



Fernando Rabelo

A EC N. 45/2004 E A INCONSTITUCIONALIDADE DOS FILTROS RECURSAIS DA TRANSCENDÊNCIA E DA REPERCUSSÃO GERAL

CONSTITUTIONAL AMENDMENT NO. 45/2004 AND THE UNCONSTITUTIONALITY OF THE REMEDIES OF TRANSCENDENCE AND GENERAL REPERCUSSION

Flávio Quinaud Pedron

RESUMO

Assere que o recursos extraordinário, especial e de revista divergem dos demais por não se prestarem a (re)discussões fáticas e trazem pressupostos especialíssimos.

Entende que essa suposta questão jurídica – principalmente a partir das inovações trazidas pela EC n. 45/2004 – não pode estar adstrita à esfera de interesse das partes litigantes, mas representar reflexos para toda a coletividade.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Constitucional; recurso – especial, extraordinário, de revista; EC n. 45/2004; transcendência; repercussão geral.

ABSTRACT

The author asserts that the extraordinary, special and revision appeals differ from the rest because they have special purposes and are not meant for the re(discussion) of facts.

In his opinion, this supposed legal issue may not be attached to the litigants' scope of interest, but may reflect upon the whole community – especially since innovations were brought on by Constitutional Amendment No. 45/2004.

KEYWORDS

Constitutional Law; special, extraordinary, revision – appeal; Constitutional Amendment No. 45/2004; transcendence; general repercussion.

1 UMA ANÁLISE PRELIMINAR: OBJETO, FINALIDADE E REQUISITOS DOS RECURSOS DESTINADOS AOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Sob o título de “recursos destinados aos tribunais superiores” pretende-se incluir um gênero do qual serão espécies dos recursos extraordinários – endereçados ao Supremo Tribunal Federal (STF) –, os recursos especiais – endereçados ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) – e os recursos de revista – encaminhados ao Tribunal Superior do Trabalho (TST).

[...] função importante dos recursos destinados aos tribunais superiores seria a atividade de uniformização da interpretação da legislação infraconstitucional, garantindo assim que os supostos “casos semelhantes” recebam igual tratamento.

Historicamente, os autores remontam ao Direito norte-americano a herança do sistema recursal brasileiro (ASSIS, 2008, p. 691-692), mais exatamente no *writ of error*, posteriormente designado de *writ of appeal*, que, mais a frente, foi abandonado e hoje regulado no *writ of certiorari*. Fato é que, no que concerne ao direito pátrio, a Carta Imperial de 1824 desconhecia institutos similares. Mas a Constituição Republicana de 1891, sob fortes luzes do Direito norte-americano, trouxe a figura recursal para, a um só tempo, preservar a supremacia da norma constitucional e a inteireza do direito infraconstitucional positivo, definindo o STF como o seu “guardião”. As demais Cartas Constitucionais mantiveram a lógica apenas fazendo modificações pontuais. Com a Constituição de 1934, tal recurso foi batizado como “extraordinário” e, em 1988, teve seu objeto desmembrado com a criação do STJ. Agora a matéria infraconstitucional ficaria a cargo do tribunal recém criado, o Superior Tribunal de Justiça (STJ). Ao Tribunal Superior do Trabalho, por sua vez, caberia figura semelhante à destinada ao STJ, sob a rubrica de recurso de revista.

Mas o que tais vias recursais têm em comum, a ponto de serem agrupadas todas num mesmo conjunto? Segundo a doutrina, tais recursos separam-se dos demais – os chamados “recursos ordinários” – uma vez que a eles escapa toda e qualquer possibilidade (segundo a doutrina processual brasileira) de se discutir em seu *iter* a revisão de questões fáticas – como, por exemplo, reapreciação de provas¹. Estes recursos possuem como principal característica a chamada “fundamentação vinculada”, isto é, além de apresentarem os pressupostos de admissibilidade regulares a todo e qualquer recurso, trazem pressupostos especialíssimos (SILVA, 1997, p. 305); por isso mesmo, tais recursos não se prestam a (re)discussões fáticas, mas à apresentação de teses jurídicas².

Por tal razão, esta suposta questão jurídica – principalmente a partir das inovações trazidas pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004, mas também anteriormente pela Medida Provisória n. 2.226/2001 e, recentemente, pelas Leis n. 11.418/2006 e n. 11.672/2008 – não pode estar adstrita à esfera de interesse das partes litigantes, representando reflexos para além, isto é, para toda a coletividade (transcendência/relevância/repercussão geral), justificando não apenas um pressuposto do recursal especial, como ainda a própria função jurídico-política desem-

penhada por esses tribunais.

Os processualistas brasileiros parecem bem convencidos da possibilidade de, ao analisar um recurso desse tipo, não se fazer necessária uma análise do caso concreto, o que permitiria aos tribunais superiores analisar apenas **teses jurídicas** e não **lides** (conflito de interesses). Muitos, portanto, irão invocar a chamada “teoria das possibilidades de julgar”, como critério pragmático distintivo. Tal tese, como lembra Knijnik (2002, p. 154), é defendida por Henke (1979, p. 27) e afirma que a possibilidade de conhecimento do recurso depende não da natureza jurídica ou fática da questão em discussão, mas da necessidade, ou não, de que se promova uma nova instrução probatória para sua solução. Todavia, é irreconhecível que tal tese atesta uma “margem de discricionariedade” ao Tribunal para fixar conforme seu entendimento a necessidade da revisão da decisão *a quo*³.

Outra discussão importante é acerca da finalidade dos recursos destinados aos tribunais superiores. Em linhas gerais, os diversos manuais parecem afirmar que eles se prestam a atender às exigências de garantir a **uniformidade da interpretação e da aplicação** do ordenamento jurídico em nível constitucional (recurso extraordinário) e em nível infraconstitucional (recurso especial e recurso de revista)⁴.

Por isso mesmo, tais modalidades recursais estão condicionados ao **prévio esgotamento das instâncias recursais inferiores**⁵. Em tais etapas anteriores, é que caberia à parte recorrente impugnar questões concernentes à “justiça” da decisão, de modo que precluiria **consumativamente** a oportunidade de novo questionamento em mesmo sentido na seara dos tribunais superiores. Restaria, então, apenas a discutibilidade das questões que versam sobre o interesse público, ou seja, aqueles interessem que transcendam a esfera única e individual dos sujeitos litigantes e que, por versarem sobre a aplicação e a interpretação de normas jurídicas apenas ganham outra dimensão. E mais, o contencioso agora teria natureza **objetiva**, o que autorizaria à Ordem Jurídica fixar condições especiais de admissibilidade: 1. *Recurso Extraordinário (art. 102, III, CR/88): (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.* 2. *Recurso Especial (105, III, CR/88): (a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; (b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; (c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.* 3. *Recurso de Revista (art. 896, CLT): (a) derem ao mesmo dispositivo de lei federal interpretação diversa da que lhe houver dado outro Tribunal Regional, no seu Pleno ou Turma, ou a Seção de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, ou a Súmula de Jurisprudência Uniforme desta Corte; (b) derem ao mesmo dispositivo de lei estadual, Convenção Coletiva de Trabalho, Acordo Coletivo, sentença normativa ou regulamento empresarial de observância obrigatória em área territorial que exceda a jurisdição do Tribunal Regional prolator da decisão recorrida, interpretação divergente na forma da alínea “a”; e (c) proferidas com violação literal de disposição de lei federal ou afronta direta e literal à Constituição Federal.*

Em razão mesmo desta discursividade prévia, que jurisprudencialmente ganhou corpo a tese da necessidade de que a matéria (tese) objeto do recurso sofresse um **prequestionamento** da questão constitucional ou federal (incluindo a questão trabalhista) envolvida. Tal exigência materializou-se na forma de um **pressuposto de admissibilidade intrínseco** do recurso e representa uma herança do *Judiciary Act*, de 24 de setembro de 1798. Desse modo, a questão deve já ter sido suscitada, não podendo tratar-se de matéria nova veiculada no recurso⁶. Pquestionar o recurso, então, é fazer com que os juízos anteriores se manifestem expressamente sobre o acatamento ou a rejeição da tese jurídica sustentada, não havendo o que se falar em **prequestionamento implícito**⁷. Para Araken de Assis, o prequestionamento é o ato de **aflorescimento** dos tipos legais exigíveis para interposição dessa modalidade recursal (ASSIS, 2008, p. 702-703). Por isso mesmo, é essencial que o juízo *a quo* decida sobre a questão⁸.

Outra função importante dos recursos destinados aos tribunais superiores seria a atividade de **uniformização da interpretação da legislação infraconstitucional**, garantindo assim que os supostos “casos semelhantes” recebam igual tratamento. Para tanto, exige-se do recorrente, nos casos do recurso especial e do recurso de revista, a demonstração da divergência de jurisprudência entre, pelo menos, dois tribunais. Para tanto, o recorrente fará a prova da divergência mediante certidão, cópia autenticada ou pela citação do repositório de jurisprudência, oficial ou credenciado, inclusive em mídia eletrônica, em que tiver sido publicada a decisão divergente, ou ainda pela reprodução de julgado disponível na *internet*, com indicação da respectiva fonte, mencionando, em qualquer caso, as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados.

Tais recursos serão, ainda, interpostos perante o Presidente – ou Vice-Presidente – do Tribunal *a quo*, sempre em petições distintas, que deverão constar a exposição do fato e do direito; a demonstração do cabimento do recurso interposto; e as razões do pedido de reforma da decisão recorrida.

2 A INCLUSÃO DE NOVOS FILTROS RECURSAIS (REPERCUSSÃO GERAL/ TRANSCENDÊNCIA/RELEVÂNCIA) COMO MECANISMOS DE APAZIGUAMENTO DA CRISE DO JUDICIÁRIO

2.1 O PONTO DE PARTIDA: A TRANSCENDÊNCIA NO RECURSO DE REVISTA

Após o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, funcionando como a primeira experiência de inserção, no Direito brasileiro, de um mecanismo com a finalidade de filtrar os recursos destinados aos tribunais superiores, foi editada, pelo Presidente Fernando Henrique Cardoso, a Medida Provisória n. 2.226/01⁹, que introduziu, no texto da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), o art. 896-A e acrescentou mais um requisito de admissibilidade recursal ao instituto do **recurso de revista**, objetivando diminuir a massa de demandas que congestionam o Tribunal Superior do Trabalho (TST).

Originalmente as hipóteses de cabimento desse recurso já haviam sido limitadas às **matérias de direito**, conforme denominação de grande parte dos processualistas. Conforme a síntese de Ives Gandra da Silva Martins Filho (2000, p. 55), resume-se a controvérsia sobre a: [...] *divergência na interpretação de dispositivo legal, salvo se a decisão recorrida estivesse em consonância com prejudgado ou jurisprudência pacífica do TST; - violação de “norma jurídica” (o que incluía todas as fontes de direito, autônomas e heterônomas, federais, estaduais e municipais).*

[...] a EC n. 45 pretendeu promover uma série de mudanças no cenário jurídico nacional. Ao lado da afirmação da Súmula Vinculante, a arguição de repercussão geral da questão constitucional (ou simplesmente repercussão geral, como passou a ser chamada) ganha destaque.

Todavia, com a edição da medida provisória em questão, inovou-se o âmbito dos requisitos de admissibilidade para o recurso de revista, passando-se a exigir que, além do atendimento dos requisitos de admissibilidade já existentes, fosse demonstrada, em cada recurso, a “transcendência” específica da questão discutida. Tal “transcendência” seria oriunda de **reflexos de natureza econômica, política, social ou jurídica**. Dito

de outro modo, significa afirmar que, para o conhecimento de um recurso de revista pelo TST, não basta que o tribunal regional competente para conhecer e julgar o recurso ordinário tenha, em sede destes, aplicado a norma jurídica através de uma interpretação não compatível com as demais compartilhadas pelos outros tribunais ou tribunais superiores; ou que, na decisão, fique caracterizado o desrespeito de normas jurídicas, até mesmo da Constituição da República. Se tais situações geram consequências supostamente circunscritas ao **espectro individual**, ou seja, que atinjam exclusivamente o direito das partes processuais, não se justifica a movimentação do aparato jurisdicional do TST para a apreciação da questão.

Como, então, entender os reflexos que transcendam o prisma individual do litígio? Uma proposta é fornecida por Gomes Junior (2002), de modo que se teria: *a) reflexos econômicos: quando a decisão possuir potencial de criar um precedente outorgando um direito que pode ser reivindicado por um número considerável de pessoas (alteração nos critérios para se considerar a correção monetária dos salários de determinada categoria, p. ex.); b) reflexos políticos: na hipótese de decisão que altere a política econômica (obrigatoriedade de aumento para os servidores públicos regidos pela CLT, p. ex.); c) reflexos sociais: existirão quando a decisão deferir um direito ou indeferir-lo, e esta mesma decisão vier a alterar a situação fática de várias pessoas e; d) reflexos jurídicos:*

este é um requisito relevante, sob vários aspectos. Será relevante a matéria deduzida no recurso de revista todas as vezes que for contrária ao que já decidido pelo TST ou estiver em desacordo de jurisprudência do STF.

Outra proposta de interpretação vem de Martins Filho, pautada no texto do Projeto de Lei n. 3.267/00, que definia o que vinha a ser cada reflexo transcendente¹⁰: *a) transcendência econômica:*

concebida como “a ressonância de vulto da causa em relação à entidade de direito político ou economia mista, ou a grave repercussão da questão na política econômica nacional, no seguimento produtivo ou no desenvolvimento regular da atividade empresarial”. Outra referência de sua caracterização seria “uma causa de valor muito elevado” (MARTINS FILHO, 2000, p. 60); b) **transcendência política**: diz respeito ao princípio federativo, principalmente “à harmonia entre os Poderes constituídos”. A principal situação que ensejaria a apreciação do recurso de revista por presente a transcendência política seria a manutenção da uniformidade da jurisprudência trabalhista pelos Tribunais Regionais do Trabalho (TRT), evitando a instalação de disputas como as já conhecidas “guerras fiscais”, o que, no caso trabalhista, caracterizar-se-ia pela migração de empresas e/ou trabalhadores atrás de melhores condições de lucro e remuneração, respectivamente; c) **transcendência social**: quando fosse possível constatar “a existência de situação extraordinária de discriminação, de comprometimento do mercado de trabalho ou de perturbação notável à harmonia entre capital e trabalho” e; d) **transcendência jurídica**: presente quando houvesse “o desrespeito patente aos direitos humanos fundamentais ou aos interesses coletivos indisponíveis, com comprometimento da segurança e estabilidade das relações jurídicas”. Seriam quatro as situações: (1) demandas resultantes da propositura de ações civis públicas que discutam interesses difusos ou coletivos; (2) processos nos quais haja a participação do sindicato como substituto processual da categoria na defesa de direitos individuais homogêneos; (3) causas cujo objeto de discussão seja o desrespeito de fundamento maior, situação essa identificada por Martins Filho como ofensa ao Direito Natural; (4) processos oriundos de Tribunais Regionais do Trabalho que se recusem a acatar a jurisprudência pacífica do TST ou do STF (MARTINS FILHO, 2000, p. 58).

Curiosa e muito nova foi a criação no STF de um Plenário Virtual capaz de apurar as votações simultâneas e eletrônica dos ministros quanto à existência ou inexistência de repercussão geral nas matérias julgadas.

Tomando as teses acima expostas, pode-se chegar a algumas considerações importantes: 1º) o fundamento jurídico para admissão do recurso **concorrer em igualdade com os demais fundamentos de natureza econômica, política e social, como exigência alternativa**¹¹; 2º) tanto as leituras feitas por Gomes Junior quanto por Martins Filho sobre os possíveis desdobramentos da **transcendência** demonstram uma tentativa de responder ao problema por meio de **definições materializantes**, que consideram o que seja transcendente de maneira antecipada, isto é, independentemente do caso específico *sub judice*.

Os autores, portanto, reconhecem que a abertura semântica que pode ser atribuída ao requisito da transcendência é grande, sendo, portanto, **intencional** a opção feita no texto da Medida Provisória n. 2.226/01. Tal opção tem como objetivo abrir um **espaço de indeterminação** para que, por meio do **poder discricionário** do aplicador oficial (isto é, os ministros

do TST), constate-se a existência de elementos no recurso que sejam ou não transcendent¹².

O uso dessa discricionariedade seria, portanto, inerente ao requisito e elemento fundamental para que ele atinja sua finalidade – qual seja, a de permitir a filtragem de recursos cuja matéria não possa ser classificada como imprescindível para o atendimento do interesse público.

Justifica-se tal discricionariedade sob o argumento de que a decisão sobre o requisito de transcendência é eminentemente um **ato de natureza política** e não jurídica, logo a sociedade deveria *confiar na capacidade dos Ministros do TST para selecionar causas que atendam ao “bem comum”*. Todavia, essa noção de “bem comum” ou “interesse público” permanece sem problematização no discurso de seus defensores.

Fato é que, no dia 14 de setembro de 2001 – apenas dez dias após a edição da Medida Provisória n. 2.226 –, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) propôs uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), autuada sob o n. 2.527-9. Em sua fundamentação, argumentou a existência de diversas ofensas à CRF/88 – sete violações ao todo – além de terminar com o pedido de que liminarmente fosse suspensa a eficácia de todos os três artigos da Medida Provisória em questão. *O STF ainda não se pronunciou quanto ao mérito da questão apenas determinando, em caráter liminar, a suspensão da eficácia do dispositivo questionado.*

2.2 A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 45 E A REPERCUSSÃO GERAL DAS QUESTÕES CONSTITUCIONAIS NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Sob a justificativa política de solução da “crise” do Judiciário, a EC n. 45 pretendeu promover uma série de mudanças no cenário jurídico nacional. Ao lado da afirmação da Súmula Vinculante, a arguição de repercussão geral da questão constitucional (ou simplesmente repercussão geral, como passou a ser chamada) ganha destaque.

Trata-se, à semelhança da arguição de transcendência, de um **filtro recursal** sob a forma de um pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário.

O que chama a atenção, todavia, e desperta perplexidade, é como o tratamento constitucional, dado pela EC n. 45 ao § 3º do art. 102 da Constituição de 1988, acabou por receber **distorções** – ou verdadeiras usurpações inconstitucionais – por parte da sua regulamentação infraconstitucional, nos arts. 543-A e 543-B do Código de Processo Civil brasileiro (CPC), pela Lei n. 11.418/2006 e pelo Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF).

Segundo o texto constitucional emendado, no recurso extraordinário, o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, como preliminar (art. 543-A, § 2º CPC) e condição para que o Tribunal examine a admissão do recurso.

Dessa forma, o STF somente poderia **recusá-lo** pela manifestação de **dois terços de seus membros**. Nesse sentido, o § 3º do art. 102 torna, pelo menos, a princípio, todo recurso dotado de repercussão, cabendo ao STF um exame mais detalhado e o pronunciamento negativo por quorum especial. É claro que, por questões de economia procedimental, *a análise da repercussão geral só vem depois de esgotada a verificação de*

atendimento de todos os demais *presupostos recursais*, conforme determina do art. 323 do RISTF¹⁵. Assim, somente quando estes se fazem presentes é que, ainda em caráter preliminar, seria observada a presença de repercussão geral no recurso extraordinário *sub judice*.

Desde o início, há críticas ao *quorum* de 2/3 dos ministros para não conhecimento do recurso¹⁴. Para muitos juristas, tratar-se-ia de número elevado, o que conduziria a uma permissividade recursal maior, indesejável. Razão pela qual a legislação processual acabou regulando a questão de modo distinto.

Segundo os arts. n. 543-A e 543-B do Código de Processo Civil brasileiro, a *repercussão geral das questões constitucionais discutidas* se definiria a espelho da *transcendência*¹⁵, por critérios de interesse público fragmentado em subespécies variando de acordo com a natureza da questão: *jurídica, social, política ou econômica* (art. 543, §1º CPC, e art. 322, alterado pela Emenda Regimental n. 21/07 do RISTF). Tais conceitos são de natureza **indeterminada** e **aberta**, mas diferentemente dos vislumbrados nos discursos dos processualistas justabalistas, aos olhos dos processualistas civis, esta discricionariedade em preenchimento do conceito não existe. Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2007, p. 34-35) afirmam tratar-se de um dever do tribunal de admissão do recurso extraordinário caso fique configurada sua respectiva pertença à órbita do conceito.

Mas a repercussão seria **presumida** sempre que o recurso impugnar decisão contrária à súmula ou jurisprudência dominante do tribunal (§ 3º). Como forma de dar agilidade aos julgamentos passou-se a afirmar a possibilidade de que se a turma decidir pela existência da repercussão geral por, no mínimo, 4 (quatro) votos, ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário (§ 4º).

Curiosa e muito nova foi a criação no STF de um **Plenário Virtual** capaz de apurar as votações simultâneas e eletrônica dos ministros quanto à existência ou inexistência de repercussão geral nas matérias julgadas. O art. 323 do RISTF determina que o ministro relator do recurso irá submeter cópias aos demais com sua posição sobre existência ou não da repercussão geral. Todavia, este proce-

dimento é excetuado quando o próprio tribunal já houver se pronunciado positivamente em outros casos pela existência de repercussão geral, sendo a presumida na atual. Recebida a manifestação, os demais ministros têm o prazo de 20 dias para se manifestar, por meio eletrônico. Interessante e pouco usual aqui é que a desobediência de prazo faz presumir a existência da repercussão geral; ou seja, transcorridos os 20 dias sem que todos os ministros tenha alcançado o *quorum* de rejeição (2/3), a matéria será refutada dotada de repercussão geral (art. 324, parágrafo único, do RISTF). Ao final da apuração, cabe ao relator produzir a decisão fundamentadamente.

Mas e se ele não endossar a posição majoritária do tribunal? Nesse caso, o que deveria ser feito? Designar-se-ia para relator do acórdão o revisor ou ministro que instaurou a divergência, espelhando-se no art. 135 do RISTF?

A aplicação desses dispositivos encontra lógica no fato de que seria difícil para um julgador confeccionar um acórdão e uma ementa expondo justamente o contrário do seu entendimento. Por isso, ocorrido o caso no Plenário normal, essa tarefa redacional deve sempre ser atribuída a um dos julgadores que adotou o entendimento vencedor. Mas no caso do Plenário Virtual, há uma mudança, pois o relator continua ainda responsável (art. 325 RISTF). No curso do julgamento do RE 559.994 QO/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, em 26/3/2009, uma proposta de solução foi apresentada: levada ao Plenário Virtual a manifestação fundamentada do relator sobre a existência ou não de repercussão geral, os demais ministros podem votar **sem fundamentação desde que acompanhem o entendimento relatado**; o primeiro ministro a votar em sentido divergente deve fundamentar seu entendimento; todavia, **aqueles que votarem após a instauração da divergência fundamentada, podem acompanhá-la sem necessidade de nova fundamentação**¹⁶. O curioso aqui é ver como o imperativo constitucional pode ser subvertido. A dispensa de fundamentação dos votos na apuração eletrônica dos julgados acaba por trazer sérios riscos para a legitimidade decisória. Mais uma vez, o que importa é saber quem e como se decide, ficando olvidada a exigência de fundamentação

racional dos demais ministros, se não forem o primeiro a instaurar a divergência.

Peculiaridade à parte, uma vez definida a existência da repercussão geral, julgará o recurso ou pedirá dia para seu julgamento, após vista ao Procurador-Geral, se necessária; negada a existência, formalizará e subscreverá decisão de inadmissão do recurso.

A decisão acerca da admissão do recurso por presente a repercussão geral, ou quanto a sua recusa, é irrecorrível (art. 326 RISTF). A decisão será publicada e comunicada à Presidência dos Tribunais *a quo* que recusarão todos os demais recursos com matérias idênticas. Todavia, tal decisão não impede que o STF reveja seu entendimento e reconheça em novo julgado a existência (ou inexistência) de repercussão geral.

É importante destacar que o CPC e o RISTF acabam por ampliar os poderes dos presidentes dos tribunais estaduais e federais, dando a eles a possibilidade de sobrestar o processamento de recursos com matérias idênticas às já submetidas ao STF, mas ainda não definidas, bem como de considerar prejudicados todos aqueles que versem sobre matéria em que o STF entendeu ausente a repercussão geral (art. 543-B CPC).

Curiosa é a possibilidade de que o Presidente do Tribunal *a quo* possa, no caso de multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, fazer uma seleção por amostragem, enviando ao STF apenas aquele(s) recurso(s) que seja(m) mais representativo(s)¹⁷. Mesmo tratamento deverá ser dado aos agravos de instrumentos que visarem reverter decisão dos tribunais *a quo* quanto à inadmissão do recurso extraordinário (328-A, § 2º RISTF).

As decisões sobre repercussão geral deverão ganhar ampla divulgação e atualização no sítio eletrônico do STF (art. 329 RISTF), de modo a formarem verdadeiros pontos de referência sobre a admissibilidade ou não dos recursos a partir de súmulas impeditivas de recursos.

Importante, então, é a iniciativa de autorizar a participação de terceiros, na condição de *amicus curiae* na fase de apreciação do recurso (art. 543-A, § 6º CPC). Sua participação tanto pode ser com a oferta de pareceres à favor ou contra a admissibilidade da matéria. Todavia, é curioso que o controle dessa participa-

ção se faça exclusivamente e de modo irrecorrível pelo ministro relator (art. 323, § 2º RISTF).

2.3 ARGUIÇÃO DE RELEVÂNCIA, ARGUIÇÃO DE TRANSCENDÊNCIA E REPERCUSSÃO GERAL DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL: APENAS UMA TROCA DE ETIQUETAS?

É bastante comum a afirmação de que a arguição de transcendência e a arguição de repercussão geral são **espécies modificadas** da antiga arguição de relevância prevista no curso do Regime Militar, de modo que o mesmo raciocínio jurídico aplicado nessa também valeria para versões atuais. Mas será que tal afirmação encontra correspondência teórica? Será que o modelo da arguição de relevância pode ser tomado como base para os outros dois institutos?

Dessa forma, a fim de tentar encontrar uma resposta para as questões acima, deve-se perquirir o instituto da arguição de relevância para, só depois, confrontar com os outros dois institutos.

As decisões sobre repercussão geral deverão ganhar ampla divulgação e atualização no sítio eletrônico do STF [...], de modo a formarem verdadeiros pontos de referência sobre a admissibilidade ou não dos recursos a partir de súmulas impeditivas de recursos.

36

A **arguição de relevância da questão federal** – ou apenas arguição de relevância, como ficou mais conhecida – foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro como medida capaz de reduzir o volume de recursos extraordinários dirigidos para o Supremo Tribunal Federal (STF), que, conforme estatística apresentada por Baptista (1976, p. 31), representava 80% dos feitos submetidos àquele tribunal.

Muitos juristas¹⁸ alegam tratar-se de uma tentativa de importar, com adaptações, a figura do *writ of certiorari* do Direito norte-americano. Conforme fixado na *Rule 10* da Suprema Corte¹⁹, exige-se, para o conhecimento do recurso, a demonstração de importantes e especiais razões²⁰ que serão avaliadas pela Corte, de modo que não se trataria de um direito à revisão da decisão anterior. O *Justice* Frankfurter sintetiza a questão dizendo que o caso que chega à Suprema Corte é o caso que a Corte permite chegar a ela (TAVARES, 2004, p. 54). Todavia, muitos autores, em suas pesquisas, buscam demonstrar a existência de uma racionalidade prática inerente à atividade²¹, o que demonstra que a questão não é pacífica e mereceria uma análise pormenorizada, que escaparia aos propósitos do presente estudo. Dessa forma, apenas se pretendeu demonstrar que a afirmação de que os magistrados da Suprema Corte detêm um poder discricionário para a seleção de casos não constitui senso comum, mesmo para os juristas norte-americanos, quanto a sua aplicação prática ou, ainda, quanto à legitimidade dos *Justices* para tal seleção²².

Mesmo assim, a discussão norte-americana é importante para explicar como os diversos autores consideram a relevância (o que se repete com a transcendência e a repercussão geral) à luz de *argumentos políticos* e não jurídicos. Essa é a tese endossada por diversos juristas, inclusive nacionais, bem como por

membros da magistratura, com destaque para os ex-Ministros Moreira Alves e Sydney Sanches (1988, p. 259). Como consequência da natureza política, decorreria o critério de conveniência, que fundamentaria a possibilidade de discricionariedade na seleção das causas.

Por meio da Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969, o STF adquiriu competência para indicar, no seu Regimento Interno, as causas a serem julgadas em grau de recurso extraordinário por negativa de vigência de tratado ou lei federal (1) ou, ainda, por dissídio jurisprudencial (2); podendo assim limitar sua atenção ao julgamento de causas que considerava relevantes devido à sua natureza, espécie ou valor pecuniário; diminuindo, em tese, o volume de demanda a que estava submetido²³.

A Emenda Regimental n. 3/75 ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF) cuidou do assunto, ao fixar as causas que, em princípio, não seriam examinadas pelo Tribunal: *Art. 308. Salvo nos casos de ofensa à Constituição ou relevância da questão federal, não caberá recurso extraordinário, a que alude o seu artigo 119, parágrafo único [da EC n. 1/69], das decisões proferidas: I. nos processos por crime ou contravenção a que não sejam cominadas penas de multa, prisão simples ou detenção, isoladas, alternadas ou acumuladas, bem como as medidas de segurança com eles relacionadas; II. nos habeas corpus, quando não trancarem a ação penal, não lhe impedirem a instauração ou a renovação, nem declararem a extinção da punibilidade; III. nos mandados de segurança, quando não julgarem o mérito; IV. nos litígios decorrentes: a) de acidente do trabalho; b) das relações de trabalho mencionadas no artigo 110 da Constituição; c) da previdência social; d) da relação estatutária de serviço público, quando não for discutido o direito à constituição ou subsistência da própria relação jurídica fundamental; V. nas ações possessórias, nas de consignação em pagamento, nas relativas à locação, nos procedimentos sumaríssimos e nos processos cautelares; VI. nas execuções por título judicial; VII. sobre extinção do processo, sem julgamento do mérito, quando não obstarem a que o autor intente de novo a ação; VIII. nas causas cujo valor, declarado na petição inicial, ainda que para efeitos fiscais, ou determinado pelo juiz, se aquele for inexato ou desobediente aos critérios legais, não exceda de 100 vezes o maior salário-mínimo vigente no País, na data do seu ajuizamento, quando uniformes as decisões das instâncias ordinárias; e de 50, quando entre elas tenha havido divergência, ou se trate de ação sujeita à instância única.*

Dessa forma, o critério da relevância atuava como um **elemento positivo** sobre o juízo de admissibilidade recursal, isto é, as matérias acima apresentadas já estavam *a priori* excluídas da apreciação pelo STF, devendo tal pressuposição de irrelevância ser derrubada argumentativamente, situação essa que levaria a um julgamento a parte – secreto e sem qualquer motivação –, no qual se verificaria a sua ocorrência. Todavia, o que se pode entender como **questão federal relevante**? Tomando o exemplo do Direito norte-americano, conforme estudo do Min. Victor Nunes Leal²⁴, esclarece Baptista (1976, p. 35): [...] *a relevância, para esse efeito, será apurada especialmente do ponto de vista do interesse público. Em princípio, qualquer problema de aplicação da lei é de interesse público. Mas, na prática, muitas questões têm repercussão limitada às partes, ou a pequeno*

número de casos, e há problemas legais cujas conseqüências são muito reduzidas, mesmo para as partes, servindo antes como pretexto para manobras protelatórias ou que visam a subtrair o mérito do litígio ao direito aplicável. Muitas controvérsias sobre o direito processual estão compreendidas nesta última hipótese.

Assim, o artifício da relevância seria um mecanismo hábil, não somente para afastar causas de menor importância à luz do interesse público, bem como capaz de restabelecer a posição de origem do Supremo Tribunal Federal como órgão de cúpula do Poder Judiciário – razão pela qual não se poderia perder tempo com demanda de menor importância²⁵. A cúpula do Judiciário brasileiro, portanto, deveria estar desimpedida para exercer sua função de controle e uniformização da interpretação do direito constitucional e federal²⁶. Para tanto, se fazia necessária a introdução de um mecanismo capaz de ampliar a esfera de discricionariedade dos julgadores. Segundo os defensores dessa tese, a discricionariedade é condição essencial para o exercício da atividade jurisdicional²⁷.

Lembra Tavares (2004, p. 214) que a Emenda Regimental n. 3/75 teve sua constitucionalidade posta em dúvida, uma vez que alguns autores consideravam que o *permissivo constitucional que demandava norma regimental jamais se referiu à relevância da questão (suscitada no processo) como critério (exigência) válido a ser considerado pelo regimento, mas apenas aos três referidos (natureza, espécie ou valor)*. É, por isso, que, com a Emenda Constitucional n. 7/77, foi dada uma nova redação à CR/69, de modo a incluir explicitamente a expressão “arguição de relevância” e a fortalecer ainda mais a tese da discricionariedade para conhecimento das matérias veiculadas em sede de recurso extraordinário, colocando um ponto nessa questão.

Todavia, a partir da Emenda Regimental n. 2/85 ao RISTF, operou-se uma mudança no instituto [...] em vez de elencar as hipóteses em que, ressalvada a demonstração de relevância, não caberia recursos extraordinários, preferiu enumerar quais as causas que comportariam os recursos extraordinários, sendo que, para as demais, só demonstrada a

relevância da questão federal (MARTINS FILHO, 2000, p. 50). A redação do art. 325 ficou, então, da seguinte forma: *Art. 325. Nas hipóteses das alíneas “a” e “d” do inciso III do art. 119 da Constituição Federal, cabe recurso extraordinário: I. nos casos de ofensa à Constituição Federal; II. nos casos de divergência com a Súmula do Supremo Tribunal Federal; III. nos processos por crime a que seja cominada pena de reclusão; IV. nas revisões criminais dos processos de que trata o inciso anterior; V. nas ações relativas à nacionalidade e aos direitos políticos; VI. nos mandados de segurança julgados originariamente por Tribunal Federal ou Estadual, em matéria de mérito; VII. nas ações populares; VIII. nas ações relativas ao exercício de mandato eletivo federal, estadual ou municipal, bem como às garantias da magistratura; IX. nas ações relativas ao estado das pessoas, em matéria de mérito; X. nas ações rescisórias, quando julgadas procedentes em questão de direito material; XI. em todos os demais feitos, quando reconhecida a relevância da questão federal.*

Assim, nas hipóteses previstas acima, no inc. XI, a relevância estaria **pressuposta**. Mas o critério, ainda assim, continuava obscuro: ainda não era possível compreender com clareza o que significava **relevância da questão federal**, o que mantinha a principal crítica ao instituto. Procurando saná-las, o art. 327 do RISTF procurou explicitar o conceito: *Art. 327. [...] § 1º Entende-se relevante a questão federal que, pelos reflexos na ordem jurídica, e considerados os aspectos morais, econômicos, políticos ou sociais da causa, exigir a apreciação do recurso extraordinário pelo Tribunal (Grifos nossos).*

Interessante notar que o dispositivo citado parece realmente ter servido de inspiração para o instituto da transcendência ou da repercussão geral. Todavia, os novos institutos olvidaram-se da possibilidade de autorização para interposição de recursos de revista quando o caso apresentar aspectos morais.

Mesmo assim, as críticas sobre o que pode ser considerado como aspectos relevantes de ordem jurídica, econômica, política ou social – já discutidas no tópico anterior em face da análise da transcendência – se repetem, pois todos esses requisitos nada mais faziam do que reforçar a posição assumida pelo Min. Nunes

Leal, para quem a relevância poderia se resumir na demonstração de que a questão não estava restrita ao interesse das partes litigiosas, adquirindo importância, principalmente, para o público. Mas, como tal compreensão de público é por demais **elástica**, o magistrado acabava por reconhecer que a questão deveria ficar ligada ao subjetivismo dos julgadores, haja vista que tal condição seria atividade intrínseca à “função de julgar”²⁸.

Sobre seu processamento, Martins Filho (2000, p. 51) explica que a arguição deveria se dar em capítulo separado da peça recursal ou em instrumento separado, em autos apartados (art. 327). Como ônus processual, caberia ao arguente o pagamento das custas e despesas na formação do instrumento e remessa e retorno do mesmo ao STF (LAMY, 2005, p. 169). Antes da sessão, os ministros receberiam um extrato e a arguição seria acolhida se, pelo menos, **quatro** deles se mostrassem favoráveis (art. 328, § 5º, VIII). Uma ata seria publicada para ciência das partes, nela constando quais arguições foram acolhidas e quais foram rejeitadas. Todavia, a decisão seria irrecorrível (art. 328, § 5º, VII e VIII) e não apresentaria qualquer fundamentação ou mesmo motivação. Sobre esse último aspecto, basta lembrar que, no entendimento do Tribunal, bem como no de grande parte dos juristas, a questão era de natureza política e, por isso mesmo, tratava-se de uma **seção administrativa**, não jurisdicional (SANCHES, 1988, p. 260). Logo, afirmavam que não havia qualquer exigência normativa para que a mesma fosse feita de maneira pública. É importante ressaltar que o acolhimento da arguição em nada significaria o conhecimento do recurso extraordinário; ainda caberia ao relator verificar a presença dos pressupostos genéricos e específicos de admissibilidade do recurso.

Além do mais, uma razão pragmática justificava a ausência de fundamentação das decisões, pois, se: [...] *a decisão tivesse de ser fundamentada, estaríamos ampliando consideravelmente o número de sessões plenárias do Tribunal, que já são duas por semana. E a avalanche de processos continuaria invencível* (SANCHES, 1988, p. 260). A solução foi a implantação de **verbetes** quando se acolhesse, na decisão, a arguição de relevância. E acrescenta o Min. Sydney

Sanches, em um tom bastante queixoso: *E estes já atingem várias dezenas, permitindo, por sua abrangência, o acesso de recursos extraordinários, pelas letras 'a' e 'd', em milhares de causas* (Idem, p. 260-261). Fato é que esses verbetes passaram a funcionar de maneira bem semelhante a enunciados produzidos pelo tribunal.

Todavia, a realidade mostra-se bem mais complexa que a racionalidade humana consegue abarcar. Mais uma vez o aprendizado histórico do primeiro paradigma moderno se faz presente, as situações concretas, presentes na prática social, são por demais ricas, de modo que se mostra impossível ao legislador – o que se aplica também ao tribunal – conseguir prever todas as hipóteses de aplicação de uma norma. Como consequência, tem-se a frustrante declaração do Min. Sanches: *Anoto que, praticamente, em cada sessão surge um verbe novo, que, mediante acolhimento de arguição de relevância, permite o acesso de novas dezenas ou centenas de recursos extraordinários. [...] Devo admitir que o sistema encontrado não é o ideal* (SANCHES, 1988, p. 262).

Ora, a inclusão da arguição de relevância acabou por prejudicar a própria finalidade que é atribuída ao recurso extraordinário – a uniformização da aplicação do Direito (constitucional, mas também, à época, do direito federal). Ainda, a razão pragmática que embasou a sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro se mostrou ineficaz: a prática da arguição de relevância que deveria limitar o número de recursos a fim de desafogar o tribunal acabou servindo – por meio da prática dos verbetes – de razão para a manutenção de sua situação de calamidade, na visão do Min. Sanches. Logo, é a mesma razão instrumental – cálculo utilitarista, como desmascarado por Gouvêa *et al.* (2001, p. 147), – que pode ser usada como argumento para negar tal mecanismo e, mais forte ainda, contra seu retorno ou de mecanismo similar.

Curiosa é a possibilidade de que o Presidente do Tribunal a quo possa, no caso de multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, fazer uma seleção por amostragem, enviando ao STF apenas aquele(s) recurso(s) que seja(m) mais representativo(s).

Esse quadro também foi importante para confirmar que a ideia de *crise do Supremo Tribunal Federal* – e também do Poder Judiciário como um todo – é mais uma questão **ideológica** que necessariamente factual. Não há que se falar em crise, se a situação se reflete como uma constante.

O pessimismo e as queixas em relação ao acúmulo de trabalho permaneceram ao longo de toda existência da arguição de relevância como requisito de admissibilidade para o recurso extraordinário, mesmo com as estatísticas “positivas”. Segundo essas estatísticas – fornecidas por um de seus mais combativos defensores, o Min. Martins Filho (2000, p. 51) – apenas 5% das arguições interpostas chegaram a ser acolhidas, sendo que 20% foram rejeitadas por defeito no instrumento²⁹.

Mesmo com as críticas, esse sistema funcionou até a

CRFB/88, uma vez que a atual Constituição não consagrou o instituto, nem mesmo outro similar. Todavia, tem-se um quadro bem diferente a partir da Emenda Constitucional n. 45/2004, que introduz um novo mecanismo na sistemática do recurso extraordinário: a repercussão geral.

Dois aspectos devem ser, no entanto, colocados em evidência desde já: (1) a exigência de lei para regulamentação da questão e, principalmente, (2) o processo de seleção das causas, que se dá por um sistema de rejeição – a demonstrar que, via de regra, toda causa seria, pelo menos à primeira vista, relevante – sendo que seria necessário o voto de pelo menos 2/3 dos magistrados do Tribunal para o não conhecimento do recurso extraordinário. Mesmo não havendo exigência expressa de fundamentação da decisão que não conhece do recurso extraordinário, a determinação constitucional que afirma ser nula se desprovida de fundamentação é aplicável, *prima face*, ao caso (art. 93, IX, CR/88) como consectário do princípio do devido processo, sendo uma diferença em relação ao que ocorria no regime da arguição de relevância.

Todavia, esses aspectos parecem passar em branco na análise de diversos juristas, que continuam a afirmar uma equivalência entre o instituto e a arguição de relevância, igualando ainda a mesma à arguição de transcendência.

2.4 QUIS CUSTODIET IPSOS CUSTODES?³⁰

Em que pesem os argumentos apoiados em uma racionalidade instrumental, não se pode perder de vista a discussão normativa subjacente. Nesse sentido, Calmon de Passos³¹ lembra que é preciso recolocar a questão no universo jurídico: *onde inexistente a possibilidade de recurso inexistente o devido processo legal*. Recursos existem como mecanismos de proteção contra erros no curso do processo de aplicação dos direitos e, por isso mesmo, representam condição para manutenção da legitimidade dos discursos legitimadores do provimento.

Mas outro argumento – presente nos discursos de Calmon de Passos (1977, p. 15) – se mostra igualmente importante: *Kelsen demonstrou que uma norma jurídica protege um interesse particular, essa proteção, por si só, já constitui um interesse público*. Por outro lado, lembra o processualista baiano: *[...] com referência a cada norma de Direito Administrativo ou Penal, tipicamente ramos do Direito Público, pode-se determinar a existência de um interesse particular cuja proteção é objeto da norma. Todo preceito jurídico, por conseguinte, é expressão de um interesse público e protege um interesse particular*. (PASSOS, 1977, p. 15)

E prossegue: *Se toda má aplicação do direito representa gravame ao interesse público na justiça do caso concreto (único modo de se assegurar a efetividade do ordenamento jurídico), não há como se dizer irrelevante a decisão em que isso ocorre. A questão federal só é irrelevante quando não resulta violência à inteireza e à efetividade da lei federal. Fora isso, será navegar no mar incerto do “mais ou menos”, ao sabor dos ventos e segundo a vontade dos deuses que geram os ventos nos céus dos homens. Logo, volta-se ao ponto inicial. Quando se nega vigência à lei federal ou quando se lhe dá interpretação incompatível, atinge-se a lei federal de modo relevante e é do interesse público afastar esta ofensa ao Direito individual, por constituir também uma ofensa ao Direito obje-*

tivo, donde ser relevante a questão que configura. (PASSOS, 1977, p. 16)

Logo, mostra-se problemática a visão estanque entre interesse público e interesse privado. Aqui, já na argumentação de Calmon de Passos, tem-se que essa relação não pode ser reduzida em sua complexidade a um jogo de contrários, chamando para si a necessidade de repensá-la.

A exigência de integridade do Direito, lançada por Ronald Dworkin (1999), pode gerar uma nova proposta de interpretação para a questão, bem como uma (re)leitura das arguições de repercussão geral ou de transcendência: a referida exigência de “transcendência” ou de “repercussão geral” traduz-se na necessidade de articular, no *iter* processual, de maneira discursiva (lógico-argumentativa), os pressupostos da integridade. Assim, a condição de conhecimento desses recursos permanece como **questão interna ao Direito**, sem nenhum apelo para o plano meta-jurídico, de modo que o que se exige é a demonstração de que a argumentação sustentada pelo recorrente se integra – tal qual um capítulo do romancista da obra coletiva dworkiana – à história institucional daquela sociedade, fornecendo a melhor proposta de interpretação daquele direito.

É apenas desse modo que os tribunais superiores podem, no marco do paradigma procedimental do Estado democrático de Direito, assumir devidamente o seu papel, já que eles não mais podem funcionar como oráculos, que misteriosamente fornecem solução para uma sociedade consumidora; mas o inverso: eles se transformam em um local de discussão pública da questão jurídica, que não fica imune às críticas que podem provir da sociedade.

Por isso, os dois fundamentos dos recursos para tribunais superiores apontados pela dogmática jurídica tradicional – a proteção do ordenamento jurídico (em nível constitucional e infraconstitucional) e a garantia de uniformização na aplicação e na interpretação do Direito – representam, para Dworkin, a mesma coisa: um dever de toda a comunidade em face do **atendimento** à integridade do Direito e de sua **observância**. O Direito somente se encontrará protegido, se lido a partir de uma teoria que busque compreendê-lo sempre à sua melhor

luz – isto é, consciente de sua dimensão histórica; sem, contudo, hipostasiá-lo no passado, nem tratá-lo como metas coletivas a serviço de uma parcela da sociedade – mas como um conjunto coerente de princípios.

Há ainda mais um ponto importante: um caso levado a julgamento, conforme o pensamento de Dworkin, por si só ultrapassa o âmbito dos sujeitos individuais envolvidos. Uma decisão “correta” lança luzes para toda a história institucional, de modo que há uma dupla exigência envolvida na questão: de maneira **imediate**, a questão da justiça da decisão atrai as partes litigantes para o debate jurídico que se desenvolve em torno do caso concreto; por outro lado, de forma **mediata**, decisão “correta” assume-se como um capítulo da história institucional dos direitos. Sob esse prisma, parece que se pode colocar a discussão sobre o atendimento do interesse público como condição para o atendimento do interesse privado em uma nova perspectiva³², que não mais os compreenda como opostos, mas integrados em uma mesma teoria política.

É por isso que a “transcendência” ou a “repercussão geral” não podem ser satisfatoriamente consideradas como requisitos de admissibilidade recursal específicos. Apoiando-se na posição defendida por Barbosa Moreira (1991, p. 166), a distinção entre juízo de admissibilidade e juízo de mérito recursal deve ser levada em consideração. Destarte, o primeiro grupo apenas deveria conter os chamados “pressupostos extrínsecos” (tempestividade, preparo, regularidade formal e inexistência de fato impeditivo ou extintivo do direito de recorrer), sob pena de dissolver essa separação, o que geraria consequências importantes, uma vez que qualquer outra análise necessariamente acaba por adentrar na discussão sobre o mérito recursal.

Logo, sob um prisma normativo, tanto a “transcendência” quanto a “repercussão geral” podem ser compreendidas como uma questão interna à própria pretensão recursal, bem como conectada a toda e qualquer pretensão jurídica levada a cabo pelas partes processuais. Uma leitura procedimental percebe que a ausência de demonstração de tais requisitos acarreta um **julgamento de mérito negando tal pretensão**. Nesse senti-

do, o que seriam “inovações” capazes de fornecer respostas ao problema da “crise do Judiciário”, na verdade, em nada contribuem para sua solução, representando mais uma repetição desnecessária dos requisitos recursais já exigidos na Constituição da República para o recurso extraordinário e na Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) para o recurso de revista.

Já partir de Habermas (1998, p. 306), é possível compreender que a estrutura presente nas normas processuais é capaz de compensar as condições comunicativas, garantindo a formação de um provimento (legislativo, administrativo ou jurisdicional) legítimo. A exigência normativa de imparcialidade, então, pode-se despersonalizar mediante uma separação entre discursos de justificação normativa e discursos de aplicação do Direito.

Nos discursos de justificação, explicados no tópico anterior, busca-se chegar a normas válidas, por meio do reconhecimento de que tais normas podem encontrar aceitação racional por todos os atores sociais.

Diferentemente, nos discursos de aplicação, a tentativa é de alcançar a norma adequada conforme as particularidades do caso concreto específico. Para tanto, deve-se desenvolver uma interpretação coerente do sistema jurídico, o que significa compreender o Direito à luz de princípios, ao invés de somente regras. Assim, os processos de aplicação judicial do Direito devem correlacionar as perspectivas concretas das partes com as normas *prima facie* aplicáveis, frutos de discursos de justificação, a fim de que seja possível identificar os traços e sinais individualizadores de cada situação concreta de aplicação.

Nesse sentido, traça-se uma linha que liga os participantes do processo e os demais membros da comunidade. Assim, um processo judicial revela uma dimensão que, por si só, ultrapassa os limites de uma situação específica, que, segundo a dogmática tradicional, estaria representando apenas o interesse particular das partes envolvidas (HABERMAS, 1998, p. 300). Os discursos de aplicação se servem de normas já fixadas nos discursos de justificação. Logo, para serem consideradas normas, devem passar pelo teste de universalização, o que significa que todo direito, por mais individualista que seja sua leitura, expressa um interes-

se compartilhado por **toda a sociedade** e, por isso mesmo, uma materialização do **interesse público**.

Além do mais, Habermas adverte que, nos discursos de aplicação do Direito, o atendimento ao interesse de todos os possíveis afetados deve ficar em segundo plano, cedendo lugar para a busca da norma mais adequada a partir da reconstrução do caso concreto. Em razão disso, a reconstrução da situação de aplicação, que ocorre em simétrica paridade com as partes processuais, ganha relevo. As visões de mundo destas entrecruzam-se com descrições de estados de coisas impregnadas normativamente cuja validade é pressuposta.

À luz dos pressupostos da teoria habermasiana, os tribunais devem assegurar que as interpretações da Constituição – e da legislação – construam-se em um espaço processualizado, organizado a partir do modelo constitucional de processo, que determina inclusive a necessidade de fundamentação da decisão.

Dessa forma, o regresso ao discurso de justificação representa uma via fechada em suas múltiplas formas. Nem as partes nem o juiz podem ocupar o lugar dos debatedores daquele discurso: as partes, em razão do conflito de interesse, são incapazes de assumir uma perspectiva que leve à troca recíproca de papéis (GÜNTHER, 1995, p. 49); o juiz, que desempenha um papel de terceiro em relação ao conflito, apenas atua como um **representante** do sistema jurídico, cujo titular é a sociedade. Por isso, a ele não é dada a possibilidade de negar validade às normas previamente fixadas como tal pela sociedade, muito menos de apresentar novas razões, quer de maneira supletiva, quer de maneira concorrente (GÜNTHER, 1995, p. 50).

Todavia, o público não fica excluído totalmente da questão. Uma vez que a decisão não é **apenas** para as partes – no sentido de que, ao desenvolver uma compreensão dos direitos que se integram em um mesmo sistema coerente – ela volta-se para o resto da comunidade, que pode assumir uma importante participação – para além da sua representação pelo juiz – por meio da **crítica pública da decisão**, a qual lembra aos magistrados que são apenas representantes de um Direito que pertence a toda a sociedade, e não o seu agente materializador, como pode transparecer em Dworkin³³. Portanto, em todo julgamento, deve-se buscar reconstruir as situações características e particulares dos casos para determinar a norma adequada dentre uma constelação de outras *prima facie* aplicáveis. Ao magistrado cabe somente fundamentar suas decisões com base em razões normativamente justificáveis – os argumentos de princípio, para usar a expressão de Dworkin. Também em Habermas, a aplicação judicial do Direito norteia-se pela “decisão correta”, o que exclui a possibilidade de decisão discricionária ou de qualquer atividade legislativa supletiva ou concorrente pelo Judiciário.

No caso dos julgamentos envolvendo os recursos destinados aos tribunais superiores, as considerações feitas acima

não podem ser olvidadas. Esses tribunais, segundo Habermas (1998, p. 309), transformam-se em locais de discussão acerca das pretensões jurídicas em face de casos concretos, centralizando questões provindas da periferia – isto é, interpretações que as partes processuais fazem do Direito – e filtrando-as a fim de se construir um juízo de aplicação adequado a esses casos.

O direito ao recurso, qualquer que seja ele, para a Teoria Discursiva, está relacionado ao direito titularizado pela parte recorrente de obter uma decisão judicial “correta”, por meio da revisão de uma decisão anterior; mas também leva em conta a existência de um direito pertencente a toda a sociedade de ter um sistema eficaz de recursos, capaz de realizar tais correções. Esse direito geral ao recurso, ao associar-se ao direito processual da parte recorrente, expressa a exigência de igual consideração e respeito, no sentido de que pesa um interesse geral de que todos, nas mesmas situações, recebam igual tratamento.

Em face disso, tem-se negativa para os membros da dogmática tradicional, que vislumbram a possibilidade de se adotar um “processo objetivo” como forma de agilização dos julgamentos nesses tribunais, pois a exclusão da participação das partes, com um fechamento apenas para as razões oriundas dos membros do tribunal, denota uma situação de carência de legitimidade; desfigurando-se, pois, a própria função dos tribunais superiores em uma ordem democrática, haja vista a redução da correção normativa à mera necessidade funcional de se tomar uma decisão, qualquer que seja ela.

À luz dos pressupostos da teoria habermasiana, os tribunais devem assegurar que as interpretações da Constituição – e da legislação – construam-se em um espaço processualizado, organizado a partir do modelo constitucional de processo, que determina inclusive a necessidade de fundamentação da decisão.

Contudo, ao que parece, a dogmática tradicional desconsidera que os recursos para tribunais superiores representam um prolongamento de um mesmo processo, iniciado na primeira instância, e que, portanto, trata-se de uma discussão sobre uma alegação de lesão ou ameaça de lesão a direito, a qual – para ser bem examinada, a fim de que se atinja uma “decisão correta” – exige um exame e uma discussão para determinar a norma mais adequada àquele caso. Também esquece que a figura do “caso igual” ou do “caso repetitivo” apenas pode existir se diante da figura da **coisa julgada** – repetição de uma questão jurídica sob a qual pesa decisão irrecorrível – ou da **litispêndência** – processos diferentes que apresentam mesmas partes, mesmo pedido e mesmas causas de pedir.

A partir desse prisma, a multiplicidade de propostas interpretativas de um direito, veiculada pelos diversos recursos apresentados aos tribunais superiores, não representa algo negativo. Primeiro, porque, como já afirmado, cada caso representa um evento único e, por isso, deve ser examinado à luz de suas particularidades, não podendo receber uma decisão **em bloco**, com demais casos distintos.

Ao contrário do que pesam e do que pensam alguns juristas tradicionais e ministros desses tribunais, quanto maior a oportunidade de problematização, maior é o espaço para desenvolvimento de uma “cidadania ativa” (CRUZ, 2004, p. 247). Principalmente, porque a conclusão a qual se chega não é no sentido de que os tribunais superiores funcionam como um “terceiro grau” de jurisdição, mas que os recursos a eles destinados apre-

sentam uma importante função: assegurar a aplicação de normas adequadas aos casos concretos, de modo a sempre integrá-las num mesmo sistema coerente – o que, em termos dworkianos, visa à garantia de integridade do Direito.

Assim, também em Habermas, os recursos permitem que sejam produzidas novas respostas jurídicas, mantendo a expectativa de que essas sejam mais adequadas que as anteriores. As decisões proferidas no passado e no presente, então, não podem ser descartadas, pois indicam uma linha de raciocínio na compreensão de um direito e contribuem para uma leitura coerente.

A inclusão de um “novo” requisito de admissibilidade recursal, como a transcendência para o recurso de revista, ou a “repercussão geral” para o recurso extraordinário, mostra-se problemática à luz de uma compreensão procedimental do Direito. Aqui, não mais se pode defender a utilização de um mecanismo de seleção que poupe os tribunais superiores de “causas de menor importância”, já que toda causa lança luzes sobre a compreensão do sistema jurídico.

Sendo assim, todo direito, para ser considerado como tal, deve representar uma confluência de interesses de todos os membros da sociedade por meio de um discurso de justificação. Todavia, isso não é suficiente. Ainda é necessário que se proceda a uma compreensão do Direito a partir de um sistema coerente de normas *prima facie* aplicáveis – o que significava identificá-las como princípios³⁴.

Como afirmado, com base na teoria dworkiana, os dois fundamentos necessários para a interposição de um recurso para um tribunal superior apontados pela dogmática jurídica tradicional – a proteção do ordenamento jurídico (em nível constitucional e infraconstitucional) e a garantia de uniformização na aplicação e na interpretação do Direito – acabam adquirindo a mesma função também em Habermas: um direito apenas pode ser protegido se compreendido à luz de um sistema coerente de normas, isto é, como conjunto coerente de princípios.

Portanto, falar em “transcendência” ou em “repercussão geral” não pode nunca adquirir uma interpretação de que direitos estão ligados a pretensões privatísticas. Os direitos são construídos

à luz de uma história institucional, abrindo um espaço argumentativo que não se desenvolve no vácuo, como já explicou Gadamer. Destarte, a exigência de demonstração da “transcendência” ou da “repercussão geral” apenas pode-se dar mediante a articulação, no *iter* processual, de maneira discursiva (lógico-argumentativa), de uma interpretação do direito pretendido à luz de um sistema coerente de normas.

Mas, ao se proceder assim, pode-se constatar que a condição de conhecimento do recurso de revista e do recurso extraordinário permanece como **questão interna ao Direito**, haja vista a desnecessidade de qualquer apelo para o plano metajurídico, bem como a sua impossibilidade lógica, como lembra Günther.

Seguindo essa lógica, a “transcendência” ou a “repercussão geral” não podem ser satisfatoriamente consideradas como requisitos de admissibilidade recursal específicos. Novamente, valendo-se da posição defendida por Barbosa Moreira (1991) – reconstruída no segundo capítulo, a distinção entre juízo de admissibilidade e juízo de mérito recursal deve ser levada em consideração. Reafirma-se, portanto, que o primeiro grupo apenas apresenta os **pressupostos extrínsecos** (tempestividade, preparo, regularidade formal e inexistência de fato impeditivo ou extintivo do direito de recorrer), sob pena de se proceder a uma dissolução dessa separação, correndo o risco de desconsiderar consequências importantes: qualquer outra análise, necessariamente, acaba por adentrar a discussão sobre o mérito recursal, prejudicando a causa.

Em conclusão, uma compreensão normativa leva a entender tanto a “transcendência” quanto a “repercussão geral” como questões internas à própria pretensão recursal; e, por isso mesmo, estão conectadas a toda e qualquer pretensão jurídica levada a cabo pelas partes processuais.

Uma leitura procedimental, então, percebe que a ausência de demonstração de tais requisitos acarreta um **juízo de mérito negando tal pretensão**, o que, nesse sentido, demonstra que tais “inovações” são incapazes de responder ao problema da “crise do Judiciário”. Em verdade, elas em nada contribuem, já que representam mais uma

repetição desnecessária dos requisitos recursais já exigidos na Constituição da República para o recurso extraordinário e na Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) para o recurso de revista.

Tal entendimento, então, mostra-se adequado ao paradigma procedimental do Direito, uma vez que alia a compreensão desses recursos como **via da defesa de direitos** à função **unificadora** desempenhada pelos tribunais, ambas guiadas por uma interpretação coerente do Direito, capaz de gerar respostas adequadas aos casos concretos apresentados ao Judiciário. Logo, não se toma o público como oposto ao privado, mas apresentam-se ambas as esferas sob o prisma de uma relação de equiprimordialidade.

Como argumentado anteriormente, se levada a sério a dimensão pragmática da linguagem jurídica, não é possível *a priori*, por meio da legislação, identificar as causas que supostamente não interessariam ao resto da sociedade. Proceder assim equivaleria a ainda defender a possibilidade de se atingir, por meio do discurso de justificação, o ideal de uma norma perfeita. Todavia, Günther mostrou que isso é inalcançável; daí a necessidade de proceder-se a uma distinção entre os discursos de justificação e de aplicação do Direito. Nesse sentido, é apenas no interior do discurso de aplicação que se poderia reconstruir uma norma, dotando-a de sentido. Logo, a separação individual/coletivo/difuso, defendida pela dogmática tradicional, cai por terra à luz das complexidades impostas pela linguagem. Tudo deve passar pelo fio da argumentação que será desenvolvida a partir do uso de razões capazes de gerar convencimento, com a participação daqueles que serão os destinatários de tais provimentos.

Finalizando, a defesa dos adeptos do movimento do “acesso à justiça”, então, deveria ser no sentido de buscar uma ampliação de todos os espaços procedimentais, para que haja condição de exercício de uma cidadania ativa – que preserve tanto sua autonomia privada quanto sua autonomia pública – e não apenas restrita ao primeiro grau de jurisdição. O cidadão tem direito de, por ele mesmo, atuar na busca pela defesa e proteção de seus direitos (BAHIA, 2003, p. 355), como exercício de sua autonomia privada. Para tanto, a garantia dos princípios

processuais e uma compreensão acerca deles são fundamentais, bem como a existências de recursos que permitam ventilar o debate jurídico sobre a interpretação coerente de direitos.

NOTAS

- 1 Mancuso (2003, p. 43). Nesse sentido já se fixava a jurisprudência brasileira, guiando-se a partir do entendimento das famosas súmulas 297 do STF e n. 7 do STJ (STF, Súmula n. 279: *Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário*; STJ, Súmula n. 7: *A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial*).
- 2 Todavia, traçar uma linha capaz de separar o que sejam questões de direito e questões de fato não é um trabalho fácil, como já observaram diversos juristas, chegando alguns a afirmarem a existência de uma teoria tricotômica. (*O recurso especial e a questão de fato: por uma teoria tricotômica*) como forma de superação do problema. (KNIJNIK, 2002).
- 3 Curiosamente, esta parece ser a *ratio* por detrás da famosa – e criticada – *Súmula 400 do STF*. Esta afirmava que a decisão que deu “razoável interpretação” à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário. Ora, se por um lado tal súmula tinha por escopo limitar o número de recursos extraordinários a se admitir pelo Tribunal, por outro, relativizava o papel do STF como “intérprete supremo” da Constituição, autorizando interpretação divergentes de outros tribunais coexistirem na ordem jurídica nacional, o que levaria a sérios abalos no que poderia chamar de “segurança jurídica” (previsibilidade).
- 4 Habermas (1998, p. 313) destaca que o Tribunal Constitucional alemão desempenha três funções básicas em âmbitos de competência distintos: (1) interceder para solucionar conflitos de competência entre órgãos estatais, inclusive entre o Governo Federal e Governos Estaduais; (2) exercer o controle de constitucionalidade das normas jurídicas; e (3) se pronunciar sobre os recursos a ele endereçados, visando, com sua decisão, à busca de unificação e coerência do Direito. Logo, o Tribunal Constitucional alemão (bem como os Tribunais Superiores brasileiros) não se limita a uniformizar as decisões, o que é atividade bem diferente da garantia de coerência do Direito. Isso porque a atividade de uniformização está mais preocupada com uma noção de “segurança jurídica” (aqui entendida como previsibilidade de decisões), portanto está voltada apenas para a dimensão de facticidade do Direito, virando as costas para as questões de validade, ou seja, a legitimidade da decisão a partir de critérios de aceitabilidade racional (HABERMAS, 1998, p. 311). Por isso mesmo, não basta aqui o proferimento de uma decisão pelo Tribunal, qualquer que ela seja, como queria o modelo kelseniano – suficiente para a garantia de uniformização – para que se tenha assegurada a coerência do Direito. Essa é uma dimensão bem mais complexa, como demonstra Dworkin (*Império do Direito*), e pode ser compreendida como uma *reserva que assegura que todas as normas se articulen em un sistema concertado y coherente que, por su propia idea, sólo permita para cada caso una única solución correcta* (HABERMAS, 1998, p. 334).
- 5 Nesse sentido, têm-se as **Súmulas 281 e 282 do STF**, respectivamente: *É inadmissível o recurso extraordinário quando couber, na Justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada; É inadmissível o recurso extraordinário quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada*. Conforme decisão do STF, a decisão ainda não enseja recurso extraordinário caso ainda caiba agravo regimental no Tribunal *a quo* (AI 169.067-4 / SP, DJ 15/08/95, p. 24.235); mesmo posicionamento encontra-se nos julgados do STJ (6ª T., Resp 27.331-0 / AM, DJ 20/09/93, p. 19.196).
- 6 No caso de omissão no pronunciamento jurisdicional, a parte deverá apresentar **embargos declaratórios**, conforme entendimento sedimentado pela Súmula n. 356 do STF e Súmulas n. 98 e n. 211 do STJ. Todavia, mesmo a despeito de existência de posicionamento sumulado consagrando essa exigência, muitos autores – dentre eles, José Afonso da Silva (*Do recurso extraordinário*, p. 198) – entendem que o silêncio do Texto Constitucional representa um “afrouxamento” nas exigências de interposição desse recurso.
- 7 Em voto proferido no AgRg 253.566-6 (DJ 03/03/2000), afirmou-se que o STF, devido a sua natureza ímpar, não pode perder seu tempo vasculhando o acórdão recorrido em busca de uma norma que poderia ser pertinente ao caso. Essa posição não deixa de ser curiosa: a presunção de conhecimento ilimitado do Direito pelos STF apenas sede lugar a uma razão pragmática – diminuição da atividade judicante.
- 8 STJ, 3ª Turma, Ags 353.976-SP, DJ 07/04/2001, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito.
- 9 É importante lembrar que a utilização do instituto da medida provisória

representou uma forma de fuga da deliberação parlamentar, uma vez que já havia sido posto em votação o Projeto de Lei n. 3.267/00 com igual conteúdo e objetivo. Além disso, sua edição deu-se seis dias antes da publicação da Emenda Constitucional n. 32, de 11 de setembro de 2001, que alterou sensivelmente as disposições constitucionais referentes às medidas provisórias, mas que, por outro lado, em razão de seu art. 2.º, autorizou que aquelas que tivessem sido editadas anteriormente à própria Emenda permanecessem em vigor até que fossem revogadas explicitamente por outra medida provisória ou por deliberação definitiva do Congresso Nacional. Dessa forma, a Medida Provisória n. 2.226/01 permanece no Direito brasileiro como norma dotada de validade. Todavia, sua constitucionalidade foi posta em dúvida pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), que propôs uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 2.527-9).

- 10 Diferente é a opção feita no texto da medida provisória, uma vez que esta deixa para o Regimento Interno do TST a regulamentação e o detalhamento da questão.
- 11 Tal leitura acaba por igualar razões jurídicas com argumentos de outras origens no curso dos discursos (processos) de aplicação da norma, comprometendo o *código do Direito*, o que, ao final, representará em perda de legitimidade das decisões.
- 12 Segundo Martins Filho (2000, p. 58): *O critério de transcendência previsto para a admissibilidade do recurso de revista para o TST dá, ao Tribunal e seus ministros, uma margem de discricionariedade no julgamento dessa modalidade recursal (grifos do autor)*.
- 13 Realmente, seria desarrazoada a exigência de apuração da repercussão antes da análise dos demais requisitos de admissibilidade.
- 14 Também no sistema alemão aparece a exigência de 2/3 dos membros do Tribunal para a não apreciação do recurso, favorecendo a lógica de que, em regra, o recurso deverá ser conhecido (SARTÓRIO; JORGE, 2005, p. 186).
- 15 Para André Ramos Tavares (2004, p. 55), a repercussão estaria presente quando a questão constitucional fosse dotada do atributo da novidade e da multiplicidade, isto é, ela deverá ser inédita e sua decisão deverá ser útil para a resolução de diversos outros casos pendentes nos tribunais inferiores. Ora, tal tese apenas pode ser cogitada como adequada se for considerada também adequada à tese do processo objetivo nos tribunais superiores. Entretanto, isso acaba por deixar transparecer um problema processual grave: os defensores dessa tese olvidam o fato de que o recurso extraordinário decorre sempre de uma causa, isto é, uma alegação de lesão ou ameaça de lesão a direito pelas partes do processo, a princípio do autor – e não de uma questão que pode ser resolvida em abstrato. Todavia, ainda assim, é possível afirmar que mesmo a apreciação judicial em abstrato, como acontece com as hipóteses de controle de constitucionalidade, constitui-se em discursos de aplicação e, por isso mesmo, depende de uma base fática, não se processando no vácuo (CRUZ, 2004, p. 246). Ao que parece, esse perfil elitista por parte do Judiciário, assumido principalmente pelo STF com a tese da natureza objetiva dos processos destinados a julgamento naquele Tribunal, é inclusive transportado para o processamento do recurso extraordinário. Assim, mesmo antes da arguição de repercussão geral ou da Súmula Vinculante, pode ser observado esse movimento, mais acentuado com (1) a Emenda Constitucional n. 3/93, que inseriu o instituto da Ação Direta de Constitucionalidade (ADC) na ordem constitucional brasileira; e com (2) as Leis 9.868/99 e 9.882/99, que modificaram a lógica que se vinha desenvolvendo quanto ao controle de constitucionalidade, colocando o controle difuso em nitida subserviência ao controle concentrado.
- 16 O Tribunal, resolvendo questão de ordem, aprovou proposta do Min. Gilmar Mendes, Presidente, no sentido de que o primeiro ministro que vier a divergir, no julgamento do Plenário Virtual, produza, desde logo, via sistema, as razões de sua divergência. Na espécie, a União formulara pedido de reconsideração da decisão do Plenário Virtual que, por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio, relator, e Ellen Gracie, recusara recurso extraordinário, ante a ausência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, qual seja, a recepção, ou não, pela Constituição Federal, do art. 3º do Decreto-lei 1.437/75, que delegou competência ao Ministro da Fazenda para instituir taxa destinada ao ressarcimento de custos de selo de controle do IPI. A requerente insistia na existência da repercussão geral. Por sua vez, o Min. Marco Aurélio, relator, reafirmando a irreconciliabilidade da decisão que nega a repercussão geral, e tendo lavrado a ementa do acórdão, explicitara que os pronunciamentos que resultaram vencedores não teriam sido acompanhados de fundamentação para que fossem juntados aos autos, nos termos do art. 325 do RISTF: *O(A) Relator(a) juntará cópia das manifestações aos autos, quando não se tratar de processo informatizado, e, uma vez definida a existência da repercussão geral, julgará o recurso ou pedirá dia para seu julgamento, após vista ao Procurador-Geral,*

- se necessária; negada a existência, formalizará e subscreverá decisão de recusa do recurso. Ao encaminhar o processo à Presidência, informara, ainda, que tem lançado sempre, de forma expressa, as razões de seus votos no Plenário Virtual, e propusera que, caso se persistisse na desnecessidade de cada qual justificar sua ótica, que se registrasse a fundamentação consignada por aquele que capitaneara a corrente vencedora. Considerando ser preciso uniformizar o procedimento de votação no Plenário Virtual, apontou-se a dificuldade surgida, pela sistemática atual de votação, quando o Ministro que diverge do relator deixa de encaminhar aos demais os fundamentos de sua manifestação e essa manifestação divergente resulta vencedora, visto que não há registro das razões da divergência e, segundo disciplinado no RISTF, o relator, ainda que vencido, permanece responsável por lavar o acórdão. Em seguida, determinou-se o encaminhamento do presente recurso extraordinário ao Min. Menezes Direito, primeiro que divergira do relator, para os fins propostos na questão de ordem, e julgou-se prejudicado o pedido de reconsideração. Vencido o Min. Menezes Direito que entendia não haver necessidade de o primeiro a votar na divergência, desde logo, mandar sua manifestação, mas somente ao final da votação, no caso de prevalência desse voto divergente. RE 559994 QO/RS, rel. Min. Marco Aurélio, 26.3.2009. (RE-559994)
- 17 Aqui fica clara a deturpação do regramento constitucional: ao passo que o texto do art. 103-A da CR/88, considerava a análise caso a caso do requisito de admissibilidade da repercussão geral, o art. 534-B do CPC e o art. 328 RISTF falam em julgamento por amostragem, de modo que a decisão para um caso, passa a ter validade para outros que ainda aguardam o julgamento.
- 18 Dentre alguns, pode-se mencionar o pensamento de André Ramos Tavares (2004, p. 212-213): *O Pretório Excelso adotou, pois, a referida solução [a arguição de relevância], de cunho extremamente restritivo e discricionário, espelhando-se no modelo norte-americano do writ of certiorari (próprio de um sistema jurídico-judicial, como o brasileiro, que admite o controle difuso-concreto da constitucionalidade, preenchendo as atribuições do tribunal superior, em sua maioria, mediante o formato recursal de provocação).*
- 19 A Rule 10 estabelece o cabimento de recurso quando: *(c) a state court or a United States court of appeals has decided an important question of federal law which has not been but should be, settled by this Court, or has decided an important federal question in a way that conflicts with relevant decisions of this Court.* A Rule 19 complementa: *a review on writ of certiorari is not a matter of right, but of sound judicial discretion, and will be granted only where there are special and important reasons therefore.*
- 20 Muito se questiona sobre a natureza das razões que motivam a escolha de um caso determinado e não de outro. Para Tribe (1988, p. 22), seriam considerações de ordem política e de prudência que guiariam as escolhas da Corte. Segal e Spaeth (1993), por sua vez, alegam tratar-se de decisões ligadas às preferências políticas pessoais de cada justice.
- 21 Fallon Jr. (1998) irá desenvolver um minucioso ensaio sobre a aplicação das normas constitucionais por parte da Suprema Corte norte-americana. Para tanto, ele apresenta uma teoria que sistematiza os testes utilizados pela Corte para selecionar e solucionar os casos que lhe são apresentados, dividindo esses casos em dois grupos: casos comuns, que podem ser resolvidos apenas através da aplicação de uma moldura de possibilidades fixadas em casos anteriormente decididos; e casos extraordinários, que demandam uma análise nova das questões principiológicas envolvidas no caso.
- 22 Essa é a posição defendida por Ronald Dworkin, que combate a tese da discricionariedade na atividade jurisdicional, além de defender que questões ligadas a argumentos de política (*policy*) não podem ser sobrepor a argumentos de princípio (direitos), conforme será visto detalhadamente no capítulo 3 desta pesquisa.
- 23 À época da Emenda Constitucional n. 1, o Min. Aliomar Baleeiro lembrou que tal redução, no caso do Direito norte-americano, deveria ser feita por meio do Congresso, não pela Suprema Corte. Mas o autor considerou que a solução brasileira era mais inovadora, por estar dando maior independência ao Judiciário, até por que, com isso, estar-se-ia livrando o Tribunal do “inconveniente diálogo” com o Legislativo, tão volúvel às convicções políticas.
- 24 Trata-se dos estudos de STERN & GRESSMANN. *Supreme court practice.* Apud Victor Nunes Leal (p. 17).
- 25 Ora, com essa leitura, pode-se perceber a compreensão dicotômica tão naturalmente presente no paradigma do Estado Social, no qual o público (sinônimo de estatal) adquire relevância sob o individual (provinho da sociedade).
- 26 Importante lembrar que, apenas após a Constituição da República de 1988, deu-se a criação do Superior Tribunal de Justiça, integrando o quadro dos tribunais superiores e recebendo a competência para apreciação das questões relativas à legislação infraconstitucional, tendo como via recursal para tanto o instituto do **recurso especial** (art.105, CR/88). Mesmo assim, à luz do paradigma procedimental do Estado democrático de Direito, ainda se pode indagar se esse entendimento é adequado.
- 27 Afirma Iduna Weinert Abreu (1979, p. 170): *A discricionariedade, dentro dos limites da lei, é uma das prerrogativas da função jurisdicional; foi, justamente, no sentido de consolidá-la, na exata medida em que deve ser atribuída aos seus pares, que o Supremo Tribunal Federal, ao elaborar a emenda Regimental n. 3, introduziu o requisito da ‘relevância da questão federal’, elemento de natureza subjetiva das causas e destinado a funcionar como válvula de escape aos casos de não cabimento do recurso extraordinário de que tratem as letras a e d do inciso III do art. 119 da Constituição Federal.*
- 28 Tal posição é retratada por Martins Filho (2000, p. 50-51) a partir do ensaio de Nunes Leal (p. 17).
- 29 Para os defensores da arguição de relevância, essa seria a principal causa da indignação proveniente da classe dos advogados, não os problemas ligados à discricionariedade ou qualquer outra crítica de fundo teórico.
- 30 Frase em latim do poeta romano Juvenal traduzida como “Quem vigia os vigias?”. A mesma pergunta é proposta por Platão, em *A República*, quando descrevendo sua sociedade perfeita, designa a classe guardiã para proteger a cidade. A resposta de Platão para esta pergunta é que os guardiões irão se proteger deles mesmos. Para tanto, nós devemos contar a eles uma “mentira carinhosa”, que lhes dirá que eles são melhores do que os que eles servem, sendo, portanto, de suas responsabilidades guardar e proteger aqueles que são menos do que eles mesmos. Todavia, eles serão instigados a adotar um desgosto por poder ou privilégio, de modo que irão mandar porque acham ser correto, não porque desejam.
- 31 Os recursos, como consectários do princípio do devido processo, constituem mecanismos para defesa de direitos, além de representarem condições discursivas e, por isso mesmo, não podem ceder aos argumentos utilitários (baseados em uma racionalidade de custo-benefício) sem prejuízo do princípio democrático. (PASSOS 1977, p. 13).
- 32 Mediante uma reconstrução espelhada na realizada por Dworkin (2001b; 2005:162) com os princípios da igualdade e da liberdade, pode-se compreender melhor a interligação entre interesses público e privado. Todavia, esse ponto não será explorado aqui, até porque a discussão será conduzida sob o prisma da Teoria Discursiva do Direito e da Democracia de Habermas.
- 33 *The participants who play the role of the third party can only represent the system of all valid norms which all participants share equally. But they cannot deny the validity of any one of the norms which they represent who does not belong to the third party; that is, the discourse participant who is involved in the concrete case. As representatives of the valid norms, the participants who play the role of the third party can only argue about the coherent interpretations of the valid norms with regard to all relevant features of the case (GÜNTHER, 1995, p. 50). (Grifos do autor).*
- 34 *Ahora bien, en los discursos de aplicación las perspectivas particulares de los participantes han de conservar simultáneamente la conexión con aquella estructura general de perspectivas, que en los discursos de fundación había estado tras las normas cuya validez se da ahora aquí por supuestas. De ahí que las interpretaciones de los casos particulares, que se hacen a la luz de un sistema coherente de normas, se vean remitidas a la forma de comunicación de un discurso que socioontológicamente está articulado de suerte que las perspectivas de los participantes y las perspectivas de los miembros no implicados de la comunidad jurídica, representados por un juez imparcial, se dejen transformar unas en otras (HABERMAS, 1998, p. 300-301).*

REFERÊNCIAS

- ABREU, Iduna Weinert. A arguição de relevância da questão federal. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília. a. 16. n. 61. jan./mar. 1979.
- ASSIS, Araken. *Manual dos Recursos*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008.
- BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Controle judicial difuso de constitucionalidade das leis e atos normativos: contribuição para a construção de uma democracia cidadã no Brasil*. 2003. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.
- BAPTISTA, N. Doreste. *Da arguição de relevância no recurso extraordinário: comentários à emenda regimental n. 3, de 12-6-1975, do supremo tribunal federal*. Rio de Janeiro: Forense, 1976.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- FALLON JUNIOR, Richard H. Foreword: Implementing the Constitution - The

- Supreme Court 1996 Term. *Harvard Law Review*. n. 111. 1998.
- GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. O pressuposto da transcendência no recurso de revista – art. 896-A da CLT: considerações iniciais. In: *Síntese trabalhista*, v. 13, n. 149, p. 115-127, nov. 2001.
- GOUVÊA, Lígia Maria Teixeira; WRONSKI, Ana Paula Volpato; VILLAR, Gustavo Gouvêa. Recurso de revista sob o enfoque da transcendência: impasse ou solução? *Síntese Trabalhista*, v. 13, n. 150, p. 137-148, dez. 2001.
- GÜNTHER, Klaus. Legal adjudication and democracy: some remarks on Dworkin and Habermas. *European Journal of Philosophy*, Essex, v. 3, n. 1, abr. 1995.
- HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998.
- HENKE, Hort-eberhard. *La cuestión de hecho: el concepto indeterminado en el derecho civil y su casacionabilidad*. Buenos Aires: Ed. Jurídicas Europa-america, 1979.
- KNJUNIK, Danilo. *O recurso especial e a questão de fato por uma teoria tricotômica*. São Paulo: USP, 2002. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo: São Paulo, 2002.
- LAMY, Eduardo de Avelar. Repercussão geral no recurso extraordinário: a volta da argüição de relevância? In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; FISCHER, Octavio Campos; FERREIRA, Willian Santos (Coord.). *Reforma do judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 167-180.
- LEAL, Víctor Nunes. O requisito da relevância para redução dos encargos do Supremo Tribunal. *Revista de direito processual civil*, v. 3, n. 6, p. 12-24, jul./dez. 1962.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. O critério de transcendência nos recursos de revista: projeto de Lei n. 3.267/2000. In: *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 66, n. 4, p. 41-62, out./dez. 2000.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Juízo da admissibilidade e juízo de mérito no julgamento do recurso especial. In: *Recursos no Superior Tribunal de Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- PASSOS, José Joaquim Calmon de. Da argüição de relevância no recurso extraordinário. *Revista Forense*, v. 73, n. 259, p. 11-22, jul./set. 1977.
- SANCHES, Sydney. Argüição de relevância da questão federal. In: *Revista dos Tribunais*, v. 77, n. 627, p. 257-263, jan. 1988.
- SARTÓRIO, Elvio Ferreira; JORGE, Flávio Cheim. O recurso extraordinário e a demonstração da repercussão geral. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; FISCHER, Octavio Campos; FERREIRA, Willian Santos (Coord.). *Reforma do judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 181-189.
- SEGAL, Jeffrey A., SPAETH, Harold J. *The Supreme Court and the Attitudinal Mode*. Cambridge: Cambridge University Press, 1993.
- SILVA, José Afonso da. *Do recurso extraordinário*. São Paulo: RT, 1963.
- SILVA, Ovídio A. Batista da; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria Geral do Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- TAVARES, André Ramos. Recurso Extraordinário: modificações, perspectivas e propostas. In: COSTA, Hélio Rubens Batista Ribeiro; RIBEIRO, José Horácio Halfeld Rezende; DINAMARCO, Pedro da Silva (Coords.). *Linhas mestras do Processo Civil: comemoração dos 30 anos de vigência do CPC*. São Paulo: Atlas, 2004.
- TRIBE, Laurence. *American Constitutional Law*. 2. ed. New York: The Foundation Press, 1988.

Artigo recebido em 28/2/2011.

Artigo aprovado em 19/4/2011.

Flávio Quinaud Pedron é professor na PUC-Minas e advogado em Belo Horizonte-MG.