

Consulex; R Jurd
8/n.427 nov
14

ADRIANA QUEIROZ
PROCURADORA-GERAL DE
COMPROMISSO COM A SOCIEDADE
VALHO
BANCA NACIONAL
IMPULSIONA MUDANÇAS

REVISTA JURÍDICA

ANO XVIII - Nº 427
1º DE NOVEMBRO DE 2014

consulex®

WWW.CONSULEX.COM.BR



ENTRADA
CONSULEX

R\$ 25,60



ISSN 1519-8065



EXEMPLAR DE
ASSINANTE
VENDA PROIBIDA

RECUPERAÇÃO JUDICIAL

NOVAS REGRAS BENEFICIAM MICRO E PEQUENAS EMPRESAS?



PROPOSTAS E PROJETOS

ANTONIO CARLOS SALLA
ICMS NO COMÉRCIO ELETRÔNICO



OBSERVATÓRIO JURÍDICO

ALDERICO KLEBER DE BORBA
SUMARIZAÇÃO DA COGNIÇÃO



DESTAQUE

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS
OS SAQUEADORES

ASPECTOS CONTROVERSOS DA REPERCUSSÃO GERAL

■ POR GILSON DIPP



“O regime da repercussão geral como metodologia de mitigação da litigiosidade recursal no âmbito da Suprema Corte constitui modalidade processual em construção, a merecer a atenção e colaboração dos partícipes, juízes, advogados, Ministério Público e até das partes, sem desprezar os interesses e necessidades da população que usa a jurisdição.”

Muitas dúvidas e controvérsias têm surgido nos Tribunais no exame da admissibilidade de recursos extraordinários, especialmente no Superior Tribunal de Justiça, desde a instituição do regime de repercussão geral. Esse tema tem suscitado debates doutrinários no Supremo Tribunal Federal, em face de casos concretos que, muitas vezes, levam a posicionamentos pendulares e até mesmo contraditórios. Este artigo propõe uma reflexão sobre os pontos controversos do instituto, com o objetivo de contribuir para o aprimoramento da segurança jurídica e para um eficaz equacionamento do acúmulo de processos nos Tribunais brasileiros, que é a finalidade maior do instituto.

O regime da repercussão geral foi inserido em nosso ordenamento jurídico pela Emenda Constitucional nº 45/04, que modificou o art. 102 da Constituição Federal – relativo às competências do STF, dentre essas, a de julgar o recurso extraordinário, no qual a parte recorrente pode invocar subida a esse órgão julgador máximo, alegando ofensa a questão constitucional. Passou-se a prever que, no recurso extraordinário, o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso como condição para que o Tribunal examine a admissão do recurso. Nos termos do parágrafo único do art. 322 do Regimento Interno do STF, “para efeito de repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões que, relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, ultrapassem os interesses subjetivos da parte”.

O objetivo desse instituto é claro: evitar a subida ao STF de recursos desnecessários ou cuja relevância não seja suficiente para justificar a mobilização desse órgão julgador. Para imprimir maior eficiência ainda a essa sistemática, da Lei nº 11.418/06, que alterou o Código de Processo Civil para disciplinar a matéria, tanto no recurso extraordinário cível quanto no criminal, passou a prever, no art. 543-B, que diante da multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, caberá ao Tribunal selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao STF, ficando os demais sobrestados até o pronunciamento definitivo dessa Corte.

As dúvidas quanto à exata aplicabilidade do instituto surgiram principalmente depois da edição da Lei nº 11.418/06, que alterou o Código de Processo Civil para disciplinar a matéria e, no mesmo sentido, após a Emenda Regimental nº 21, de 30 de abril de 2007, que alterou o Regimento Interno do STF para disciplinar a matéria. A propósito, essa mesma Emenda Regimental introduziu, no Regimento Interno, em seus arts. 323, 323-A e 324, outra inovação importante: o chamado “Plenário Virtual”, para apuração da repercussão geral e até a possibilida-

de de realização, por meio eletrônico, do julgamento de mérito de questões com repercussão geral, nos casos de reafirmação de jurisprudência dominante da Corte.

QUESTÕES RELATIVAS À REPERCUSSÃO GERAL NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O recurso extraordinário interposto contra decisão do Superior Tribunal de Justiça tem suscitado algumas dificuldades, que são comuns aos demais Tribunais.

Uma das dificuldades enfrentadas é no sentido da *apreciação exclusiva*, pelo STF, da existência da repercussão geral, previsão do art. 543-A, § 2º, do Código de Processo Civil. A exclusividade deveria afastar outras atuações. Ocorre que o juízo de admissibilidade do recurso extraordinário, de regra, cabe ao Tribunal *a quo*, embora isso não impeça o Ministro Relator e até o próprio Presidente da Corte Suprema de também exercê-lo oportunamente.

O juízo de admissibilidade regular, isto é, aquele delegado legalmente ao Juízo *a quo*, só teria sentido se existente a repercussão geral (segundo a Lei, entretanto, de apreciação exclusiva pelo STF), o que não parece racional. Em outras palavras, não poderia haver delegação da apreciação da repercussão geral ao Tribunal *a quo*.

O caminho mais razoável, neste caso, parece ser o imediato exame preliminar, pelo Juízo *a quo*, dos requisitos regulares de admissibilidade do recurso extraordinário e delibação sobre o da repercussão. Em seguida, os autos subiriam à Corte Suprema, para a verificação exclusiva da repercussão geral, em decisão irrecorrível.

Essa discussão foi realizada no julgamento da Questão de Ordem no Agravo de Instrumento nº 664.567-RS (Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 06.09.07). Neste julgado, entendeu o STF que se inclui no âmbito do juízo de admissibilidade do recurso extraordinário, *seja na origem, seja no próprio Supremo*, verificar se o recorrente desenvolveu fundamentação que demonstre a existência da repercussão geral. Ou seja, na origem se deve admitir o exercício desse juízo, que importa a apreciação da existência da repercussão geral, embora não possa o Juízo de origem afirmar a repercussão geral, com os efeitos legais e constitucionais. No caso de decisão pelo STF acerca da repercussão geral, os recursos extraordinários retidos no STJ, por força do art. 543-B do Código de Processo Civil, sem apreciação das condições de admissibilidade, ficam dispensados desse juízo quando da retratação ou confirmação da decisão recorrida.

De outra parte, pouco versado, ainda, é o tema que trata da diversidade de fundamento em casos nos quais a pretensão recursal se apoia em duas ou mais razões de constitucionalidade, quando nem todas ostentam reper-

“Dos vários casos referidos, pode surgir a impressão de que são ainda incertas e imprecisas as soluções de aplicação do regime de repercussão geral, mas também é verdadeiro que os ensaios e tentativas de sua aplicação têm resultado em avanços capazes de oferecer esperanças positivas de reversão do tradicional acúmulo de processos a julgar, fenômeno que se refletirá nas instâncias inferiores.”

cussão geral. No entanto, a mais consentânea interpretação, conforme o espírito da Constituição, aconselha a admissão do recurso na parte cuja repercussão possa ser reconhecida, permitida à Corte Suprema apreciar esta e todas as demais questões constitucionais, com ou sem repercussão geral. Afinal, a repercussão é requisito de admissibilidade, não de procedência.

Uma das dúvidas surgidas a partir do advento do Regimento Interno do STF refere-se à aplicação do regime da repercussão geral a casos anteriores à data de publicação da Emenda Regimental nº 21/07. Na Questão de Ordem no Recurso Extraordinário nº 540.410-RS (Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, Pleno, julgado em 20.08.08), o STF decidiu que se aplica o disposto no CPC relativo à repercussão geral, ainda que os recursos extraordinários sejam interpostos contra acórdãos publicados antes dessa data. Na verdade, esses recursos estariam fora da sistemática da repercussão geral, porque são casos anteriores à publicação da Emenda Regimental nº 21/07.

Em seguida, surge a dúvida relativa à definição do conteúdo dos temas. Por exemplo, o Tema 660 do repertório de repercussão geral do STF: *“Violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa quando o julgamento da causa depender de prévia análise da adequada aplicação das normas constitucionais. Extensão do entendimento ao princípio do devido processo legal e aos limites da coisa julgada”*. A jurisprudência do STF, nesse sentido, é de que a suposta afronta a tais postulados, se dependente de prévia violação de normas infraconstitucionais, configura ofensa meramente reflexa ao texto constitucional (ARE nº 748.371 RG-MT, Plenário Virtual, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 01.08.13).

Em face desse tema, o STF, em muitos casos, tem recusado a repercussão geral sob o fundamento de violação indireta. Ocorre que este posicionamento generaliza a objeção da Corte a eventuais alegações de repercussão geral com fundamento nessas garantias constitucionais. Nada justifica a generalização da recusa quando invocadas as alegações da repercussão geral em outra situação. Ou seja, esse tema permite nova invocação de repercussão geral sempre que verificados fatos diferentes ou violação direta.

Além disso, o Tema 660 surgiu da apreciação, pelo Plenário Virtual do STF, o qual se resumiu à verificação da questão constitucional e não à repercussão geral. Isto, a par de possivelmente incorreto, conduz as partes e Tribunais à equivocada suposição de que o tema foi de fato apreciado pelo viés da repercussão geral. Demais disso, a apreciação da questão constitucional, a propósito, cabe ao Plenário Real, e não ao Virtual.

A avaliação da repercussão geral pelo Plenário Virtual não inclui nem esgota a apreciação da questão constitucional. Assim, é possível existir reconhecimento da repercussão geral e nem por isso existir questão constitucional, e vice-versa. Ou seja, embora o Plenário Virtual possa admitir a repercussão geral, o STF pode não conhecer do recurso extraordinário por não existir questão constitucional.

Em precedente da Primeira Turma (ARE nº 664.930 AgR-SP, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 09.11.12), o STF estabeleceu claramente que, se não existir questão constitucional, não pode haver pretensão de reconhecimento da repercussão geral. A consequência lógica é que o reconhecimento da questão constitucional deveria preceder a verificação da repercussão geral.

A exigência de submissão da admissibilidade da repercussão geral ao Plenário Virtual do STF também é alvo de controvérsia. Na Questão de Ordem no Agravo de Instrumento nº 791.292-PE (Plenário, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 12.08.10), o Relator, com adesão do Colegiado, vencido o Ministro Marco Aurélio, decidiu converter o agravo em recurso extraordinário, afirmar a repercussão geral da questão suscitada na Questão de Ordem, mas reafirmar a jurisprudência do STF, negando seguimento ao agravo. Entendeu o STF, neste caso, que o art. 93, inciso IX, da Constituição Federal (o qual determina que todos os julgamentos do Poder Judiciário sejam públicos, salvo exceções), exige que acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente. Na ocasião, o Relator assentou que a aplicabilidade do regime de repercussão geral pode ser suscitada em questão de ordem, sempre que presente a relevância dos aspectos legais.

Também carece de posicionamento definitivo pelo STF a questão relativa ao *quorum* em reuniões virtuais. Em regime de deliberação da repercussão geral, o STF tem reafirmado a jurisprudência sem reunião presencial ou debates, publicidade, contraditório, defesa, e até sem *quorum* compatível. No Recurso Extraordinário nº 597.396-PE (Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 13.012.13), o Plenário Virtual deliberou sobre o Tema 690 – direito do magistrado aposentado ao adicional de 20% do art. 184, inciso II, da Lei nº 1.711/52 ante o regime do subsídio. Na ocasião, reconheceu a *repercussão geral* por 3 votos, contra 6 que não a reconheciam – 2 Ministros não se manifestaram. Ao mesmo tempo, 5 Ministros não reconheciam a matéria como constitucional, 4 o admitiam e 2 não se manifestaram. Assim, ficou reconhecida a *matéria constitucional* por 4 votos, e a repercussão geral, por 3, presumindo-se que os faltantes somam-se aos que reconhecem a repercussão geral, já que, pelo art. 324, § 1º, do Regimento Interno do STF, se não houver, no prazo, manifestações suficientes pela recusa, será declarada a repercussão geral.

Quanto ao reconhecimento da questão constitucional, não há regra semelhante, de modo que os faltantes não poderiam ser computados como favoráveis à questão constitucional. Em outras palavras, dos 11 Ministros, apenas 4 votaram pela matéria constitucional, o que pode ensinar o paradoxo de não se poder conhecer do Recurso Extraordinário, apesar da repercussão geral. Aliás, na manifestação do Ministro Marco Aurélio não há qualquer referência à existência de matéria constitucional, embora conste da proclamação oficial que o Tribunal reputou constitucional a questão, cuja repercussão também se reconheceu.

Por outro lado, com relação à questão constitucional, como dito, pressuposto essencial para a aferição da repercussão geral, cabe ao Plenário do STF, em sessão *presencial* – e pelo voto dos ministros presentes ou, conforme disposição regimental, por decisão singular sujeita a agravo interno – admiti-la ou não.

Em outro caso, de apreciação recente pelo STF (ARE nº 728.188 RG-RJ, Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 17.10.13), reconheceu-se concomitantemente a repercussão geral e reputou-se constitucional a questão presente no Recurso interposto pelo Ministério Público Eleitoral. O MPE havia se insurgido contra decisão do Tribunal Superior Eleitoral em Recurso Especial que havia negado a legitimidade do MPE para recorrer de decisão que havia deferido registro de candidatura. O entendimento do TSE é de que não houvera prévia impugnação do registro pelo MPE. No STF, a maioria dos Ministros afirmou violação do art. 127 da Constituição – que versa sobre a legitimidade do Ministério Público, mas a minoria afirmou não ocorrer essa violação, já que a discussão se restringia ao cabimento do recurso e não à legitimidade do MP.

O caso revela um aspecto casuísta e imprevisto da repercussão geral, já que, se houvesse uma modificação do entendimento do STF e, conseqüentemente, dos veredictos dos outros Tribunais em larga escala, as repercussões políticas seriam imprevisíveis. Nesse julgamento, o STF conheceu (embora com objeções contra a existência de questão constitucional), mas negou provimento do recurso do MPE. Apesar disso, fixou a tese de que a Súmula nº 11 do TSE, que nega a legitimidade aos partidos, candidatos, coligações ou ao MPE para recorrer quando não tenham impugnado o registro, não se aplicava ao MPE. O Tribunal se inclinou para o provimento do Recurso porque o MPE tem legitimidade para recorrer em qualquer caso, mas, por razões de segurança jurídica, resolveu negar provimento. Por outro lado, decidiu assentar que não se aplica a Súmula ao MPE, mas isto somente a partir das eleições de 2014.

RECURSOS DA PARTE

Na forma do art. 544 do Código de Processo Civil, da admissão do recurso extraordinário (não múltiplo) no Juízo *a quo* (STJ), não há recurso ao STF. De sua inadmissão no STJ, caberá o agravo (o chamado ARE), pelo qual o STF pode apreciar o tema suscitado. O pressuposto de tudo é que exista repercussão geral que, embora inicial-

mente examinada pelo Tribunal *a quo* (STJ), só o dirá em definitivo o STF, quando der provimento ao agravo (ARE). De resto, tudo se passa nos autos do processo que editou o acórdão recorrido. Caso seja provido pelo STF, o agravo é convertido em recurso extraordinário e julgado.

Quando, na hipótese do art. 543-B do CPC, houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia (isto é, idêntica questão constitucional), a análise da repercussão geral tem tratamento especial. O STJ seleciona um ou mais recursos, encaminhando-os ao STF, sobrestando os demais até o julgamento definitivo. Essa seleção implica o prévio juízo de admissibilidade regular em cada um deles e, ainda que precariamente, também o de repercussão geral, por simples deliberação. Se no STF for recusada a repercussão geral, os recursos sobrestados consideram-se automaticamente não admitidos, em face do que neles não se realiza mais qualquer juízo de admissibilidade.

Quando o mérito for julgado no STF, o STJ deverá apreciar os processos sobrestados, adequando o acórdão recorrido ao decidido, com declaração de prejudicado, se coincidente, ou retratando-se, se divergente. A circunstância peculiar é que a lei processual (art. 543-B, § 3º, CPC) não cogita de avaliar a admissibilidade desses recursos sobrestados, os quais não haviam até então sido examinados por esse ângulo. Nesse caso, nem declaração de prejuízo nem retratação serão possíveis, surgindo daí a dúvida sobre a aplicação da repercussão geral a recurso que não pudesse ser admitido por falta de requisito (temporividade, pertinência, existência de questão constitucional etc.).

Como assentado na Questão de Ordem no Agravo em Recurso Extraordinário nº 663.637-MG (Pleno, Rel. Min. Presidente, DJe 06.05.13), se existir repercussão geral reconhecida pelo Plenário Virtual do STF, em cada um dos outros recursos idênticos (ou retidos) deve ser demonstrada a repercussão geral, e assim nos Tribunais *a quo*, embora o STF possa rever ou amenizar o rigor com relação às demais condições de admissibilidade (por exemplo, intempestividade, ilegitimidade etc.).

Isto é, pode haver questionamento, tanto do exercício desse juízo positivo pelo Tribunal *a quo*, quanto do procedimento inverso, ao se negar o exercício do juízo de admissibilidade ou o próprio juízo sobre a repercussão geral. Dito de outro modo, o juízo de admissibilidade da repercussão geral, quando é ela reconhecida ou recusada pelo Tribunal *a quo*, também deve ter a possibilidade de ser questionada.

Diversas decisões do STF, contudo, invocam os precedentes da Reclamação nº 7.569-SP (Rel.ª Min.ª Ellen Gracie, DJe 11.12.09) e sobretudo o Agravo de Instrumento nº 760.358-SE (Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 19.02.10) para recusar a revisão da aplicação do regime de repercussão geral pelo Tribunal de origem. O fundamento é que, uma vez apreciada pelo STF, esgota-se sua jurisdição, cabendo aos Tribunais inferiores a solução de suas divergências. Ocorre que, nessas reclamações, muitas vezes o Tribunal é obrigado a examinar possível questão constitucional para o exercício do juízo de admissibilidade. ▽

“Deve-se considerar que a noção de repercussão geral deve variar ao longo do tempo, com a evolução dos costumes, da tecnologia, dos valores das pessoas, das responsabilidades das instituições e, particularmente, da composição do Tribunal.”

A Corte Suprema vinha assentando que, em face dessa situação, deveria prevalecer a decisão da repercussão geral, flexibilizando as deficiências de admissão do recurso (RE nº 663.637-MG), até porque, como assinalado acima, na hipótese de retratação, opera-se a mudança do julgado antes do juízo de admissibilidade do recurso. Nada obstante, a questão está atualmente sendo revista pelo STF (ARE nº 641.493 QO-RS e ARE nº 680.104 QO-SC).

Se a decisão do STJ recorrida for mantida (isto é, não for prejudicada nem retratada) e o recurso extraordinário regularmente admitido (aqui, ao revés, se refere expressamente à realização do juízo correspondente), o STJ fará subir o recurso extraordinário e o STF poderá cassá-la ou reformá-la liminarmente.

Das decisões dos Tribunais locais que aplicam o precedente do STF quanto ao mérito da questão constitucional, em sede de repercussão geral, não caberia recurso, salvo se recusarem a retratação. Ocorre que esse raciocínio é inatacável com respeito à repercussão geral, mas não necessariamente para a questão constitucional.

Não obstante, as partes têm insistido na revisão das decisões dos Tribunais inferiores quando em desacordo, ou suposto desacordo, com o STF. E assim, contra decisões do STJ tem havido recursos extraordinários manifestamente sem repercussão geral. Inadmitidos na origem ou mesmo devolvidos pelo STF quando tenham logrado subir, esses recursos voltam a ser objeto de discussão na origem, sob o fundamento de que é o STF que exclusivamente deve decidir.

Não há disposição clara sobre a possível irrisignação da parte a qualquer desses atos do STJ, mas é certo que têm sido inúmeras as reclamações apresentadas. Nesses casos, o STJ tem aplicado a decisão da repercussão geral, estando pendentes algumas questões de ordem destinadas a dissipar o impasse, despontando a reiterada observação do Ministro Marco Aurélio no sentido de que se há de preservar a oportunidade de questionamento pelo interessado. Em sentido diverso e com a concordância do Ministro Marco Aurélio, porém, o STF reafirmou esse entendimento no julgamento da Questão de Ordem no Recurso Extraordinário nº 593.995-MG (Plenário, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 17.06.14).

Pode acontecer, inclusive, que o STJ tenha entendimento diferente do STF na consideração da amplitude de abrangência do tema consignado como de repercussão geral. Ou seja, pode o STJ considerar que a pretensão do interessado recorrente não está compreendida no tema e o STF afirmar o contrário.

Neste caso, a parte, por força da decisão final do STF, irrecurável, ficará sem recurso, pois ao STJ nada mais

cabe decidir, e ao STF não há mais como acessar (AgRg no ARE no RE nos EDcl no AgRg no AgRg no AgRg no AgRg no AI nº 990.129-RJ).

Disto resulta ser indiscutível pelos Tribunais e pelas partes a afirmação do STF acerca da extensão ou amplitude do conceito de repercussão geral, de nada valendo ressuscitar questões que já tenham sido decididas, exceto se o próprio STF assim o fizer, mediante provocação de seus Ministros, já que é inviável a ação rescisória.

Uma vez resolvida a questão da repercussão geral pelo STF, cabe ao STJ enfrentar todos os questionamentos decorrentes, seja porque o STF esgotou sua jurisdição, seja porque o STJ deve dissipar as objeções no âmbito de aplicação da solução recebida da Corte Suprema nos processos sobrestados e nos que vierem a ser submetidos ao seu juízo.

Este quadro indica que também os agravos em recurso extraordinário recebem o mesmo tratamento quando sobrestados no STJ, por terem sido restituídos pelo STF.

REPERCUSSÃO DA REPERCUSSÃO GERAL

Enfim, o regime da repercussão geral como metodologia de mitigação da litigiosidade recursal no âmbito da Suprema Corte constitui modalidade processual em construção, a merecer a atenção e colaboração dos partícipes, juízes, advogados, Ministério Público e até das partes, sem desprezar os interesses e necessidades da população que usa a jurisdição. Deve-se considerar, ainda, que a noção de repercussão geral deve variar ao longo do tempo, com a evolução dos costumes, da tecnologia, dos valores das pessoas, das responsabilidades das instituições e, particularmente, da composição do Tribunal.

Dos vários casos referidos, pode surgir a impressão de que são ainda incertas e imprecisas as soluções de aplicação do regime de repercussão geral, mas também é verdadeiro que os ensaios e tentativas de sua aplicação têm resultado em avanços capazes de oferecer esperanças positivas de reversão do tradicional acúmulo de processos a julgar, fenômeno que se refletirá nas instâncias inferiores.

Com essa compreensão deverão o STF e o STJ, senão o Poder Judiciário como um todo, estar abertos e sensíveis à dinâmica processual e às modificações das relações sociais, de modo a, adequando-as, extrair do instituto as potencialidades compatíveis com as necessidades correspondentes, assim atendendo às determinações constitucionais com inteligência, presteza e legitimidade, em benefício dos jurisdicionados. ■



GILSON DIPP é Vice-Presidente do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Conselho da Justiça Federal (CJF).