

A Nova Dogmática do Recurso Extraordinário: o Advento da Repercussão Geral e o Ocaso do Prequestionamento

FÁBIO LIMA QUINTAS

Mestre em Direito e Estado pela Faculdade de Direito da UnB, Coordenador do Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Processo Civil do Instituto Brasileiro de Direito Público – IDP, Professor de Pós-Graduação em Processo Civil, Advogado.

RESUMO: Com o advento da repercussão geral da questão constitucional (§ 3º do art. 102 da CF, introduzido pela EC 45/2004), abre-se nova perspectiva para o recurso extraordinário, a partir da reafirmação do papel do Supremo Tribunal Federal como Corte Constitucional e da compreensão ampliada dos escopos político e social do processo (para além da tutela do interesse privado). A repercussão geral surge como novo requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, que impõe repensar as demais regras de cabimento desse recurso. Em particular, defende-se que a instituição da repercussão geral representa o fim do prequestionamento.

ABSTRACT: With the advent of the general repercussion of the constitutional question (§ 3rd art. 102 of the FC, introduced by the CA 45/2004), a new perspective opens up for the extraordinary appeal, starting from the reaffirmation of the role of the Federal Supreme Court as a Constitutional Court and a better understanding of the political and social scopes of the process (more than the tutelage of any private interest). The general repercussion arises as a new requisite of admissibility of the extraordinary appeal, which entails the reconsideration of the other rules of admissibility of the extraordinary appeal. Particularly, we defend the idea that the institution of the general repercussion represents the end of pre-questioning.

PALAVRAS-CHAVE: Recurso extraordinário; repercussão geral; Supremo Tribunal Federal; prequestionamento.

KEYWORDS: Extraordinary appeal; general repercussion; Federal Supreme Court; pre-questioning.

SUMÁRIO: Introdução; 1 O recurso extraordinário numa perspectiva da técnica processual; 1.1 Prequestionamento; 2 O papel do recurso extraordinário no controle de constitucionalidade (uma aproximação institucional sobre o Supremo Tribunal Federal); 3 A repercussão geral como o requisito intrínseco de admissibilidade; 4 Crítica à exigência do prequestionamento no recurso extraordinário submetido ao regime da repercussão geral; Conclusão; Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 previu o recurso extraordinário, dirigido ao Supremo Tribunal Federal, como meio de impugnação de decisões de última ou única instância que afrontassem a Constituição (art. 102, inciso III).

A previsão constitucional do instituto, no entanto, remonta à Constituição Republicana de 1891 (art. 59, § 1º), estando, daí em diante, reproduzida em todas as Constituições vindouras: de 1934 (art. 76, item 2, alínea III); de 1937 (art. 101, inciso III); de 1946 (art. 101, inciso III); de 1967 (art. 114, inciso III); e de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1/1969 (art. 119, inciso III).

Conquanto tenha havido diferentes redações (e a Constituição de 1988 tenha restringido o cabimento do recurso extraordinário às hipóteses de violação constitucional, ante a criação do Superior Tribunal de Justiça, enfatizando a feição do Supremo Tribunal Federal como Corte Constitucional), a dogmática do recurso extraordinário, notadamente no que tange aos requisitos de admissibilidade, não sofreu abruptas modificações ao longo das Constituições (com a necessária ressalva da arguição de relevância da questão federal, instituída pela Emenda Constitucional nº 7, de 1977).

Ao revés (e excetuando o hiato representado pela arguição de relevância), identifica-se a construção de uma jurisprudência coesa. Basta, para tanto, observar a atualidade dos enunciados da súmula do Supremo Tribunal Federal sobre recurso extraordinário, dos idos de 1963, como os que tratam do prequestionamento: o de nº 282¹ e o de nº 356².

Na história do recurso extraordinário, há de reconhecer-se que a sua técnica – submetida aos influxos de uma concepção atomista e privatista do processo civil, bem como da necessidade de criação de uma jurisprudência defensiva pelos Tribunais Superiores – consolidou-se sobre a premissa (nem sempre explicitada) de que o recurso era sobretudo da parte (a serviço da tutela do interesse privado), servindo subsidiariamente à tutela do ordenamento jurídico. Por isso a necessidade de criação de mecanismos de rejeição do recurso (independentemente de seu mérito ou relevância).

Com o advento da repercussão geral da questão constitucional como requisito para sua admissibilidade (§ 3º do art. 102 da CF, introduzido pela EC 45/2004), abre-se nova perspectiva para esse apelo.

-
- 1 O enunciado da Súmula nº 282 do Supremo Tribunal Federal, aprovada na Sessão Plenária de 13.12.1963, tem o seguinte teor: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”.
 - 2 O enunciado da Súmula nº 356 do Supremo Tribunal Federal, aprovada na Sessão Plenária de 13.12.1963, estabelece: “O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento”.

É certo que esse dispositivo é inserido no nosso ordenamento jurídico constitucional em face do clamor pela celeridade e racionalização da prestação jurisdicional, em geral, e do Supremo Tribunal Federal, em específico³. Mas circunscrever a análise da repercussão geral a esse aspecto é, sem dúvida, apequenar o instituto (essa visão apequenada da repercussão geral, como voltada à diminuição do acervo de processos do Supremo Tribunal Federal, tem justificado o equívoco de identificar o instituto com a famigerada arguição de relevância da questão federal).

Em vista da afirmação do papel do Supremo Tribunal Federal no desenvolvimento da jurisdição constitucional no País, nesses 20 anos, desde a promulgação da Constituição de 1988, o interesse privado exposto no recurso extraordinário deve ser visto como um veículo do interesse público, de garantia da supremacia da Constituição. Isso porque a via do extraordinário é apta a dar ensejo à definição de questões jurídico-constitucionais complexas e controversas, gestadas no rico processo subjetivo (em que a realidade se apresenta mais concreta e variada para o Judiciário do que no controle abstrato).

Do ponto de vista metodológico, essa breve aproximação sobre o tema já permite expor a concepção que deve orientar a investigação sobre a repercussão geral e seus impactos na técnica do recurso extraordinário.

O recurso extraordinário – como meio de impugnação de questões constitucionais manejado pelas partes (na defesa de interesse privados) que assegura a supremacia da ordem constitucional (tutela jurídica pública) – resulta da união de dois institutos, que reciprocamente se interpenetram e integram: i) um instituto jurídico-político, que é o Supremo Tribunal Federal; e ii) um instituto que pertence ao direito processual-constitucional, que é o próprio recurso extraordinário.

É possível, inequivocamente, analisar individualmente o recurso extraordinário e o Supremo Tribunal Federal (como o faz, aliás, a generalidade da bibliografia pátria: a doutrina processual cuidando das técnicas relativas ao recurso extraordinário e a literatura constitucional tratando da função do Supremo Tribunal Federal no contexto do controle de constitucionalidade).

Como bem pontua Calamandrei, no seu clássico tratado sobre o recurso de cassação, esse método é insuficiente, porque permite apenas uma apreensão parcial do fenômeno jurídico⁴.

3 Sobre as sucessivas crises e as tentativas de solução dos problemas relacionados ao acúmulo de processos nos tribunais superiores, vide MEDINA, José Miguel Garcia. *Variações recentes sobre os recursos extraordinário e especial – Breves considerações*. In: FUX, Luiz et al. *Processo e constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*, p. 1050-1052.

4 CALAMANDREI, Piero. *La casación civil*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Librería El Foro, t. I, 2007. p. 25-28.

A adequada compreensão do recurso extraordinário só é possível na medida em que ele seja concebido como um complexo organismo processual-judicial.

É dizer, o recurso extraordinário deve ser estudado na perspectiva recursal e na perspectiva de sua função no sistema de controle de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal. Deve o jurista estar atento, ainda, à interconexão desses dois âmbitos de investigação.

Com essa espécie de aproximação metodológica, questiona-se, no presente artigo, a convivência da repercussão geral com os tradicionais requisitos de admissibilidade do recurso extraordinário, notadamente o do prequestionamento. Cumpre indagar se o prequestionamento sobrevive ao novel instituto da repercussão geral.

Como se demonstrará, no contexto da repercussão geral, o prequestionamento tornou-se, do dia para a noite, desnecessário estorvo à jurisdição constitucional – compreendida como garantia jurisdicional da Constituição⁵. Por assim dizer, a eleição do prequestionamento como requisito intrínseco de admissibilidade do recurso extraordinário é um entrave injustificável à consecução da missão constitucional do Supremo Tribunal Federal, de garantir a supremacia da Constituição e a unidade de sua interpretação.

Essa conclusão decorrerá, tal como pontuado, da tentativa de conciliar a visão processual do recurso extraordinário com a institucional do Supremo Tribunal Federal.

1 O RECURSO EXTRAORDINÁRIO NUMA PERSPECTIVA DA TÉCNICA PROCESSUAL

O recurso extraordinário é típico recurso de fundamentação vinculada, especificamente, de questões de índole constitucional. Por isso, insta que o recorrente indique em suas razões erro na aplicação da norma constitucional, para ser cabível, e demonstre a efetiva ocorrência na espécie, para obter julgamento de procedência⁶.

De sua natureza, extraem-se alguns requisitos específicos para o seu cabimento (requisitos de admissibilidade⁷), para além daqueles comuns a todos

5 Kelsen, Hans. *A jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 123. Como sentença o jurista, “uma Constituição em que falte a garantia da anulabilidade dos atos inconstitucionais não é plenamente obrigatória, no sentido técnico” (p. 179).

6 Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, v. V, 1999. p. 251.

7 De muita utilidade é a diferenciação dos requisitos recursais em intrínsecos e extrínsecos. A indicação de erro na aplicação de norma constitucional é, pois, requisito intrínseco do recurso, pois concerne à própria existência do poder de recorrer. Difere-se dos requisitos extrínsecos, que dizem respeito ao modo de exercer o poder

os recursos. Inicialmente, deve o recurso extraordinário impugnar decisão judicial de única ou de última instância, a teor do inciso III do art. 102 da Constituição. Deve veicular, ainda, questão de direito⁸, com índole constitucional.

O recurso extraordinário não se presta “para simples reexame de prova” (Súmula nº 279 do STF), pois sua cognição se volta às questões de direito constitucional. Esse é o contorno que lhe emprestou o Texto Constitucional (e que lhe dá a feição de recurso de natureza extraordinária).

Isso significa que: i) a pretensão recursal veiculada em recurso extraordinário deve partir dos contornos fático-probatórios estabelecidos na decisão impugnada; ou ii) não pode pretender o recurso extraordinário transcender os limites de fato estabelecidos na decisão recorrida; ou, ainda iii) as premissas fáticas firmadas na decisão recorrida não podem ser transpostas pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do recurso.

Além de excluir de sua apreciação questões de fato, está ele limitado às questões de direito que tenham índole constitucional (referentes à Constituição Federal), razão por que se impõe a alegação de ofensa a dispositivo normativo da Constituição Federal.

1.1 PREQUESTIONAMENTO

Da vinculação do recurso extraordinário a questões de direito (de índole constitucional, na CF de 1988), surgiu o entendimento de que a questão nele trazida demandava prévio enfrentamento pela instância *a quo*. Trata-se do requisito do prequestionamento.

Como noticia José Miguel Garcia Medina:

“A exigência do prequestionamento é antiga. Mesmo antes da Constituição de 1946, o entendimento emanado do Supremo Tribunal Federal era no sentido da

de recorrer. Como requisitos intrínsecos, podemos enumerar o cabimento do recurso, a legitimação para recorrer, o interesse recursal. Como requisitos extrínsecos, podemos citar a tempestividade, o preparo e a regularidade formal (seja em relação à composição da peça recursal, seja a regularidade de representação). Nesse sentido: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, v. V, 1999. p. 260.

- 8 Como bem define Calmon de Passos, questão “é toda controvérsia que se constitui no bojo de um processo. Controvérsia a respeito de fato (questão de fato) ou relativa a direito (questão de direito). A questão pode ser objeto de um pedido, e, se assim o for, será decidida pelo juiz com força de coisa julgada. Aquelas, entretanto, que não constituírem objeto de pedido, o juiz as apreciará incidentalmente, com vistas a decidir o que foi objeto do pedido. Muitas delas integram a motivação de sua decisão de mérito. E não transitam em coisa julgada (art. 469 do CPC). Outras são solucionadas no curso do procedimento, sem que o processo seja extinto (interlocutória) e algumas, decididas, lhe impõem a extinção sem exame do mérito (terminativas)” (*Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, v. III, 1998, p. 406). Considerando que o processo de aplicação do Direito envolve discussão sobre os fatos relevantes da lide e as normas a ela inerentes (processo subsuntivo), há a possibilidade de surgir no processo – como referido na citação – questões de fato e questões de direito.

necessidade de prévio questionamento da lei federal na instância local. Aludia-se, então, que, incorrendo o prequestionamento, então concebido como questionamento realizado pelas partes –, determinar-se-ia o não-conhecimento do recurso extraordinário. Assim, a utilização do termo prequestionamento surgiu na jurisprudência para enfatizar que a parte deveria provocar o surgimento da questão federal ou constitucional perante a instância inferior.”⁹

Não obstante prosperarem diversos entendimentos sobre o que seja prequestionamento¹⁰, parece haver um núcleo comum de significado para o instituto, a representar a necessidade de a tese contida no recurso extraordinário ser controvertida nas instâncias ordinárias (sobretudo no Tribunal recorrido), emergindo desse contexto uma questão constitucional¹¹.

Noutras palavras, o núcleo do prequestionamento (no que tange ao recurso extraordinário) é visto como a manifestação do juízo *a quo* acerca da questão constitucional versada no recurso extraordinário.

Nas palavras de Paulo Henrique dos Santos Lucon:

“Os Tribunais Superiores têm como fundamento matéria exclusivamente jurídica especificada pela Constituição Federal, desde que a transgressão ou a negativa de vigência tenha ocorrido no Tribunal de origem, no qual as questões foram amplamente debatidas durante todo o curso do processo e efetivamente decididas na decisão impugnada.”¹²

O certo é que há muito o prequestionamento foi erigido, pelo Supremo Tribunal Federal, a verdadeiro requisito intrínseco de admissibilidade do recurso extraordinário, sem o qual a impugnação estará fadada ao não-conhecimento, nos termos das Súmulas nºs 282 e 356 do STF (cabe lembrar que o STF mitigou, em situações peculiares, o cumprimento do prequestionamento¹³).

-
- 9 MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial*. 4. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 215-216.
- 10 Em sua sistematização, José Miguel Garcia Medina enuncia três compreensões sobre o fenômeno prequestionamento: i) como manifestação expressa do Tribunal recorrido acerca de determinado tema; ii) como debate anterior à decisão recorrida acerca do tema (o que geralmente está associado ao ônus da parte alegar); e iii) como manifestação expressa do Tribunal recorrido sobre tema que tenha sido debatido nos autos.
- 11 Em razão das diversas correntes existentes, há posicionamento que defende apenas a necessidade de o Tribunal manifestar-se sobre a questão constitucional na decisão que será objeto do recurso extraordinário. Há aqueles que defendem, adicionalmente, a necessidade de a questão constitucional ter sido trazida à baila antes da decisão.
- 12 LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Parecer: repercussão geral (ausência). Prequestionamento (ausência)...* *Revista de Processo*, n. 157, p. 358, mar. 2008.
- 13 Nos casos, por exemplo, de a violação nascer no acórdão recorrido, por *error in procedendo*. Nesse sentido, leia-se a seguinte ementa: “AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – *ERROR IN PROCEDENDO* – PREQUESTIONAMENTO – MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA – SÚMULA Nº 279-STF – 1. Ocorrendo a hipótese de *error in procedendo*, dispensa-se o requisito do prequestionamento. 2. Necessidade de reexame da matéria fático-probatória para se chegar à conclusão quanto à existência de erro. Incidência da Súmula nº 279 desta Corte. Agravo regimental a que se nega provimento” (STF, AI-AgR 283939/PA, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 27.04.2001).

Esses são, em apertada síntese, os contornos processuais do recurso extraordinário até o advento da repercussão geral.

2 O PAPEL DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE (UMA APROXIMAÇÃO INSTITUCIONAL SOBRE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL)

O recurso extraordinário, inspirado na tradição norte-americana, está inserido no contexto de controle de constitucionalidade difuso, no qual o juiz está autorizado a declarar uma norma geral como inconstitucional e não aplicá-la no caso concreto, de forma incidental. O órgão judicial está, portanto, legitimado a invalidar a norma para o caso concreto (e apenas para ele), quando necessário a julgar o litígio que lhe é submetido. Estando vinculada a declaração de inconstitucionalidade ao incidente surgido no caso concreto, a norma tida por inconstitucional permanece no ordenamento jurídico, podendo ser aplicada em outros casos¹⁴.

O recurso extraordinário, nesse sistema de controle difuso, é concebido como veículo de condução da questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal, a quem se atribui a função de guarda do ordenamento jurídico (da Constituição, no contexto da CF/1988).

Nessa perspectiva, já é possível identificar no recurso extraordinário dupla natureza: tutela do ordenamento jurídico e tutela de interesse das partes.

A tensão entre a face objetiva e a subjetiva do recurso extraordinário sempre se fez notar em doutrina e jurisprudência.

Entretanto, essa dialética, nos últimos tempos, tem perdido para o aspecto objetivo do apelo, naquilo que se tem chamado de objetivação do recurso extraordinário.

Como enuncia Gilmar Ferreira Mendes, ao comentar o impacto da Lei nº 10.259/2001 (que trata dos Juizados Especiais Federais) na jurisdição constitucional:

“Esse novo modelo legal traduz, sem dúvida, um avanço na concepção vetusta que caracteriza o recurso extraordinário entre nós. Referido instrumento deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva. Trata-se de orientação que os modernos sistemas de Corte Constitucional vêm conferindo ao recurso de amparo e ao recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*).”¹⁵

14 KELSEN, Hans. O controle judicial da constitucionalidade: um estado comparado das constituições austríaca e americana. In: *Jurisdição constitucional*, São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 303-309.

15 MENDES, Gilmar Ferreira. O controle incidental ou concreto de normas no direito brasileiro, 2007, p. 24. *Mimeo*.

Com efeito, em situações paradigmáticas, assiste-se, seja na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, seja na legislação (constitucional e ordinária), ao esforço de ampliar a natureza objetiva do recurso.

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, merecem destaque alguns precedentes, como representativos da sobreposição da tutela do ordenamento jurídico em face do interesse das partes (muitas vezes, do recorrido, que vê um recurso deficiente ser provido):

- a) É possível identificar como um precursor da objetivação do recurso extraordinário o julgamento do RE 102.553/DF (Rel. Min. Francisco Rezek, J. 21.08.1986, DJ 13.02.1987, RTJ 120/725), no qual “o Tribunal assumiu a condição de titular da guarda da Constituição para examinar a constitucionalidade de outras normas, ainda que não interessasse ao recorrente. Tratava-se da apreciação de uma Resolução do Senado Federal que versava matéria de alíquota de ICMS. No caso, na terminologia adotada à época, o Tribunal conheceu do recurso extraordinário do contribuinte e negou-lhe provimento, declarando, porém, a inconstitucionalidade da Resolução questionada”¹⁶.
- b) No julgamento do Agravo de Instrumento nº 375.011 (DJ 28.10.2004), a Ministra Ellen Gracie, dando provimento a agravo regimental contra decisão que denegara recurso extraordinário por falta de prequestionamento, defende a valorização da função do Tribunal, “de intérprete último da Constituição Federal”, superando-se requisitos processuais (como o do prequestionamento) “que acabam por obstaculizar, no âmbito da própria Corte, a aplicação aos casos concretos dos precedentes que declaram a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de normas”. Nesse julgado a Ministra cita, ainda, a MC-RE 376.852, Rel. Min. Gilmar Mendes.
- c) No julgamento colegiado do RE 388.830 (DJ 10.03.2006), o Ministro Gilmar Mendes, Relator, deu provimento ao recurso extraordinário, mesmo reconhecendo que os dispositivos alegados no recurso não foram violados. Enfatizou que, “apesar de não se vislumbrar no presente caso a violação ao art. 239 da Constituição, diante dos diversos aspectos envolvidos na questão, é possível que o Tribunal analise a matéria com base em fundamento diverso daquele sustentado”. Cuida-se de aceitar a causa de pe-

16 MENDES, Gilmar Ferreira. O controle incidental ou concreto de normas no direito brasileiro, 2007, p. 20. *Mimeo*.

dir aberta, no recurso extraordinário. Como precedente, nessa linha, tem-se, ainda, o AgRSE 5.206, DJ 30.04.2004, no qual o Relator Ministro Sepúlveda Pertence entende que o recurso extraordinário deve ser havido “como elemento propulsor posto a serviço de interesse público, que aqui é a guarda da Constituição, para a qual o Tribunal existe”.

- d) No julgamento dos RREE 416.827 e 415.454, o Plenário (por maioria) admitiu a atuação de *amicus curiae*, para realizar sustentação oral, “considerando a relevância da matéria, e, apontando a objetivação do processo constitucional também em sede de controle incidental”¹⁷.

A repercussão geral, inequivocamente, insere-se nessa trajetória de objetivação do recurso extraordinário, enfatizando sua vocação de tutela do ordenamento jurídico-constitucional.

3 A REPERCUSSÃO GERAL COMO O REQUISITO INTRÍNSECO DE ADMISSIBILIDADE

A reforma constitucional que introduziu a repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário¹⁸ parece seguir o desenvolvimento que se observou nos Estados Unidos e na Argentina de recursos análogos destinados às Cortes Supremas daqueles países.

Como noticia Barbosa Moreira¹⁹, a via de acesso recursal à Suprema Corte norte-americana foi drasticamente reduzida em 1988, com o *Supreme Court Case Selections*, por meio do qual se restringiu o cabimento da *appeal*²⁰ (recurso cujo conhecimento era obrigatório pela Corte, quando cabível) e se vinculou preponderantemente o acesso àquela Corte ao *certiorari*, recurso cujo conhecimento pela Corte era facultativo, na perspectiva de que a revisão do pronunciamento do tribunal estadual não seria a “*matter of right, but sound judicial discretion*”²¹.

17 Informativo nº 402 do Supremo Tribunal Federal, 19 a 23 de setembro de 2005.

18 Sobre a natureza da repercussão geral, como requisito de admissibilidade recursal, vide ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. O anteprojeto de lei sobre a repercussão geral dos recursos extraordinários. *Revista de Processo*, n. 129, p. 110, nov. 2005.

19 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, v. V, 1999. p. 564.

20 Para uma distinção entre o *appeal* e o *judicial review* realizado pela Suprema Corte por meio do *certiorari*, vide o excelente esboço histórico de CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. *Recurso extraordinário: origem e desenvolvimento no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 166.

21 Esse entendimento também é abonado por Gilmar Ferreira Mendes: “Portanto, há muito resta evidente que a Corte Suprema americana não se ocupa da correção de eventuais erros das Cortes ordinárias. Em verdade, com o Judiciary Act de 1925 a Corte passou a exercer um pleno domínio sobre as matérias que deve ou não apreciar. Ou, nas palavras do Chief Justice Vinson, ‘para permanecer

Analogamente, o direito argentino prevê a “*apelación extraordinaria ante la Corte Suprema*” (arts. 256 a 258 do *Código Procesal Civil y Comercial*). A Lei nº 23.774, de 05.04.1990 (que modificou a redação dos arts. 280 e 285), atribuiu à Corte Suprema competência para, de acordo com sua “*sana discreción*”, repelir o recurso extraordinário “*por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia*”, aproximando-se do regime adotado para o *certiorari* norte-americano²²⁻²³.

No Brasil, a repercussão geral teve seus contornos definidos pela Lei nº 11.418, de 19 de dezembro de 2006, que acresceu os arts. 543-A e 543-B ao Código de Processo Civil. A teor do § 1º do art. 543-A do CPC, “para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa”.

Em síntese, repercussão geral constitui uma cláusula geral, que se vale de um conceito jurídico indeterminado, que tem como núcleo a idéia de que a matéria versada no recurso extraordinário deve ter “relevância jurídica ou meta-jurídica, medida pelo impacto que produza em interesses que extravasem os dos litigantes no caso concreto”²⁴.

Tem-se defendido que a repercussão se imporia no ordenamento jurídico como filtro destinado a contar a avalanche de processos.

Não é bem isso o que se pensa, aqui, do instituto.

efetiva, a Suprema Corte deve continuar a decidir apenas os casos que contenham questões cuja resolução haverá de ter importância imediata para além das situações particulares e das partes envolvidas’ (*‘To remain effective, the Supreme Court must continue to decide only those cases which present questions whose resolutions will have immediate importance far beyond the particular facts and parties involved’*). O controle incidental ou concreto de normas no direito brasileiro, 2007, p. 24-25. *Mimeo*.

22 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, v. V, 1999. p. 564.

23 Rodolfo de Camargo Mancuso também enuncia a semelhança existente entre o regime de admissibilidade do *writs of certiorarys* e do recurso extraordinário argentino com o da repercussão geral (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A realidade judiciária brasileira e os Tribunais da Federação – STF e STJ: inevitabilidade de elementos de contenção dos recursos a eles dirigidos. In: FUX, Luiz et al. *Processo e constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006. p. 1068-1077). Leia-se, a propósito, os seguintes fragmentos:

“[...] a Corte [Suprema Corte norte-americana] detém o poder de escolher, livremente (*discretionary method of review*), os recursos (*writs of certiorarys*) de que irá conhecer, tomando como parâmetro a avaliação do que neles haja de *meritorious* (art. 19 da *Rules of Supreme Court of the USA*), algo equivalente à nossa agora instituída repercussão geral da questão constitucional (CF, art. 102, § 3º: EC 45/2004), a exigir que a *quæstio juris* não se restrinja ao interesse das partes, mas transcenda esse contexto intersubjetivo.” (p. 1076)

“A Corte Suprema da Argentina só conhece de recurso extraordinário que responda positivamente aos quesitos da *gravedad* institucional e da transcendência – art. 280 do Código de Processo Civil e Comercial (1990).” (p. 1077)

24 ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. O anteprojeto de lei sobre a repercussão geral dos recursos extraordinários. *Revista de Processo*, n. 129, p. 112, nov. 2005.

A vocação da repercussão geral não é diminuir o acervo de processos do Supremo Tribunal Federal (conquanto isso seja um efeito reflexo). Em verdade, a sua função é assegurar outra espécie de julgamento para os recursos extraordinários: mais reflexivo e com maior participação social.

A repercussão geral apenas pode legitimamente justificar-se (e distinguir-se da famigerada arguição de relevância) na medida em que seja acompanhada de uma nova filosofia de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, na qual a estatística de produção de decisões deixe de ser vista como parâmetro adequado de aferição de sua responsabilidade institucional perante a sociedade²⁵.

O instituto, pois, tem sua razão de ser na sobrevivência institucional do Supremo Tribunal Federal, como legítima Corte Suprema da jurisdição constitucional.

4 CRÍTICA À EXIGÊNCIA DO PREQUESTIONAMENTO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO SUBMETIDO AO REGIME DA REPERCUSSÃO GERAL

Indaga-se, então, a respeito da exigência do prequestionamento, nos recursos submetidos ao regime da repercussão geral; deveria o prequestionamento ser analisado? Deveria sê-lo feito precedentemente à repercussão geral?

A resposta afirmativa parece ser recomendada, à primeira vista, pelo art. 323 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, a dispor:

“Art. 323. *Quando não for caso de inadmissibilidade do recurso por outra razão, o(a) Relator(a) submeterá, por meio eletrônico, aos demais ministros, cópia de sua manifestação sobre a existência, ou não, de repercussão geral.*”

Para o Professor José Rogério Cruz e Tucci, esse seria o entendimento correto num regime de convivência entre o prequestionamento e a repercussão geral:

“Após 18.02.2007, data da entrada em vigor da Lei nº 11.418/2006 (60 dias de *vacatio legis*, *ex vi* do art. 5º), em consonância com os termos do art. 4º, as razões

25 Demonstrou extrema sensibilidade sobre o assunto o Presidente do Superior Tribunal de Justiça, Min. Humberto Gomes de Barros, em pronunciamento no final do primeiro semestre judiciário de 2008, ao comentar o *aumento de produtividade* do Tribunal. Como veiculado na página de notícias do STJ: “O presidente do STJ, Ministro Humberto Gomes de Barros, afirmou que a marca de 182 mil processos julgados no primeiro semestre de 2008 [aumento de produtividade de 17,20% em relação ao mesmo período do ano anterior] não é motivo de comemoração. ‘Eu não me animo com isso. Esses números exagerados, eu os enxergo como processos que foram espremidos. Ao contrário do que acontece com a cana-de-açúcar, eles foram moídos sem deixar caldo, sem deixar sumo capaz de produzir algo positivo’, afirmou o Ministro” (notícia do dia 2 de julho de 2008. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=88193>).

de recurso extraordinário deverão conter um capítulo preliminar e específico, demonstrativo da repercussão geral da questão ou questões constitucionais suscitadas na impugnação.

Cumpra lembrar que o requisito do prequestionamento continuará sendo exigido. Assim, aquela ou aquelas teses de natureza constitucional, que passam a constituir objeto do recurso extraordinário, deverão constar expressamente do acórdão vergastado.

Na verdade, apesar de um determinado fundamento poder ser, em princípio, considerado de repercussão geral, o recurso extraordinário será inadmitido se porventura a respectiva tese jurídica não tiver sido explicitada no julgado recorrido.²⁶ (destaques daqui)

Há, aliás, precedentes do Supremo Tribunal Federal nesse sentido.

Com base no aludido dispositivo regimental e tendo em conta toda a tradição de julgamento do recurso extraordinário, há Ministros do Supremo Tribunal Federal que têm negado seguimento a recurso extraordinário ante a ausência de prequestionamento, considerando prejudicada a análise da repercussão geral.

Leia-se, a propósito, a decisão monocrática proferida pelo Ministro Ricardo Lewandowski, nos autos do Agravo de Instrumento nº 714.886-9 (DJe 06.06.2008):

“Preliminarmente, verifico não ser necessário examinar a existência de repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso. É que, nos termos do art. 323, primeira parte, do Regimento Interno do STF, redação dada pela Emenda Regimental 21/2007, a verificação da ocorrência de repercussão geral apenas se dará ‘quando não for o caso de inadmissibilidade do recurso por outra razão’. No caso dos autos, há outros fundamentos suficientes para a inadmissibilidade do recurso extraordinário.

O agravo não merece acolhida. Como tem consignado o Tribunal, por meio da Súmula 282, é inadmissível o recurso extraordinário se a questão constitucional suscitada não tiver sido apreciada no acórdão recorrido. Ademais, não opostos embargos declaratórios para suprir a omissão, é inviável o recurso, a teor da Súmula 356 do STF.

Além disso, acórdão recorrido decidiu a questão com base na legislação ordinária. A afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta. Incabível, portanto, o recurso extraordinário.”

Vista a repercussão geral sobre a ótica exposta ao longo desse artigo, não pode prevalecer entendimento que busque estabelecer uma convivência do novel instituto com o prequestionamento.

26 TUCCI, José Rogério Cruz e. Repercussão geral como pressuposto de admissibilidade do recurso. *Revista de Processo*, n. 145, a. 32, p. 165, mar. 2007.

Há, aqui, verdadeiro conflito geracional entre dois requisitos de admissibilidade recursal, cada um gestado em contexto institucional próprio, com propósitos bem delineados (e antagônicos entre si, apesar de ambos buscarem salvaguardar o Tribunal da crise de litigiosidade).

O prequestionamento – como filtro à admissibilidade do recurso extraordinário – deixa de ser instrumento eficiente, quando se muda a finalidade do filtro.

O objetivo não é mais diminuir o acervo de processos que sobem para a apreciação do Supremo. A finalidade, hoje, é fortalecer a função do Supremo Tribunal Federal como guardião da supremacia da Constituição.

Isso demanda a possibilidade de escolha de casos constitucionalmente relevantes para serem julgados e a construção de um ambiente que colabore para o bom julgamento desses casos relevantes (aqui se insere a contenção da avalanche de processos, que é apenas meio e não um fim em si mesma).

Nesse novo contexto, a repercussão geral é, pois, o filtro adequado para segregar os processos que merecem ser julgados daqueles que não são merecedores de julgamento, sendo certo que esse liame se estabelece a partir da reafirmação do papel institucional do Supremo Tribunal Federal como Tribunal Constitucional. Nesse cenário, o filtro do prequestionamento deve ser descartado.

Retomando a interpretação do art. 323 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, entende-se que, quando ele faz menção à “inadmissibilidade do recurso por outra razão” que não seja a repercussão geral, está a referir-se aos requisitos extrínsecos de admissibilidade (preparo, tempestividade, regularidade de representação), e a requisitos intrínsecos como o interesse recursal²⁷, a existência de questão constitucional que não demande incursão no acervo fático-probatório e impugnação de decisão de última ou única instância.

É com essa mesma inteligência, a propósito, que deve ser interpretado o § 3º do art. 543-B do Código de Processo Civil²⁸ e o art. 328-A do Regi-

27 Em decisão monocrática proferida no RE 587.254-8, o Ministro Menezes Direito afastou de examinar a repercussão geral do recurso extraordinário, no que tange à limitação de juros remuneratórios, em razão de o recurso estar prejudicado (em face do provimento de recurso especial, pelo Superior Tribunal de Justiça). Afastou, ainda, a necessidade de analisar a repercussão geral do tema relativo à capitalização mensal de juros (que já teve repercussão geral reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal) porque o acórdão estadual já havia assentado que não houve prévia pactuação desse encargo, de modo que a pretensão recursal esbarraria no reexame de provas. Correta, na linha de entendimento desenvolvida no presente artigo, a decisão.

28 “§ 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se.”

mento Interno do Supremo Tribunal Federal²⁹ (esses artigos merecem análise específica, ante a complexidade das questões que deles emergem): o eventual juízo de retratação decorrente do julgamento proferido pelo STF há de ser feito naqueles casos em que o recurso extraordinário tinha a aptidão de levar a discussão ao Supremo. Se, considerando as premissas fáticas estabelecidas no acórdão (que são a premissa menor do silogismo jurídico), o recurso extraordinário sobrestado tiver sido capaz de evitar o trânsito em julgado formal da causa (por ser tempestivo, com preparo regular e assinado por procurador habilitado), é cabível o juízo de retratação referido no art. 543-B do CPC.

No que se refere aos julgamentos de recurso extraordinário pelo Supremo Tribunal Federal, o ocaso do prequestionamento significa, na prática, que o recurso *poderá ser conhecido (desde que haja repercussão geral)* mesmo que:

- a) A questão constitucional apenas surja na decisão recorrida (sem prévio debate entre as partes e sem manifestação judicial expressa). É o que ocorre, por exemplo, na decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte, em violação ao art. 97 da Constituição (a teor da Súmula Vinculante nº 10).
- b) A questão constitucional seja explicitada apenas no recurso extraordinário (não há tese constitucional na apelação nem no acórdão), em matéria cuja questão constitucional deveria integrar, necessariamente, o percurso lógico-argumentativo do julgado. É o que se observa, por exemplo, com relação à (in)competência material da Justiça do Trabalho para discutir questões previdenciárias. Ou, ainda, na observância dos princípios constitucionais para instituição de tributo. Ou, por fim, lide que discute o direito de empregado a adicional de insalubridade, sem problematizar a sua vinculação ao salário mínimo e a vedação constitucional para tanto. Em todos esses casos, há questão constitucional intrínseca à lide, que pode ou não ter sido suscitada pelas partes, sobre a qual houve ou não manifestação da decisão impugná-

29 “Art. 328-A. Nos casos previstos no art. 543-B, *caput*, do Código de Processo Civil, o Tribunal de origem não emitirá juízo de admissibilidade sobre os recursos extraordinários já sobrestados, nem sobre os que venham a ser interpostos, até que o Supremo Tribunal Federal decida os que tenham sido selecionados nos termos do § 1º daquele artigo.

§ 1º Nos casos anteriores, o Tribunal de origem sobrestará os agravos de instrumento contra decisões que não tenham admitido os recursos extraordinários, julgando-os prejudicados na hipótese do art. 543-B, § 2º.

§ 2º Julgado o mérito do recurso extraordinário em sentido contrário ao dos acórdãos recorridos, o Tribunal de origem remeterá ao Supremo Tribunal Federal os agravos em que não se retratar.”

vel por recurso extraordinário, mas que merecem eventualmente decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal³⁰.

- c) O recurso extraordinário, apesar de indicar a questão constitucional que pretende ver enfrentada, traz fundamento equivocado (os dispositivos indicados como violados não guardam pertinência com a discussão).

Enfim, na perspectiva que se sugere, o recurso extraordinário está sujeito ao efeito devolutivo do recurso (apenas se conhece da matéria que é submetida) e à impossibilidade de revisão de fatos (recurso voltado ao exame de questões de direito). Nesses lindes, havendo repercussão geral da questão constitucional, o Supremo Tribunal Federal pode e deve simplesmente julgar o mérito do recurso.

CONCLUSÃO

Como visto, a repercussão geral representou inovação brutal na sistemática de julgamento de recursos extraordinários, não somente porque criou mais um pressuposto de admissibilidade (voltado à celeridade e ao desafogamento do Supremo Tribunal Federal). Em verdade, a inovação está na circunstância de a repercussão geral ter se tornado o requisito intrínseco de admissibilidade recursal por excelência, que torna desnecessária a eleição do prequestionamento como condição para o julgamento de mérito do recurso pela Corte.

Mas não só isso. No contexto da repercussão geral, o prequestionamento tornou-se, do dia para a noite, desnecessário estorvo à jurisdição constitucional, por representar entrave injustificável à consecução da missão constitucional do Supremo Tribunal Federal, de garantir a supremacia da Constituição e a unidade de sua interpretação.

Com a repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal ganha condições para decidir as questões relevantes para a sociedade, dando transparência ao seu procedimento de escolha de casos para julgamento (evitando-se o constrangimento do casuísmo). O novo instituto permite, ainda, que controvérsias subsidiárias ao âmago da questão sejam afastadas para permitir o enfrentamento da matéria que detém repercussão geral (sem prejuízo da solução adequada para o caso concreto).

30 É bom lembrar que, mesmo para as questões de ordem pública, a jurisprudência majoritária exige o prequestionamento. A partir da instituição da repercussão geral, é um despropósito esse tipo de requisito. Se a exigência do prequestionamento, mesmo para as matérias cognoscíveis de ofício, era um imperativo que decorria da interpretação sistemática do Texto Constitucional, deixa de sê-lo no novo contexto constitucional, que vinculou a apreciação do recurso extraordinário à necessidade de a matéria nele versada transcender os interesses das partes nele envolvidas.

Pode-se afirmar, simplesmente, que a repercussão geral pode ser o arauto de novos tempos para a jurisdição constitucional no Supremo Tribunal Federal, em que se pensará mais em Constituição e menos nas técnicas processuais de não-conhecimento de recurso.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. O anteprojeto de lei sobre a repercussão geral dos recursos extraordinários. *Revista de Processo*, n. 129, nov. 2005.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, v. V, 1999.
- CALAMANDREI, Piero. *La casación civil*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Librería El Foro, t. I e II, 2007.
- CALMON DE PASSOS, J. J. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, v. III, 1998, p. 406.
- CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. *Recurso extraordinário: origem e desenvolvimento no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. Repercussão geral como pressuposto de admissibilidade do recurso. *Revista de Processo*, n. 145, mar. 2007.
- KELSEN, Hans. *A jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Parecer: Repercussão Geral (ausência). Prequestionamento (ausência). Ofensa indireta à Constituição Federal. Má-fé e ignorância. Danos decorrentes da demora do processo. *Revista de Processo*, n. 157, mar. 2008.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A realidade judiciária brasileira e os Tribunais da Federação – STF e STJ: inevitabilidade de elementos de contenção dos recursos a eles dirigidos. In: FUX, Luiz et al. *Processo e constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006.
- MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial*. 4. ed. São Paulo: RT, 2005.
- MEDINA, José Miguel Garcia. Variações recentes sobre os recursos extraordinário e especial – Breves considerações. In: FUX, Luiz et al. *Processo e constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *O controle incidental ou concreto de normas no direito brasileiro*. Brasília, 2007. *Mimeo*.
- STF, 2ª Turma, AgRg AI 375.011, Relª Min. Ellen Gracie, DJ 28.10.2004.
- STF, 2ª Turma, AI-AgR 283939/PA, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 27.04.2001.
- STF, 2ª Turma, RE 388.830, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 10.03.2006.

STF, Ag nº 714.886-9, decisão monocrática proferida pelo Min. Ricardo Lewandowski, DJe 06.06.2008.

STF, Informativo nº 402 do Supremo Tribunal Federal, 19 a 23 de setembro de 2005.

STF, RE 587.254-8, decisão monocrática proferida pelo Min. Menezes Direito

STF, Tribunal Pleno, AgRSE 5.206, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 30.04.2004.

STF, Tribunal Pleno, RE 102.553/DF, Rel. Min. Francisco Rezek, DJ 13.02.1987.

STJ. “Presidente do STJ critica número exagerado de processos julgados no primeiro semestre”. Notícia veiculada no *site* do STJ em 2 de julho de 2008. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=88193>. Acesso em: 4 de julho de 2008.