticas (dirigentes) e sintéticas (negativas, garantias). A Constituição brasileira é classificada como analítica, que é definida por Alexandre de Moraes (*Direito Constitucional*, 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 10) como aquela que examina e regulamenta todos os assuntos relevantes à formação, destinação e funcionamento do Estado. Diferencia-se da Constituição sintética que prevê somente os princípios e normas gerais de regência do Estado, organizando-o e limitando seu poder, por meio da estipulação de direitos e garantias fundamentais (exemplo: Constituição norte-americana).

Para superar esta crise é que se criou o STJ, dividindo-se a competência originalmente atribuída ao STF entre estes dois tribunais, como se verá no subitem “a” deste capítulo.

Ainda antes da promulgação da Constituição Federal de 1891, o Decreto 519 de 22.06.1890 do governo provisório já previa em seu art. 59, parágrafo 1º, o cabimento de recurso ao STF com hipóteses muito semelhantes ao previsto no artigo 102, III da Constituição Federal vigente:

das sentenças da justiça dos estados em última instância caberá recurso para o STF: a) quando se questionar a validade ou aplicabilidade de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela; b) quando se contestar a validade de leis ou atos de governos dos estados, em face da Constituição ou das leis federais, e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos os atos impugnados⁷.

Confirmando o relato de Araken de Assis, afirma Mancuso⁸ que, em 11 de outubro daquele mesmo ano, o Decreto 848 em seu artigo 9º fixou a competência do STF mediante cópia *ipsis litteris* do texto da Constituição dos Estados Unidos:

Haverá também recurso para o Supremo Tribunal Federal das sentenças definitivas proferidas pelos tribunais e juízes dos estados: a) quando a decisão houver sido contrária à validade de tratado ou convenção, à aplicabilidade de uma lei do Congresso Federal, finalmente à legitimidade do exercício de qualquer autoridade que haja obrado em nome da União – qualquer que seja a alçada; b) quando a validade de uma lei ou ato de qualquer Estado seja posta em questão como contrária à Constituição, aos Tratados e às Leis Federais, e a decisão tenha sido em favor da validade da lei ou ato; c) quando a interpretação de um preceito constitucional, ou de lei federal, ou de cláusula de um tratado ou convenção, seja posta em questão e a decisão final tenha sido contrária à validade do título, direito e privilégio ou isenção, derivado de preceito ou cláusula.

Sobre a correlação entre o recurso extraordinário e a Constituição dos Estados Unidos⁹, ainda, Humberto Theodoro Júnior:

O recurso extraordinário trata-se de uma criação do Direito Constitucional Brasileiro, inspirado no *Judiciary Act* do Direito norte-

⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. p. 74.

⁸ *Op. cit.*

⁹ A respeito da Constituição Federal dos Estados Unidos, v. capítulo 3 deste trabalho.

americano. Sua finalidade é manter, dentro do sistema federal e da descentralização do poder judiciário, a autoridade e a unidade da Constituição. O cabimento do recurso está previsto no art. 102, nº III, letras a, b, c e d, da Constituição da República, que o admite nas causas julgadas por outros tribunais, em única ou última instância; trata-se de um recurso excepcional, admissível apenas em hipóteses restritas, previstas na Constituição com o fito específico de tutelar a autoridade e aplicação da Carta Magna. Dessas características é que adveio a denominação de “recurso extraordinário”, adotada inicialmente no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, e, posteriormente, consagrada pelas diversas Constituições da República, a partir de 1934.¹⁰

A Constituição Federal de 1926 manteve a competência do STF para julgar e conhecer do recurso extraordinário sempre que envolvida “questão federal” ou “questão constitucional”. Essa amplitude de competência, segundo muitos, é a causa principal da chama crise do STF, traduzida no excesso de recursos a serem julgados.

A confirmar tal assertiva, Calmon de Passos, ainda antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, afirmava que:

A crise do STF se traduz, como vimos, em duas consequências bem determináveis. A primeira delas, o acúmulo de processos sem decisão nesse órgão, visto como o número dos que anualmente nele têm ingresso excede, de muito, o dos que nele conseguem ser julgados [...]. A segunda consequência se traduz na perda de substância dos julgados de nossa mais alta corte de justiça. Eles, que deveriam ser os norteadores de toda a atividade jurisdicional do país, apresentam-se, em sua esmagadora maioria, como frutos modestos, às vezes nada convincentes, por força da pressão intolerável do volume de trabalho exigido dos senhores ministros¹¹.

Considerando o cenário atual, vê-se que, segundo estatísticas extraídas do portal do STF¹², a quantidade de recursos especiais e agravos de instrumento contra despachos denegatórios de recurso extraordinário nos anos de 2008, 2009 e 2010 superou em muito o número de feitos relativos às demais competências do Supremo, tais como reclamações e feitos de competência

¹⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 723.

¹¹ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Da arguição de relevância no recurso extraordinário*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1977. p.12, referido por Mancuso, *op. cit.*

¹² www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=REAIProcessoDistribuido (acesso em 11 jun. 2012)

originária. Em 2011, o percentual de feitos distribuídos foi de quase 50% de recursos extraordinários e agravos de instrumento contra 50% dos feitos relativos às demais competências. Em 2012, com dados atualizados até 29 de fevereiro, o percentual já é de 25%. Por isso, há quem afirme que **a crise do STF é, em verdade, a crise do recurso extraordinário**¹³.

Porcentagem de RE e AI em relação aos processos distribuídos - 1990 a 2012*

Ano	2008	2009	2010	2011	2012*	2013
Total Processos Distribuídos	66.873	42.729	41.014	38.109	3.041	
AI Distribuídos	37.783	24.301	24.801	14.530	337	
% AI / Relação Processos Distribuídos	56,5	56,9	60,5	38,1	11,1	
RE Distribuídos	21.531	8.348	6.735	6.388	447	
% RE / Relação Processos Distribuídos	32,2	19,5	16,4	16,8	14,7	
SOMA RE + AI	59.314	32.649	31.536	20.918	784	
% AI + RE / Relação Processos Distribuídos	88,7	76,4	76,9	54,9	25,8	

A estatística de total de feitos julgados também é alarmante¹⁴. Foram 103.869 processos julgados em 2010, 97.380 em 2011 e 24.483 em 2012 (* dados atualizados até 30 de abril de 2012):

Movimentação STF	2010	2011	2012*
Proc. Autuados	71.670	64.018	18.163
Proc. Distribuídos	41.014	38.109	9.836
Julgamentos	103.869	97.380	24.483
Acórdãos publicados	10.814	14.093	3.529

No intento de diminuir essa carga processual dirigida ao STF, ao longo dos últimos anos, foram instauradas diversas **medidas de contenção**, como será visto a seguir.

¹³ Ministro José Carlos Moreira Alves, referido por Mancuso, p. 76.

¹⁴ *Idem*.

a. Criação do STJ

Considerando a dialética da Constituição brasileira atual e a vasta competência legislativa dos estados (lei federal), é de se imaginar quão imenso seria o número de processos que chegariam à corte suprema, caso o STF ainda fosse competente para julgar tanto questões constitucionais como questões federais.

Em estudo dedicado ao recurso extraordinário, publicado em 1963, ainda na vigência da CF/1946, José Afonso da Silva¹⁵ defendeu a criação de um tribunal superior para resolver a crise do STF, na mesma posição hierárquica do TSE e TST:

Falta um Tribunal Superior correspondente ao TSE e TST para compor as estruturas judiciárias do direito comum, do direito fiscal federal e questões de interesse da União e do direito penal militar. Tal órgão que denominaríamos de Tribunal Superior de Justiça, por uma questão de uniformidade terminológica relativamente aos já existentes, teria como competência fundamental, entre outras, julgar em grau de recurso, as causas decididas em única ou última instância pelos tribunais ou juízes estaduais, dos feitos da Fazenda nacional e militares: a) quando a decisão recorrida fosse contrária à letra de tratado ou lei federal; b) quando se contestasse a validade de lei ou ato do governo local na decisão recorrida a interpretação de lei federal invocada fosse diversa da que lhe haja dado qualquer tribunal estadual ou tribunal militar ou o Tribunal Federal de Recursos, ou divergisse de decisão por ele próprio proferida.

Em 1965, a mesa redonda organizada pelo Instituto de Direito Público e Ciência Política da Fundação Getúlio Vargas (RJ) defendeu a criação de tribunal semelhante. Finalmente, então, a CF/1988 concebeu o STJ, retirando do STF a competência para analisar questões de lei federal, transferindo essa competência ao STJ por meio do recurso especial.

A função precípua do STJ é “proteger a integridade e a uniformidade de interpretação do direito federal infraconstitucional”¹⁶. Para tal sorte, instituiu-se o recurso especial, cuja história, como já se viu, se confunde com a do recurso extraordinário. Entretanto, o recurso especial e o STJ foram pouco promissores em desafogar a máquina judiciária, eis que não foram capazes de pôr fim à

¹⁵ Ref. Araken de Assis, *Op. cit.*, p. 771.

¹⁶ Araken de Assis, *Op. cit.* Citando José Carlos Barbosa Moreira, *Comentários*, n. 318, p. 589.

crise do STF. Ao contrário disso, hoje o Superior Tribunal de Justiça, sobrecarregado de recursos especiais, acabou por cair em idêntica crise. **Segundo estatísticas extraídas do portal do STJ no ano de 2011 foram recebidos 304.224 processos e julgados 317.105 processos (incluindo agravos regimentais e embargos de declaração)**¹⁷.

Araken de Assis¹⁸ responsabiliza a repartição de competência legislativa entre a União e os Estados pela crise do STJ, com o que concordamos. Como já comentado, a competência legislativa da União é gigantesca se comparada com a residual competência dos estados. De acordo com o art. 22, I, da CF¹⁹, somente a União poderá legislar sobre direito civil, direito penal, direito comercial, direito processual civil, etc. Isso faz com quase a totalidade das questões de direito decididas em segunda instância, encontrem previsão na lei federal, tornando o STJ competente para decidir em terceira instância todos estes litígios.

São as palavras de Araken de Assis:

A Justiça Ordinária, administrada pelos Estados-membros, aplica o direito federal na maior parte dos litígios de sua competência, dado que permite realçar a unidade da função jurisdicional no Brasil. Por outro lado, não é só a matéria de fundo regulada pelo direito federal, o que propiciará o exame dos vícios de juízo (*errores in iudicando*) na via especial, mas o direito processual também se insere na vasta competência legislativa da União (art. 22, I, da CF/1988). Assim, o menor erro de atividade (*error in procedendo*) cometido nos milhões de processos que tramitam na Justiça Federal e na Justiça Ordinária constitui matéria idônea no recurso especial. A propalada crise do STJ atingiu o grau máximo e irremediável por conta da quantidade de feitos gerada na configuração de questões federais em cada processo.

Demais disso, entende o prof. Araken de Assis que a repartição de competência entre os diferentes tribunais veio trazer uma problemática de coordenação entre o recurso especial e extraordinário. Isto porque hipóteses existem em que uma mesma decisão infringe igualmente a norma constitucional e infraconstitucional, de modo a caber contra ela recurso especial e

¹⁷ Relatório Estatístico de 2011, www.stj.gov.br/webstj/Processo/Boletim/verpagina.asp?vPag=1&vSeq=175 (acesso em 10 jun. 2012)

¹⁸ *Op. cit.*, p. 774.

¹⁹ Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho; [...]

extraordinário concomitantemente, situação em que a duração do processo nos tribunais superiores, no mínimo, dobra.

b. Arguição de relevância e repercussão geral

A arguição de relevância foi criada pela Emenda Regimental n. 3, de 12.06.1975 (consagrada pela EC 7/1977) e era definida pelo art. 327, parágrafo 1º, do RISTF, “pelos reflexos na ordem jurídica, e considerados os aspectos morais, econômicos, políticos ou sociais da causa, exigir apreciação do recurso extraordinário pelo tribunal”.

Sua criação foi defendida pelo ministro Victor Nunes Leal, sob o argumento de que seria esta a melhor forma de aliviar a sobrecarga de processos do STF, fazendo referência à Suprema Corte Americana, onde, parafraseando Estern e Gressman, “qualquer tipo de questão que chegue à corte suprema sofre um processo preliminar de triagem e somente sobrevive naqueles casos que a corte considera suficientemente importantes ou significativos (*important or meritorius*) para justificar a revisão”.²⁰

O ministro Moreira Alves²¹, a seu turno, faz referência ao *Judiciary Act* de 1925, que “outorgou à Suprema Corte Americana o poder discricionário de só julgar, das questões que lhe são submetidas, as que considerar mais importantes pelo poder público que encerram”. Finaliza afirmando que a decisão em ordem de relevância é política e não jurídica²².

A arguição de relevância sobreviveu no mundo jurídico por 13 anos, até que a CF/1988 deixou de prevê-la.

A atender o clamor daqueles que defendiam o retorno da arguição de relevância, veio a EC 45/2004 invocar a necessidade de se demonstrar a repercussão geral da questão constitucional discutida no caso, a fim de permitir o exame do recurso extraordinário pela corte. Trata-se,

²⁰ MANCUSO, *Op. cit.*, p. 79.

²¹ *Idem, ibidem.*

²² A respeito da Constituição Federal dos Estados Unidos, v. capítulo 3 deste trabalho.

portanto, de um requisito de admissibilidade recursal aplicável ao recurso extraordinário e deverá ser arguida em preliminar do recurso.

Aquela emenda constitucional acrescentou o § 3º ao artigo 102 da Constituição Federal, nos seguintes termos:

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 dos seus membros.

Referido dispositivo constitucional foi regulamentado pela Lei nº 11.418/2006 que, por sua vez, acrescentou os artigos 543-A e 543-B ao Código de Processo Civil, seguindo-se a adequação do regimento interno do Supremo Tribunal Federal.

O Código de Processo Civil define repercussão geral como “existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa”, na decisão que se pretende seja examinada pelo STF. E complementa ainda que “haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária à súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal”. Neste último caso, a repercussão geral é presumida.

O RISTF, por sua vez, define que “para efeito de repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões que, relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, ultrapassem os interesses subjetivos das partes”.

Mais uma vez, vê-se o claro intuito de criar-se um filtro de admissibilidade do recurso, a reduzir a quantidade de casos a serem apreciados pelo Supremo Tribunal Federal.

Para Cassio Scarpinella²³, tendo em vista que a repercussão geral foi aprovada dentro do devido processo legislativo, por meio de emenda constitucional, não há que se falar em inconstitucionalidade do art. 102, parágrafo 3º. No mais, entende que é legítimo que o

²³ *Op. cit.*, p. 292.

“constituinte trate de estabelecer verdadeiros filtros ao acesso ao Supremo Tribunal Federal (e também ao Superior Tribunal de Justiça) para viabilizar que ele melhor desempenhe a sua função, de estabelecer parâmetros seguros e objetivos de aplicação do direito federal em todo o território nacional”.

Referindo-se às palavras do ministro Gilmar Mendes, concorda aquele autor que é “necessária objetivação do Supremo Tribunal Federal, inclusive em sede de recurso extraordinário, deixando esse instrumento de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa da ordem constitucional objetiva”²⁴.

No mesmo caminho da exigência de repercussão geral para admissão dos recursos extraordinários, o art. 896-A da CLT prevê a necessidade de comprovação da transcendência da matéria, com relação aos reflexos gerais de natureza econômica, política, social ou jurídica para o fim de admissão do Recurso de Revista no TST.

A arguição de relevância da questão federal não era exigida em todos os casos, mas apenas nos previstos nas alíneas *a* (negativa de vigência de tratado ou lei federal) e *d* (divergência na interpretação de lei federal) do artigo 119 da CF/1969. Entretanto, no caso da repercussão geral, esse é um requisito de admissibilidade para todo e qualquer recurso extraordinário protocolado depois de 3 de maio de 2007, data em que entrou em vigor a Emenda Regimental nº 21.

Pela igualdade substancial da repercussão geral e da arguição de relevância, Wambier e Medina²⁵ pontuam:

A repercussão geral é um sistema de filtro, idêntico, sob o ponto de vista substancial, ao sistema da relevância, faz com que ao STF cheguem exclusivamente questões cuja importância transcenda à daquela causa em que o recurso foi interposto. Entende-se, com razão, que, dessa forma, o STF será reconduzido a sua verdadeira função que é a de zelar pelo direito objetivo, sua eficácia, sua inteireza e a uniformidade de sua

²⁴ Questão de ordem no RE 556.664/RS j. 21.9.1997, DJ 15.10.2007.

²⁵ ALVIM, Arruda. A EC n. 45 e o instituto da repercussão geral. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (coord.). *Reforma do Judiciário*: Primeiros ensaios críticos sobre a EC 45/2004. São Paulo: RT, 2005. p. 63-99, citado por Leonardo Luis Lambertucci, *Op. cit.*

interpretação, na medida em que os temas trazidos à discussão tenham relevância para a nação.

Semelhante é o entendimento de Dinamarco²⁶:

A exigência da repercussão geral é muito semelhante a uma que já houve no passado (a arguição de relevância), tem o nítido objetivo de reduzir a quantidade dos recursos extraordinários a serem julgados pelo Supremo Tribunal Federal e busca apoio em uma razão de ordem política: mirando o exemplo da Corte Suprema norte-americana, quer agora a Constituição que também a nossa corte só se ocupe de casos de interesse geral, cuja decisão não se confine à esfera de direitos exclusivamente dos litigantes e possa ser útil a grupos inteiros ou a uma grande quantidade de pessoas - daí falar em repercussão geral - e não porque toda decisão que vier a ser tomada em recurso extraordinário vincule todos, com eficácia ou autoridade *erga omnes*, mas porque certamente exercerá influência em julgamentos futuros e poderá até abrir caminho para a edição de uma súmula vinculante.

Para Marinoni e Daniel Mitidiero²⁷, tais mecanismos de filtragem se diferenciam:

A repercussão geral não se confunde com a arguição de relevância a começar pelo desiderato: enquanto a arguição de relevância funcionava como um instituto que visava a possibilitar o conhecimento deste ou daquele recurso extraordinário *a priori* incabível, funcionando como um instituto com característica central exclusiva, a repercussão geral visa a excluir do conhecimento do Supremo Tribunal Federal controvérsias que assim não se caracterizem.

Os próprios conceitos de repercussão geral e arguição de relevância não se confundem. Enquanto este está focado fundamentalmente no conceito de relevância, aquele exige, para além da relevância da controvérsia constitucional, a transcendência da questão debatida. Quanto ao formalismo processual, os institutos também não guardam maiores semelhanças: a arguição de relevância era apreciada em sessão secreta, dispensando fundamentação; a análise da repercussão geral, ao contrário, tem evidentemente de ser examinada em sessão pública com julgamento motivado (art. 93, IX, CF).

E ainda com relação ao que difere a arguição de relevância da repercussão geral, as palavras de Eduardo de Avelar Lamy, referido por Mancuso²⁸:

²⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. O processo civil na reforma constitucional do Poder Judiciário. *Revista Jurídica Unicoc*, Ribeirão Preto, v. 2, p. 6-7. 2005. Citado por Leonardo Luis Lambertucci, *Op. cit.*

²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2007. p. 30- 31. Citado por Leonardo Luis Lambertucci, *Op. cit.*

²⁸ *Op. cit.*, p. 88.

a arguição de relevância tinha objetivo de justificar o conhecimento do recurso extraordinário que não seria admitido as taxativas hipóteses de cabimento. Por sua vez, a repercussão geral é instituto que possui o objetivo de possibilitar o não conhecimento do mesmo recurso, caso possa não haver reflexo da referida decisão junto à sociedade. Logo, o antigo buscava a inclusão, enquanto o atual justifica a exclusão, de feição bastante pragmática: uma alternativa ao congestionamento do STF.

c. Jurisprudência defensiva

A jurisprudência dos tribunais superiores vem, por meio de súmulas, desenvolvendo exigências para a admissibilidade dos recursos excepcionais. São exemplos disso a Súmula 7 do STJ²⁹ e a Súmula 279 do STF³⁰, nas quais se define que estes recursos não se prestam ao reexame da prova; e as súmulas 282 e 356 do STF^{31,32} que tratam da necessidade de prequestionamento.

Estas são interpretações restritivas à admissibilidade dos recursos excepcionais perfeitamente condizentes com a natureza e com a função destes recursos³³ e, portanto, plenamente aceitáveis pela boa técnica processual.

Entretanto se percebe da jurisprudência dos tribunais superiores (tanto STJ como STF) o desenvolvimento da chamada jurisprudência defensiva, a limitar exageradamente o acesso a essas instâncias superiores. Nas palavras do então ministro Humberto Gomes de Barros “para fugir do ‘aviltante destino’ de transformar-se em terceira instância, o STJ adotou a

²⁹ Reexame de prova - Recurso especial. A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial

³⁰ Simples reexame de prova - Cabimento - Recurso extraordinário. Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário

³¹ Admissibilidade - Recurso extraordinário - Questão federal suscitada. É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.

³² Ponto omissis da decisão - Embargos declaratórios - Objeto de recurso extraordinário - Requisito do prequestionamento. 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.

³³ WAMBIER, Luiz Rodrigues, TALAMINI, Eduardo e ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. *Curso avançado de processo civil*. v. 1. Teoria geral do processo e processo de conhecimento. 10. ed. São Paulo: RT, 2008.

jurisprudência defensiva, consistente na criação de entraves e pretextos para impedir a chegada e o conhecimento dos recursos que lhe são dirigidos”³⁴.

Por outro lado, segundo defende o ministro Eros Grau, a aplicação da jurisprudência defensiva “no extremo reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais”³⁵.

São numerosos os exemplos, no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, passíveis de serem enquadrados no conceito de *jurisprudência defensiva*, dentre eles (i) o prestígio irrestrito às formalidades processuais, (ii) interpretação restritiva à possibilidade de arguição de afronta à Constituição Federal (afronta direta/indireta)³⁶, ou os exemplos citados por Teresa Arruda Alvim Wambier³⁷, (iii) quando o carimbo ou protocolo do recurso especial interposto, o agravo de instrumento do art. 544 é inadmissível, sendo irrelevante que o recurso especial tenha sido admitido por tempestivo pela presidência do tribunal recorrido; (iv) criação da resolução da presidência do STJ, nº 4 de 2006, sobre procedimentos para tramitação do agravo do art. 544 em que se poderá não admitir agravo de instrumento manifestadamente inadmissível; ou ainda, conforme jurisprudência citada por Nelson Luis Pinto³⁸: (iv) o precedente de que “se a jurisprudência do STJ consolidou-se no mesmo sentido da decisão objeto do recurso especial, este é manifestamente incabível” (RSTJ 103/41) e (v) a exigência de pré-questionamento explícito³⁹.

Estes são exemplos, nas palavras de Teresa Arruda Alvim Wambier⁴⁰, de “excessos quanto à interpretação dos requisitos dos recursos excepcionais”, tendência esta que vem sendo combatida pelo ministro Gilmar Mendes, do STF, especialmente no que diz respeito à afronta reflexa da Constituição Federal⁴¹.

³⁴ Extraído no sítio do STJ www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105999 (acesso em 10 jun. 2012)

³⁵ HC 84078, Relator ministro EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009.

³⁶ Sobre o tema, v. capítulo 4, subitem “c”, deste trabalho.

³⁷ *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. p. 269.

³⁸ *Manual dos recursos cíveis*, 3. ed. 2002. p. 252.

³⁹ “Insuficiente a simples citação da norma legal, sem esclarecer qual dispositivo está sendo atingido”, STJ Ag Rg no AI 67.252, j. 31.5.95, cit. por Nelson Luis Pinto, *Op. cit.*, p. 214.

⁴⁰ *Op. cit.*, p. 267.

⁴¹ V. capítulo 6 deste trabalho.

d. Aumento do número de ministros no STF

Diante da crise do STF, em estudo publicado em 1974, sugeriu Theotonio Negrão⁴²: “de duas uma: ou se aumenta o número de juízes [do STF] ou se retira do STF o que não lhe é essencial [...]”.

Então, no intuito de amenizar o problema decorrente do excesso de recursos dirigidos ao STF e a dar atenção à primeira alternativa posta por Theotonio Negrão, buscou-se aumentar o número de ministros alterando-se incontáveis vezes a composição do STF, conforme destaca Mancuso⁴³:

Ao longo de sua história, o STF apresentou diversa composição numérica: sob o Império, com o nome de Supremo Tribunal de Justiça, contava dezessete “Juízes Letrados”. No regime instaurado pela Constituição republicana de 1891, compunha-se de quinze juízes. Na Carta de 1934 eram onze seus ministros, número que não se alterou nas Constituições de 1937 e 1946, o Ato Institucional 2 elevou esse número para dezesseis, o que ficou mantido na Carta de 1967. Já em 1969, o Ato Institucional 6 reduziu outra vez a onze os ministros do STF, situação que perdurou na EC 1/69 e que não sofreu alteração na Constituição Federal de 1988 (art.101).

Segundo Mancuso⁴⁴, se a crise do Supremo remonta ao início do século passado e se se resume, principalmente, no crescente número de recursos extraordinários distribuídos, como já se viu, não há de se crer, a seu ver, que o aumento do número de ministros resolvesse ou melhorasse a situação. Tanto que, já na vigência das CF de 1937 e 1946, se falava em sobrecarga do Supremo.

Esta, entretanto, não é a nossa opinião.

Se, diante de uma Constituição Federal analítica, tem-se o inchaço da competência recursal da Suprema Corte, há de se permitir que todas as demandas que ali chegam sejam conhecidas e analisadas com a qualidade técnica que exigem – já que tratam de matéria tão importante: matéria constitucional.

⁴² Citado por MANCUSO, *Op. cit.*, p. 98.

⁴³ MANCUSO, *Op. cit.*, p. 98.

⁴⁴ MANCUSO. *Op. cit.*, p. 100.

Neste aspecto o próprio estudo de Mancuso⁴⁵ faz referência à Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar 35/1979) que prevê o aumento numérico de membros do tribunal somente se o total de processos distribuídos e julgados, durante o ano anterior, superar o de trezentos feitos por juiz.

Ora, de acordo com as estatísticas colacionadas no item “a” supra, o número de feitos apreciados por cada um dos ministros do STF supera em muito o número de trezentos, referido pela Lei Orgânica da Magistratura Nacional, de modo que seria cabível, a princípio, o aumento do número de ministros. Entretanto, este argumento serve apenas como um comparativo, já que o aumento dos ministros do STF depende de Emenda à Constituição Federal, como se sabe.

O ministro aposentado do STJ, Adhemar Ferreira Maciel⁴⁶, defende o aumento de ministros do STJ, traçando um comparativo com o número de habitantes e de ministros das cortes supremas de diversos países.

Segundo ele, a Alemanha, país com população de 83 milhões de habitantes, possui uma corte suprema com competência bem mais restrita que a corte brasileira e é composta por 16 juízes. Em Portugal, cuja população é menor que a da cidade de São Paulo, a corte constitucional é composta por treze juízes. A Espanha, com população de 39 milhões (pouco mais que o dobro da população do estado de Minas Gerais), conta com uma corte composta por doze juízes. A Áustria, menos populosa que a cidade de São Paulo, possui um quadro de 14 juízes na corte constitucional. A Itália, onde vivem 57 milhões de habitantes, dispõe de uma corte de 15 juízes, e a França, com menos de 58 milhões de habitantes, possui 9 juízes em sua corte suprema.

Considerando que o número de habitantes no Brasil já supera 180 milhões, e que, mesmo com a introdução da súmula vinculante e da repercussão geral, o número de feitos continua excessivo, por que não se cogitar o aumento de ministros do STF?

⁴⁵ *Op. cit.*, p. 101.

⁴⁶ In: Restrição à admissibilidade de recursos na suprema corte dos Estados Unidos e no Supremo Tribunal Federal, Revista CEJ, Brasília, n. 33, p. 34.

Medina⁴⁷ vem defendendo igualmente o aumento do número de ministros do STJ e rechaçando a aprovação de projeto de lei que pretende introduzir a repercussão geral da lei federal para fins de admissão do recurso especial.

No entendimento deste doutrinador, a função do STJ, qual seja, unificar a interpretação da norma infraconstitucional, somente será atendida com qualidade se for aumentado o número de ministros. Isto porque, segundo já confirmou o ministro Teori Albino Zavascki⁴⁸, “a carga de trabalho é enorme. Para dar vazão ao volume de processos, necessariamente, tem que se sacrificar a qualidade do julgamento. Ou se busca vencer a quantidade ou se prioriza a qualidade. Não tem milagre”.

A repercussão geral, ao contrário, impediria a completa realização da função do tribunal, pois permitiria que decisões de tribunais locais transitassem em julgado, ainda que em desacordo com a correta interpretação da lei.

Neste capítulo, viu-se que o excesso de processos, responsável pela crise do STF, e mais recentemente pela crise do STJ, advém do modelo constitucional adotado pelo Brasil (Constituição analítica) e da organização política brasileira (centralização da competência legislativa na União e consequente esvaziamento da competência legislativa dos estados e municípios).

Demais disso, viu-se que as estratégias adotadas até o momento para redução do número de processos que chegam ao STF (criação do STJ, arguição de relevância e repercussão geral, jurisprudência defensiva, aumento do número de ministros do STF) não atingiram o resultado esperado, de modo que, a nosso ver, uma alternativa que merece atenção é o novo aumento do número de ministros, tanto no STF como no STJ.

⁴⁷MEDINA, José Miguel Garcia. STJ precisa aumentar número de ministros. Disponível em: www.conjur.com.br/2012-mar-14/stj-aumentar-numero-ministros-vez-reduzir-re (acesso em 30 maio 2012)

⁴⁸ Referido por Medina no texto citado.

3. Constituição Americana e Suprema Corte Americana

No capítulo 2 deste trabalho, foram tratadas brevemente algumas semelhanças e diferenças entre o direito norte-americano e o brasileiro. Quanto à extensão, a Constituição americana e a brasileira diferem entre si, já que a primeira, classificada como sintética pela doutrina constitucionalista, é principiológica, enquanto a brasileira, classificada como analítica, é extensa e detalhada.

Ainda brevemente, foram vistas as diferenças quanto à organização política das federações americana e brasileira e quanto às competências do governo central e dos estados.

Neste capítulo, será aprofundado este estudo, passando pelo *common law* e suas características, pelo sistema recursal norte-americano e, por fim, pelo *writ of error* e *writ of certiorari*, os quais sucedem respectivamente o recurso extraordinário e a repercussão geral brasileira.

O objetivo é discutir a influência do sistema americano no recurso extraordinário brasileiro, especialmente quanto à restrição da admissibilidade das apelações de conhecimento obrigatório na Suprema Corte dos Estados Unidos e, conseqüentemente, do aumento do discricionário *writ of certiorari*. Ver-se-á que semelhante fenômeno ocorre no Brasil, muito embora o sistema americano (judicial – *common law*) se distinga do brasileiro (legal – *civil law*).

Este comparativo servirá de bagagem para que o leitor analise, com as devidas ressalvas, as comparações comumente feitas entre a corte suprema brasileira (e o número de feitos aqui julgados) e a corte norte-americana (e o número de processos lá julgados).

a. Common law

O direito processual norte-americano encontra origem na tradição do *common law* inglês, nascido na Europa feudal. A herança decorre da influência da Grã-Bretanha durante o período colonial.

Foi sob Henrique II, conhecido como “pai” do *common law*, que os juízes passaram a decidir em *circuits*, conhecendo ações nos maiores centros e assumindo o trabalho de cortes locais. As decisões passaram a ser escritas e publicadas. Daí surgiu a prática de que as decisões anteriores (precedentes) deveriam ser citadas como argumentos nas causas futuras⁴⁹.

O *common law* baseia-se em dois elementos principais: o costume e a equidade. Neste sistema, aquilo que a sociedade adota como costume norteia o direito. O costume, por sua vez, produz precedentes que tornam política pública independente de norma escrita.

No sistema do *common law*, o juiz é um guardião de direitos fundamentais, um ator consciente das implicações ético-morais de suas funções profissionais, sensível ao seu meio ambiente, onde encontra bases históricas para definir e fundamentar seus critérios de interpretação e justiça⁵⁰.

Não há propriamente uma ciência de direito processual no *common law*, pois a preocupação primeira neste sistema é a aplicação correta, ordeira, eficiente e previsível dos direitos materiais.

Em contraposição, há o sistema do *civil law*, adotado pelo Brasil. O princípio básico do *civil law* é o da codificação⁵¹. Neste sistema, ao contrário do *common law*, o juiz aplica normas abstratas, gerais e impessoais a casos concretos. O juiz torna-se, portanto, um aplicador de leis.

Vislumbra-se, no sistema do *civil law*, um “engessamento” das regras processuais e a hiper-valorização destas, percebendo-se muitas vezes que a discussão acerca das regras processuais toma espaço das discussões acerca do direito material envolvido, esvaziando o senso de justiça.

b. Organização judiciária americana

A Constituição americana, como se sabe, é meramente principiológica (ou sintética) e por consequência, quanto à sua extensão, difere fortemente da Constituição brasileira. Tanto o é que

⁴⁹ ZACLIS, Lionel. *Op. cit.*, p. 170.

⁵⁰ ZACLIS, Lionel. *Op. cit.*, referindo-se a artigo publicado no *Estado de São Paulo* de 4 abr. 1997, p. A2, sob o título “Um poder à beira de um ataque de nervos”.

⁵¹ ZACLIS, Lionel. *Direito processual estadunidense*. In: *Direito processual civil americano contemporâneo*, São Paulo: Lex, 2008. p. 16.

dedicou apenas um artigo ao poder judiciário (artigo III), instituiu a Suprema Corte dos Estados Unidos apenas com sua competência originária (*Trial Court*), deixando para que o Congresso estabelecesse a sua competência recursal, o número de juízes, bem como a criação de tribunais federais inferiores⁵².

Percebe-se disso a primeira distinção entre a organização judiciária americana e a brasileira: no Brasil, a Constituição Federal prevê a competência de todos os tribunais, superiores, federais, estaduais e especiais.

O artigo III, Seção I, da Constituição americana assim especifica:

O poder judicial dos Estados Unidos deve ser revestido em uma suprema corte, e em outras cortes inferiores que o Congresso pode periodicamente ordenar e estabelecer. Na prática, a suprema corte sempre atuou como um corpo unitário, nunca se dividindo em câmaras ou turmas de juízes para resolver questões específicas⁵³.

Na esfera estadual, cada estado estabelece seu próprio sistema, de modo que há muitas variações. Como regra geral, cada condado dispõe de tribunais de primeira instância, em muitos casos com divisões especializadas por matéria.

Contra as decisões emanadas desses tribunais de primeira instância cabem recursos para os tribunais de apelação (*appellate courts*). Em cada estado, existe um tribunal de última instância, usualmente denominado *The Supreme Court*, o qual, do mesmo modo que a Suprema Corte dos Estados Unidos tem poder discricionário para escolher, mediante *certiorari*, os recursos que pretende julgar. A Suprema Corte dos Estados Unidos também pode exercer jurisdição sobre casos estaduais, quando houver uma questão de direito federal envolvida.

Quando um tribunal de apelação profere uma decisão, ele não apenas decide quem venceu, mas seu julgamento representa um guia importante para os tribunais inferiores a respeito de como

⁵² MACIEL, Adhemar Ferreira. Restrição à admissibilidade de recursos na Corte Suprema dos Estados Unidos e no Supremo Tribunal Federal do Brasil, Revista CEJ, Brasília, n. 33, p. 30, abr/jun 2006.

⁵³ MELLO, Vitor Tadeu Carramão. A repercussão geral e o *writ of certiorari*: breve diferenciação, Revista SJRJ, Rio de Janeiro, n. 26, p. 140, citando. (GRESSMAN, 1990, p. 238.)

solucionar casos similares. É a doutrina do *stare decisis* – de *stare decisis et non quieta movere* (cumprir as decisões e não causar distúrbio em relação aos pontos já definidos).

As justificativas comumente dadas para a doutrina podem ser sintetizadas em: igualdade, previsibilidade, economia e respeito.

Atualmente, existem nos Estados Unidos tribunais federais (*U.S. Court of Appeals*) que atuam como intermediários em relação à corte suprema e à primeira instância federal. Estes tribunais foram inseridos em 1891 com a alteração a Lei Orgânica do Judiciário Federal.

Antes disso, além da competência originária fixada na Constituição Federal, a suprema corte tinha uma ampla competência de revisão obrigatória (*mandatory appeals*), o que após a industrialização dos Estados Unidos fez com que o volume de recursos da suprema corte aumentasse muito.

Em 1869, o número de juízes na suprema corte subiu de seis para nove, sendo um presidente (*chief justice*) e oito juízes membros (*associate justices*), montante que permanece até hoje. A reforma de 1891, além de criar os *Court of Appeals*, criou a figura do *writ of certiorari* que possui raízes no *common law*. Este instituto será visto com mais detalhes no próximo tópico.

Todos os estados garantem às partes pelo menos um recurso contra o julgamento ocorrido num tribunal distrital, sendo que alguns permitem dois recursos, junto ao tribunal de apelações e outro perante a suprema corte americana. Entretanto, em geral, os tribunais não conhecem recursos fundamentados em reapreciação de prova. O conceito é meio nebuloso, mas, a princípio, pode-se afirmar que os tribunais limitam a revisão dos julgados a questões de direito⁵⁴.

Os tribunais federais são órgãos de jurisdição limitada, enquanto os tribunais estaduais conhecem diversos tipos de matérias que estão além da jurisdição dos tribunais federais. Em verdade, o escopo do *common law* federal é relativamente estreito, limitado a temas federais não disciplinados por uma lei formal (*statute*).

⁵⁴ ZACLIS. *Op. cit.*, p. 195.

Os tribunais federais normalmente têm competência para conhecer ações cíveis em três situações: (i) quando as partes são domiciliadas em diferentes estados e a controvérsia supera U\$ 50,000. (ii) quando houver previsão federal específica; (iii) quando o litígio envolver o governo federal ou seus agentes.

A atribuição de interpretar a Constituição é exclusiva dos tribunais federais, cabendo-lhes, outrossim, o exame da constitucionalidade das leis federais e estaduais.

A jurisdição dos estaduais possui muitas variáveis, que não somente o domicílio das partes. É possível que a jurisdição de um estado atinja pessoa física ou jurídica domiciliada noutro estado, quando suas atividades puderem resultar em danos dentro deste estado.

A Constituição é a lei suprema dos Estados Unidos, estabelecendo as bases do governo e garantindo a liberdade e os direitos de todos os seus cidadãos. Nenhuma lei pode contrariar qualquer dos princípios constitucionais e nenhuma autoridade governamental é isenta de obedecer a ela.

A Suprema Corte dos Estados Unidos conhece recursos contra decisões dos tribunais de apelação cujo caso possua relevância, e, no entendimento dos membros da corte, mereça ser conhecido. A deliberação da relevância é feita por meio do incidente conhecido como *certiorari*, como se verá no tópico seguinte.

Como a Federação americana surgiu da associação de estados independentes⁵⁵ e os estados federais, por esta razão, possuem vasta competência legislativa, o que normalmente ocorre é que a maior parte dos litígios acaba na justiça estadual.

c. Writ of error e writ of certiorari

A Constituição americana foi o primeiro paradigma utilizado pelo direito constitucional brasileiro.

⁵⁵ Ver comentários de Teresa Arruda Alvim Wambier na nota de rodapé n. 5, deste trabalho.

O governo provisório do Brasil, em 1890, antes do advento da Constituição definitiva de 1891, baixou o Decreto n. 848, espelhado no *Judiciary Act* de 1789. Neste *act* estava previsto um “*recurso judicial*” contra decisões finais dos tribunais estaduais, quando discutida a validade de lei federal ou tratado, ou quando fossem contrárias à Constituição Federal. Esse recurso era chamado de *writ of error*, pois o recorrente, ao interpor o recurso, alegava um *error in procedendo* ou *error in judicando* — ou em outras palavras *error of law* (erro de direito).

Esse *writ of error* foi a origem do recurso extraordinário.

Ironicamente, um ano após a publicação da lei que previu o hoje recurso extraordinário, a lei norte-americana foi modificada, substituindo-se o *writ of error* pelo *writ of certiorari*. Até a Suprema Corte dos Estados Unidos atuava como um tribunal de revisão, julgando os *mandatory appeals*. Com a industrialização do país e o consequente aumento de litígios, alterou-se o *Judiciary Act* de 1789, criando-se os Tribunais Regionais Federais (*U.S Courts of Appeals*), reduzindo-se os *mandatory appeals* e instituindo o *writ of certiorari*.

Este instituto criava um *discretionary power* à Suprema Corte, por meio do qual os juízes poderiam “escolher” quais processos iriam julgar.

Com o passar do tempo e o aumento no volume de recursos, outras reformas vieram, até que se chegasse ao quadro atual. Com as reformas de 1925 e 1988 os *mandatory appeals* praticamente desapareceram e o *writ of certionary*, por sua vez, assumiu hipóteses restritivas de admissão estabelecidas no Regimento Interno da Corte Suprema (U.S. S. C. Rules - Rule n. 10), estando ainda sujeito ao critério subjetivo de relevância, cujo fundamento é discricionário. Em verdade, um *writ of certionary* atualmente será admitido, apenas se quatro dos nove juízes entenderem que a questão é relevante para o país e para a sociedade⁵⁶. Esta é a chamada *rule of four*⁵⁷.

⁵⁶ MACIEL, Adhemar Ferreira. *Op. cit.*, p. 39.

⁵⁷ MELLO, Vitor Tadeu Carramão. A repercussão geral e o *writ of certiorari*: breve diferenciação. Revista SJRJ, Rio de Janeiro, n. 26, p. 141.

No Brasil, o critério da relevância veio a ser introduzido somente em 1969, sendo abolido com a promulgação da Constituição de 1988. Com a EC/45 introduziu-se semelhante instituto (repercussão geral) como se viu no capítulo 2, item “b”, deste trabalho, e como será visto no capítulo 4, item “c”, a seguir.

No direito americano, a introdução destes mecanismos de restrição de acesso à suprema corte foi mais fácil, eis que o direito lá se baseia no *common law*, ou seja, é predominantemente judicial e jurisprudencial. No Brasil, vivemos o sistema do *civil law*, ou seja, um sistema “legal” e positivista, a cujo modelo jurisprudencial se opõe. Isto por si justifica a dificuldade de implantação (aceitação) do instituto da repercussão geral e da súmula vinculante.

No tocante a esta regra (*rule of four*), interessante o voto do ministro Frankfurter, que denegou a apreciação do *certiorari* no caso *State of Maryland v. Baltimore Radio Show* (228, SS 912)⁵⁸:

This court now declines to review the decision of Maryland Court of Appeals. The sole significance of such denial of a petition for writ of certiorari need not to be elucidated to those versed in the Court's procedures. It simply means that fewer than four members as the court deemed it desirable to review a decision of the lower court as a matter of sound judicial discretion. Rule 38, paragraph 5. A variety of considerations underlie denial of the writ, and as to the same petition different reasons may lead different justices to the same result. This is specially true of petitions for review of writ of certiorari to a State Court. Narrowly technical reasons may lead to denials. Review be sought too late; the judgment of the lower court may not be final; It may be judgment do the State court of last resort, the decision maybe be supporter as a matter for State law, not subject to review by this Court, even though the State Court also passed on issues of federal law. A decision may satisfy all these technical requirements and yet may commend itself for review to fewer than four members of the Court. Pertinent considerations of judicial policy here come into play. A case may raise an important question but the record may be cloudy. It may be desirable to have different aspects of an issue further illumined by the lower courts. Wise adjudication has its own time for ripening.

Em tradução livre, temos:

⁵⁸ MELLO, Vitor Tadeu Carramão. A repercussão geral e o *writ of certiorari*: breve diferenciação. p. 141.

Esta corte agora declina de rever decisão da corte de apelação de Maryland. O significado maior de tal denegação da petição *writ of certiorari* não necessita ser elucidado para aqueles versados nos procedimentos da corte. Significa simplesmente que menos de quatro membros do tribunal não consideram desejável rever uma decisão de corte inferior como questão de discricção judicial. Regra 38, parágrafo 5. Uma variedade de considerações permeia denegações do *writ* e como para a mesma petição diferentes razões podem conduzir diferentes juízes ao mesmo resultado. Isso é especialmente verdadeiro em petições para revisão em *writ of certiorari* para uma corte estadual. Estritamente razões técnicas podem levar a denegações. A revisão pode ter sido buscada muito tarde, o julgamento da corte inferior pode não ser final, pode não ser o julgamento de uma corte estadual de última instância, a decisão pode ser suportável como uma questão de direito estadual, não suscetível de ser revista por esta corte, ainda que a corte estadual também considerou o direito federal. Uma decisão pode satisfazer a todos estes requerimentos técnicos e ainda por ser recomendada para revisão por menos de quatro membros da corte. Considerações de política judicial aqui entram em cena. Um caso pode trazer uma questão importante, mas a questão pode ser obscura. Pode ser desejável ter diferentes aspectos de uma questão mais bem analisados por corte inferior. Um julgamento sábio tem o seu próprio tempo de amadurecimento.

E ainda o discurso do *Chief Justice* Vonson, perante a American Bar Association, em 7/9/1949:

The Supreme Court is not, and has never been, primarily concerned with the correction of errors in lower court decisions. In almost all cases within the court's appellate jurisdiction, the petitioner has already one appellate review of his case. The debates in the Constitutional Convention make clear that the purpose of the establishment of one supreme national tribunal was, in the words of John Rutledge, of South Carolina, to secure the national rights and uniformity of judgments. The functions of the Supreme Court is, therefore, to resolve conflicts of opinion on federal questions that have arisen among lower courts, to pass upon questions of wide import under the constitution, laws and treaties of the United States, and to exercise supervisory power over lower federal courts.

Em tradução livre, o trecho diz que:

A suprema corte não é nem nunca foi comprometida com a correção dos erros das cortes inferiores. Na maioria dos casos o recorrente já teve uma revisão em sede de apelação do caso. Os debates na convenção constituinte deixam claro que um tribunal supremo nacional era, nas palavras de John Rutledge, da Carolina do Sul, assegurar os direitos nacionais e uniformidade nos julgamentos. A função da suprema corte é, portanto, resolver conflitos de opinião em questões federais que foram trazidas perante cortes inferiores, supervisionar questões de importância

ampla sob a Constituição, leis e tratados norte-americanos e exercer poder de supervisão sobre cortes federais inferiores”⁵⁹.

A questão da relevância aproxima-se ao instituto da repercussão geral brasileira, mas possui natureza diversa. Como já se disse, o caráter da relevância nos Estados Unidos é caráter discricionário e as decisões de denegação, por esta razão, não precisam ser fundamentadas.

No direito brasileiro, muito embora os recursos à suprema corte também estejam submetidos à análise de relevância (repercussão geral), esta análise fica adstrita às hipóteses previstas na Constituição Federal, e a decisão, como qualquer outra, deve ser fundamentada (art. 93, IX, CF).

Atualmente chegam mais de 7.000 recursos de *certiorari* à Suprema Corte americana por ano, a maior parte deles sobre questões criminais “*in forma pauperis*”, dos quais apenas 5% recebem o “*granted*”. Dos demais recursos, apenas 4% são “*granted*”.

Do que até aqui se viu, pode-se perceber que as soluções para a crise do sistema judiciário brasileiro não podem ser encontradas facilmente no direito norte-americano. Isto porque os fatores que provocam a crise do Brasil não encontram par nos Estados Unidos. Demais disso, a origem do poder central naquele país se deu por processo oposto ao processo ocorrido no Brasil, de modo que a distribuição de competência legislativa e judiciária é deveras diferente.

4. Recursos excepcionais

O STF, por meio do denominado recurso extraordinário se encarrega de resguardar a Constituição Federal e o STJ, a norma infraconstitucional de direito federal. Cabe-lhes, porém, em princípio, não o exame dos fatos controvertidos, das provas existentes no processo, ou da justiça do julgado recorrido, mas apenas e tão somente a revisão das teses jurídicas federais envolvidas no julgamento impugnado.

⁵⁹ *Idem.*

Com vistas a preservar desejável precisão terminológica, a doutrina de Mancuso⁶⁰ prefere enquadrar os recursos extraordinário e especial na classe "recursos", subclasse "excepcionais", nomenclatura esta que será adotada neste trabalho.

Isto porque, a seu ver, os recursos especial e extraordinário enquadram-se terminologicamente entre os recursos ordinários, sendo extraordinários os meios de impugnação das decisões judiciais, como mandado de segurança e ação rescisória, por exemplo.

Esta interpretação conceitual, entretanto, não é unânime. Cassio Scarpinella⁶¹, por exemplo, entende que os recursos extraordinários diferenciam-se dos ordinários, pois “têm por finalidade primeira a aplicação do direito positivo na espécie em julgamento, e não, propriamente, a busca da melhor solução para o caso concreto”. E prossegue afirmando que é por esta razão que “neles não há como produzir prova ou buscar o reexame daquelas já produzidas. A aplicação do direito positivo, mormente para fins de uniformização de sua interpretação, pressupõe que os fatos da causa estejam consolidados”.

São características comuns aos recursos excepcionais ou extraordinários:

- **prévio esgotamento das instâncias ordinárias;**

O extraordinário e o especial pressupõem um julgado contra o qual já foram esgotadas as possibilidades de impugnação nas várias instâncias ordinárias ou na instância única, originária. Isso coloca o problema de só serem exercitáveis contra "causas decididas" ou "decisões finais", ambas as expressões significando que não podem ser exercitados "*per saltum*", deixando "*in albis*" alguma possibilidade de impugnação (ex.: interposição de embargos infringentes contra a parte não unânime do julgado recorrido – Código de Processo Civil, art. 530; ou de agravo contra decisão em questão incidente – Código de Processo Civil, art. 523).

Nesse sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal:

⁶⁰ In: *Recurso extraordinário e recurso especial*. 10. ed. São Paulo: RT.

⁶¹ In: *Curso sistematizado de direito processual civil*. Recursos. Processos e incidentes nos tribunais. Sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões judiciais. v. 5. São Paulo: Saraiva, 2010.

Embargos de divergência e recurso extraordinário. Interposição contra uma mesma decisão. Impossibilidade. Enquanto não apreciados os embargos opostos pela parte interessada não se pode afirmar que o juízo “*a quo*” tenha esgotado a prestação jurisdicional, nem que se trata de decisão de única ou última instância. Pressuposto constitucional de cabimento do extraordinário. Agravo regimental não provido⁶².

Tanto em sede de recurso extraordinário, como de especial, faz-se imperioso que a decisão recorrida se qualifique como “causa decidida em única ou última instância” (CF, art. 102, III e art. 105, III).

Neste caso, o legislador constituinte optou por tratar diferentemente os recursos extraordinário e especial, no que concerne ao órgão prolator do julgado recorrido: para o recurso extraordinário fala em “causas decididas em única ou última instância” (art. 102, III); para o especial fala em “causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios” (art. 105, III).

Como a Constituição Federal atrelou o qualificativo “Tribunal” à “causa decidida” (art. 105, III), então “causa decidida” será aquela que, em instância única ou última, foi julgada por Tribunal (isto é, órgão judiciário de 2º grau), valendo lembrar que o art. 92 da CF indica quais são os tribunais judiciais.

Por outras palavras, não há possibilidade de se interpor recurso especial a partir de sentença, ainda que prolatada em instância única, por órgão monocrático ou mesmo colegiado de 1º grau (ex.: recurso nos juizados especiais; embargos em causas de alçada), dado que nesses casos seria demasia chamar-se a decisão de acórdão, e o órgão, de tribunal.

A propósito, o Superior Tribunal de Justiça já baixou a Súmula n. 207: “é inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra o acórdão proferido no tribunal de origem”.

⁶² Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 563.505 – MS, 1ª Turma, v.u., Rel. ministro Eros Grau, j. 27.09.05.

Com relação à necessidade de a decisão atacada ser definitiva, esta exigência deve ser entendida no sentido de que o julgado não pode mais ter possibilidade de alteração nas instâncias ordinárias. Ou seja, o extraordinário e o especial não podem ser exercitados "*per saltum*", isto é, sem o prévio esgotamento das impugnações ordinárias cabíveis.

A jurisprudência sobre a matéria sugere que a "causa", cuja decisão pode ensejar recurso extraordinário ou especial, haverá de ser aquela onde haja uma lide, isto é, onde haja mérito, partes, jurisdição propriamente dita, em suma, onde haja uma ação veiculada num processo. Não assim onde o exercício jurisdicional se traduza numa *administração pública de interesses privados*, onde não há partes, mas interessados, e não há processo, e sim procedimento. Em resumo, não caberia o recurso nas "causas" relativas à jurisdição voluntária (= *inter volentes*).

Nesse sentido, decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

Não cabe recurso especial contra decisão de tribunal de natureza administrativa, tendo em vista que não se enquadra no conceito de "causa" previsto na CF (art. 105, III). Precedentes desta Corte do Supremo Tribunal Federal⁶³.

Para Barbosa Moreira, "não obstante fale o texto constitucional em 'causas decididas', o melhor entendimento é o de que o acórdão não precisa versar sobre o mérito"⁶⁴. Para José Afonso da Silva, embora isto esteja previsto para o recurso extraordinário, aplica-se também ao recurso especial:

Não há cogitar se se trata de processo de jurisdição voluntária ou de jurisdição contenciosa. Se o processo é cautelar, principal ou incidental. Basta que a decisão, proferida em qualquer deles, encerre uma questão federal e seja irrecorrível no mesmo sistema judiciário. Só isto é pressuposto dele. A natureza, o tipo de processo não constitui seu pressuposto⁶⁵.

⁶³ Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 853.169, Rel. ministro Paulo Gallotti, j. 17/05/07.

⁶⁴ *Comentários ao Código de Processo Civil*, 12. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. V, 2006.

⁶⁵ *Do recurso extraordinário*, São Paulo: RT, 1963, citado por Mancuso.

Aliás, na opinião de Mancuso⁶⁶, os recursos excepcionais são admissíveis mesmo onde não tenha havido recurso voluntário da sentença, como nos casos de reexame obrigatório (Código de Processo Civil, art. 475).

- **não são vocacionados à correção da injustiça do julgado recorrido;**

Por meio dos recursos excepcionais se faz um controle objetivo de legalidade ou de constitucionalidade das normas e dos atos administrativos ou governamentais. É sob esses parâmetros que se pode dizer que o recurso extraordinário é infenso à simples alegação de injustiça do julgado recorrido.

Deste modo, o recurso extraordinário e o recurso especial apresentam a função de resolver a situação jurídica individual e, ao mesmo tempo, a de preservar a integridade da ordem jurídica; e vice-versa. Neste aspecto, diz Athos Gusmão Carneiro⁶⁷:

o recurso extraordinário, no direito “brasileiro”, sempre foi manifestado como recurso propriamente dito (interposto, portanto, no mesmo processo) e fundado imediatamente no interesse de ordem pública em ver prevalecer a autoridade e a exata aplicação da Constituição e da lei federal; apenas mediatamente visa à tutela do interesse do litigante.

- **não servem para a mera revisão da matéria de fato;**

Os recursos especiais e extraordinários classificam-se como recursos de *fundamentação vinculada*, o que significa que o recorrente somente pode alegar algumas matérias designadas na norma jurídica.

Como consequência disso, existem peculiaridades ligadas à admissibilidade e mérito destes recursos bem como às hipóteses de cabimento e à extensão do efeito devolutivo.

⁶⁶ *Op. cit.*

⁶⁷ *Recurso especial, agravos e agravo interno*, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 3.

Um dos motivos por que se têm os recursos extraordinário e especial como pertencentes à classe dos excepcionais reside em que a sua cognição não é ampla, ilimitada, como nos recursos comuns (como a apelação), mas, ao invés, é restrita aos lindes da matéria jurídica. Assim, eles não se prestam para o reexame da matéria de fato, presumindo-se ter esta sido dirimida pelas instâncias ordinárias, quando procederam à subsunção do fato à norma de regência. Se ainda nesse ponto fossem cabíveis o extraordinário e o especial, teríamos o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça convertidos em novas instâncias ordinárias, e teríamos despojado aqueles recursos de sua característica de excepcionalidade, vocacionados que são à preservação do império do direito federal, constitucional ou comum.

A esse respeito, a Súmula 279 do STF informa: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”.

No mesmo sentido, a Súmula 7 do STJ esclarece: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

Nas palavras de Medina⁶⁸, nos recursos excepcionais, “os fatos são examinados pelos tribunais superiores tal como descritos na decisão recorrida”.

Araken de Assis⁶⁹ lembra, contudo, que não é uma empreitada fácil diferenciar as questões de fato das questões de direito. Algumas se encontram numa zona cinzenta entre um e outro e são chamadas pela doutrina de “questões mistas”.

Do que se colhe dos esforços da doutrina e da jurisprudência a esse respeito, possivelmente o critério preferível resida na análise de caso a caso, mediante percepção sobre qual dos aspectos se apresenta predominante: se o fático ou jurídico.

Sobre este ponto, diz Teresa Arruda Alvim Wambier:

⁶⁸ *Op. cit.*, p. 242.

⁶⁹ *Op. cit.*, p. 716.

parece-nos que a questão será predominantemente fática, do ponto de vista técnico, se, para que se redecida a matéria, “houver necessidade de se reexaminarem provas”, ou seja, “de se reavaliar como os fatos teriam ocorrido, em função da análise do material probatório produzido”⁷⁰.

A matéria de fato, que fica excluída do âmbito do extraordinário, é aquela cujo conhecimento pelo Supremo Tribunal Federal apenas levaria a um reexame de prova, ou seja: aqueles casos em que não se perscruta o interesse no contraste entre o "*decisum*" recorrido e um texto constitucional; onde, na verdade, o interesse do recorrente é, pura e simplesmente, infringir o julgado, objetivo esse adequado aos recursos de tipo comum, que já foram ou poderiam ter sido manejados "*opportuno tempore*".

A distinção entre reexame e valoração da prova ficou bem extremada nesse outro julgado do Superior Tribunal de Justiça:

a valoração da prova refere-se ao valor jurídico desta, sua admissão ou não em face da lei que a disciplina, podendo ser ainda a contrariedade a um princípio ou regra jurídica do campo probatório, questão unicamente de direito, passível de exame nesta corte. O reexame da prova implica a reapreciação dos elementos probatórios para concluir-se se eles foram, ou não, bem interpretados, constituindo matéria de fato, soberanamente decidida pelas instâncias ordinárias, insuscetível de revisão no recurso especial⁷¹.

Ao fim e ao cabo, a questão da impossibilidade de (re)valoração ou (re)avaliação dos fatos e das provas, no âmbito estreito dos recursos excepcionais, tem a ver com sua restrita devolutividade, pois eles devem conter-se nos limites das "questões jurídicas" antes debatidas e decididas (isto é, prequestionadas), sob pena de se converterem em recursos de tipo comum. Tal devolutividade, sob o prisma horizontal, não é ampla, porque não tem como abranger todos os tópicos do julgado recorrido, devendo confinar-se a pontos jurídicos nele prequestionados. Essa limitação horizontal acaba por repercutir na profundidade da cognição, havendo mesmo autorizada doutrina que nega a devolutividade sob a dimensão vertical:

⁷⁰ "Distinção entre questão de fato e questão de direito para fins de cabimento de recurso especial", *Ajuris* 74, p. 266, novembro 1998.

⁷¹ Agravo Regimental no Recurso Especial n. 420.217 – SC, Rel. ministra Eliana Calmon, 2ª Turma, j. 04/06/02, v.u.

ela não existe, nos recursos excepcionais, fundamentalmente, o que se percebe pela impossibilidade de se reverem fatos e de se reexaminarem provas, sendo que aquela regra há de ser entendida em função desta, já que os fatos podem ser reexaminados na medida em que estiverem descritos na decisão recorrida⁷².

- **apresentam sistema de admissibilidade desdobrado ou bipartido, com uma fase perante o tribunal "a quo" (TJ, TRF) e outra perante o "ad quem" (Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça);**

Tanto o recurso extraordinário como o especial apresentam um aspecto procedimental comum: em ambos se dá a cisão entre juízo de admissibilidade e juízo de mérito, de forma particular, desmembrada ou distribuída entre o tribunal "a quo" e o "ad quem".

A interposição dos recursos excepcionais se dá "perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido, em petições distintas", a quem incumbe a análise do juízo de admissibilidade, motivado (Código de Processo Civil, §1º do art. 542, c/c art. 93, IX, da CF – Emenda Constitucional 45/04). Inadmitido o recurso especial ou extraordinário pelo tribunal de origem, caberá agravo no prazo de 10 dias (art. 544, *caput* do CPC) o qual será analisado no Superior Tribunal de Justiça ou no Supremo Tribunal Federal (art. 544, parágrafo 4º do CPC).

No ponto, sustenta Athos Gusmão Carneiro que:

esse juízo crítico pronunciado pela Presidência do Tribunal de origem, no admitir ou no negar seguimento ao recurso especial, não padece de eiva alguma de inconstitucionalidade, mesmo porque o conhecimento da causa pelo Tribunal Superior está sempre assegurado pela faculdade de interposição do agravo de instrumento. E é indispensável para impedir a automática remessa à instância extraordinária de uma plethora de irresignações fadadas, mui provavelmente, ao insucesso. Ante a generosidade com que a legislação brasileira propicia sucessivos recursos (e sucedâneos recursais...), a existência de prévios juízos de triagem afigura-se evidentemente necessária à própria eficácia do processo⁷³.

⁷² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*, São Paulo: RT, 2005, p. 215, referido por Mancuso.

⁷³ *Recurso especial, agravos e agravo interno*, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 66.

Caso o tribunal de origem negue seguimento ao agravo, isto caracteriza usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, passível de reparo por meio de reclamação (CF, 102, I, "I") (Supremo Tribunal Federal – RT 717/290)"⁷⁴. Nesse sentido, a 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça acolheu a Reclamação n. 1.029 – SP, Rel. ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 11.12.02, v.u.

- **os fundamentos específicos de sua admissibilidade estão na Constituição Federal e não no Código de Processo Civil;**

É por isso que no Código de Processo Civil encontramos apenas a parte que diríamos procedimental (prazo, preparo, modo de interposição, contraditório no juízo de admissibilidade no Tribunal "*a quo*", agravo de despacho que nega seguimento), dado não haver, na matéria, maior espaço para o legislador ordinário federal – CF, art. 22, I.

Nem por outro motivo, diz o art. 541 do Código de Processo Civil que esses recursos serão interpostos "nos casos previstos na Constituição Federal".

A dualidade procedimental desses recursos impõe que o advogado labore com várias normativas:

- Constituição Federal, para saber se o recurso é cabível, isto é, se a "*fattispecie*" corresponde aos modelos previstos nos artigos 102, III ou 105, III, conforme o caso;
- Código de Processo Civil, na parte geral dos recursos (artigos 496 a 512), e, especificamente, os artigos 541 a 545 e o art. 557, para ser observado o rito (prazo, preparo, contraditório, limites do juízo de admissibilidade);
- regimentos internos do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça e demais normas procedimentais extravagantes (resoluções, instruções normativas), para bem se inteirar do "inter" a ser seguido nessas cortes superiores; e
- súmulas e jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça.

⁷⁴ *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, 9. ed. São Paulo: RT, 2006, nota 4 ao art. 544 do Código de Processo Civil.

A necessidade de consulta a todo esse arsenal, em verdade, é mais um indicativo de que o recurso extraordinário e o recurso especial não são recursos de tipo comum, porém meios impugnativos excepcionais, tanto em seu conteúdo como nos aspectos procedimentais.

Essa excepcionalidade, própria do recurso extraordinário e do recurso especial, tem por consequência de a eles não se aplicar a chamada fungibilidade recursal, condicionada à inexistência de erro grosseiro e à observância do prazo do recurso que seria adequado.

Preleciona Gleydson Kleber Lopes de Oliveira⁷⁵:

pelo fato de serem os recursos extraordinários (extraordinário e especial) de fundamentação vinculada, e estarem as hipóteses de cabimento dispostas claramente na Constituição Federal, a respeito das quais não há dissenso doutrinário ou jurisprudencial, extrai-se o entendimento no sentido de ser inaplicável o princípio da fungibilidade nos citados recursos.

Assim é que o Superior Tribunal de Justiça, interpretando o art. 498 do Código de Processo Civil, decidiu que em tais casos não se aplica o princípio da fungibilidade, já que:

claramente delineadas as regras de cabimento de cada espécie recursal. [...] No caso concreto, embora tenha sido observado o prazo a que se refere o art. 508 do Código de Processo Civil, ainda assim a decisão ora agravada deve ser mantida, uma vez que, como visto acima, a aplicação do princípio da fungibilidade recursal decorre não só da interposição do recurso equivocado no mesmo prazo do correto, mas, também, da existência de dúvida objetiva acerca do recurso a ser interposto e da não ocorrência de erro inescusável quanto à escolha do instrumento processual⁷⁶.

- **a execução que se faça na sua pendência é provisória;**

⁷⁵ *Recurso especial*. São Paulo: RT, 2002, p. 149, citado por Mancuso.

⁷⁶ Agravo Regimental no Recurso Especial n. 882.572, Rel. ministra Denise Arruda, j. 27/03/07.

Estão hoje superadas antigas celeumas acerca dos efeitos em que serão recebidos os recursos excepcionais. Com a Lei n. 8.950/94 a matéria voltou a ter sede no bojo do Código de Processo Civil, lendo no § 2º do art. 542 que tais recursos "serão recebidos no efeito devolutivo".

Em que pese não mais subsistir dúvida quanto ao efeito apenas devolutivo do recurso extraordinário e do recurso especial, fato é que os regimentos internos, tanto do Supremo Tribunal Federal (artigos 21, IV e V e 304) como do Superior Tribunal de Justiça (artigos 34, V e VI e 288), contemplam a possibilidade excepcional de ser agregado efeito suspensivo a tais recursos, no âmbito do poder geral de cautela que assiste a todos os tribunais:

em casos excepcionais, restritivamente considerados e autorizados por norma regimental, lícito é ao Superior Tribunal de Justiça deferir efeito suspensivo ao recurso especial, em atenção aos princípios da instrumentalidade e da efetividade do processo, desde que ocorrentes os pressupostos do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*⁷⁷.

Outrossim, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que o mandado de segurança não é o meio idôneo para se obter efeito suspensivo em recurso especial⁷⁸. Sobre o tema, Nery e Nery esclarecem:

quando houver perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, admite-se o ajuizamento de ação cautelar no Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça, a fim de obstar-se a execução provisória da decisão recorrida por meio de recurso extraordinário ou recurso especial. Para tanto, é necessário que estejam presentes os requisitos de toda cautelar (“*fumus boni iuris*” e “*periculum in mora*”) e que o recurso extraordinário ou recurso especial tenha sido efetivamente recebido por juízo positivo de admissibilidade no tribunal “*a quo*”. Caso a urgência não permita ao recorrente aguardar a decisão de recebimento do recurso extraordinário ou recurso especial no tribunal local, é admissível, em caráter absolutamente excepcional, a concessão de liminar cautelar no Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça, obstando-se os efeitos da decisão recorrida. No Superior Tribunal de Justiça, o relator pode conceder liminarmente a cautelar, “*ad referendum*” do órgão colegiado competente⁷⁹.

⁷⁷ RSTJ 13/215 e RT 658/178.

⁷⁸ Mandado de Segurança n. 2.221-8 – PR, 3ª Seção, Rel. ministro Assis Toledo, v.u., j. 30/08/03.

⁷⁹ *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, 9. ed. São Paulo: RT, 2006. nota 5 ao §2º do art. 542 do Código de Processo Civil.

Para Athos Gusmão Carneiro, com o acordo de Mancuso⁸⁰, o requerimento de efeito suspensivo deve se dar por meio de medida cautelar:

no juízo “*a quo*”, ou seja, perante o magistrado (presidente ou vice-presidente) a quem irá caber a apreciação do futuro (eventual) recurso especial ou extraordinário. Somente após protocolada a petição recursal é que, nos termos da lei processual, a competência se transfere para o tribunal “*ad quem*”, onde a ação cautelar (ou o pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal) será processada consoante a norma; distribuída a ação cautelar, torna-se prevento o relator, bem como a respectiva Câmara ou Turma, para o conhecimento do recurso extremo⁸¹.

Esse também é o pensamento de Dinamarco: “até que interposto o recurso extraordinário ou especial, a competência originária para as medidas cautelares prosseguirá com o tribunal de origem, transferindo-se àqueles no momento da efetiva interposição”⁸².

No tocante à instância apropriada e ao momento de pleitear medida cautelar para imprimir o efeito suspensivo, dispõem estas súmulas do Supremo Tribunal Federal:

634. 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;

635. cabe ao presidente do tribunal de origem decidir o pedido de medida cautelar em recurso extraordinário, ainda pendente do seu juízo de admissibilidade.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, já se decidiu:

1. O Superior Tribunal de Justiça tem orientado a sua jurisprudência no mesmo sentido da posição do Supremo Tribunal Federal, estratificada nas súmulas nº 634 e 635. 2. Admite a corte, entretanto, exceção, na medida em que a situação fática se apresente passível de preservação, para não tornar inócuo o recurso especial. 3. Necessidade da presença dos requisitos exigidos para o provimento acautelatório: “*periculum in mora*” e “*fumus boni iuris*”. 4. Muitas vezes, a fumaça do bom direito está no

⁸⁰ *Op. cit.*

⁸¹ *Recurso especial, agravos e agravo interno*, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 79-80, citado por Mancuso.

⁸² *A reforma do Código de Processo Civil*, 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 324.

fato de ser a decisão judicial atacada teratológica ou manifestamente ilegal⁸³.

▪ **extensão do efeito devolutivo.**

O efeito devolutivo é aquele em que o conhecimento da matéria é devolvido ao órgão judicante superior ou ao que emanou a decisão, no caso de embargos de declaração, por exemplo. Corresponde a um “efeito de transferência” (devolutivo *stricto sensu*) quando transfere a matéria para uma instância superior, e “efeito regressivo” quando a matéria objeto do recurso for devolvida ao órgão que prolatou a decisão.

Em razão do efeito devolutivo, impede-se a formação da coisa julgada ou preclusão acerca da decisão recorrida.

O efeito devolutivo, num primeiro momento, rege-se pelo princípio dispositivo, em que a matéria a ser examinada pelo *ad quem* limita-se ao que foi delimitado pelo recorrente no recurso, portanto, manifesta-se em maior ou menor profundidade dependendo do âmbito de cabimento.

Deste modo, diferentemente dos recursos de fundamentação livre, nos recursos especial e extraordinário, como recursos de fundamentação vinculada que são, a profundidade do efeito devolutivo se limita às hipóteses de cabimento previstas em lei.

O recurso especial não devolve ao tribunal a integralidade da matéria decidida. Limita-se a analisar a legalidade do julgado, no âmbito da legislação federal infraconstitucional. STJ 2ª Turma, Resp 6328/SP rel. ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 03/12/1990 DJ 25/02/1991, p. 1.462.

O efeito traslativo⁸⁴, por sua vez, não ocorre dos recursos especial e extraordinário, pois estes possuem hipótese de cabimento restritas previstas na CF (art. 102, III e art. 105, III). Segundo

⁸³ Agravo Regimental na Medida Cautelar n. 10.517, Rel. ministro Francisco Peçanha Martins, j. 20/09/05, por maioria.

⁸⁴ É exceção ao princípio dispositivo e ocorre em situações determinadas em lei, e permite que o órgão judicial possa agir e pronunciar-se de ofício independente de pedido ou requerimento da parte, tal qual nas matérias de ordem pública (Art. 267, parágrafo 3º e 301, parágrafo 4º, do CPC).

estes dispositivos, os recursos somente são cabíveis quando o pronunciamento judicial decidir sobre questão constitucional ou infraconstitucional, ou seja, se a questão não estiver decidida, não caberá recurso especial ou extraordinário.

O entendimento que prevalece, segundo Teresa Arruda Alvim Wambier⁸⁵, é de que cabe ao Tribunal de Segunda Instância examinar os fatos e descrevê-los no acórdão. Estes fatos estarão soberana e definitivamente examinados, não podendo ser revolidos pelos tribunais superiores. Por esta razão, a Súmula 7 do STJ e a 249 do STF.

Cabe aos Tribunais Superiores, portanto, a adequação da *subsunção* dos fatos (soberanamente decididos pela segunda instância) à norma. Neste aspecto, segundo a já citada doutrinadora, cabe à parte embargar a declaração a fim de que do acórdão constem os fatos, de modo a permitir que o tribunal superior possa dele extrair, pela simples leitura, a solução normativa dada pela decisão recorrida através da subsunção.

a. Hipóteses de cabimento dos recursos excepcionais

Em princípio, o cabimento dos recursos especial e extraordinário encontram-se previstos exclusivamente na Constituição Federal, de modo que não cabe à lei ordinária restringi-la ou modificá-la. Deste modo, segundo entendimento de Araken de Assis⁸⁶, referindo-se a Barbosa Moreira, as disposições restritivas de RISTF, em vigor desde 1º/12/1980, foram derogadas pela CF/1988.

Contudo, algumas condições de admissibilidade encontram previsão infraconstitucional, como, por exemplo, a tempestividade (art. 508 do CPC) e o preparo (art. 511 do CPC e Resolução n. 389, de 20 de janeiro de 2009 do STF). Os pormenores da repercussão geral, segundo comando do art. 543-B, § 5º do CPC, são remetidos ao RISTF⁸⁷.

⁸⁵ *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2. ed. São Paulo: RT, p. 345.

⁸⁶ *Op. cit.*

⁸⁷ "§ 5º O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal disporá sobre as atribuições dos ministros, das turmas e de outros órgãos, na análise da repercussão geral."

Vê-se, assim, que as referências infraconstitucionais ao recurso extraordinário são meramente complementares e encontram-se embasadas no texto constitucional. O mesmo ocorre com relação ao recurso especial.

A função do recurso especial, que antes era desempenhada pelo recurso extraordinário, é a manutenção da autoridade e da unidade da lei federal, tendo em vista que na Federação existem múltiplos organismos judiciários, encarregados de aplicar o direito positivo elaborado pela União. Dito remédio de impugnação processual só terá cabimento dentro de uma função política, qual seja, a de resolver uma questão federal controvertida. Por meio dele, não se suscitam nem se resolvem questões de fato nem de direito local.

O recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça (CF, art. 105, III⁸⁸) é manejável a partir de acórdãos de tribunais estaduais ou regionais federais, quando as decisões, em única ou última instância, enquadrem-se em um desses tipos:

- Contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhe vigência (alínea “a” do art. 105, III da CF);
- Julgar válido ato do governo local contestado em face de lei federal (alínea “b” do art. 105, III da CF);
- Der interpretação divergente da lei federal a que tenha dado outro tribunal (alínea “c” do art. 105, III da CF).

O recurso extraordinário ao seu turno (CF, art. 102, III⁸⁹) é cabível em face de decisões em única ou última instância (sem a exigência de que sejam decisões proferidas por tribunais, tal como o recurso especial) que se enquadrem em um dos tipos a seguir:

⁸⁸ Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

[...]

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos estados, do Distrito Federal e territórios, quando a decisão recorrida:

a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;

b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004)

c) der à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

⁸⁹ “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:

- Contrariar a Constituição (alínea “a” do art. 102, III da CF);
- Declarar a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal (alínea “b” do art. 102, III da CF);
- Julgar válida lei ou ato de governo local contestado perante a norma constitucional (alínea “c” do art. 102, III da CF);
- Declarar válida lei local contestada perante lei federal (alínea “c” do art. 102, III da CF).

b. Condições de admissibilidade dos recursos excepcionais

Duas são as fases de juízo de um recurso: (a) o juízo de admissibilidade e (b) o juízo de mérito.

O juízo de admissibilidade ocorre antes do juízo de mérito, de modo que, verificada a inadmissibilidade do recurso por falta um de seus requisitos, não será apreciado o mérito.

“Deve-se examinar primeiramente se o recurso é admissível, e uma vez decidida a admissibilidade, procura-se determinar se é fundado”⁹⁰.

Assim, pela primeira fase (admissibilidade), o recurso será ou não conhecido e na segunda fase será ou não provido.

A distinção entre admissibilidade e mérito é importante especialmente no que diz respeito à competência para julgamento da ação rescisória: o STJ será competente para julgar ações rescisórias de decisões a que tenha dado ou negado provimento, ou seja, às quais tenha

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. (Incluída pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004.)

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros. (Incluída pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004.)”

⁹⁰ *Lehrbuch der Zivilprozesschts.* p. 300, apud Luis Pinto Ferreira, *Teoria e prática dos recursos e da ação rescisória no processo civil.* p. 30, apud José Miguel Garcia Medina. *Recursos e ações autônomas de impugnação.* v. II, São Paulo: RT, p. 69.

conhecido o mérito. O TJ local será, entretanto, competente para julgar as ações rescisórias contra decisões cujo RESP tenha sido inadmitido pelo STJ.

O STF, entretanto, editou a Súmula 249:

É competente o Supremo Tribunal Federal para ação rescisória quando, embora não tendo conhecido do recurso extraordinário, ou havendo negado provimento ao agravo, tiver apreciado a questão federal controvertida.

Desta forma, ao ajuizar ação rescisória, deve-se atentar-se mais ao que foi substancialmente decidido do que ao resultado do acórdão. Ou seja, se o juízo de admissibilidade, ainda que negativo, houver apreciado o mérito do recurso, o órgão competente para a ação rescisória será o STF e não o tribunal “*a quo*”.

Segundo defende Barbosa Moreira⁹¹, a decisão de (in)admissibilidade tem natureza declaratória como regra e efeito *ex tunc*. Isto quer dizer que, quando o recurso não é conhecido, se tem na realidade que não era cabível desde o momento em que foi interposto. Sendo assim, transita em julgado quando da decisão recorrida, e não da decisão que inadmitiu o recurso.

Este posicionamento, entretanto, cria uma situação em que o prazo para eventual ação rescisória começa a fluir antes de proferida a decisão de inadmissibilidade o que sabidamente não é admitido pelos tribunais superiores⁹².

Embora seja bastante nítida a distinção entre admissibilidade e mérito, nos recursos de fundamentação vinculada tais como recurso especial e recurso extraordinário, a distinção não parece tão nítida. Nestes casos, há certa “sobreposição entre o juízo de admissibilidade e o de mérito”⁹³.

⁹¹ In: *Juízo de admissibilidade*. p. 195 e comentários cit. v. V, 12. ed. 2005, n. 147, p. 266-267, apud José Miguel Garcia Medina cit.

⁹² EREsp 404.777/DF Rel. ministro Peçanha Martins, Corte Especial, j. 03/12/2003, em que são citadas várias decisões no mesmo sentido.

⁹³ MEDINA, *Op. cit.*, p. 73.

Nesse ponto, é necessária breve digressão sobre duas posições existentes acerca do juízo de admissibilidade dos recursos:

- Barbosa Moreira deixa clara a distinção entre admissibilidade (exame de requisitos formais) e mérito (exame de fundo: conhecimento do recurso pelo tribunal "*ad quem*" e seu consequente deslinde – provimento/desprovimento). No âmbito do tribunal "*a quo*", recorrido, diz o festejado processualista: "não compete ao presidente ou ao vice-presidente examinar o mérito do recurso extraordinário ou especial, nem lhe é lícito indeferi-lo por entender que o recorrente não tem razão: estaria, ao fazê-lo, usurpando a competência do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça. Toca-lhe, porém, apreciar todos os aspectos da admissibilidade do recurso. Se o recurso é denegado, pode o recorrente agravar de instrumento, conforme a hipótese, para o Supremo Tribunal Federal ou para o Superior Tribunal de Justiça (art. 544). Se admitido, o pronunciamento, irrevogável (mas anulável, quiçá mediante agravo regimental, caso haja "*error in procedendo*"; por exemplo, omissão da abertura de vista ao recorrido), não é vinculativo para o tribunal "*ad quem*", que ficará livre de conhecer ou não, oportunamente, do extraordinário ou do especial, inclusive acolhendo alguma alegação de inadmissibilidade porventura formulada na resposta do recorrido e desprezada no órgão '*a quo*'⁹⁴; e
- há, porém, entendimento – que se vai firmando nos tribunais superiores – no sentido de que o juízo de admissibilidade dos recursos extraordinário e especial nos tribunais de origem há que ter maior amplitude, em ordem a ser examinado tudo o que esteja contido na rubrica do cabimento desses recursos.
- Essa postura da corte de origem tem sua razão de ser, porque uma de duas:
- o tribunal "*a quo*" apenas deve receber o recurso e, verificando singelamente seus pressupostos objetivos (prazo, preparo, legitimidade, interesse), deve fazê-lo subir ou denegar-lhe seguimento; ou
- deve aprofundar essa delibação, perquirindo já o cabimento, frente aos seus pressupostos constitucionais.

⁹⁴ *Comentários ao Código de Processo Civil*, 13. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. V, p. 612.

Dentre essas duas posturas, parece-nos que a primeira é mais consentânea com a natureza e finalidade dos recursos excepcionais: se eles pressupõem que está finda a instância ordinária, causa espécie que se alargue a competência do tribunal local no que concerne ao exame do cabimento do recurso. Depois, se esse juízo preliminar não vincula o órgão "ad quem", não haveria grande utilidade no aprofundamento daquela análise vestibular no tribunal de origem. Se este denegar seguimento ao recurso, a parte prejudicada pode agravar nos próprios autos do processo, conforme estabelece o art. 544 do CPC, com redação dada pela Lei 12.322 de 2010.

Para a Teresa Arruda Alvim⁹⁵:

o juízo de admissibilidade negativo de um recurso de fundamentação vinculada no sentido, em que se afirma não haver ofensa à lei, é decisão baseada na certeza, em cognição exauriente pela obviedade da situação configurada no caso concreto, cujo objeto, indubitavelmente, é o mérito do recurso interposto, porque, v.g., se tenha apontado na petição de interposição ofensa a direito municipal.

Por outro lado, o juízo de admissibilidade é um juízo de viabilidade⁹⁶, ou seja, um juízo que se dá em cognição sumária e não exauriente, de modo a permitir que o mérito do recurso seja analisado pelo colegiado.

Os artigos 102, III e 105, III da CF listam como únicos possíveis fundamentos destes recursos a ofensa à CF e a ofensa à lei federal. Tais ofensas são objeto de exame pelo judiciário, no juízo de admissibilidade. Por isso é que se verificam decisões em que, embora não se admita o recurso, se decide o próprio mérito recursal, ou seja, decide-se se o recorrente tem ou não razão.

É possível o juízo de admissibilidade adentrar o mérito do recurso, na medida em que o exame da sua admissibilidade, pela alínea "a", em face dos seus pressupostos constitucionais envolve o próprio mérito da controvérsia. (STJ 4ª Turma, AgRg no Ag 228.787/RJ, rel. ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 27/06/2000, DJ 04.09.2000, p. 60.)

⁹⁵ In: *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2. ed. São Paulo: RT, p. 248.

⁹⁶ Gilson Delgado Miranda e Patrícia Pizzol. Algumas considerações sobre os recursos especial e extraordinário – requisitos de admissibilidade e recursos retidos. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, NERY JR., Nelson e ALVIM, Eduardo Arruda (coord.), São Paulo: RT. 2000, p. 172-209, especialmente p. 174.

Ínsito ao juízo de admissibilidade a investigação dos requisitos específicos de recorribilidade especial. A alegação de contrariedade é insuscetível *per si*, de acarretar a abertura da instância especial, se, embora fundamentada na opinião do recorrente, não se encontra demonstrada na visão do julgador, que pode se valer da inexistência da alegada contrariedade da lei para justificar a fragilidade e improcedência da pretensão objeto do recurso que quer processar”. (STJ 1ª Turma, AgRg no Ag 35.315/PE Rel. ministro Asfor Rocha j. 06/10/1993, DJ 08.11.1009, p. 23.529.)

Este, entretanto, não é o posicionamento de Medina⁹⁷, com o qual concordamos. Para o ilustre professor:

deverão ser admitidos os recursos extraordinário e especial, sempre que houver, na decisão recorrida, questão constitucional (que ofereça repercussão geral, cf. 102, parágrafo 3º da Constituição Federal) e federal, sendo desnecessário verificar se houve efetiva violação à norma constitucional ou federal. Esta tarefa consistiria, mais precisamente, no juízo de mérito do recurso.

No mesmo sentido, Barbosa Moreira⁹⁸ afirma ser cabível recurso especial (ou extraordinário) “quando se afirmar que a decisão recorrida teria contrariado dispositivo da lei federal ou da Constituição Federal”, não quando se verificar ter havido efetivamente tal contrariedade.

Neste sentido, comenta Theotonio Negrão⁹⁹ que “acerca do recurso extraordinário interposto com fundamento na alínea “a” 102-III da CF, o STF alterou o seu entendimento no sentido de que o conhecimento do recurso importava necessariamente o seu provimento; passou-se a distinguir o juízo de admissibilidade do recurso [...]”.

Eis o excerto da decisão do Pleno do STF, comentada acima:

Alteração da tradicional orientação do STF, segundo o qual só se conhece o 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

⁹⁷ *Processo civil moderno, recursos e ações autônomas de impugnação*. São Paulo: RT. p. 74.

⁹⁸ Apud Teresa Arruda Alvim Wambier. *Op. cit.*, p. 252.

⁹⁹ *Código de Processo Civil e legislação especial em vigor*. 40. ed. Comentário 74b do Art. 102 da CF.

recorrida e a Constituição, ainda que sobre o prisma diverso daquele em que se hajam baseado o Tribunal *a quo* e o recurso extraordinário (STF, Pleno, RE 298.695-SP. Rel. ministro Sepúlveda Pertence, j. 06/08/2003, DJ 24.10.2003, p. 12).

E para Teresa Arruda Alvim Wambier¹⁰⁰,

não se pode deixar de dar tratamento de decisão de mérito, para todos os efeitos, àquelas decisões em que se diz: não conheço do recurso, porque não há ofensa à lei ou à Constituição Federal, pois isto equivaleria, como diz Barbosa Moreira, a se dizer “não julgo o mérito, porque julgo o mérito negativamente”.

Efetivamente, o eventual provimento do recurso dependerá de que o Supremo Tribunal ou o Superior Tribunal de Justiça, adentrando ao mérito, conclua que o recurso, além de ter já sido considerado cabível, é também fundado. Mas, no tocante às alíneas “a” dos artigos 102, III e 105, III da CF a expressão “contrariar” (a CF ou lei federal) já encerra certa valoração quanto ao mérito do recurso, porque de duas uma: ou o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça entendem que houve contrariedade (a aí não seria mera admissão de recurso, e sim acolhimento dele) ou as cortes entendem que não basta mera afirmação - convincente - da contrariedade.

Melhor alternativa talvez fosse o uso da expressão “quando for afirmada a contrariedade”. O equívoco terminológico é assim analisado por Barbosa Moreira:

requisito de admissibilidade será, então, a mera ocorrência hipotética (isto é, alegada) do esquema textual: não se há de querer, para admitir o recurso extraordinário pela letra “a” que o recorrente prove desde logo a contradição real entre a decisão impugnada e a Constituição da República; bastará que ele argua. Do contrário, insista-se, estaremos exigindo, ao arrepio da técnica e da lógica, que o recurso seja procedente para ser admissível – e era o que costumava fazer o Supremo Tribunal Federal, até data recente, todas as vezes que dizia não conhecer do recurso interposto pela alínea “a”, por entender que não existia a apontada violação da regra constitucional¹⁰¹.

¹⁰⁰ *Op. cit.*, p. 256.

¹⁰¹ *Comentários ao Código de Processo Civil*, 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. V, p. 592.

Por isso, acentua aquele doutrinador que o *juízo de admissibilidade* dos recursos *não pode* ser confundido como o *juízo de mérito*. O primeiro corresponde a verificar a presença de pressupostos para que o recurso possa ser julgado, o segundo corresponde a afirmar que o recorrente tem razão ou não, o que somente pode ser feito mediante o julgamento do mérito do recurso.

Embora a distinção pareça clara, é comum encontrar na jurisprudência dos tribunais superiores que *não se conhece* de um recurso (juízo de admissibilidade) quando, na verdade, está se querendo dizer que dele se conhece, mas a ele se *nega provimento* (juízo de mérito) por não se verificar, *in concreto*, contrariedade à Constituição ou à lei federal.

Sob este tópico, em artigo intitulado “Quem tem medo do prequestionamento?”¹⁰², Cassio Scarpinella afirma:

A Constituição Federal de 1988, ao afirmar que cabe recurso extraordinário ou especial quando a decisão contrariar a Constituição ou contrariar ou negar vigência a tratado ou lei federal não pode ser indicativo de que não há, para estes recursos, uma técnica própria que distinga, com nitidez, o ato de conhecer do recurso e o ato, que lhe é logicamente posterior, de dar ou não razão ao recorrente. Até porque as implicações sistemáticas de não conhecer um recurso e de improvê-lo são diversas: termo *a quo* da ação rescisória (CPC, art. 495), o órgão competente para seu julgamento, a admissibilidade de eventual recurso adesivo (CPC, art. 500, III) e assim por diante.¹⁰³

Em suma: não é porque a Constituição afirma que o recurso cabe quando a decisão contrariar a Constituição ou quando contrariar ou negar vigência a tratado ou lei federal que não é possível separar dois juízos cognitivos bem diversos, um relativo ao cabimento do recurso (afirmação de que a decisão recorrida violou o direito federal constitucional ou infraconstitucional: aparência ou plausibilidade de violação, portanto) e

¹⁰² Disponível em: www.scarpinellabuena.com.br/Textos/Prequestionamento%20e%20RE.pdf (acesso 10 jun. 2012)

¹⁰³ Todas estas considerações estão em trabalho de Barbosa Moreira, “Julgamento do recurso especial ex art. 105, III, *a*, da Constituição da República: sinais de uma evolução auspiciosa”, p. 95-105. Para a exposição do entendimento do autor sobre a distinção entre juízo de admissibilidade e de mérito nestas espécies recursais, consultar seu “Juízo de admissibilidade e juízo de mérito no julgamento do recurso especial”, p. 163-170.

outro relativo ao julgamento de mérito do recurso (saber se, realmente, a decisão maltratou o direito federal).¹⁰⁴

O art. 541 do CPC vem confirmar o entendimento de que admissibilidade e mérito dos recursos excepcionais não se confundem, eis que exige do recorrente que demonstre o cabimento do recurso, o que será analisado pelo presidente ou vice-presidente do tribunal “*a quo*”. Se o conceito de admissibilidade se confundir com o de provimento, estar-se-á a permitir que o Tribunal de Segunda Instância usurpe a competência que é dos tribunais superiores, qual seja de julgar os recursos especial e extraordinário.

Interessante a posição de Cassio Scarpinella que, referindo-se às palavras de Barbosa Moreira, critica a prática do STF em apreciar o mérito do recurso, negando-lhe provimento por meio de “despachos de inadmissibilidade”. Segue-se excerto do artigo a confirmar sua assertividade:

Barbosa Moreira incansavelmente combateu a prática do Supremo Tribunal Federal, seguida à risca pelo Superior Tribunal de Justiça desde sua instalação, acerca do amálgama entre aquelas duas atividades cognitivas, uma logicamente anterior à outra (só se pode afirmar que o recorrente tem razão na exata medida em que os pressupostos de cabimento de seu recurso estejam devidamente preenchidos). É costumeiro ler na jurisprudência dos Tribunais Superiores que não se conhece de um recurso (juízo de admissibilidade) quando, na verdade, está se querendo dizer que dele se conhece, mas a ele se nega provimento (juízo de mérito) por não se verificar, *in concreto*, contrariedade à Constituição ou à lei federal.

O prestigiado jurista carioca indica que esta distinção entre juízo de admissibilidade e juízo de mérito se impõe pela técnica processual e que o direito positivo, mesmo o constitucional, não pode se sobrepor a esta realidade.

Tanto assim, sempre seguindo a trilha do professor da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, que a Constituição Federal de 1988, ao afirmar que cabe recurso extraordinário ou especial quando a decisão contrariar a Constituição ou contrariar ou negar vigência a tratado ou lei federal não pode ser indicativo de que não há, para estes recursos, uma técnica própria que distinga, com nitidez, o ato de conhecer do recurso e o ato, que lhe é logicamente posterior, de dar ou não razão ao recorrente. Até porque as implicações sistemáticas de não conhecer um recurso e de improvê-lo são diversas: termo *a quo* da ação rescisória (CPC, art. 495), o órgão competente para seu julgamento, a

¹⁰⁴ A este respeito, v. José Carlos Barbosa Moreira, “Juízo de admissibilidade e juízo de mérito no julgamento do recurso especial”, esp. p. 164-166 e Nelson Luiz Pinto, *Recurso especial para o STJ*, p. 118-122.

admissibilidade de eventual recurso adesivo (CPC, art. 500, III) e assim por diante.¹⁰⁵

Em suma: não é porque a Constituição afirma que o recurso cabe quando a decisão contrariar a Constituição ou quando contrariar ou negar vigência a tratado ou lei federal que não é possível separar dois juízos cognitivos bem diversos, um relativo ao cabimento do recurso (afirmação de que a decisão recorrida violou o direito federal constitucional ou infraconstitucional: aparência ou plausibilidade de violação, portanto) e outro relativo ao julgamento de mérito do recurso (saber se, realmente, a decisão maltratou o direito federal).¹⁰⁶

Se o recurso extraordinário é recurso antes de ser extraordinário (e isto vale para o especial também) seu formato, seu molde intrínseco e sua técnica são elementos que não podem ser desprezados pelo direito positivo. Por maiores que sejam as transformações do direito positivo, nem por isto elas podem querer se sobrepor à natureza destes recursos e à sua técnica.¹⁰⁷

Se isto acontecer — e evidentemente que isto pode acontecer — de recurso extraordinário já não se tratará. Não, pelo menos, na forma como hoje foi ele desenhado pelo constituinte de 1988. Tratar-se-á, então, de outra figura, que não um recurso extraordinário ou especial. Como se vê, a literalidade do texto constitucional não pode querer subverter a técnica destas modalidades recursais.

A seguir, debateremos então um a um os requisitos de admissibilidade dos recursos excepcionais:

▪ Esgotamento das vias recursais ordinárias – conceito de causa decidida

Os recursos extraordinários têm como pressuposto de cabimento o esgotamento das vias ordinárias. Sendo cabíveis recursos ordinários, tais como embargos de declaração ou embargos infringentes, deverão estes ser empregados primeiramente e somente após os recursos destes é que se está diante de uma decisão de última instância, tal como se referem os artigos constitucionais.

¹⁰⁵ Todas estas considerações estão em trabalho de Barbosa Moreira, “Julgamento do recurso especial ex art. 105, III, “a”, da Constituição da República: sinais de uma evolução auspiciosa”, p. 95-105. Para a exposição do entendimento do autor sobre a distinção entre juízo de admissibilidade e de mérito nestas espécies recursais, consultar seu “Juízo de admissibilidade e juízo de mérito no julgamento do recurso especial”, p. 163-170.

¹⁰⁶ A este respeito, v. José Carlos Barbosa Moreira, “Juízo de admissibilidade e juízo de mérito no julgamento do recurso especial”, esp. p. 164-166 e Nelson Luiz Pinto, *Recurso especial para o STJ*, p. 118-122.

¹⁰⁷ Bem acentua este ponto Moacyr Amaral Santos, *Primeiras linhas de direito processual civil*, 3º volume, p. 164 (referindo-se ao recurso extraordinário) e p. 177-178 (tratando do recurso especial).

A necessidade de esgotamento das vias recursais ordinárias se extrai dos art. 102, III e art. 105, III da CF/1988, que preveem o cabimento de especial e extraordinário para as “causas decididas” em única ou última instância.

Importante, neste aspecto, é compreender o conceito de “causa decidida”.

Segundo Athos Gusmão Carneiro:

como decisão de “única ou última instância”, para o efeito de admissão dos recursos extraordinários em geral, deve compreender-se aquela de que não mais caibam recursos ordinários – Súmula 281. Assim, a decisão do tribunal estadual ou regional federal tomada em agravo, ou tomada em apelação sem voz dissonante, e apontada como infringente de lei federal, é decisão de última instância para efeito da admissão do recurso especial, e igualmente o é para a concomitante interposição do recurso extraordinário¹⁰⁸.

A referida Súmula 281 assim dispõe: “É inadmissível o recurso extraordinário quando couber, na justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada”.

Deste modo, para este fim, causa decidida compreende-se como aquela contra a qual não caiba mais recurso nas vias ordinárias. Não cabe recurso extraordinário, portanto, contra:

- acórdão que denegou mandado de segurança de competência dos tribunais de segundo grau, decidido por maioria ou unanimidade, porque passível de recurso ordinário (art. 105, II, “b” da CF)¹⁰⁹;
- acórdão proferido por maioria no julgamento da apelação porque passível de embargos infringentes (art. 530 do CPC);
- decisão singular do relator quando cabível agravo interno (art. 557, § 1º do CPC)¹¹⁰, etc.

Delimitado o conceito de causa decidida para os fins ora pretendidos, importante que se faça um estudo comparativo às hipóteses de cabimento previstas na CF para o recurso especial.

¹⁰⁸ Athos Gusmão Carneiro. Anotações sobre o recurso especial. RT, 654/10.

¹⁰⁹ RTJ 158/222

¹¹⁰ RTJ 161/616

Segundo o art. 102, II da CF, cabe ao STF apreciar e julgar em sede de recurso extraordinário “causas decididas em única ou última instância”. O art. 105, III prevê que cabe ao STJ julgar em sede de recurso especial as causas decididas “em única ou última instância, pelos tribunais regionais federais ou pelos tribunais dos estados, do Distrito Federal e territórios [...]”.

Numa análise mais singela, parece que a redação autoriza a interposição de recurso extraordinário contra sentenças de primeiro grau, e de recurso especial somente contra decisão dos tribunais.

De fato, existem hipóteses em que é possível interpor recurso extraordinário contra decisões de primeira instância. Contudo, é necessário que a decisão seja “final”, isto é, que contra ela não caiba mais recurso na via ordinária. É o caso das ações de alçada contra as quais cabem somente embargos infringentes (art. 34 da Lei 6.830/80) e dos acórdãos das turmas recursais dos juizados especiais (que embora julguem a ação em grau de recurso são órgãos judiciários de primeiro grau).

Estas hipóteses, porém, vieram a ser corroboradas pela Súmula 640 do STF: “é cabível recurso extraordinário contra decisão proferida por juiz de primeiro grau nas causas de alçada, ou por turma de juizado especial cível e criminal”.

Ressalte-se que a Lei 10.259/2001 (Juizados Especiais Federais) prevê expressamente o cabimento do recurso extraordinário, previsão esta que não se encontra no texto da Lei 9.099/95 (Juizados Especiais da Justiça Comum). A Súmula 597 do STF estabelece que cabe recurso extraordinário contra apelação em sede de mandado de segurança decidida por maioria de votos: “não cabem embargos infringentes de acórdão que, em mandado de segurança, decidiu por maioria de votos a apelação”.

Inexiste celeuma quanto ao cabimento de recurso extraordinário contra decisão proferida em agravo de instrumento, eis que o art. 542, § 3º define que esta permanecerá retida nos autos.

A jurisprudência do STF restringiu ainda o cabimento do recurso extraordinário no que tange às medidas liminares (Súmula 735¹¹¹ do STF), entendendo que, uma vez que podem ser cassadas pelo próprio juízo de primeiro grau, não possuem caráter de definitividade; e aos processos de jurisdição voluntária ou de caráter administrativo, já que nestes casos inexistiria litígio¹¹².

A respeito, vejam-se os seguintes julgados:

RE: cabimento: decisão cautelar, desde que definitiva: consequente inadmissibilidade contra acórdão que, em agravo confirma liminar, a qual, podendo ser revogada a qualquer tempo pela instância *a quo*, é insusceptível de ensejar o cabimento do recurso extraordinário, não por ser interlocutória, mas, sim, por não ser definitiva” (RExt 263.038-1, Rel. ministro Sepúlveda Pertence).

EMENTA: I. Processo no STF: requerimento de medida cautelar, nos feitos de competência do Tribunal: constitui petição incidente, a ser apreciada nos termos do art. 21, IV, e V, do Regimento Interno (precedente: AgPet 1158, Rezek, 14/8/96). II. Medida cautelar no STF: âmbito de delibação da causa principal. A medida cautelar tem sempre por pressuposto a probabilidade do advento do provimento principal - no caso a admissibilidade e a procedência do recurso extraordinário pendente -, cujos efeitos visem a resguardar do *periculum in mora*; e a verificação do *fumus boni juris* começa pelo accertamento da viabilidade em tese da pretensão principal e, afirmada essa, termina na delibação em concreto do seu mérito. III. Recurso extraordinário: descabimento: inexistência de causa no procedimento político-administrativo de requisição de intervenção estadual nos municípios para prover a execução de ordem ou decisão judicial (CF, art. 35, IV), ainda quando requerida a providência pela parte interessada. 1. O sistema constitucional não comporta se subordine a intervenção estadual nos municípios à iniciativa do interessado, que implicaria despir o Judiciário da prerrogativa de poder de requisitar *ex-officio* a medida necessária à imposição da autoridade de suas ordens ou decisões, a exemplo da que se outorgou claramente aos órgãos de cúpula do Judiciário da União, quando se cogite, sob o mesmo fundamento, de intervenção federal nos estados. 2. Não se opõem os princípios a que, à parte interessada no cumprimento de ordem ou decisão judiciária, se faculte provocar o tribunal competente a requisitar a intervenção estadual ou federal, conforme o caso: mas a iniciativa do interessado nesse caso não é exercício do direito de ação, sim, de petição (CF, art. 5º, XXXIV): **não há jurisdição - e, logo, não há causa**, pressuposto de cabimento de recurso extraordinário - onde não haja ação ou, pelo menos, requerimento de interessado, na **jurisdição voluntária: dessa inércia que lhe é essencial, resulta que não há**

¹¹¹ “Não cabe recurso extraordinário contra acórdão que defere medida liminar”.

¹¹² O texto da CF exige “causa decidida” e se não há litígio não há causa.

jurisdição, quando, embora provocado pelo interessado, a deliberação requerida ao órgão judiciário poderia ser tomada independentemente da iniciativa de terceiro: é o que sucede quando - embora facultada - a petição do interessado não é pressuposto da deliberação administrativa ou político-administrativa requerida ao órgão judiciário, que a poderia tomar de ofício. 3. O caráter vinculado de uma competência administrativa não transforma em jurisdição o exercício dela; nem o faz a estrutura contraditória emprestada ao processo administrativo que a tenha precedido, por iniciativa do interessado. (Pet 1.256, Relator(a): ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 04/11/1998, DJ 04/05/2001 PP-00006 EMENT VOL-02029-01 PP-00078)

Contudo, entendemos que, diante do instituto da repercussão geral (tema abordado no capítulo 2, item “b” e capítulo 4, item “c”, deste estudo), este entendimento torna-se totalmente inócuo.

▪ **Prequestionamento da questão constitucional / infraconstitucional – ainda sobre o conceito de causa decidida.**

A expressão prequestionamento, que originariamente dizia respeito a uma atividade da parte (questionar), passou a significar para a jurisprudência do STJ exigência de que da decisão conste a discussão sobre a questão federal ou constitucional.

Para o STJ, o prequestionamento seria o reflexo da atividade das partes no processo, de modo que, se da decisão não constar matéria questionada pelas partes, será essa omissa e contra ela caberão embargos de declaração. Caso o tribunal não sane a omissão, estar-se-á diante de outra ilegalidade, a afronta ao art. 535, II do CPC. A esse respeito, o STJ editou a Súmula 211 mais abaixo transcrita.

A jurisprudência do STF, entretanto, tem sido mais flexível e entende que a oposição de embargos de declaração é suficiente para atender à necessidade de prequestionamento, ainda que o tribunal não sane a omissão. A esse respeito é a Súmula 356 do STF.

Vê-se, portanto, que STJ e STF traçaram diferentes entendimentos sobre o prequestionamento, o que fica de fácil visualização pela simples leitura das súmulas acima referidas:

Súmula 282 STF: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”.

Súmula 356 STF: “O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento”.

Súmula 211 STJ: “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*”.

Expondo de forma clara tal divergência entre os tribunais, veja-se o seguinte julgado:

Processo civil. Recurso especial. Recurso extraordinário. Prequestionamento. **O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça estabeleceram critérios diferentes para a identificação do prequestionamento no recurso extraordinário (STF - Súmula 356) e no recurso especial (STJ - Súmula 211).** A orientação consolidada na Súmula 211 do Superior Tribunal de Justiça não ofende as garantias constitucionais da ampla defesa, do acesso ao Judiciário e do devido processo legal, nos termos do que foi decidido no Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 198.631-1, Relator o ministro Sepúlveda Pertence (DJU, 19.12.97, p. 48). Embargos de declaração rejeitados. (Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma, Embargos de Declaração no Recurso Especial n. 158.140/DF, Rel. ministro Ari Pargendler, j. un. 15/10/98, DJU 23/11/98, p. 166.)

Interessante é o posicionamento de Cassio Scarpinella Bueno no artigo “De novo o prequestionamento”¹¹³, no sentido de que a análise da interpretação da norma que prevê requisitos para admissão do recurso especial, art. 105, III, é reservada ao STF, a quem cabe interpretar a Constituição Federal:

Inconteste que ao Supremo Tribunal Federal não cabe rejulgar o recurso especial, pura e simplesmente. Mas, cabe ao Supremo Tribunal Federal decidir acerca da interpretação dos pressupostos constitucionais do recurso especial (art. 105, III) e verificar em que medida o Superior Tribunal de Justiça conforma-se a esta sua interpretação.¹¹⁴ Não há como

¹¹³ Disponível no sítio do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP): www.direitoprocessual.org.br/

¹¹⁴ Neste sentido, consultar o seguinte julgado: “Recurso extraordinário: hipótese de cabimento por contrariedade, pelo acórdão do STJ em recurso especial, do art. 105, III, da Constituição. 1. Não cabe recurso extraordinário fundado em violação do art. 105, III, para rever a correção, no caso concreto, da decisão do STJ de conhecer ou não do recurso especial. 2. Cabe, porém, o extraordinário se, para conhecer ou não do recurso especial, parte o acórdão do STJ de proposição contrária em tese aos seus pressupostos típicos de admissibilidade, definidos explícita ou

admitir que o Superior Tribunal de Justiça possa se sobrepor ao Supremo Tribunal Federal quanto à interpretação da Constituição.

O STF já teve oportunidade de fazer tal análise. Vejamos:

Recurso especial. Falta de prequestionamento. O acórdão recorrido violou, pelo menos, o artigo 105, III, “a”, ao decidir sobre questão que não fora prequestionada, por não ter sido ventilada pelo acórdão local, nem ter sido objeto de embargos de declaração nessa instância, o que, aliás, determinou que não fosse ela invocada no recurso especial. Com efeito, se no recurso especial se requeria a exclusão do índice de 70,28% na correção do crédito fiscal de janeiro de 1989, sustentando-se que a Lei n. 6.374/89 do Estado de São Paulo ofendeu a regra da irretroatividade, ao determinar a aplicação do IPC de janeiro de 1989 (70,28%) nas contas de atualização de débito fiscal, não podia o Tribunal *a quo*, ao decidir que o princípio da irretroatividade não fora ofendido, o que implicaria o não conhecimento do recurso especial, ir além e, sem o prequestionamento desta questão, examinar qual o índice que deveria ser aplicado para estabelecer que seria o de 42,72% e não o de 70,28%. Recurso extraordinário conhecido e provido.¹¹⁵

Aqui, ao contrário do que prevaleceu nos julgamentos anteriores, declarou-se violado o comando do art. 105, III, “a”, da Constituição Federal, na exata medida em que se entendeu que o Superior Tribunal de Justiça teria conhecido e dado provimento a recurso especial, levando em conta questão infraconstitucional *não* prequestionada. Falta de prequestionamento, ademais, caracterizada “por não ter sido ventilada pelo acórdão local, nem ter sido objeto de embargos de declaração nessa instância, o que, aliás, determinou que não fosse ela invocada no recurso especial”.

Para aquele doutrinador, com quem concordamos, deve o Supremo Tribunal Federal decidir qual a interpretação que deve ser dada ao art. 105, III, da Constituição Federal (e, por identidade de

implicitamente no art. 105, III, da Constituição. Essa a hipótese quando se nega força de lei federal a diploma normativo que o tenha, qual o caso do Convênio ICMS 66/88 – que – por disposição expressa do art. 34, § 8º, ADCT – teve hierarquia de lei complementar, até que essa fosse editada, em tudo quanto necessário para tornar eficazes as inovações introduzidas na disciplina constitucional do ICMS pela Constituição de 1988” (Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma, Rel. ministro Sepúlveda Pertence, Recurso extraordinário n. 273.351/SP, j.un. 27/6/00, DJU 25/8/00, p. 74).

¹¹⁵ Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma, Rel. ministro Moreira Alves, Recurso extraordinário n. 208.775/SP, j. un. 18/4/00, DJU 19/5/00, p. 2, sem os destaques.

motivos, ao art. 102, III) e, portanto, o que deve ser entendido por prequestionamento. Não é possível que se mantenham, entre os dois tribunais superiores, diferentes posicionamentos acerca do tema, sob pena de se permitirem diferentes interpretações da Constituição Federal.

Da leitura dos art. 102, III e 105, III da CF, é possível verificar-se facilmente que o texto constitucional não faz referência a prequestionamento como requisito de cabimento de recurso extraordinário ou de recurso especial.

Não se pode, entretanto, concluir que o texto constitucional dispensa o prequestionamento. Ora, aqueles dispositivos são bastante claros nos incisos quanto à necessidade de que a matéria tenha sido decidida pelas instâncias locais ou regionais. É expresso, portanto, o texto constitucional no sentido de que somente “causas decididas”, cabíveis em pelo menos uma das hipóteses das alíneas dos arts. 102, III e 105, III, é que podem ser desafiadas pelos recursos extraordinário e especial.

Muito se discutiu acerca do tema “causas decididas”. Chegou-se a defender que só se pode entender por *causa decidida* as decisões de mérito (sentenças, portanto) julgadas, em única ou última instância, pelas instâncias inferiores, sendo incabível recurso extraordinário e especial contra decisões interlocutórias.¹¹⁶

O tema, entretanto, foi superado pela doutrina e jurisprudência, especialmente pela Súmula n. 86 do Superior Tribunal de Justiça¹¹⁷ e posteriormente pela Lei n. 9.756/98, que regulou o momento e a forma de processamento daqueles recursos por meio dos recursos extraordinário e especial retidos (CPC, art. 542, § 3º).¹¹⁸

¹¹⁶ V. a respeito: Nelson Luiz Pinto, *Recurso especial para o STJ*, p. 111-113; Rodolfo de Camargo Mancuso, *Recurso extraordinário e recurso especial*, p. 100 e Roberto Rosas, “A causa como pressuposto do recurso”, p. 209-213.

¹¹⁷ “Cabe recurso especial contra acórdão proferido no julgamento de agravo de instrumento.”

¹¹⁸ V., ainda aqui, Cassio Scarpinella Bueno “Uma segunda reflexão sobre o novo § 3º do art. 542 do CPC”, p. 103-114.

A matéria prequestionada deve ostentar ainda algumas qualidades: (i) deve se tratar de questão de direito, ou seja, não deve se tratar de questão de fato; (ii) deve tratar de interpretação de normal federal infraconstitucional (não se admitem recursos para se discutir interpretação de direito local – Súmula 280, STF)¹¹⁹; (iii) deve tratar de lei em sentido estrito (não se consideram normas jurídicas regras não oriundas de órgãos legiferantes federais, tais como regimento interno de tribunal, ato normativo, resolução de autarquia, portaria ministerial, provimento da OAB, etc.).

Exigia-se ainda que a regra jurídica afrontada fosse expressamente indicada (prequestionamento explícito¹²⁰), exigência com a qual não concordamos. Tal como já se entendeu no STF, o tema

¹¹⁹ Segundo Teresa Arruda Alvim Wambier, *Op. cit.*, p. 256, entretanto, continua sendo cabível recurso especial, contudo, nos casos em que não se discute a validade de lei local em face de lei federal, mas se alega que houve violação à lei federal, quando se decidiu fundamentando-se em lei local.

¹²⁰ Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO (LEI N. 12.322/2010) - ALEGADA VIOLAÇÃO A PRECEITOS INSCRITOS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO EXPLÍCITO DA MATÉRIA CONSTITUCIONAL - RECURSO IMPROVIDO. - A ausência de efetiva apreciação do litígio constitucional, por parte do Tribunal de que emanou o acórdão impugnado, não autoriza - ante a falta de prequestionamento explícito da controvérsia jurídica - a utilização do recurso extraordinário.

(ARE 652635 AgR, Relator(a): ministro CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 28/02/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-056 DIVULG 16/03/2012 PUBLIC 19/03/2012)

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PENAL. PROCESSUAL PENAL. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. ART. 150, § 1º, DO CÓDIGO PENAL. **NÃO INDICAÇÃO DE DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL VIOLADO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 284/STF.** ALEGAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL DE AFRONTA AO PRINCÍPIO DO *BIS IN IDEM* (ART. 5º, XLVI, DA CF). **NÃO PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS N. 282 E 356/STF.** DECISÃO QUE SE MANTÉM POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. 1. O recurso extraordinário é inadmissível quando carecer de fundamentação suficiente capaz de demonstrar a exata compreensão da lide, ante a vedação da súmula 284 do STF, *verbis*: É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia. 2. O dever de fundamentar impõe-se ao recorrente sob pena de inadmissão do apelo extremo à luz do § 1º do artigo 317 do RISTF. Precedentes: RE n. 583.833-AgR, Relator o ministro JOAQUIM BARBOSA, 2ª Turma, DJe de 1º.10.10; AI n. 744.581-AgR, Relatora a ministra ELLEN GRACIE, 2ª Turma, DJe de 21/5/10; RE n. 458.161-AgR, Relator o ministro EROS GRAU, 2ª Turma, DJe de 1/1/08; AI n. 615.634-AgR, Relator o ministro CELSO DE MELLO, 2ª Turma, DJ de 18/12/2006; AI n. 585.140-AgR, Relator o ministro GILMAR MENDES, 2ª Turma, DJ de 6/6/2006. 3. **O prequestionamento explícito da questão constitucional é requisito indispensável à admissão do recurso extraordinário, sendo certo que eventual omissão do acórdão recorrido reclama embargos de declaração.** 4. As Súmulas 282 e 356 do STF dispõem respectivamente, *verbis*: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada” e “O ponto omissso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.” 5. [...] 6. Agravo regimental a que se nega provimento. (ARE 640659 AgR, Relator(a): ministro LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 13/12/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-032 DIVULG em 13/2/2012 PUBLIC 14/2/2012)

jurídico, este sim, deve ter sido enfrentado pela decisão recorrida, não bastando a menção do dispositivo legal¹²¹.

Araken de Assis¹²² completa a sua lição expressando seu inconformismo contra as diversas decisões do STF em que se vê a exigência do apontamento do dispositivo legal afrontado. Comunga da mesma opinião o já referido Cassio Scarpinella. Para esses doutrinadores, exigir o apontamento numérico do dispositivo constitucional violado é excesso de formalismo.

Esta posição, porém, não é pacífica. Para Athos Gusmão Carneiro¹²³:

para que determinada matéria seja considerada como prequestionada, não basta que haja sido suscitada pela parte no curso do contraditório. É necessário que, no aresto recorrido, a matéria tenha sido decidida, e decidida explicitamente, ainda que prescindível expresse menção ao artigo de lei.

E ainda, a jurisprudência:

Ausente o prequestionamento explícito do dispositivo legal tido como malferido, não merece conhecimento, pela alínea “a”, o recurso especial interposto (Súmulas 282 e 356 do STF/RSTJ 30/341). Recurso especial não conhecido. (STJ, Quinta Turma, RESP 172808/SP, ministro Felix Fischer, relator, j. 20/08/1998. DJ 28/09/1998)

Manifesta-se, ainda, Araken de Assis¹²⁴ pela desnecessidade de se discutir se o prequestionamento é implícito ou explícito:

¹²¹ “A falta de manifestação do tribunal *a quo* sobre as normas discutidas no recurso extraordinário não impede, em princípio, o seu exame pelo STF, se a parte buscou o suprimento da omissão mediante embargos de declaração (Súmula 356); mas o entendimento, adotado pelo STJ, de que a oposição de embargos de declaração não afasta, em tais hipóteses, a falta de prequestionamento (devendo a parte, caso persista a omissão, suscitar contrariamente ao Art. 535 do Código de Processo Civil), embora conflitante com a orientação refletida na Súmula 356 do STF – e, via de consequência, com sua fonte normativa (CF, Art. 102, III e 105, III) – não ofende as garantias constitucionais de ampla defesa, do acesso ao judiciário e do devido processo legal, únicas invocadas no recurso extraordinário”. (STF, 1ª Turma, AgRg no AI 198.631/PA, rel. ministro Sepúlveda Pertence, j. 11/11/1997, DJ 10/12/1997, p. 48)

“Sendo a matéria conhecida, e devidamente explicitada a questão federal, com o tema colocado sob confronto, a omissão do preceito legal, por si só, não afasta a apreciação do recurso especial” (STJ, Corte Especial EREsp 159.983/S), rel. ministro Helio Mosimann j. 3/2/1999, DJU 19/4/1999, p. 70). Neste mesmo sentido ATJ 6ª Turma, REsp 172/013/MA, rel. ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 29/4/1999, DJU 7/6/1999, p. 135.

¹²² *Op. cit.*, p. 703.

¹²³ Anotações sobre o recurso especial. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 79, v. 654, abr./1990.

¹²⁴ *Op. cit.* p. 704.

O prequestionamento apresenta um falso problema, pois é irrelevante pesquisar-se se o prequestionamento é implícito ou explícito, para afirmar-se a admissibilidade dos recursos excepcionais. Importa apenas a existência de decisão, no julgado recorrido, a respeito da questão constitucional. Faltando a decisão, não cabe o extraordinário, e, ao revés, existindo decisão, cabe o recurso, e o prequestionamento, por isso mesmo, mostra-se explícito.

Porém, não é assim que a jurisprudência do STF vem entendendo. A respeito, transcrevemos:

A configuração do instituto pressupõe debate e decisão prévios pela corte de origem, ou seja, emissão de juízo explícito sobre o tema (RTJ 158/262). No mesmo sentido RTJ/133, 145/315.

Agravo regimental. - Segundo a firme jurisprudência desta corte, só há prequestionamento da questão constitucional quando o acórdão recorrido explicitamente examina uma questão sob o ângulo constitucional, citando expressamente o dispositivo da Constituição que está em causa ou, mesmo sem citá-lo, enfrenta a questão constitucional posta explicitamente no recurso sob julgamento. No caso, nenhuma dessas circunstâncias ocorreu, estando, pois, correto o despacho agravado. Agravo a que se nega provimento (STF, 1ª Turma, Agravo reg. em Rec. Extr. 231.789-9, ministro Moreira Alves, rel., j. 10/11/98. DJ 30/4/99).

Por fim, esclarece que o voto vencido não se presta ao prequestionamento porque “não exterioriza qualquer *decisium* voltado à composição do *decisium*”.

A primeira referência ao instituto do prequestionamento surgiu no art. 59, § 1º da CF/1981 que utilizava o verbo “*questionar*” ao delimitar as hipóteses de cabimento de recurso à corte suprema. A partir daí, o STF começou a desenvolver a sua jurisprudência na necessidade de prequestionamento da matéria constitucional.

A CF/1988, contudo, não faz menção específica à necessidade de prequestionamento, razão pela qual muito passou a se discutir na doutrina se esta exigência teria ou não fundamento constitucional. A jurisprudência muito diverge a respeito. Eis alguns julgados a respeito:

Diz-se prequestionada determinada matéria quando o órgão prolator da decisão impugnada haja adotado explicitamente tese a respeito e, portanto, emitido juízo. (Ministro Marco Aurélio, relator dos E. Decl. No Ag. em RR n. 227/84, plenário do TST, v.u., DJU-I de 6/6/86, p. 9.985, 1ª coluna, *in medio*);

Diz-se prequestionado determinado tema quando o órgão prolator da decisão impugnada haja adotado entendimento explícito sobre ele. (Ministro Marco Aurélio, relator do RE n. 125.248-RS, no STF, DJU-I de 16/10/90, p. 11.266);

O requisito do prequestionamento não pressupõe apenas que a matéria tenha sido mencionada na instância ordinária, mas que tenha sido discutida, tomando-se *res controversa*, *res dubia*. (STF, RTJ 118/643) (Ministro Carlos Velloso, relator do Ag. n. 131.156-RS. no STF, DJU-I de 22/10/90, p. 11.621);

Significa o debate (anterior) do tema da causa. Não é a indicação formal dos dispositivos de lei eventualmente aplicáveis à espécie. (Ministro Vicente Cernicchiaro, relator do Ag. n. 7.330-SP, no STJ, DJU-I de 1º/2/91, p. 451).

Para Araken de Assis, prequestionamento é “o próprio conteúdo do provimento jurisdicional. É a afloração dos tipos constitucionais contemplados no art. 102, III, da CF/1988”. Deste modo, ao seu entendimento basta que a questão aflore da decisão colegiada. Indiferente que a parte tenha ou não ventilado a questão durante o trâmite do processo, bastando que haja provimento jurisdicional a respeito.

Por isso, entende que a Súmula 282 do STF¹²⁵ utiliza impropriamente a expressão “questão federal suscitada”. De acordo com o texto constitucional, é desnecessário que a parte suscite a questão, basta que o tribunal decida a respeito. Aliás, para Araken de Assis, o próprio termo “prequestionamento” derivado de “questionamento prévio”, é impróprio, pois na verdade não se exige que a parte tenha tratado a questão, mas que a decisão o tenha feito, por impulso da parte ou não.

Neste sentido, entende aquele doutrinador que caso o tribunal tenha julgado “*ex-officio*” questões processuais não abordadas pelas partes, por exemplo, condições da ação, caberá extraordinário. Do mesmo modo, caso tenha havido julgamento *ultra* ou *extrapetita* também caberá extraordinário, já que em ambos os casos houve julgamento sobre a questão. Por outro lado, caso a parte alegue determinada questão nas suas razões recursais e esta não venha a ser decidida pelo tribunal, caberá embargos de declaração, a fim de sanar a omissão e fazer com que a questão seja tratada pelo tribunal, sob pena de serem inadmitidos os extraordinários.

¹²⁵ “É inadmissível o recurso extraordinário quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.”

Neste sentido, a Súmula 356 do STF:

O ponto omissso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.

Opostos os embargos de declaração e rejeitados pelo tribunal *a quo*, cabe extraordinário. Este é o entendimento do ministro Marco Aurélio:

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 estes, se não obstante se recusa o tribunal a suprir a omissão, por entendê-la inexistente, nada mais pode exigir a parte, permitindo-se, de logo, interpor recurso extraordinário sobre a matéria dos embargos de declaração e não sobre a recusa, no julgamento deles, de manifestação sobre ela (SRT-RF 347/273). No mesmo sentido STF-2ª Turma, RE 184.104-4, rel. ministro Marco Aurélio, j. 16/12/97, deram provimento, v.u., DJU 27/3/98, p. 98.

Este, porém, não é o entendimento do STJ. Segundo o Egrégio Tribunal Superior, em caso de recusa em suprir a omissão, caberia recurso especial por afronta ao art. 535 do CPC¹²⁶.

c. Condições de admissibilidade específicas do recurso extraordinário

Além das condições de admissibilidade comuns aos recursos excepcionais, o recurso extraordinário está sujeito a condições específicas, à repercussão geral e à afronta direta. Vejamos:

Repercussão geral

O recurso extraordinário veio a sofrer relevantes modificações com a Emenda Constitucional n. 45, de 8/12/2004, especialmente com o acréscimo do § 3º ao art. 102 da Constituição Federal de 1988:

Art. 102.

[...]

§ 3º No recurso extraordinário, o recorrente deverá demonstrar a

¹²⁶ RSTJ 83/57, 92/121, 103/137, 110/148, 110/187, 148/180.

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.

De acordo com o dispositivo, para que o recurso extraordinário seja admitido caberá ao recorrente em sede de preliminar demonstrar a presença de repercussão geral (art. 543-A, § 2º) em seu apelo. A presente apreciação desta matéria, por sua vez, fica a cargo da Corte Constitucional, não cabendo ao tribunal *a quo* manifestar-se a esse respeito.

Poderá o Supremo Tribunal Federal recusar, diante da manifestação de dois terços de seus membros, o respectivo recurso extraordinário quando entender que não restou demonstrada a "repercussão geral" das questões constantes do recurso, na forma do parágrafo a seguir:

§ 1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.

No mais, a normatização sobre a repercussão geral ficou a cargo da norma infraconstitucional, vindo a ser regulamentada pela Lei n. 11.418, de 19/12/2006 que acresceu ao Código de Processo Civil o art. 543-A:

Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo. (Incluído pela Lei n. 11.418, de 2006.)

§ 1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa. (Incluído pela Lei n. 11.418, de 2006.)

§ 2º O recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral. (Incluído pela Lei n. 11.418, de 2006.)

§ 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária à súmula ou jurisprudência dominante do tribunal. (Incluído pela Lei n. 11.418, de 2006.)

§ 4º Se a Turma decidir pela existência da repercussão geral por, no mínimo, 4 (quatro) votos, ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário. (Incluído pela Lei n. 11.418, de 2006.)

§ 5º Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos

liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. (Incluído pela Lei n. 11.418, de 2006.)

§ 6º O relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. (Incluído pela Lei n. 11.418, de 2006.)

§ 7º A súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no Diário Oficial e valerá como acórdão. (Incluído pela Lei n. 11.418, de 2006.)

Dispõe, com efeito, o art. 102, § 3º, que:

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.

O Código de Processo Civil, por sua vez, dispõe em matéria de repercussão geral que:

Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em **decisão irrecorrível**, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo. (Incluído pela Lei n. 11.418, de 2006.)

Em resumo:

- O recurso extraordinário deverá “demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais” (art. 102, III, § 3º da CF, art. 543-A, *caput* do CPC).
- A decisão que apreciar a repercussão geral será irrecorrível (art. 543-A, *caput* do CPC).
- É possível a revisão da tese nos termos do regimento interno (art. 543-A, § 5º do CPC).
- A análise da repercussão geral se dará exclusivamente pelo STF no juízo de admissibilidade recursal.
- Será reconhecida a repercussão geral pelo voto de quatro ministros (art. 543-A do STF).
- A recusa se dará com o pronunciamento de dois terços dos integrantes do STF (art. 102, § 3º da CF/1988), ou seja, oito votos convergentes.

O art. 543-A do CPC traz ainda a previsão de alguns casos em que a repercussão geral é presumida: “§ 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária à súmula ou jurisprudência dominante do tribunal”.

Nota-se que o dispositivo não exige que a decisão seja contrária à súmula vinculante, do que se conclui que a análise pode ser em face de jurisprudência consolidada dos tribunais¹²⁷.

Nos termos do que dispõe o atual artigo 322 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, modificado pela Emenda Regimental n. 21, de 30 de abril de 2007, “para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões que, relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, ultrapassem os interesses subjetivos das partes”.

Segundo Antônio Pereira Gaia Júnior¹²⁸, percebe-se na repercussão geral o objetivo de filtrar a entrada de recursos extraordinários perante o STF, prestigiando a tão desejosa e esperada razoável duração do processo¹²⁹.

Este sistema de “filtragem recursal” já era conhecido do sistema jurídico brasileiro quando da antiga Arguição de Relevância prevista na Constituição de 1967 (art. 119, III, *a* e *d* c/c §1º) e depois na CF/1969 que autorizou o STF a restringir seu acesso por meio de norma regimental, o que foi feito com a previsão da “arguição de relevância” pela Emenda Regimental n. 3, de 1975, e n. 2, de 1985. Com a promulgação da Constituição de 1988, tal previsão foi excluída.

Os institutos repercussão geral e arguição de relevância, entretanto, na opinião de Marinoni¹³⁰, não se confundem, eis que:

enquanto a arguição de relevância funcionava como um instituto que visava possibilitar o conhecimento deste ou daquele recurso extraordinário *a priori* incabível, funcionando como um instituto com característica central inclusiva, a repercussão geral visa excluir do conhecimento do Supremo Tribunal Federal controvérsias que assim não se caracterizem.

¹²⁷ THEODORO JR., Humberto. *Op. cit.*, p. 716.

¹²⁸ Antônio Pereira Gaia Júnior, no artigo “Considerações sobre a ideia da repercussão geral e a multiplicidade dos recursos repetitivos no STF e STJ”, disponível no sítio do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP): www.direitoprocessual.org.br

¹²⁹ No mesmo sentido, MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel, *Op. cit.*, p.79.

¹³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel, *Op. cit.* por Antônio Pereira Gaia Jr. *Op. cit.*, p.30-31.

Ante a exclusão da arguição de relevância, uma tentativa de solucionar a crise do STF¹³¹ veio com a criação do STJ pela CF/1988, entregando a este a competência de uniformizar a jurisprudência federal. Contudo, isso não se mostrou suficiente. A evolução do ambiente social e econômico viu-se traduzida em numerosas demandas de controle difuso de constitucionalidade cuja atribuição para dirimi-las é do STF.

Foi então que a EC 45/2004 criou o instituto da repercussão geral. A partir de então, somente questões constitucionais relevantes serão julgadas pela suprema corte.

Ao que parece, o resultado vem atendendo às expectativas dos criadores e defensores do instituto.

As estatísticas do STF¹³² demonstram que o volume de recursos extraordinários interpostos reduziu sensivelmente desde a regulamentação da EC/45 pela Lei 11.418/2006 que incluiu o art. 543-A do CPC.

A preliminar formal de repercussão geral é exigida nos recursos extraordinários interpostos de acórdãos publicados a partir de 3 de maio de 2007, data da entrada em vigor da Emenda Regimental n. 21/07 ao RISTF, que estabeleceu as normas necessárias à execução das disposições legais e constitucionais sobre o novo instituto (QO-AI 664.567, ministro Sepúlveda Pertence). Deste modo, os recursos extraordinários anteriores não devem ter seu seguimento denegado por ausência da preliminar formal de repercussão geral.

Até o presente momento, o STF reconheceu a existência da repercussão geral em 544¹³³ casos, a maioria deles de ordem tributária.

Em nossa opinião, a introdução de um sistema de filtragem legítimo e legal (repercussão geral) autoriza a flexibilização da jurisprudência defensiva, eis que a repercussão geral é ferramenta hábil à redução do número de feitos que chegam ao STF.

¹³¹ Sobre a crise do STF, v. capítulo 2 deste trabalho.

¹³² V. capítulo 2 deste trabalho.

¹³³ Estatísticas extraídas do portal do STF:

www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=numeroRepercussao
(acesso em 10 jun. 2012, dados atualizados até 15 maio 2012)

Ofensa direta à norma constitucional

O art. 102, III, “a” da CF prevê o cabimento de recurso especial contra decisão que contrarie dispositivo da Constituição Federal. Semelhantemente, o Art. 105, III, “a” da CF prevê que caberá recurso especial contra decisão que contrariar a lei federal.

Com o desenvolvimento da jurisprudência defensiva¹³⁴, o STF criou a exigência de que tal contrariedade à Constituição Federal deva-se dar de maneira frontal e direta.

A esse respeito, Araken de Assis, referindo-se às palavras de Mancuso, diz que a ofensa direta à Constituição ocorre “quando é o próprio texto constitucional que resultou ferido, sem lei federal de permeio (ainda que acaso também tenha sido violada)”.

Mais sobre este tópico será discutido no capítulo 5, deste trabalho.

Nesse capítulo, pode se perceber que os recursos excepcionais encontram tratamento legal diferenciado, de modo que as exigências para admissibilidade destes são complexas e restritas.

d. Interposição simultânea do recurso especial e recurso extraordinário

Hipóteses existem em que a decisão recorrida trata de questão federal e questão constitucional concomitantemente. Nestas hipóteses, admite-se a interposição simultânea do recurso especial e do recurso extraordinário.

De acordo com jurisprudência referida por Nelson Luis Pinto¹³⁵:

“Havendo decisão sobre questão constitucional e federal no acórdão, a parte deverá, desde logo, interpor simultaneamente o recurso extraordinário e o recurso especial. Interposto apenas o recurso especial, não é mais admissível o recurso extraordinário depois do julgamento do

¹³⁴ V. capítulo 2, item “c”, deste trabalho.

¹³⁵ Nelson Luis Pinto, *Op. cit.*, p. 250.

recurso especial para impugnar matéria preexistente, decidida no acórdão que fora impugnado apenas pelo recurso especial” (JFTF 186/210).

Nos casos de interposição simultânea dos recursos extraordinário e especial, encaminhados os autos ao STJ (art. 543 *caput* do CPC), podem ocorrer as seguintes situações:

- O recurso especial é prejudicial ao recurso extraordinário, é acolhido, hipótese em que o recurso extraordinário fica prejudicado;
- O recurso especial sendo prejudicial ao recurso extraordinário é rejeitado, hipótese em que os autos deverão ser encaminhados ao STF (art. 543, parágrafo único do CPC);
- Poderão os recursos ser interpostos contra capítulos distintos do acórdão recorrido, hipótese em que, provido ou não o recurso especial, os autos deverão ser remetidos para o STF para apreciação do recurso extraordinário;
- Se o relator entender que o recurso extraordinário é prejudicial ao especial, sobrestará o julgamento deste recurso e remeterá os autos ao STF (art. 543, parágrafo 2º do CPC), aplicando-se quanto à necessidade de julgamento do recurso especial, o que se disse nos itens *a* e *b* acima acerca do recurso extraordinário;
- Recebidos os autos pelo STF, poderá o relator do recurso extraordinário considerar que o recurso especial não lhe é prejudicial, determinando, por fim, a remessa dos autos ao STJ para julgamento deste recurso¹³⁶.

Em matéria de prejudicialidade, a jurisprudência referida por Nelson Luis Pinto¹³⁷:

Fica prejudicado o recurso extraordinário quando, tendo sido interposto simultaneamente o recurso especial, o STJ haja provido este último, ocorrendo, assim, a substituição do provimento judicial de que cogita o CPC 512. A diversidade de enfoques do mesmo tema controvertido veiculada nos citados recursos não afasta o fenômeno previsto na legislação instrumental comum, ou seja, o da substituição. (JSTF 192/110)

Na opinião de Cassio Scarpinella¹³⁸, “toda vez que houver discussão quanto à constitucionalidade de uma dada lei, a hipótese é de julgamento prévio pelo Supremo Tribunal

¹³⁶ MEDINA, *Op. cit.*, p. 239.

¹³⁷ *Op. cit.*, p. 251.

Federal nos termos do § 2º do art. 543”. Lembra, entretanto, que este não é o posicionamento do STF, conforme Súmula 636:

Não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida.

Concluído o julgamento do recurso especial, os autos serão remetidos ao STF para apreciação do recurso extraordinário, não podendo o processo permanecer retido em qualquer órgão julgador do STF¹³⁹.

Vê-se que a excepcionalidade dos recursos especial e extraordinário os torna até mesmo exceção ao princípio da unirecorribilidade, de modo que se admite a possibilidade de interposição simultânea de ambos os recursos, como se viu.

5. Afronta à Constituição Federal direta e indireta e os princípios constitucionais

O art. 102, III, “a” da CF admite recurso extraordinário contra acórdão que “contrariar” a norma constitucional.

Para Medina, em obra escrita em parceria com Teresa Arruda Alvim Wambier¹⁴⁰, este é o único fundamento do recurso extraordinário, sendo as alíneas “b” e “c”, hipóteses de cabimento, eis que não passam de mero desdobramento da hipótese da alínea “a”.

Nas palavras de Araken de Assis¹⁴¹, referindo-se a José Afonso da Silva, “contrariar é bem mais do que negar vigência [...] e abrange toda e qualquer interpretação errônea do texto constitucional”. O doutrinador afirma ainda que “a Constituição só comporta, em dado momento histórico, uma interpretação certa”.

¹³⁸ *Curso sistematizado de direito processual*. Recursos. Processo e incidentes nos tribunais. Sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões judiciais. *Op. cit.*, p. 345.

¹³⁹ STJ, 1ª T., EDecl no REsp 24.804-1-DF, j. 25.11.92 DJU 1.2.93, p. 440.

¹⁴⁰ *Processo civil moderno* - Recursos e ações autônomas de impugnação, v. 2, São Paulo: RT, p. 213.

¹⁴¹ Em Do recurso extraordinário, n. 87, p. 201-211, referido por Araken de Assis, *Op. cit.*

Cassio Scarpinella¹⁴² defende que “o verbo “contrariar” merece interpretação ampla, como sinônimo de violar, contrastar, infringir”.

Nas palavras de Nelson Luiz Pinto

contrariar supõe toda e qualquer forma de ofensa ao texto legal, quer deixando de aplicá-lo às hipóteses a que ele deve subsumir-se, quer aplicando-o de forma errônea, ou ainda, interpretando-o de modo não adequado e diferente da interpretação correta, no sentir do órgão responsável pelo controle ao respeito e pela uniformização do direito federal, que é o STJ” [ou o STF no que tange à interpretação da CF].

Defende, ainda, Araken de Assis que a contrariedade à norma constitucional pode ser contra a literalidade do dispositivo (*sententia contra litteram legis*) ou contra o espírito da norma (*sententia contra rationem legis*).

Entretanto, o entendimento do STF é de que só cabe recurso extraordinário contra ofensa direta a CF¹⁴³. Isto significa que, de acordo com o STF, se para se demonstrar que houve ofensa à Constituição Federal a argumentação do recorrente tem que obrigatoriamente passar pela lei, estar-se-ia diante de uma afronta indireta à CF, o que não deve ser analisado por meio de recurso extraordinário.

Nas palavras de Araken de Assis¹⁴⁴, há afronta direta “quando é o próprio texto constitucional que resultou ferido, sem “lei federal” de permeio (ainda que acaso também tenha sido violada).

¹⁴² *Op. cit.*, p. 287.

¹⁴³ EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. Alegação de violação direta e frontal do art. 5º, LV, da Constituição Federal. Necessidade de exame prévio de norma infraconstitucional para a verificação de contrariedade ao Texto Maior. Caracterização de ofensa reflexa ou indireta. Além disso, para se chegar a conclusão diversa daquela a que chegou o acórdão recorrido, seria necessário reexaminar os fatos da causa, sendo incabível para isso o recurso extraordinário. Óbice da Súmula 279 desta Corte. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AI 612565 ED, Relator(a): ministro JOAQUIM BARBOSA, Segunda turma, julgado em 13/11/2007, DJe-157 DIVULG 06/12/2007 PUBLIC 07/12/2007 DJ 07/12/2007 PP-00096 EMENT VOL-02302-10 PP-01977)

¹⁴⁴ *Op. cit.*, p. 705, referindo-se a Mancuso, p. 168.

A contrariedade, portanto, deve se exibir direta e frontalmente, “dispensando a análise de regras de hierarquia inferior”¹⁴⁵.

Para Araken de Assis, “consistindo a norma federal questionada em mera repetição do texto constitucional, há ofensa direta e não reflexa”. Idêntico é o posicionamento do STJ:

Se o dispositivo legal tido como violado não passa de mera reprodução de norma constitucional, que o absorve totalmente, é do Supremo Tribunal Federal a competência exclusiva para dispor sobre a temática controvertida.¹⁴⁶

No mesmo sentido, a Súmula 126 do STJ:

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.

Este, entretanto, não é o entendimento do STF. Vejamos o que diz a Súmula 636 do STF:

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.

Deste modo, segundo o STF, a ofensa direta à Constituição seria aquela que ofende a literalidade do dispositivo constitucional, enquanto a afronta reflexa é aquela que ou vai contra o espírito da norma, ou contra um princípio não expresso, ou ainda que expresso, quando este princípio encontra igual previsão infraconstitucional. A contrariedade não pode ser meramente interpretativa, de modo a se extrair que somente se admite contrariedade literal e não ao espírito da norma, como defende Araken de Assis.

Isso se resume em afirmar que não se admite, para fins de admissão de recurso extraordinário, a arguição de afronta reflexa.

¹⁴⁵ Araken de Assis, *Op. cit.*

¹⁴⁶ RT 698/198

Esta interpretação gera interessante questão quando se trata de discutir a afronta contra os princípios constitucionais. Como bem recorda Teresa Arruda Alvim¹⁴⁷, existe uma tendência de que, hoje, os valores encampados pelas sociedades contemporâneas sejam agregados à Constituição sob a forma de princípios. É o que se conhece por constitucionalização de princípios. Segundo esta doutrinadora, a “circunstância de cada vez mais incluir-se conceitos vagos, nos textos do direito posto, pode decorrer da tentativa de absorver a complexidade do mundo real”. É necessário, portanto, que “os princípios jurídicos sempre integrem os raciocínios de direito”¹⁴⁸.

Ainda segundo a doutrinadora:

princípios são genericamente formulados e não dizem respeito a uma situação específica. Princípios são, a nosso entender, regras gerais e genericamente formuladas, que estão na base dos ordenamentos jurídicos positivos e que, pensamos, admitem exceções. São regras inspiradoras de uma estrutura, que lhe imprimem certa dose de coesão e tendência à harmonia, e essa é outra das suas funções¹⁴⁹.

Ocorre que, a partir do momento em que a lei ordinária decide encampar um mesmo princípio constitucional como ocorre com o princípio da ampla defesa e do contraditório que encontram previsão concomitante na CF e no CPC, deixam eles de ser alçada do STF corrigir decisão que os desrespeite.

É um paradoxo que, nas suas palavras, “a Constituição Federal consagra certo princípio e se, pela sua relevância, a lei ordinária o repete, por isso, o tribunal, cuja função é zelar pelo respeito à Constituição Federal, abdica de examinar a questão”.

Mais paradoxo ainda é observar que comumente o STJ não julga recurso especial quando envolve matéria que é a um só tempo legal e constitucional. Prepondera naquele tribunal o entendimento de que, quando a lei ordinária reflete disposição constitucional, não goza de autorização a propiciar seu exame em recurso especial (STJ 1ª T. REsp 435.893/SP rel. ministro

¹⁴⁷ *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2. ed. São Paulo: RT, p. 267.

¹⁴⁸ *Op. cit.*, p. 34.

¹⁴⁹ *Op. cit.*, p. 68.

José Delgado, j. 14/10/2003¹⁵⁰, REsp 435893/SP, Rel. ministro LUIZ FUX, Rel. p/ Acórdão Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 14/10/2003, DJ 1º/03/2004, p. 124¹⁵¹ e AI 501740 AgR, Relator(a): ministro CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 26/04/2005¹⁵².

Está-se, portanto, diante de situação em que embora haja violação tanto à norma constitucional quanto à norma infraconstitucional — o que autorizaria a princípio a interposição de recurso especial e de recurso extraordinário — face o entendimento acima revelado, não tem o

¹⁵⁰ PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO DE ATENDIMENTO EM CRECHE A CRIANÇAS DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE. EXIGIBILIDADE EM JUÍZO. MATÉRIA DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL PRECEDENTES DO STJ. NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO ESPECIAL.

1. O Tribunal de origem analisou as questões relacionadas à exigibilidade em juízo do direito de atendimento em creche a crianças de até seis anos de idade, bem como à possibilidade de o judiciário determinar ao município o cumprimento do referido direito, sob aspectos constitucionais, os quais não podem ser apreciados em sede de recurso especial. 2. Ademais, o dispositivo infraconstitucional apontado como violado (art. 54, IV, da Lei 8.069/90) reflete disposição constitucional (art. 208, IV, da CF), não gozando de autonomia a proporcionar a sua análise pelo Superior Tribunal de Justiça. 3. Precedentes do STJ: REsp 562.501/SP, 2ª Turma, Rel. ministro Humberto Martins, DJ de 12/3/2007, p. 208; REsp 804.595/SC, 1ª Turma, Rel. ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 14/12/2006, p. 282; AgRg no Ag 685.140/SP, 1ª Turma, Rel. ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 19/9/2005, p. 203; REsp 435.893/SP, 1ª Turma, Rel. p/ acórdão ministro José Delgado, DJ de 1º/3/2004, p. 124. 4. Recurso especial não conhecido. (REsp 628.447/SP, Rel. ministra DENISE ARRUDA, 1ª TURMA, julgado em 21/06/2007, DJ 02/08/2007, p. 333)

¹⁵¹ PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO CONSTITUCIONAL À CRECHE, AOS MENORES DE ZERO A SEIS ANOS. OBRIGAÇÃO DE FAZER. EXIGIBILIDADE EM JUÍZO. FUNDAMENTO DO ACÓRDÃO DE NATUREZA CONSTITUCIONAL.

1. Não se conhece de recurso especial quando a decisão recorrida está sustentada, unicamente, em matéria constitucional. 2. "In casu", as razões desenvolvidas pelo relator do aresto hostilizado, em seu voto vencedor, estão voltadas para interpretar dispositivos da Carta Magna e da Constituição do Estado de São Paulo, não tendo sido apreciado qualquer tema autônomo de direito infraconstitucional. 3. Referência do acórdão recorrido ao Estatuto da Criança e do Adolescente, no sentido de que esse diploma legal repetiu, em dois de seus artigos, direito subjetivo público assegurado pela Constituição Federal, referente à matéria em apreço. 4. Quando a lei ordinária reflete disposição constitucional, não goza de autonomia a propiciar seu exame em recurso especial. 5. Recurso especial não conhecido. (REsp 435893/SP, Rel. ministro LUIZ FUX, Rel. p/ Acórdão ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 14/10/2003, DJ 01/03/2004, p. 124). Vencido o relator votando pelo conhecimento do recurso, eis que a matéria é tratada no ECA.

¹⁵² EMENTA: CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. OFENSA À CONSTITUIÇÃO. DL 911/69. RECEPÇÃO PELA CF/88. I. - Somente a ofensa direta à Constituição autoriza a admissão do recurso extraordinário. No caso, o acórdão limita-se a interpretar normas infraconstitucionais. II. - Alegação de ofensa ao devido processo legal: CF, art. 5º, LV: se ofensa tivesse havido, seria ela indireta, reflexa, dado que a ofensa direta seria a normas processuais. E a ofensa a preceito constitucional que autoriza a admissão do recurso extraordinário é a ofensa direta, frontal. III. - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal posicionou-se, por diversas vezes, no sentido da recepção do DL 911/69 pela CF/88. Precedentes. IV. - Agravo não provido. (AI 501740 AgR, Relator(a): ministro CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 26/04/2005, DJ 20-05-2005 PP-00022 EMENT VOL-02192-07 PP-01280) No corpo do acórdão: "A alegada ofensa ao preceito inscrito no Art. 5º, LV, da Constituição Federal, acaso configurada, apresentar-se-ia por via reflexa, eis que a sua constatação reclamaria – para que se configurasse – a formulação de juízo prévio de legalidade fundado na vulneração e infringência de dispositivo legal" (AI 145.153/PR, DJ de 14/12/1994).

jurisdicionado a possibilidade de ver admitido nem um nem outro recurso, tornando-se incorrigível a decisão que afrontou determinado princípio.

O projeto de Código de Processo Civil que se encontra em trâmite no Poder Legislativo, houve por bem “legalizar” diversos princípios do processo, muitos deles já previamente previstos na Constituição Federal¹⁵³. Em sendo aprovado o projeto e convertido em lei, ver-se-á a competência para análise de recursos contra decisões que afrontam princípios ser transferida do STF para o STJ, ou em análise mais pessimista (considerando o posicionamento estampado no RESP 435.893), ver-se-á a absoluta inexistência de recurso cabível contra este tipo de decisão.

Na opinião de Medina¹⁵⁴ “havendo violação a princípio de direito federal ou constitucional, caberá, conforme o caso, recurso especial ou extraordinário”. Cita, como exemplo, recurso especial admitido contra decisão que afronta princípio do duplo grau de jurisdição, mais especialmente de que o recurso seja julgado por órgão colegiado¹⁵⁵ e contra violação do princípio da proporcionalidade¹⁵⁶.

Outra questão interessante com relação ao tema “contrariedade” diz respeito a tratar-se de questão de mérito ou de admissibilidade recursal.

A este respeito, veja-se a Súmula 249 do STF:

É competente o Supremo Tribunal Federal para ação rescisória, quando, embora não tenha conhecido do recurso extraordinário, ou havendo

¹⁵³ A Parte Geral é dividida em 11 títulos. O Título I trata dos Princípios e Garantias, das normas processuais, da jurisdição e da ação.

O artigo 3º do PL 166/10 prevê o princípio da inafastabilidade do judiciário, repetindo o já previsto no artigo 5º, inciso XXXV da Carta de 1988. O Art. 4º trata da duração razoável, novidade já introduzida no ordenamento jurídico pela EC/45. Existem outros vários exemplos no PL 166/10 (Projeto de novo Código de Processo Civil).

¹⁵⁴ MEDINA, José Miguel Garcia e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. In: *Processo Civil Moderno: Recursos e ações autônomas de impugnação*, v. 2, São Paulo: RT, p. 226.

¹⁵⁵ “Constitui princípio constitucional implícito de que todo recurso dos tribunais deve ser julgado por um colegiado. Quando o recurso pode ser decidido em juízo de prelibação e monocraticamente pelo relator, caberá, sempre, recurso para um órgão colegiado. Norma legal ou regimental que conferir ao relator poderes para decidir, em caráter definitivo e monocraticamente, pedido ou recurso é inconstitucional” REsp 143.538/RJ rel. p/ acórdão ministro Demócrito Reinaldo, j. 08/06/2009, DJU 26/10/2009, p. 29).

¹⁵⁶ REsp 208.924/SE, rel. ministro Waldemar Zveiter, j. 27/04/2000; Resp 204.400/SP, rel. ministro Luiz Vicente Cernichiaro, 30/06/1999 e REsp 188.834/SP, rel. ministro Luiz Vicente Cernichiaro.

negado provimento ao agravo, tiver apreciado a questão federal controvertida.

Ora, como poderia ter o tribunal deixado de reconhecer o recurso e, ainda assim, apreciado a questão de mérito?”

Nas palavras de Araken de Assis¹⁵⁷, isto ocorre porque “o verbo “contrariar” agasalharia um juízo de valor: a decisão contrária ao texto constitucional é incorreta e digna de reforma, motivo por que a demonstração do tipo ultrapassaria o estado do juízo de admissibilidade, e exigiria o provimento inexorável do extraordinário”. Ou seja, ao reconhecer que há ofensa à norma constitucional e admitir-se o cabimento do recurso, adentra-se ao mérito de modo a, automaticamente, reconhecer-se que o recurso merece provimento.

Partindo desta premissa, segundo aquele doutrinador, o STF por muitos anos só conheceu de recursos extraordinários fundados na alínea “a” quando para lhe dar provimento.

Em recente decisão, entretanto, o Pleno do STF reconheceu que “é suficiente que o recorrente alegue adequadamente a contrariedade pelo acórdão recorrido de dispositivos da Constituição nele prequestionados”. Vencida esta fase, chega-se, então, à análise de mérito “que envolve a verificação da compatibilidade ou não entre a decisão recorrida e a Constituição, ainda que sob o prisma diverso daquele em que se hajam baseado o tribunal *a quo* e o recurso extraordinário”¹⁵⁸.

Com base neste novo posicionamento, que nos parece ser o mais acertado, basta ao recorrente alegar a contrariedade à Constituição Federal para que o recurso extraordinário seja admissível. Caberá, então, ao juízo de mérito decidir se a afronta à Constituição Federal é efetiva e dar ou não provimento ao recurso.

Este é o posicionamento de Cassio Scarpinella¹⁵⁹. Em suas palavras “para fins de cabimento do recurso, basta a alegação, fundamentada suficientemente, de que se trata de decisão que contraria

¹⁵⁷ *Op. cit.*

¹⁵⁸ RE 298.694-SP, 06/08/2004, ministro Sepúlveda Pertence, DJU 23/04/2004.

¹⁵⁹ *Op. cit.*, p. 287.

a Constituição. A efetiva contrariedade é mérito do recurso e não diz respeito, consequentemente, a seu cabimento”.

Como se viu, a jurisprudência do STF é bastante rígida com relação ao cabimento do recurso extraordinário, especialmente no que diz respeito ao tema do presente trabalho: a afronta direta à Constituição Federal.

Interessante estudo de Luís Roberto Barroso¹⁶⁰ disponibiliza organizadamente alguns julgados do STF, acerca da afronta direta/indireta à Constituição Federal. Com a devida vênia, reproduzimo-los em idêntica sistemática.

▪ Requisitos para ação rescisória

— Acórdão recorrido extraordinariamente que se limita ao exame do cabimento de ação rescisória. Ofensa reflexa. Jurisprudência pacificada. 4. Decisão que nega acolhida à tese jurídica desenvolvida pela parte não configura negativa de prestação jurisdicional. 5. Agravo regimental a que se nega provimento¹⁶¹.

— O debate em torno da aferição dos pressupostos de admissibilidade da ação rescisória não viabiliza o acesso à via recursal extraordinária, por envolver discussão pertinente a tema de caráter eminentemente infraconstitucional. Precedentes. - Situações de ofensa meramente reflexa ao texto da Constituição não viabilizam o acesso à via recursal extraordinária, cuja utilização supõe a necessária ocorrência de conflito imediato com o ordenamento constitucional. Precedentes¹⁶².

— O debate em torno da aferição dos pressupostos de admissibilidade da ação rescisória não viabiliza o acesso à via recursal extraordinária, por envolver discussão pertinente a tema de caráter eminentemente infraconstitucional. Precedentes. - Situações de ofensa meramente reflexa ao texto da Constituição não viabilizam o acesso à via recursal extraordinária, cuja utilização supõe a necessária ocorrência de conflito imediato com o ordenamento constitucional. Precedentes¹⁶³.

— Acórdão recorrido extraordinariamente que se limita ao exame do cabimento de ação rescisória. Ofensa reflexa. Jurisprudência pacificada. 4. Decisão que

¹⁶⁰ RECURSO EXTRAORDINÁRIO. VIOLAÇÃO INDIRETA DA CONSTITUIÇÃO. ILEGITIMIDADE DA ALTERAÇÃO PONTUAL E CASUÍSTICA DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

In: *Revista Eletrônica de Direito Processual da UERJ*, Ano 3, v. III, jan. a jun. 2009.

¹⁶¹ STF, DJ 30/08/02, p. 112, AgRg no AI 387.022-ES, Rel. ministro Gilmar Mendes.

¹⁶² STF, DJ 02/03/04, p. 55, AgRg no AI 468.465-PB, Rel. ministro Celso de Mello.

¹⁶³ STF, DJ 07/05/04, p. 38, AgRg no AI 485.471-SP, Rel. ministro Celso de Mello.

nega acolhida à tese jurídica desenvolvida pela parte não configura negativa de prestação jurisdicional. 5. Agravo regimental a que se nega provimento¹⁶⁴.

▪ **(Violação da legalidade (CF, art. 5º, II))**

— ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, QUE DECIDIU CONTROVÉRSIA RELATIVA À LEGITIMIDADE PASSIVA PARA A DEMANDA COM BASE NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS ARTS. 5º, incisos II, XXXV, LIV E LV, e 93, inciso IX, DA MAGNA CARTA. Ofensa à Carta da República, se existente, dar-se-ia de forma claramente reflexa ou indireta, o que não enseja a abertura da via extraordinária. Ademais, encontra-se o acórdão suficientemente fundamentado, tendo sido conferida à parte prestação jurisdicional adequada, embora em sentido contrário aos seus interesses. Agravo desprovido¹⁶⁵.

— CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS ARTS. 5º, II, XXXV, XXXVI, LIV, LV, 7º, XXIX E 93, IX. I - Alegação de ofensa à Constituição que, se ocorrente, seria indireta, reflexa, o que não autoriza a admissão do recurso extraordinário. II - Ao Judiciário cabe, no conflito de interesses, fazer valer a vontade concreta da lei, interpretando-a. Se, em tal operação, interpreta razoavelmente ou desarrazoadamente a lei, a questão fica no campo da legalidade, incorrendo o contencioso constitucional. III - Agravo não provido¹⁶⁶.

▪ **Violação do devido processo legal (CF, art. 5º, LV)**

— Somente a ofensa direta à Constituição autoriza a admissão do recurso extraordinário. No caso, o acórdão limita-se a interpretar normas infraconstitucionais. II. - Decisão contrária aos interesses da parte não configura negativa de prestação jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV). III. - Alegação de ofensa ao devido processo legal: CF, art. 5º, LV: se ofensa tivesse havido, seria ela indireta, reflexa, dado que a ofensa direta seria a normas processuais. E a ofensa a preceito constitucional que autoriza a admissão do recurso extraordinário é a ofensa direta, frontal¹⁶⁷.

— Recurso extraordinário: descabimento: acórdão recorrido que se limitou a aplicar legislação infraconstitucional (Lei n. 4.591/64); alegada ofensa a dispositivos constitucionais que, se ocorreram, seriam indiretas ou reflexas, que não viabilizam o RE; ausência de negativa de prestação jurisdicional ou violação dos princípios compreendidos nos artigos 5º, XXXV, LIV e LV e 93, IX da Constituição Federal¹⁶⁸.

¹⁶⁴ STF, DJ 30/08/02, p. 112, AgRg no AI 387.022-ES, Rel. ministro Gilmar Mendes.

¹⁶⁵ STF, DJ 19/09/03, p. 18, AgRg no AI 431.357-SP, Rel. ministro Carlos Britto.

¹⁶⁶ STF, DJ 08/03/02, p. 61, AgRg no RE 245.580-PR, Rel. ministro Carlos Velloso.

¹⁶⁷ STF, DJ 27/05/04, p. 32, AgRg no AI 475.088-AL, Rel. ministro Carlos Velloso.

¹⁶⁸ STF, DJ 27/02/04, p. 23, AgRg no AI 300.982-RS, Rel. ministro Sepúlveda Pertence.

— III. - Decisão contrária aos interesses da parte não configura negativa de prestação jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV). IV. – Alegação de ofensa ao devido processo legal: CF, art. 5º, LV: se ofensa tivesse havido, seria ela indireta, reflexa, dado que a ofensa direta seria a normas processuais. E a ofensa a preceito constitucional que autoriza a admissão do recurso extraordinário é a ofensa direta, frontal. V. - A verificação, no caso concreto, da ocorrência, ou não, de violação ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada situa-se no campo infraconstitucional¹⁶⁹.

— I. - Somente a ofensa direta à Constituição autoriza a admissão do recurso extraordinário. No caso, o acórdão limita-se a interpretar normas infraconstitucionais. II. - Decisão contrária aos interesses da parte não configura negativa de prestação jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV). III. - Alegação de ofensa ao devido processo legal: CF, art. 5º, LV: se ofensa tivesse havido, seria ela indireta, reflexa, dado que a ofensa direta seria a normas processuais. E a ofensa a preceito constitucional que autoriza a admissão do recurso extraordinário é a ofensa direta, frontal. IV. - A verificação, no caso concreto, da ocorrência, ou não, de violação ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada situa-se no campo infraconstitucional¹⁷⁰.

▪ **Violação do acesso ao Judiciário (CF, art. 5º, XXXV)**

— Somente a ofensa direta à Constituição autoriza a admissão do recurso extraordinário. No caso, o acórdão limita-se a interpretar normas infraconstitucionais. II. - Decisão contrária aos interesses da parte não configura negativa de prestação jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV). III. - Alegação de ofensa ao devido processo legal: CF, art. 5º, LV: se ofensa tivesse havido, seria ela indireta, reflexa, dado que a ofensa direta seria a normas processuais. E a ofensa a preceito constitucional que autoriza a admissão do recurso extraordinário é a ofensa direta, frontal. IV. - Alegação de ofensa ao inciso IX do art. 93, CF: improcedência, porque o que pretende a recorrente, no ponto, é impugnar a decisão que lhe é contrária, certo que o acórdão está suficientemente fundamentado¹⁷¹.

— Agravo regimental em agravo de instrumento. 2. Ofensa reflexa. Não se admite recurso extraordinário para interpretação de lei federal (art. 102, III, "a"). 3. O fato de a decisão se revelar desfavorável à agravante não configura negativa de prestação jurisdicional. 4. Agravo regimental desprovido¹⁷².

— Recurso extraordinário: inadmissibilidade: questão referente ao cabimento de embargos de divergência em recurso especial, de natureza processual ordinária: alegação de ofensa a dispositivos constitucionais que, se ocorresse, seria indireta ou reflexa, que não viabiliza o RE; inoccorrência de negativa de prestação jurisdicional¹⁷³.

¹⁶⁹ STF, DJ 15/06/04, p. 46, AgRg no AI 449.830-SP, Rel. ministro Carlos Velloso.

¹⁷⁰ STF, DJ 25/06/04, p. 40, AgRg no AI 409.953-DF, Rel. ministro Carlos Velloso.

¹⁷¹ STF, DJ 07/05/04, p. 32, AgRg no AI 475.088-AL, Rel. ministro Carlos Velloso.

¹⁷² STF, DJ 30/08/02, p. 112, AgRg no AI 374.994-SP, Rel. ministro Gilmar Mendes.

¹⁷³ STF, DJ 06/04/04, p. 18, AgRg no AI 415.103-SP, Rel. ministro Sepúlveda Pertence.

— Agravo regimental em agravo de instrumento. 2. Legitimidade passiva. Ofensa reflexa à CF/1988. Precedentes. Recurso que não traz novos argumentos capazes de modificar o entendimento desta corte. 3. Decisão desfavorável à agravante não configura negativa de prestação jurisdicional. 4. Agravo regimental a que se nega provimento¹⁷⁴.

— Agravo regimental em agravo de instrumento. 2. Legitimidade passiva. Ofensa reflexa à CF/1988. Precedentes. Recurso que não traz novos argumentos capazes de modificar o entendimento desta corte. 3. Decisão desfavorável à agravante não configura negativa de prestação jurisdicional. 4. Agravo regimental a que se nega provimento¹⁷⁵.

— Agravo regimental em agravo de instrumento. 2. A exigência, ou não, do prequestionamento, no âmbito do TRT, para viabilizar o recurso de revista é questão que se situa no campo processual. 3. Matéria infraconstitucional. Ofensa reflexa à Carta Magna. 4. art. 5º, XXXV, LIV e LV, da CF/1988. Ausência de prequestionamento. Decisão que nega acolhida à tese jurídica desenvolvida pela parte não configura negativa de prestação jurisdicional. 5. Agravo regimental a que se nega provimento¹⁷⁶.

▪ **Violação ao direito adquirido (CF, art. 5º, XXXVI)**

— Somente a ofensa direta à Constituição autoriza a admissão do recurso extraordinário. No caso, o acórdão limita-se a interpretar normas infraconstitucionais. II. - Ao Judiciário cabe, no conflito de interesses, fazer valer a vontade concreta da lei, interpretando-a. Se, em tal operação, interpreta razoavelmente ou desarrazoadamente a lei, a questão fica no campo da legalidade, incorrendo o contencioso constitucional. III. - Alegação de ofensa ao inciso IX do art. 93, CF: improcedência, porque o que pretende o recorrente, no ponto, é impugnar a decisão que lhe é contrária, certo que o acórdão está suficientemente fundamentado. IV. - A verificação, no caso concreto, da ocorrência, ou não, de violação ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada situa-se no campo infraconstitucional. V. - A interpretação de cláusulas contratuais não enseja recurso extraordinário. Súmula 454-STF. VI. - Agravo não provido¹⁷⁷.

— I. - Somente a ofensa direta à Constituição autoriza a admissão do recurso extraordinário. No caso, o acórdão limita-se a interpretar normas infraconstitucionais. II. - A verificação, no caso concreto, da existência, ou não, do direito adquirido, situa-se no campo infraconstitucional¹⁷⁸.

— I. - Decisão contrária ao interesse da parte não configura negativa de prestação jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV). II. - Ao Judiciário cabe, no conflito de interesses, fazer valer a vontade concreta da lei, interpretando-a. Se, em tal operação, interpreta razoavelmente ou desarrazoadamente a lei, a questão fica

¹⁷⁴ STF, DJ 30/04/04, p. 56, AgRg no AI 476.510-SP, Rel. ministro Gilmar Mendes.

¹⁷⁵ STF, DJ 30/04/04, p. 56, AgRg no AI 476.510-SP, Rel. ministro Gilmar Mendes.

¹⁷⁶ STF, DJ 13/09/02, p. 89, AgRg no AI 383.957-SP, Rel. ministro Gilmar Mendes.

¹⁷⁷ STF, DJ 25/06/04, p. 43, AgRg no AI 466.975-RJ, Rel. ministro Carlos Velloso.

¹⁷⁸ STF, DJ 27/09/02, p. 129, AgRg no AI 388.027-SP, Rel. ministro Carlos Velloso.

no campo da legalidade, incorrendo o contencioso constitucional. III. - Alegação de ofensa ao devido processo legal: CF, art. 5º, LV: se ofensa tivesse havido, seria ela indireta, reflexa, dado que a ofensa direta seria a normas processuais. E a ofensa a preceito constitucional que autoriza a admissão do recurso extraordinário é a ofensa direta, frontal. IV. - Alegação de ofensa ao inciso IX do art. 93, CF: improcedência, porque o que pretende a recorrente, no ponto, é impugnar a decisão que lhe é contrária, certo que o acórdão está suficientemente fundamentado. V. - O exame da ocorrência, no caso, de direito adquirido, não prescindiria do exame da legislação ordinária. VI. - Agravo não provido¹⁷⁹.

— Somente a ofensa direta à Constituição autoriza a admissão do recurso extraordinário. No caso, o acórdão assenta-se em interpretação de lei local. Incidência da Súmula 280-STF. II. - A verificação, no caso concreto, da ocorrência, ou não, de violação ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada situa-se no campo infraconstitucional. III. - Agravo não provido¹⁸⁰.

O ponto central daquele trabalho é a dura crítica ao posicionamento adotado pelo STF por ocasião do julgamento do AI n. 395.662-1/RS, por meio do qual, segundo opinião do autor, houve isolada mudança de entendimento a beneficiar injustificadamente uma das partes do processo, no caso, a Fazenda. Conclui, ao final, pela ofensa aos princípios da segurança jurídica a isonomia, com o que concordamos.

Nada justifica, a nosso ver, que, para fins de admissibilidade recursal, se priorize a dimensão constitucional da questão em detrimento de eventuais reflexos infraconstitucionais, até mesmo porque, impossível desvencilhar-se uma coisa da outra. Esta tentativa de desvinculação está a reduzir a importância e a validade das normas constitucionais, já que por um momento permite que uma afronta *meramente reflexa*, ou em outras palavras, uma afronta de “menos importância”, deva ser aceita pelo jurisdicionado e mereça ser mantida no mundo jurídico.

Ora, é possível graduar a importância de uma afronta constitucional? Existem afrontas mais ou menos importantes? Aceitáveis e inaceitáveis? Tratando-se de norma constitucional, isto é, da norma maior que rege o ordenamento jurídico pátrio, entendemos que não, em absoluto.

¹⁷⁹ STF, DJ 21/06/02, p. 125, AgRg no AI 372.638-PA, Rel. ministro Carlos Velloso.

¹⁸⁰ STF, DJ 13/08/04, p. 278, AgRg no AI 494.650-SP, Rel. ministro Carlos Velloso.

No entendimento de Nelson Nery Jr.¹⁸¹, a afronta à Constituição Federal não é levada a sério no Brasil:

a alegação de ofensa à Constituição, em países com estabilidade política e em verdadeiro estado de direito, é gravíssima, reclamando a atenção de todos, principalmente da população. Entre nós, quando se fala, por exemplo, em juízo, que houve desatendimento da Constituição, a alegação não é levada a sério na medida e na extensão em que deveria, caracterizando-se, apenas, ao ver dos operadores do direito, como mais uma defesa que o interessado opõe à contraparte.

A Suprema Corte tem valorizado excessivamente a óptica infraconstitucional do litígio, em claro desprestígio da força normativa da Constituição, incitando o desenvolvimento da jurisprudência defensiva. Essa tendência tem sido, entretanto, combatida repetidamente pelo ministro Gilmar Mendes¹⁸². Nas palavras do eminente ministro Gilmar Mendes, o tribunal estava a produzir decisões contraditórias sobre uma mesma matéria a depender simplesmente do enfoque ou da articulação – mais constitucional ou mais infraconstitucional – o que para ele se atribui à cultura da jurisprudência defensiva:

Talvez devamos pensar criticamente essa questão porque praticamente todas as semanas manifestam-se nas sessões essas contradições. E, muitas vezes, dependendo tão somente da articulação constitucional do fenômeno.”

Assentou, em voto vogal, o Ministro Gilmar Mendes, na oportunidade:

“Presidente, só gostaria de fazer uma nota a propósito de decisórios, casos que foram lembrados na fala da ministra Cármen Lúcia, quanto a evidentes contradições entre os nossos julgados, especialmente no que diz respeito ao reconhecimento da matéria constitucional ou infraconstitucional, essa referência que sempre fazemos.

Parte disso, nós sabemos, foi estimulada pela jurisprudência defensiva. Diante de cem mil processos/ano, certamente nós acabávamos por referendar resultados. A outra explicação diz respeito, claro, à articulação do caso, como ele nos é apresentado, como ele é submetido, se de fato o recorrente consegue articular uma questão constitucional ou se o tema é apresentado como se fosse uma questão meramente de feição legal, como ocorreu em vários desses casos, muitos de nós temos certamente

¹⁸¹ *Princípios do processo na Constituição Federal, processo civil, penal e administrativo*. 9. ed. 2009. p. 40.

¹⁸² AI 519125 AgR, Relator: ministro JOAQUIM BARBOSA, Relator para Acórdão: ministro GILMAR MENDES, 2ª Turma, julgado em 12/4/2005; ADI 3149, Relator: ministro JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 17/11/2004.

manifestação nesse sentido. Mas, gostaria de fazer este registro, porque, à medida que o sistema de filtro da repercussão geral vai se tornando mais efetivo, talvez nós tenhamos que fazer uma revisão em relação a questões como o princípio da legalidade, a esta mesma questão que a ministra Ellen traz hoje da proteção judicial efetiva e a do princípio federativo, à autonomia do ente municipal ou comunal que foi afetada. Felizmente, é um caso em que essa questão se articulou com essa feição, mas é preciso, talvez, que nós pensemos criticamente nesses aspectos porque praticamente toda semana manifestam-se, nas sessões, essas contradições. Casos que nós julgamos inicialmente como casos infraconstitucionais e, depois, tratamos como questões constitucionais. [...] Muitas vezes, dependendo tão somente da articulação constitucional ou da visão constitucional do fenômeno. Eu me lembro de que esse tema, nas cortes constitucionais – Corte Constitucional alemã, Corte Constitucional espanhola – prova, sempre, uma discussão muito acirrada, especialmente quando uma sentença é aplicada de maneira desastrada. E, aí, então, se articula uma arguição de inconstitucionalidade da sentença, de ilegitimidade da sentença, com o argumento de que ela fere o princípio da legalidade. E é muito difícil, em casos tais, dizer que não há violação ao princípio da legalidade.

É claro que – ao falarmos isto – nós sempre temos um cuidado. Por quê? Imaginem, diremos todos nós, que agora isso se torne uma rotina e que, pela invocação do princípio da legalidade, vai dar ensejo a centenas, a milhares de recursos extraordinários.

Por isso que, inclusive, no modelo alemão, isso produziu a chamada *Stufentheorie*, uma teoria de uma gradação para saber o grau de intensidade da violação de princípios tais.

Mas, é preciso que nós, realmente, pensemos nisso. E muitas vezes, pode ocorrer uma situação singular. Por exemplo, um regulamento estabelece uma restrição a direito, a restrição vem do regulamento, não é uma questão causada por um direito ou por norma infraconstitucional, é uma violação específica ao Direito Constitucional de um indivíduo que só poderia sofrer restrição mediante lei e sofreu mediante regulamento”.

E conclui o percuciente constitucionalista: “Mas, eu gostaria de fazer esse registro e vou fazer notas para anexar ao meu voto, chamando à atenção para a necessidade de que, doravante, nós passemos a ser mais críticos em relação a essa invocação, muitas vezes sem cerimônia, do chamado direito infraconstitucional como fórmula de escape para não conhecer do recurso extraordinário.

Com razão o ministro. Hoje, diante de ferramentas técnicas e, principalmente, legais de filtro para a chegada de recursos às cortes supremas (no caso do recurso extraordinário estou a me referir à repercussão geral e, até mesmo, aos instrumentos de uniformização de litígios – recursos repetitivos), de rigor seja revisto o posicionamento da corte no que diz respeito à violação à Constituição Federal como requisito de admissibilidade recursal, especialmente quando se

reconhece a existência de divergência entre julgados da corte sobre o mesmo tema, uns considerando que a ofensa à Constituição é direta e outros que seria indireta.

Idêntico é o posicionamento de Cassio Scarpinella¹⁸³. Segundo este doutrinador, a exigência de que a afronta à Constituição seja direta “poderia se justificar na necessidade de redução do número de recursos extraordinários em trâmite perante aquela corte”. Entretanto, segundo ele, “no sistema atual, em que há um legítimo filtro de contenção daqueles recursos [repercussão geral], não há mais razão para distinguir aquelas situações [afronta reflexa da afronta direta]. O que importa é que a decisão tenha fundamento, tenha se baseado em uma tese de direito constitucional”. Portanto, se a tese está certa ou errada, esta é uma questão de mérito, de julgamento, e não de admissibilidade do recurso.

É fácil compreender, especialmente diante do fato de que a Constituição Federal de 1988 é classificada como uma Constituição analítica¹⁸⁴, que toda questão jurídica normativa infraconstitucional possua, de algum modo, aspectos constitucionais, o que decorre inclusive da lógica que permeia o ordenamento jurídico (supremacia da Constituição Federal em face da norma infraconstitucional).

Deste modo, embora reconheçamos a excepcionalidade dos recursos especial e extraordinário, não reconhecemos a legitimidade dos tribunais em desenvolver jurisprudência defensiva a aumentar ou criar novas exigências à admissibilidade de recursos que a lei não faça, tal como a exigência de que a afronta à Constituição Federal seja direta e frontal.

A afronta indireta ou reflexa à Constituição Federal (especialmente afronta a princípios constitucionais) merece tratamento idêntico ao dado à afronta direta ou frontal, já que a função da corte suprema é justamente garantir aplicação da Constituição Federal, norma máxima de um país. Em matéria de Constituição Federal, inexistente afronta mais ou menos importante.

¹⁸³ *Op. cit.*, p. 289.

¹⁸⁴ V. nota n. 6.

Em havendo afronta concomitante à Constituição Federal e à norma infraconstitucional numa mesma questão de direito, não há que se falar em afronta indireta, devendo ambos os recursos excepcionais ser conhecidos e julgados na forma do art. 543, § 2º do CPC, como se viu no capítulo 4, item “d”, deste estudo.

6. Conclusão

Do exposto, podemos concluir:

- (i) O excesso de processos, responsável pela crise do STF, e mais recentemente pela crise do STJ, advém do modelo constitucional adotado pelo Brasil (Constituição analítica) e da organização política brasileira (centralização da competência legislativa na União e consequente esvaziamento da competência legislativa dos estados e municípios).
- (ii) As estratégias adotadas até o momento para redução do número de processos que chegam ao STF (criação do STJ, arguição de relevância e repercussão geral, jurisprudência defensiva, aumento de números de ministros do STF) não atingiram o resultado esperado, de modo que uma alternativa que merece atenção é o novo aumento do número de ministros, tanto no STF como no STJ.
- (iii) As soluções para a crise do sistema judiciário brasileiro não podem ser encontradas facilmente no direito norte-americano. Isto porque os fatores que provocam a crise do Brasil não encontram par nos Estados Unidos. Demais disso, a origem do poder central naquele país se deu por processo oposto ao processo ocorrido no Brasil, de modo que a distribuição de competência legislativa e judiciária é deveras diferente.
- (iv) Os recursos excepcionais encontram tratamento legal diferenciado, de modo que as exigências para admissibilidade destes são complexas e restritas.
- (v) A excepcionalidade dos recursos especial e extraordinário os torna até mesmo exceção ao princípio da unirecorribilidade, de modo que se admite a possibilidade de interposição simultânea de ambos os recursos.
- (vi) Embora reconheçamos a excepcionalidade dos recursos especial e extraordinário, não reconhecemos a legitimidade dos tribunais em desenvolver jurisprudência

defensiva a aumentar ou criar novas exigências à admissibilidade de recursos que a lei não faça, tal como a exigência de que a afronta à Constituição Federal seja direta e frontal.

- (vii) A introdução de um sistema de filtragem legítimo e legal (repercussão geral) autoriza a flexibilização da jurisprudência defensiva, eis que a repercussão geral é ferramenta hábil à redução do número de feitos que chegam ao STF, ainda que não suficiente.
- (viii) A afronta indireta ou reflexa à Constituição Federal (especialmente afronta a princípios constitucionais) merece tratamento idêntico ao dado à afronta direta ou frontal, já que a função da corte suprema é justamente garantir aplicação da Constituição Federal, norma máxima do país. Em matéria de Constituição Federal, inexistente afronta mais ou menos importante.
- (ix) Em havendo afronta concomitante à Constituição Federal e à norma infraconstitucional numa mesma questão de direito, não há que se falar em afronta indireta, devendo ambos os recursos excepcionais ser conhecidos e julgados na forma do art. 543, § 2º do CPC.

7. Referências

ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*, 2. ed. São Paulo: RT, 2008.

BARBOSA, Moreira. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. V.

BARROSO, Luís Roberto. Recurso extraordinário. Violação indireta da Constituição. Ilegitimidade da alteração pontual e casuística da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. v. III, jan. a jun. 2009. Rio de Janeiro. p. 13. www.unibrasil.com.br/arquivos/direito/20092/leonardo-luis-lambertucci.pdf

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. Recursos. Processos e incidentes dos tribunais. Sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais. v. 5. São Paulo: Saraiva. 2010.

BUENO, Cassio Scarpinella. Quem tem medo do prequestionamento? Disponível em: www.scarpinellabueno.com.br/Textos/Prequestionamento%20e%20RE.pdf

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso especial, agravos e agravo interno*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MELLO, Vitor Tadeu Carramão. A repercussão geral e o *writ of certiorari* – breve diferenciação. *Revista da SJRJ*, Rio de Janeiro, n. 26, 2009. p. 139-146.

LAMBERTUCCI, Leonardo Luís. Breves considerações sobre a repercussão geral das questões constitucionais no recurso extraordinário. www.unibrasil.com.br/arquivos/direito/20092/leonardo-luis-lambertucci.pdf.

MACIEL, Adhemar Ferreira. Restrição à admissibilidade de recursos na Suprema Corte dos Estados Unidos e no Supremo Tribunal Federal do Brasil, Revista CEJ, Brasília, n. 33, p. 30-35, abr./jun. 2006.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. Recurso no processo civil. V. III, São Paulo: RT, 2007.

MEDINA, José Miguel Garcia e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo civil moderno, recursos e ações autônomas de impugnação*. v. II, São Paulo: RT, 2008.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

NEGRÃO, Theotonio e GOUVEIA, José Roberto F. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

NERY JR., Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. Processo civil, penal e administrativo. 9. ed. São Paulo: RT, 2009.

NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*, 11ª ed., RT, 2010.

PINTO, Nelson Luís. *Manual dos recursos cíveis*, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SOUZA FILHO, Ademar Borges de. Ofensa reflexa e jurisprudência defensiva: uma proposta de superação a partir da teoria dos graus de violação à norma constitucional. www.aprombh.com.br/artigos/1039-ofensa-reflexa.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2. ed. São Paulo: RT, 2009.

WAMBIER, Luiz Rodrigues, TALAMINI, Eduardo e ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. *Curso avançado de Processo Civil*, v. 1, Teoria geral do processo e processo de conhecimento. 10. ed. São Paulo: RT, 2008.

ZACLIS, Lionel. *Direito processual civil americano contemporâneo*. Direito processual civil estadunidense. Coord. José Rogério Cruz e Tucci, São Paulo: Lex, 2010.