

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTU SENSU*
EM DIREITO PROCESSUAL

NÍCOLAS BORTOLOTTI BORTOLON

REPERCUSSÃO GERAL
EM MATÉRIA CRIMINAL

Vitória

2018

NÍCOLAS BORTOLOTTI BORTOLON

REPERCUSSÃO GERAL EM MATÉRIA CRIMINAL

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Processual, na área de concentração Justiça, Processo e Constituição.

Orientador: Prof. Dr. Marcellus Polastri Lima.

Vitória

2018

Dados Internacionais de Catalogação-na-publicação (CIP)
(Biblioteca Central da Universidade Federal do Espírito Santo, ES, Brasil)
Bibliotecária: Maria Aparecida da Costa Pereira Akabassi-CRB-6-ES-43/O

B739r Bortolon, Nicolas Bortolotti, 1980-
Repercussão geral em matéria criminal / Nicolas Bortolotti
Bortolon. – 2018.
586 f. : il.

Orientador: Marcellus Polastri Lima.
Dissertação (Mestrado em Direito Processual) –
Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências
Jurídicas e Econômicas.

1. Brasil. Supremo Tribunal Federal. 2. Processo penal. 3.
Recurso extraordinário. 4. Repercussão geral (Direito). I. Lima,
Marcellus Polastri. II. Universidade Federal do Espírito Santo.
Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. III. Título.

CDU: 340

NÍCOLAS BORTOLOTTI BORTOLON

**REPERCUSSÃO GERAL
EM MATÉRIA CRIMINAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Processual, na área de concentração Justiça, Processo e Constituição.

Orientador: Prof. Dr. Marcellus Polastri Lima.

Aprovada em 11 de maio de 2018.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Marcellus Polastri Lima
Universidade Federal do Espírito Santo
Orientador

Prof. Dr. Ricardo Gueiros B. Dias
Universidade Federal do Espírito Santo

Prof. Dr. Pedro Ivo de Sousa
Universidade Federal do Espírito Santo

A Deus, razão de tudo isso.

À minha família, por toda a paciência enquanto durou minha ausência.

Aos assistidos da Defensoria Pública da União, cujas vidas, angústias, superações e direitos
são a mais forte motivação para o nosso trabalho.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos que colaboraram de forma direta ou indireta com o presente trabalho.

Em especial ao meu orientador, Prof. Dr. Marcellus Polastri Lima, pela paciência, simpatia e sabedoria ao ensinar e por ser exemplo, em sala de aula e fora dela, de um verdadeiro mestre.

Agradecimentos também especiais aos Professores Drs. Hermes Zaneti Jr. e Tárek Moysés Moussallem por serem fonte de inspiração para seguir a carreira acadêmica. Também ao Professor Dr. Pedro Ivo de Sousa pelas valiosas sugestões na fase de qualificação.

Às Coordenadoras Prof^{as}. Dr^{as}. Adriana Pereira Campos e Valesca Raizer Borges Moschen, pela condução do curso de pós-graduação *stricto sensu* em Direito Processual da UFES de maneira exemplar, assim como aos servidores Fernando Luiz do Nascimento e Adriele Nascimento, por todo o suporte dado.

À Administração Superior da Defensoria Pública da União pela concessão do período de licenciamento das atividades-fim, para confecção da dissertação.

À Escola Superior da Defensoria Pública da União e à Coordenação da Revista da Defensoria Pública da União pela aprovação e publicação de artigo científico.

Aos servidores das bibliotecas públicas da UFES, da Justiça Federal e do TJES e aos atendentes da biblioteca da FAESA Vitória, pelo auxílio na pesquisa bibliográfica.

Aos colegas de mestrado, pela companhia, auxílio e inspiração nos estudos.

*Seu Consiêro, um consêio:
Dêxe toda a bibrotéca
dos livro, essa stupidêza,
vá estudá o Dêrêito
das lêzes, na Natureza,
vá vê cumo Deos é grande
e cumo póde ensiná
as coisa que um hôme sabe,
sem sê percizo estudá!*

[...]

*E si um dia vancê quizé
passá uns dia de fome,
de fome e tarvez de sêde,
e drumi lá n'úma rêde,
n'uma casa de sapê,
vá passá cumigo uns tempo
nos mato do meu sertão,
que eu hei de li abri as porta
da choça e do coração*

Catullo da Paixão Cearense (A resposta do Géca-Tatú, 1939).

RESUMO

A Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004, trouxe, entre outras tantas alterações do texto constitucional, a inserção de um §3º no artigo 102, que previu que o recorrente deveria demonstrar, nas razões de seu recurso extraordinário, a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, a fim de que o Supremo Tribunal Federal examine a sua admissão, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros. Estava criado um filtro de acesso à jurisdição de nossa Corte Suprema, relativo ao controle difuso de constitucionalidade, sucintamente denominado de “repercussão geral”. Surgiram então, no estudo e na prática das Ciências Jurídicas Criminais, questionamentos acerca da aplicabilidade de tal instituto ao recurso extraordinário do processo penal, dada a natureza pública, indisponível e fundamental dos direitos envolvidos nessa seara, em tese, possuidoras de relevância e transcendência em todos os casos. Ocorre que o Supremo Tribunal Federal, incumbido da definição dos limites semânticos da repercussão geral, logo no início da vigência do instituto, pontuou que o recurso extraordinário criminal também se submetia ao disposto no art. 102, §3º, da CF e ao seu regramento infraconstitucional. Isso fez surgir certas dúvidas, então, de quais viriam a ser as questões constitucionais em matéria penal e processual penal que possuiriam relevância e transcendência e, mais do que isso, as que eventualmente não possuiriam tais atributos. Como a definição desses critérios estava relegada, pelo legislador constitucional reformador e pelo legislador ordinário ao próprio STF, a jurisprudência do Tribunal passou a ser a principal fonte de onde se pode extrair o sentido da repercussão geral em matéria criminal e os parâmetros estabelecidos pela nossa Corte Suprema para a definição do que é ou não relevante e transcendente nessa seara do Direito e, com isso, ainda, confirmar ou infirmar a tese inicialmente decorrente da instituição do referido filtro recursal no sentido de que todas as questões criminais de cunho constitucional possuem, em si, inevitável repercussão geral.

Palavras-chave: direito penal, processo penal, recurso extraordinário, repercussão geral, Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

The Constitutional Amendment n. 45, dated December 30, 2004, included, among many other changes in the constitutional text, the insertion of a §3 in article 102, which provided that the applicant should demonstrate, in the reasons for his extraordinary appeal, the general repercussion of constitutional matters discussed in the case, so that the Brazilian Federal Supreme Court may examine its admission, and may only deny it by the manifestation of two-thirds of its members. A filter of access to the jurisdiction of our Supreme Court was created, regarding the diffuse control of constitutionality, succinctly denominated of "general repercussion". In the study and practice of the Criminal Juridical Sciences, questions arose about the applicability of such an institute to the extraordinary recourse of the criminal process, given the public, in-available and fundamental nature of the rights involved in this area, in theory, possessing relevance and transcendence in all cases. It occurs that the Brazilian Federal Supreme Court, charged with defining the semantic limits of the general repercussion, at the very beginning of the institute, pointed out that the extraordinary criminal appeal also submitted to the provisions of art. 102, §3, of the CF and its infraconstitutional rule. This gave rise to certain doubts, then, of which constitutional questions in criminal and criminal procedural matters would have relevance and transcendence and, more than that, those that would not possess such attributes. As the definition of these criteria was relegated by the reforming constitutional legislator and by the ordinary legislator to the STF itself, the Court's jurisprudence is the main source from which the general repercussion in criminal matters can be extracted and the parameters established by our Supreme Court for the definition of what is or is not relevant and transcendent in this section of the Law and, with that, also confirm or invalidate the thesis initially arising from the institution of said recursional filter in the sense that all criminal issues of a kind have an inevitable general repercussion.

Key words: criminal law, criminal procedure, general repercussion, extraordinary appeal, Brazilian Federal Supreme Court.

ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC – Ação declaratória de constitucionalidade	DP – Defensoria Pública
ADI – Ação direta de inconstitucionalidade	DPE – Defensoria Pública estadual
ADPF – Ação de descumprimento de preceito fundamental	DPU – Defensoria Pública da União
ADO – Ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão	EC – emenda constitucional
AgR – agravo regimental	HC – <i>habeas corpus</i>
AI – agravo de instrumento	Inc. – inciso
Al. – alínea	JECRIM – Juizados especial criminal
ARE – recurso extraordinário com agravo	JEF – Juizados especial federal
Art. - artigo	LCP – Lei de contravenções penais
CADH – Convenção americana de direitos humanos	LEP – Lei de execução penal
CC – Código civil	MP – Ministério Público ou Medida Provisória
CNJ – Conselho Nacional de Justiça	MPE – Ministério Público estadual
CP – Código penal	MPF – Ministério Público Federal
CPC – Código de processo civil	MPM – Ministério Público Militar
CPM – Código penal militar	MPU – Ministério Público da União
CPPM – Código de processo penal militar	MS – mandado de segurança
CPP – Código de processo penal	NCPC – Novo código de processo civil
CTB – Código de trânsito brasileiro	Rcl – reclamação constitucional
CTN – Código tributário nacional	RE – recurso extraordinário
	REsp – recurso especial
	RG – repercussão geral

RISTF – Regimento interno do Supremo
Tribunal Federal

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

STM – Superior Tribunal Militar

TR – Turma Recursal

TJ – Tribunal de Justiça

TRF – Tribunal regional Federal

TSE – Tribunal Superior Eleitoral

TST – Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

Introdução.....	19
1. INTERPRETAÇÃO JURÍDICA	23
1.1. MUDANÇAS TEÓRICAS ACERCA DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA.....	27
1.2. LINGUAGEM E DIREITO.	32
1.3. SIGNO: SUPORTE FÍSICO, SIGNIFICADO E SIGNIFICAÇÃO. ENUNCIADOS E PROPOSIÇÕES JURÍDICAS.	34
1.4. O MODELO LÓGICO-DEDUTIVO E A SINONÍMIA ENTRE TEXTO DE LEI E NORMA JURÍDICA.....	40
1.5. O MODELO LÓGICO-ARGUMENTATIVO E A ATIVIDADE INTERPRETATIVA DA LINGUAGEM ESCRITA NO DIREITO.	43
1.6. INTERPRETAÇÃO E EVOLUÇÃO DO DIREITO: NECESSIDADE DE CONTROLE SOCIAL, CONSENSUAL E EFETIVO DA ATIVIDADE DO INTÉRPRETE.	48
1.7. A CONCRETIZAÇÃO DA NORMA JURÍDICA PELA SUA APLICAÇÃO NO CASO CONCRETO, A JURISPRUDÊNCIA FORMALMENTE VINCULANTE COMO FONTE DO DIREITO E A IMPORTÂNCIA DO PRECEDENTE ENQUANTO CONSOLIDAÇÃO DO CONSENSO NORMATIVO.....	54
1.8. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL COMO UM TEXTO A SER INTERPRETADO	61
1.9. O PAPEL DO JUDICIÁRIO NA INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO	66
1.10. A RECEPÇÃO CONSTITUCIONAL DA <i>JUDICIAL REVIEW</i> E A INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO NO MODELO BRASILEIRO ..	68
2. AS FUNÇÕES DAS CORTES SUPREMAS E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS JURÍDICAS	84
2.1. CORTE CONSTITUCIONAL	86
2.2. CORTE DE JUSTIÇA.....	97
2.3. CORTE DE VÉRTICE	99
2.3.1. Nomofilaquia: tutela ou promoção da legalidade	103
2.3.1.1. Reatividade e aplicação do direito.....	104
2.3.1.2. Proatividade e evolução do direito.....	105
2.3.1.3. Concretização e proteção dos direitos fundamentais.....	108
2.3.2. Cortes Superiores de Revisão e de Cassação.....	111
2.3.3. Cortes Supremas de Interpretação e de Precedentes.....	120
2.4. O MODELO DE CORTE DO STF	137
3. A FUNÇÃO E A IMPORTÂNCIA DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.....	157
3.1. ORIGEM	157
3.2. NATUREZA JURÍDICA	162
3.3. O REQUISITO DE ADMISSIBILIDADE DO CABIMENTO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO	169
3.3.1. Controvérsia exclusivamente constitucional.....	169
3.3.2. Causa decidida em única ou última instância (ou esgotamento das vias/instâncias ordinárias).	171

3.3.3.	Prequestionamento.....	173
3.3.4.	Impropriedade para reexame de prova.....	177
3.4.	IMPORTÂNCIA E FUNÇÃO	178
4.	AS CRISES DO STF E DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO	184
4.1.	AS SOLUÇÕES PARA A CRISE NO BRASIL: ANTECEDENTES HISTÓRICOS DA REPERCUSSÃO GERAL.....	190
4.1.1.	Óbices regimentais.....	190
4.1.1.1.	Arguição de relevância.....	192
4.1.2.	Óbices legais.....	198
4.1.2.1.	Lei 8.038/90.....	199
4.1.2.2.	Lei 9.139/95.....	199
4.1.2.3.	Lei 9.756/98.....	200
4.1.2.4.	Leis 9.868/99 e 9.882/99.....	203
4.1.3.	Óbices jurisprudenciais.....	204
4.1.4.	As mudanças constitucionais	205
4.1.4.1.	A modificação do número de ministros.....	206
4.1.4.2.	A criação do STJ.....	206
4.1.4.3.	As decisões com efeito vinculante.....	208
4.2.	A CRISE DO STF NOS DIAS ATUAIS.....	209
4.3.	DIREITO COMPARADO: AS CRISES RECURSAIS NO ACESSO ÀS ÚLTIMAS INSTÂNCIAS JURISDICIONAIS E RESPECTIVAS SOLUÇÕES.....	219
4.3.1.	A experiência norte-americana: o <i>writ of certiorari</i>	220
4.3.2.	O recurso de revisão e a significação fundamental da questão de direito (<i>Rechtssache grundsätzliche Bedeutung</i>) na Alemanha.....	225
4.3.3.	O recurso extraordinário argentino: a lesão federal suficiente e a substancialidade e transcendência das questões federais.....	229
4.3.4.	A importância pública geral inglesa.....	233
4.3.5.	A importância pública canadense.....	236
4.3.6.	A licença especial para recorrer na Austrália.....	236
4.3.7.	A criação de um filtro de acesso recursal como medida de superação da crise de jurisdição das Cortes Supremas.....	237
5.	A REPERCUSSÃO GERAL.....	239
5.1.	ASPECTOS CONCEITUAIS	244
5.1.1.	Definição.....	244
5.1.1.1.	Critérios econômico, político, social e jurídico.....	249
5.1.1.2.	Critérios legais objetivos de presunção de repercussão geral.....	252
5.1.2.	Natureza jurídica.....	254
5.2.	A FUNÇÃO DA REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.....	258
5.3.	PROCESSAMENTO NO STF.....	261
5.3.1.	Preliminar formal de demonstração da repercussão geral	261
5.3.2.	Competência exclusiva	264
5.3.3.	Momento para apreciação da repercussão geral	266

5.3.4.	Quórum qualificado.....	267
5.3.5.	Plenário virtual.....	269
5.3.6.	Irrecorribilidade da decisão.....	273
5.3.7.	Julgamento público.....	275
5.3.8.	A intervenção do <i>amicus curiae</i>	278
5.4.	OS EFEITOS DA REJEIÇÃO DA REPERCUSSÃO GERAL.....	278
5.5.	OS EFEITOS DO RECONHECIMENTO DA REPERCUSSÃO GERAL.....	282
5.6.	A REPERCUSSÃO GERAL NOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS REPETITIVOS.....	284
5.7.	A FIXAÇÃO DA TESE.....	287
6.	A REPERCUSSÃO GERAL EM MATÉRIA CRIMINAL.....	295
6.1.	TEMA 050 - POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIR-SE A FORMALIZAÇÃO DE ACÓRDÃO FUNDAMENTADO POR CERTIDÃO A QUAL CONTENHA O RESULTADO DE JULGAMENTO.	310
6.1.1.	O caso.....	311
6.1.2.	A repercussão geral e o resultado do julgamento.	312
6.1.3.	Análise.....	313
6.2.	TEMA 059 - PROGRESSÃO DE REGIME EM CRIMES HEDIONDOS COMETIDOS ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.464/2007.	315
6.2.1.	O caso.....	315
6.2.2.	A repercussão geral e o resultado do julgamento.	318
6.2.3.	Análise.....	319
6.3.	TEMA 113 - REVOGAÇÃO DO ART. 25 DA LEI DE CONTRAVENÇÕES PENAIS PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....	322
6.3.1.	O caso.....	322
6.3.2.	A repercussão geral e o resultado do julgamento.	324
6.3.3.	Análise.....	326
6.4.	TEMA 114 - AGRAVAMENTO DA PENA POR REINCIDÊNCIA.....	329
6.4.1.	O caso.....	330
6.4.2.	A repercussão geral e o resultado do julgamento.	331
6.4.3.	Análise.....	332
6.5.	TEMA 129 - CONSIDERAÇÃO DE AÇÕES PENAIS EM CURSO COMO MAUS ANTECEDENTES PARA FINS DE DOSIMETRIA DA PENA.....	334
6.5.1.	O caso.....	335
6.5.2.	A repercussão geral e o resultado do julgamento.	336
6.5.3.	Análise.....	337
6.6.	TEMA 154 - TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL, EM <i>HABEAS CORPUS</i> , POR FALTA DE JUSTA CAUSA, SEM A SUBMISSÃO DE ACUSADOS DE CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA AO TRIBUNAL DO JÚRI.	339
6.6.1.	O caso.....	340
6.6.2.	A repercussão geral e o resultado do julgamento.	342
6.6.3.	Análise.....	343

6.7.	TEMA 158 - FIXAÇÃO DE PENA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL, EM FACE DA INCIDÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA GENÉRICA ATENUANTE.	346
6.7.1.	O caso.....	347
6.7.2.	A repercussão geral e o resultado do julgamento.	348
6.7.3.	Análise.....	350
6.8.	TEMA 169 - APLICAÇÃO RETROATIVA DO §4º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/2006 SOBRE PENA COMINADA COM BASE NA LEI Nº 6.368/76.....	352
6.8.1.	O caso.....	353
6.8.2.	A repercussão geral e o resultado do julgamento.	355
6.8.3.	Análise.....	357
6.9.	TEMA 170 - JULGAMENTO PROFERIDO POR ÓRGÃO FRACIONÁRIO DE TRIBUNAL COMPOSTO MAJORITARIAMENTE POR JUÍZES CONVOCADOS.	359
6.9.1.	O caso.....	359
6.9.2.	A repercussão geral e o resultado do julgamento.	360
6.9.3.	Análise.....	362
6.10.	TEMA 182 – VALORAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS PREVISTAS NO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL NA FUNDAMENTAÇÃO DA FIXAÇÃO DA PENA-BASE PELO JUÍZO SENTENCIANTE.....	364
6.10.1.	O caso.....	365
6.10.2.	A repercussão geral e o resultado do julgamento.	366
6.10.3.	Análise.....	368
6.11.	TEMA 183 – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA A CRIME DE POSSE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE PARA USO PRÓPRIO.....	373
6.11.1.	O caso.....	373
6.11.2.	A repercussão geral e o resultado do julgamento.	374
6.11.3.	Análise.....	375
6.12.	TEMA 184 – PODER DE INVESTIGAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.	377
6.12.1.	O caso.....	378
6.12.2.	A repercussão geral e o resultado do julgamento.	379
6.12.3.	Análise.....	380
6.13.	TEMA 187 – IMPOSIÇÃO DE EFEITOS PRÓPRIOS DE SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA À TRANSAÇÃO PENAL PREVISTA NA LEI Nº 9.099/95.	383
6.13.1.	O caso.....	383
6.13.2.	A repercussão geral e o resultado do julgamento.	385
6.13.3.	Análise.....	386
6.14.	TEMA 205 – REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DE PROGRESSÃO DE REGIME À LUZ DA NOVA REDAÇÃO DADA AO ART. 112 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL PELA LEI Nº 10.792/2003.	388
6.14.1.	O caso.....	389
6.14.2.	A repercussão geral e o resultado do julgamento.	390
6.14.3.	Análise.....	390
6.15.	TEMA 237 – GRAVAÇÃO AMBIENTAL REALIZADA POR UM DOS INTERLOCUTORES SEM CONHECIMENTO DO OUTRO. .	392
6.15.1.	O caso.....	393

6.15.2.	A repercussão geral e o resultado do julgamento.	394
6.15.3.	Análise.	395
6.16.	TEMA 238 – PROPOSITURA DE AÇÃO PENAL POR DESCUMPRIMENTO DAS CONDIÇÕES ESTABELECIDAS EM TRANSAÇÃO PENAL.	396
6.16.1.	O caso.	397
6.16.2.	A repercussão geral e o resultado do julgamento.	398
6.16.3.	Análise.	400
6.17.	TEMA 239 – EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE EM VIRTUDE DE PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA EM PERSPECTIVA.	401
6.17.1.	O caso.	401
6.17.2.	A repercussão geral e o resultado do julgamento.	402
6.17.3.	Análise.	403
6.18.	TEMA 240 – NULIDADE DO PROCESSO PELA FALTA DE REQUISICÃO DO RÉU PRESO, POR MEIO DE CARTA PRECATÓRIA, PARA COMPARECER À AUDIÊNCIA DE OITIVA DE TESTEMUNHAS.	404
6.18.1.	O caso.	404
6.18.2.	A repercussão geral e o resultado do julgamento.	405
6.18.3.	Análise.	406
6.19.	TEMA 280 – PROVAS OBTIDAS MEDIANTE INVASÃO DE DOMICÍLIO POR POLICIAIS SEM MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO.	407
6.19.1.	O caso.	408
6.19.2.	A repercussão geral e o resultado do julgamento.	409
6.19.3.	Análise.	411
6.20.	TEMA 371 – CONCESSÃO DE INDULTO A PESSOA SUBMETIDA A MEDIDA DE SEGURANÇA.	413
6.20.1.	O caso.	414
6.20.2.	A repercussão geral e o resultado do julgamento.	415
6.20.3.	Análise.	416
6.21.	TEMA 393 – COMPETÊNCIA PARA PROCESSAR E JULGAR SUPOSTO CRIME DE PUBLICAÇÃO, NA INTERNET, DE IMAGENS COM CONTEÚDO PORNOGRÁFICO ENVOLVENDO CRIANÇA OU ADOLESCENTE.	417
6.21.1.	O caso.	418
6.21.2.	A repercussão geral e o resultado do julgamento.	419
6.21.3.	Análise.	421
6.22.	TEMA 423 – CUMPRIMENTO DE PENA EM REGIME MENOS GRAVOSO ANTE A FALTA DE VAGAS EM ESTABELECIMENTO PENITENCIÁRIO ADEQUADO.	423
6.22.1.	O caso.	424
6.22.2.	A repercussão geral e o resultado do julgamento.	425
6.22.3.	Análise.	427
6.23.	TEMA 451 – REMISSÃO AOS FUNDAMENTOS ADOTADOS NA SENTENÇA IMPUGNADA NOS TERMOS DO § 5º DO ART. 82 DA LEI Nº 9.099/95.	429
6.23.1.	O caso.	430

6.23.2.	A repercussão geral e o resultado do julgamento.	430
6.23.3.	Análise.	432
6.24.	TEMA 453 – MANUTENÇÃO DE PRERROGATIVA DE FORO A MAGISTRADOS APOSENTADOS.	433
6.24.1.	O caso.	433
6.24.2.	A repercussão geral e o resultado do julgamento.	435
6.24.3.	Análise.	436
6.25.	TEMA 478 – ALCANCE DO PRINCÍPIO DA AUTODEFESA FRENTE AO CRIME DE FALSA IDENTIDADE.	438
6.25.1.	O caso.	438
6.25.2.	A repercussão geral e o resultado do julgamento.	440
6.25.3.	Análise.	441
6.26.	TEMA 613 – CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 362 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL (DISPOSITIVO QUE TRATA DA CITAÇÃO POR HORA CERTA)	442
6.26.1.	O caso.	443
6.26.2.	A repercussão geral e o resultado do julgamento.	444
6.26.3.	Análise.	445
6.27.	TEMA 626 – CONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO À CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM PENA RESTRITIVA DE DIREITOS, PREVISTA NOS ARTIGOS 33, § 4º, E 44, CAPUT, DA LEI 11.343/2006.	446
6.27.1.	O caso.	447
6.27.2.	A repercussão geral e o resultado do julgamento.	449
6.27.3.	Análise.	450
6.28.	TEMA 647 – POSSIBILIDADE DA DECRETAÇÃO DE PERDIMENTO DE BEM APREENDIDO EM DECORRÊNCIA DO TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E DROGAS AFINS, QUANDO NÃO COMPROVADA SUA UTILIZAÇÃO HABITUAL OU SUA ADULTERAÇÃO PARA O COMETIMENTO DO CRIME.	451
6.28.1.	O caso.	452
6.28.2.	A repercussão geral e o resultado do julgamento.	453
6.28.3.	Análise.	456
6.29.	TEMA 648 – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL PARA PROCESSAR E JULGAR CRIMES AMBIENTAIS TRANSNACIONAIS.	457
6.29.1.	O caso.	458
6.29.2.	A repercussão geral e o resultado do julgamento.	459
6.29.3.	Análise.	464
6.30.	TEMA 650 – EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DO DELITO DE POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO, PELA APLICABILIDADE RETROATIVA DE LEI QUE CONCEDEU NOVO PRAZO PARA REGISTRO DE ARMAS AINDA NÃO REGISTRADAS.	468
6.30.1.	O caso.	469
6.30.2.	A repercussão geral e o resultado do julgamento.	470
6.30.3.	Análise.	473
6.31.	TEMA 712 – POSSIBILIDADE, EM CASO DE CONDENAÇÃO PELO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS, DE VALORAÇÃO DA QUANTIDADE E DA NATUREZA DA DROGA APREENDIDA, TANTO PARA A FIXAÇÃO DA PENA-BASE QUANTO PARA A MODULAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006.	475
6.31.1.	O caso.	476
6.31.2.	A repercussão geral e o resultado do julgamento.	477

6.31.3.	Análise.....	478
6.32.	TEMA 713 – NECESSIDADE DE REPRESENTAÇÃO DA OFENDIDA, COMO CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE DA AÇÃO PENAL, EM CASO DE CRIME DE LESÃO CORPORAL PRATICADO CONTRA A MULHER NO ÂMBITO DOMÉSTICO E FAMILIAR.	481
6.32.1.	O caso.....	481
6.32.2.	A repercussão geral e o resultado do julgamento.	482
6.32.3.	Análise.	483
6.33.	TEMA 811 – CABIMENTO DE AÇÃO PENAL PRIVADA SUBSIDIÁRIA DA PÚBLICA APÓS O DECURSO DO PRAZO PREVISTO NO ART. 46 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, NA HIPÓTESE DE O MINISTÉRIO PÚBLICO NÃO OFERECER DENÚNCIA, PROMOVER O ARQUIVAMENTO OU REQUISITAR DILIGÊNCIAS EXTERNAS NO PRAZO LEGAL E PREJUDICIALIDADE DA QUEIXA SE ESTAS PROVIDÊNCIAS FOREM TOMADAS, NO CURSO DA AÇÃO PRIVADA, PELO <i>PARQUET</i>	486
6.33.1.	O caso.....	487
6.33.2.	A repercussão geral e o resultado do julgamento.	488
6.33.3.	Análise.	492
6.34.	TEMA 925 – POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE ACÓRDÃO PENAL CONDENATÓRIO PROFERIDO EM GRAU RECURSAL, AINDA QUE SUJEITO A RECURSO ESPECIAL OU EXTRAORDINÁRIO.	495
6.34.1.	O caso.....	496
6.34.2.	A repercussão geral e o resultado do julgamento.	497
6.34.3.	Análise.	500
6.35.	TEMA 929 – POSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA, COM BASE NO DISPOSTO NO ART. 67 DO CÓDIGO PENAL.	503
6.35.1.	O caso.....	504
6.35.2.	A repercussão geral e o resultado do julgamento.	505
6.35.3.	Análise.	507
6.36.	TEMA 937 – CONSTITUCIONALIDADE DO TIPO PENAL PREVISTO NO ART. 2º, INC. II, DA LEI N. 8.137/1990 EM FACE DA VEDAÇÃO À PRISÃO CIVIL POR DÍVIDA.	508
6.36.1.	O caso.....	508
6.36.2.	A repercussão geral e o resultado do julgamento.	509
6.36.3.	Análise.	511
6.37.	TEMA 946 – LEGITIMIDADE DOS MINISTÉRIOS PÚBLICOS DOS ESTADOS E DO DISTRITO FEDERAL PARA PROPOR E ATUAR EM RECURSOS E MEIOS DE IMPUGNAÇÃO DE DECISÕES JUDICIAIS EM TRÂMITE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, ORIUNDOS DE PROCESSOS DE SUA ATRIBUIÇÃO, SEM PREJUÍZO DA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL.....	512
6.37.1.	O caso.....	513
6.37.2.	A repercussão geral e o resultado do julgamento.	513
6.37.3.	Análise.	515
6.38.	TEMA 959 – CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA A PRESO EM FLAGRANTE PELA PRÁTICA DOS CRIMES DESCRITOS NOS ARTS. 33, <i>CAPUTE</i> E § 1º E 34 A 37 DA LEI N. 11.343/2006.	516
6.38.1.	O caso.....	517

6.38.2.	A repercussão geral e o resultado do julgamento.....	519
6.38.3.	Análise.....	520
7.	CONCLUSÕES.....	522
7.1.	A “SUPERPRESUNÇÃO” DE REPERCUSSÃO GERAL DAS QUESTÕES CONSTITUCIONAIS CRIMINAIS.....	528
7.2.	QUESTÕES CONSTITUCIONAIS CRIMINAIS QUE RECEBERAM O EXPRESSO RECONHECIMENTO DA REPERCUSSÃO GERAL E O PROGRESSIVO AUMENTO DA PRESUNÇÃO DA INAFSTABILIDADE DE SUA RELEVÂNCIA E TRANSCENDÊNCIA.....	530
7.2.1.	Direito penal.....	531
7.2.1.1.	Inconstitucionalidade em abstrato de tipos penais.....	531
7.2.1.2.	Aplicação da pena.....	533
7.2.1.3.	Extinção da punibilidade.....	534
7.2.2.	Direito processual penal.....	534
7.2.2.1.	Publicidade e fundamentação das decisões.....	535
7.2.2.2.	Devido processo legal, contraditório e ampla defesa.....	535
7.2.2.3.	Estado de inocência.....	536
7.2.2.4.	Provas ilícitas.....	536
7.2.2.5.	Competência.....	537
7.2.2.6.	Direito de ação.....	538
7.2.3.	Execução penal e prisão.....	538
7.2.4.	Controvérsia jurisprudencial ou jurisprudência consolidada.....	542
7.2.5.	Princípios, direitos e garantias fundamentais.....	543
7.3.	OS “PONTOS FRACOS” DA REPERCUSSÃO GERAL E SUA SUPERAÇÃO PELO STF. OUTRAS EVIDÊNCIAS DA INAFSTABILIDADE DA REPERCUSSÃO GERAL.....	544
7.3.1.	Contravenções penais e crimes de menor potencial ofensivo.....	544
7.3.2.	Penas baixas.....	548
7.3.3.	Penas alternativas e substitutivas da prisão e regime aberto.....	549
7.3.4.	Crime prescrito.....	550
7.3.5.	Procedimento sumaríssimo e fase investigativa.....	551
7.3.6.	Composição civil, transação penal e suspensão condicional do processo.....	552
7.3.7.	Questões exclusivamente patrimoniais ou não privativas de liberdade.....	553
7.4.	OS CASOS DE REJEIÇÃO DA REPERCUSSÃO GERAL E A CONFIRMAÇÃO DA RELEVÂNCIA E DA TRANSCENDÊNCIA COMO FATORES INERENTES À QUESTÃO CONSTITUCIONAL CRIMINAL.....	555
7.5.	POR QUE AS QUESTÕES CONSTITUCIONAIS CRIMINAIS SEMPRE POSSUEM REPERCUSSÃO GERAL.....	561
7.6.	A POSSIBILIDADE DE CRÍTICA À ATUAÇÃO DO STF PARA DEFINIÇÃO DA REPERCUSSÃO GERAL.....	564
	Referências.....	566

INTRODUÇÃO

A Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, trouxe diversas transformações relativas às atividades do Poder Judiciário, algumas delas de natureza processual, inclusive. Uma dessas modificações do texto magno se deu com a inserção de um §3º no artigo 102 da Constituição Federal, para exigir daquele que lança mão do recurso extraordinário a demonstração da repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, a fim de que o Supremo Tribunal Federal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros. Nasceu, assim, a chamada “repercussão geral dos recursos extraordinários”.

Como o próprio texto da emenda enunciou, o conteúdo da expressão “repercussão geral das questões constitucionais” deveria ser definido por lei, o que provocou discussões doutrinárias, antes de sua efetiva regulamentação infraconstitucional, acerca do que seria a repercussão geral inserida pelo legislador constituinte reformador, quais seus contornos jurídicos, requisitos, forma de demonstração, importância e natureza. A celeuma produzida na Ciência do Direito ainda tinha variações específicas por ramo jurídico, cada qual apresentando questões peculiares ao seu campo de incidência com relação à repercussão geral.

Nesse cenário, uma das discussões travadas foi a possibilidade ou não de incidência da nova norma constitucional nos casos em que o recurso extraordinário tratasse de matéria criminal ou fosse interposto no curso do processo penal. Partindo de premissas relativas à natureza pública do direito discutido em processos e recursos criminais, tanto no âmbito do direito material quanto processual e incluindo os recursos excepcionais, e outras relativas a princípios e garantias fundamentais postas em embate nesse tipo de feito – justiça, interesse público, dignidade humana e liberdade individual – a doutrina, em princípio, fiou-se no entendimento de que todo recurso extraordinário versando sobre matéria criminal constitucional teria, sempre, repercussão geral, sendo a aplicação do instituto limitada aos recursos extraordinários de cunho cível.

O Supremo Tribunal Federal, contudo, divergiu desse entendimento, afirmando estarem também os recursos extraordinários criminais sujeitos à regra da repercussão geral, provocando no meio jurídico, então, o questionamento do que exatamente seria a repercussão geral para efeitos

de admissibilidade dos recursos extraordinários criminais, ou melhor, quando esta se faria presente e quando restaria ausente. Não obstante o advento da regulação do instituto no âmbito infraconstitucional, por leis infraconstitucionais e pelo Regimento Interno do STF, como as mesmas se fizeram muito mais voltadas ao âmbito processual civil, a dúvida sobre os limites e especificidades de sua aplicação no processo penal permaneceu e as atenções voltaram-se, então, às decisões daquele que tinha competência praticamente exclusiva, o STF, para dizer em que consistiria e quais seriam as características, parâmetros e critérios para o reconhecimento ou para a rejeição da repercussão geral em matéria criminal.

Passados já treze anos da inserção da repercussão geral no sistema recursal constitucional e dez anos da vigência de sua regulamentação e aplicação e contando esse tempo com diversas decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a existência ou não da repercussão geral das questões constitucionais a ele submetidas via recurso extraordinário, em feitos criminais, acreditamos já haver um bom material para análise do que a nossa Corte Suprema entende ser a repercussão geral em matéria criminal constitucional. Essa mesma base de informações também é importante para perquirir, afinal de contas, se, e em quais casos, se confirma ou se infirma a ideia inicial e inata de que todas as questões constitucionais em matéria criminal têm inerentes a si relevância e transcendência necessárias ao reconhecimento da repercussão geral.

O escopo do presente trabalho é, em um primeiro momento, definir os parâmetros de existência e demonstração da repercussão geral das questões constitucionais criminais, em recursos extraordinários interpostos no curso de processos penais, tendo como objeto de estudo, principalmente, as próprias decisões do STF que verificaram a existência ou a falta de repercussão geral nos casos concretos por ele julgados, desde a entrada em vigor do §3º do art. 102 da CF, via EC nº 45/2004, até hoje. Num segundo momento e partir desses parâmetros, a finalidade é avaliar a veracidade, ou não, da assertiva de que a repercussão é atributo ínsito e inafastável das questões constitucionais criminais.

O universo de decisões do STF que trataram, até hoje, da repercussão geral criminal soma 58 temas, com o mesmo número de decisões colegiadas de admissão ou rejeição desse requisito de admissibilidade, em recursos extraordinários interpostos em processos penais. A metodologia adotada aqui, porém, parte de um corte que delimita o objeto do trabalho ao grupos dessas decisões em que houve rejeição da repercussão geral, que totalizam 4 casos, e das em que houve reconhecimento da existência de repercussão geral e, também, o julgamento do mérito, o que resulta em 34 temas julgados, 30 dos quais com tese firmada e trânsito em julgado, e 4 ainda

sem o crivo da coisa julgada, num total de 38 temas analisados a fundo. Os outros 20 temas que já contam com o reconhecimento de existência de repercussão geral, mas ainda não tiveram o mérito julgado, ficaram fora de nosso campo de estudos mais aprofundado, mas servem também como objeto de comparação e análise e para reforçar alguns pontos de conclusão. Uma explicação mais detalhada da delimitação do objeto da pesquisa e do método de análise será dada no início da segunda e principal parte do trabalho¹.

A partir da análise que engloba tanto as decisões do STF que reconheçam a existência de repercussão geral dos recursos e julguem o seu mérito, quanto as que a rejeitem, almeja-se desvendar os critérios que a Corte adota para definir os limites da repercussão geral em recursos extraordinários em matéria criminal. A todo tempo, o enfoque principal dado ao instituto da repercussão geral se dará sob o prisma do direito criminal, nesse compreendido o direito penal (material) e o direito processual penal e seus eventuais desdobramentos sistêmicos (execução penal, direito criminal militar etc.). Muito embora a matéria seja mais amplamente estudada no meio acadêmico e pragmático do campo processual civil, procuraremos ao máximo aproximá-la do âmbito criminal, a fim de tratar das peculiaridades próprias desse ramos do Direito e dos efeitos da repercussão geral em sua seara; isso, obviamente, não excluirá o exame do material doutrinária civil, ao contrário, dependerá e muito dele, em especial na primeira parte do trabalho, pela carência de estudos específicos do tema pela doutrina criminalista – o pouco produzido por essa categoria científica, contudo, será, obviamente muito prestigiado.

A parte inicial do trabalho, introdutória à pesquisa empírica e analítica das decisões do Supremo Tribunal Federal em matéria criminal de repercussão geral, principia com um breve estudo das principais teorias da interpretação jurídica, sua evolução histórica no mundo e sua influência no Brasil, com especial enfoque sobre a interpretação constitucional e o peculiar modelo de controle difuso de constitucionalidade brasileiro. Em seguida, passa-se ao estudo do papel das Cortes Supremas no direito comparado e sua comparação com os modelos seguidos ou refutados em nosso ordenamento para a configuração do papel constitucional e do perfil de atuação do Supremo Tribunal Federal, desde a sua criação até os dias atuais. Na sequência, temos um exame das crises de acúmulo de processos e julgamentos que se abateram sobre as principais

¹ Cf. capítulo 6.

Cortes do mundo ocidental e das medidas e soluções adotadas por elas, para contornar o problema da efetiva entrega de jurisdição de qualidade e desempenho satisfatória de suas funções precípua; a(s) crise(s), no Brasil, do STF e do recurso extraordinário e as nossas medidas de resolução da(s) mesma(s) fecham essa parte. A seguinte trata brevemente dos aspectos principais do recurso extraordinário brasileiro e, por fim, do instituto da repercussão geral, sua regulamentação constitucional e infraconstitucional e suas principais peculiaridades, questões e definições, incluindo seus antecedentes históricos, sua regulamentação legal e regimental e as principais análises doutrinárias do tema. A primeira parte do trabalho encerra-se aí.

A segunda e principal parte do trabalho, então, diz respeito ao exame de cada julgamento dos recursos extraordinários, em regime de repercussão geral, posteriores à regulamentação e aplicação do instituto pelo Supremo Tribunal Federal. Como dito, são 58 temas até hoje com repercussão geral analisada pela Corte, dos quais selecionamos para análise os 4 casos de rejeição e os 34 casos de reconhecimento da repercussão geral que tiveram o mérito julgado. Cada recurso será identificado pelo tema tratado, o caso paradigma (*leading case*), a questão constitucional colocada, o ramo do direito, a situação atual do recurso e a tese enunciada (quando houver). Em seguida, apresenta-se um resumo do caso e da tramitação do processo, até sua chegada, via recurso extraordinário ou agravo, ao STF. O tópico seguinte expõe os termos da decisão de repercussão geral (existência ou ausência) e, se já tiver havido o julgamento do mérito, a ementa do julgado junto com a tese firmada pelo Tribunal. Por fim, é feita a análise da decisão de repercussão geral, buscando-se extrair da mesma os possíveis contornos da definição do instituto para os recursos extraordinários criminais.

A parte conclusiva do trabalho resulta do conjunto das análises pontuais das decisões de repercussão geral em matéria criminal apresentadas, momento em que se buscará definir, sem a pretensão de fechar ou esgotar o conceito, os parâmetros usados pelo Supremo Tribunal Federal para atribuir a existência ou a inexistência de repercussão geral das questões constitucionais ligadas ao Direito Criminal, no controle difuso de constitucionalidade de nosso ordenamento jurídico e das decisões judiciais, pela via do recurso extraordinário. A partir disso, com os critérios deduzidos da jurisprudência do STF, concluímos se a nossa Corte Suprema confirma ou afasta a tese de que toda questão constitucional criminal possui repercussão geral ínsita e inarredável, em razão dos direitos públicos e fundamentais que cercam e penetram as questões constitucionais atinentes ao direito penal e processual penal.

1. INTERPRETAÇÃO JURÍDICA

Tratar de recurso extraordinário e da repercussão geral das questões constitucionais nele debatidas é tratar da competência do Supremo Tribunal Federal para interpretar a Constituição Federal, como órgão por ela erigido à condição de guardião das normas constitucionais, nos termos do artigo 102, *caput*, do texto magno. Na atualização do tema da interpretação jurídica, de início, é necessário fixar a distinção atualmente existente, mas iniciada ainda no início do século passado, entre texto de lei e norma jurídica, e a consequente alteração do papel da jurisdição e do processo no Estado Democrático Constitucional de Direito, a fim de preparar o terreno teórico para o exame dos demais tópicos do presente trabalho.

Operando, por enquanto, apenas no campo puramente gramatical, interpretar significa definir, dar sentido, aclarar, explicar, determinar o significado preciso de (um som, símbolo, texto, lei etc.)². No sentido que aqui trataremos, ancorado na doutrina mais moderna, o termo interpretar está ligado à noção de definição de sentido ou de atribuição de significado de textos normativos, os quais podem ser entendidos como “qualquer documento elaborado por uma autoridade normativa e, por isso, identificável *prima facie* como fonte do direito dentro de um sistema jurídico dado”.³

Se “definir uma palavra é enunciar seu significado”⁴, ocorre, na seara do direito, que as definições vão muito além de simples palavras ou termos (símbolos), para alcançar enunciados inteiros e suas combinações⁵, muitas vezes entre normas de hierarquia normativa e áreas de aplicação diversa (basta pensar na combinação de normas de natureza processual civil com normas de direito processo penal e de direito constitucional para a solução de determinado problema jurídico ou antinomia normativa), passando por textos frontalmente divergentes e por princípios

² OLIVEIRA, H. Maia (Org.). **Grande dicionário enciclopédico Rideel**. São Paulo: Rideel, 1980, vol. 6, p. 1487. HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. **Dicionário Houaiss: sinônimos e antônimos**. 2 ed. São Paulo: Publifolha, 2008, p. 485.

³ GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2005, p. 23-24.

⁴ GUIBOURG, Ricardo; GUIGLIANI, Alejandro; GUARINONI, Ricardo. **Introducción al conocimiento científico**. Buenos Aires: Eudeba, 1985, p. 54.

⁵ Nesse sentido e ainda sobre a existência de disposições sem normas e de (inexistência) de normas sem disposições, conferir: GUASTINI, 2005, p. 34-43; ZANET JR., 2016, p. 130-131.

abstratos, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados⁶. É nesse sentido que a doutrina afirma ser o direito “artificial” e que “todas as leis, escritas ou não, precisam de interpretação do homem”, o qual, “na sua condição de ser humano, é dotado de subjetividade e ignorá-la não fará com que a valoração do intérprete desapareça. A carga valorativa contida em toda e qualquer interpretação é ineliminável, mas controlável com o auxílio da hermenêutica e da analítica”.⁷ Daí afirmar a doutrina que:

Hoje é universalmente difusa a consciência de que a atividade interpretativa da jurisprudência envolve em si inelimináveis momentos de criação do direito “[...] o juiz não só cria um direito do caso concreto através da atividade de subsunção dos fatos verificados na singular fatispécie legal[...]; o juiz cria também regras novas derivando-as de princípios, aumentando a extensão de cláusulas gerais, dando relevo à equidade, legitimando regras emergentes da prática[...].⁸

No que se refere ao caráter vinculante da interpretação de determinado dispositivo normativo, somente determinadas pessoas, ou grupos de pessoas, investidas de autoridade, dada por outras normas jurídicas, e em determinadas condições ou segundo certos ritos procedimentais (também normativamente definidos), podem conferir a natureza cogente e formalmente vinculante a uma dada interpretação do direito.⁹ Isso decorre de um motivo bastante simples: sendo o direito positivo um sistema fechado e autopoietico (autorregado) somente normas jurídicas internas a esse sistema podem prever a forma de sua elaboração e alteração.¹⁰ Entre as pessoas autorizadas por certas normas jurídicas a produzir outras ou a revogá-las ou alterá-las, mediante certo procedimento específico, destacam-se, sem dúvida, aquelas ligadas à atividade legislativa do Estado, normalmente atribuídas em maior escala ao Poder Legislativo¹¹. Historicamente, entre nós, por força de uma herança jurídica ligada ao modelo europeu-continental da *civil law*, ou do direito legislado (positivismo clássico), a atividade judicial (ou jurisprudencial) não se

⁶ MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas**: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 3ª ed. São Paulo: RT, 2017, p. 19.

⁷ ZANETI JR, Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Teoria da Decisão no Código de Processo Civil: uma Ponte entre Hermenêutica e Analítica. **Revista de Processo**, v. 412, n. 259, setembro, p. 21 e ss. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 24.

⁸ CHIARLONI, Sergio. Um singolare caso di eterogenesi dei fini, irremediabile per via di legge ordinaria: la garanzia costituzionale del ricorso in cassazione contro le sentenze. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al (Coord.). **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais**: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2008, p. 846-847 (tradução livre).

⁹ Assim entende, entre outros, GUASTINI, 2005, p. 94-97.

¹⁰ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Fontes do direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2006, p. 55-58.

¹¹ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. 8. ed. Tradução de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2008, p. 118.

inclui entre aquelas passíveis de fazer parte da formação das normas jurídicas¹². Esse panorama começa a mudar a partir do momento em que, no plano teórico, percebe-se a diferença entre texto de lei e norma jurídica, e, no plano do direito positivo, quando o próprio sistema normativo passa a prever a atividade jurisdicional, através da interpretação, como integradora do conteúdo das normas jurídicas¹³, em clara influência do modelo anglo-saxão da *common law*.¹⁴ Nesse sentido, a diferenciação entre o “*direito vigente* (positivo, objetivo ou empiricamente existente)”, integrado pelo conjunto de “enunciados prescritivos produzidos, em um dado ordenamento, pelas autoridades por este habilitadas à produção normativa”, e o “*direito vivente* (interpretado, argumentado ou aplicado)”, que é “o conjunto das interpretações diversas e diversamente argumentadas conforme os diversos intérpretes e as diversas circunstâncias de fato, fornecidas pela jurisprudência”.¹⁵

¹² FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2015, p. 108.

¹³ Nesse sentido, interessante a concepção filosófica de Hans-Georg Gadamer sobre a hermenêutica jurídica, especialmente na atividade jurisdicional: “A tarefa da interpretação consiste em concretizar a lei em cada caso, isto é, em sua aplicação. A complementação produtiva do direito, que ocorre com isso, está obviamente reservada ao juiz, mas este encontra-se por sua vez sujeito à lei, exatamente como qualquer outro membro da comunidade jurídica. Na ideia de uma ordem judicial supõe-se o fato de que a sentença do juiz não surja de arbitrariedades imprevisíveis, mas de uma ponderação justa do conjunto. A pessoa que se tenha aprofundado em toda a concreção da situação estará em condições de realizar essa ponderação justa. Justamente por isso existe segurança jurídica em um estado de direito, ou seja, podemos ter uma ideia daquilo a que nos atemos. [...] Claro que esta tarefa da concreção não consiste unicamente num conhecimento dos parágrafos correspondentes. Temos de conhecer também a judicatura e todos os momentos que a determinam, se quisermos julgar juridicamente um caso determinado. [...] Por isso sempre é possível, por princípio, conceber a ordem judicial vigente como tal, o que significa reelaborar dogmaticamente qualquer complementação jurídica realizada. Entre a hermenêutica jurídica e a dogmática jurídica existe, pois, uma relação de essência, na qual a hermenêutica detém uma posição predominante. Pois não é sustentável a ideia de uma dogmática jurídica total, sob a qual se pudesse baixar qualquer sentença por um simples ato de subsunção” (GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Rio de Janeiro: Vozes, 2008, p. 489-490).

¹⁴ Sobre o valor vinculante dos precedentes e sobre a influência de institutos da *common law* no direito brasileiro, conferir, em sua totalidade: ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

¹⁵ FERRAJOLI, 2015, p. 138. Para o autor, porém, “o direito vigente continua sendo a única língua da qual os juízes dispõem ao nominar os fatos julgados[...] não pelo fato de sopesarem os significados” dos enunciados normativos, “mas pelo fato de que valoram (ou, se quisermos, pesam) as características singulares dos fatos julgados que os tornam identificáveis e motivadamente nomináveis” como espécies concretas das descrições contidas nos enunciados prescritivos. Nesse sentido, “o direito vigente e o direito vivente se implicam reciprocamente[...] O direito vivente é como o interpretam os operadores jurídicos[...]. Mas a sua base empírica é o direito vigente, reconhecível com base no princípio da legalidade. Por isso é inadequada e insuficiente uma abordagem puramente realística, que identifique o direito somente com o direito vivente, ignorando ou mesmo deixando de lado sua base empírica, positiva, objetiva ou vigente; assim como é inadequada e insuficiente uma abordagem puramente normativista, que identifique o direito somente com o direito vigente, ignorando ou mesmo deixando de lado o papel performativo do direito vivente desenvolvido pela ciência jurídica e pela jurisprudência. [...] o direito vigente é produzido pela legislação, enquanto direito vivente é produzido pela jurisdição. Nem a jurisdição ordinária pode produzir ou alterar o direito vigente ao qual é subordinada em seus diversos níveis; nem a legislação pode produzir

Quando um juiz ou tribunal analisa a constitucionalidade de determinado dispositivo de lei, ou mesmo de um ato infralegal, está, em última análise interpretando tal dispositivo à luz da Constituição (e interpretando a própria Constituição), ainda que disso resulte a sua declaração de invalidade (inconstitucionalidade) e conseqüente inaplicabilidade ou mesmo exclusão do conjunto de normas jurídicas válidas, do que resulta a aplicação de uma norma que não é exatamente correspondente à que está textualmente escrita na lei declarada inconstitucional (seja tal controle concentrado e abstrato ou difuso e concreto). A solução de conflitos aparentes de normas, sejam elas de mesmo nível hierárquico ou não, aliás, é uma constante no campo da aplicação do direito¹⁶ – mormente em tempos de explosão legiferante como os atuais, em que simplesmente é impossível conhecer todo o conteúdo normativo vigente, agravado pelas mais díspares decisões judiciais – e que, por isso, demanda, a toda hora e não exclusivamente dentro de um processo judicial¹⁷, o uso conjunto da analítica e da hermenêutica jurídica, isto é, da atividade interpretativa para a solução das antinomias que eventualmente surgem¹⁸.

Nesse contexto, as Cortes Superiores desempenham papel de alta relevância porquanto são juridicamente (isto é, com previsão normativa) responsáveis pela interpretação dos textos legislativos e, via de consequência, pela formação das normas jurídicas a partir de casos concretos e pela uniformidade do direito. Isso não é diferente, em termos gerais, no plano da interpretação das normas constitucionais, a qual compete, precipuamente e em última instância, ao Supremo Tribunal Federal, atividade que nos interessa mais por estar relacionada ao objeto central do presente trabalho.¹⁹

ou alterar o direito vivente pelo qual é aplicada. É este, em última análise, o sentido da separação dos poderes. (p. 138-139).

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 387-388.

¹⁷ Podem surgir em um contrato, em um ato administrativo, em um processo disciplinar etc.

¹⁸ FERRAJOLI, 2015, p. 135.

¹⁹ Cumpre ressaltar, desde já, uma questão semântica acerca do significado amplo que atividade de interpretação do direito pode ter, no sentido de não se restringir à jurisprudência ou à atividade judicial de aplicação das normas jurídicas, alcançando também, por exemplo, a doutrina. À doutrina também cabe, e com grande relevância, a atividade de esclarecimento e elucidação do ordenamento (interpretação em sentido amplo). Fá-lo, contudo, em linguagem própria da Ciência do Direito, isto é, descritiva e não prescritiva de normas, consubstanciando-se em metalinguagem em relação à linguagem-objeto de que trata: o direito posto. Por conta do fechamento do sistema do direito, não sendo a atividade doutrinária prevista no ordenamento como fonte do mesmo, não há que se falar em capacidade normativa de tal procedimento. Vale dizer, por não operar no mesmo plano de linguagem que o direito positivo, mas em nível metalinguístico (descritivo, portanto), não pode causar modificações ou inovações em seu conjunto. Em outras palavras, por mais verdadeiros que sejam os enunciados descritivos da Ciência do Direito (doutrina), os mesmos não têm o condão de modificar as normas jurídicas que analisam. A interpretação dos textos legais, pela doutrina, não é, portanto, uma interpretação normativa (no sentido propriamente prescritivo desse termo), mas apenas uma interpretação científica e, portanto, meramente descritiva das leis. Nesse sentido, cf. MOUSSALLEM, 2006, p. 164-166. Sobre o papel da Ciência do Direito no constitucionalismo, cf. FERRAJOLI, 2015, p. 90-97.

1.1. MUDANÇAS TEÓRICAS ACERCA DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA.

Parece ser consenso na doutrina jurídica que o novo Código de Processo Civil brasileiro, instituído por meio da Lei 13.105, de 16 de março de 2015, trouxe mudanças estruturais em matéria de direito processual, não apenas no âmbito civil, mas em todos os ramos normativos do processo judicial. Essa amplitude de aplicação decorre principalmente da universalidade dos institutos que passou a reger, muitos dos quais ligados à ideia de constitucionalização do processo²⁰, que, por uma questão de topografia normativa, espraiam-se por todo o direito. O advento do NCPC marca, em verdade, o desfecho de um ciclo de mudanças, no campo do direito processual, havidas desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, e, em cujo ínterim, produziram-se diversas alterações do próprio texto constitucional – do que a Emenda Constitucional n. 45/2004, talvez seja o instrumento normativo veiculador das maiores transformações nessa área do direito – acompanhadas de outras tantas mudanças na legislação infraconstitucional, incluindo o direito processual civil e o direito processual penal.

Desde o pós-Segunda Guerra e após o fim dos regimes fascistas, a maior parte dos países ocidentais passou a viver a passagem de um Estado Legislativo (ou paleojuspositivista), caracterizado pelo monopólio estatal (através do Poder Legislativo) da produção do direito e pela falta de limites normativos ao exercício desse poder pela maioria, para um Estado Constitucional (ou neojuspositivista), caracterizado pela imposição de limites ao poder da maioria, através de princípios constitucionais e de normas fundamentais superiores e de obrigatória observância por todos os órgãos do Estado, inclusive o Legislativo, bem como pelos particulares²¹. O Estado constitucional conjuga, assim, aspectos de um sistema normativo nomostático (na terminologia kelseniana) próprio do direito jurisprudencial e do jusnaturalismo, cujo reconhecimento da validade das normas se dá pela intrínseca justiça ou racionalidade de seu conteúdo²², com aspectos

²⁰ Sobre o tema, cf.: BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 399-404; ZANETI JR., Hermes. **A Constitucionalização do Processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição**. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Atlas, 2014, p. 161-188.

²¹ FERRAJOLI, 2015, p.85.

²² MATOS, Carla Maia. **A justiça processual no cenário do recurso extraordinário com sua exigência de repercussão geral**. 2014. 127 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Programa de Pós-graduação em Direito Processual, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2014, p. 19-31. Segundo a autora: “A justiça é um valor, é aquilo em que se acredita, um credo que se professa e compartilha, um estandarte justificador de ações e decisões, um fundamento teleológico de atitudes, um guia para

de um sistema nomodinâmico, próprio do direito positivo, em que a validade das normas se dá unicamente pela forma com que são produzidas (pessoas ou fontes e processos pré-definidos de produção normativa), e ligadas à regra da maioria contingente²³. Sem abandonar a formalidade juspositivista para o reconhecimento de validade das normas, o Estado constitucional submete-a, também, à compatibilidade com os preceitos constitucionais, os quais, dotados de superioridade hierárquica e imutabilidade (ou rigidez, mediante um processo modificativo mais dificultoso), passam a limitar o conteúdo das normas²⁴. Tem-se, então, o neojuspositivismo²⁵ (com presença de aspectos de um certo neojusnaturalismo²⁶) em superação ao (paleo)juspositivismo do Estado legislativo. É o novo tempo das Constituições rígidas ou do neoconstitucionalismo²⁷, em oposição ao constitucionalismo clássico dos séculos XVIII e XIX, com suas Constituições flexíveis e sua doutrina política das limitações dos poderes públicos, com menor ou nenhuma limitação do Poder Legislativo, para garantir determinado âmbito de liberdade e igualdade, por meio da lei²⁸. O paradigma constitucional se forma, desse modo, como um “sistema de garantias, isto é, de limites e de vínculos jurídicos impostos ao exercício de qualquer poder como condição de sua legitimidade”, incluindo o poder legiferante.²⁹

Segundo outra parte da doutrina, a imagem que melhor define os Estados constitucionais atuais, é a da ductilidade, fator que está relacionado ao caráter conciliatório do movimento constitucional. Nascido em meio às pluralidades sociais do século XX, o constitucionalismo promulga a

aquilo que deve ser exigido e realizado, máximas diretivas para a normatização da vida social, para a fixação das regras de controle e para o estabelecimento do que deve ser entendido por correto, o bem e o justo”.

²³ A concepção do legislador como único legitimado a produzir normas jurídicas se dá pela teoria da “legitimação pelo procedimento”, cujo expoente que se pode destacar é Niklas Luhman, para quem juridicamente legítimo é tudo aquilo que está de acordo com procedimentos jurídicos prefixados” e, ainda, que “cada decisão se legitima em função da positivação processual do direito, ou seja, porque já se encontram previstas as premissas da decisão – embora permaneça incógnita até o final do processo” (LUHMAN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: Universidade de Brasília, 1980, p. 148).

²⁴ FERRAJOLI, 2015, p. 17-31.

²⁵ Ibidem, p. 19-20.

²⁶ Ibidem, p. 23-31.

²⁷ Ibidem, p. 24.

²⁸ Ibidem, p. 25. Segundo Daniel Mitidiero (MITIDIERO, 2017, p. 118-119, grifos do autor): “A afirmação do Estado Constitucional – especialmente na face em que se consubstancia como Estado de Direito – está umbilicalmente ligada à *domesticação do poder*. Nos Oitocentos, a limitação do poder estatal encontrou sua direção principalmente na *função executiva*, afirmando-se o Direito como um limite à atuação do *governo*. A *legalidade* foi a expressão eleita pelo Estado de Direito como símbolo da sua primeira revolução. Nos Novecentos, o *controle de constitucionalidade* teve como endereço precípua o *legislador*, sendo o seu advento fundado na necessidade de imporem-se limites à *função legislativa*. O *controle de constitucionalidade* e a *proteção dos direitos fundamentais* simbolizaram inequivocamente a segunda revolução do Estado de Direito. No início do nosso século a preocupação se volta para o Poder Judiciário. E isso porque o Direito não passa de uma *expectativa ilusória* se não encontrar interpretação isonômica e segura pelos juízes. Essa é a razão pela qual o Estado Constitucional hoje lança sua normatividade sobre o Poder Judiciário e erige os *precedentes* e as *Cortes Supremas* por eles responsáveis como guardiães não só da Constituição, mas da *integridade da ordem jurídica como um todo*”.

²⁹ FERRAJOLI, 2015, p. 24.

conciliação das diversidades, a coexistência de valores e princípios, tendo como incumbência a sua unidade e integração³⁰. Nesse contexto, houve significativas mudanças quanto à compreensão do Direito³¹, das quais três grandes alterações podem ser destacadas, no que interesse a essa parte do trabalho.

A primeira delas, relativa à teoria das normas³². Passa-se do pressuposto, do Estado Legislativo, de que toda norma era sinônimo de regra. Não se compreendiam os princípios como normas, mas, apenas, como fundamentos para as normas e fonte de inspiração da atividade legislativa³³. No Estado Constitucional, a teoria das normas amplia-se, enquadrando-as em regras e princípios³⁴, com a peculiaridade de que os princípios ganham força normativa e vinculam seus destinatários³⁵. Passa-se, ainda, da singularidade da fonte – o Código, do Estado Legislativo (estatalidade do direito)³⁶ – para a pluralidade fragmentada do Estado Constitucional, em que as codificações perdem plenitude³⁷ e passam a desempenhar função central infraconstitucional,

³⁰ ZAGREBELSKY, 2008, p. 14.

³¹ Sobre essa passagem de um Estado Legislativo (*Stato di Diritto – Rechtsstaat*) para um Estado Constitucional (*Stato Costituzionale – Verfassungsstaat*): ZAGREBELSKY, 2008, p. 21-45.

³² De maneira ampla: ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios jurídicos**: a definição à aplicação dos princípios jurídicos. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

³³ MITIDIERO, 2017, p. 44-45.

³⁴ Conforme Humberto Ávila: “em primeiro lugar, as regras diferenciam-se dos princípios pela natureza da descrição normativa: enquanto as regras descrevem objetos determináveis (sujeitos, condutas, matérias, fontes, efeitos jurídicos, conteúdos), os princípios descrevem um estado ideal de coisas a ser promovido. Em segundo lugar, as regras diferenciam-se dos princípios pela natureza da justificação que exigem para serem aplicadas: as regras exigem um exame de correspondência, ao passo que os princípios exigem uma avaliação da correlação positiva entre os efeitos da conduta adotada e o estado de coisas que deve ser promovido. Em terceiro lugar, as regras distinguem-se dos princípios pela natureza da contribuição para solução do problema: enquanto as regras têm pretensão de decidibilidade, pois visam a proporcionar uma solução provisória para um problema conhecido ou antecipável, os princípios têm pretensão de complementariedade, já que servem de razões a serem conjugadas com outras para a solução de um problema” (Ibidem, p. 83-84). No mesmo sentido, cf. MITIDIERO, 2017, p. 78.

³⁵ Sobre a força normativa dos princípios, cf.: GUASTINI, 2014, p. 183-206; ZAGREBELSKY, 2008, p. 14-15, 93 e 117-118. Entre nós, cf.: BARROSO, 2015, p. 355-367.

³⁶ FERRAJOLI, 2015, p. 19.

³⁷ Para Ferrajoli, a codificação é uma receita iluminista, mas foi o que tornou possível a passagem do arbítrio dos juízes do velho direito jurisprudencial ou jusnaturalista ao Estado legislativo de direito, através do princípio da clareza e da determinação das leis. Hoje, segundo o autor, a legalidade, que as próprias Constituições deveriam disciplinar, degenerou-se ao ponto de fazer com que os nossos ordenamentos jurídicos regredissem à incerteza do direito jurisprudencial pré-moderno (FERRAJOLI, 2015, p. 209). No campo penal, a importância da codificação seria ainda maior, para evitar o colapso da inflação legislativa (já em curso), mediante a transformação do princípio da reserva de lei em “reserva de código”, de modo que nenhuma norma “em matéria de crimes, de penas e de processos penais” pudesse ser feita a não ser por meio de um procedimento legislativo especial (constitucionalmente previsto) para alteração do Código Penal e do Código de Processo Penal (ibidem, p. 207-208 e 242-243). No mesmo sentido, cf. ZANETI JR, Hermes. Aplicação supletiva, subsidiária e residual do CPC ao CPP. Precedentes normativos formalmente vinculantes no processo penal e sua dupla função. Pro futuro *in malam partem* (matéria penal) e *tempus regit actum* (matéria processual penal). In: CABRAL, Antonio do Passo; OLIVEIRA,

abundando estatutos, legislações especiais e instrumentos infralegais de regulação da vida social.³⁸ O ordenamento jurídico se torna complexo, com mudanças qualitativas, mas também quantitativas no campo das normas³⁹.

A segunda mudança diz respeito à técnica legislativa. Passa-se da técnica casuística do Estado Legislativo, em que o legislador pretende, de forma minuciosa, disciplinar todos os aspectos da vida em sociedade, para uma técnica legislativa que mistura a casuística com a técnica aberta.⁴⁰ Ou seja, o legislador do Estado Constitucional, ora prevê nos textos normativos exatamente as hipóteses e efeitos que deseja (técnica casuística), ora emprega termos indeterminados⁴¹, com ou sem previsão de consequências jurídicas (técnica aberta)⁴². Entram em cena, nesta fase, os conceitos jurídicos indeterminados – “espécies normativas em que, no suporte fático, há previsão de termo indeterminado e há consequências jurídicas legalmente previstas” e as cláusulas gerais – “espécies normativas em que há previsão de termo indeterminado no suporte fático e não há previsão de consequências jurídicas no próprio enunciado legal”⁴³.

A terceira mudança – e mais importante para esse capítulo – é a que se relaciona à interpretação jurídica e à própria compreensão do direito. Ultrapassa-se a noção, do Estado Legislativo, de que texto de lei e norma se confundem, para entender a norma jurídica como resultado da atividade jurisdicional que reconstrói o sentido das proposições e dos enunciados fáticos-jurídicos⁴⁴, à vista do caráter não cognitivista e lógico-argumentativo do Direito⁴⁵. Assim, observa a

Eugênio Pacelli de; CRUZ, Rogerio Schietti (Coord.). **Processo penal**: coleção repercussões do novo CPC, v. 13. Salvador: Juspodivm, 2016, cap. 16, p. 458-460.

³⁸ Segundo Zagrebelsky, a pluralidade normativa do Estado Constitucional é reflexo da sociedade pluralista, marcada pela heterogeneidade, que dá origem a esse tipo de Estado, e da Constituição como instrumento conciliador das diversidades (ZAGREBELSKY, 2008, p. 13), em contraposição à ideia de homogeneidade do Estado Legislativo, cujos “distintos aspectos ou componentes do direito estavam unificados ou ‘reduzidos’ na lei” (p. 37-40, tradução livre).

³⁹ MITIDIERO, 2017, p. 19-20.

⁴⁰ BARROSO, 2015, p. 164-165; BARROSO, 2012, p.78-79.

⁴¹ Atribui-se aos sistemas austríaco e alemão do século XIX a concepção e o desenvolvimento dos chamados conceitos indeterminados. Um dos maiores nomes de doutrina é sem dúvida Karl Engisch, que aponta a existência de técnicas, na redação de textos normativos, que dão ao juiz certa autonomia em relação à lei, as quais classifica em: conceitos normativos, conceitos discricionários, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados. Aponta o autor que essa mudança foi lenta e gradual e se deu em um processo de “afrouxamento” do vínculo que prendia os tribunais a certas autoridades administrativas e legislativas, acompanhado do desenvolvimento da independência das instituições judiciais do Estado (ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Trad. J. Batista Machado. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 206-208). Entre nós, para uma definição dos conceitos jurídicos indeterminados, cf.: BARROSO, 2015, p. 351-355.

⁴² ZAGREBELSKY, 2008, p. 136.

⁴³ MITIDIERO, 2017, p. 20, nota 4; BARROSO, 2015, p. 342-351.

⁴⁴ ÁVILA, 2015, p. 51-53; ZANETI JR., 2016, p. 130-131.

⁴⁵ MITIDIERO, 2017, p. 20; ZANETI JR., 2016, p. 132.

doutrina que “o essencial é que o Direito não é meramente descrito ou revelado, mas reconstruído a partir de núcleos de significados de dispositivos normativos que, por sua vez, precisam ser conectados com elementos factuais no processo de aplicação⁴⁶. O material normativo, assim, não é totalmente, mas apenas parcialmente dado⁴⁷. Assume-se, portanto, a separação entre texto e norma – o legislador outorga textos, não normas⁴⁸. As normas derivam do sentido dos textos, o qual se dá a partir de sua interpretação por seus destinatários⁴⁹. A diferença da interpretação jurídica no Estado Legislativo e do Estado Constitucional é, portanto, enorme: no primeiro, o pressuposto era a unidade entre texto e norma, ou seja, o legislador outorgava não só o texto, mas também a norma, cabendo ao juiz (ou à jurisdição) o papel de tão somente declarar ou revelar a norma pré-existente ao caso concreto (juiz “boca da lei”).⁵⁰ No segundo e atual panorama, o Direito deixa de ser um objeto total, prévia e completamente dado pelo legislador e que o jurista tem de conhecer, para se tornar uma “harmoniosa composição entre atividades semânticas e argumentativas” e que o jurista, em especial o Poder Judiciário, tem de reconstruir⁵¹ a partir da fusão entre o texto da lei e o caso concreto, isto é, da relação fático-jurídica. Daí afirmar a doutrina que a interpretação é uma atividade mediadora que se situa “entre o caso real e a norma que deve regulá-lo”⁵².

Se o preceito teórico é o de que texto de lei e norma jurídica não se confundem e que a produção normativa está muito além das palavras grafadas no papel, para demonstrá-lo é necessário nos debruçarmos sobre a relação entre linguagem e direito. Nesse campo, teceremos algumas considerações sobre a definição dos elementos da linguagem jurídico-prescritiva, e sobre a importância que a atividade interpretativa do direito tem para a formação da norma jurídica, bem como sobre os limites consensuais impostos ao intérprete, na qual tanto a atividade legislativa quanto a judicial têm um valor próprio e, por força do novo Código de Processo Civil, de grau inédito em nosso ordenamento.

⁴⁶ ZAGREBELSKY, 2008, p 138-139.

⁴⁷ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 38.

⁴⁸ MITIDIERO, 2017, p. 21.

⁴⁹ Nesse sentido: GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 32; SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional** [livro eletrônico]. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 1524-1525.

⁵⁰ BARROSO, 2012, p. 78.

⁵¹ ÁVILA, 2011, p. 254.

⁵² ZAGREBELSKY, 2008, p. 133.

1.2. LINGUAGEM E DIREITO.

Segundo a doutrina, foi com o desenvolvimento da filosofia da linguagem que se deu a superação definitiva da “visão metafísica de que os objetos do mundo tinham um sentido em si (uma essência ontológica) ou que tais sentidos eram livremente atribuídos pelo sujeito (paradigma da filosofia da consciência)”. Na concepção atual, “é a linguagem o elemento constitutivo do conhecimento e do sentido do mundo”.⁵³

Nessa linha, e antes mesmo de adentrar o campo da interpretação dos textos normativos, é preciso destacar que direito é linguagem e, por isso, ligada ao conhecimento; mais precisamente espécie de linguagem prescritiva, isto é, que determina comportamentos humanos⁵⁴. Nesse sentido, aponta a doutrina, como de vital importância para a compreensão do homem e do direito, entender a realidade humana como uma continuidade linguística, “na medida em que ambos não trabalham com os acontecimentos físicos, mas somente com a interpretação ou versão, por fim linguagem”.⁵⁵ Por tal razão se afirma que onde houver normas jurídicas, escritas ou não escritas, haverá certamente uma linguagem em que tais regras se manifestem⁵⁶.

Quanto à espécie de linguagem das normas jurídicas, esta é a linguagem prescritiva, a qual se presta “à expedição de ordens, de comandos, de prescrições dirigidas ao comportamento das pessoas, pois o direito somente se volta a condutas humanas.⁵⁷ Todas as organizações normativas operam com essa linguagem para incidir no proceder humano, canalizando as condutas no sentido de implantar valores”⁵⁸.

⁵³ ZANETI JR; PEREIRA, 2016, p. 26

⁵⁴ GUASTINI, 2005, p. 24; ZAGREBELSKY, 2008, p. 109.

⁵⁵ MOUSSALLEM, 2006, p. 4; CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. 6. ed. São Paulo: Noeses, 2015, p. 41-43. Valem também as precisas assertivas de Dardo Scavino sobre o tema da linguagem e da realidade enquanto fruto de interpretação humana: “[...]nunca conocemos la cosa tal cual es fuera de los discursos que hablan acerca de ella y, de alguna manera la crean o la construyen. Siempre conocemos, según el lema nietzscheano, una interpretación o una versión de los hechos, y nuestra versión resulta a su vez una versión de esa versión” (SCAVINO, Dardo. **La filosofía actual: pensar sin certezas**. Santiago Del Estero: Paidós Postales, 1999, p. 38-39).

⁵⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 19. No mesmo sentido, GUASTINI, para quem “A interpretação jurídica pertence ao gênero da interpretação textual”. GUASTINI, 2005, p. 130-131).

⁵⁷ KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Tradução e revisão de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986; SANTI, Eurico Marcos Diniz de. **Lançamento tributário**. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 39.

⁵⁸ Das palavras de LOURIVAL VILANOVA: “Altera-se o mundo físico mediante o trabalho e a tecnologia, que o potencia em resultados. E altera-se o mundo social mediante a linguagem das normas, uma classe da qual é a linguagem das normas do Direito” (VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p.3-4)

A par das diversas acepções que o termo conhecimento pode ordinariamente ter (experiência, habilidade, conjunto de informações apreendidas etc.), para a Filosofia da Linguagem, o conhecimento é a relação entre linguagens – significações; é um fato complexo que se desenvolve dentro de um processo de comunicação entre sujeitos.⁵⁹

A partir do giro linguístico que coloca a linguagem como independente da realidade (o qual tem como precursor Ludwig Wittgenstein⁶⁰) percebe-se que o homem não habita um mundo somente físico, mas um mundo cultural, formado não apenas pela realidade em si, mas por demonstrações dessa realidade, que se constituem na linguagem⁶¹. É indubitável que o mundo e seus objetos existem independentemente do homem, mas só existem para este quando por ele percebidos e só tomam forma quando apreendidos pela sua linguagem, que os organiza em pensamentos (representações e enunciados) e os retém e transmite também por meio da linguagem. Nesse sentido, a palavra (linguagem) não é só materialização do pensamento, é o próprio pensamento⁶² e o conhecimento, como processo comunicacional (no que se inclui o direito⁶³), somente existe por meio da linguagem.

Se, como visto, a linguagem constitui a realidade para o homem e é o objeto do seu conhecimento, não há como se falar em conhecimento sem a linguagem; sem ela o primeiro se torna vazio de conteúdo e, portanto, inexistente⁶⁴. Nesse sentido, poderia definir-se o conceito de

⁵⁹ Ensina-nos Moussalem que: “A distinção clara entre as palavras e as coisas é um produto tardio do espírito humano. Durante muitos anos acreditou-se que as palavras emergiam da essência do objeto. [...] Com a publicação da obra *Tractatus Logico-Philosophicus*, de LUDWIG WITTEGENSTEIN, teve início a época da filosofia da linguagem, a partir da qual a linguagem iniciou o seu processo de independência em relação à realidade, passando a sobrepô-la. Essa fase, que chega até os dias atuais, é conhecida como o ‘giro linguístico’”. (MOUSSALLEM, 2006, p. 1-2).

⁶⁰ O *Tractatus Logico-Philosophicus* (latim para "Tratado Lógico-Filosófico") é o principal livro publicado pelo filósofo austríaco Ludwig Wittgenstein em sua vida. O projeto tinha um objetivo amplo - identificar a relação entre linguagem e realidade e para definir os limites da ciência - e é reconhecido como uma obra filosófica importante do século XX. G.E. Moore originalmente sugeriu o título latino do trabalho como homenagem ao *Tractatus Theologico-Politicus*, obra do filósofo holandês Baruch Spinoza. Wittgenstein escreveu as notas para o *Tractatus*, enquanto ele era um soldado durante a Primeira Guerra Mundial e o completou quando estava como prisioneiro de guerra em Como e depois Cassino em agosto de 1918. Foi publicado em alemão em 1921 como *Logisch-Philosophische Abhandlung*. O *Tractatus* foi influente, principalmente entre os positivistas lógicos do Círculo de Viena, tais como Rudolf Carnap e Friedrich Waismann (TRACTATUS LOGICO-PHILOSOPHICUS. In: WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. Flórida: Wikimedia Foundation, 2017. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Tractatus_Logico-Philosophicus&oldid=50657174>. Acesso em: 24 mar. 2018.).

⁶¹ CARVALHO, 2015, p. 162-168.

⁶² MOUSSALLEM, 2006, p. 6.

⁶³ CARVALHO, 2015, p. 168-180.

⁶⁴ Nas palavras de Tércio Sampaio Ferraz Junior: “A realidade, o mundo real, não é um dado, mas uma articulação linguística mais ou menos num contexto social. [...] Fato não é, pois, algo concreto, sensível, mas um elemento

linguagem, em uma primeira aproximação, como um sistema que serve à comunicação⁶⁵ e dizer, ainda, que a linguagem é a capacidade do ser humano para comunicar-se por intermédio de signos, cujo conjunto sistematizado é a língua⁶⁶.

A linguagem é, portanto, o conceito mais abrangente, contendo a língua e a fala. A língua corresponde ao sistema de signos de uma determinada comunidade social, que se presta à comunicação intersubjetiva de seus membros. Consiste em apenas um dos sistemas sîgnicos que se prestam à comunicação, entre tantos outros meios de comunicação dentro de cada sociedade (gestos, expressão corporal, artes, vestuário, arquitetura, música, artes plásticas etc.) e que não se inserem no conceito de língua, posto ser esta limitada ao idioma, à palavra falada ou escrita⁶⁷. A fala, por sua vez, consiste no ato individual de seleção e de atualização, em face da língua, que é instituição e sistema. A fala está para a língua, assim como o uso está para o esquema (Hjelmslev) ou o código para a mensagem (Jakobson)⁶⁸.

1.3. SIGNO: SUPORTE FÍSICO, SIGNIFICADO E SIGNIFICAÇÃO. ENUNCIADOS E PROPOSIÇÕES JURÍDICAS.

Ainda dentro da linguagem, podemos destacar a subdivisão que faz a doutrina⁶⁹, ao arrolar como elementos da mesma o signo, o suporte físico, o significado e a significação.

Signo é a unidade do sistema de linguagem que permite a comunicação intersubjetiva, com *status* lógico de relação. “Os signos (mais precisamente os símbolos) são convenções dos sujeitos para representar o mundo físico. São concepções pactuadas das quais o homem (como ser natural que é) compartilha, ao nascer em um mundo cultural”⁷⁰. “Nele, um *suporte físico* se associa a um *significado* e a uma *significação*”⁷¹. Essa tripartição é nomeada de triângulo básico⁷² ou semiótico.⁷³

linguístico capaz de organizar uma situação existencial como realidade”. FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 236 e 244.

⁶⁵ GUIBOURG; GUIGLIANI; GUARINONI, 1985, p. 19.

⁶⁶ CARVALHO, 2015, p. 32.

⁶⁷ Ibidem, p. 31.

⁶⁸ CARVALHO, 2015, p. 32.

⁶⁹ Ibidem, p. 33-34.

⁷⁰ MOUSSALLEM, 2006, p. 2.

⁷¹ CARVALHO, 2015, p. 33 (grifos do autor).

⁷² Nomenclatura atribuída a Odgen e Richards; SANTI, 1999, p. 35; ULLMANN, Stephen. **Semántica: introducción a la ciência del significado**. 2. ed. Tradução de Juan Martín Ruiza-WERNER. Marid: Aguilar, 1972, p. 64.

⁷³ Nomenclatura usada por: CARVALHO, 2015.

O suporte físico é meio material (físico) pelo qual se transmite a linguagem idiomática, podendo ser a palavra falada (ondas sonoras) ou a escrita (tinta no papel, giz na lousa etc.).⁷⁴ Destaca-se, no campo do direito, como sabemos, o uso majoritário do suporte físico que contém a palavra escrita.

Significado, por sua vez, corresponde aos objetos do mundo exterior ou interior e, portanto, concreto ou imaginário, atual ou passado, a que se refere o signo. Já a significação é a ideia, noção ou conceito suscitado na mente do interlocutor a partir da percepção do signo e do conhecimento de seu significado, sendo variável conforme os fatores psíquicos ligados ao contexto da linguagem e à experiência de vida de cada um.⁷⁵

O mundo é, portanto, uma construção de significações. “Uma palavra só se explica por outra palavra”. É assim, por meio da linguagem, que sabemos o que são fatos jurídicos, fontes do direito, relação jurídica etc. “O significado, como durante muito tempo se pensou, não é a relação entre o *suporte físico* e o *objeto* representado, mas, sim, a *relação entre significações* – sentidos. O significado de uma palavra já não é a coisa mesma, mas, sim, outra palavra”.⁷⁶

Percebe-se, portanto, que o suporte físico da linguagem contém um conjunto de signos, os quais se relacionam com algum objeto real ou abstrato (seu significado), por meio de uma convenção linguística dos homens. Essa associação entre o signo e o seu significado, por ser convencional (jamais natural ou intrínseca ao objeto), somente ocorre na mente humana, que, a partir do conhecimento prévio de seu significado, dá sentido próprio (significação) à linguagem utilizada.⁷⁷

Fixada a relação triangular semiótica das palavras (suporte físico, significado e significação), podemos avançar no tema, com os conceitos de enunciado e proposição.

⁷⁴ SANTI, 1999, p. 34; CARVALHO, 2015, p. 34.

⁷⁵ Exemplo bastante elucidativo do uso da terminologia usada por CARVALHO é dado por ele mesmo: “A palavra *manga* (fruta) é o *suporte físico* (porção de tinta gravada no papel). Refere-se a uma realidade do mundo que todos conhecemos: uma espécie de fruta, que é seu *significado*. E faz surgir em nossa mente o conceito de manga, variável de pessoa para pessoa, na dependência de valores psíquicos ligados à experiência de vida de cada qual. Para aqueles que apreciarem essa fruta, certamente que sua imagem será de um alimento apetitoso, suculento. Para os que dela não gostarem, a ideia será desfavorável, aparecendo a representação com aspectos bem diferentes. Trata-se da *significação*”. (CARVALHO, 2015, p. 34-35).

⁷⁶ MOUSSALLEM, 2006, p. 4 (grifos do autor).

⁷⁷ GUIBOURG; GUIGLIANI; GUARINONI, 1985, p. 18.

Um enunciado ou uma oração é uma sequência significativa de palavras. Um enunciado é sempre composto de palavras que possuem significado, mas o próprio enunciado como um todo tem o seu próprio sentido, resultado dos significados das palavras combinadas entre si de certo modo⁷⁸. Podemos, com seu uso, descrever algo, expressar um sentimento, dar uma ordem, questionar, pedir, formalizar um ato etc. Um documento normativo (uma fonte formal do direito) nada mais é que um agregado de enunciados do discurso prescritivo (diretivo, normativo, preceptivo...), o qual se trata de um discurso ou de uma linguagem empregada para modificar comportamentos humanos⁷⁹.

Como visto, no triângulo semiótico dos signos, enunciado corresponde ao suporte físico, ou seja, à expressão material do signo, à palavra escrita ou falada.⁸⁰ Esse suporte físico refere-se a algo do mundo exterior ou interior, de existência concreta ou imaginária, atual ou passada, que é seu significado; e suscita em nossa mente uma noção, ideia ou conceito que chamamos de significação ou proposição⁸¹. Proposição, portanto, é a significação criada pelo enunciado em nossas mentes, isto é, a construção mental do seu sentido⁸²; é o resultado produzido pela mensagem (suporte físico da linguagem) no entendimento do receptor, de acordo com as acepções e usos do código linguístico empregado e consentido pelos seus usuários.

No direito, a norma jurídica é a significação que colhemos da leitura dos textos de direito positivo⁸³. A Constituição, as leis, os decretos, as portarias, os atos administrativos, as decisões judiciais, os contratos são todos exemplos de veículos normativos de enunciados da linguagem

⁷⁸ ZANETI JR., 2016, p. 130-131.

⁷⁹ Nesse sentido: GUASTINI, 2005, p. 24. O autor ainda traz interessante concepção sobre a natureza enunciativa tanto do “enunciado” ou texto de lei, quanto do seu “significado” ou interpretação, ambos espécies de enunciados, porquanto a tanto a lei quanto seu significado somente podem ser expressos em linguagem e esta se veicula por meio de enunciados: “Não passará despercebido que, segundo a minha proposta definitiva, tanto o termo ‘disposição’ quanto o termo ‘norma’, denotam enunciados. São enunciados não só as disposições, como também as normas: não só os textos (ou certas partes dos textos), mas também os seus significados. [...] A disposição é um enunciado que constitui o objeto da interpretação. A norma é um enunciado que constitui o produto, o resultado da interpretação. Nesse sentido, as normas são – por definição – variáveis dependentes da interpretação” (p. 26 e 28).

⁸⁰ Nas palavras de Paulo de Barros Carvalho, enunciado é o “conjunto de fonemas ou grafemas que, obedecendo a regras gramaticais de determinado idioma, consubstancia a mensagem expedida pelo sujeito emissor para ser recebida pelo destinatário no contexto da comunicação” (CARVALHO, 2009, p. 22).

⁸¹ SANTI, 1999, p. 34.

⁸² Para GUASTINI, porém, “seria errado pensar que a disposição, enquanto fragmento linguístico, seja um objeto empírico, perceptível aos sentidos e que, pelo contrário, a norma enquanto ‘significado’, seja uma enigmática construção mental. Não há outro modo de formular um significado, senão por meio de palavras, e os significados não possuem uma ‘existência’ independente das palavras com as quais são expressos. Portanto, a distinção entre disposição e norma não pretende ser uma distinção ontológica entre os enunciados e alguma coisa distinta dos enunciados. Trata-se, mais modestamente, da distinção entre duas classes de enunciados” (GUASTINI, 2005, p. 28).

⁸³ CARVALHO, 2009, p. 18. Conferir também SANTI, 1999, p. 35-36.

do direito. Seus elementos são os artigos, os parágrafos, os incisos, as alíneas, os segmentos de linguagem, que configuram enunciados prescritivos, aos quais correspondem proposições (significações) jurídicas⁸⁴.

Da diferenciação entre o enunciado prescritivo e a proposição jurídica, é possível, portanto, estabelecer a diferença entre o texto da lei e a norma jurídica. Um é o mero suporte físico, o conjunto de signos usados na linguagem prescritiva do direito para transmitir determinado significado, de um emissor a um receptor (enunciado/texto de lei)⁸⁵; outro, a atribuição de sentido a essa mensagem, que somente se consolida com a atividade interpretativa do destinatário de receber a mensagem, processá-la segundo seus próprios conhecimentos da linguagem utilizada, decorrente de um consenso coletivo de uso, e dar-lhe significação (norma ou proposição jurídica)⁸⁶. Nesse sentido, “[o] que importa é compreender o direito como fruto da comunicação humana, um fato cultural, concebido com o objetivo de, pragmaticamente, regulamentar as condutas intersubjetivas”. Por pertencer o direito à classe dos fatos culturais, como tal, “encontre-se necessariamente plasmado em linguagem: a linguagem em sua função prescritiva, objetivada em um *corpus* identificável na variedade dos *textos* normativos”⁸⁷.

É lógico, porém, necessário, frisar, que o receptor não está (como se poderia equivocadamente imaginar) livre para atribuir ao enunciado usado pelo emissor o significado que bem quiser⁸⁸. Entram aí os limites da linguagem estabelecidos pelo seu uso. Não é o receptor quem define o

⁸⁴ Para GUASTINI, “enunciado” é “qualquer expressão linguística sob forma acabada. Considera-se que o enunciado não coincide (necessariamente) com o isolado artigo de lei, ou com o isolado parágrafo. Um artigo de lei ou um parágrafo seu pode muito bem ser constituído, como acontece frequentemente, por uma pluralidade de enunciados. No que diz respeito a isso, os juristas falam às vezes de ‘proposição jurídica’, ‘proposição normativa’, e similares. Convém talvez precisar todavia, que ‘enunciado’ não é sinônimo de ‘proposição’, no sentido gramatical (e tampouco exatamente de ‘proposição’ em sentido lógico). Por um lado, de fato, nem todos os enunciados compõem-se de uma única proposição; e, por outro lado nem todas as proposições são enunciados. Um enunciado pode ser alternativamente: (a) ou uma ‘frase simples’, isto é, uma proposição independente; (b) ou uma ‘frase complexa’, isto é, um agregado independente de proposições, constituído por uma proposição principal e por uma ou mais proposições a esta subordinadas” (GUASTINI, 2005, p. 25).

⁸⁵ Pois as normas jurídicas sempre pressupõem dois sujeitos: um emissor da ordem prescritiva e outro destinatário da mesma, cf. KELSEN, 1986, p. 37.

⁸⁶ FERRAJOLI, 2015, p. 137-138.

⁸⁷ MOUSSALLEM, 2006, p. 20, (grifos do autor).

⁸⁸ MITIDIERO, 2017, p. 59.

sentido do enunciado; é o seu uso social e repetido, dentro de determinado grupo de pessoas, convencionalmente fixado, que o faz.⁸⁹

Nesse sentido, a constatação de que os sentidos são construídos pelo intérprete no processo de interpretação não deve levar à conclusão de que não há significado alguma antes do término desse processo de interpretação. Dizer que o significado depende do uso não importa em sustentar que ele só surja com o uso específico e individual. Isso porque há traços de significado mínimos incorporados ao uso ordinário ou técnico da linguagem. Há sentidos, portanto, que preexistem ao processo particular de interpretação, na medida em que resultam de estereótipos de conteúdos já existentes na comunidade linguística geral. Há estruturas de compreensão existentes de antemão ou *a priori*, que permitem a compreensão mínima de cada sentença sob certo ponto de vista já incorporado ao uso comum da linguagem⁹⁰. Desse modo, pode-se afirmar que o uso comunitário da linguagem constitui algumas condições de uso da própria linguagem e que o intérprete não constrói, mas reconstrói⁹¹ sentido, tendo em vista a existência de significados incorporados ao uso linguístico e construídos na comunidade do discurso⁹².

O sentido de um símbolo ou de um enunciado, porém, não é estanque; ele muda e evolui, conforme o tempo, o local, os costumes, as condições sociais, econômicas, jurídicas e tudo o que influencia no uso da linguagem enquanto instrumento de comunicação do pensamento e do conhecimento⁹³. Nesse caldo linguístico-social estão inseridos o emissor, o receptor e a própria linguagem (com todos os seus elementos) e dele não há como escapar pela simples ignorância dos limites convencionais impostos à última. Ninguém pode dizer ou escrever “liberdade” e querer que alguém entenda “automóvel”; salvo se em dado contexto isso for convencionalizado previamente.⁹⁴

⁸⁹ Nessa esteira de pensamento, outra brilhante lição de Moussallem (2006, p. 6): “O homem, como ser cultural, habita uma linguagem. O sujeito emissor edifica seu mundo de acordo com sua linguagem e emite enunciados ao destinatário. Este, por sua vez, deverá coabitar o mesmo mundo linguístico do emissor para que possa compreender a mensagem (comunicação)”.

⁹⁰ ÁVILA, 2015, p. 52-53.

⁹¹ ZAGREBELSKY, 2008, p. 133; MITIDIERO, 2017, p. 20.

⁹² “Afirmar que *a norma ainda não é* antes da sua interpretação não implica afirmar que *inexiste significado sem interpretação*, mas simplesmente que antes da interpretação existe uma multiplicidade de significados possíveis” (MITIDIERO, 2017, p. 54, nota de rodapé n. 2, grifos do autor).

⁹³ MITIDIERO, 2017, p. 91.

⁹⁴ Nesse sentido, GUIBOURG, GUIGLIANI e GUARINONI: “Si estipulamos libremente um nombre, nadie comprenderá nuestros mensajes que lo contengan a menos que comuniquemos previamente esa estipulación. Si, em cambio, seguimos la *regla del uso común* (es decir, usamos palabras com el mismo significado que comúnmente se les asigna em nuestro médio linguístico), nuestros interlocutores no tendrán dificultad em entender lo que decimos. Em otras palabras, podemos usar cualquier nombre que se nos ocurra para cada cosa; pero cuanto menor sea la aceptación común de esse significado em el médio em que nos movemos, tanto mayor será la dificultad de

De outro lado, ninguém pode pretender que determinado termo tenha ontem, hoje e para sempre o mesmo sentido; a língua muda, como necessariamente muda a sociedade; via de consequência, o direito também se altera, restando evidente a espacialidade e a temporalidade das normas. Dizer “democracia” hoje é diferente do entendimento que se tinha sobre o mesmo termo na Grécia Antiga, assim como é diferente do significado que teve durante o período das ditaduras e do sentido que temos hoje com uma Constituição Cidadã.

Nesse contexto, a doutrina conclui que o significado não é algo incorporado ao conteúdo das palavras, mas, sim, que depende justamente de seu uso e interpretação, como comprovam as modificações de sentidos dos termos no tempo e no espaço, assim como as controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do sentido mais adequado que se deve atribuir a um texto legal. De outro lado, a concepção que aproxima o significado da intenção do legislador pressupõe a existência de um autor determinado e de uma vontade unívoca fundadora do texto. Tal situação abstrata, entretanto, não ocorre dessa forma, porquanto o processo legislativo qualifica-se exatamente como um processo complexo que não se submete a um autor individual, nem a uma vontade específica⁹⁵. Isto posto, a interpretação não se caracteriza como um ato de descrição de um significado previamente dado, mas com um ato de decisão que constitui a significação e o sentido de um texto⁹⁶. O ponto central disso tudo está no fato de que o intérprete não atribui “o” significado correto (exato, definitivo, estanque) aos termos legais. Ele tão só constrói exemplo de uso da linguagem ou versões de significado (sentidos) já que a linguagem nunca é algo pré-dado, mas algo que se concretiza no uso, ou, melhor, com o uso.⁹⁷

Isso tudo serve para demonstrar que o texto da lei não corresponde direta e inexoravelmente a um único sentido possível, embora haja esforço correto do legislador em dar-lhe sempre o sentido mais claro e menos ambíguo possível. Sabemos, no entanto, que, na prática, isso é tarefa de extrema dificuldade, dada a mutabilidade constante sofrida tanto pela língua, quanto pela

comunicación y tanto más necesaria alguna aclaración sobre nuestro lenguaje personal” (GUIBOURG; GUIGLIANI; GUARINONI, 1985, p. 35).

⁹⁵ ZAGREBELSKY, 2008, p. 132.

⁹⁶ MITIDIERO, 2017, p. 66-67 e 94-95.

⁹⁷ ÁVILA, 2011, p. 51-52.

realidade social, além da sempre presente falibilidade do conhecimento humano⁹⁸ e da equivo-
cidade da linguagem⁹⁹.

Se as mudanças são necessárias ao processo evolutivo da sociedade, tão importantes quanto
isso são os mecanismos de controle social sobre a atividade interpretativa que implica em mu-
danças no sistema de normas jurídicas. Nessa atividade de limitação da atividade judicial, dois
modelos principais estiveram presentes, havendo, hoje, entre nós e no direito comparado, um
momento de transição entre os mesmos, do que cuidaremos a seguir.

1.4. O MODELO LÓGICO-DEDUTIVO E A SINONÍMIA ENTRE TEXTO DE LEI E NORMA JURÍ- DICA.

A concepção cognitivista da interpretação judicial, com a identificação entre texto e norma
jurídica e a consideração da interpretação judicial como mera declaração da norma jurídica pré-
existente são aspectos do modelo lógico-dedutivo de formação do direito, frutos da cultura ju-
rídica dos séculos XVIII e XIX, por influência da Revolução Francesa, cujos ideais normativos
se espalharam por toda a Europa continental¹⁰⁰; no Brasil, esse modelo veio da influência de
Portugal, desde os primeiros ordenamentos jurídicos que aqui foram utilizados¹⁰¹

De acordo com esse modelo, a interpretação judicial é uma atividade puramente lógico-intelec-
tual de descoberta do significado exato e objetivo da norma legal¹⁰². O significado da norma é
intrínseco ao texto legislativo, de modo que cabe ao intérprete tão somente revelar o seu signi-
ficado, que é pré-dado pelo legislador, único legitimado pelo sistema a produzir normas jurí-
dicas¹⁰³. Decorre dessa premissa, a ideia de que o direito é completo, sem lacunas¹⁰⁴, e regula

⁹⁸ POPPER, Karl Raimund. A lógica da Investigação Científica. In: CIVITA, Victor. **Os Pensadores**. São Paulo: Abril Cultural, 1975, p. 274-276.

⁹⁹ MITIDIERO, 2017, p. 66-67.

¹⁰⁰ BRAVO-HURTADO, Pablo. Two ways to uniformity: recourse to the Supreme Court in the civil law and the common law world. In: UZELAC, Alan; VAN RHEE, Cornelis Hendrik (ed.). **Nobody's perfect. comparative essays on appeals and other means of recourse against judicial decisions in civil matters**. Cambridge: Intersential, 2014, p. 329-330.

¹⁰¹ LIMA, César de Barros. Do processamento e julgamento dos recursos extraordinários repetitivos. In: AMARAL JÚNIOR, Aluisio Gurgel; SILVA, Maria de Fátima Neves da (Org.). **Recursos especial e extraordinário no novo Código de Processo Civil: estudos em homenagem ao Prof. Dr. José de Albuquerque Rocha**. Fortaleza: TJCE, 2013, p. 108-110.

¹⁰² ZAGREBELSKY, 2008, p. 132; MITIDIERO, 2017, p. 44; TARUFFO, Michele. **El vértice ambíguo: ensayos sobre la casación civil**. Tradução de Juan J. Monroy Palacios e Juan F. Monroy Gálvez. Lima: Palestra, 2005, p. 99-100.

¹⁰³ TARUFFO, 2005, p. 104-105.

¹⁰⁴ MATOS, 2014, p. 32. Nesse sentido, cf. BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 208-209.

todas as condutas humanas (casuísmo), prescindindo da atividade interpretativa judicial para reconstrução do seu sentido normativo, limitando-se a jurisdição a declarar a norma pré-existente (cognitivismo), ao aplicá-la ao caso concreto¹⁰⁵. É da ideia de completude e fechamento do sistema jurídico em si mesmo que decorre a preferência pela codificação do direito, como forma ideal de construção do ordenamento jurídico¹⁰⁶.

Prevalece, nesse contexto, a sinonímia entre texto, norma e regra. Os princípios não possuem força normativa, servindo apenas como fundamentos de inspiração ao legislador para fixar as normas¹⁰⁷, jamais para fixar o sentido das mesmas *a posteriori* ou no momento de sua aplicação, porquanto a fase de construção da norma se encerra, segundo essa linha de pensamento, na fase legislativa.

No campo da interpretação jurídica, impera uma teoria cognitivista – também chamada de formalista ou de formalismo interpretativo¹⁰⁸. Nessa teoria, interpretar significa descobrir o significado intrínseco do texto normativo, inerente ao enunciado posto e, portanto, pré-existente à atividade cognitiva do seu destinatário. Interpretar é, assim, um ato de puro conhecimento, de descoberta ou revelação de algo que já existia e era dado pelo legislador previamente, de maneira completa e acabada¹⁰⁹. Nesse sentido, “a interpretação tem como objetivo declarar a única, exata, objetiva e correta interpretação da lei”¹¹⁰.

Para obter esse resultado, o intérprete deve se valer dos métodos gramatical, lógico, histórico e sistemático – os quatro elementos clássicos sugeridos por Savigny¹¹¹ e que, no Brasil, têm, na

¹⁰⁵ ZAGREBELSKY, 2008, p. 134.

¹⁰⁶ ZAGREBELSKY, 2008, p. 32

¹⁰⁷ MITIDIERO, 2017, p. 45.

¹⁰⁸ TARUFFO, 2005, p. 106 (grifos do autor): “As teses fundamentais do formalismo interpretativo [teoria cognitivista] são bem conhecidas e, no que interessa aqui, se podem resumir facilmente: (1) toda norma tem um *significado intrínseco*, implícito, mas *objetivamente dado*; (2) a atividade do intérprete consiste em *individualizar* e *tornar explícito* esse significado; (3) eventual problema interpretativo, ou a existência de mais de um significado atribuível ao mesmo enunciado normativo, resolve-se pela *individualização do verdadeiro significado* e descarte dos demais significados, que por consequência são *falsos*; (4) o método interpretativo é *lógico-dedutivo* e *exclui qualquer valoração e escolha discricionária* do intérprete; e (5) o juiz interpreta a norma a fim de declarar o seu significado implícito objetivamente existente, *sem em nenhum momento realizar qualquer escolha valorativa*, aplicando *dedutivamente* a norma ao fato” (tradução livre). No mesmo sentido: MARINONI; ARENHARDT; MITIDIERO, 2016, p. 42.

¹⁰⁹ MITIDIERO, 2017, p. 46.

¹¹⁰ *Ibidem*.

¹¹¹ SAVIGNY. Carl Friederich von. **Sistema del derecho romano actual**. Tradução de Jacinto Mecía e Manuel Poley. Tomo I. Madrid: Góngoba y companhia, 1878, p. 149-151.

obra de Carlos Maximiliano, sua principal referência¹¹². Tais critérios se encaixam perfeitamente à teoria cognitivista, que pressupõe norma como texto (gramatical), como obra racional do legislador (lógico e histórico – com escopo de se descobrir a “vontade da lei”, entendida como a vontade do legislador no momento da produção da norma) e dotada de um sentido global e coerente com todo o sistema a que pertence (sistemático)¹¹³.

Nesse sentido, destaca a doutrina que a finalidade da interpretação nesse modelo teórico “é, portanto, a descoberta do significado do texto normativo, que é dado previamente à interpretação, sendo a sua apuração um ato puramente lógico-dedutivo”¹¹⁴, cujo centro está na conclusão do silogismo judicial, ou seja, no dispositivo da decisão. As razões de decidir – a fundamentação – em nada contribuiriam para a formação da norma, servindo apenas para fazer a associação entre a norma em abstrato e o fato concreto que a ela se amolda para sua aplicação.

Essa peculiar maneira de compreender, expressar e interpretar o direito deve ser analisada ainda em um quadro mais amplo das relações entre as funções do Estado, ou seja, da separação dos poderes. Reduzir o direito à legislação escrita e a interpretação como ato de simples conhecimento, conduz à legitimação de uma organização política que vê no legislador o criador da norma, que não só cria o texto como outorga o seu sentido de maneira completa e finalizada, e no juiz um simples aplicador mecânico da norma pré-existente.¹¹⁵ Nasce dessa concepção a consagrada expressão: “juiz boca-da-lei” (*bouche de la loi*).¹¹⁶ Com isso, de acordo com a doutrina, “busca-se resguardar não só a supremacia democrática do Parlamento, diante do Judiciário, mas também o direito legislado de teorias doutrinárias que veem no juiz um órgão capaz de criar livremente o Direito no caso concreto, partindo de seu sentimento de justiça”.¹¹⁷ O respectivo grau de confiança nos atores jurídicos, legislador e juiz, por questões históricas, é a base

¹¹² MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2001.

¹¹³ ZAGREBELSKY, 2008, p. 33 e 132-135; MITIDIERO, 2017, p. 46.

¹¹⁴ MITIDIERO, 2017, p. 47 e 59-60. Sendo a lei norma máxima no Estado Legislativo, faltava aos juízes fundamento para controlar a lei. Na França, a função de “constituição” era atribuída ao *Code Civil* e não à *Déclaration* de direitos do homem. Não havia direitos fora da lei (ZAGREBELSKY, 2008, p. 31). O Estado Legislativo previa os “direitos públicos subjetivos”, entendido como os direitos que o indivíduo tinha em face do Estado, por estarem previstos em lei, mas não havia essa espécie de direitos em face do Estado-legislador, por não haver nada acima da lei. Essa ideia só muda com as Constituições rígidas, protegidas contra os abusos do legislador e que inauguram a divisão entre a lei, que expressa os interesses da maioria, e os direitos invioláveis, que integram o patrimônio jurídico de seus titulares, independentemente da lei (ibidem, p. 47-51). No mesmo sentido: FERRAJOLI, 2015, p. 19-22 e 69-70.

¹¹⁵ LIMA, C. B., 2013, p. 109.

¹¹⁶ CHIARLONI, 2008, p. 846.

¹¹⁷ MITIDIERO, 2017, p. 49; ZAGREBELSKY, 2008, p. 30.

de construção dessa teoria, sendo muito maior em relação ao primeiro e muito menor em relação ao segundo¹¹⁸.

Em suma, na teoria de interpretação cognitivista ou lógico-dedutiva a norma jurídica decorre diretamente do texto da lei, a ponto de se confundirem os institutos e atribuir-lhes sinonímia, sendo, portanto, a norma pré-existente à sua aplicação judicial, sendo tarefa do juiz apenas declarar a sua exata interpretação. A função da interpretação judicial reside, portanto, na descoberta do sentido intrínseco ao texto legislativo.

1.5. O MODELO LÓGICO-ARGUMENTATIVO E A ATIVIDADE INTERPRETATIVA DA LINGUAGEM ESCRITA NO DIREITO.

O modelo lógico-argumentativo se origina da experiência da cultura jurídica do século XX, especialmente de sua segunda metade¹¹⁹, e da “teoria analítica da interpretação”¹²⁰ cuja principal característica é a dissociação entre texto e norma, com destaque para a inserção, ao lado das regras, dos princípios como formadores das normas e não apenas como fundamentos de inspiração para sua criação¹²¹. É também fruto desse movimento a incorporação dos conceitos indeterminados aos textos legislativos, dando maior amplitude de atuação e autonomia aos juízes em relação à lei, como forma de se superar a então existente “crise do positivismo”, a qual, segundo a doutrina, “conduziu ao ‘renascimento’ do método aporético de pensamento, em parcial detrimento do método dedutivo, pois este, como é sabido, constitui-se, por excelência, em instrumento da mais ‘pura’ dogmática ou do pensamento sistemático” em relação à interpretação do texto normativo.¹²²

¹¹⁸ BRAVO-HURTADO, 2014, p. 329-330; LIMA, C. B., 2013, p. 108-110.

¹¹⁹ Sobre o panorama da passagem de um modelo a outro, cf.: ÁVILA, 2011, p. 35-64.

¹²⁰ TARUFFO, 2005, p. 107.

¹²¹ Segundo Gustavo Zagrebelsky, distinguir as regras dos princípios é distinguir a lei da Constituição. A regra se obedece e por ela se precisa o que o legislador estabelece. Ao princípio se presta adesão. A regra indica o que se pode, não pode ou deve fazer. Os princípios não, mas oferecem critérios para tomar posição frente a um caso concreto, do qual dependem para revelar seu significado (ZAGREBELSKY, 2008, p. 110-111 e 118). Luigi Ferrajoli, por sua vez, destaca que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais podem ter tanto a natureza de regras, quanto de princípios, os quais divide em princípios diretivos (valores ou objetivos políticos e que são a minoria das disposições constitucionais) e princípios regulativos (maior parte dos direitos fundamentais), os quais são “ao mesmo tempo, princípios e regras”, porquanto perfeitamente identificáveis os comportamentos que observam ou não ou que concretizam ou não as suas prescrições (FERRAJOLI, 2015, p. 119-128).

¹²² ALVIM, Arruda. **A arguição de relevância no recurso extraordinário**. São Paulo: RT, 1988, p. 12.

Nota-se, de plano, com a passagem da teoria da norma do modelo anterior para este, um aumento da dificuldade para a adequação compreensão e aplicação da norma em juízo, já que dizer que texto de lei e norma jurídica não se confundem é dizer que a norma é o texto interpretado¹²³, o que exige significativo esforço do intérprete, para além da simples associação entre texto de lei e proposição normativa.¹²⁴ A norma, portanto, é uma atribuição de sentido a um enunciado linguístico, é uma outorga de significado ao texto e a elementos não textuais que compõem a ordem jurídica, pelo intérprete. “A premissa fundamental” é a de que “interpretar um enunciado normativo não significa descobrir o que ele significa, mas atribuir àquele um significado”¹²⁵. O significado não é mais entendido como algo “dado”, mas “criado pelo intérprete que o escolhe entre distintos significados possíveis, partindo do mesmo enunciado, com base em decisões e diretivas de interpretação”¹²⁶. A norma é, portanto, tomada como resultado da atividade do intérprete, de modo que ela ainda não é norma antes de sua interpretação¹²⁷.

A necessidade de diferenciação entre texto e norma decorre da potencial equivocidade de todos os enunciados linguísticos, de maneira que entre o texto e a norma há sempre uma necessária “atividade mediativa do intérprete que demanda individualizações, valorações e escolhas entre diferentes possibilidades de sentidos linguísticos para definição da norma”¹²⁸.

A potencialidade dos textos para serem equívocos decorre de várias razões. Um texto pode ser ambíguo, o que significa que pode ter dois ou mais significados possíveis. Ele pode ser complexo, de modo que um mesmo enunciado normativo pode conter mais de uma norma ou uma única norma pode decorrer da junção de vários textos, ao mesmo tempo, de fontes diversas. Pode, ainda, existir dúvida quanto ao nexo de implicação entre os enunciados e se um deles se encontra superado pela superveniência de outro ou se isso implica em exceções implícitas ou em modificação da abrangência de um deles, se esta é, por exemplo, taxativa ou exemplificativa etc.¹²⁹ O fato é que “[e]m todos esses casos, o texto pode revelar-se equívoco e é necessário

¹²³ RIBEIRO, Édila Lima Serra. **Súmula vinculante e repercussão geral: uma coexistência (des)necessária**. 2014. 106 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Programa de Pós-graduação em Direito Processual, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2014, p. 33.

¹²⁴ TARELLO, Giovanni. **La interpretación de la ley**. Tradução de Diego Dei Vecchi. Lima: Palestra Editores, 2013, p. 80-82.

¹²⁵ TARUFFO, 2005, p. 107.

¹²⁶ *Ibidem*.

¹²⁷ TARELLO, 2013, p. 81; MITIDIERO, 2017, p. 66.

¹²⁸ MITIDIERO, 2017, p. 69-70.

¹²⁹ GUASTINI, Riccardo. **Interpretar y argumentar**. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2014, p. 79-84.

individualizar, valorar e escolher entre duas ou mais opções de significado a fim de obter-se uma norma”¹³⁰.

A solução para essa dificuldade em se encontrar o sentido da norma não é uma questão de mero apuramento linguístico da redação dos dispositivos. É claro que é desejável que o legislador ofereça textos com menor grau de equívocidade, mas o fato é que esta não é um defeito objetivo do texto, mas, antes, uma “decorrência de diferentes interesses e concepções a respeito da justiça dos intérpretes e da multiplicidade de concepções dogmáticas e métodos interpretativos por ele utilizados” e que influenciam na individualização, na valoração e na escolha de significados. É por isso que se aponta que a construção do direito, concretizada na sua interpretação e aplicação, decorre menos da lógica do que da experiência¹³¹ e que a “norma[...] é resultado de um processo que visa a reduzir a equívocidade do texto e a concentrar o seu significado. Daí a razão pela qual texto e norma não se confundem e nem há entre os mesmos uma correspondência biunívoca”¹³².

A norma, portanto, não é a lei (ou qualquer outro instrumento análogo formal de linguagem escrita prescritiva); vale dizer, a norma jurídica não é o texto legal que está no papel. A norma jurídica se forma a partir do sentido que se dá ao texto e isso advém da interpretação que se faz do mesmo; a norma, portanto, só existe ou só se concretiza como tal a partir da atividade humana de interpretar ou de dar sentido aos termos da linguagem prescritiva do direito¹³³. Não obstante, o texto é, normalmente, o principal indicativo do conteúdo normativo que se apresenta

¹³⁰ GUASTINI, 2014, p. 79-84..

¹³¹ Segundo Mitidiero: “A interpretação varia de acordo com a posição assumida pelo intérprete na sociedade ou diante de determinado conflito (diferente interesses), com as suas inclinações ético-políticas (concepções de justiça), com os conceitos jurídicos de que se vale (concepções dogmáticas) e com os argumentos interpretativos eleitos (métodos interpretativos) – e é justamente por essa razão que a *vida do Direito*, concretizada na sua interpretação e aplicação, não depende apenas da lógica, mas antes de tudo da *experiência* (*the life of the law has nonte been logic: i has been experience*)” (2017, p. 67-68, grifos do autor).

¹³² MITIDIERO, 2017, p. 67-68.

¹³³ Nesse passo, as precisas palavras de Humberto Ávila: “Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas no seu resultado. O importante é que não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte” (ÁVILA, 2015, 50-55).

– haja vista o disposto no art. 5º, inc. II da Constituição Federal¹³⁴ e, no campo penal, com especialíssima importância, o disposto no inc. XXXIX¹³⁵ – só não esgota em si tal conteúdo.¹³⁶

No contexto da teoria lógico-argumentativa da interpretação¹³⁷, interpretar não significa revelar (declarar, descobrir), por meio de uma atividade simplesmente cognitivista, o único, exato e verdadeiro significado intrínseco de um texto normativo; é, por essa razão, uma teoria não-cognitivista (cética ou realista)¹³⁸. Nessa linha, interpretar “significa atribuir significado a um texto e a elementos não textuais da ordem jurídica”¹³⁹; a atribuição de significado importa em dar sentido ao que ainda não o tem por completo e esse “algo” despido ou carente de significação é o texto normativo, contido em um ou mais documentos veiculadores de normas.

Disso decorrem duas coisas importantes: a primeira, que “a atividade de interpretação é uma atividade de reconstrução. Não se trata de simples atividade de descoberta lógico-cognitiva, nem de pura construção normativa”¹⁴⁰. “Em verdade, nem o intérprete ‘descobre’, nem sua atividade tem por objeto ‘normas’”.¹⁴¹ Interpretar implica individualizar sentidos possíveis, valorá-los e escolher aquele que encontra maior suporte na ordem jurídica ou “decidir a respeito da melhor interpretação possível que deve ser dada à legislação em um determinado contexto”.¹⁴² Desse modo, considerando “que o significado normativo não é prévio ao processo de interpretação”, resta concluir que “a interpretação ocupa um posto central na experiência jurídica contemporânea”.¹⁴³

¹³⁴ “Art. 5º [...] II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Nesse sentido, cf: BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral 1. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 48-49.

¹³⁵ “[...]XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

¹³⁶ TARELLO, 2013, p. 99-109; GUASTINI, 2014, p. 111-114.

¹³⁷ Sobre o assunto, cf.: TARELLO, 2013, p. 99-109; GUASTINI, 2014, p. 235-248.

¹³⁸ GUASTINI, 2014, p. 350-353.

¹³⁹ MITIDIERO, 2017, p. 70. Cf. também: TARELLO, 2013, p. 61-63; TARUFFO, 2005, p. 126.

¹⁴⁰ MITIDIERO, 2017, p. 94 (grifos do autor). No mesmo sentido: ÁVILA, 2011. p. 31-35; TARELLO, 2013, p. 61 e 106.

¹⁴¹ “A menudo se dice y se escribe, impropriamente, que el intérprete ‘descubre’ el significado de las ‘normas’. En realidad ni el intérprete ‘descubre’, ni su actividad tiene por objeto ‘normas’. Tratemos de aclarar comenzando con aquello que se esconde bajo el verbo ‘descubrir’ y pasando luego al sustantivo ‘norma’ [...]Está claro, por ello, que el vocablo ‘descubrir’, así como es usado en la expresión ‘el intérprete descubre el significado de una norma’ es del todo impropio, y más aún, daña la claridad, porque oculta — resumiéndolas en una sola palabra — tres actividades diversas que pueden estar todas presentes, o bien pueden no estarlo, en la actividad de la interpretación. Debemos por ello corregir la expresión corriente reformulándola así: ‘el intérprete detecta, decide o propone el significado de una norma, o bien cumple más de una de estas actividades’” (TARELLO, 2013, p. 80-81).

¹⁴² GUASTINI, 2014, p. 350 e 351.

¹⁴³ Por isso, Mitidiero afirma (2017, p. 95): “Imaginar que o processo interpretativo não implica avaliações e, escolhas do intérprete *serve apenas para deixar sem qualquer teorização e longe da possibilidade de qualquer*

A segunda, que “inexiste uma única resposta correta para problemas interpretativos”¹⁴⁴. Tratando-se a interpretação de texto de uma atividade potencialmente equívoca e que admite uma pluralidade de significados, é natural que o processo interpretativo se resume a uma escolha do intérprete entre as atribuições de significados possíveis. Essa escolha importa, afinal, em uma redução da equívocidade do enunciado, fato que resulta na definição da norma. Importante frisar que a escolha ultimada pelo intérprete não importa na sua qualificação como exata, correta ou única possível. Como afirma a doutrina, com clareza: “nunca existe uma só resposta correta para um problema de interpretação/aplicação da lei”¹⁴⁵. Via de consequência, “não existe a solução correta: existem as soluções que os intérpretes (os juízes) elaboram, mas elas são variáveis e relativas às opções e diretivas de interpretação empregadas” e não necessariamente “boas” ou “más” decisões, mas decisões mais ou menos “justas” ou “justificáveis”, qualidades que derivam sempre das interpretações que fazem e das justificativas usadas para escolha de cada interpretação¹⁴⁶.

Não obstante, nesse modelo, a eleição do sentido normativo não é livre, mas deve ser sempre guiada por uma lógica argumentativa realizada pelo intérprete, de modo a se conhecer as razões de sua escolha, para que com isso a própria escolha possa ser controlada racional e intersubjetivamente¹⁴⁷, isto é, pela força, qualidade e coerência dos argumentos da escolha e de modo a ser aferida por outros intérpretes também inseridos no sistema jurídico¹⁴⁸. Como afirma a doutrina, “toda a atividade jurisprudencial, exatamente pelo fato de ser submetida à lei e, portanto, ao ônus da motivação, consiste em uma atividade argumentativa, além de aplicativa”¹⁴⁹

Assim, embora se exija lógica¹⁵⁰ para aferição dos “nexos entre proposições e enunciados”, o fator determinante, nesse modelo, para a interpretação “é a argumentação que é formulada pelo

*tipo de controle jurídico e social as inúmeras decisões tomadas ao longo da interpretação. Vale dizer: serve apenas como um alibi teórico. É por essa razão que a doutrina observa que o formalismo interpretativo oitocentista – notadamente da *Ecole de l'Exégèse* e da *Begriffsjurisprudenz* – deixa o juiz tão livre para decidir quanto o antiformalismo na sua feição mais radical ligada ao movimento do direito livre – notadamente da *libre recherche scientifique* e da *Freirechtsbewegung* – na medida em que ambos não viabilizam a tematização das valorações e escolhas inerentes ao processo interpretativo” (grifos do autor).*

¹⁴⁴ Ibidem, p. 96

¹⁴⁵ TARUFFO, 2005, p. 110. No mesmo sentido: MITIDIERO, 2017, p. 70.

¹⁴⁶ TARUFFO, 2005, p. 110-111.

¹⁴⁷ MATOS, 2014, p. 37-38.

¹⁴⁸ MITIDIERO, 2017, p. 70-71. Nesse sentido, também: TARELLO, 2013, p. 84-91.

¹⁴⁹ FERRAJOLI, 2015, p. 137.

¹⁵⁰ TARELLO, 2013, p. 91-93.

intérprete a favor de suas individualizações, valorações e escolhas”, enfim, a argumentação jurídica¹⁵¹. Entra em cena, assim, a justificação das escolhas feitas pelo intérprete para demonstrar que a sua interpretação é a mais adequada¹⁵². Nesse sentido, o “discurso justificativo torna-se o verdadeiro elemento de diferenciação e legitimação das decisões judiciais e, no fundo, da própria jurisdição diante da legislação”.¹⁵³

1.6. INTERPRETAÇÃO E EVOLUÇÃO DO DIREITO: NECESSIDADE DE CONTROLE SOCIAL, CONSENSUAL E EFETIVO DA ATIVIDADE DO INTÉRPRETE.

Fixamos o ponto de que o conteúdo da norma jurídica não é exatamente o texto escrito na Constituição, na lei, no decreto, no tratado ou no contrato. Seu conteúdo é o sentido que se dá ao texto; e esse sentido decorre da interpretação do texto, fato que resulta de um ato humano, exclusivamente. Nesse contexto, percebe-se a importância tamanha que o ato de interpretar textos normativos tem. Se sem a interpretação a lei é apenas um punhado de palavras (enunciados), para o direito, enquanto linguagem prescritiva, a interpretação, portanto, é essencial à formação da norma jurídica.

Ocorre que o esforço interpretativo, como vimos, nunca é um ato puramente individual. Ele é social, porque é consensual. Daí se dizer que “interpretar é construir a partir de algo, por isso significa reconstruir”; de um lado, porque o intérprete se vale dos textos normativos como ponto de partida, os quais oferecem limites à construção de sentidos; de outro lado, porque molda e “manipula a linguagem, à qual são incorporados núcleos de sentidos, que são por assim dizer, constituídos pelo uso, e preexistem ao processo interpretativo individual”. A conclusão é simples: o Poder Judiciário e a Ciência do Direito reconstróem significados, “mas enfrentam limites

¹⁵¹ MITIDIERO, 2017, p. 71. Sobre a importância da argumentação jurídica na reconstrução das normas jurídicas, em especial das constitucionais, cf.: BARROSO, 2015, p. 378-389; FERRAJOLI, 2015, p. 124.

¹⁵² Nesse sentido, cf. TARELLO, 2013, p. 88: “El control social sobre los procedimientos intelectuales del intérprete se efectúa, en la medida en que se efectúa (también ella variable), a través de um instrumento que deriva de la cultura jurídica de cada sociedad y que es por ello históricamente mutable en relación a las sociedades históricas y — dentro de cada sociedad — puede ser más o menos unánimemente aceptado y puede tomar formas distintas según el grado de cohesión y de división cultural en el interior de la sociedad. Este instrumento que deriva de la cultura jurídica es aquello a que se llama habitualmente ‘razonamiento jurídico’. Las decisiones que atribuyen a documentos normativos un particular significado son respectivamente motivadas y argumentadas sobre la base de esquemas de razonamiento jurídico que — em el ámbito de la cultura de que se trate — se consideran corrientes. A través de la elaboración explícita o implícita, consciente o inconsciente, inmediata o refleja, teorizada o no teorizada, de reglas sobre el ‘correcto’ razonar en el atribuir o em el proponer atribuir significado a enunciados (de los que se sabe que expresan normas, de los que se trata de decidir *cuáles* normas expresan), la sociedad controla — dentro de límites históricamente variables — la aplicación del derecho, esto es, uno de los más importantes y delicados mecanismos institucionales de la vida social”. Cf. también: ZAGREBELSKY, 2008, p. 136; TARUFFO, 2005, p. 171.

¹⁵³ MITIDIERO, 2017, p. 72 (grifos do autor).

cuja desconsideração cria um descompasso entre a previsão constitucional e o direito constitucional concretizado”.¹⁵⁴

Se direito não é “bom senso” (e não é mesmo), podemos dizer, com segurança, que é, ao menos, consenso. E o é porque é linguagem; e linguagem é essencialmente convenção¹⁵⁵. Isso significa, mais uma vez, que o intérprete não é livre para fazer as conexões entre as normas e os fins a cuja realização elas servem.¹⁵⁶

No campo do direito, essa possível “liberdade de interpretação” das normas jurídicas é, provavelmente, um dos fatores de maior preocupação entre os juristas da atualidade¹⁵⁷. Frise-se como ponto de suma importância do presente capítulo que, embora os enunciados normativos (textos da legislação constitucional e infraconstitucional) e norma jurídica não se confundam, os primeiros compõem-se, de longe, como a principal referência interpretativa para a concretização das últimas (haja vista o disposto no art. 5º, inc. II da CF; e, como já dissermos, na seara penal, com importância ainda maior em razão do princípio da estrita legalidade penal – inc.

¹⁵⁴ ÁVILA, 2011, p. 53-54 (grifos do autor). Aponta o autor, como exemplos de possíveis descompassos linguísticos, a partir da desobediência ao uso comum da linguagem (jurídica), os seguintes: “Compreender ‘provisória’ como *permanente*, ‘trinta dias’ como *mais de trinta dias*, ‘todos os recursos’ como *alguns recursos*, ‘ampla defesa’ como *restrita defesa*, ‘manifestação concreta de capacidade econômica’ como *manifestação provável de capacidade econômica*, não é concretizar o texto constitucional. É, a pretexto de concretizá-lo, menosprezar seus sentidos mínimos. Essa constatação explica por que a doutrina tem tão efusivamente criticado algumas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal” (Ibidem).

¹⁵⁵ Nesse sentido, aponta Mitidiero três ordens de diretrizes que orientam a atividade interpretativa dos enunciados textuais: “Em todo e qualquer caso, o processo argumentativo que justifica as escolhas ligadas às premissas do raciocínio judiciário deve ser orientado por *códigos interpretativos*, os quais fornecem *diretrizes primárias*, que servem para atribuição de significado a enunciados textuais (por exemplo, *diretrizes para interpretação linguística, para interpretação da intenção do legislador e para interpretação teleológica*), *diretrizes secundárias*, que servem para disciplina e valoração da utilização das diretrizes primárias (por exemplo, *diretrizes seletivas e procedimentais*, dentre as quais se destacam as *preferenciais*) e *diretrizes terciárias*, que servem para outorgar uma direção ao processo interpretativo como um todo (por exemplo, *diretriz que entende que o fim da interpretação está na promoção da segurança jurídica*). Dentre as diretrizes secundárias de maior importância para o processo argumentativo encontram-se aquelas que erigem *diretrizes preferenciais* – que, por exemplo, determinam a prevalência *prima facie*, nesta ordem, de *argumentos linguísticos* (*linguistic arguments*), *sistemáticos* (*systemic arguments*) e *teleológicos* (*teleological-evaluative arguments*). Vale dizer: argumentos *linguísticos* são preferíveis a argumentos *sistemáticos*, argumentos *sistemáticos* são preferíveis a argumentos *teleológicos* e assim por diante” (MITIDIERO, 2017, p. 98-99).

¹⁵⁶ “O ordenamento jurídico estabelece a realização de fins, a preservação de valores e a manutenção ou busca de determinados bens jurídicos essenciais à realização daqueles fins e à preservação desses valores. O intérprete não pode desprezar esses pontos de partida. Exatamente por isso a atividade de interpretação traduz melhor uma atividade de reconstrução: o intérprete deve interpretar os dispositivos constitucionais de modo a explicitar suas versões de significado de acordo com os fins e os valores entremostrados na linguagem constitucional”. (ÁVILA, 2011, p. 54-55).

¹⁵⁷ Cf., nesse sentido, FERRAJOLI, 2015, p. 236-244.

XXXIX¹⁵⁸). Nesse sentido, a doutrina aponta que a lei ainda é o instrumento mais importante da democracia e, por isso, não pode ser suplantada por um constitucionalismo exacerbado, nem pelo ativismo judicial que ignore completamente o seu conteúdo¹⁵⁹. Daí se afirmar que “Os juízes não são os senhores do direito no mesmo sentido em que o era o legislador no século passado. [...] são os garantidores da necessária e dúctil coexistência entre lei, direitos e justiça” e que há uma radical incompatibilidade entre o Estado Constitucional e qualquer “senhor do direito”¹⁶⁰. Daí a necessidade de a linguagem do direito ter de ser a mais precisa possível.¹⁶¹

Dessa noção ligada à democracia e ao princípio da legalidade já decorre uma severa mitigação da liberdade do intérprete jurídico, porquanto a limita com o conteúdo enunciado pelos veículos normativos escritos por representantes da maioria do povo.¹⁶² Ocorre que isso, desde o século passado, não se vinha revelando como suficiente para evitar a existência de leis injustas, nem a nociva prática de interpretação arbitrária do direito. Por isso, a doutrina processual já aponta estarmos “vivendo um momento pós-positivista, pelo menos em relação ao *vetero* positivismo, ou *paleojuspositivismo*, em que grandes incertezas existem neste ambiente de mudança de paradigma científico”¹⁶³. O positivismo jurídico do Estado Legislativo, em sua versão mais radical, na intenção de “purificar o direito da valoração do intérprete”, terminou por não enfrentar “o principal problema do fenômeno jurídico: a arbitrariedade dos aplicadores na interpretação do direito”. No centro da luta pelo direito ao controle do poder, portanto, foram deixadas de fora do debate, na concepção positivista, as questões referentes à discricionariedade do intérprete.¹⁶⁴

Nesse processo de reconstrução das normas jurídicas constitucionais, em especial dos direitos e garantias fundamentais, importante trazer da doutrina a advertência de que o reconhecimento

¹⁵⁸ “Art. 5º. [...]II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; [...]XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Ferrajoli faz importante distinção entre a “mera legalidade” ou “legalidade formal”, consistente na força normativa da lei decorrente da regularidade em sua formação, e a “legalidade estrita”, ou “em sentido forte” ou “substancial”, e que, pressupondo a legalidade formal, só considera como direito válido aquilo que produzido com conteúdo compatível com os vínculos substanciais do ordenamento, como aqueles impostos pela Constituição (FERRAJOLI, 2015, p. 32-33).

¹⁵⁹ FERRAJOLI, 2015, p. 137-138.

¹⁶⁰ ZAGREBELSKY, 2008, p. 153.

¹⁶¹ FERRAJOLI, 2015, p. 96. No campo penal, o espaço para a vagueza e a obscuridade há de ser ainda mais reduzida, cf. p. 168-169.

¹⁶² Nesse sentido: “Mas isso não significa que a lei não tenha um importante papel na interpretação, não significa abandonar – sem qualquer ônus argumentativo – o senso comum dos juristas, a doutrina, a jurisprudência e especialmente os precedentes, que, como textos, também são objeto de interpretação (ZANETI JR., 2016, p. 133).

¹⁶³ ZANETI JR.; PEREIRA, 2016, p. 24, grifos do autor. Em sentido semelhante: FERRAJOLI, 2015, p. 19.

¹⁶⁴ ZANETI JR.; PEREIRA, 2016, p. 24.

dos princípios como normas jurídicas e a linguagem aberta do texto constitucional não devem resultar na flexibilização da força normativa da Constituição¹⁶⁵. Como já dissemos anteriormente, esses fatores não implicam em liberdade dos juízes para a escolha de significados dos textos normativos, em especial dos relativos aos direitos fundamentais; a jurisdição, em todas as instâncias, continua limitada ao princípio da legalidade, isto é, à interpretação dos enunciados normativos positivados, que servem como as balizas do processo interpretativo. Daí se afirmar que “a ponderação como método de solução dos problemas interpretativos não tem espaço na aplicação da lei” ou que “os princípios não são normas expostas à escolha ponderada dos legisladores e dos juízes, mas, ao contrário, são limites e vínculos impostos a ambos”.¹⁶⁶ O juiz, no Estado Constitucional, continua sujeito à lei, em observância à separação dos poderes, e, por isso, a ponderação de uma norma constitucional em prejuízo da outra implica na admissão da derogabilidade das normas constitucionais pela atividade interpretativa jurisdicional, o que se revela inconciliável com o paradigma constitucional e até mesmo com o do Estado de Direito¹⁶⁷.

A necessidade de refrear práticas arbitrárias de interpretação das normas jurídicas culminou em uma mudança radical de paradigmas, na tentativa de restringir a liberdade (o “livre” convencimento) do juiz ao consenso jurídico formado tanto pela atividade legislativa quanto jurisprudencial. Nesse sentido, a aposição de uma sistemática de precedentes judiciais vinculantes no Código de Processo Civil de 2015 (em especial, por intermédio dos arts. 489, §1º, V e VI, e 926 e 927) surge como um acréscimo à antiga fórmula de simples vinculação à lei. Não se trata de amarrar o juiz ao antigo e estancar qualquer evolução interpretativa, mas, sim, de evitar que o direito seja fruto de opções e concepções individuais, para tornar-se produto de discussões coletivas e com amplo debate dentro de um espaço bastante propício à participação democrática de todos os envolvidos: o processo. Sem prejuízo, é claro, do cenário tradicional onde essas discussões e debates já ocorriam e continuam ocorrendo: as Casas Legislativas.¹⁶⁸

¹⁶⁵ FERRAJOLI, 2015, p. 135-136 e 143.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 135.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 136 e 142.

¹⁶⁸ A advertência também é feita por GUASTINI, segundo o qual: “Num [...] sentido, pode-se dizer que os juízes criam direito por entender que a interpretação dos textos normativos (atividade típica dos juízes) não é operação cognoscitiva de normas (preexistentes), mas produtiva de normas. [...] Desse ponto de vista, não só os juízes criam sempre direito, como, ao invés disso, todo o direito é criado pelos juízes. Pode-se objetar este modo de ver da maneira que se segue. [...] O legislador não está vinculado por textos preexistentes, o juiz sim. [...] mesmo um vínculo débil é sempre um vínculo, um limite: é, de fato, impossível para o juiz atribuir a um texto – literalmente – ‘qualquer’ significado a seu gosto. A atividade legislativa está livre de vínculos desse tipo. Além disso, deve-se

O escopo da “reforma” operada pelo novo Código de Processo Civil é, portanto, ampliar a dialética do direito, não restringi-la, tornando-o, cada vez mais, enquanto linguagem que é, fruto de consenso. Nesse contexto de uso coletivo e, portanto, socialmente controlado da linguagem do direito, a concretização das normas jurídicas em casos reais julgados e a utilização desses como precedentes formalmente vinculantes ganha imensa importância na pretensão de correção¹⁶⁹ de todo o ordenamento, como melhor trataremos adiante.¹⁷⁰

Da transição do Estado Legislativo para o Estado Constitucional, porém, é importante destacar que a mesma não se dá de maneira uniforme nos campos do direito civil e penal. Enquanto no primeiro, a técnica legislativa aberta, com o uso de conceitos jurídicos indeterminadas e cláusulas gerais, tende a prevalecer, como forma de dar à jurisdição a capacidade de entregar, no caso concreto, a tutela mais efetiva e adequada do direito material; no segundo, essa mesma técnica não tem aplicação no que se refere às normas penais incriminadoras e restritivas da liberdade e dos demais direitos fundamentais do réu¹⁷¹, pois, nessa seara, é muito maior a força do princípio da estrita legalidade (art. 5º, XXXIX)¹⁷², completada pelos seus corolários, os princípios da taxatividade¹⁷³ e do *in dubio pro reo*¹⁷⁴ ou do *favor rei* (ou da prevalência do interesse

observar que o legislador não está sujeito a nenhuma obrigação de motivar suas decisões, ao passo que as decisões judiciais devem (a) ser motivadas, e (b) ser motivadas com base na lei. [...]A obrigação de motivação submete o juiz a um possível controle, posterior e diferente relativamente aos controles aos quais está submetida a atividade legislativa. A obrigação de motivar ‘com base na lei’ cria, ademais, um vínculo de subordinação do juiz com respeito ao legislador: em virtude dessa obrigação, o juiz fica obrigado a mostrar, argumentativamente, que a norma a que deu aplicação era uma norma ‘preexistente’ na lei. Trata-se novamente de um vínculo débil. Mas um vínculo débil é mais forte do que nenhum vínculo” (GUASTINI, 2005, p. 221-222). No mesmo sentido: MITIDIERO, 2017, p. 102-103.

¹⁶⁹ A noção de “pretensão de correção” como base de todo ordenamento jurídico que se pretenda justo tem como seu expoente máximo o filósofo alemão Robert Alexy. Sobre o tema, cf. ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

¹⁷⁰ Em que pese ser abertamente contra a adoção de precedentes jurisprudenciais vinculantes em sistemas de *civil law*, o juris italiano Luigi Ferrajoli traz importantes lições sobre a necessidade de se impor severos limites à atividade jurisdicional, em sua função interpretativa dos textos normativos, a fim de não provocar uma dupla lesão ao paradigma do Estado de direito: inversão da hierarquia das fontes e violação à separação dos poderes. Condena, por isso, a visão (que chama de “constitucionalismo principialista”) que interpreta os direitos fundamentais como “princípios confiados à ponderação e ao ativismo judicial”, afirmando serem, ao contrário, “regras vinculantes, destinadas à sua aplicação jurisdicional diante das respectivas violações”. Segundo ele, o modelo principialista “enfraquece a normatividade constitucional, atribui à jurisdição uma discricionariedade imprópria, comprometendo a sua sujeição à lei e, com isso, também o fundamento de sua independência” (FERRAJOLI, 2015, p. 241-242). Daí a doutrina se referir à “onda principiológica” como uma “volta ao jusnaturalismo” (MATOS, 2014, p. 26).

¹⁷¹ Cf. NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 45-46; DOTTE, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 59-60.

¹⁷² JESUS, Damásio de. **Direito penal**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v.1, p. 103-108; ZANETI JR, In: CABRAL; OLIVEIRA; CRUZ, 2016, p. 454-456.

¹⁷³ BITENCOURT, 2012, p. 49; NUCCI, 2015b, p. 27-28.

¹⁷⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 163-164; GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014, v. I, p. 46-47; JESUS, 2013, v.1, p. 53-54.

do réu ou da interpretação mais favorável ao réu)¹⁷⁵ e da vedação à analogia *in bonam partem*¹⁷⁶. De outro lado, a maioria das garantias fundamentais penais está inserta no art. 5º da Constituição, tipo de norma jurídica que deve ter sua interpretação calcada nas premissas de que as normas restritivas (dos direitos fundamentais), entre as quais as normas penais incriminadoras ou as de qualquer forma prejudiciais ao réu, interpretam-se restritivamente; enquanto as normas ampliativas (desses mesmos direitos fundamentais) e que beneficiam o réu, interpretam-se ampliativamente (também conhecido como *favorabilia sunt amplianda, odiosa sunt restringenda*)¹⁷⁷, em decorrência do disposto no art. 5º, XL¹⁷⁸, e §§1º e 2º, da CF/88¹⁷⁹. Isso, por si só, mitiga em alta monta a função interpretativa na jurisdição penal e tolhe por completo qualquer possibilidade de “edição de tipos penais abertos, contendo cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados”¹⁸⁰, do uso da analogia *in malam partem*¹⁸¹ e da interpretação extensiva das normas penais incriminadoras, assim como das processuais penais concretizadoras de garantias processuais do acusado e da defesa. Como adverte a doutrina:

Uma lei indeterminada ou imprecisa e, por isso mesmo, pouco clara não pode proteger o cidadão da arbitrariedade, porque não implica uma autolimitação

¹⁷⁵ ISHIDA, Válter Kenji. **Processo penal**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 36; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 1, p. 95-97.

¹⁷⁶ Sobre a analogia e sua aplicação *in malam* ou *in bonam partem*, cf.: ZAFFARONI, 2015. p. 162-163; BITEN-COURT, 2012, p. 194-199; NUCCI, 2015b, p. 37-39; JESUS, 2013, v. 1, p. 51, 84-87 e 96-99; GRECO, R., 2014, p. 47-49.

¹⁷⁷ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. v. 1. v. 1, p. 86; GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014, v. I, p. 46-47; SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 289-290; CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de. **Processo penal e Constituição: princípios constitucionais do processo penal**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 37-41; GIACOMOLI, Nereu José. Função garantista do princípio da legalidade. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, n. 78, jun., 2000, p. 231-245; NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Método, 2014, p. 180. Em sentido diverso, em que primeiro se deve valer o aplicador da lei das interpretações gramatical, sistemática e teleológica e, somente se essas forem insuficientes para definir-se o sentido da lei, deve a interpretação ser feita com base no *in dubio pro reo*: JESUS, 2013, v.1, p. 84-87.

¹⁷⁸ “XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. Se a incidência da norma penal no tempo decorre da aplicação que confira o melhor resultado para o réu, tem-se que a regra é sempre a da prevalência da norma penal mais benéfica ao acusado/condenado (DOTTI, 2001, p. 61-62). De outro lado, se a norma jurídica é o resultado da interpretação das leis, é natural que decorra da garantia da retroatividade da lei mais benéfica também a retroatividade da interpretação mais benéfica, do que se pode concluir que a regra é a da prevalência, em qualquer tempo, da interpretação que melhores efeitos gere para o indivíduo processado ou apenado.

¹⁷⁹ “§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

¹⁸⁰ ZANETI JR, In: CABRAL; OLIVEIRA; CRUZ, 2016, p. 458.

¹⁸¹ COELHO, Yuri Carneiro. **Curso de direito penal didático**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 70-71.

do *ius puniendi* estatal, ao qual se possa recorrer. Ademais, contraria o princípio da divisão dos poderes, porque permite ao juiz realizar a interpretação que quiser, invadindo, dessa forma, a esfera do legislativo.¹⁸²

Em suma, em que pese a inevitabilidade de precedentes em matéria penal¹⁸³, principalmente em razão da aplicação subsidiária do CPC ao CPP (art. 3º deste), é necessário que não haja conflito entre os princípios e regras fundamentais que regem o sistema penal e processual penal, inclusive a maioria delas com assento constitucional imutável (arts. 5º e 60, §4º, da CF/88), de modo que a fixação de precedentes em matéria penal tem suas próprias peculiaridades, que impedem a transposição total da teoria jurídica que envolve os precedentes do processo civil. Esse é um tema complexo e merecedor de uma profunda análise de compatibilidade entre os sistemas e que, contudo, não é o objeto do presente trabalho nem nele cabe, mas serve para alertar para a necessidade de controle da atividade judicial na interpretação dos textos legislativos. Isso mesmo a partir da virada do Estado legislativo para o Estado constitucional, com especial atenção para o valor que os princípios fundamentais instituídos por este último adquirem e que espraiam seus efeitos por todo o ordenamento jurídico, incluindo a atividade legislativa, antes isenta desse controle, e, também, a atividade jurisdicional, em razão de sua expansão com a difusão do controle de constitucionalidade¹⁸⁴.

1.7. A CONCRETIZAÇÃO DA NORMA JURÍDICA PELA SUA APLICAÇÃO NO CASO CONCRETO, A JURISPRUDÊNCIA FORMALMENTE VINCULANTE COMO FONTE DO DIREITO E A IMPORTÂNCIA DO PRECEDENTE ENQUANTO CONSOLIDAÇÃO DO CONSENSO NORMATIVO.

Uma das peculiaridades da linguagem do direito, enquanto convenção ou consenso normativo, é que a mesma atravessa diversas esferas, desde os costumes, as relações econômicas, de trabalho e emprego, familiares, de segurança, indo de grupamentos sociais menores aos maiores, associações dos mais variados tipos, até chegar às instâncias formalmente legislativas e virar lei. Esse processo, porém, como já expomos, não acaba aí. A lei formal e escrita não encerra a concretização da norma jurídica. O tema daria ensejo a maiores digressões sobre o tema das

¹⁸² ROXIN, Claus. **Derecho penal: fundamentos.** La estructura de la teoría del delito. Tard. Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remensal. Madrid: Civitas, 1997, v. I, p. 169. Cf. também: BITENCOURT, 2012, p. 49-51.

¹⁸³ ZANETI JR, In: CABRAL; OLIVEIRA; CRUZ, 2016, p. 462.

¹⁸⁴ Sobre o tema, cf. tópicos 1.8, .19 e 1.10, abaixo.

fontes formais do direito, podendo chegar às noções de normas jurídicas gerais e abstratas e individuais e concretas¹⁸⁵, mas não é esse nosso intuito neste trabalho, nem o espaço permite.¹⁸⁶

O que queremos frisar é que da aposição de um enunciado normativo em um veículo introdutor de normas até seu significado final, quando aplicada a um caso concreto, ainda vai uma boa distância. Com efeito, somente quando interpretada e aplicada a algum caso real é que a norma jurídica se revela em sua totalidade; antes disso é um mero enunciado abstrato.¹⁸⁷

A lei, na concepção positivista mais restrita da *civil law* do modelo europeu continental, pretende ser exaustiva, casuística, abrangendo todo tipo de conduta humana, sem deixar lacunas¹⁸⁸. Disso resulta que a lei, mesmo nessa concepção, precisa de um caso concreto que se amolde à sua hipótese para que ganhe incidência e concretude no mundo dos fatos. É no caso concreto (fato jurídico) que o antecedente (hipótese descritiva) da norma vai buscar o seu consequente (prescritivo) e produzir efeitos, entre os quais o de dar significado completo às disposições abstratas da lei. Essa conjugação entre a hipótese normativa abstrata e o fato jurídico somente pode-se dar por meio de uma interpretação, por mais singela que possa ser, da autoridade normativamente incumbida para tanto; no caso do processo, a autoridade judicial; e, mais especificamente, no caso da Constituição Federal, com a última palavra, como veremos, o Supremo Tribunal Federal.

Quando o juiz, dentro de um processo e por meio de uma norma individual e concreta (a sentença ou outro tipo de decisão judicial), subsume o fato a uma hipótese normativa, concretiza o

¹⁸⁵ Sobre o tema, conferir MOUSSALLEM, 2006.

¹⁸⁶ Por ora, bastam algumas palavras de Moussallem sobre não ser a lei fonte do direito, nem a sua edição o fim do processo de enunciação das normas jurídicas: “Por outro lado, a “lei” (no sentido tanto de veículo introdutor como de documento normativo) é produto das fontes do direito. A lei não pode ser fonte dela mesma, da mesma forma que um homem não é fonte dele mesmo, mas da cópula entre um homem e uma mulher. Tal assertiva ganha força ao nos lembrarmos dos três subsistemas componentes do sistema do direito positivo. A lei compõe o subsistema da literalidade textual (S₁). Assim é que a lei, documento normativo composto de enunciado(s) prescritivo(s), é uma das partes componentes do sistema do direito positivo. É a partir dela que se inicia o percurso gerativo de sentido do direito positivo. Portanto, a lei se localiza no interior do sistema do direito positivo, dele fazendo parte. Por outras palavras: a lei está para o enunciado, assim como o procedimento legislativo, judicial ou administrativo está para a enunciação. Esta é a fonte do direito, ao passo que aquele é o produto (MOUSSALLEM, 2006, p. 145-146).

¹⁸⁷ MOUSSALLEM, 2006, p. 88-90.

¹⁸⁸ MITIDIERO, 2017, p. 19.

conteúdo dessa norma (ou de um conjunto de normas) e o faz interpretando que a ela corresponde determinado fato. É ali que a norma jurídica tem o seu significado concretamente revelado.¹⁸⁹

Concretamente, mas não integralmente revelado, advirta-se. É que, justamente por se tratar a lei de norma geral e abstrata e se prestar a regular infinitas relações jurídicas, ela nunca esgotará as suas hipóteses de aplicação, salvo quando for revogada por outra norma. Um caso concreto revelará sempre o conteúdo da norma, mas nunca o fará de forma integral, ou seja, definitiva, universal e estanque, pois outros casos futuros se incumbirão de fazê-lo, enquanto a norma viger, num processo constante, complementar e inesgotável de concretização do seu significado¹⁹⁰. Dois fatores, portanto, estão em jogo na tarefa da definição do sentido de um texto jurídico e que impedem que se considere o processo de interpretação do Direito como algo neutro e cujo resultado seja unívoco: a equivocidade da linguagem e a inesgotabilidade das relações e fatos jurídicos. A primeira, fruto da ambiguidade, implicabilidade, superabilidade e abrangibilidade dos enunciados textuais¹⁹¹; a segunda, decorrente da infinidade de possibilidades do comportamento e das relações humanas e do desenvolvimento cultural, tecnológico, econômico, biológico etc. das pessoas e dos grupamentos sociais¹⁹².

Interessante, portanto, é o fato de que as diversas decisões judiciais que vão aplicar a mesma norma jurídica em outros casos concretos vão acrescentar ao seu significado as peculiaridades de cada caso, inserindo a mesma norma em uma espiral evolutiva baseada no seu uso¹⁹³. Cada detalhe de cada caso vai aderir ao conteúdo da norma mais alguns elementos próprios de significação, tornando-a cada vez mais próxima – sem nunca esgotar as possibilidades – do seu “verdadeiro significado” (utópico por essência).¹⁹⁴

¹⁸⁹ MOUSSALLEM, 2006, p. 88-100 e 150-153; ZAGREBELSKY, 2008, p.122.

¹⁹⁰ ZAGREBELSKY, 2008, p. 124; FERRAJOLI, 2015, p. 131-135; MITIDIERO, 2017, p. 122-123

¹⁹¹ ZAGREBELSKY, 2008, p. 117 e 146; MITIDIERO, 2017, p. 55 e 93.

¹⁹² ZAGREBELSKY, 2008, p. 138.

¹⁹³ TARUFFO, 2005, p. 170.

¹⁹⁴ No sentido da evolução normativa e de seu descolamento progressivo da estrita “vontade” dos órgãos legiferantes, para adaptar-se à (nova) realidade, aponta GADAMER: “É verdade que o jurista sempre tem em mente a lei em si mesma. Mas seu conteúdo normativo tem que ser determinado com respeito ao caso ao qual se trata de aplicá-la. E para determinar com exatidão esse conteúdo não se pode prescindir de um conhecimento histórico do sentido originário, e só por isso, o intérprete jurídico tem que vincular o valor posicional histórico que convém a uma lei, em virtude do ato legislador. Não obstante, não pode sujeitar-se a que, por exemplo, os protocolos parlamentares lhe ensinariam com respeito à intenção dos que elaboraram a lei. Pelo contrário, está obrigado a admitir que as circunstâncias foram sendo mudadas e que, por conseguinte, tem que determinar de novo a função normativa da lei” (GADAMER, 2008, p. 485).

Percebe-se que esse conjunto de interpretações e reinterpretações da norma jurídica, realizada por pessoas, procedimentos e em espaços previamente definidos por outras normas (segundo a autopoiese do direito), constitui o cenário de construção de precedentes normativos. Isso sempre houve no Brasil. As decisões judiciais sempre concretizaram normas jurídicas e, em maior ou menor medida, valeram-se de concretizações anteriores como fundamento e aprimoramento das decisões posteriores, seja pela força normativa vinculante que algumas decisões possuíam, seja pelo seu mero caráter persuasivo.

Ocorre que o uso de precedentes jurisprudenciais sempre foi feito de maneira mais persuasória do que vinculante em nosso país. As últimas mudanças constitucionais e infraconstitucionais do fim do século XX e início do presente ciclo, contudo, foram formando cada vez mais hipóteses de vinculação das decisões judiciais às conclusões prévias da jurisprudência, em especial dos tribunais superiores. Citemos como exemplos dessa gradativa mudança a decisão proferida pelo STF em controle concentrado de constitucionalidade (art. 102, §2º da CF, incluído pela EC nº 03/93 e modificado pela EC nº 45/04), as súmulas vinculantes (art. 103-A, também incluído pela EC nº 45/04), a jurisprudência dominante como filtro à admissibilidade de recursos (art. 557, incluído pela Lei nº 9.756/98), o recurso especial repetitivo (art. 543-C do CPC de 1973, incluído pela Lei nº 11.672/08, em especial os efeitos do seu §7º), entre outros. O novo Código de Processo Civil pode ser considerado o marco mais significativo de mudanças desse ciclo, dando à jurisprudência força normativa jamais alcançada pelas anteriores reformas pontuais da legislação processual civil, conforme se extrai de seus arts. 486, §1º, incs. V e VI, 926 e 927.

O tema inevitavelmente toca a aparente dicotomia existente entre os sistemas ou tradições de direito consuetudinário (*common law* ou anglo-americano) e civilista (*civil law*, romano-germânico ou europeu-continental) e a forma com que cada um lida com a lei e a jurisprudência e como essas duas vertentes foram introduzidas no Brasil, dando origem a um certo hibridismo de nosso ordenamento jurídico. O espaço do trabalho, mais uma vez, não comporta tanto aprofundamento nesse assunto, mas permite afirmar, em rápidas palavras, que as influências de ambas as tradições jurídicas, *common* e *civil law*, têm significativa participação na formação

do ordenamento jurídico brasileiro, respectiva e especialmente, a primeira na matriz constitucional pátria, a segunda na legislação infraconstitucional¹⁹⁵.

No presente trabalho, queremos deixar assentado apenas que o processo legislativo é importantíssima fonte formal de direito em nosso ordenamento, em especial no campo penal,¹⁹⁶ que é o alvo final desta dissertação. No entanto, necessário destacar que a lei em sentido formal, veículo introdutor de normas que contém enunciados em linguagem escrita e prescritiva de condutas humanas, por si só, não contém normas jurídicas no seu sentido mais preciso. Todo texto legal demanda atribuição de sentido, pois as palavras não são as coisas que representam; sua relação não é intrínseca e direta com o objeto de seu significado, que é variável conforme o contexto, a cultura e o destinatário da mensagem. “O texto só pode chegar a falar através do outro, o intérprete. Somente por ele se reconvertem os signos escritos de novo em sentido”.¹⁹⁷

A significação de um enunciado – o que inclui os enunciados normativos – se forma na mente do intérprete, que, por sua vez, está também inserido dentro de um ambiente linguístico coletivizado e consensualizado que não lhe permite qualquer interpretação imaginável, sem argumentação (justificação) válida e convincente. O uso consensual da linguagem limita sua capacidade interpretativa, vinculando-o às convenções sociais de que é partícipe.

No campo do direito, esse sistema convencional guarda certas peculiaridades tanto ou mais vinculantes do que em outros sistemas sociais também normatizados, na medida em que são definidas pessoas, espaços e procedimentos específicos para que se atribua ou modifique certo sentido das palavras usadas nos textos legais, isto é, para que se instituem ou modifiquem normas jurídicas, o que tem pertinência, ainda, com a temática das fontes do direito, a que aludimos anteriormente. Sobre o plexo de fontes do direito, a doutrina explica que “são sempre estruturas normativas que implicam a existência de alguém dotado de um poder de decidir sobre o seu conteúdo, o que equivale dizer um poder de optar entre várias vias normativas possíveis, elegendo-se aquele que é declarada obrigatória”.¹⁹⁸ A nova sistemática do direito, que separa o texto do enunciado normativo da norma jurídica, tendo a interpretação como elemento de transformação de um em outro, certamente, inclui uma nova perspectiva sobre o papel da Cortes

¹⁹⁵ Para maior aprofundamento desse tema, conferir ZANETI JR., 2014, p. 5-61.

¹⁹⁶ ZANETI JR., 2016, p. 157 e 165.

¹⁹⁷ GADAMER, 2008, p. 565.

¹⁹⁸ REALE JUNIOR, Miguel. **Fontes e modelos do direito**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 14.

Supremas e do caráter vinculante ou não de suas decisões, como concretização das normas jurídicas e da unidade do direito objetivo, em nosso ordenamento¹⁹⁹.

Nesse contexto, o tema da interpretação da Constituição Federal, o papel do Supremo Tribunal Federal e os instrumentos do recurso extraordinário e da repercussão geral apresentam-se como bastante imbrincados. Para além das pessoas, espaços e procedimentos correspondentes às tradicionais fontes formais do direito²⁰⁰ – Poderes Legislativo e Executivo – ganha maior participação na concretização do processo de formação de normas jurídicas o ambiente em que operam o Poder Judiciário e todas as funções essenciais à administração da justiça, como o Ministério Público, a Advocacia Pública e Privada e a Defensoria Pública, além, é claro, dos cidadãos, individual ou coletivamente, representados por tais atores do processo. Nesse cenário, a sociedade como um todo pode participar da formação e da atribuição de significado e conteúdo semântico-jurídico às normas que pretende ter vigentes em seu seio, o que revela a importância do tema no que se refere à consolidação da democracia, da cidadania, da república e da participação popular no exercício do poder que lhe pertence soberanamente (CF, art. 1º, *caput*, inc. II e parágrafo único).²⁰¹

Democracia é participação nas decisões políticas, e a é para muito além da via do sufrágio ou da ocupação eletiva de cargos públicos²⁰². Com efeito, como aponta a doutrina, “[t]odas as formas de influências sobre os centros do poder são participativas, no sentido de que representam algum peso para a tomada de decisões; conferir ou conquistar a capacidade de influir é praticar democracia”.²⁰³ A democracia é apontada como “expressão de um fundamental direito

¹⁹⁹ Como aponta Zagrebelsky (2008, p. 114), na passagem para o Estado Constitucional, o Estado Legislativo, que era o “senhor da lei”, deixa de ser, ao menos, o “senhor do direito”, que passa a ter outras fontes.

²⁰⁰ LUHMAN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

²⁰¹ Nesse sentido, majestoso trabalho de demonstração da importância da participação popular na formação do ordenamento jurídico, através do processo, é apresentado por ZANETI JR., do qual se extrai o seguinte trecho: “A democracia participativa revela-se no exercício do poder e do governo do povo, pelo povo e para o povo. A Constituição Federal, ao definir que todo poder emana do povo, expressamente indicou as formas de seu exercício representativo no Poder Legislativo e no Poder Executivo, restando ao Poder Judiciário, em decorrência da inércia como princípio basilar, o compromisso de prestar a jurisdição quando provocado pela forma direta, sempre nos limites do litígio e criando a solução para as partes envolvidas, mediante princípios de direito. Essa realidade coloca o Judiciário à frente da discussão, podendo realizar a democracia participativa ou compelir a soluções que considerem a cidadania, principalmente levando-se em consideração a abertura possível, em razão do contemporâneo processo constitucional e das ações coletivas, com a legitimação de formações sociais e entes exponenciais da sociedade”. (ZANETI JR., 2014, p. 128-130).

²⁰² FERRAJOLI, 2015, p. 37-48.

²⁰³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 208.

político de transformação social” e está “ligada à opinabilidade e ao contraste entre projetos, isto é, à ‘relatividade’”, impedindo, por isso, “a afirmação total e absoluta de qualquer concepção ‘natural’ de direito”.²⁰⁴ Daí se afirmar também que o que “caracteriza a democracia é muito mais o livre dissenso que o livre consenso”²⁰⁵.

Sob tal perspectiva, os espaços de exercício da democracia devem ser os mais plurais possíveis – é necessário que haja demodiversidade, como aponta a doutrina²⁰⁶. O processo, com a gerência do Poder Judiciário no exercício da jurisdição, se configura, nesse cenário, como instrumento e espaço de exercício do poder democrático²⁰⁷ – poder de participação e de influência nas decisões do Estado. Daí mencionar a doutrina que, no Estado Constitucional, a jurisprudência intenta “realizar positivamente a ‘concordância prática’, das diversidades e inclusive das contradições”²⁰⁸.

De se notar, portanto, que a interpretação dos textos normativos, que dá significado e conteúdo concreto às normas jurídicas, tem vasto campo de aplicação, de estudo e de aprimoramento na seara da formação das normas jurídicas, dentro do processo judicial. Este serve, nesse aspecto, especialmente, para que as escolhas normativas da sociedade amadureçam no debate, em campo o mais democrático possível, com regras e princípios que assegurem maior participação dos cidadãos e das instituições, e com maior segurança jurídica, coerência, integridade e estabilidade das decisões judiciais, sem que com isso se estanque ou se retarde o inexorável processo evolutivo do direito e da sociedade como um todo.

Em tema de interpretação das normas jurídicas e da consolidação do consenso acerca de seus significados, parece-nos fora de dúvida, portanto, que uma sistemática de atribuição de sentido e de aplicação do direito deve estar bem estruturada para harmonizar o sentido dado à norma com os princípios, objetivos, direitos e garantias fundamentais insculpidos na Constituição. Esse, acreditamos, deve ser o norte de qualquer esforço que pretenda analisar, com pretensão de correção, a função precípua do STF de dar a melhor interpretação às normas constitucionais, por meio do controle difuso, com o uso do instrumento processual do recurso extraordinário, para as questões mais relevantes e transcendentais, ou seja, que tenham repercussão geral.

²⁰⁴ ZAGREBELSKY, 2008, p. 67-68, tradução livre.

²⁰⁵ FERRAJOLI, 2015, p. 43 e 186.

²⁰⁶ ZANETI JR, 2014, p. 132.

²⁰⁷ SOUSA, Pedro Ivo de. **Legitimidade do controle judicial brasileiro de políticas de segurança pública**. 2009. 249 f. Dissertação (Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais) – Curso de Pós-graduação da Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2009, p. 35-40.

²⁰⁸ ZAGREBELSKY, 2008, p. 16.

1.8. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL COMO UM TEXTO A SER INTERPRETADO

Fixada a premissa de que texto de lei e norma jurídica são institutos diversos do direito e que é a atividade interpretativa do primeiro que dá origem à segunda, cumpre-nos questionar se o texto constitucional também está sujeito à interpretação e se as normas constitucionais dependem dessa atividade humana.

A resposta há que ser necessariamente positiva. A teoria normativa aqui empregada não distingue a natureza formal do instrumento jurídico vazado em linguagem escrita, para concluir pela sua natureza enunciativa, isto é, de objeto sobre o qual é feito o exercício interpretativo que resulta na norma ou proposição jurídica. Assim, os textos contidos na lei, no decreto, na portaria ou no contrato e mesmo na lei máxima, a Constituição Federal, todos, sem exceção, estão, nos limites da linguagem prescritiva do direito, sujeitos à interpretação dos seus destinatários, para, por meio dela, converterem-se em normas jurídicas.

A Constituição Federal de 1988, em verdade, é um dos documentos normativos de nosso ordenamento em que a interpretação do texto é ainda mais necessária do que na maioria dos outros instrumentos introdutores de normas, para converter seus enunciados em normas jurídicas – no caso, em normas jurídicas constitucionais. E isso se dá, essencialmente, por três fatores próprios à nossa Constituição.

O primeiro deles diz respeito à hierarquia normativa da Constituição Federal sob o aspecto formal.²⁰⁹ Estando no vértice do ordenamento jurídico pátrio, a Constituição dá origem a todas as demais normas, que nela vão buscar seu fundamento de validade²¹⁰, seja de forma direta,

²⁰⁹ MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 125-127; BARROSO, 2015, p. 29-30.

²¹⁰ Nesse sentido a clássica lição de Kelsen acerca das “normas superiores e inferiores” e do papel da Constituição como fundamento de validade supremo de todas as normas jurídicas de dado ordenamento positivo (KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Tradução e revisão de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986, p. 329-331) tendo seu conceito, como núcleo permanente “a ideia de um princípio supremo determinando a ordem estatal inteira e a essência da comunidade constituída por essa ordem. Como quer que se defina a Constituição, ela é sempre fundamento do Estado, a base da ordem jurídica que se quer apreender” (KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 128). E ainda: “Constituição, lei regulamento, ato administrativo, sentença, ato de execução, são simplesmente as etapas típicas da formação da vontade coletiva no Estado moderno” (ibidem, p. 125). Entre nós, acerca da supremacia da Constituição, cf.: BARROSO, 2015, p. 107-109.

quando derivam da própria outorga de poderes conferida pela Constituição às fontes do direito²¹¹, seja de forma indireta, quando derivam de outras normas infraconstitucionais²¹². Essa cadeia hierárquico-normativa faz com que a interpretação do texto constitucional produza normas constitucionais que irão formatar, direta ou indiretamente, toda a atividade interpretativa das normas inferiores.²¹³ Daí se concluir que a interpretação constitucional é uma das mais abrangentes, complexas e importantes de todo o Direito²¹⁴, em virtude de sua aptidão para vincular todas as (interpretações das) normas do ordenamento jurídico, o que decorre, segundo a doutrina, diretamente do princípio da supremacia da Constituição²¹⁵ e como fenômeno da constitucionalização do direito²¹⁶.

O segundo fator está relacionado também, de certa forma, à hierarquia normativa das normas constitucionais, mas sob o seu aspecto material²¹⁷, ou seja, sobre o conteúdo das normas.²¹⁸ É o que a doutrina garantista chama de “garantias constitucionais primárias” e que vinculam o legislador ordinário, de modo tanto a impedir que o mesmo produza normas contrastantes com a Constituição (garantias negativas), quanto a impor-lhe a produção de normas que efetivem e protejam os direitos fundamentais (garantias positivas); e que, da mesma forma, vinculam os juízes na interpretação e aplicação das leis.²¹⁹ Como já apontamos, esse movimento provém de uma reação dos países ocidentais, primeiramente os europeus, às tragédias decorrentes dos totalitarismos (fascismo e nazismo) e das guerras mundiais da primeira metade do século XX, e da sua possibilidade e ocorrência dentro de um sistema legalista, baseado no princípio da vontade da maioria. O paradigma constitucionalista busca, por isso, estabelecer as garantias necessárias contra a maioria contingente, estabelecendo a esfera do “não decidível que” e do “não decidível que não” (ou do obrigatoriamente decidível)²²⁰.

²¹¹ KELSEN, 1986, p. 332-336.

²¹² “A maior importância que a noção de Constituição adquire então, [parte d]a existência de uma regra – regra que é precisamente a Constituição – segundo a qual as leis só devem ser feitas de certa forma, a saber, com a colaboração da representação nacional; o fato de que essa regra não pode ser modificada com a mesma simplicidade que outras regras gerais de direito – as leis – isto é, que existe ao lado da forma legal ordinária uma forma especial mais difícil, a forma constitucional (maioria reforçada, votações múltiplas, assembleia constituinte especial), tudo isso expressa o deslocamento decisivo de poder” (KELSEN, 2013, p. 125). Sobre a incidência direta e indireta das normas constitucionais, cf.: BARROSO, 2015, p. 164.

²¹³ KELSEN, 1986, p. 330.

²¹⁴ SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015, p. 1512; BARROSO, 2015, p. 305.

²¹⁵ MORAES, G.P., 2014, p. 125-127; SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015, p. 645 e 1594-1599; BARROSO, 2015, p. 334.

²¹⁶ BARROSO, 2015, p. 399-404; ZAGREBELSKY, 2008, p. 151.

²¹⁷ MITIDIERO, 2017, p. 27; ZAGREBELSKY, 2008, p. 93.

²¹⁸ KELSEN, 1986, 336-342; FERRAJOLI, 2015, p. 36-37.

²¹⁹ FERRAJOLI, 2017, p. 72-80; MORAES, G.P., 2014, p. 129-130.

²²⁰ FERRAJOLI, 2015, p. 19-22 e 70.

Daí a estipulação, nas Constituições rígidas do segundo pós-guerra e, simultaneamente, na Carta da ONU e em tantas outras cartas internacionais de direitos, daquilo que nenhuma maioria pode fazer e daquilo que qualquer maioria deve fazer, isto é, a não derogabilidade dos pactos constitucionais e das suas cláusulas, a começar pelo princípio da paz e pelos direitos fundamentais.²²¹

Além disso, importante destacar que a nossa Constituição Federal de 1988 foi ordenada, de maneira completamente inédita em relação à Cartas anteriores, para iniciar-se arrolando os princípios e objetivos fundamentais (arts. 1º a 4º, da CF/88)²²², para logo em seguida proclamar os direitos e garantias fundamentais individuais, coletivos e sociais (arts. 5º a 11, da CF/88)²²³, que passaram, como na maioria das constituições do segundo pós-guerra, a serem “normas substanciais sobre a produção normativa”²²⁴. Vale destacar, ainda, que um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito em que se constitui a República Federativa do Brasil é a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III)²²⁵, o que somente reforça a ideia de priorização da pessoa e de seus direitos em nosso ordenamento²²⁶, em evidente resultado subordinativo do papel do Estado aos direitos dos cidadãos²²⁷, e que se revela pelo fato de que, somente depois de cuidar dos direitos da pessoa é que a Constituição se ocupa da “organização do Estado” (arts. 18 a 43) e da “organização dos poderes” (arts. 44 a 135)²²⁸. Essa prioridade dos direitos da pessoa humana, em sobreposição ao Estado, é o fator de vinculação material que os direitos e garantias fundamentais constitucionais exercem sobre todo o ordenamento²²⁹. A vinculação, nesse ponto, não é apenas meramente formal, isto é, não decorre tão somente de os direitos fundamentais serem previstos como tais (pois há direitos fundamentais previstos fora do Título

²²¹ FERRAJOLI, 2015, p. 80.

²²² No Estado Constitucional, a Constituição deve impor limites como ponto de partida e de chegada: princípios de onde se parte e objetivos a alcançar, inafastáveis por lei (ZAGREBELSKY, 2008, p. 34, 39-40, 93, 115-116).

²²³ Todas as Constituições brasileiras anteriores iniciavam-se pela organização do Estado e de seus órgãos e respectivas atribuições. A Constituição Federal de 1988 inverteu essa ordem e, conseqüentemente, a lógica das prioridades entre a pessoa e o Estado, dando evidente primazia à pessoa humana e sua inerente, inegável e irrevogável dignidade e os direitos fundamentais dela decorrente, em detrimento da organização do Estado, ganhando a Carta de 1988, por isso, o título de “Constituição Cidadã”. Nesse sentido: BARROSO, 2015, p. 107.

²²⁴ FERRAJOLI, 2015, p. 103. Cf., também, p. 45-48 e 81-97.

²²⁵ Herança do jusnaturalismo cristão-católico, segundo Zagrebelsky (2008, p. 67). No mesmo sentido antropocêntrico do constitucionalismo: MATOS, 2014, p. 41-43.

²²⁶ MATOS, 2014, p. 43.

²²⁷ SARLET, 2007, p. 109-131; MORAES, G.P., 2014, p. 550.

²²⁸ SARLET, 2007, p. 79.

²²⁹ FERRAJOLI, 2015, p. 82.

II da CF/88)²³⁰; a vinculação aqui é de cunho material: as normas que regem os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana vinculam o conteúdo²³¹ de todas as normas do ordenamento, inclusive as constitucionais, cuja atribuição de sentido e aplicação aos casos concretos sempre deverão resolver-se segundo a interpretação que promova a maior eficácia e abrangência dos direitos da pessoa e de sua dignidade²³².

O terceiro fator decorre da técnica legislativa empregada no texto constitucional. Passa-se, como vimos acima, de uma técnica casuística e pretensamente exaustiva das hipóteses de incidência da norma para uma técnica que mistura a técnica casuística com a técnica aberta²³³ e, conseqüentemente, repleta de conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais²³⁴. É certo que nossa Constituição é das mais analíticas, regulando as mais variadas áreas das relações jurídicas humanas.²³⁵ Fá-lo, não obstante, em muitas passagens, com o uso de textos abertos, de hipóteses fáticas e/ou conseqüências jurídicas indeterminadas e de disposições programáticas, sem descuidar, em outras previsões, dos exatos termos de incidência e de eficácia de suas normas.²³⁶ Nesse ponto, destaca-se o caráter não absoluto (ou relativo) dos princípios constitucionais a fim de que sejam compatíveis com os outros princípios com que devem conviver, segundo uma visão política própria ao Estado Constitucional de não exclusão ou de imposição pela força²³⁷, mas de inclusão e integração, através de uma rede de procedimentos comunicativos que refletem significativamente a pluralidade social brasileira²³⁸ e o caráter “marcadamente

²³⁰ Nesse sentido: SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015, p. 2314-2323; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 509.

²³¹ SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015, p. 2323-2336.

²³² SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015, p. 2798-2806.

²³³ MORAES, 2014, p. 123.

²³⁴ Karl Engisch observa que quando um texto normativo é redigido de forma casuística, está sempre suscetível ao risco de apenas fragmentária e provisoriamente regular a matéria jurídica, risco que é evitado pela utilização de cláusulas gerais (ENGISCH, 1996, p. 233-234). No mesmo sentido, Horst-Eberhard Henke afirma que, em certas situações, a norma exata se perde em meio a uma casuística confusa causada pela multiformidade do tema versado, ou envelhece rapidamente em razão das mudanças acarretadas pelo dinamismo social. (HENKE, Horst-Eberhard. **La cuestión de hecho: el concepto indeterminado en el derecho civil y su casacionabilidad**. Trad. Tomas A. Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1979, p. 58.

²³⁵ SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015, p. 471-476; BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, 30. ed.. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 91-92 (usa o termos: “constituições prolixas”); RIBEIRO, 2014, p. 57.

²³⁶ Sobre a técnica aberta no texto constitucional, cf.: BARROSO, 2015, p. 164 e 223.

²³⁷ FERRAJOLI, 2015, p. 115.

²³⁸ ZAGREBELSKY, 2008, p. 14-15. Segundo o autor há apenas um metavalor absoluto: “o duplo imperativo do pluralismo dos valores (no tocante ao aspecto substancial) e a lealdade no seu enfrentamento (no referente ao aspecto procedimental)”. A ductilidade constitucional pressupõe, portanto, a coexistência de valores plurais e até antagônicos, de um lado, e o compromisso do Estado de defender a todos, em uma “dogmática jurídica ‘líquida’ ou ‘fluida’[...]onde os conceitos mantêm sua individualidade e coexistem sem choques destrutivos[...]sem que jamais um solo componente possa impor-se ou eliminar aos demais” (p. 17, tradução livre). Por que o Estado Constitucional adota o tom conciliador dos princípios de justiça? Segundo o autor, para moderar o potencial agressivo, desagregador e destrutivo dos direitos, em particular dos direitos orientados à vontade (os direitos liberais).

compromissário” de nossa Constituição, “já que o Constituinte, na redação final dada ao texto, optou por acolher e conciliar posições e reivindicações nem sempre afinadas entre si, resultantes das fortes pressões políticas exercidas pelas diversas tendências envolvidas no processo”²³⁹.

O que se quer destacar é a presença significativa da técnica aberta no texto constitucional²⁴⁰, o que conduz à maior necessidade de interpretação do texto²⁴¹ e, muitas vezes, de elementos não textuais²⁴², em vista do caso concreto, para definir-lhe o significado, paulatinamente, a cada julgamento, em uma construção constante do direito constitucional. Todos esses aspectos demonstram que a consolidação da ordem normativa constitucional depende, tal qual todos os demais documentos normativos, da interpretação de seus enunciados, mediante uma “*atividade mediativa* do intérprete que demanda *individualizações, valorações e escolhas*, entre diferentes possibilidades de sentidos linguísticos para a definição da norma”²⁴³. A relação texto de lei vs. norma jurídica se aplica, portanto, igualmente, à relação texto constitucional vs. norma constitucional. Em outras palavras, a Constituição Federal é um texto a ser interpretado, tanto em abstrato quanto em sua aplicação sobre cada fato concreto, e no lugar do intérprete da Carta Magna, o Supremo Tribunal Federal ocupa espaço de alta relevância, assim como desempenham papel fundamental nessa atividade os instrumentos do recurso extraordinário e da repercussão geral. Não obstante a suma importância de nossa Corte Suprema e dos institutos mencionados, a atribuição de zelar pela observância das normas constitucionais e de controlar o uso do poder por meio da Constituição não é exclusividade do STF, como veremos a seguir.

São os vetores de deveres e de justiça (integradores) que refreiam os direitos libertários da vontade (desintegradores). Pois a tendência da máxima liberdade é converter-se em opressão. A ênfase na justiça é a resposta constitucional contra a imposição (dos direitos) do mais forte sobre os mais fracos (ibidem, p. 97-98). Os princípios objetivos de justiça servem para obrigar a vontade desejosa de atuar, individual ou coletiva, a confrontar-se, moderar-se, dobrar-se; a aceitar que não é a única força construtiva do direito e se submete a um juízo de validade (ibidem, p. 106 e 125). Em sentido semelhante: FERRAJOLI, 2015, p. 88.

²³⁹ SARLET, 2017, p. 77.

²⁴⁰ De acordo com Zagrebelsky (2008, p. 14), a técnica legislativa constitucional “aberta” reflete a assunção do pluralismo social por uma Constituição democrática e que é uma “proposta de soluções e coexistências possíveis”. Uma Constituição aberta é, assim, aquela que permite tanto “a espontaneidade da vida social, quando a competição para assumir a direção política, condições ambas para a superveniência de uma sociedade pluralista e democrática” (tradução livre).

²⁴¹ MITIDIERO, 2017, p.98; BARROSO, 2012, p. 386.

²⁴² SARLET, 2007, p. 92 e ss.

²⁴³ MITIDIERO, 2017, p. 66-67 (grifos do autor).

1.9. O PAPEL DO JUDICIÁRIO NA INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

A questão da interpretação da lei sempre foi uma disputa entre o legislador e o juiz.²⁴⁴ No entanto, como vimos, não se pode mais negar que os textos da linguagem prescritiva do direito, seja de que natureza jurídica forem, incluindo os da Constituição, “não valem por si mesmos, não contém uma clareza que os isente de interpretação, porque interpretar é aplicar e vice-versa”²⁴⁵. É necessário, portanto, que o sentido da norma, embora se vincule fortemente aos limites do texto positivado, seja reconstruído na atividade jurisdicional, especialmente diante das peculiaridades dos casos concretos que lhe são apresentados para resolução do conflito e aplicação do direito. O pressuposto para que essa atividade de reconstrução da norma ocorra é o processo, dada a inércia própria da atuação do Poder Judiciário²⁴⁶; uma vez provocado, cabe aos órgãos desse Poder, a última palavra acerca da melhor interpretação, com prevalência, dentro de sua estrutura, para a interpretação dada pelas Cortes Supremas, no sentido de objetivação do direito, cada qual na sua esfera de competências constitucionais.

Destacamos, ainda, que a norma jurídica somente adquire seu significado completo e concreto a partir da individualização de sentido feita pelo seu destinatário, no momento da aplicação. A figura do destinatário da norma põe em linha de ação legisladores, administradores públicos, contratantes da iniciativa privada e até o cidadão comum, como potenciais intérpretes da norma – e o são de fato. No entanto, a interpretação que aqui interessa é apenas aquela ligada a uma decisão judicial em um processo. É que, por força da própria Constituição e das normas infra-constitucionais que a complementam, somente aos juízes e tribunais é dado o poder de interpretar uma norma jurídica, com força vinculante do sentido dado à norma, para decisão de um caso concreto e, deste caso, para outros futuros, conforme haja ou não força vinculante atribuída ao precedente²⁴⁷.

Na definição do sentido normativo dos textos legais, o papel da interpretação exercida pelo Poder Judiciário, portanto, é de essencialidade²⁴⁸, e é possível perceber como a doutrina aponta um veemente deslocamento a partir da verdade conceitual que separa texto e norma: “da voca-

²⁴⁴ BRAVO-HURTADO, 2014, p. 329-330.

²⁴⁵ ZANETI JR., 2016, p. 133.

²⁴⁶ Destaca-se, nesse ponto, a importância do “princípio da acionabilidade”, como princípio essencial à atividade jurisdicional no modelo garantista (FERRAJOLI, 2015, p. 244-249); cf. também, ZANETI JR 2015, p. 210.

²⁴⁷ ZANETI JR 2016, p. 132.

²⁴⁸ *Ibidem*.

ção do nosso tempo para legislação e para ciência do direito (*vom Beruf unser Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*)²⁴⁹ para a vocação do nosso tempo para a jurisdição (*vocazione del nostro tempo per la giurisdizione*)²⁵⁰ – ou, mais precisamente, para o processo”²⁵¹.

De acordo com a doutrina, no Estado legislativo do início do século XIX os limites e vínculos estabelecidos em face do Estado eram mínimos “porque mínimo era o papel do Estado”²⁵² concebido como sujeito soberano, não sujeito ao controle jurisdicional de legalidade; a jurisdição, tanto civil quanto penal, era exercida apenas em face dos cidadãos. “Somente na segunda parte do século XIX se afirmou uma instância liberal de tutela jurisdicional dos direitos em face do Poder Executivo, um contencioso administrativo entre cidadão e instituições públicas”²⁵³. Finalmente, na passagem do Estado legislativo para o Estado constitucional de direito, a jurisdição se expandiu, assumindo um papel de garantia dos direitos e controle de todos os poderes públicos, inclusive o Poder Legislativo, contra violações desses direitos, alçados a um nível mais alto que o da lei, nos textos constitucionais. Assim, quanto mais se expande a “estipulação de direitos e bens fundamentais em cartas constitucionais”, mais se expande o poder da jurisdição para o controle de todas as atividades estatais (e dos particulares), na medida em que também aumentam “as demandas por justiça não satisfeitas pelas funções políticas de governo”.²⁵⁴

Depois da “separação entre produção e aplicação da lei gerada pela afirmação do princípio da legalidade”, o paradigma constitucional, portanto, se consolidou como um “sistema de limites e vínculos impostos à legislação” e “para a garantia dos direitos fundamentais estipulados nas atuais constituições rígidas”, do qual resultou uma forte “expansão da jurisdição ocorrida com o controle jurisdicional de constitucionalidade sobre leis inválidas por afronta à Constituição”²⁵⁵. Sem dúvida, a positivação dos direitos e garantias fundamentais nos textos constitucionais, como reação ao “direito das maiorias” que possibilitou duas guerras mundiais, legitimou

²⁴⁹ SAVIGNY, Friedrich Carl von. **Vom Beruf unser Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft**. Heidelberg: Mohr und Zimmer, 1814.

²⁵⁰ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 147; PICARDI, Nicola. *La Vocazione del Nostro Tempo per la Giurisdizione*. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano: Giuffrè, 2004.

²⁵¹ MITIDIERO, 2017, p. 21; MATOS, 2014, p. 48-51.

²⁵² FERRAJOLI, 2015, p. 137. Segundo o autor, o Estado destinava-se “a garantir a ordem pública interna, por intermédio do direito e da jurisdição penais, e a certeza das relações contratuais, por intermédio do direito e da jurisdição civis”.

²⁵³ *Ibidem*.

²⁵⁴ FERRAJOLI, 2015, p. 137.

²⁵⁵ *Ibidem*.

o Poder Judiciário, de forma independente dos outros poderes, à tutela dos direitos fundamentais, virtualmente contramajoritários. A oposição constitucional desses direitos em nível supra-estatal e supralegal – no sentido de que todos os poderes públicos e privados a eles estão sujeitos – reclamou a existência de uma função de garantia secundária contra a sua violação, fosse por atuação desses poderes, fosse por sua omissão. Essa função consiste no controle de constitucionalidade das leis e dos demais atos do poder público e se inseriu no papel do nosso Poder Judiciário desde as primeiras constituições até atingir a sua forma mais evoluída na Constituição Federal de 1988; desse processo trataremos no tópico seguinte.

1.10. A RECEPÇÃO CONSTITUCIONAL DA *JUDICIAL REVIEW* E A INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO NO MODELO BRASILEIRO

Tendo a interpretação dos textos legais como atribuição necessariamente ligada à atividade jurisdicional do Poder Judiciário, a próxima questão que se coloca a partir daí diz respeito a que órgão(s) dessa esfera de poder do Estado é atribuída a competência para interpretar a Constituição, em nosso ordenamento. A resposta a essa questão, passa pela análise da nossa formação constitucional, desde a primeira Carta Constitucional brasileira.

A história constitucional do Brasil é recente. Não obstante, desde a sua independência de Portugal, em 1822, o país teve, até hoje, nada menos que oito constituições, datadas dos anos de: 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, 1969 e 1988²⁵⁶. São, portanto, menos de dois séculos de constitucionalismo no Brasil, marcado por algumas cartas promulgadas, outras outorgadas, em períodos alternados de ditadura e de democracia, sendo a última Constituição, de 1988, a que sustenta o maior período democrático até então alcançado (29 anos).

Importa para nós, desse histórico, como o título do tópico permite vislumbrar, a incorporação da revisão judicial (*judicial review*) em nosso ordenamento constitucional, de matriz híbrida entre os aspectos da *common law* e da *civil law*²⁵⁷.

Nossa independência, no início do século XIX, sofreu, como a maioria dos países recém-independentes, fortes influências da Revolução Francesa e da Independência dos Estados Unidos

²⁵⁶ ZANETI JR, 2016, p. 23.

²⁵⁷ Aponta Hermes Zaneti Jr. que a Constituição Federal de 1891, ao trazer influências do direito norte-americano, inseriu peculiaridades entre nós que acabaram por gerar um *sistema híbrido*, no Brasil. “O *cruzamento* ocorreu entre a “tradição” do *common law* norte-americano, que inspirou nossa ordem político-constitucional republicana, e a “tradição” romano-germânica, predominante na Europa continental, do qual se recepcionou o direito privado, o direito público infraconstitucional (processual e administrativo) e o direito penal e processual penal” (ZANETI JR, 2016, p. 30).

da América²⁵⁸, recepcionando desta última, na Constituição de 1891, principalmente pelas mãos de Rui Barbosa, o direito constitucional norte-americano²⁵⁹. Entre os principais influxos desse modelo, destaca-se a *judicial review*, ou seja, “a garantia de adequação dos atos do poder público e dos atos dos poderes particulares ao que está preceituado no texto constitucional”²⁶⁰. Garantia essa que depende da efetiva tutela por parte do Poder Judiciário para “sustentação prática e a reivindicação eficaz de cada um dos direitos assim declarados”²⁶¹, ao lado da encampação da teoria dos *remedies proceed rights*²⁶², também do direito constitucional norte-americano.

A origem do *judicial review* no direito norte-americano está associada ao clássico julgamento do caso *Marbury vs. Madison*²⁶³, em 1803, pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América²⁶⁴. A partir dele, possibilitou-se o controle judicial de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público de maneira geral, por todas as instâncias do Poder Judiciário, isto é, outorgando-se aos juízes e tribunais a prerrogativa de averiguar a conformidade de todos os atos públicos, legiferantes, executivos ou mesmo judiciais, aos termos da Constituição²⁶⁵.

Essa ideia transpõe-se para o direito brasileiro, através da influência norte-americana na Constituição Republicana de 1891, e se consolida, aqui, como o controle difuso de constitucionalidade (ou *incidenter tantum*) das leis e demais atos do Poder Público²⁶⁶, e cuja palavra final

²⁵⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 255-266, 259-260 e 262.

²⁵⁹ ZANETI JR., p. 24-25.

²⁶⁰ *Ibidem*, p. 25.

²⁶¹ BARBOSA, Rui. **Comentários à Constituição Federal Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1934, v. 5, p. 175.

²⁶² Segundo Zaneti Jr. (2016, p. 164): “Os remédios estão diretamente coligados com o interesse protegido pelo ordenamento, ao lado de sua violação concreta, como o ‘sinal’ de i, ordenamento jurídico claramente voltado à tutela efetiva dos direitos, e não apenas à sua declaração ineficaz do ponto de vista prático. Os remédios são instrumentos muito pragmáticos, voltados à efetividade desses direitos, muitas vezes de cariz fundamental. Daí serem a negação da formalização e serem o elogio do realismo e da factualidade para obtenção das soluções concretas que o ordenamento jurídico visa a oferecer para tutela dos interesses constitucionalmente protegidos por normas fundamentais”.

²⁶³ A descrição do caso pode ser conferida em: BARROSO, 2012, p. 25-32.

²⁶⁴ A doutrina destaca o fato de se tratar de uma recepção cruzada do direito norte-americano. Isso porque o instituto não foi trazido diretamente do próprio texto da Constituição americana, mas do desenvolvimento da jurisprudência da Suprema Corte dos EUA (ZANETI JR, 2016, p. 40). Segundo Peter Häberle, “recepções cruzadas [...] se produzem quando o ente constituinte assume o que em outro lugar uma sentença constitucional pioneira havia elaborado de forma incipiente” (HÄBERLE, Peter. Elementos teóricos de un modelo general de recepción jurídica. In: Antonio-Henrique Perez Luño (Coord.). **Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milênio**. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 164)

²⁶⁵ CANOTILHO, 2003. p. 92-97; BARROSO, 2012, p. 32.

²⁶⁶ ZANETI JR., 2016, p. 29.

passou a ser dada pelo Supremo Tribunal Federal, por meio do recurso extraordinário, que passou a ser previsto constitucionalmente, com esse nome, no art. 76, 2, III, da CF/91²⁶⁷ (embora já estivesse previsto como “recurso” no Decreto 848/90 e “batizado” de extraordinário pelo RISTF de 1891).²⁶⁸ Com isso, a Constituição de 1891 mudou radicalmente (pelo menos no papel) a relação entre o Poder Judiciário e os demais poderes da República – que é bom lembrar, só tinha dois anos de proclamação em sucessão à monarquia. “O Poder Judiciário passou de poder subalterno a exercer a função principal de mediador entre os poderes por meio da *judicial review*”²⁶⁹. A República constituía, assim, o *status* de poder soberano²⁷⁰ do Poder Judiciário, colocando-o, segundo a doutrina, na função antes atribuída ao Poder Moderador²⁷¹ (o qual foi extinto pela CF/1891), de zelar pela harmonia e equilíbrio entre os poderes políticos.²⁷²

²⁶⁷ “Art. 76 - À Corte Suprema compete: [...] 2) julgar: [...] III - em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instância: a) quando a decisão for contra literal disposição de tratado ou lei federal, sobre cuja aplicação se haja questionado; b) quando se questionar sobre a vigência ou validade de lei federal em face da Constituição, e a decisão do Tribunal local negar aplicação à lei impugnada; c) quando se contestar a validade de lei ou ato dos Governos locais em face da Constituição, ou de lei federal, e a decisão do Tribunal local julgar válido o ato ou a lei impugnada; d) quando ocorrer diversidade de interpretação definitiva da lei federal entre Cortes de Apelação de Estados diferentes, inclusive do Distrito Federal ou dos Territórios, ou entre um deste Tribunais e a Corte Suprema, ou outro Tribunal federal”.

²⁶⁸ AMARAL NETO, Aluisio Gurgel do. Inovações e limitações ao recurso extraordinário no novo Código de Processo Civil. In: AMARAL JÚNIOR, Aluisio Gurgel; SILVA, Maria de Fátima Neves da (Org.). **Recursos especial e extraordinário no novo Código de Processo Civil: estudos em homenagem ao Prof. Dr. José de Albuquerque Rocha**. Fortaleza: TJCE, 2013, p. 38.

²⁶⁹ ZANETI JR, 2016, p. 42.

²⁷⁰ A ideia prevalente de soberania do Poder Judiciário pode ser destacada da seguinte passagem da Exposição de Motivos do Decreto n. 848/1890, que organiza a Justiça Federal – e cria o STF: “Ahi está posta a profunda diversidade de indole que existe entre o poder judiciario, tal como se acha instituido no regimen decahido, e aquelle que agora se inaugura, calcado sobre os moldes democraticos do systema federal. De poder subordinado, qual era, transforma-se em poder soberano, apto na elevada esphera da sua autoridade para interpor a benefica influencia do seu criterio decisivo afim de manter o equilibrio, a regularidade e a propria independencia dos outros poderes, assegurando ao mesmo tempo o livre exercicio dos direitos do cidadão. E' por isso que na grande União Americana com razão se considera o poder judiciario como a pedra angular do edificio federal e o unico capaz de defender com efficacia a liberdade, a autonomia individual. Ao influxo da sua real soberania desfazem-se os erros legislativos e são entregues á austeridade da lei os crimes dos depositarios do poder executivo”.

²⁷¹ A Constituição do Brasil, de 1824, ainda no período do Império, não previa o controle de constitucionalidade e os poderes eram divididos em Legislativo, Moderador, Executivo e Judiciário. Era uma constituição semi-flexível (art. 178) e adotava uma religião oficial (art. 5º). Conforme: NOGUEIRA, Otaviano. **Constituições brasileiras: 1824**. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001). Nesse sentido, também: AMARAL NETO, 2013, p. 31.

²⁷² Nesse sentido, cf.: LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 322. Para o autor, a soberania do Poder Judiciário era algo impensável, enquanto durasse o Império ou para os liberais, atraídos pela monarquia constitucionalista inglesa, em que “os atos do rei e do parlamento não podem ser revogados por revisão judicial”. O mesmo se diga da matriz revolucionária francesa, “na qual o Judiciário era sabidamente o ‘menor’ dos poderes políticos” (ZANETI JR., 2016 p. 43).

Não havia, contudo, uma previsão expressa do controle (ou revisão) judicial dos atos do Poder Público, no texto constitucional²⁷³. Com efeito, essa característica era considerada, pela doutrina e pela jurisprudência, implícita no art. 59, §1º, do texto constitucional, que assim dispunha:

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

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

b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.

A previsão implícita da *judicial review* em tal texto, decorre de uma relação lógica, segundo a doutrina, afinal se por meio do recurso (até então nominado apenas de “recurso”) “se permitiu que o Supremo Tribunal Federal verificasse a correta adequação da decisão ao texto constitucional, por óbvio, os Tribunais dos Estados federados poderiam deixar de aplicar a norma por inconstitucional, e também assim os seus juízes singulares”, caso contrário não haveria o que ser apreciado no referido recurso pela Corte Suprema²⁷⁴. Ficava, desse modo, garantido, implicitamente, o controle de constitucionalidade difuso, por recusa à aplicação da norma tida como inconstitucional – contida em leis ou em atos dos Governos dos Estados – autorizando-

²⁷³ Essa ausência de controle de constitucionalidade no direito brasileiro é compreensível diante de nossa influência do Direito francês, cujo primado da lei, característico do Estado Legislativo, era incompatível com a ideia de que havia algo acima da lei. A França, quando instituiu o controle de constitucionalidade, por seu *Conseil Constitutionnel*, fê-lo apenas na forma direta e abstrata, sem um caso concreto subjacente; enquanto nos EUA esse controle sempre foi feito exclusivamente de forma difusa e concreta (ZAGREBELSKY, 2008, p. 61-62). É interessante ver como o Brasil bebeu nessas duas fontes e adotou ambas as formas de controle de constitucionalidade.

²⁷⁴ ZANETI JR, 2016, p. 46.

se todos os órgãos jurisdicionais a fazerem o controle de constitucionalidade²⁷⁵, nos casos concretos que lhe fossem apresentados²⁷⁶.

Um desses casos, talvez o mais emblemático, narrado pela doutrina²⁷⁷, em *terrae brasilis*, é o do juiz Alcides de Mendonça Lima, que se recusou a dar aplicação a uma norma baixada por decreto, pelo então Presidente do Rio Grande do Sul, Júlio de Castilhos, a qual dispunha sobre o júri de forma contrária ao texto constitucional. O jovem juiz foi processado criminalmente, mas foi, ao final, absolvido pelo Supremo Tribunal Federal (tendo sua defesa exercida por Rui Barbosa, principal defensor da recepção da *judicial review* pelo direito constitucional brasileiro), em decisão que reconheceu que os juízes poderiam deixar de aplicar um ato normativo por considerá-lo inconstitucional, mediante controle difuso²⁷⁸. Desse modo, todos os órgãos jurisdicionais, de qualquer instância, poderiam, legitimamente, decretar a inconstitucionalidade de uma norma e negar-lhe aplicação.

Necessário destacar que o alcance da inconstitucionalidade declarada pelo Judiciário, ainda que reconhecida sua correição em última instância, pelo STF, limitava-se ao caso concreto, já que, apesar da importância da teoria da *common law* sobre o controle de constitucionalidade, não se reconhecia a regra da *stare decisis*, ou seja, do efeito vinculante dos precedentes judiciais, considerando-se a jurisprudência apenas uma “fonte de ‘segurança jurídica’ para aplicação do direito”²⁷⁹, nos termos do §2º do art. 59 da Constituição Federal²⁸⁰.

²⁷⁵ Luís Roberto Barroso (2012, p. 74-75 e 85) considera como expressa a previsão do controle de constitucionalidade na Constituição de 1891 (arts. 59 e 60). Contudo, em relação a esse controle ser difuso, é possível concluir de suas palavras que a competência das justiças da União e dos Estados para pronunciarem-se acerca da invalidade das leis em face da Constituição demandava algum esforço interpretativo dos arts. 59 e 61 da CF/91 e, portanto, não estava explícita no texto constitucional, o que teria levado Rui Barbosa, inclusive, a explicitar o sentido dos dispositivos, em texto elaborado em 1893 e denominado de “Os actos inconstitucionaes do Congresso e do Executivo antes a justiça federal”. Rui Barbosa defende a clareza do texto quanto ao reconhecimento, no texto constitucional, da competência das justiças da União e dos Estados para conhecer da legitimidade das leis perante a Constituição (BARBOSA, Rui. **Os actos inconstitucionaes do Congresso e do Executivo antes a justiça federal**. Rio de Janeiro: 1893, Companhia Impressora, p. 58). A falta de explicitude do controle difuso de constitucionalidade ou, ao menos, de aceitação de que estivesse expresso na CF/1891 pode ser extraída do caso concreto do juiz Alcides de Mendonça Lima, processado criminalmente por julgar inconstitucional uma lei estadual do Governo do Rio Grande de Sul, conforme relatamos no texto principal.

²⁷⁶ PONTES DE MIRANDA, 1987, p. 108. NEQUETE, Lenine. **O Poder Judiciário no Brasil a partir da independência**. Porto Alegre: Sulina, 1973, v. 2 (República), p. 40.

²⁷⁷ NEQUETE, 1973, p. 20-22.

²⁷⁸ ZANETI JR., 2016, p. 46-47.

²⁷⁹ Ibidem, p. 47 e nota de rodapé n. 68.

²⁸⁰ § 2º - Nos casos em que houver de aplicar leis dos Estados, a Justiça Federal consultará a jurisprudência dos Tribunais locais, e vice-versa, as Justiças dos Estados consultarão a jurisprudência dos Tribunais Federais, quando houverem de interpretar leis da União.

É preciso frisar, no entanto, que o controle judicial dos atos do Poder Público não se limitava ao controle de constitucionalidade apenas, não obstante, em um Estado Constitucional, esse fosse o controle mais importante, dada a supremacia da Constituição.²⁸¹ A revisão judicial era mais ampla, importando, em verdade, na necessidade de haver mecanismos eficazes (*remedies*) de controle da atividade pública, em todas as esferas de poder, por meio da atividade jurisdicional, pressuposto essencial de uma república democrática²⁸². A *judicial review* tem como essência o controle do poder²⁸³, sendo o controle difuso de constitucionalidade apenas uma de suas facetas, mas ambos pressupondo a jurisdição²⁸⁴, como atividade de controle, e o (devido) processo (legal)²⁸⁵ como seu instrumento. Nesse sentido, a mera previsão de direitos e garantias do cidadão em face do Estado não passaria de mera retórica, não houvesse remédios que o pudessem socorrer e tutelar seus direitos em caso de violação, pelo Poder Público. A importação da doutrina constitucional do *common law*, no que diz respeito à *judicial review*, portanto, veio acompanhada, também, da noção de que os remédios precedem os direitos (*remedies preced rights*), ou seja, não há direitos sem remédios processuais (isto é, ações) que os assegurem – *ubi remediis, ibi ius*²⁸⁶.

A questão é que a Constituição Federal de 1891 não previa *writs* com a mesma amplitude do direito norte-americano, do que sucedeu a necessidade de importá-los e evocar suas razões de existência e aplicação, também de maneira implícita no texto constitucional. Havia previsão expressa do *habeas corpus*, no art. 72, §22 (Seção II – Declaração de Direitos), mas, tal remédio, em princípio, se limitaria aos casos penais e de ofensa à liberdade de locomoção. Mais uma vez, a atuação de Rui Barbosa foi fundamental nesse ponto, ao desenvolver a doutrina brasileira do *habeas corpus civil*²⁸⁷, como recurso medular de salvaguarda das liberdades individuais

²⁸¹ BARROSO, 2012, p. 32.

²⁸² Ibidem, p. 74-85.

²⁸³ ZANETI JR., 2016, p. 26-27. O Estado de Direito também nasce da ideia de controle de poder; do poder absolutista, concentrado na figura do rei, e através da lei, válida para todos de igual maneira, inclusive para o monarca, que passa a estar abaixo dela. Aponta a doutrina, porém, que surge daí um novo absolutismo, o do Poder Legislativo, que não encontra limites. É o Estado Constitucional que vai mudar isso posteriormente, impondo limites até ao legislador (ZAGREBELSKY, 2008, p. 48-50).

²⁸⁴ MITIDIERO, 2017, p. 74.

²⁸⁵ ZANETI JR., 2016, p.27.

²⁸⁶ ZANETI JR., 2016, p. 47-48.

²⁸⁷ O referido remédio constitucional é apontado pela doutrina, por isso, como a “construção doutrinária e pretoriana mais importante de nossa história constitucional, só sucumbindo na reforma constitucional de 1926, que ao vedar a impetração de *habeas corpus*, com natureza civil, impulsionou a criação da doutrina do *mandado de segurança*” (ZANETI JR., 2016, p. 47).

contra o arbítrio dos poderes políticos de maneira geral²⁸⁸, e não limitada ao aspecto penal ou à liberdade de ir e vir, aproveitando-se da redação não restritiva do dispositivo constitucional²⁸⁹. Necessário destacar, contudo, que o *habeas corpus* foi posteriormente limitado aos casos de prisão ou constrangimento ilegal na liberdade de locomoção do indivíduo, ainda na vigência da CF/1891, por força da Emenda Constitucional n. 3, de 1926, o que acabou por dar impulso ao movimento de criação do mandado de segurança (efetivado na vigência da CF/1934).

A recepção do *judicial review*, contudo, não se deu de forma pontual e estanque na positivação da Constituição de 1891, mas em um processo evolutivo que se desenrolou ao longo de toda a nossa história constitucional, até o advento da Constituição Federal de 1988 e, na sua vigência, por modificações do próprio texto constitucional, em especial pela Emenda 45/2004, como adiante veremos.²⁹⁰

Em seguida à Constituição republicana da 1891, veio a Constituição de 1934. Uma constituição democrática e que manteve a possibilidade de controle judicial dos demais poderes, além de criar institutos novos fundamentais, a exemplo, no campo dos remédios constitucionais, do mandado de segurança²⁹¹ (art. 113, 33, suprindo a lacuna deixada pela reforma constitucional de 1926, EC n. 3) e da ação popular²⁹² (art. 113, 38), e, no campo do controle de constitucionalidade, a possibilidade de extensão *erga omnes* da decretação de inconstitucionalidade pelo Senado Federal²⁹³ (art. 91, IV) e a cláusula de reserva de plenário²⁹⁴ (ou *full bench* – art. 179),

²⁸⁸ BONAVIDES, 2015, p. 91-92.

²⁸⁹ Assim dispunha o art. 72, §22: “Dar-se-á o habeas corpus sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder”.

²⁹⁰ Segundo Pedro Ivo de Sousa, “Um dos grandes temas do constitucionalismo contemporâneo” ainda é “a possibilidade do poder Judiciário efetuar um controle efetivo sobre as atividades desenvolvidas pelos demais poderes institucionalizados, em especial sobre as políticas públicas realizadas por estes poderes”, evidenciando-se que o tema jamais deixa de ser pertinente (SOUSA, 2009, p. 32).

²⁹¹ “33) Dar-se-á mandado de segurança para defesa do direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do *habeas corpus*, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petitórias competentes”. A expressão “qualquer autoridade” na previsão do mandado de segurança deu-lhe “amplitude que nenhum ordenamento, nem mesmo o norte-americano, concedeu aos *writs* constitucionais, para defesa dos direitos do cidadão frente ao Estado”, tornando o mandado de segurança brasileiro “um instrumento com especial aptidão para o controle dos atos abusivos e lesivos dos poderes públicos, nesse sentido, similar ao espanhol *juicio de amparo*. Um instituto de defesa do cidadão contra os poderes políticos com a mesma disciplina processual do *habeas corpus*” (ZANETI JR, 2016, p. 50).

²⁹² “38) Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios”.

²⁹³ Art. 91 - Compete ao Senado Federal: IV - suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário;

²⁹⁴ Art 179 - Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público.

determinando que somente pelo voto da maioria absoluta da totalidade dos seus Juízes, poderiam os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público. Tratou-se, nesse último ponto, de “um procedimento agravado de controle de constitucionalidade”.²⁹⁵ A possibilidade de qualquer órgão do Poder Judiciário efetuar o *judicial control* sobre os atos dos demais poderes, fundado na Constituição e nas leis, portanto, continuava implícito ao sistema constitucional²⁹⁶. Embora tenha sido uma das nossas constituições com menor tempo de vigência (apenas 3 anos)²⁹⁷, foi, segundo a doutrina, um marco relevante de nosso constitucionalismo republicano, sobretudo para realçar a insuficiência das cartas posteriores à realização do regime democrático, valendo pelas ideias revolucionárias que absorveu e até pelas que rejeitou.²⁹⁸

A Constituição Federal de 10 de novembro de 1937 (“polaca”²⁹⁹), outorgada pela ditadura do “Estado Novo” de Vargas, manteve formalmente (mas ainda implicitamente) o controle judicial de constitucionalidade e a cláusula de reserva de plenário (art. 96³⁰⁰), mas diminuiu significativamente o papel do Supremo Tribunal Federal dentro desse controle. No art. 96, parágrafo único³⁰¹, estabelecia-se a possibilidade de a declaração de inconstitucionalidade de uma lei, pelo Poder Judiciário, ser reapreciada pelo parlamento, a pedido do Presidente da República, e, no interesse do povo e quando a defesa do interesse nacional de “alta monta” exigisse, o Congresso poderia, por 2/3 de seus membros, tornar sem efeito a decisão do tribunal³⁰². Tal previsão só foi retirada do texto constitucional pela Lei Constitucional n. 18, de 1945. No que toca aos

²⁹⁵ ZANETI JR., 2016, p. 49. Nesse sentido, Pontes de Miranda: “A Constituição de 1934 não retirou ao Poder Judiciário o *judicial control*. Conservou-o com exigências de maior meditação e persuasão: o artigo 179 diz que ‘só pela maioria absoluta de votos da totalidade dos seus juízes, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público’” (PONTES DE MIRANDA, 1936, p. 621).

²⁹⁶ ZANETI JR., 2016, p. 50-51.

²⁹⁷ AMARAL NETO, 2013, p. 38.

²⁹⁸ POLETTI, Ronaldo. **Constituições brasileiras: 1934**. Brasília: Senado Federal, 1999, p. 55.

²⁹⁹ “A Constituição de 1937, que recebeu apelido de “Polaca” por ter sido inspirada no modelo semifascista polonês, era extremamente autoritária e concedia ao governo poderes praticamente ilimitados. Foi redigida pelo jurista Francisco Campos, ministro da Justiça do novo regime, e obteve a aprovação prévia de Vargas e do ministro da Guerra, general Eurico Gaspar Dutra”. CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1937. In: WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. Flórida: Wikimedia Foundation, 2017. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Constitui%C3%A7%C3%A3o_brasileira_de_1937&oldid=50424956>. Acesso em: 24 mar. 2018.

³⁰⁰ “Art. 96 - Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República”.

³⁰¹ “Parágrafo único - No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal”.

³⁰² Cf. MATOS, 2014, p. 53. Na prática, como aponta a doutrina, tal dispositivo jamais foi utilizado, enquanto viveu a Constituição de 1934. Nesse sentido: PONTES DE MIRANDA, 1960, p. 185;

writs, a “polaca” extinguiu o mandado de segurança e a ação popular, como garantias constitucionais³⁰³, e manteve a restrição do *habeas corpus* às hipóteses de lesão à liberdade de locomoção (art. 122, 16³⁰⁴, e que ainda foi suspenso, posteriormente, mas ainda no Estado Novo, pelo Decreto nº 10.358, de 1942)³⁰⁵, motivo pelo qual foi denominada, muitas vezes, de uma “constituição fascista”.³⁰⁶ O recurso extraordinário mantinha-se nos mesmos moldes das Carta anteriores, restando previsto no art. 101, III.³⁰⁷

A Constituição de 1946 manteve o sistema republicano e restabeleceu o regime democrático. Retornaram o mandado de segurança³⁰⁸ (art., 141, §24) e a ação popular³⁰⁹ (§38). O Supremo Tribunal Federal retomou a amplitude de sua competência jurisdicional sobre todo e qualquer

³⁰³ A supressão do mandado de segurança como garantia constitucional, importou na sua retirada do texto constitucional e na sua previsão apenas no âmbito legal, notadamente no do Código de Processo Civil de 1939 (arts. 319 a 331), limitando-se o instituto – e o controle judicial de maneira geral – colocando-lhe limites quanto aos atos e às autoridades contra as quais podia ser impetrado.

³⁰⁴ “16) dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal, na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar; (Suspensão pelo”.

³⁰⁵ ZANETI JR., 2016, p. 52.

³⁰⁶ Segundo FERRAJOLI (2015, p. 80), o fascismo se caracteriza pela negação à garantia dos direitos e à separação dos poderes. AMARAL NETO (2016, p. 39) traz interessante contribuição de Walter Costa Porto, que fez juntar cópia obra (PORTO, Walter Costa. **Constituições brasileiras: 1937**. Brasília: Senado Federal, 1999) de entrevista concedida por Francisco Campos ao Correio da Manhã, do Rio de Janeiro, de 3 de março de 1945, em que este defende o caráter não fascista da CF/37; Campos fora o redator principal da referida Constituição, assim como do Código Penal de 1940, do Código de Processo Penal de 1941 e do Ato Institucional n. 1, de 1964 (FRANCISCO CAMPOS. In: WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. Flórida: Wikimedia Foundation, 2017. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Francisco_Campos&oldid=50635725>. Acesso em: 24 mar. 2018). Gustavo Zagrebelsky (ZAGREBELSKY, 2008, p. 50) aponta o fascismo como uma alternativa construída contra o constitucionalismo, com o fim de reprimir a heterogeneidade de valores desse modelo de Estado e reafirmar a estatalidade do direito.

³⁰⁷ “Ao Supremo Tribunal Federal compete: Art. 101[...] III - julgar, em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instâncias: a) quando a decisão for contra a letra de tratado ou lei federal, sobre cuja aplicação se haja questionado; b) quando se questionar sobre a vigência ou validade da lei federal em face da Constituição, e a decisão do Tribunal local negar aplicação à lei impugnada; c) quando se contestar a validade de lei ou ato dos Governos locais em face da Constituição, ou de lei federal, e a decisão do Tribunal local julgar válida a lei ou o ato impugnado; d) quando decisões definitivas dos Tribunais de Apelação de Estados diferentes, inclusive do Distrito Federal ou dos Territórios, ou decisões definitivas de um destes Tribunais e do Supremo Tribunal Federal derem à mesma lei federal inteligência diversa”.

³⁰⁸ “§ 24 - Para proteger direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus*, conceder-se-á mandado de segurança, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder”.

³⁰⁹ “§ 38 - Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista”.

ato de autoridade, qualquer que fosse o poder ou a hierarquia³¹⁰. Quanto ao recurso extraordinário, não se introduziu significativa mudança no texto constitucional (art. 101, III),³¹¹ alterando-se apenas algumas palavras e expressões que não diferenciaram o conteúdo da norma em relação ao texto anterior.³¹²

O mais importante, porém, sem dúvida, foi a “positivação da recepção do *judicial review*”, consubstanciada “na regra escrita da ubiquidade ou inafastabilidade da jurisdição, segundo a qual a lei não poderia afastar da apreciação do Poder Judiciário lesão a direitos”³¹³. Inaugurava-se, na história constitucional brasileira, a disposição expressa da possibilidade do controle judicial dos atos de poder, na dicção do art. 141, §4º: “§ 4º - A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”.

Tratava-se, conforme a doutrina, de uma “cláusula aberta do controle judicial” porque a norma não continha uma determinação específica do suporte fático para sua incidência, nem uma consequência jurídica predefinida no texto, voltando, portanto, à consecução dos objetivos de controle de poder inerentes ao Estado Democrático de Direito³¹⁴.

Coroava-se, dessa forma, a cláusula expressa em todas as constituições modernas segunda a qual “quem foi lesionado em seus direitos por um poder público dispõe de uma via de proteção judicial” e que dela se infere que “a circularidade deste preceito e o seu caráter absoluto exclui a *radice* que qualquer lei possa fechar o passo a esta via de proteção judicial”³¹⁵.

Ainda que a inafastabilidade da apreciação judicial da constitucionalidade e da legalidade dos atos do Poder Público pudesse decorrer das regras e princípios positivados nas constituições

³¹⁰ ZANETI JR., 2016, p. 53.

³¹¹ “Art. 101. Ao Supremo Tribunal Federal compete: [...] III - julgar em recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros Tribunais ou Juízes: a) quando a decisão for contrária a dispositivo desta Constituição ou à letra de tratado ou lei federal; b) quando se questionar sobre a validade de lei federal em face desta Constituição, e a decisão recorrida negar aplicação à lei impugnada; c) quando se contestar a validade de lei ou ato de governo local em face desta Constituição ou de lei federal, e a decisão recorrida julgar válida a lei ou o ato; d) quando na decisão recorrida a interpretação da lei federal invocada for diversa da que lhe haja dado qualquer dos outros Tribunais ou o próprio Supremo Tribunal Federal”.

³¹² AMARAL NETO, 2013, p. 40; MATOS, 2014, p. 54.

³¹³ ZANETI JR, 2016, p. 53.

³¹⁴ *Ibidem*, p. 54.

³¹⁵ ENTERRIA, Eduardo Garcia de. **Democracia, jueces y control de la administración**. 4. ed. ampl. Madrid: Civitas, 1998, p. 328-329.

anteriores, reputou-se de suma importância a sua enunciação para fixar definitivamente a garantia, sendo finalmente consolidada a recepção cruzada da jurisprudência norte-americana sobre o controle de poder, garantia expressa do cidadão que nem mesmo a lei poderia mais afastar³¹⁶. O direito constitucional brasileiro – e sua nova forma de controle judicial – aproximava-se, dessa maneira, do que Luigi Ferrajoli denomina de “constitucionalismo garantista”³¹⁷, para quem a previsão de direitos fundamentais de forma positivada, às quais chama de “normas e garantias primárias”, demanda a existência de “garantias secundárias ou jurisdicionais” contra as suas possíveis violações, como condição necessária da efetividade das primeiras, obedecido, sempre, o princípio da legalidade³¹⁸. É o que o referido autor chama de “princípio da jurisdicionalidade”³¹⁹, afirmando que “sem o controle jurisdicional sobre as violações do direito e, particularmente, sobre o direito ilegítimo, o próprio princípio da legalidade, seja em sentido amplo ou restrito, resultaria esvaziado”. Esse princípio restou ampliado no Estado Constitucional, em que o controle jurisdicional da legalidade, próprio do Estado Legislativo e incidente sobre os atos regulados pela lei, se fez acrescer do controle de constitucionalidade sobre a própria lei³²⁰. Nesse sentido, afirma que “Os juízes, ainda que sempre submetidos à lei, mas somente à lei considerada constitucionalmente válida, são impelidos a deixar de aplicá-la ou a suscitar a sua inconstitucionalidade perante os juízes constitucionais, quando a considerarem constitucionalmente inválida”³²¹. Trata-se tal mudança de uma característica dos Estados constitucionais da segunda metade do século XX (no pós-Segunda Guerra), que o Brasil, portanto, acompanhou em sua Constituição democrática de 1946.

Em 1964, tivemos um golpe militar e a implantação de uma nova ditadura, que resultou na outorga da Constituição de 1967, seguida da Emenda Constitucional n. 1/1969, que mantiveram (no art. 150, §4, e 153, §4, respectivamente) o controle do poder estabelecido na Constituição

³¹⁶ ZANETI JR, 2016, p. 54.

³¹⁷ Para uma definição ampla do “garantismo”, que ultrapassa o âmbito penal, cf.: FERRAJOLI, 2015, p. 36-37.

³¹⁸ FERRAJOLI, 2015, p. 64. Quanto ao princípio da legalidade, o autor destaca: “[...]somente a predeterminação legal do objeto que será levado a juízo serve, de fato, para fundar a jurisdição relativamente à verificação daquilo que pela lei ou pela Constituição foi estabelecido, segundo o princípio – simétrico e oposto àquele hobbesiano – *veritas, non auctoris facit iudicium*. Com base nele, portanto, no modelo garantista, os juízes estão não apenas submetidos à lei, mas *somente* à lei” (ibidem, grifos do autor).

³¹⁹ Para mais detalhes sobre o “princípio da jurisdicionalidade” de Ferrajoli, cf. FERRAJOLI, 2015, p. 236-244. O autor ainda destaca a presença de um postulado do garantismo constitucionalista muito ligado ao da jurisdicionalidade: o princípio da acionabilidade, como meio necessário de provocação da jurisdição, para a salvaguarda dos direitos e garantias fundamentais, inclusive, para além do direito individual de ação (direito de ação clássico), com um órgão público com legitimidade para “suprir a possível inércia ou hipossuficiência” dos titulares de direitos, a exemplo da Defensoria Pública e do Ministério Público (FERRAJOLI, 2015, p. 65 e 244-249).

³²⁰ Ibidem, p. 83.

³²¹ FERRAJOLI, 2015, p. 65 e 70.

de 1946. Controle esse apenas no papel, uma vez que os Atos Institucionais emanados do alto comando das Forças Armadas sobrepunham-se às normas constitucionais, para, por exemplo, limitar a apreciação judicial dos atos praticados pelo Comando Supremo, em pura coerência com a natureza das ditaduras, que se caracterizam, entre outros pontos, pelo fechamento do debate judicial³²², em companhia do fechamento das casas legislativas, em suma, da proibição da democracia e da participação popular nas decisões políticas, direta ou indiretamente.³²³ O Ato Institucional mais representativo da suspensão do diálogo e do controle com os centros de poder foi o de n. 5, de 13 de dezembro de 1969, o AI-5, que “suspendeu a garantia do *habeas corpus* nos casos de crimes políticos, de crimes contra a segurança nacional, de crimes contra a ordem econômica e social e de crimes contra a economia popular”³²⁴. Vale destacar, do período ditatorial militar golpista, ainda, a positivação, através da Emenda Constitucional n. 16/65, do controle direto e concentrado de constitucionalidade por exclusiva representação do Procurador Geral da República³²⁵ (art. 101, I, “k”, da CF/1946), em clara recepção do modelo proposto por Hans Kelsen e implantado, em 1920, na Constituição austríaca³²⁶. Com relação ao controle difuso de constitucionalidade, “o recurso extraordinário sofreu sensível mudança quanto à sua admissão, perante o Supremo Tribunal Federal”,³²⁷ sendo introduzido, pela Emenda Constitucional n. 1/69, um parágrafo único no art. 119, que dava ao STF amplos poderes para, em seu regimento interno, indicar (e, com isso, limitar) que causas, entre as indicadas no inc. III (relativo ao recurso extraordinário) seriam julgadas, atendendo à sua natureza, espécie ou valor pecuniário.³²⁸ A primeira iniciativa do STF, nesse sentido, foi tomada por

³²² ZANETI JR, 2016, p. 56. De acordo com Pedro Ivo de Sousa, tratou-se de período em que “não se cogitava a discussão das decisões tomadas pelos superiores hierárquicos da nação, também conhecidos como ‘profetas béli-cos’” (SOUSA, 2009, p. 34).

³²³ Outra interessante característica da CF/67 é citada por Amaral Neto (2013, p. 41) a partir de obra de Cavalcanti, Brito e Baleeiro (CAVALCANTI, Themístocles Brandão; BRITO, Luiz Navarro de; BALEEIRO, Aliomar. **Constituições brasileiras**: 1967. Brasília: Senado Federal, 1999), como a constituição que mais se preocupou em cuidar das finanças do Estado, dedicando 20% de seu texto às disposições financeiras.

³²⁴ ZANETI, 2016, p. 56.

³²⁵ “Art. 101. - Ao Supremo Tribunal Federal compete: I - processar e julgar originariamente: k) a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República;”.

³²⁶ ZANETI JR., 2016, p. 55.

³²⁷ AMARAL NETO, 2013, p. 42.

³²⁸ “Art. 119. Compete ao Supremo Tribunal Federal: [...] III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância por outros tribunais, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição ou negar vigência de tratado ou lei federal; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato do governo local contestado em face da Constituição ou de lei federal; ou d) der à lei federal interpretação divergente da que lhe tenha dado outro Tribunal ou o próprio Supremo Tribunal Federal.

ocasião da edição do RISTF de 1970, para prever as hipóteses de não cabimento do RE (art. 308); aumentando-se as hipóteses restritivas com a Emenda Regimental n. 3/1975. Com a Emenda Constitucional n. 7 de 1977 (que transformou o parágrafo único em §1º), inclui-se a “relevância da questão federal”, como novo critério de admissibilidade do recurso extraordinário³²⁹, ficando a definição do que teria tal relevância na regulamentação regimental do STF, que começou a definir o instituto antes mesmo da alteração constitucional, também por meio da ER n. 3/75, e, posteriormente, já na vigência do RISTF de 1980, em seu art. 327 (alterado pela ER n. 2/85).³³⁰

Finalmente, em 5 de outubro de 1988, após 24 anos de ditadura, a democracia foi restabelecida, com a promulgação da Constituição Federal “Cidadã”, ainda vigente e que inaugurou o período democrático mais longo de nossa história: 29 anos até agora. Com ela expandem-se os remédios constitucionais, com previsão expressa do *habeas corpus*³³¹ (art. 5º, LXVIII), do mandado de segurança individual e coletivo³³² (incs. LXIX e LXX), do mandado de injunção³³³ (LXXI), do *habeas data*³³⁴ (LXXII) e da ação popular³³⁵ (LXXIII), e inverte-se, pioneiramente, a ordem, o destaque e a importância dos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, iniciando-se por tais previsões o texto constitucional (art. 1º, III, e 5º), para deixar claro que o Estado está em segundo plano em relação à pessoa e serve a ela, e não o contrário³³⁶.

Parágrafo único. As causas a que se refere o item III, alíneas *a* e *d*, deste artigo, serão indicadas pelo Supremo Tribunal Federal no regimento interno, que atenderá à sua natureza, espécie ou valor pecuniário”.

³²⁹ “§ 1º As causas a que se fere o item III, alíneas *a* e *d*, deste artigo, serão indicadas pelo Supremo Tribunal Federal no regimento interno, que atenderá à sua natureza, espécie, valor pecuniário e relevância da questão federal”.

³³⁰ Cf. tópico 4.3.1.1, abaixo.

³³¹ “LXVIII - conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;”

³³² “LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público; LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;”.

³³³ “LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;”.

³³⁴ “LXXII - conceder-se-á *habeas data*: a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;”.

³³⁵ “LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;”.

³³⁶ MITIDIERO, 2017, p. 25.

A cláusula de inafastabilidade da apreciação do Poder Judiciário (cláusula aberta de controle judicial) se expande, passando a abranger não só a lesão, mas também a ameaça ao direito (art. 5º, XXXV)³³⁷, assim como os direitos coletivos *latu sensu* (difusos, coletivos e individuais homogêneos – arts. 6º a 11 e 129, III), formando-se, ao mesmo tempo, um sistema de tutela coletivas de direitos e um poder geral de cautela³³⁸. Retornaram, também, plenamente, o controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público, tanto na forma direta, abstrata e concentrada (importada do direito constitucional austríaco – art. 102, I, “a”, §1º; 103, §2º; 129, IV), quanto na forma de exceção, concreta e difusa (do direito norte-americano), a primeira exercida exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal, a segunda, por todos os juízes e tribunais, que podem e devem rejeitar a aplicação de norma jurídica violadora ou contrária às disposições, fundamentos e objetivos da Constituição Federal, tendo o STF a última palavra sobre a constitucionalidade ou não do ato, se provocado por intermédio do recurso extraordinário (art. 102, III). Nesse ponto, importante destacar a criação do Superior Tribunal de Justiça, que passa a absorver a competência, antes delegada ao STF, de exercer o controle da aplicação do direito federal infraconstitucional (art. 105, III), deixando-se a Corte Suprema com mais capacidade para executar a sua função precípua de guardiã das normas constitucionais (art. 102, *caput*). De outro lado, com relação ao recurso extraordinário (inc. III), extingue-se a competência do STF para dispor, por meio de seu regimento interno, sobre as hipóteses de cabimento do recurso, findando-se, com isso, também, o critério da relevância da questão federal.³³⁹

Por fim, diversas emendas constitucionais ainda modificaram o texto constitucional, tendo destaque a Emenda Constitucional n. 3/1993, que deu eficácia vinculante às decisões de mérito do STF em controle concentrado de constitucionalidade (art. 102, §2º), e a EC n. 45/2004, que

³³⁷ MATOS, 2014, p. 44.

³³⁸ ZANETI JR., 2016., p. 60-63.

³³⁹ AMARAL NETO, 2013, p. 46.

trouxe, entre outras inovações, os institutos da súmula vinculante³⁴⁰ (art. 103-A) e da repercussão geral³⁴¹ das questões constitucionais discutidas no caso, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso extraordinário (art. 102, §3º), em mais uma etapa da recepção de aspectos da *common law* concernentes à otimização do controle de poder e de constitucionalidade na forma difusa (*judicial review* norte-americano), à consolidação do *stare decisis* como uma tendência de se aceitar cada vez mais os precedentes judiciais como fontes formais do direito³⁴².

O que se pode concluir dessa evolução histórica do constitucionalismo brasileiro, com foco no controle de poder e de constitucionalidade das leis e dos demais atos do Poder Público, é que, nossas Constituições adotaram, desde 1891 até a de 1988, nesta em seu mais alto grau, a política do controle judicial difuso. A jurisdição é o meio necessário e absolutamente inafastável pelo

³⁴⁰ “Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso. ”.

³⁴¹ “§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.”

³⁴² ZANETI JR., 2016, p. 63. Na esteira da diferenciação entre os modelos da *civil law* e da *common law* e sua “miscigenação brasileira”, interessante destacar os apontamentos de Paulo Bonavides: “Em nosso sistema constitucional, o emprego e a introdução das duas técnicas traduzem de certo modo uma determinada evolução doutrinária e institucional, que não deve passar despercebida. Com efeito, a aplicação da via de exceção, unicamente pelo recurso extraordinário, a princípio, e a seguir também pelo mandado de segurança, configura o momento liberal das instituições pátrias, volvidas preponderantemente, desde a Constituição de 1891, para a defesa e salvaguarda dos direitos individuais. Sem a presença dessa inspiração tão forte, tão individualista, tão liberal, jamais teríamos chegado talvez a cimentar o alicerce de um controle jurisdicional, de preferência a um controle político. Ficamos, portanto, de início, mais vizinhos do modelo americano, que nos serviu de espelho, que do padrão francês, inclinado, pelo seu teor político, a resguardar a inviolabilidade da soberania legislativa, e a desconhecer limitações à legislatura ordinária em nome da preservação do princípio da separação de poderes. O controle por via de exceção é de sua natureza o mais apto a prover a defesa do cidadão contra os atos normativos do Poder, porquanto em toda demanda que suscite controvérsia constitucional sobre lesão de direitos individuais estará sempre aberta uma via recursal à parte ofendida. A latitude de iniciativa da sindicância de constitucionalidade, em se tratando da via direta, é decisiva para marcar-lhe a feição liberal ou estatal, democrática ou autoritária, em ordem a determinar se o controle se faz com o propósito de atender a fins individuais ou aos interesses do Estado (...). Como o controle por via de ação em alguns sistemas constitucionais fica reservado unicamente à iniciativa do Poder, seu emprego pode constituir um esforço ou até mesmo um abuso do Poder Executivo, em dano da competência parlamentar. Se a iniciativa do controle é, porém, menos rígida, mais aberta, mais flexível, dela podendo participar os cidadãos, a sindicância de constitucionalidade toma pela via direta feição incontrastavelmente democrática, senão liberal, porquanto permite ao indivíduo atuar numa esfera conducente ao controle dos atos do poder” (BONAVIDES, 2015, p. 332-333).

qual a tutela dos direitos do cidadão se dá de maneira adequada, efetiva e tempestiva, alcançando-se, desse modo, justiça nas decisões judiciais proferidas em um processo.³⁴³ E esse controle judicial (*judicial review*) não está limitado a um único órgão, mas pode e deve ser exercido por todos os que compõem o Poder Judiciário, todos os juízes e tribunais, de todas as instâncias, a partir dos casos concretos que lhe venham a julgamento, observadas algumas regras processuais (a exemplo, sem exaustão, da cláusula de reserva de plenário e do prequestionamento).

A resposta à questão inicial do presente tópico, acerca de que órgão(s) do Poder Judiciário seria atribuída a competência para interpretar a Constituição, em nosso ordenamento, portanto, é respondida assim: todos, no amplo e difuso controle de constitucionalidade das leis e atos do Poder Público, recepcionado do constitucionalismo da *common law* norte-americana, inicialmente de forma implícita, e positivado expressamente em nosso ordenamento jurídico atual, no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988.³⁴⁴

A questão, contudo, não se fecha aí. Que todos os juízes e tribunais podem e devem exercer o controle de poder e constitucionalidade dos atos do Estado, resta clarificado. Entretanto, a unidade do direito e da própria Constituição, sob o prisma da segurança jurídica, da proteção aos fundamentos do Estado Democrático de Direito e do alcance dos seus objetivos constitucionais não estariam salvaguardados se cada membro do Poder Judiciário pudesse, de maneira livre e isolada, interpretar, muitas vezes de maneira divergente, os elementos textuais e não textuais da Constituição Federal. Tais preceitos reclamam instrumentos de unificação e uniformidade do direito, os quais, no que se refere às normas constitucionais, encontram sua maximização no papel atribuído ao Supremo Tribunal Federal e nas funções do recurso extraordinário e da repercussão geral, os quais, por isso, serão objeto dos próximos capítulos do presente trabalho.

³⁴³ MARINONI; ARENHARDT; MITIDIERO, 2016, p. 147-148.

³⁴⁴ Nesse sentido: SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015, p. 1530-1534; CANOTILHO, 2003, p. 1207.

2. AS FUNÇÕES DAS CORTES SUPREMAS E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS JURÍDICAS

No capítulo anterior, vimos que a teoria do direito evoluiu de uma compreensão caracterizada pela identificação entre texto de lei e norma jurídica e pela interpretação judicial como mera declaração da norma jurídica pré-existente, para uma concepção que dissocia texto e norma, e coloca a interpretação como atividade que, por intermédio da jurisdição, reconstrói a norma jurídica. Vimos, ainda, que o texto constitucional – e mesmo elementos constitucionais não textuais – não escapam a essa lógica, de modo que a construção de normas constitucionais é, também, uma atividade de reconstrução a partir da interpretação da Constituição Federal, suas regras e princípios, em especial dos direitos e garantias fundamentais. Nesse ponto, destacamos, por fim, a recepção, no Brasil, do modelo constitucional da *common law* norte-americana, e da *judicial review*, que confere a todas as autoridades judiciais a prerrogativa de controlar a conformidade das leis e demais atos do poder público aos ditames da Constituição, o que converte juízes e tribunais em intérpretes-aplicadores das normas constitucionais dentro do chamado controle difuso ou incidental de constitucionalidade.

Salientamos, por fim, que, não obstante a exigência da argumentação/justificação para a escolha do significado, como parte do processo interpretativo e de decisão judicial, é natural, em perspectiva lógico-argumentativa, que haja uma pluralidade de sentidos oriundos da interpretação do texto normativo, o que torna imprescindível a existência de um meio institucional encarregado de “concentrar o significado final em que esse deve ser tomado em determinado contexto e de velar pela sua unidade”³⁴⁵. Nesse sentido, a promoção da unidade do Direito está ligada à sua adequada interpretação, o que só pode ser alcançado com congruência de atribuição de significados que permitam garantir a segurança jurídica necessária para a tutela dos direitos, de forma adequada, tempestiva e efetiva.³⁴⁶ A essa função de tutela ou promoção da legalidade, com segurança e igualdade, dá-se, tradicionalmente, o nome de nomofilaquia.³⁴⁷

³⁴⁵ MITIDIERO, 2017, p. 79.

³⁴⁶ SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015, p. 5571-5654 e 5919-5942; MARINONI; ARENHARDT; MITIDIERO, 2016, p. 123 e 215-216.

³⁴⁷ Termo popularizado por Piero de Calamandrei (**La casación civil: historia e legislaciones. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1945, tomo I, vol. I**, p. 85 e 228-237), tendo-o atribuído a Mommsen (**Le droit public romain**, traduc. francesa de GIRARD, Paris, 1889-95, vol. V). No entanto, como aponta Danilo Knijnik (**O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça**. Rio de Janeiro, Forense, 2005, p. 100-101): “[E]m seu sentido originário, a nomofilaquia foi identificada com a definição da interpretação exata, única e verdadeira. [...] Entretanto, fala-se, mais atualmente, numa nomofilaquia tendencial ou dialética, em lugar da tradicional ou formalista.” Cf. também: TARUFFO, 2005, p. 124-130.

Trazendo essa noção para o campo da interpretação da Constituição, que, em nosso ordenamento, como vimos, adota o controle difuso de constitucionalidade dos atos do poder público, percebe-se com facilidade o quão plural pode se tornar a gama de significados atribuídos às normas constitucionais – e também às infraconstitucionais à luz das primeiras – pelos juízes e tribunais, sempre incumbidos de velar pela obediência à Constituição. A existência de um meio institucional de promoção da unidade e da adequação da interpretação da Constituição Federal, portanto, parece evidentemente uma das mais importantes e necessárias de todo o ordenamento.

Essa função, em um sistema jurídico baseado na hierarquia normativa e institucional pressupõe a existência tanto de um instituto, como de uma instituição, para a promoção da unidade e da adequação da interpretação constitucional, que se situem no vértice do ordenamento e, dali, irradie os efeitos de suas decisões sobre todos os intérpretes inferiores, de maneira (mais, ou menos) vinculante. Na moderna concepção de Estado Democrático Constitucional de Direito, esse papel incumbe às Cortes Supremas³⁴⁸.

É nesse contexto de nomofilaquia que se insere o Supremo Tribunal Federal, como órgão do Poder Judiciário, constitucionalmente incumbido da guarda da Constituição Federal (CF/88, art. 102, *caput*), e o recurso extraordinário como instrumento pelo qual o STF, em última instância, decide os parâmetros mais adequados de interpretação das normas constitucionais e, ainda, orienta toda a atividade judicial para as suas futuras aplicações (art. 102, inc. III), através da seleção de casos que apresentem repercussão geral na questão constitucional discutida (§3º).

Embora pareça simples concluir por essa posição e função do STF em nosso ordenamento, à vista das disposições textuais, constitucionais e legais, que regulam a sua atuação, a questão não é tão singela assim, o que permite arguir se o STF desempenha, atualmente e de fato, o papel de Corte Suprema ou, ainda, de uma verdadeira Corte Constitucional, entre outras funções. Para responder a essas e outras perguntas, julgamos necessário, analisar que tipos de Cortes judiciais existem e, a partir daí, verificar qual o tratamento constitucional dispensado ao Supremo Tribunal Federal e em que categoria se encaixa a nossa Corte, na configuração que lhe foi dada pela Constituição Federal de 1988, frente aos modelos mais difundidos, questões de que nos ocuparemos no restante deste capítulo.

³⁴⁸ MITIDIERO, 2017, p. 79.

Antes disso, necessário fixar uma questão semântica: ao nos referimos às Cortes judiciais, iremos nos referir, no presente capítulo, aos órgãos jurisdicionais colegiados, isto é, formados por mais de um magistrado, com competência jurisdicional; em suma aos tribunais, sejam eles ordinários ou superiores, sendo certo que o objeto do trabalho conduzir-nos-á, propositadamente, mais para estes últimos, já que nosso foco é a atuação do Supremo Tribunal Federal.

Em segundo lugar, é preciso destacar a imensa dificuldade que há em se tratar de forma homogênea e generalista as funções das Cortes, em especial as que ocupam o topo da estrutura judiciária (ou mesmo que se situem fora dela, mas que exerçam controle independente sobre duas decisões), nos diferentes ordenamentos jurídicos atuais³⁴⁹. São muitas as diferenças de competência, estrutura, composição e modo de funcionamento, de modo que o plexo de funções de cada uma se mostra demasiado peculiar e que vão desde a proteção dos direitos e garantias fundamentais, à resolução de conflitos entre órgãos ou entes do próprio Estado, podendo ainda exercer formas de controle de constitucionalidade, examinar, em grau recursal, as decisões das cortes inferiores e controlar a administração da justiça³⁵⁰.

Como são muitas as funções desempenhadas pelas Cortes judiciais nos mais diversos ordenamentos e como nosso trabalho tem por objeto de exame um instituto específico do recurso extraordinário (a repercussão geral em matéria penal), nossa ênfase de dar-á, muito mais, sobre o exame das funções que as cortes desempenham analogicamente a esse tipo de meio de impugnação das decisões judiciais, sem prejuízo, no entanto, da análise de outras funções constitucionais outorgadas ao Supremo Tribunal Federal.

2.1. CORTE CONSTITUCIONAL

O Supremo Tribunal Federal desempenha diversas funções que lhe foram atribuídas pelo legislador constituinte originário e outras pelo legislador constituinte reformador³⁵¹. No entanto, en-

³⁴⁹ BRAVO-HURTADO, Pablo. Two ways to uniformity: recourse to the Supreme Court in the civil law and the common law world. In: UZELAC, Alan; VAN RHEE, Cornelis Hendrik (ed.). **Nobody's perfect**. comparative essays on appeals and other means of recourse against judicial decisions in civil matters. Cambridge: Intersential, 2014, p. 321.

³⁵⁰ TARUFFO, Michele. As funções das cortes supremas. Aspectos gerais. **Processo civil comparado**: ensaios; apresentação, organização e tradução de Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 117.

³⁵¹ Entre as diversas funções do STF, para além da função principal de guardião da Constituição ou de Corte Constitucional, destacam-se: (i) a tutela direta dos direitos fundamentais das mais altas autoridades da República, quando estiverem sob ameaça ou concreta violação, ou quando forem estas autoridades as autoras das violações dos direitos fundamentais dos cidadãos (CF, art. 102, I, *d, i e q*); (ii) a de julgar as infrações penais cometidas por

tre todas elas, uma, sem dúvida, se destaca como precípua: a de guardião da Constituição, consoante se extrai de expressa previsão contida na norma constitucional da cabeça do artigo 102 da Constituição Federal de 1988, *in verbis*: “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição [...]”.

A expressão guarda/guardião está ligada à ideia de proteção, tutela, conservação ou vigilância de algo³⁵². A guarda da Constituição, portanto, diz respeito à proteção e tutela das normas constitucionais, à conservação de seus princípios e objetivos e à vigilância dos poderes e das instituições para que não violem tudo quanto previsto no texto constitucional, sendo atribuída ao Supremo Tribunal Federal como sua função principal. Nesse sentido, destaca-se que “o Supremo Tribunal Federal [...] tem por função precípua (e não única) a guarda da Constituição”.³⁵³

De acordo com Gilmar Mendes e Paulo Branco, o Supremo Tribunal Federal “é o órgão judicial brasileiro mais antigo”, criado em 1828 e instalado em 09.01.1829, como Supremo Tribunal de Justiça³⁵⁴. Ressaltam os eminentes doutrinadores que o Tribunal cumpre também a função de “órgão de cúpula do Poder Judiciário, ao qual incumbe a iniciativa do Estatuto da Magistratura e a Presidência do Conselho de Justiça” e que, em sua origem, “tinha competência limitada, que se restringia, fundamentalmente, ao conhecimento dos recursos de revista e julgamento dos conflitos de jurisdição e das ações penais contra ocupantes de determinados cargos públicos”,

essas autoridades (*b* e *c*); (iii) as demandas sobre relações do Estado brasileiro com Estado ou organismo estrangeiro (*e* e *g*); (iv) os conflitos entre os entes da federação, suas entidades ou órgãos superiores do Poder Judiciário (*f* e *o*); (v) os incidentes processuais e medidas cautelares decorrentes de sua competência (*j*, *l*, *m* e *p*); (vi) a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados (*n*); e (vii) as ações contra o CNJ e contra o CNMP (*r*).

³⁵² SILVA, António de Moraes; MORENO, Augusto; JUNIOR, Cardoso; MACHADO, José Pedro. **Grande dicionário da língua portuguesa**. Vol. V. 10ª ed. Lisboa: Confluência, 1949. Conf. também: DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. Vol. II. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 691

³⁵³ DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Direito processual constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 491.

³⁵⁴ Em verdade, aponta Pedro Lenza que o primeiro órgão de cúpula do Judiciário brasileiro foi a Casa de Suplicação do Brasil, criado ainda no período colonial, por D. João, através do Alvará Régio de 10.05.1808, atendendo à necessidade de interpretar as ordenações e leis por meio de assentos com força obrigatória, função que incumbia à Casa de Suplicação de Lisboa, mas cuja comunicação estava interrompida pela vinda da família real ao Brasil (LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 867-869).

vindo a característica de Corte Constitucional somente com a primeira Constituição Republicana, de 24.02.1891, que introduziu nova concepção do Poder Judiciário.³⁵⁵

A mudança de nomenclatura para Supremo Tribunal Federal se daria no Governo Provisório da República, com o Decreto nº 848, de 11.10.1890 (mesmo a CF/24 ainda nomeando-o de Supremo Tribunal de Justiça),³⁵⁶ e organização nos termos dos arts. 55 e 56 da Constituição Republicana de 1891, sendo efetivamente instalado em 28.02.1891³⁵⁷. Convém lembrar que é dessa época a inspiração brasileira retirada da doutrina constitucional americana que contribuiu “para que se outorgasse ao Supremo Tribunal Federal a função de guardião da Constituição e da ordem federativa, reconhecendo-lhe a competência para aferir a constitucionalidade da aplicação do Direito através de um recurso especial (Constituição de 1891, art. 59, n.3, §1º, *a* e *b*)”.³⁵⁸

Não obstante, em uma abordagem mais moderna da função de “guarda” da Constituição, pode-se inserir a atuação do Supremo Tribunal Federal de promoção e evolução das normas constitucionais, em especial daquelas ligadas aos direitos e garantias fundamentais.³⁵⁹ A atuação do STF iria, nesse sentido, para além do papel de órgão reativo de controle e vigilância das instâncias ordinárias, que, em nosso ordenamento, por força da incorporação da *judicial review* norte-

³⁵⁵ A previsão constitucional para a criação do Supremo Tribunal de Justiça estava positivada no art. 163 da Constituição Imperial de 25 de março de 1824, sendo definida sua competência no art. 164, nos seguintes termos: “Art. 163. Na Capital do Imperio, além da Relação, que deve existir, assim como nas demais Provincias, haverá tambem um Tribunal com a denominação de - Supremo Tribunal de Justiça - composto de Juizes Letrados, tirados das Relações por suas antiguidades; e serão condecorados com o Titulo do Conselho. Na primeira organização poderão ser empregados neste Tribunal os Ministros daquelles, que se houverem de abolir. Art. 164. A este Tribunal Compete: I. Conceder, ou denegar Revistas nas Causas, e pela maneira, que a Lei determinar. II. Conhecer dos delictos, e erros do Officio, que commetterem os seus Ministros, os das Relações, os Empregados no Corpo Diplomatico, e os Presidentes das Provincias. III. Conhecer, e decidir sobre os conflictos de jurisdicção, e competencia das Relações Provincias”.

³⁵⁶ LIMA, César de Barros. Do processamento e julgamento dos recursos extraordinários repetitivos. In: AMARAL JÚNIOR, Aluisio Gurgel; SILVA, Maria de Fátima Neves da (Org.). **Recursos especial e extraordinário no novo Código de Processo Civil**: estudos em homenagem ao Prof. Dr. José de Albuquerque Rocha. Fortaleza: TJCE, 2013, p. 111.

³⁵⁷ LENZA, 2015, p. 869; AMARAL NETO, 2013, p. 34-35.

³⁵⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 970-971. A doutrina aponta, ainda, que “durante a República, a Constituição Federal de 1934, alterou a denominação constitucional do Supremo Tribunal Federal, passando a designá-lo Corte Suprema”. Em seguida, “com o advento da Carta de 1937, restabeleceu-se a anterior denominação (Supremo Tribunal Federal), mantida, até hoje, pelas sucessivas Leis Fundamentais da República” (**Notas sobre o Supremo Tribunal Federal (Império e República)**: texto elaborado pelo ministro Celso de Mello, com o apoio técnico da Secretaria de Documentação do STF, sob direção de Maria Cristina Rodrigues Silvestre. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalCuriosidade/anexo/Notas_sobre_o_Supremo_Tribunal_2014_eletronica.pdf>. Acesso em 24 mar. 2018).

³⁵⁹ TARUFFO, 2013, p. 127-130.

americana, também possuem jurisdição constitucional, para tornar-se uma Corte de interpretação proativa da Constituição e de tutela dos direitos e garantias fundamentais.³⁶⁰

Para a maior parte da doutrina, a função de guardião da Constituição está intimamente ligada às competências do Supremo Tribunal Federal, em regra atreladas ao controle de constitucionalidade do ordenamento jurídico, tanto concentrado quanto difuso.³⁶¹ Nesse sentido, o principal objetivo do constituinte teria sido caracterizar o Supremo Tribunal Federal como órgão guardião da Constituição da República. “Assim foi que lhe outorgou as competências necessárias para que ficasse investido da prerrogativa de dizer a última palavra em matéria constitucional”, tanto como o destinatário da ação direta de constitucionalidade – meio de controle concentrado de constitucionalidade dos atos normativos, quanto como do recurso extraordinário, “meio pelo qual foi transformado na última instância de jurisdição quando a questão constitucional é suscitada pela via difusa”.³⁶²

A função de guarda da Constituição alçaria o Supremo Tribunal Federal, então, à posição de Corte de Constitucionalidade ou de Tribunal Constitucional³⁶³, o que, no exercício de suas competências para julgar as ações originárias de constitucionalidade do controle concentrado e

³⁶⁰ MITIDIERO, 2017, p. 110; MARINONI; ARENHARDT; MITIDIERO, 2016, p. 147.

³⁶¹ Nesse sentido, aponta Manoel Gonçalves Ferreira Filho³⁶¹: “Como indica o *caput* do art. 102, a função precípua do Supremo Tribunal Federal é a de guarda da Constituição. Isto inspira a sua competência. Com efeito, é ele quem exerce o controle concentrado de constitucionalidade, pois lhe cabe processar e julgar originariamente as ações diretas de inconstitucionalidade, declaratórias de constitucionalidade, bem como a ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 102, I). Por outro lado, a ele é dado julgar, em sede de recurso extraordinário, as decisões que contrariem dispositivo da Constituição, houverem declarado a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, ou a constitucionalidade, em face da Lei Magna federal, de lei local (estadual) (art. 102, III). Assim é ele quem diz a última palavra no controle incidental de constitucionalidade (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 39ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 296-297). No mesmo sentido, cf.: ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 16ª ed. São Paulo: Verbatim, 2012, p. 429.

³⁶² ARAUJO, 2012, p. 429.

³⁶³ Nesse sentido, destaca Marcelo Novelino: “Órgão de cúpula do Poder Judiciário no Brasil, o Supremo Tribunal Federal é o guardião da Constituição, com competência adstrita a matérias constitucionais (CF, art. 102). Iniciadas com a Constituição de 1988 e reforçadas pela EC 45/2004, as inovações operadas na jurisdição constitucional têm contribuído decisivamente para reforçar o caráter de autêntica *Corte Constitucional* do STF. Dentre as transformações operadas nesse sentido, destacam-se a ampliação do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, a exigência da demonstração de repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário e a introdução do enunciado de súmula com efeito vinculante” (NOVELINO, 2014, p. 901, grifos do autor).

abstrato, o aproximaria do modelo³⁶⁴ continental europeu da *civil law*³⁶⁵, e, no julgamento do recurso extraordinário, em controle difuso e concreto de constitucionalidade, do modelo norte-americano da *common law*.³⁶⁶ Desse modo, tem-se como claro que, não obstante, em nosso ordenamento jurídico-constitucional, o Supremo Tribunal Federal possa se enquadrar, ao mesmo tempo, em dois modelos de controle de constitucionalidade, revelando a hibridez de nosso sistema nesse aspecto³⁶⁷, ambas as formas de atuação revelam que a última palavra em matéria constitucional é de sua competência. Assim, tanto no desempenho do controle concentrado de constitucionalidade, por via das ações diretas, quanto no desempenho do controle difuso, por via de exceção (ainda que, por isso, sem exclusividade de jurisdição constitucional³⁶⁸) a Constituição coloca o STF como intérprete máximo das normas constitucionais e uniformizador da jurisprudência acerca do direito constitucional. Tais características, por si sós, definem o STF como guardião de nossa Constituição, tal como atribuído pelo legislador constituinte originário e, importante destacar, sem possibilidade de modificação dessa característica pelo legislador ordinário.³⁶⁹

³⁶⁴ Sobre a distinção entre sistema e modelo de controle de constitucionalidade e vias de ação, cf.: PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 12. ed. São Paulo: Método, 2014, p. 780-784. Sobre o assunto cf. também: SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015, p. 6826-6924; NOVELINO, 2014, p. 234-243; MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 703-730; MORAES, G.P., 2014, p. 154-156.

³⁶⁵ “A função precípua do Supremo Tribunal Federal é de Corte de Constitucionalidade, com a finalidade de realizar o controle concentrado de constitucionalidade no Direito Brasileiro, ou seja, somente ao Supremo Tribunal Federal compete processar e julgar as ações diretas de inconstitucionalidade, genéricas ou interventivas, as ações de inconstitucionalidade por omissão e as ações declaratórias de constitucionalidade, com o intuito de garantir a prevalência das normas constitucionais no ordenamento jurídico. Dessa forma, propunha-se o modelo de justiça constitucional europeu, que se fundamenta essencialmente e em regra na noção de um *Tribunal Constitucional*, com competência específica para conhecer dos litígios constitucionais” (MORAES, A., 2009, p. 551). No mesmo sentido: TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 35ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 4, p. 565-566.

³⁶⁶ Cf. vimos no tópico 1.9.

³⁶⁷ Sobre a hibridez do sistema constitucional brasileiro, conferir: ZANETI JR., Hermes. **A Constitucionalização do Processo**: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

³⁶⁸ Cf. vimos no tópico 1.9.

³⁶⁹ A doutrina sustenta pacificamente que as competências do STF se definem em *numerus clausus*. Isto é, somente o legislador constitucional – incluindo o reformador – pode modificar tais competências, não sendo, de outro lado, tal modificação possível por lei ordinária ou outro instrumento legislativo infraconstitucional. Nesse sentido: PAULO; ALEXANDRINO, 2014, p. 902; MORAES, A., 2009, p. 551. O próprio STF já se pronunciou no sentido de que sua competência originária está taxativamente delimitada no inc. I do art. 102 da CF, sendo defeso ao legislador ordinário ampliar a lista ali explicitada, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade, conforme se extrai do seguinte julgado: A COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, CUJOS FUNDAMENTOS REPOUSAM NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, SUBMETE-SE A REGIME DE DIREITO ESTRITO – A competência originária do Supremo Tribunal Federal, por qualificar-se como um complexo de atribuições jurisdicionais de extração essencialmente constitucional – e ante o regime de direito estrito a que se acha submetida –, não comporta a possibilidade de ser estendida a situações que extravasem os limites fixados, em “numerus clausus”, pelo rol exaustivo inscrito no art. 102, I, da Constituição da República. Precedentes. (Pet 5.191

Convém frisar que, até a promulgação da Constituição Federal de 1988, a competência do STF abrangia o controle e a uniformização do direito objetivo federal, de maneira ampla, isto é, tanto o direito constitucional, quanto o direito infraconstitucional. A Constituição vigente, contudo, ao criar o Superior Tribunal de Justiça e outorgar-lhe, no art. 105, III, a competência para conhecer e decidir as questões ligados ao direito federal infraconstitucional, substituiu, nesse mister, a competência do Supremo pela do STJ, dando ao primeiro, a partir de então, competência para conhecer e decidir tão-só questões relativas à Lei Maior, o que, segundo a doutrina, também seria elemento confirmatório de sua elevação à categoria de Corte de Constitucionalidade ou de Tribunal Constitucional brasileiro³⁷⁰.

A noção não é incorreta, mas merece algum comentário no que diz respeito à diferença do caráter de Tribunal ou Corte Constitucional e os controles concentrado e difuso de constitucionalidade. É que a noção clássica de Corte de Constitucionalidade tem origem no direito europeu-continental, em especial na concepção atribuída por Kelsen a tal instituição jurídica como “legislador negativo”³⁷¹, e que tem por características principais: a) o exercício do controle de constitucionalidade exclusivamente pelo Tribunal Constitucional e pela via direta e abstrata; e b) a alocação da Corte fora da estrutura dos demais poderes do Estado, não se incluindo, por isso, na organização do Poder Judiciário³⁷². O STF, porém, não tem nenhuma dessas duas características. Primeiramente, embora seja o único órgão do Estado com competência para o controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, pela via das ações diretas e declaratórias, não é o único a exercer o controle de constitucionalidade em casos concretos, pois tal atividade ocorre de maneira difusa por todas as instâncias do Poder Judiciário, por adoção da

AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 16/12/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-039 DIVULG 27-02-2015 PUBLIC 02-03-2015). Conf. também Pet 1.026-DF, DJU de 31.05.1995.

³⁷⁰ Também considera que a CF/88 elevou o STF à posição de Corte Constitucional, na doutrina processualista penal, TORURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 35ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, vol. 4, p. 565-566.

³⁷¹ É a conhecida proposta de Hans Kelsen para justificar a diferença entre a atividade do legislador e a atividade da Corte Constitucional e para assinalar os limites da atuação da Corte, conforme: KELSEN, 2013, p. 237-298. Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a propósito, é tradicional e constante a alusão ao Supremo Tribunal Federal como “legislador negativo” (entre outros, STF, Pleno, RP 1.417/DF, rel. Min. Moreira Alves, j. 09.12.1987, DJ15.04.1988, p. 8.397; STF, Pleno, ADI. 652/MA, rel. Min. Celso de Mello, j. 02.04.1992, DJ 02.04.1993, p. 5.615).

³⁷² Como ocorre, por exemplo, com o *Bundesverfassungsgericht*, o Tribunal Constitucional de Portugal, e o *Tribunal Constitucional de España*.

judicial review norte-americana no direito brasileiro, como vimos no capítulo anterior³⁷³; ademais, sua competência vai muito além do controle de constitucionalidade, para julgar, originariamente ou em grau de recurso, uma série de causas, cujo rol não vale a pena tocar agora, mas que não necessariamente envolvem questão constitucional³⁷⁴. Em segundo lugar, o STF integra o Poder Judiciário, como órgão de cúpula de sua organização, de modo que não há como se falar em sua total independência em relação à referida esfera de poder; o STF, mesmo que ocupante do níquel hierárquico mais alto da organização judiciária, não é um órgão externo aos poderes da União, em que pese a independência funcional de seus membros, garantia nada mais do que outorgada a todos os membros da magistratura (CF, art. 93, IX).³⁷⁵

Aproxima-se, desse modo, mas sem total identidade, com a configuração constitucional do modelo de justiça constitucional europeu-continental, que se fundamenta essencialmente e em regra na noção de um Tribunal Constitucional, com competência específica e adstrita para conhecer dos litígios constitucionais. Essa aproximação em relação às cortes constitucionais europeias decorre da sua função precípua de guarda da Constituição, mas, especialmente, da sua competência exclusiva para o controle concentrado de constitucionalidade no direito brasileiro (ações diretas de inconstitucionalidade, genéricas ou interventivas, as ações de inconstitucionalidade por omissão e as ações declaratórias de constitucionalidade, além da arguição de descumprimento de preceito fundamental), com o intuito de garantir a prevalência das normas constitucionais no ordenamento jurídico. A ausência de identidade com os Tribunais Constitucionais do modelo europeu, por sua vez, decorre das peculiaridades que o STF possui em relação à: (a) ausência do exercício do controle de constitucionalidade exclusivamente pela via concentrada e abstrata, pois também o faz, em última instância, no controle difuso e concreto,

³⁷³ Cf. tópico 1.9.

³⁷⁴ Cf. tópico 2.2 para ter alguns exemplos.

³⁷⁵ Em que pese a “clássica” definição de Tribunais Constitucionais sob os aspectos citados, convém destacar que, nem por essa ótica, a configuração dos mesmos é homogênea, como aponta Taruffo, “dado que o modo e a finalidade com que essas funções são desenvolvidas variam em larga medida conforme destinado somente a um controle de constitucionalidade *das leis*, e esse se desenvolva somente incidentalmente (como no modelo italiano), ou sesse diga respeito, como acenado, também a outros atos ou provimentos, e seja admitido o acesso direto à corte constitucional (como ocorre com a *Verfassungsbeschwerde* alemã ou com o *amparo* dos ordenamentos ibero-americanos)”. (TARUFFO, 2013, p. 119).

pela via do recurso extraordinário; e (b) pela sua alocação dentro da estrutura do Poder Judiciário e não como um órgão deslocado dos demais poderes do Estado, ambas características daquele modelo³⁷⁶.

Para José Afonso da Silva, o Brasil, por seguir inicialmente o modelo norte-americano, evoluindo, posteriormente, para um modelo misto e peculiar, em que se “combina o critério de controle difuso de constitucionalidade por via de defesa com o critério de controle concentrado por via de ação direta de inconstitucionalidade”, teria mantido certa distância deste último, que, de acordo com o autor, produziria as verdadeiras Cortes Constitucionais. Segundo ele, as Cortes Constitucionais, tal como concebidas no arquétipo europeu de controle de constitucionalidade da *civil law*, são aquelas que detêm competência exclusiva para solucionar conflitos constitucionais, com fundamento no critério de controle concentrado. Tal sistema, segundo ele, “desenvolveu-se como resposta aos ataques político e ideológico da Constituição. O sistema de defesa não poderia ser senão de natureza política e ideológica”, ou seja, em (controle) abstrato. Daí a sua conclusão de que este sistema seria o único que promoveria a existência de verdadeiras Cortes Constitucionais, tanto em razão da privatividade da jurisdição constitucional, mas, mais ainda, pelo fato de o controle concentrado e em abstrato priorizar a apreciação da Constituição em função de seus valores políticos sem ter os olhos voltados para um determinado caso concreto, o que seria, em sua ótica, a verdadeira função de guarda/guardião da Constituição.³⁷⁷

Aponta, em contrapartida, que no modelo norte-americano, fundado no critério difuso de controle de constitucionalidade, de natureza técnico-jurídica, não haveria, verdadeiramente uma forma de jurisdição constitucional, “não tanto por ter sido entregue o controle de constitucionalidade à jurisdição ordinária”, mas pelo fato de que esta “não aprecia a Constituição em função de seus valores políticos, não se configurando como guardião dos valores constitucionais, por ter como objetivo principal a decisão do caso concreto”. Silva ressalva que, nesse sistema, embora haja jurisdição constitucional, “tomada a expressão no sentido de compor litígios constitucionais”; apenas não se realiza, segundo ele, nesse modelo, “com plenitude, a função de

³⁷⁶ Nesse sentido, conferir: FAVOREU, Louis; MASTOR, Wanda. **Les cours constitutionnelles**. Paris: Dalloz, 2011, p. 23; ZAGREBELSKY, 2008, p. 62-64; MITIDIERO, 2017, p. 74.

³⁷⁷ SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 560.

guarda dos valores constitucionais, dada a preferência pelo caso concreto”.³⁷⁸ Assim, para o eminente constitucionalista, a necessidade de o STF ter de decidir uma causa fática enfraquece a verdadeira jurisdição constitucional, que, para ser a mais eficaz, teria de ser feita, sempre, em caráter abstrato ou político-ideológico³⁷⁹. O fato de que a Constituição Federal de 1988 ter reduzido a competência do Supremo Tribunal Federal à matéria constitucional, portanto, não o converteria em Corte Constitucional.³⁸⁰ Não obstante, conclui Silva que “as atribuições judicantes do art. 102 têm, quase todas, conteúdo de litígio constitucional. Logo, a atuação do STF aí se destina a compor lide constitucional, mediante o exercício de jurisdição constitucional”³⁸¹.

A opinião do citado autor não é totalmente isolada, como se colhe de outro excerto doutrinário³⁸², no sentido de que o STF “não é um Tribunal Constitucional, seja porque a Constituição não lhe reservou essa natureza, seja porque integra o Poder Judiciário, sendo em muitos casos órgão recursal”. Isso não ilide a conclusão, porém, de que “o Supremo Tribunal Federal é a mais alta corte de Justiça no Brasil, cuja função maior é garantir a supremacia da Constituição.

³⁷⁸ As razões são semelhantes àquelas que aponta como descaracterizadoras da função pura de jurisdição constitucional, no modelo da *common law*: “Primeiro, porque não é o único órgão jurisdicional competente para o exercício da jurisdição constitucional, já que o sistema perdura fundado no critério difuso, que autoriza qualquer tribunal e juiz a conhecer da prejudicial de inconstitucionalidade, por via de exceção. Segundo, porque a forma de recrutamento de seus membros denuncia que continuará a ser um Tribunal que examinará a questão constitucional com critério puramente técnico-jurídico, mormente porque, como Tribunal, que ainda será, do recurso extraordinário, o modo de levar a seu conhecimento e julgamento as questões constitucionais nos casos concretos, sua preocupação, como é regra no sistema difuso, será dar primazia à solução do caso e, se possível, sem declarar inconstitucionalidade (SILVA, 2013, p. 561).

³⁷⁹ Em sentido semelhante, a opinião de Michele Taruffo sobre a função nomofilática dos recursos às Cortes Supremas (TARUFFO, 2005, p. 227-229).

³⁸⁰ Nem mesmo diante da expressa previsão do texto constitucional de 1988, o ilustre autor se convence da função do STF de guarda da Constituição ou de Corte Constitucional, asseverando que: “É certo que o art. 102 diz que a ele compete, *precipualemente*, a guarda da Constituição. Mas não será fácil conciliar uma função típica de guarda dos valores constitucionais [...] com sua função de julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância (base do critério de controle difuso), quando ocorre uma das questões constitucionais enumeradas nas alíneas do inc. III do art. 102, que o mantém como Tribunal de julgamento do caso concreto, que sempre conduz à preferência pela decisão da lide, e não pelos valores da Constituição, como nossa história comprova. Não será, note-se bem, por culpa do Colendo Tribunal, se não vier a realizar-se plenamente como guardião da Constituição, mas do sistema que esta própria manteve, praticamente sem alteração [...]. Reduzir a competência do STF à matéria constitucional não constitui mudança alguma no sistema de controle de constitucionalidade no Brasil” (SILVA, 2013, p. 562).

³⁸¹ José Afonso da Silva destaca três modalidades de competência do STF: (a) jurisdição constitucional com controle de constitucionalidade, por via de ação direta, interventiva ou genérica, e por via de exceção, e por omissão (art. 102, inc. I, a e p, inc. III e art. 103, §2º); (b) jurisdição constitucional da liberdade, “o exercício da jurisdição provocado por remédios constitucionais destinados à defesa dos direitos fundamentais” (art. 102, I, d, i, g, q, inc. II, a e b); (c) jurisdição constitucional sem controle de constitucionalidade, “atribuições judicantes, para compor litígio de natureza constitucional, mas diverso do que existe no controle da constitucionalidade das leis” (art. 102, inc. I, b, c, e, f, g, o, j, l, m, p e r). Duas das competências do STF “parecem não caracterizar matéria de jurisdição constitucional”, para o autor: as de interesse de todos os membros da magistratura (art. 102, inc. I n) e as demandas contra O CNJ e o CNMP (r). (SILVA, 2013, p. 561-564).

³⁸² CUNHA JUNIOR, Dirley. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 915.

É o intérprete maior da Constituição, a quem compete dizer por último o Direito Constitucional”³⁸³.

O fato é que, como vimos no capítulo anterior, em ordenamentos em que se reconhece que as normas constitucionais são endereçadas a todos os juízes, com inspiração na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos (*judicial review*) – como é o caso da Argentina, do México e do Brasil³⁸⁴ e, em certa medida, também na Itália³⁸⁵, e que, portanto, a referência às normas constitucionais é um fator essencial do ordenamento – acaba-se por reconhecer um caráter difuso da interpretação constitucional, com a consequência de que a Corte Suprema venha a ser um órgão de *last resort* para essa finalidade³⁸⁶. Desse modo, em que pesem as abalizadas opiniões em sentido contrário, a Corte Suprema que ocupa o vértice do sistema jurisdicional, nesse caso, opera também como Corte Constitucional, na medida em que é a última instância para resolução de questões de constitucionalidade, que vêm analisadas e resolvidas pelos juízes inferiores.

A peculiaridade de o STF exercer, além do controle concentrado (direto e abstrato) de constitucionalidade (típico dos Tribunais Constitucionais europeus-continentais), o controle difuso e outras competências, não lhe retiraria a qualidade de Corte Constitucional, porquanto o que mais importa para essa classificação é a atribuição de julgar litígios constitucionais, isto é, cuja questão de direito diga respeito à adequada interpretação das normas constitucionais³⁸⁷. A forma de exercer esse controle – em abstrato ou em concreto, em ação ou em recurso – parece perder relevância diante do fato de que a última palavra sobre questões constitucionais é sempre

³⁸³ Também conclui pela qualidade do STF como instância recursal e órgão do Poder Judiciário, sem deixar de ressaltar o caráter político de suas decisões e sua tendência em equilibrar os poderes e funções do Estado, Marcelo Abelha Rodrigues: “Consoante o disposto no art. 102 da CF, temos que constitui função precípua do STF a guarda da Constituição Federal. Por se tratar de um órgão do Poder Judiciário, exerce a sua função dentro e por intermédio do processo e das causas que lhe são submetidas. Inegavelmente, suas decisões têm uma inafastável veia política, tendente a equilibrar os poderes e funções do Estado, pois, afinal de contas, é o órgão máximo do Poder Judiciário no controle dos atos e da legalidade. São três as maneiras de o STF atuar: a) julgando as causas de sua competência originária (art. 102, I, da CF/1988); b) julgando como tribunal de segundo grau, em recurso ordinário, quando examina matéria de fato e de direito (art. 102, II, da CF/1988); c) julgando em recurso extraordinário as causas (cíveis e criminais) que cumpram pelo menos um dos requisitos do art. 102, III, *a, b, c e d*, da CF/1988.” (RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de direito processual civil**. 5ª ed. São Paulo: RT, 2010, p. 708).

³⁸⁴ Cf. TARUFFO, 2013, p. 118.

³⁸⁵ *Ibidem*, p. 119

³⁸⁶ *Ibidem*, p. 118.

³⁸⁷ MITIDIERO, 2017, p. 65 e 74-75.

do STF; esse o fator que o caracteriza como Corte Constitucional, ainda que, dessa forma, não guarde identidade com os modelos clássicos desse tipo de instituição.³⁸⁸

Nesse sentido, convém destacar o que diz a doutrina, acerca da jurisdição constitucional, comum a diversos ordenamentos jurídicos, e desempenhada em nossa ordem jurídica pelo STF, que compreende quatro funções básicas: “[...] o controle da regularidade do regime democrático e do Estado de Direito; o respeito ao equilíbrio entre o Estado e a coletividade, principalmente em proteção à supremacia dos direitos e garantias fundamentais; a garantia do bom funcionamento dos Poderes; e, finalmente, o controle da constitucionalidade das leis e atos normativos”³⁸⁹.

Desse modo, tem-se como claro que, não obstante, em nosso ordenamento jurídico-constitucional, o Supremo Tribunal Federal possa não se enquadrar nos exatos moldes que definem os Tribunais ou Cortes Constitucionais ao modelo clássico ou europeu-continental, nem no enquadramento típico das Supremas Cortes dos sistemas de *common law*, o fato é que a última palavra em matéria constitucional é de sua competência, servindo, tanto no desempenho do controle concentrado de constitucionalidade, por via das ações diretas, quanto no desempenho do controle difuso, por via de exceção (ainda que, por isso, sem exclusividade de jurisdição constitucional), como intérprete máximo das normas constitucionais e uniformizador da jurisprudência acerca do direito constitucional.

Nesse cenário jurídico-constitucional, sobressai da função interpretativa e de cunho uniformizador e reconstrutor do direito constitucional que compete ao STF, a sua caracterização como uma Corte Constitucional, se não no sentido clássico, em sentido amplo e atual, que exige das Cortes Constitucionais, como característica essencial, a responsabilidade de dar a última palavra a respeito da interpretação da Constituição³⁹⁰.

³⁸⁸ Diversas inovações operadas na jurisdição constitucional para dar prevalência de sua competência às matérias constitucionais, decisivamente reforçaram o caráter de autêntica Corte Constitucional do Supremo Tribunal Federal. Dentre as transformações operadas nesse sentido, destacam-se a ampliação do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, a exigência da demonstração de repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário e a introdução do enunciado de súmula com efeito vinculante. Nesse sentido: GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 2, p. 423-424; NOVELINO, 2014, p. 901.

³⁸⁹ FAVOREU, 2011, p. 24.

³⁹⁰ MITIDIERO, 2017, p. 93.

2.2. CORTE DE JUSTIÇA

De acordo com a doutrina, as Cortes de Justiça são aquelas com a competência para resolver controvérsias fáticas e prolatar decisões justas – e efetivá-las adequadamente, em sendo o caso³⁹¹. São apontadas, portanto, como órgãos jurisdicionais ordinários, que devem cuidar da produção de decisões justas, do ponto de vista da aferição da veracidade dos fatos alegados pelas partes e da consequente aplicação da norma jurídica correspondente. Atribui-se tal qualidade de Corte, via de regra, aos Tribunais de Justiça aos Tribunais Regionais (Federais, Eleitorais e do Trabalho), cujo produto é a jurisprudência, entendida esta, tradicionalmente, como “um conjunto reiterado de decisões no mesmo sentido de quaisquer Tribunais”.³⁹² Cumpre-nos verificar se o Supremo Tribunal Federal se enquadraria ou escaparia a essa classificação, diante de suas competências constitucionais.

Incumbe à Cortes de Justiça, tal qual a todos os órgãos judiciais, a interpretação das normas jurídicas; a particularidade, no seu caso, está na finalidade com que o faz. Como essa Corte está preordenada para a tutela dos direitos mediante uma decisão justa, a interpretação normativa é meio para obtenção da sua finalidade precípua: a justiça do caso concreto³⁹³. A definição do sentido da norma, nesse caso, só tem como fim a sua aplicação ao caso em julgamento, como forma de entregar a prestação da tutela jurisdicional, isto é, a tutela do direito das partes, da forma mais adequada e justa possível. Não faz parte de sua função e, por isso, da preocupação principal dos julgadores, a fixação do sentido da norma para casos futuros.

Nas instâncias ordinárias, portanto, o que se visa imediatamente é a tutela do direito subjetivo das partes. A correção da decisão, no que tange especificamente, à incidência correta da lei em questão, somente é alcançada de forma mediata. Nas instâncias recursais de cunho ordinário, por sua vez, basta para o cabimento do recurso (ordinário), que seja alegada a injustiça da decisão. De um modo geral, é também permitida uma ampla revisão da matéria fática e probatória, sem que haja exigência da necessidade de se demonstrar a aplicação específica de um determinado texto legal³⁹⁴. Isso não quer dizer, como já dissemos, que não seja lícito à Corte de Justiça

³⁹¹ MARINONI; ARENHARDT; MITIDIERO, 2016, p. 146.

³⁹² *Ibidem*.

³⁹³ MITIDIERO, 2017, p. 39.

³⁹⁴ JORGE, Flávio Cheim. **Teoria geral dos recursos cíveis**. 6ª ed. São Paulo: RT, 2013, p. 48.

externar o seu entendimento acerca da interpretação de dado texto legal ou constitucional; ao contrário, isso ocorre bastante e resulta na jurisprudência dos tribunais, a qual é de suma importância em um sistema de precedentes, posto que “*evidencia as possíveis interpretações a partir do julgamento de casos concretos e com isso contribui para a unidade do Direito, permitindo que os precedentes possam trabalhar contando com esse rico manancial de significados*”³⁹⁵. Dito de outro modo: “A jurisprudência revela as tendências interpretativas” do direito sobre as quais as Cortes de Supremas terão de exercer a sua derradeira interpretação unificadora³⁹⁶.

O Supremo Tribunal Federal se enquadra, também, nessa definição, em razão de sua ampla competência para julgar tanto ações originárias, quanto recursos ordinários. Como exemplos de sua competência originária, temos as hipóteses do art. 102, I, *b a n e r*³⁹⁷, e como exemplos de sua competência recursal ordinária, as hipóteses do inc. II do mesmo artigo³⁹⁸.

³⁹⁵ MARINONI; ARENHARDT; MITIDIERO, 2016, p. 146 (grifos dos autores).

³⁹⁶ *Ibidem*.

³⁹⁷ “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: [...] b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República; c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 23, de 1999) d) o *habeas corpus*, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o *habeas data* contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal; e) o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território; f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta; g) a extradição solicitada por Estado estrangeiro; h) (Revogado pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004); i) o *habeas corpus*, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 22, de 1999) j) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados; [...] l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões; m) a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais; n) a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados; o) os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal; [...] r) as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)”. Consideramos que as alíneas “a” e “p”, que dizem respeito, respectivamente, à *ação direta de inconstitucionalidade* e às suas *medidas cautelares*, não se incluem na competência ordinária do STF, por se tratarem de ações que não visam uma decisão justa para um caso concreto, mas o controle abstrato de constitucionalidade de uma norma, o que não se coaduna com a função de uma Corte de Justiça. No mesmo sentido, não entra aqui a alínea “q”, que trata do *mandado de injunção*, que também não visa à solução de uma controvérsia, mas a suprimir uma omissão normativa, cujo resultado é a proclamação judicial de uma norma geral e abstrata.

³⁹⁸ “II - julgar, em recurso ordinário: a) o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data* e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão; b) o crime político;”

Nas três maneiras que o STF tem de julgar as causas que lhe são submetidas (art. 102, I, II e III), duas (que se subdividem em dezesseis hipóteses) dizem respeito à sua função de Corte de Justiça: as causas de sua competência originária (inc. I, embora não sejam todas as hipóteses de suas alíneas, com nítida exclusão do controle concentrado de constitucionalidade, por exemplo) e os recursos ordinários (inc. II), ambos nos quais examina a causa em sua totalidade: tanto em matéria de fato, inclusive com ampla apreciação da prova³⁹⁹, quanto em matéria de direito, incluindo tanto o direito constitucional quanto o infraconstitucional. A terceira maneira de julgar, que seria a exceção, portanto à sua atuação como Corte de Justiça, seria o julgamento do recurso extraordinário nas causas (cíveis e criminais) que cumpram pelo menos um dos requisitos do art. 102, III, *a, b, c* ou *d*, da CF/1988⁴⁰⁰. Essa função desempenhada pelo STF no julgamento do RE será discutida mais adiante. O que nos cumpre fixar neste ponto é que a grande maioria das hipóteses de atuação do STF enumeradas na Constituição é formada por típicas atribuições de uma Corte de Justiça, sendo as hipóteses de exercício do controle de constitucionalidade bem menos numerosas. Isso não significa que, em termos quantitativos do efetivo exercício dessas competências, essa proporção se mantenha; com efeito, o desempenho do controle de constitucionalidade, em especial o difuso, supera em muito a atuação originária e recursal ordinária do STF, como veremos adiante.

2.3. CORTE DE VÉRTICE

Em contraposição às Cortes Justiça, incumbidas da jurisdição ordinária, temos as Cortes de Vértice, que exercem, precipuamente, a jurisdição extraordinária, de nomofilaquia ou de tutela da ordem jurídica objetiva. Tais espécies de Cortes subdividem-se, ainda, conforme o modelo de funcionamento, composição e competência que adotem no ordenamento jurídico, em subclasses que serão abordadas nos tópicos seguintes. Por ora, cumpre destacar a característica comum a todas elas e que diz respeito ao seu posicionamento na hierarquia das instituições incumbidas da interpretação normativa.

Consideram-se Cortes de Vértice, como o nome já indica, aquelas que se situam no topo de uma abstrata estrutura piramidal hierárquica da organização judiciária. São a cúpula do Poder

³⁹⁹ Exceção relativamente feita às ações de *habeas corpus* e mandado de segurança, em que se restringe em certa medida a reapreciação da valoração probatória, cf. jurisprudência do STF e do STJ.

⁴⁰⁰ Nesse sentido, cf.: RODRIGUES, 2010, p. 708.

Judiciário⁴⁰¹. Em termos mais práticos, são as Cortes contra cujas decisões não cabe recurso e que, por isso, constituem-se em órgãos de última instância⁴⁰². Inexistindo órgãos incumbidos de analisar, sob o aspecto da competência uniformizadora de certo ramo do direito, a justiça ou legalidade da decisão de uma Corte, esta deve ser considerada como última instância e, por isso, como uma Corte de Vértice⁴⁰³.

É fácil situar o Supremo Tribunal Federal como uma Corte de Vértice da organização judiciária brasileira, exatamente em razão de não caberem recursos contra suas decisões⁴⁰⁴, configurando-se como última instância judicial do ordenamento jurídico brasileiro⁴⁰⁵. Necessário salientar que nosso ordenamento jurídico, em razão das divisões de competências constitucionais, não possui apenas uma Corte de Vértice. Com efeito, cada Corte incumbida de dar a última palavra sobre determinado ramo do direito, exerce, por isso, a função de Corte de Vértice⁴⁰⁶ dentro de sua área de competência. Assim, são Cortes de Vértice brasileiras, as quais também podemos chamar de Tribunais Superiores: o Superior Tribunal de Justiça, no que se refere à interpretação da legislação federal infraconstitucional, de natureza material e processual⁴⁰⁷, nos termos do art. 105, III, da CF/88, – exceto no que for competência nomofilática de outra Corte; o Tribunal Superior Eleitoral, em relação à interpretação do direito eleitoral e processual eleitoral⁴⁰⁸, nos termos do art. 118, I, e do art. 121, §3º e §4º, I e II da CF/88; o Tribunal Superior do Trabalho, em relação ao direito do trabalho e processual do trabalho⁴⁰⁹, nos termos do art. 111, I, e do art.

⁴⁰¹ MITIDIERO, 2017, p. 51.

⁴⁰² Conforme TARUFFO, 2013, p. 118. Nesse sentido, cf.: BRAVO-HURTADO, 2014, p. 322.

⁴⁰³ Em sentido semelhante: JOLOWICZ, John Anthony. The role of the Supreme Court at the national and international level. In: YESSIOU-FALTSI, Pelaya (ed.). **The role of the Supreme Courts at the national and international level**: reports for the Thessaloniki International Colloquium, 21-25 May. Thessaloniki: Sakkoulas, 1997, p. 38.

⁴⁰⁴ Conclusão que se extrai da ausência de previsão constitucional de um órgão com competência para reexaminar qualquer julgamento do STF, salvo ele mesmo.

⁴⁰⁵ Nesse sentido: CUNHA JUNIOR, 2015, p. 915; RODRIGUES, 2010, p. 708; LENZA, 2015, p. 869; entre outros.

⁴⁰⁶ MITIDIERO, 2017, p. 93-103.

⁴⁰⁷ “Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: [...] III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal”.

⁴⁰⁸ “Art. 118. São órgãos da Justiça Eleitoral: I - o Tribunal Superior Eleitoral; [...] Art. 121. Lei complementar disporá sobre a organização e competência dos tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais. § 3º São irrecorríveis as decisões do Tribunal Superior Eleitoral, salvo as que contrariarem esta Constituição e as denegatórias de *habeas corpus* ou mandado de segurança. § 4º Das decisões dos Tribunais Regionais Eleitorais somente caberá recurso quando: I - forem proferidas contra disposição expressa desta Constituição ou de lei; II - ocorrer divergência na interpretação de lei entre dois ou mais tribunais eleitorais;”.

⁴⁰⁹ “Art. 111. São órgãos da Justiça do Trabalho: I - o Tribunal Superior do Trabalho; Art. 111-A. [...] § 1º A lei disporá sobre a competência do Tribunal Superior do Trabalho”.

111-A, §1º da CF/88; e Superior Tribunal Militar, no que diz respeito à interpretação da legislação penal e processual penal militar⁴¹⁰, nos termos do art. 122 e do art. 124, parágrafo único, da CF/88.⁴¹¹

Todos esses Tribunais Superiores têm a última palavra em relação ao direito objetivo infraconstitucional cuja tutela lhe foi respectivamente reservada pela Constituição e por ela definido diretamente ou por delegação ao legislador ordinário. Isso significa que, a interpretação das leis que lhe foi confiada pelo constituinte não pode ser objeto de interpretação divergente por nenhum outro órgão do Poder Judiciário, nem mesmo pelo Supremo Tribunal Federal, salvo, neste caso, no que contrariar a Constituição⁴¹².

Desse modo, se o Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, fixa determinado sentido à um dispositivo de lei federal comum, sem incidir em nenhuma das hipóteses do inc. III do art. 102 da Constituição, nem mesmo o STF poderá interpretar tal norma de maneira diversa⁴¹³, devendo, sim, seguir a interpretação fixada pelo Tribunal da Cidadania; o mesmo vale para os demais Tribunais Superiores em suas respectivas competências constitucionais nomofiláticas.

É claro que, por ser a Constituição Federal a norma jurídica do ápice do ordenamento, de onde todas as outras normas inferiores retiram o seu fundamento de validade, por conter as normas definidoras dos princípios fundamentais e por ser o STF o intérprete último das normas constitucionais, sempre haverá a possibilidade de controle de constitucionalidade das interpretações dos Tribunais Superiores sobre a Constituição Federal ou sobre as normas infraconstitucionais em relação àquela⁴¹⁴. Logo, a única Corte contra a qual, de fato, não cabe recurso algum em

⁴¹⁰ “Art. 122. São órgãos da Justiça Militar: I - o Superior Tribunal Militar; [...] Art. 124. À Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei. Parágrafo único. A lei disporá sobre a organização, o funcionamento e a competência da Justiça Militar”.

⁴¹¹ O Conselho Nacional de Justiça não é uma Corte de Vértice (ou um Tribunal Superior), por não ter função jurisdicional (art. 103-B, §4º, da CF/88), assim como outros órgãos com competência administrativa, como o Conselho de Justiça Federal (art. 105, parágrafo único, II), os Tribunais de Contas (arts. 71 e 75) etc.

⁴¹² A Constituição mesma faz essa ressalva, em relação ao TSE, no 121, §3º. Quanto aos demais, a ressalva decorre diretamente do art. 102, III.

⁴¹³ MITIDIERO, 2017, p. 106-107.

⁴¹⁴ Em relação ao STJ, por exemplo, destaca Rodolfo de Camargo Mancuso: “Embora seja inegável que a Constituição Federal procedeu a uma *cisão* na seara do recurso extraordinário, reservando-o para as questões constitucionais e repassando as questões federais de direito comum para o recurso especial do STJ, não se pode afirmar, peremptoriamente, que o STJ está infenso a *toda* matéria constitucional: (i) nos casos da alínea *a* do art. 105, III (contrariedade ou negativa de vigência a tratado ou lei federal), não se pode descartar a hipótese de que venha agitado, incidentemente, debate acerca da constitucionalidade dos textos em questão (é que, como afirma o Min.

face de suas decisões é o STF, de modo que se pode falar, nesse caso, em uma Corte de Vértice constitucional ou em uma Corte de Vértice “por excelência”.

Embora não digam respeito à jurisdição (mas, a competências políticas), alguns outros aspectos constitucionalmente atribuídos ao STF evidenciam sua posição apical da organização judiciária, como, por exemplo: i) a sua topografia no capítulo da Constituição que trata do Poder Judiciário (Capítulo III do Título IV – Da organização dos poderes) e coloca o STF como primeiro dos órgãos que o compõem (art. 92, inc. I⁴¹⁵); ii) por serem de sua iniciativa a Lei Orgânica da Magistratura Nacional, nos termos do art. 93⁴¹⁶ e a lei que cria cargos e altera subsídios dos tribunais (art. 96, II); iii) pelo fato de o seu Presidente também presidir o Conselho Nacional de Justiça (art. 103-B, §1º), o Tribunal Superior Eleitoral (arts 119, parágrafo único) e o julgamento do Presidente, do Vice-Presidente da República, bem como dos Ministros de Estado e dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, nos crimes de responsabilidade, (art. 52, parágrafo único); iv) a sua competência com relação às hipóteses de intervenção federal⁴¹⁷ (art. 36); v) o subsídio de seus membros ser o teto remuneratório do funcionalismo público (art. 37, XI; vi) por figurar o seu Presidente na linha sucessória da Presidência da República (art. 80); vii) por lhe competir julgar as infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade cometidos pelas mais altas autoridades pública (art. 102, I, *b e c*); viii), por poder editar súmulas-vinculantes (art. 103-A), entre outros aspectos.

Enfim, configura-se o Supremo Tribunal Federal em uma Corte de Vértice ao lado dos demais Tribunais Superiores e, em relação a estes, ainda ocupa uma posição mais acima, essencialmente por deter a última palavra em relação à interpretação da Constituição, o que alcança, inclusive, sob o aspecto do controle de constitucionalidade, as decisões das outras Cortes, em

Carlos Velloso, o ‘STJ não serão único tribunal do País em que não ocorrerá o controle difuso de constitucionalidade já que esse controle difuso faz parte do sistema constitucional brasileiro [...]’ (MANCUSO, Rodolfo de Carmo. **Recurso extraordinário e recurso especial**. 11ª ed. São Paulo: RT, 2010, p. 104). Em sentido contrário, pelo aparte total da competência do STJ para exercer o controle difuso de constitucionalidade: MITIDIERO, 2017, p. 106-109.

⁴¹⁵ “Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário: I - o Supremo Tribunal Federal;”.

⁴¹⁶ “Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:”.

⁴¹⁷ “Art. 36. A decretação da intervenção dependerá:

I - no caso do art. 34, IV, de solicitação do Poder Legislativo ou do Poder Executivo coacto ou impedido, ou de requisição do Supremo Tribunal Federal, se a coação for exercida contra o Poder Judiciário;

II - no caso de desobediência a ordem ou decisão judiciária, de requisição do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do Tribunal Superior Eleitoral;

III - de provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação do Procurador-Geral da República, na hipótese do art. 34, VII, e no caso de recusa à execução de lei federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)”.

caso de incidência de tais decisões em alguma das hipóteses do art. 102, III, da CF/88. Trata-se, sem dúvida, da mais alta Corte de nosso sistema de justiça, em razão de sua função de guarda das normas de maior importância de nosso ordenamento jurídico.

2.3.1. Nomofilaquia: tutela ou promoção da legalidade

Como havíamos mencionado, as Cortes de Vértice comportam uma classificação própria, com a qual podemos subdividi-las, conforme a função que desempenham no sistema jurisdicional e a forma com que a desempenham e se organizam, em Cortes Superiores de revisão ou de cassação e em Cortes Supremas de interpretação e de formação de precedentes.

Antes de adentrar precisamente nessa divisão, que diz respeito às diferenças entre tais espécies de Cortes, convém assinalar o aspecto que as une sob uma única categoria, no vértice da organização judiciária, sob o seu aspecto funcional ou teleológico: a nomofilaquia, termo utilizado especialmente por Calamandrei, à luz da teoria cognitivista do direito e da interpretação lógico-dedutiva das normas jurídicas, e que alude, em tal concepção clássica, à tutela da legalidade, sob a justificação da promoção da igualdade, através do controle da atividade judicial e da uniformização da jurisprudência, a ser exercido pelas Cortes Superiores.⁴¹⁸ Nesse sentido, a doutrina destaca os quatro valores subjacentes assegurados pela interpretação uniforme, “através da autoridade, não importa se persuasiva ou vinculante, dos precedentes jurisprudenciais”: igualdade dos cidadãos, previsibilidade das decisões judiciais, reforço da autoridade judiciária e maior eficiência no resultado do trabalho dos juízes⁴¹⁹. Em sua moderna concepção⁴²⁰, porém, o termo se refere à tutela e à promoção da legalidade, mediante escolhas interpretativas mais justas porque melhor justificadas.⁴²¹ Daí tratar a doutrina, do tema, com o termo “nomofilaquia-

⁴¹⁸ CHIARLONI, 2008, p. 848; TARUFFO, 2005, p. 46.

⁴¹⁹ Cf. CHIARLONI, 2008, p. 847; ZAGREBELSKY, 2008, p. 29.

⁴²⁰ Referimo-nos à moderna concepção, porquanto o termo nomofilaquia foi originalmente empregado sob o exclusivo aspecto do controle da atividade judicial e da uniformização da jurisprudência, especialmente por Calamandrei, à luz da teoria cognitivista do direito e da interpretação lógico-dedutiva das normas jurídicas. No entanto, o termo continua sendo empregado para definir a função e a atuação das Cortes de Vértice, necessitando apenas de sua atualização para entender-se a moderna função nomofilática das cortes de interpretar e reconstruir as normas jurídicas, não apenas para sanar as interpretações errôneas, mas, sobretudo, para firmar precedentes e, assim, orientar a aplicação do direito para o futuro. Nesse sentido: TARUFFO, 2005, 125-130; KNIJNIK, 2005, 100-104.

⁴²¹ TARUFFO, 2005, p. 124-130 com destaque para p. 128: “Em realidade, o que a interpretação pode determinar é o significado ‘justo’, é dizer, aquele fundado no emprego correto de critérios de eleição não vinculantes, mas aceitáveis. Por outro lado, não existe um significado absoluto do ‘justo’, pois não existem critérios absolutos para a determinação dos significados; se pode falar melhor de um significado relativamente ‘mais justo’ para nos referimos ao que, entre os significados possíveis, mostra-se fundado em base das ‘melhores’ razões”. Cf. KNIJNIK

interpretativa”.⁴²² Veja-se que não se trata de abandonar completamente os valores da concepção tradicional de nomofilaquia, os quais permanecem de suma importância, mas apenas de atualizá-los e adequá-los à concepção lógico-argumentativa do direito, em caráter evolutivo das normas jurídicas.

Prosseguindo, a tutela da legalidade diz respeito à função reativa que muitas Cortes de Vértice desenvolvem e se aplica quando uma violação do direito já se verificou, sendo a atuação da Corte destinada a eliminá-la e – quando possível – a neutralizar ou eliminar seus efeitos⁴²³. A promoção da legalidade, por sua vez, refere-se à função proativa das Cortes, cujas decisões, nesse caso, têm por fim a obtenção de efeitos futuros, seja no sentido de prevenir violações de legalidade, seja no sentido de favorecer a evolução e a transformação o direito.⁴²⁴

Por legalidade, a ser tutelada ou promovida pela atuação das cortes, podemos entender, essencialmente, como a correta aplicação do direito. Não se exclui com isso, como aponta a doutrina, a “inevitável referência à interpretação do direito, mas se pretende concentrar a atenção sobre a finalidade aplicativa da interpretação que normalmente caracteriza a orientação com que o juiz trabalha com as normas com o fim de individualizar critérios para decisão de casos concretos”⁴²⁵. Não obstante, a atividade orientada à correta aplicação do direito pode desenvolver-se de maneiras bastante diferentes, as quais conduzem à individualização do conceito de legalidade sob três principais a saber.

2.3.1.1. *Reatividade e aplicação do direito*

O primeiro desses conceitos conecta legalidade puramente à aplicação do direito e diz respeito ao controle sobre a legitimidade da decisão em cada caso concreto que seja objeto de controvérsia. Isso significa que a função da Corte consiste, em essência, em verificar se a lei, material ou processual, foi corretamente aplicada pelos juízos *a quo*. Resta evidente o especial relevo da

⁴²² Cf.: MITIDIERO, 2017, p. 80-84.

⁴²³ TARUFFO, 2013, p. 120.

⁴²⁴ É possível que as cortes desenvolvam ambos os aspectos de sua função nomofilática, ao mesmo tempo tutelando o direito reativamente às decisões violadoras do ordenamento jurídico e promovendo o desenvolvimento proativa da legalidade. Como aponta Taruffo (2013, p. 120)), podem “ocorrer que sejam reprimidas violações ao direito, sem se pensar no futuro ou que se possa configurar uma função pró-ativa cujo exercício não dependa de violações específicas à legalidade já verificadas”. A distinção, contudo, ainda é importante, conforme aponta a doutrina, para colocar em evidência os dois aspectos diferentes do fenômeno estudado, seja porque nem sempre as duas funções são desenvolvidas em conjunto, seja porque podem ser desenvolvidas com diferentes intensidades.

⁴²⁵ TARUFFO, 2013, p. 121. Nesse sentido, também: “É, portanto, na ‘uniforme interpretação da lei’ que se precisa concentrar a atenção. Essa é a tarefa fundamental da *corte di cassazione* e em geral de todas as cortes supremas” (CHIARLONI, 2008, p. 847). Por “*corte di cassazione*” o autor se refere à Corte Suprema italiana.

dimensão reativa dessa função, uma vez que se apresenta para o juízo da corte um caso já decidido e cujo recurso se funda em razões inerentes à violação da lei. O papel da corte, nesse caso, é o de verificar se as violações alegadas pelo recorrente efetivamente ocorreram e, em caso positivo, anular a decisão e reenviá-la ao órgão de origem para que profira uma nova decisão, como ocorre nas “cortes de cassação”, a exemplo da *Corte Suprema di Cassazione* italiana, na *Cour de Cassation* francesa e no Tribunal Supremo espanhol, ou proferir uma nova decisão de mérito em substituição à recorrida, como ocorre nas “cortes de revisão” (*Revision*) dos ordenamentos de tipo germânico e que funcionam como uma “terceira instância” de jurisdição.⁴²⁶

Nesse sentido, a função desenvolvida pelas Cortes teria um caráter privado essencial ao modelo de cassação/revisão. O Tribunal Superior, nesses casos, constituiria a última instância de verificação da justiça do caso concreto ou se a decisão recorrida consistiu na justa solução da controvérsia jurídica particular e concreta⁴²⁷. Sob essa ideologia, a atuação das cortes guiar-se-ia pela tutela do *ius litigatoris*, considerando-se as mesmas como órgãos supremos “de controle da legalidade em cada controvérsia, sobre aquele objeto particular, entre aquelas partes específicas e com referência aos fatos do caso concreto”.⁴²⁸ De se notar nos ordenamentos e na doutrina jurídica que seguem esse modelo, a elevação do acesso às cortes superiores como um direito individual que deve ser garantido a qualquer parte que almeje verificar, mediante provocação da corte, a legitimidade da decisão sobre o seu caso particular.

2.3.1.2. *Proatividade e evolução do direito*

A doutrina destaca que se revelou, contudo, uma ilusão “a ideia de se assegurar a igualdade de tratamento (e juntos, a previsibilidade das decisões judiciais, a autoridade e a eficiência da jurisdição) por meio da garantia à parte sucumbente da intervenção de um órgão supremo e centralizado de justiça”, porquanto a garantia de recurso às Cortes Superiores contra todo tipo de

⁴²⁶ Destarte, embora existam diferenças substanciais internas entre os modelos de “cassação” e de “revisão”, ambos os modelos desempenham a função consistente em verificar a lei foi corretamente aplicada na decisão de um caso concreto apresentado para exame. No modelo da *common law*, tanto a *Supreme Court* inglesa quanto a Suprema Corte dos Estados Unidos também desempenham semelhante função reativa acerca do *controle de legitimidade* das decisões, não obstante o modo de fazê-lo difira bastante do *modus operandi* das cortes de *civil law*. Cf. TARUFFO, 2013, p. 122-123.

⁴²⁷ TARUFFO, 2005, p. 17.

⁴²⁸ TARUFFO, 2013, p. 123; idem, 2005, p. 155-156. Nesse sentido, conferir também: MITIDIERO, 2017, p. 58.

decisão judicial determinou a impossibilidade das cortes “de assegurar a uniforme interpretação e aplicação da lei” e somou à desordem legislativa que caracteriza os tempos atuais a desordem jurisprudencial, com pronunciamentos contrastantes de seção para seção de um mesmo Tribunal, entre seção simples e seção especial e mesmo dentro de uma mesma seção.⁴²⁹ Essa “elefantíase da corte e de sua desordem organizativa interna” tornou também impossível aos órgãos judiciais inferiores seguir o entendimento das instâncias superiores, o que levou a mais decisões divergentes e contrastantes, dando razão ao brocardo “cada cabeça uma sentença”. Nesse contexto, instalou-se um círculo vicioso: quanto mais aumentam-se os recursos, mais aumenta o contraste; quanto mais aumenta a divergência, mais a jurisprudência se “assemelha a um supermercado” onde o sucumbente pode escolher o precedente que lhe seja mais favorável⁴³⁰ e, com base nele, alegar violação ao entendimento do Tribunal e fundamentar o seu direito a mais um recurso.⁴³¹ Trata-se de um verdadeiro caso de “heterogênese dos fins”: buscando promover igualdade e uniformidade, esse modelo promoveu exatamente a desigualdade a partir da total falta de uniformidade entre julgados de casos semelhantes.⁴³²

Percebe-se, portanto, porque a noção individual e privatista da tutela da legalidade, aos poucos vem perdendo importância, mesmo nos países de *civil law*⁴³³, até se tornar um aspecto secundário do papel das Cortes de Vértice, a partir do momento “em que o recurso a essa não é mais generalizado e deixa de ser considerado um direito subjetivo individual pertencente a qualquer parte interessada em qualquer processo,”⁴³⁴ passando-se a adotar algum tipo de filtro de acesso à jurisdição das Cortes Supremas. Trata-se tal passo do segundo tipo de individualização do conceito de legalidade, que a conecta com a evolução do direito.

Nesse caso, a interposição do recurso à Corte Suprema passa a ser subordinado a uma autorização ou certificação de importância e amplitude, que pode ser dada pela corte que pronunciou a decisão da qual se deseja recorrer, como pela própria Corte Suprema. E o fator decisivo para essa autorização não é mais o interesse individual da parte na obtenção do controle de legitimidade sobre a decisão que lhe diz respeito, indo muito além da correta aplicação do direito no

⁴²⁹ CHIARLONI, 2008, p. 848; TARUFFO, 2005, p. 148.

⁴³⁰ O que Lenio Streck costuma chamar de “jurisprudência *prêt-a-porter*” (STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. **O que é isto - o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 87).

⁴³¹ CHIARLONI, 2008, p. 849.

⁴³² *Ibidem*, p. 848; em sentido semelhante, cf. TARUFFO, 2005, p. 47-48.

⁴³³ *Ibidem*, p. 849.

⁴³⁴ TARUFFO, 2013, p. 124.

caso particular. Entra em jogo a avaliação da questão de direito posta no recurso a sua importância para o desenvolvimento e evolução do ordenamento jurídico, o que demanda que o resultado do julgamento do recurso tenha a potencialidade de repercutir, sob a ótica da interpretação do direito objetivo, para além do processo em que proferida e para além das partes litigantes.⁴³⁵

É certo que todo recurso é interposto por uma parte que tem nele o seu interesse particular em perspectiva, especialmente de obter da corte uma verificação da aplicação da lei ao caso concreto e a remoção das violações do direito que a prejudicam. No entanto, o que se verifica na atual evolução do modelo de tutela e promoção da legalidade é que tanto o interesse da parte na correção da decisão, quanto a função reativa da tutela da legalidade se tornam completamente secundários. O impulso da parte acaba sendo apenas um pretexto para a atuação nomofilática da corte, com vistas especialmente à sua função proativa de orientação da interpretação das normas jurídicas para o futuro.⁴³⁶

Uma função desse gênero evidencia-se, portanto, quando o acesso às cortes supremas passa necessariamente por uma seleção de casos a serem julgados, cujo critério é a supraindividualidade da relevância jurídica da decisão (i.e. da interpretação do direito) e a atividade dessas cortes é orientada principalmente à produção e ao império dos precedentes jurisprudenciais. Para que essas razões sejam aplicáveis em outros processos, como um legítimo precedente, é necessário que os casos em julgamento sejam semelhantes. Para saber se um caso é semelhante a outro e o habilita a ser usado como precedente, “o juiz deve procurar na decisão as razões essenciais que levaram a Corte a decidir a questão, ou seja, que formou a *ratio decidendi*”; tudo o que passar disso é considerado como parte dos motivos secundários, que formam o *obiter dictum*, isto é, “encerram as razões que não são essenciais ao exaurimento da decisão”. Finalmente, se houver “silogismo entre o fato analisado e a decisão paradigmática, qualquer julgador deve decidir de forma a implementar e garantir a decisão do Tribunal que unificou o entendimento”. Essa força obrigatória que vincula o julgador a decidir de acordo com a decisão piloto

⁴³⁵ TARUFFO, 2013, p. 124-125.

⁴³⁶ *Ibidem*, p. 124-125.

denomina-se *stare decisis*".⁴³⁷ Notório o quanto essa mudança ideológica do sistema desloca a atuação da Corte de Vértice de uma função privatista para uma função eminentemente pública. São exemplos dessa forma de atuação a *Supreme Court* inglesa e da Suprema Corte dos EUA, ou aquela do *Revisionsgericht* alemão (*Bundesgerichtshof*) e austríaco, assim como a repercussão geral para admissão do recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal brasileiro⁴³⁸. Seja pela ampla discricionariedade das Cortes supremas para selecionar os casos que deseja julgar, seja pela imposição de rigorosos critérios objetivos de seleção dos recursos às Cortes, o que caracteriza essa forma de atuação das mesmas é o componente seletivo das questões jurídicas postas para o seu exame, sempre tendo em vista a natureza potencialmente supraindividual da solução da controvérsia.⁴³⁹

Isso naturalmente vale tanto no caso em que a corte trabalha como vértice da jurisdição, quanto quando decide questões constitucionais. Desse modo, também as cortes constitucionais desenvolvem função proativa – e de evolução do direito – quando, por exemplo, retiram do ordenamento normas que contrariam a Constituição, ou quando lhes dão interpretação conforme às normas constitucionais. Esse tipo de atuação produz significativas mudanças no sistema normativo, de modo a orientar a interpretação que tem de ser seguida nas futuras aplicações das normas⁴⁴⁰.

2.3.1.3. Concretização e proteção dos direitos fundamentais

Por fim, a terceira individualização do conceito de legalidade estaria ligada aos direitos fundamentais. A doutrina destaca entre os fenômenos mais importantes das recentes evoluções do direito na maior parte dos ordenamentos, inclusive em escala supranacional, o surgimento dos direitos e garantias fundamentais do ser humano⁴⁴¹. Desde o plano internacional mais amplo, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão e os Pactos Internacionais

⁴³⁷ Segundo Mitidiero (2017, p. 121): “A expressão *stare decisis* é oriunda do brocardo *stare decisis et non quieta movere* e visa a garantir a *estabilidade* e a *confiabilidade* do precedente. Com a *determinação do significado* do Direito a partir de determinado caso no *precedente*, o que visa a proporcionar a sua *cognoscibilidade*, a estabilidade da ordem jurídica é assegurada pela *necessidade de respeito àquilo que foi decidido anteriormente*, o que gera a confiança na sua *manutenção* por um determinado período de tempo e na sua *aplicação* aos casos futuros idênticos e semelhantes. A regra do *stare decisis*, portanto, é a regra pela qual a segurança jurídica é promovida judicialmente em um sistema que respeita precedentes” (grifos do autor). Sobre as origens e a evolução do *stare decisis*, em especial nos modelos inglês e nort-americano, cf. RIBEIRO, 2014, p. 18-22.

⁴³⁸ TARUFFO, 2013, p. 125.

⁴³⁹ BARROSO, 2012, p. 135.

⁴⁴⁰ TARUFFO, 2013, p. 126-127.

⁴⁴¹ *Ibidem*, p. 127

sobre Direitos Civis e Políticos e sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, passando pelos tratados regionais, como a Convenção Europeia de Direitos Humanos, a Convenção Americana de Direitos Humanos e a Carta Africana de Direitos Humanos, até o nível nacional, com a inserção de numerosas normas nas constituições democráticas do segundo pós-guerra, esse fenômeno tem se difundido com muita proeminência, acarretando uma modificação substancial da função das cortes supremas.

Tal mudança qualitativa do papel das Cortes de Vértice, decorre, sobretudo, da valorização da jurisdição como garantia necessária para a atuação do direito em geral, especialmente, para a efetiva realização dos direitos fundamentais. Como devidamente colocado por Ferrajoli⁴⁴², qualquer enunciação não meramente retórica dos direitos fundamentais implica inevitável referência à jurisdição, sem o que a afirmação desses direitos reduzir-se-ia a um vazio demagógico⁴⁴³. É bem por isso que as constituições democráticas, que se ocupam, precipuamente, de enunciar um extenso catálogo de direitos fundamentais, ocupam-se, de igual maneira, de elencar os principais remédios jurisdicionais para a tutela efetiva de tais direitos⁴⁴⁴.

Nessa linha, a proteção dos direitos fundamentais compete à jurisdição em todos os seus órgãos, de todos os níveis. As Cortes Supremas, nesse caso, têm um papel de suma importância para a congregação dos valores fundamentais de um Estado, na medida em que operam tanto na função reativa, quanto proativa dos direitos e garantias fundamentais. No primeiro caso, quando a corte outorga algum remédio jurisdicional para violação de um direito fundamental já perpetrada em um caso específico, deixa com seu pronunciamento evidente que, embora a violação se refira a um caso em particular, a importância do direito é tamanha para o ordenamento jurídico, que é impossível à estabilidade deste ante a convivência e a tolerância com a sua violação. No caso da função proativa, embora a tutela possa se voltar para um caso concreto e individualizado, a atuação da Corte se converte, igualmente, em fator de evolução progressiva do direito, ao declarar e atuar os direitos fundamentais com vistas à prevenção contra contestações e violações

⁴⁴² FERRAJOLI, 2015, p. 236-244. Nesse sentido, também: MATOS, 2014, p. 40-42.

⁴⁴³ TARUFFO, 2013, p. 128.

⁴⁴⁴ Como vimos no capítulo anterior, é o caso da Constituição Federal brasileira de 1988, que se ocupa, de plano, com a primazia da dignidade da pessoa humana e do rol de garantias e direitos fundamentais inerentes a esse fundamento, prevendo, também, os remédios constitucionais de proteção jurisdicional de tais direitos, a exemplo do *habeas corpus*, do mandado de segurança, do *habeas data*, do mandado de injunção e da ação popular. São exemplos desse mesmo tipo de preocupação concomitante entre direitos fundamentais e jurisdição, a *acción de tutela* colombiana e o *recurso de amparo* na Espanha e na Argentina (TARUFFO, 2013, p. 128).

futuras desses mesmos direitos⁴⁴⁵. Vale dizer, a Corte pode partir de um caso concreto de violação ou de uma norma violadora em abstrato, mas o mais importante é que seu pronunciamento sobre a interpretação dos direitos fundamentais sirva de orientação para toda a comunidade jurídica e contribua para a evolução dos direitos fundamentais no sentido de salvaguardá-los de novas transgressões e de moldá-los para a maior amplitude e efetividade possível.

A ideia de legalidade ligada aos direitos fundamentais refere-se, portanto, à sua importância intrínseca e permite trazer à tradicional concepção de nomofilaquia (de aplicação pontual e uniforme, tipicamente formalista, do direito objetivo nacional) uma acepção de legalidade como proteção e promoção dos valores essenciais do sistema democrático, subjetivamente enraizados na cultura jurídica de um povo. Nesse sentido, a doutrina assinala que “[é] sobre esses valores, mais do que sobre a aplicação analítica e pontualmente uniforme da lei ordinária em todos os casos concretos, que ora se orienta a principal função das cortes supremas como órgãos de tutela e atuação dos princípios basilares do ordenamento”⁴⁴⁶. Não se despreza, sobretudo, a importância da nomofilaquia tradicional no sentido de assegurar a correta aplicação da lei ao caso concreto, apenas ressalva-se que essa função tende a caracterizar especificamente os órgãos de jurisdição ordinária, isto é, das cortes de segundo grau⁴⁴⁷. A função nomofilática das Cortes de Vértice só pode ser assim chamada, portanto, se carregada de seu significado moderno de nomofilaquia, que inclui a função interpretativa do direito, sob o seu aspecto proativo e evolutivo, com primazia da função de tutela dos valores fundamentais. É nos princípios fundamentais constitucionais, portanto, que as Cortes de Vértice e Constitucionais – no nosso caso, funções concentrada num mesmo tribunal, o STF – encontram sua importância nomofilática máxima, seja no desempenho de sua função reativa a violações das normas jurídicas fundamentais e no controle da atividade judicial de aplicação dessas normas, seja no desempenho de sua função proativa de interpretação dos direitos e garantias constitucionais que fundamentam o Estado constitucional, definindo o seu sentido inclusive para futuras aplicações, numa espiral evolutiva das bases do ordenamento jurídico interno.⁴⁴⁸

⁴⁴⁵ TARUFFO, 2013, p. 129.

⁴⁴⁶ TARUFFO, 2013, p. 129.

⁴⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁴⁸ TARUFFO, 2005, p. 170.

2.3.2. Cortes Superiores de Revisão e de Cassação

Na função nomofilática desempenhada pelas Cortes de Vértice, temos, dentro do modelo europeu-continental de *civil law*, duas formas de atuação: a revisão (*revision*) e a cassação (*cassation*).

O modelo revisional coloca a Corte de Vértice como competente para conhecer do caso e revê-lo em sua integralidade, se preenchidos diversos requisitos objetivos para a sua impugnação e ligados à violação da lei. Caso o Tribunal verifique a procedência das alegações do requerente, proferirá uma nova decisão de mérito em substituição à impugnada. Trata-se de modelo tradicionalmente associado aos ordenamentos de tipo germânico e que funcionam como uma “terceira instância” da organização judiciária, como ocorre na Alemanha, na Áustria e na Suíça.⁴⁴⁹

Já no modelo de cassação, o papel da corte é o de verificar se as violações à lei alegadas pelo recorrente efetivamente ocorreram e, em caso positivo, anular a decisão e reenviá-la ao órgão de origem para que profira uma nova decisão à luz do entendimento firmado pela Corte Superior⁴⁵⁰. Trata-se de forma de atuação, por exemplo, da *Corte Suprema di Cassazione* italiana, da *Cour de Cassation* francesa, do Tribunal Supremo espanhol⁴⁵¹, assim como da, Bélgica, Grécia e Luxemburgo.⁴⁵²

Substancialmente, não há grandes diferenças nessas duas formas de atuação⁴⁵³: o fato de num caso se proceder à substituição da decisão impugnada pela decisão da Corte Superior (revisão) e noutra se proceder à anulação da decisão recorrida e à determinação dirigida à corte inferior para que promova novo julgamento da causa (cassação), muda pouca coisa quanto ao procedimento e quanto resultado de cada modelo.⁴⁵⁴ Com efeito, convém assinalar os aspectos que as une numa mesma categoria, ligada essencialmente ao modelo lógico-dedutivo do direito⁴⁵⁵, e as separa da categoria das Cortes Supremas de interpretação e de formação de precedentes, ligada ao modelo teórico jurídico lógico-argumentativo⁴⁵⁶.

⁴⁴⁹ BRAVO-HURTADO, 2014, p. 321; TARUFFO, 2005, p. 11.

⁴⁵⁰ TARUFFO, 2005, p. 11.

⁴⁵¹ TARUFFO, 2013, p. 122-123.

⁴⁵² BRAVO-HURTADO, 2014, p. 321.

⁴⁵³ Algumas das diferenças existentes podem ser compreendidas conferindo-se TARUFFO, 2005, p. 43-69.

⁴⁵⁴ *Ibidem*.

⁴⁵⁵ Sobre os quais tecemos considerações no tópico 1.3.

⁴⁵⁶ Cf. tópico 1.4.

O modelo de Cortes Superiores identifica-se por pressupor, do ponto de vista da teoria do direito, a identificação entre texto e norma, a estatalidade e a completude do direito (preferencialmente codificado) e uma interpretação do tipo cognitivista⁴⁵⁷, conforme o método lógico-dedutivo, reservando à jurisdição o papel de descobrir o significado exato, unívoco e incorporado ao texto normativo e, por isso, pré-existente à interpretação judicial, além de, consequentemente, ver no juiz um simples aplicador mecânico da lei⁴⁵⁸.

A Corte Superior é o órgão essencialmente competente para controlar a legalidade de todas as decisões proferidas pelos juízes ordinários, em cada caso, caracterizando-se, por isso, por uma atuação voltada para o passado⁴⁵⁹. Sua função depende do recurso da parte interessada, sendo cabível em todos os casos em que se alegue a violação de norma material ou processual, sendo, por isso, entendido o direito de acesso à sua jurisdição como um direito subjetivo da parte, em franca aceção da tutela do *ius litigatoris* e em detrimento da tutela do direito objetivo ou *ius constitutionis*.⁴⁶⁰ A finalidade da Corte Superior é controlar a aplicação da legislação pelos juízes ordinários, de modo a impor, para todos os casos, o significado prévio, exato e objetivo da lei, formando-se, com reiteradas e numerosas decisões no mesmo sentido, uma jurisprudência homogênea⁴⁶¹; jurisprudência essa que serve de meio para a Corte controlar não apenas a aplicação da lei, mas a atuação individual dos juízes. Por fim, a eficácia de suas decisões é restrita às partes litigantes, não constituindo a jurisprudência fonte primária do direito, mas mero argumento persuasivo de repetição do mesmo entendimento em outros casos⁴⁶². Em razão de que as declarações judiciais nada mais fazem do que externar o sentido pré-existente da norma, não há, em sua uniforme aplicação para o passado, violação à segurança jurídica, mas, antes, simples decorrência lógica da ideia de igualdade de todos perante a lei.⁴⁶³

A Corte de Vértice, na concepção que a vê como Corte Superior, cumpre bem o seu papel de órgão de cúpula do Poder Judiciário se não afronta a tradicional separação dos poderes⁴⁶⁴. Nesse caso, cumprir bem o papel de órgão de justiça significa não se imiscuir, de nenhuma maneira,

⁴⁵⁷ TARUFFO, 2005, p. 97-98.

⁴⁵⁸ ZAGREBELSKY, 2008, p. 30.

⁴⁵⁹ TARUFFO, 2005, p. 13-14.

⁴⁶⁰ *Ibidem*, p. 23-24, 92-96, 155-156 e 223.

⁴⁶¹ *Ibidem*, p. 147-148.

⁴⁶² *Ibidem*, p. 145-146.

⁴⁶³ MITIDIERO, 2017, p. 33-52.

⁴⁶⁴ ZAGREBELSKY, 2008, p. 29.

nas funções próprias ao Poder Legislativo, entre elas a produção e a definição das normas jurídicas, para o que o legislador é o único soberanamente competente⁴⁶⁵. Ao Judiciário cabe apenas aplicar a “vontade da lei” ao caso concreto, limitando-se a sua interpretação aos métodos lógico-dedutivos da teoria cognitivista (gramatical, lógico, histórico e sistemático), que não fazem mais do que auxiliar o juiz a desvelar o significado prévio e intrínseco do texto legislativo⁴⁶⁶. A atividade da Corte Superior volta-se, portanto, para o estrito controle da legitimidade das decisões judiciais, aí entendida como a aplicação da exata interpretação da norma pré-existente e unívoca outorgada pelo legislador, no qual se exaure toda a função normativa estatal.⁴⁶⁷ No campo da teoria do direito, da norma e da interpretação jurídica, a doutrina que dá sustentação a esse modelo é muito clara a respeito do assunto: Adolf Wach afirma expressamente que “se a lei atribui a um tribunal supremo a faculdade de interpretar com força vinculante para os tribunais inferiores, essa está concedendo ao tribunal em realidade uma função legislativa”⁴⁶⁸. Do mesmo modo, Calamandrei salienta que toda vez que o juiz “usar seu poder de comando para emitir regras gerais para ser válido também para o futuro, além do caso concreto controverso”, “desnatura” a interpretação judicial justamente porque “transforma o juiz em legislador”, de modo a incorrer o mesmo em clara “usurpação do poder legislativo”.⁴⁶⁹ Partindo-se desses pressupostos teóricos, a atribuição de força normativa às decisões judiciais acarreta a transformação do juiz em legislador, causando um desequilíbrio entre os poderes. Este, portanto, o ponto nodal do modelo de Corte Superior de revisão ou de cassação: a atribuição de um papel meramente declarativo do sentido exato da norma, predeterminado e esgotado pelo legislador, acompanhada da negação de qualquer importância e, muito menos, força vinculante às razões judiciais de decidir⁴⁷⁰.

Segundo a doutrina, a manutenção dessa ideologia carece de um perfil específico de magistratura para formação da Corte Superior, de preferência integralmente (ou com maioria esmagadora) formada por juízes de carreira e, entre esses, os mais antigos, a fim de mantê-la o mais homogênea, compacta e profissionalizada possível, e, assim, garantir o servilismo judicial ao

⁴⁶⁵ MITIDIERO, 2017, p. 58-59.

⁴⁶⁶ TARUFFO, 2005, p. 63.

⁴⁶⁷ ZAGREBELSKY, 2008, p. 53; TARUFFO, 2005, p. 103.

⁴⁶⁸ WACH, Adolf. **Handbuch des deutschen Civilprozessrechts**. Leipzig: Duncker & Humblot, 1885, p. 255.

⁴⁶⁹ CALAMANDREI, Piero. **La casación civil: historia e legislaciones**. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1945, tomo I, vol. I.

⁴⁷⁰ MITIDIERO, 2017, p. 59-60

poder político⁴⁷¹. Uma organização judiciária de vértice homogênea, burocrática e centralizada, aparatada com os modelos teóricos necessários, tende a reproduzir fielmente as diretrizes dadas pelo poder político central, sem contestações e inovações na ordem jurídica. A vontade da lei outorgada pelo legislador é obedecida à risca e configura-se uma subversão do sistema tentar emprestar-lhe sentido ambíguo ou divergente daquele que é exato e pré-fixado.⁴⁷²

Convém dizer que a ideologia por trás do modelo de Corte Superior é a de que, atuando do modo por ela pregado, promove-se a tutela das liberdades e da igualdade, mediante uma uniformização da jurisprudência e da interpretação da lei que garantiria a unitariedade da aplicação desta a todos os cidadãos⁴⁷³. A experiência, contudo, mostra que a presença de uma Corte desse tipo no vértice do ordenamento não impediu a instauração e manutenção de regimes autoritários e antidemocráticos⁴⁷⁴. O modelo de Corte Superior não representa uma defesa eficaz da administração da justiça contra as interferências do poder político; ao contrário, a concentração em uma só Corte de controle de legalidade favorece ditas interferências, através de pressões políticas sobre os membros da Corte e converte-se em eficaz instrumento para subordinar a interpretação da lei à vontade do poder político⁴⁷⁵. A capacidade da jurisdição de ser um freio e contrapeso do poder e de ser contramajoritária na tutela das garantias fundamentais e das verdadeiras liberdade e igualdade resta, assim, severamente prejudicada⁴⁷⁶.

O modelo em questão também tem como característica a necessidade de uma clara divisão entre questão de fato e questão de direito, sendo competência da Corte Superior analisar tão somente as questões de direito, sendo-lhe vedada qualquer análise das questões de fato⁴⁷⁷. Essa pressuposição, como traz a doutrina, estava presente nas clássicas formulações da *Cour de Cassation* francesa e na *Corte di Cassazione* italiana, assim como no regramento alemão do final do século XIX. Em todos esses casos, a premissa era a de que, não só se poderia, como era desejável isolar-se fato e direito no processo de interpretação e aplicação do direito, ante a ausência de implicação recíproca entre um e outro.⁴⁷⁸ Essa interpretação da função da Corte Superior está diretamente ligada à ideologia de que as suas razões não acrescentam nada ao conteúdo da norma jurídica, que já é exato e unívoco antes e independentemente de qualquer interpretação

⁴⁷¹ TARUFFO, 2005, p. 65-66 e 75 MITIDIERO, 2017, p. 51.

⁴⁷² TARUFFO, 2005, p. 56; MITIDIERO, 2017, p. 55-57.

⁴⁷³ “A generalidade é a essência da lei no Estado de direito” (ZAGREBELSKY, 2008, p. 29, tradução livre).

⁴⁷⁴ Como bem apontam FERRAJOLI, 2015, p. 20; e TARUFFO, 2005, p. 50.

⁴⁷⁵ MITIDIERO, 2017, p. 49-50.

⁴⁷⁶ FERRAJOLI, 2015, p. 137.

⁴⁷⁷ TARUFFO, 2005, p. 64.

⁴⁷⁸ CALAMANDREI, 1945, p. 63-64; MITIDIERO, 2017, p. 51-52.

judicial. Se o significado da norma já é intrínseco à lei, as razões fáticas de decidir pouco importam, nessa concepção, posto que não há, essencialmente, nenhuma escolha do juiz a ser feita, limitando-se sua atuação ao raciocínio lógico-dedutivo de subsunção do fato à norma correspondente. Princípios, postulados normativos e ponderações de fato e de direito não importam para a decisão, motivo pelo qual a fundamentação fica sempre em segundo plano⁴⁷⁹. O que importa é o seu comando final – a parte dispositiva – que é o que vai definir o caso entre as partes e tão somente entre elas, sem nenhuma repercussão *extra causa, ultra partem* ou para o futuro.

Uma Corte Superior típica, portanto, tem como escopo o controle da aplicação da legislação pela decisão judicial, podendo, em caso de violação, promover à sua cassação, ou seja, a anulação da decisão recorrida e o seu reenvio ao órgão de origem para prolação de uma nova decisão purgada do vício anterior, ou a sua revisão, caso em que, feito o exame de legalidade/legitimidade da decisão e decidindo pela existência da ilegalidade, profere de imediato, ela mesma a Corte, outra decisão sobre o mérito da causa.

Nesse caso, percebe-se a pouca relevância da distinção entre Corte de Cassação ou Corte de Revisão para a definição das Cortes Superiores, sob a teoria cognitivista, porquanto o objetivo, em ambos os casos, é o controle de todas e cada uma das decisões dos órgãos judiciais de base submetidas ao seu crivo⁴⁸⁰, mediante o recurso da parte, que, por sua vez, tem reconhecido como um direito subjetivo o seu o acesso à Corte e o exame, por esta, da legalidade do ato decisório, entendida como sua conformidade com a interpretação exata e unívoca da lei⁴⁸¹. A consequência disso é o exame pela Corte de todos os recursos que simplesmente aleguem violação da decisão recorrida à lei material ou processual. É o “controle sobre o controle” (*controllo sul controllo*): o controle da “Corte Superior sobre o controle exercido pelo demais órgãos do Poder Judiciário a respeito da conduta das pessoas à luz da legalidade.⁴⁸² O parâmetro do controle é a lei e o seu objeto é a decisão judicial”, o que confere à Corte a competência para promover uma verdadeira caça ao erro (*caccia ao errore*) dos demais órgãos jurisdicionais.⁴⁸³

⁴⁷⁹ ZAGREBELSKY, 2008, p. 110-111.

⁴⁸⁰ BRAVO-HURTADO, 2014, p. 326.

⁴⁸¹ MITIDIERO, 2017, p. 53.

⁴⁸² *Ibidem*.

⁴⁸³ *Ibidem*.

Percebe-se daí uma espécie de “guerra” da Corte Superior, em defesa da legislação, contra a atuação do próprio Poder Judiciário. É por isso que a doutrina considera que, nessa perspectiva, a interpretação da lei não constitui propriamente a finalidade da Corte, mas um meio para a obtenção do fim que é o controle da legalidade e da legitimidade das decisões judiciais⁴⁸⁴; interessa primeiro a decisão recorrida e sua conformidade com o exato significado da lei, não a obtenção de uma interpretação uniforme do direito⁴⁸⁵.

A nomofilaquia do recurso dirigido à Corte Superior se resume à defesa da legislação diante das decisões judiciais e a jurisprudência uniforme àquela que examina pontualmente, cada decisão recorrida, de maneira a moldá-la, ao máximo, ao formato único da lei. Daí a necessidade, nesse modelo, de múltipla reiteração da jurisprudência⁴⁸⁶, pois o que importa é o máximo controle – que se ganha no volume, na quantidade de exames de legalidade, feitos de forma casuística – e não a máxima efetividade e tempestividade da tutela do direito das partes ou a qualidade das decisões da Corte, mediante maior aprofundamento da questão ou da seleção de casos emblemáticos e com controvérsia jurídica mais completa e amadurecida⁴⁸⁷.

Não há, igualmente por isso, vinculação das decisões da Corte para outros casos, nem mesmo para os seus próprios julgados, mas mero caráter persuasivo de sua jurisprudência, sendo necessária a uniformização exatamente porque “é própria ao modelo uma descontínua disformidade na atividade de interpretação judicial” e, por isso, aceita como normal a existência concomitante de várias interpretações diferentes da legislação por vários órgãos do Poder Judiciário.⁴⁸⁸ O dissenso jurisprudencial chega a ser entendido como algo positivo, uma vez que colabora no desenvolvimento do direito pela uniformização realizada no vértice da jurisdição, com a função precípua de controle⁴⁸⁹. Nesse sentido, a doutrina destaca que “[a] uniformização da jurisprudência não é o ponto de chegada da Corte Superior, mas é o seu ponto de partida, a partir do qual ela desempenha a sua efetiva função de tutela da legalidade contra as decisões judiciais”.⁴⁹⁰

⁴⁸⁴ Segundo Taruffo, a Corte começa a perder suas características originárias de “vértice da jurisdição e último garante da legalidade”, para tornar-se o “terceiro grau do sistema de impugnações”, quando passa a controlar a legitimidade das decisões judiciais sob o perfil de aplicação da lei substancial, como sob o da aplicação da lei processual e especialmente do controle sobre a legitimidade do procedimento que levou à decisão de mérito” a fim de “eliminar os erros *já cometidos* por juízes inferiores” (TARUFFO, 2005, p. 222-223, grifos do autor).

⁴⁸⁵ MITIDIERO, 2017, p. 53-54.

⁴⁸⁶ Ibidem, p. 54-55.

⁴⁸⁷ BRAVO-HURTADO, 2014, p. 327-329.

⁴⁸⁸ CHIARLONI, 2008, p. 848.

⁴⁸⁹ TARUFFO, 2005, p. 19-20 e 232.

⁴⁹⁰ MITIDIERO, 2017, p. 55.

Daí se concluir também pela incompatibilidade de um sistema amplo e irrestrito de controle das decisões judiciais – onde o recurso é o instrumento de viabilização desse controle e também um direito subjetivo da parte (*ius litigatoris*) – com um sistema de filtragem ou seleção de recursos, como o proposto pelo instituto da repercussão geral⁴⁹¹. Na visão ideológica que sustenta o modelo das Cortes Superiores, quanto mais recursos houver, maior será o controle das decisões judiciais e mais uniforme será a jurisdição, de modo que os filtros recursais e as técnicas de julgamento em bloco são, portanto, consideradas totalmente contraproducentes ao sistema⁴⁹². O controle tem de ser, neste modelo, o mais completo e abrangente possível, o que só pode ocorrer com as portas da Corte Superior abertas a todos os recursos em que se alegue a violação da lei, pois sem recurso não há objeto, instrumento ou matéria-prima para o controle das instâncias inferiores pela Corte de Vértice. Não obstante, como o recurso é visto como um direito subjetivo da parte, é ela quem circunscreve os limites do exame do direito objetivo pela Corte Superior, que não pode aproveitar o recurso para se pronunciar sobre alguma questão jurídica que não tenha servido à fundamentação recursal, ainda que de suma importância e com potencialidade para influir em outros casos semelhantes, atuais ou futuros. Do mesmo modo, a desistência do recurso pela parte, impede que a Corte se pronuncie sobre ele; em suma a Corte Superior não tem o controle de sua própria atuação⁴⁹³.

O caldo cultural por trás de toda a concepção das Cortes Superiores é o mesmo compartilhado pela visão lógico-dedutiva, formalista e cognitivista do direito e está na ênfase dada à univocidade do sentido da lei. É a lei e seu sentido exato e único que confere segurança jurídica e igualdade de todos, em cumprimento do Estado de Direito⁴⁹⁴. Se a norma é um elemento dado pelo legislador⁴⁹⁵, a sua interpretação não implica em reconstrução de seu sentido e em verdadeira decisão, entendida esta como uma escolha entre pelo menos duas alternativas possíveis, por parte do juiz. Antes, a decisão judicial é uma mera reprodução das decisões legisladas, que são as verdadeiras e únicas escolhas possíveis no Estado de Direito, de modo que as decisões judiciais nada trazem de novo ao ordenamento jurídico, não havendo, por isso, interesse nas razões de sua tomada, isto é, na sua fundamentação. Nesse cenário, como já dissemos, as razões

⁴⁹¹ TARUFFO, 2005, p. 25-26.

⁴⁹² BRAVO-HURTADO, 2014, p. 326; MITIDIERO, 2017, p. 57.

⁴⁹³ MITIDIERO, 2017, p. 58.

⁴⁹⁴ *Ibidem*, p. 61.

⁴⁹⁵ TARUFFO, 2005, p. 101-102.

da decisão judicial pouco ou nada importam, já que, esta não é considerada uma fonte primária do direito⁴⁹⁶. Uma vez que a lei, por essa linha ideológica, é suficientemente capaz de manter a igualdade e a segurança, no plano geral e abstrato, não há porque se preocupar com essas mesmas questões diante das decisões judiciais. Nesse sentido, “qualquer tentativa de outorgar eficácia vinculante às razões adotadas pela Corte Superior para decidir não tem nenhum sentido, sendo superabundante, tautológica e pleonástica”⁴⁹⁷.

Essa concepção, a propósito, é o que promove a máxima da limitação da cognição da Corte Superior às questões de direito e a circunscrição da verdadeira “parte decisória” da decisão judicial à sua parte dispositiva. Essa ideia, por sua vez, ocasiona, segundo a doutrina, “a neutralização da importância das questões de fato na composição do caso concreto e, portanto, da atividade forense”, além da “neutralização da importância da fundamentação das decisões judiciais como verdadeiro juízo sobre questões fático-jurídicas”. Ambas as neutralizações acabam por dar à jurisprudência apenas o significado de resultado da causa, bastando que as decisões judiciais possam enunciar, em seus dispositivos, “um comando concreto capaz de reger o caso particular das partes”⁴⁹⁸. Também resulta daí a “condensação em enunciados abstratos redigidos sem qualquer alusão ao contexto fático que deu lugar à solução da causa” do que são perfeitos exemplos “as máximas italianas, os assentos portugueses e as súmulas brasileiras”⁴⁹⁹. Como o que importa para a Corte Superior é o controle das decisões judiciais, de forma reativa e retrospectiva do caso decidido, sem nenhuma preocupação com os casos futuros⁵⁰⁰, de nada serve “a identificação das bases fáticas do julgamento a fim de que se possa decidir analogamente casos idênticos”. A reciprocidade entre fato e norma para constituir-se em precedente é totalmente rechaçada nessa concepção teórica do direito e da função das cortes: primeiro porque o entendimento é que a interpretação da lei diante do fato se resume a uma atividade de subsunção do

⁴⁹⁶ Nesse sentido: MOUSSALLEM, 2006, p. 147-150.

⁴⁹⁷ MITIDIÉRO, 2017, p. 62.

⁴⁹⁸ *Ibidem*, p. 59.

⁴⁹⁹ OTEIZA, Eduardo. A Função das Cortes Supremas na América Latina. História, Paradigmas, Modelos, Contradições e Perspectivas. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 202, n. 187. Curioso notar o quão contraditório é condenar a função de interpretação da lei e conseqüente reconstrução das normas jurídicas, pelo Poder Judiciário, sob o argumento de que assim estariam os juízes legislando, em clara violação à separação de poderes, e, de outro lado, admitir-se o pronunciamento, pelo mesmo Judiciário, de enunciados tão gerais e abstratos quanto as leis – consistentes nas súmulas. Pior ainda é admitir a aplicação desses mesmos enunciados jurisprudenciais gerais e abstratos, sem qualquer alusão, por mínima que seja, aos casos precedentes usados para a sua formação. Nesse sentido, a ácida crítica de Lenio Streck e Georges Abboud, cf.: STRECK; ABOUD, 2015, p. 53-67.

⁵⁰⁰ TARUFFO, 2005, p. 160: “a Cassação não formula suas próprias decisões em função do valor que estas podem ter para o futuro, mas, sim, em função da decisão sobre um suposto de fato (*fattispecie*) particular, como tal, já ‘ocorrido’, tendo como objetivo unicamente os problemas que este gerou, antes que a exigência de elaborar ‘princípios de direito’ dotados de validade mais ampla e de uma potencialidade aplicativa mais estendida”.

fato à norma, cujo significado é exato e unívoco, para sua aplicação em concreto, jamais em uma reconstrução do significado da norma à luz do fato em julgamento⁵⁰¹; segundo, porque limitada a atividade judicial à aplicação mecânica da lei ao caso concreto, pela parte dispositiva da decisão, veda-se, de plano, a possibilidade de extensão dos fundamentos de decidir para os casos futuros. Esses fatores demonstram, nesse modelo, o caráter particularista das decisões judiciais e como estas estão quase sempre voltadas para o passado, mantendo-se essa mesma lógica nas Cortes Superiores, que se pautam por uma atuação reativa, de simples controle e sem apreciação dos fatos da causa.

De se notar, por fim, que as Cortes Superiores também convivem com a possibilidade de alteração do seu próprio entendimento acerca da exata interpretação da lei, reconhecendo o equívoco da jurisprudência anterior, coexistindo (às vezes, em um espaço temporal curto) decisões francamente antagônicas, o que, longe de constituir um paradoxo do sistema, apenas serve para confirmar a sua premissa: que a norma legal é sempre anterior à sua interpretação⁵⁰². A justificativa para a mudança é, primeiramente, que o sentido da norma já estava dado pelo legislador, sendo agora, na nova interpretação, tão somente revelado em sua verdadeira inteireza, completude e exatidão, fato que, por qualquer motivo, não ocorrera na interpretação anterior⁵⁰³. O resultado disso é a imediata aplicação do novo precedente a todos os casos levados a julgamento perante a Corte Superior, com eficácia *ex tunc*, cuja justificativa, para além do significado unívoco e pré-existente à interpretação da lei, reside na necessidade de igualdade de tratamento e de segurança jurídica. Sequer os casos cobertos pela coisa julgada escapam a essa interpretação da Corte, podendo ser rescindidos, com fundamento na violação à lei, que admite, como sabido, nesse modelo, uma única interpretação correta e unívoca⁵⁰⁴, sendo a convivência de decisões antagonicamente interpretativas ou aplicativas da lei, dentro do sistema, um fato inaceitável diante dos escopos de igualdade e segurança.⁵⁰⁵

⁵⁰¹ ZAGREBELSKY, 2008, p. 131.

⁵⁰² TARUFFO, 2005, p. 120.

⁵⁰³ *Ibidem*, p. 121.

⁵⁰⁴ *Ibidem*, p. 98-99.

⁵⁰⁵ MITIDIERO, 2017, p. 62.

2.3.3. Cortes Supremas de Interpretação e de Precedentes.

A Corte Suprema, como Corte de Vértice da organização judiciária ou mesmo como uma Corte Constitucional situada fora da estrutura do Poder Judiciário, é uma ideia de corte construída sobre a cultura jurídica do século XX e, por isso, caracteriza-se, antes de mais nada, pela aproximação com a teoria lógico-argumentativa, pela consequente dissociação entre texto de lei e norma jurídica e pelo reconhecimento da normatividade das regras, princípios e postulados normativos, conferindo à jurisdição o papel de reconstrução da ordem jurídica, através da outorga de sentidos atribuídos a textos e a elementos não textuais do sistema jurídico.⁵⁰⁶

Como consequência da adoção da teoria lógico-argumentativa e não cognitivista do direito, supera-se, também, a ideia de que a única fonte do direito é o Poder Legislativo do Estado (estatalidade do direito)⁵⁰⁷, rompendo-se com o paradigma do absoluto isolamento entre as atividades legislativa e jurisdicional, conferindo a ambas uma relação de colaboração das funções estatais, para a garantia da entrega efetiva, adequada e tempestiva do bem jurídico ao destinatário da norma⁵⁰⁸. A jurisdição, nesse caso, passa a ter caráter de escolha dos significados que devem ser atribuídos aos enunciados linguísticos e às proposições de fatos que os compõem, para a reconstrução da norma jurídica, e não de descoberta do sentido exato da norma, já pré-definida.⁵⁰⁹ Nesses casos, o que é mais importante é a justificação formulada pelo intérprete para embasar suas escolhas, valorações e individualizações interpretativas, constituindo-se tal argumentação jurídica no objeto de controle da atividade judicial pelos demais órgãos de poder e também pela própria sociedade⁵¹⁰.

⁵⁰⁶ Para maiores detalhes sobre as bases teóricas lógico-argumentativas, remetemos o leitor ao capítulo anterior, tópico “O modelo lógico-argumentativo e a atividade interpretativa da linguagem escrita no direito”.

⁵⁰⁷ ZAGREBELSKY, 2008, p. 38-39; FERRAJOLI, 2015, p. 19.b

⁵⁰⁸ MITIDIERO, 2017, p. 75. “Nessa perspectiva, a Corte Suprema dá lugar a uma particular conformação da relação entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo e da relação entre os próprios membros do Poder Judiciário. [...] dando azo a uma relação de *forte confiança* entre a magistratura ordinária e a magistratura suprema, na medida em que a Corte Suprema é vista como uma corte que outorga o adequado sentido ao texto e aos elementos não textuais da ordem jurídica para promoção da unidade do Direito” (grifos do autor).

⁵⁰⁹ “[...] frente ao enunciado normativo, a Corte não se coloca na situação meramente cognoscitiva de identificar os significados possíveis, senão na situação operativa de quem, examinados os significados possíveis, *decide* escolher um para adotá-lo como válido. Ao nível da eleição entre os significados de uma norma se coloca também a eventual ulterior seleção entre várias normas potencialmente cabíveis ao pressuposto de fato. Sem embargos, interpretar não significa ‘descobrir’ um significado ‘exato’ objetivamente preexistente à atividade interpretativa, senão atribuir um significado ao enunciado normativo. Em linha de princípio esta atribuição de significado’ implica uma seleção por parte do intérprete: entre vários significados possíveis se trata de estabelecer qual é o significado ‘próprio’, é dizer, ‘o mais correto’ ou ‘o mais adequado’” (TARUFFO, 2005, p. 125-126, grifos do autor).

⁵¹⁰ MITIDIERO, 2017, p. 84.

Aponta-se que a compreensão da interpretação judicial como algo dotado de importância autônoma tem um aspecto essencial para o desenvolvimento das Cortes de Vértice com perfil de Cortes Supremas de interpretação e de precedentes: “a atenção dada às razões constantes de suas decisões” tornou-as “elementos integrantes e determinantes no processo de afirmação e desenvolvimento do Direito”⁵¹¹. Muitas dessas cortes, das quais a doutrina cita como exemplos a antiga *House of Lords* inglesa e a atual Suprema Corte de Justiça do Reino Unido e a Suprema Corte dos Estados Unidos da América – em clara identificação com o modelo jurídico da *common law*⁵¹² – “sempre tiveram à sua base uma orientação a respeito da interpretação jurídica que privilegia o momento de aplicação judicial do Direito como um momento central da experiência jurídica e como parte do direito vigente”⁵¹³.

É a justificação judicial o meio que torna possível aferir a racionalidade da atividade interpretativa e também do seu resultado⁵¹⁴. Considera-se racional a atividade interpretativa que apresenta justificação interna e justificação externa; é racional o resultado da interpretação que, por ser coerente, pode ser universalizável.⁵¹⁵ Daí se concluir que “[o] discurso justificativo torna-se o verdadeiro elemento de diferenciação e legitimação das decisões judiciais e, no fundo, da própria jurisdição diante da legislação”⁵¹⁶, pois “o legislador propõe enunciados linguísticos sem qualquer necessidade de justificação, ao passo que o juiz só pode decidir reconstruindo sentidos normativos mediante justificação”.⁵¹⁷ De qualquer forma, é a necessidade de justificação para tomada de decisões, portanto, que diferencia a atividade legislativa da atividade jurisdicional no Estado constitucional; e, mesmo assim, não qualquer justificação, mas aquela que seja motivada nas leis, na Constituição e nos fatos do caso concreto.⁵¹⁸

A justificativa lógica ou interna diz respeito à correlação entre a decisões e suas premissas, à ausência de contradição e à completude da justificação, e é um raciocínio dedutivo, mediante o

⁵¹¹ MITIDIERO, 2017, p. 73 (grifos do autor). Nesse sentido, também: GOLDSTEIN, Stephen. Common Law Countries. In: YESSIOU-FALTSI, Pelaya (ed.). **The role of the Supreme Courts at the national and international level: reports for the Thessaloniki International Colloquium**, 21-25 May. Thessaloniki: Sakkoulas, 1997.

⁵¹² Não obstante, a doutrina inclui também nessa categoria, atualmente, o Tribunal Constitucional Federal alemão (*Bundesverfassungsgericht*) e o Corte Federal de Justiça alemã (*Bundesgerichtshof*), cf. MITIDIERO, 2017, p. 73.

⁵¹³ MITIDIERO, 2017, p. 74.

⁵¹⁴ TARUFFO, 2005, p. 171.

⁵¹⁵ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 118-119.

⁵¹⁶ Cf.: MITIDIERO, 2017, p. 72. GUASTINI, 2014, p. 51; TARELLO, 2013, p. 99-109; MATOS, 2014, p. 37.

⁵¹⁷ MITIDIERO, 2017, p. 103.

⁵¹⁸ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 117.

qual o juiz analisa premissas fáticas e jurídicas e ao final colige um resultado lógico-jurídico; vale dizer, uma decisão está justificada internamente quando de suas premissas decorre logicamente a sua conclusão, quando não há contradições no discurso jurídico e quando se contempla todos os fundamentos arguidos pelas partes, sendo, por isso, considerada uma justificação formal⁵¹⁹. A justificativa argumentativa ou externa (também chamada de interpretação *in concreto*) é o conjunto de raciocínios, mais ou menos convincentes, mas não puramente dedutivos, mediante os quais o juiz justifica as premissas da justificação interna; nela, o juiz apresenta as razões que sustentam o conteúdo e a validade de suas premissas, isto é, a escolha de significados dos textos normativos (e até de elementos não textuais) aplicáveis ao caso e os pressupostos fáticos de sua incidência⁵²⁰, os quais integram o silogismo judicial⁵²¹. Essa dupla operação de justificação é o que torna possível a aferição da legitimidade e da justiça⁵²² da decisão no caso concreto, para muito além do controle de legalidade/legitimidade do modelo anterior, baseado na exatidão da norma e na uniformidade da jurisprudência, para exercer-se um controle social amplo, baseado na interpretação construtiva da norma e na unidade do direito⁵²³.

⁵¹⁹ GUASTINI, 2014, p. 253; VECCHI, Diego Dei. Notas introductorias a la interpretación de la ley. In: TARELLO, 2013, p. 25; MARINONI, ARENHARDT; MITIDIERO, 2017, p. 117.

⁵²⁰ Tarello aduz que: “Neste sentido, justificar externamente uma decisão judicial implica em dar resposta às chamadas *quaestio iuris* e *quaestio facti*, ou seja, respectivamente, determinar qual é a norma aplicável e determinar se um caso nele subsumível realmente ocorreu. A rigor, dar resposta à *quaestio facti* requer justificar duas questões relativamente independentes. Por um lado, a de ter provado um enunciado acerca de um fato e, por outro lado, a de subsumir esse enunciado fático no pressuposto de fato genérico da norma pertinente”. Mas não é só, o autor também inclui na justificação da decisão a necessidade de escolhas quanto ao conteúdo das normas, isto é, a atribuição do seu significado: “Em qualquer caso, tanto a justificação interna (i.e., a inferência por *modus ponens*) quanto a interpretação *in concreto* pressupõem uma aparentemente mais significativa operação: a atribuição de significado às disposições normativas, i.e., aos textos legais” (TARELLO, 2013, p. 25, tradução livre). Cf. também: MARINONI, ARENHARDT; MITIDIERO, 2017, p. 117-118.

⁵²¹ Ferrajoli, ao criticar duramente a ponderação de normas e princípios constitucionais, assinala que “Quanto aos conflitos, aos dilemas e às incertezas que ocorrem na presença do concurso de normas, estes se resolvem normalmente de maneira geral e abstrata com argumentações, ainda que discutíveis e controversas, que sustentem a qualificação jurídica proposta como a mais correta com base nas normas existentes; ou mesmo, quando os concursos e os dilemas ocorrem com referência aos casos concretos, por intermédio da compreensão e da valoração equitativa das circunstâncias, singulares e irrepetíveis, que fazem de cada fato um caso irredutivelmente diferente de todos os outros” (FERRAJOLI, 2015, p. 135).

⁵²² Como aponta Taruffo, “Em realidade, o que a interpretação pode determinar é o significado ‘justo’, é dizer, aquele fundado no emprego correto de critérios de eleição não vinculantes, mas aceitáveis. por outro lado, não existe um significado absoluto de ‘justo’, pois não existem critérios absolutos para a determinação dos significados; se pode falar melhor de um significado relativamente ‘mais justo’ para nos referirmos ao que, entre os significados possíveis, mostra-se fundado com base nas ‘melhores’ razões. Se pode considerar ‘possível’ todo significado justificável sobre a base de critério de interpretação aceitos; por outro lado, será ‘justo’ o que se aprecie sustentado por uma justificação mais forte” (TARUFFO, 2005, p. 128, tradução livre).

⁵²³ Como aponta Tarello, as normas não são nem mais nem menos que o significado atribuído a uma ou várias disposições normativas e, dado que a justificativa interna e a interpretação *in concreto* operam com normas, ambas pressupõem que certas normas foram atribuídas como seus próprios significados a certas disposições. Isto é o que Guastini chama interpretação *in abstracto* (GUASTINI, 2014, p. 33) e o que Tarello chama, precisamente, “interpretação da lei” (TARELLO, 2013, p. 34-49). Nesta orientação, a justificativa externa da decisão judicial é a justificação das premissas principais das decisões judiciais: um estudo das “regras do raciocínio jurídico” de

O caráter dedutivo da justificação interna garante a validade lógica da conclusão da decisão, mas não a sua fundamentação jurídica⁵²⁴; esta é garantida pelo valor da argumentação jurídica (justificação externa), isto é, da sustentabilidade das razões apresentadas pelo intérprete para justificar suas individualizações, valorações e escolhas para composição do significado dos enunciados jurídicos e dos pressupostos fáticos que dão fundamentação à decisão judicial⁵²⁵; a justificação externa é, por isso, chamada de justificação material⁵²⁶. Por isso a doutrina assevera que, no modelo de Corte Suprema, “a justificação é o verdadeiro centro do processo interpretativo que serve para a aplicação do Direito”⁵²⁷ e “o Direito é considerado como uma atividade dependente do processo de interpretação e aplicação”.⁵²⁸ Também por isso se afirma que, no método argumentativo, a nomofilaquia deixa de estar atrelada à manutenção do sentido exato e unívoco da lei, para se ligar à “exatidão do método” de interpretação da lei, isto é, à correção do procedimento de “eleição da interpretação fundada nas melhores razões, sejam lógicas, sistemáticas ou valorativas” e na aceitabilidade dos critérios sobre os quais se fundam as escolhas dos sentidos normativos pelo juiz. Em outros termos, “[s]e tem ‘método justo’ e, portanto, ‘exatidão metódica’ da decisão quando esta se encontra racionalmente justificada tanto sob o perfil interno (da coerência entre premissas e conclusões), como sob o perfil externo (da fundabilidade e aceitabilidade das premissas).⁵²⁹

A importância da racionalização do resultado da interpretação, reside na capacidade que justificação da decisão possui para a universalização, isto é, para ser replicável para outros casos futuros semelhantes, como um verdadeiro precedente. Nesse ponto, é importante fixar a diferença entre a jurisprudência e os precedentes.

escolha (de valor, de conteúdo e de evocação) da premissa, ou seja, regras contingentemente em vigor na cultura jurídica em questão. Na visão de Tarello, essas regras “funcionam como instrumentos de controle social na medida em que em que estão incluídos na lista de regras agora aceita e por causa de suas aceitação” pela comunidade jurídica e pela sociedade em geral (TARELLO. 2013, p.84-90).

⁵²⁴ GUASTINI, 2014, p. 254.

⁵²⁵ TARUFFO, 2005, p. 15; MITIDIÉRO, 2017, p. 72.

⁵²⁶ *Ibidem*, p. 97-98, com destaque para: “Como campo próprio da argumentação jurídica, entram em consideração na justificação externa, por exemplo, as normas jurídicas, as normas sobre interpretação, as normas preferenciais argumentativas e as construções doutrinárias empregadas na decisão. Em outras palavras, encontra-se no âmbito da justificação externa o *material* que se encontra à disposição do intérprete para consecução do processo interpretativo” (grifo do autor).

⁵²⁷ MITIDIÉRO, 2017, p. 73 (grifos do autor).

⁵²⁸ TARUFFO, 2005, p. 88.

⁵²⁹ *Ibidem*, 129-130.

Segundo a doutrina, “a jurisprudência é produto do trabalho das Cortes de Justiça - isto é, dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais” e “a função dessas Cortes não é formar precedentes – é prolatar decisões justas”, de maneira a entregar a tutela jurisdicional do direito das partes de maneira, adequada, efetiva e tempestiva⁵³⁰. Tradicionalmente, o termo jurisprudência é utilizado para designar um conjunto de decisões uniformes ou reiteradas no mesmo sentido⁵³¹, significado esse “forjado a partir de uma compreensão cognitivista do ato interpretativo, que pressupunha que a atividade interpretativa era meramente declaratória e descritiva e que o seu resultado era sempre unívoco”. A jurisprudência tinha, nessa concepção, por pressuposto a “univocidade interpretativa”, o qual “obviamente cedeu quando se percebeu que a interpretação não era um ato meramente cognitivista e que o seu resultado admitia mais de uma resposta possível”.⁵³² De outro lado, “[o]s precedentes constituem razões generalizáveis que podem ser extraídas dos julgamentos dos casos pelas Cortes Supremas – razões necessárias e suficientes para a solução de determinados problemas interpretativos”.⁵³³ Constituem-se, portanto, no produto da interpretação e, conseqüentemente, da reconstrução das normas jurídicas, e, como tais, possuem forma normativamente vinculante e, por isso, embora solucionem casos concretos e ocorridos no passado, voltam-se, também, para a regulação de casos futuros que consigo guardem suficiente semelhança na relação fático-jurídica⁵³⁴.

Nesse contexto de que pouco pode a legislação sem a colaboração da jurisdição, destaca-se que o maior espaço logrado pela jurisdição e pela Corte Suprema se deve também a uma conformação política vinculada à teoria da separação dos poderes e à doutrina dos *checks and balances* e da *judicial review* do ciclo constitucional estadunidense⁵³⁵, bem como por influência da alocação suprapoderes das Cortes Constitucionais continentais,⁵³⁶ de modo que “a cultura jurídica atrelada a esse modelo encara com naturalidade o fato de a última palavra a respeito do significado do Direito ser confiada à Corte Suprema”.⁵³⁷ Como o direito, em uma perspectiva lógico-argumentativa, é uma prática que naturalmente envolve argumentação, admitem-se inúmeras possibilidades de atribuição de significado às normas decorrente de sua interpretação, o que

⁵³⁰ MARINONI; ARENHARDT; MITIDIERO, 2016, p. 146.

⁵³¹ MOUSSALLEM, 2006, p. 148; STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no Direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 83.

⁵³² MARINONI; ARENHARDT; MITIDIERO, 2016, p. 146.

⁵³³ *Ibidem*, p. 147.

⁵³⁴ TARUFFO, 2005, p. 13 e 103.

⁵³⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 92-97

⁵³⁶ FAVOREU, 2011, p. 23.

⁵³⁷ MITIDIERO, 2017, p. 74.

torna necessário um meio institucional especialmente incumbido de “concentrar o significado final” em que o sentido da norma deve ser tomado em um certo contexto⁵³⁸ e de “velar pela sua unidade”⁵³⁹. Daí afirmar a doutrina que “[o]s órgãos jurisdicionais de mérito são muitos. A corte de cassação é uma. Os juízes de mérito dizem muitas palavras. A corte de cassação deveria dizer uma só palavra. A última”.⁵⁴⁰

É precisamente esta a função da Corte Suprema nesse modelo: “dar unidade ao Direito mediante a sua adequada interpretação a partir do julgamento de casos a elas apresentados”.⁵⁴¹ Sua atuação destina-se, assim, a “orientar a adequada interpretação e aplicação do Direito por parte de toda a sociedade civil e de todos os membros do Poder Judiciário”⁵⁴². Trata-se de uma função proativa, visando, para além do caso concreto, as futuras aplicações da norma, fazendo de seus julgamentos guias de interpretação do direito, “não só pela definição do significado mais adequado que a ele deve ser dado mediante a interpretação”, mas também pela própria “adequação do método empregado para interpretação”⁵⁴³, dando ao direito, sobretudo, unidade.

A promoção da unidade do direito, segundo a doutrina, se dá em duas direções distintas: uma retrospectiva, quando a Corte Suprema resolve uma questão jurídica de interpretação controvertida nos tribunais; outra prospectiva, quando confere solução jurídica para questões jurídicas novas, desenvolvendo o direito diante das (ou para as) novas necessidades sociais⁵⁴⁴. Adequada interpretação e unidade do direito estão, portanto, interligadas como finalidades que orientam o trabalho da Corte Suprema, enquanto uma corte de orientação e unificação da interpretação do sentido atribuído às normas jurídicas.

“A nomofilaquia do recurso dirigido à Corte Suprema consubstancia-se, assim, na consecução da unidade do Direito mediante sua adequada interpretação”.⁵⁴⁵ Em sua moderna concepção, o

⁵³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes**. 2. ed. São Paulo: RT, 2014, p. 113-118.

⁵³⁹ MITIDIERO, 2017, p. 79.

⁵⁴⁰ CHIARLONI, 2008, p. 851. Tradução livre. Não obstante a noção de que as Corte Suprema têm a prerrogativa de dar a “última palavra” sobre a interpretação dos textos legais, há críticas a esse pensamento que, a despeito de se apresentar como defesa da legalidade e da uniformidade na interpretação da lei, se mal aplicado, pode conduzir ao seu “equivalente negativo, é dizer, na sacralização do formalismo e na homogeneização autoritária da jurisprudência” (TARUFFO, 2005, p. 123-124).

⁵⁴¹ MITIDIERO, 2017, p. 79.

⁵⁴² *Ibidem*.

⁵⁴³ MITIDIERO, 2017, p. 74.

⁵⁴⁴ TARUFFO, 2005, p. 229.

⁵⁴⁵ MITIDIERO, 2017, p. 80.

termo continua sendo empregado para definir a função e a atuação das Cortes de Vértice, necessitando apenas de sua atualização para entender-se a moderna função nomofilática das cortes de interpretar e reconstruir as normas jurídicas, não apenas para sanar as interpretações errôneas, mas, sobretudo, para firmar precedentes e, assim, orientar a aplicação do direito para o futuro.⁵⁴⁶ Daí tratar a doutrina, do tema, com o termo “nomofilaquia-interpretativa”.⁵⁴⁷ A Corte promove a unidade do Direito, de um lado, “com a orientação da sociedade civil a respeito do significado do Direito em determinado caso” e com a “efetiva vinculação de todo o Poder Judiciário ao sentido outorgado ao Direito pela Corte Suprema a partir de determinada causa”, e, de outro, através do “adequado desenvolvimento do Direito diante das novas necessidades sociais”. Em todo caso, a finalidade é alcançar a unidade do direito, objetivo que “depende da atividade interpretativa realizada pela Corte Suprema: seja ao definir, observar e fazer observar a ‘*interpretazione-prodotto*’, seja ao empreender, observar e fazer observar as normas que regem a ‘*interpretazione-attività*’”. A Corte Suprema vela pela unidade do direito, na exata medida em que dá a última palavra a respeito do significado das normas jurídicas, com o que cumpre a função destas de orientar e vincular condutas. Igualmente, a partir dos casos que julga, demonstra a adequada atividade para a obtenção de “uma justa interpretação seja para definir o seu significado, seja para desenvolvê-lo apropriadamente”⁵⁴⁸. Daí que se conclui que “interpretar adequadamente o Direito é a razão pela qual a corte existe, na medida em que sem a sua interpretação não há como viabilizar-se a unidade do Direito”. É nesse sentido que a Corte Suprema se define como uma Corte de Interpretação.⁵⁴⁹

Nesse modelo, a decisão recorrida constitui-se apenas em um meio que viabiliza o alcance da finalidade precípua da Corte Suprema: “outorgar adequada interpretação ao Direito a fim de

⁵⁴⁶ Nesse sentido: TARUFFO, 2005, 124-130; com destaque para p. 128: “Em realidade, o que a interpretação pode determinar é o significado ‘justo’, é dizer, aquele fundado no emprego correto de critérios de eleição não vinculantes, mas aceitáveis. Por outro lado, não existe um significado absoluto do ‘justo’, pois não existem critérios absolutos para a determinação dos significados; se pode falar melhor de um significado relativamente ‘mais justo’ para nos referimos ao que, entre os significados possíveis, mostra-se fundado em base das ‘melhores’ razões”.

⁵⁴⁷ Cf.: MITIDIERO, 2017, p. 80-84.

⁵⁴⁸ Michele Taruffo assinala que “abandonando as posições do positivismo formalista, se pode considerar que a legalidade corresponde à justiça da interpretação das normas, é dizer, à eleição da interpretação que melhor corresponda a critérios ‘de valor’ derivados de qualquer sistema que contemple qualificações não formais de justo/injusto. [...] não há nada de estranho, ao menos em linha de princípio, em conceber à Cassação como órgão supremo de garantia da justiça na interpretação da lei, ademais de (ou em vez de) tutela da legalidade meramente formal” (2005, p. 17).

⁵⁴⁹ Como ensina a doutrina, a função da Corte “é de intérprete da lei, mais que de controlador de outras interpretações/aplicações”, sendo que essa “tem o interesse de examinar decisões de casos concretos, mas tem a intenção de definir o ‘significado apropriado’ da norma em lugar de determinar se se há aplicado corretamente no caso individual”, visando, principalmente, “aos usos futuros da norma” (TARUFFO, 2005, p. 110).

guiar a sua efetiva realização”⁵⁵⁰. A adequada interpretação converte-se, portanto, em ponto de chegada, e a decisão recorrida sobre o caso concreto apenas seu ponto de partida. Disso decorre que a interpretação judicial da Corte não é subserviente ao controle da legalidade/legitimidade da decisão recorrida e, conseqüentemente, que a Corte Suprema é uma Corte de Interpretação e não uma corte de controle de decisões judiciais. A tutela da legalidade como função reativa a uma violação do direito já verificada, dá lugar à promoção da legalidade, que, por sua vez, refere-se à função proativa das Cortes, cujas decisões, nesse caso, têm por fim a obtenção de efeitos futuros, seja no sentido de prevenir violações de legalidade, seja no sentido de favorecer a evolução e a transformação do direito.⁵⁵¹

Também decorre daí que a nomofilaquia do recurso interposto perante a Corte Suprema não está no controle casuístico das decisões recorridas e, por isso, também a noção individual e privatista da tutela da legalidade, aos poucos vem perdendo importância, mesmo nos países de *civil law*, até se tornar um aspecto secundário do papel das Cortes de Vértice, a partir do momento “em que o recurso a essa não é mais generalizado e deixar de ser considerado um direito subjetivo individual pertencente a qualquer parte interessada em qualquer processo”⁵⁵². Trata-se de um tipo de individualização do conceito de legalidade, que a conecta com a evolução do direito.

Versa, portanto, a nomofilaquia exercida pela Corte Suprema sobre uma nomofilaquia interpretativa, com o recurso sendo viabilizado no interesse do *ius constitutionis* (isto é, no interesse da unidade do direito, e não para tutela do *ius litigatoris*, no interesse das partes)⁵⁵³, servindo apenas de meio para que a corte desempenhe sua atividade interpretativa, não estando a ele teleologicamente condicionada, podendo aproveitar o caso concreto para, a partir dele, promover

⁵⁵⁰ “As Cortes Supremas existem não para efetuar controle de cada decisão prolatada pelas Cortes de Justiça - existem, pelo contrário, para interpretar o direito constitucional (STF) e o direito federal (STJ), outorgando adequado sentido aos textos, e para orientar a interpretação dos demais órgãos do Poder Judiciário e da sociedade civil. São Cortes de interpretação e de precedentes” (MARINONI; ARENHARDT; MITIDIERO, 2016, p. 147).

⁵⁵¹ É possível que as cortes desenvolvam ambos os aspectos de sua função nomofilática, ao mesmo tempo tutelando o direito reativamente às decisões violadoras do ordenamento jurídico e promovendo o desenvolvimento proativa da legalidade. Como aponta Taruffo (2013, p. 120)), podem “ocorrer que sejam reprimidas violações ao direito, sem se pensar no futuro ou que se possa configurar uma função pró-ativa cujo exercício não dependa de violações específicas à legalidade já verificadas”. A distinção, contudo, ainda é importante, conforme aponta a doutrina, para colocar em evidência os dois aspectos diferentes do fenômeno estudado, seja porque nem sempre as duas funções são desenvolvidas em conjunto, seja porque podem ser desenvolvidas com diferentes intensidades.

⁵⁵² TARUFFO, 2013, p. 124.

⁵⁵³ TARUFFO, 2005, p. 92-96.

sua atuação orientadora e unificadora da ordem jurídica⁵⁵⁴, “ainda que para tanto tenha de se pronunciar sobre questões que pertencem à matéria que envolve o caso, mas que não foram efetivamente impugnadas pela parte”⁵⁵⁵. A Corte, portanto, se vale do caso concreto para pronunciar sua interpretação do direito, sem estar rigidamente condicionada por ele⁵⁵⁶. Do mesmo modo a desistência do recurso, pela parte, pode retirá-la do alcance da eficácia subjetiva da decisão, mas não condiciona necessariamente a atuação da Corte, que pode muito bem manter o julgamento, para resolução da controvérsia objetiva de direito.⁵⁵⁷

Outro ponto de diferença entre o papel e a atuação da Corte Suprema em face do modelo oitocentista da Corte Superior, mas ainda na esfera de suas funções nomofiláticas, diz respeito à possibilidade de sujeitar o exame dos recursos a filtros recursais e a condições especiais de admissibilidade, bem como de permitir a “concentração de julgamentos de casos que versem idêntica controvérsia” ou os julgamentos “em bloco”, para, nesse caso, obter-se um “quadro mais amplo de razões recursais” que auxilie a se compreender o caso com o máximo de perspectivas plurais possíveis⁵⁵⁸, do que se pode também registrar a possibilidade de intervenção de

⁵⁵⁴ TARUFFO, 2005, p. 229.

⁵⁵⁵ MITIDIERO, 2017, p. 82-83. Sobre a ampla disponibilidade do caso concreto à Corte Suprema, para dele promover a adequada interpretação do direito e a sua unidade, Mitidiero traz exemplos do direito comparado como: “[...] podem fazer o *Bundesgerichtshof* alemão e a *Cour de Cassation* francesa. O § 557, 3, *Zivilprozessordnung* refere que essa corte está autorizada a fazer valer motivos de revisão não arguidos pelas partes no recurso (*‘das Revisionsgericht ist an die geltend gemachten Revisionsgründe nicht gebunden’*). O art. 620, n. 2, *Nouveau Code de Procédure Civile*, não por acaso introduzido a partir do reconhecimento da função *‘jurisdictionnelle et normative’*⁶⁵ da *Cour de Cassation*, igualmente autoriza esse tribunal a cassar a decisão atacada levando em consideração de ofício um motivo de puro direito (*‘peut, sauf disposition contraire, casser la décision attaquée en relevant d’office un moyen de pur droit’*), com o que pode dispor *‘sur fond des affaires’* mediante uma *‘substitution des motifs’*”. No CPC brasileiro, podemos notar a adoção dessa premissa no art. 998, parágrafo único: “A desistência do recurso não impede a análise de questão cuja repercussão geral já tenha sido reconhecida e daquela objeto de julgamento de recursos extraordinários ou especiais repetitivos”.

⁵⁵⁶ TARUFFO, 2005, p. 229.

⁵⁵⁷ MITIDIERO, 2017, p. 82-83. Sobre a ampla disponibilidade do caso concreto à Corte Suprema, para dele promover a adequada interpretação do direito e a sua unidade, Mitidiero traz exemplos do direito comparado como: “[...] podem fazer o *Bundesgerichtshof* alemão e a *Cour de Cassation* francesa. O § 557, 3, *Zivilprozessordnung* refere que essa corte está autorizada a fazer valer motivos de revisão não arguidos pelas partes no recurso (*‘das Revisionsgericht ist an die geltend gemachten Revisionsgründe nicht gebunden’*). O art. 620, n. 2, *Nouveau Code de Procédure Civile*, não por acaso introduzido a partir do reconhecimento da função *‘jurisdictionnelle et normative’*⁶⁵ da *Cour de Cassation*, igualmente autoriza esse tribunal a cassar a decisão atacada levando em consideração de ofício um motivo de puro direito (*‘peut, sauf disposition contraire, casser la décision attaquée en relevant d’office un moyen de pur droit’*), com o que pode dispor *‘sur fond des affaires’* mediante uma *‘substitution des motifs’*”. No CPC brasileiro, podemos notar a adoção dessa premissa no art. 998, parágrafo único: “A desistência do recurso não impede a análise de questão cuja repercussão geral já tenha sido reconhecida e daquela objeto de julgamento de recursos extraordinários ou especiais repetitivos”.

⁵⁵⁸ MITIDIERO, 2017, p. 82. Segundo o autor: “É por essa razão, por exemplo, que o recurso de *Revision* alemão ao *Bundesgerichtshof*, conforme o § 543, 2, *Zivilprozessordnung*, tem seu conhecimento condicionado à demonstração de uma questão jurídica de fundamental importância (*‘die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung’*), da necessidade de promover o desenvolvimento do Direito (*‘die Fortbildung des Rechts’*) ou da necessidade de assegurar a igualdade de todos perante a jurisprudência (*‘die Sicherung einer einheitlichen des Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgericht erfordert’*). Da mesma forma, a *permission* para acessar a *Supreme Court of*

pessoas ou entidades interessadas (*amicus curiae*) em contribuir com o debate jurídico, sem ter interesse direto na causa como parte.⁵⁵⁹

Essa pluralidade inerente à lógica-argumentativa⁵⁶⁰ e à necessidade de profundidade e extensão da matéria em julgamento para uma adequada interpretação do direito se refletem na estrutura da Corte Suprema, que é formada por “juristas oriundos de vários extratos sociais – magistrados de carreira, advogados, membros do Ministério Público e professores universitários”⁵⁶¹. A doutrina aponta que o ideal é que sua composição se dê por indicação política, afim de criar nela um ambiente favorável à influência de mais variadas inclinações ideológicas e à confrontação de diferentes visões de mundo, compondo, assim, “o pluralismo dos vários extratos que integram a sociedade civil em geral e a comunidade jurídica em especial”, viabilizando, por fim, “a formação de decisões tendencialmente mais debatidas, sopesadas, amadurecidas e independentes”.⁵⁶²

Voltando à seleção de recursos/casos para julgamento pela Corte Suprema, esta não é feita a partir de uma rígida separação entre questões de fato e questões de direito, em razão de ser “impraticável em um contexto teórico que pressupõe a recíproca implicação entre fato e direito na constituição do caso”, mas sim a partir de um critério teleológico, que considera, acima de

the United Kingdom (Rule 40, n. 6, Constitutional Reform Act de 2005) – sucessora da antiga leave to appeal para a House of Lords – também só é concedida nos casos em que o recurso alegue ‘points of law of general public importance’.”. Veremos esses exemplos melhor no capítulo 4.

⁵⁵⁹ LIMA, C. B., 2013, p. 120.

⁵⁶⁰ MATOS, 2014, p. 38.

⁵⁶¹ MITIDIERO, 2017, p. 65.

⁵⁶² Ibidem, p. 75-76. E ainda: “É por essa razão, a propósito, que as Cortes Constitucionais continentais têm em sua composição tanto magistrados de carreira, como advogados e professores universitários. É igualmente por essa razão que a doutrina inglesa espera maior ‘diversity’ na composição da *United Kingdom Supreme Court* – a fim de que supere a tradicional ‘homogeneity’ da antiga *House of Lords*, cuja consequência evidente consistia no seu acentuado ‘institutional conservatism’. Também em atenção a esse papel exercido pela Corte Suprema, o ideal é que seus membros sejam nomeados por indicação política. Semelhante modo de seleção visa a garantir a legitimidade democrático-representativa da Corte. Para tanto, várias são as fórmulas evidenciadas pelo direito comparado: a *Supreme Court* estadunidense, por exemplo, tem seus *justices* nomeados pelo Presidente com o consentimento do Senado (art. 2.º, seção 2.ª, cláusula 2.ª, *United States Constitution*). O *Bundesverfassungsgericht* tem metade de seus membros nomeados pelo *Bundestag* e a outra metade pelo *Bundesrat* (art. 94, *Grundgesetz*). A *Corte Costituzionale* italiana conta com um terço de seus membros nomeados pelo Presidente da República, um terço pelo Parlamento em sessão conjunta e um terço pela ‘*supreme magistrature ordinaria ed amministrativa*’ (art. 135, *Costituzione*). O *Tribunal Constitucional* espanhol tem seus membros nomeados pelo Rei por indicação do ‘*Congreso*’ (quatro membros), do ‘*Senado*’ (quatro membros), do ‘*Gobierno*’ (dois membros) e do ‘*Consejo General del Poder Judicial*’ (dois membros) (art. 159, *Constitución*)” (Ibidem).

tudo, a relevância do julgamento para além do interesse particular das partes envolvidas diretamente no caso, ressaltando o caráter público da função da Corte e de seus pronunciamentos.⁵⁶³

Nota-se do fator seletivo de recursos e causas, por fim, a conquista de um acentuado autocontrole por parte da Corte Suprema sobre a sua própria atuação.⁵⁶⁴

Por essa razão, a competência da Corte Suprema também é algo que muito se difere da Corte Superior. E o ponto não é relativo à área do direito sobre a qual ela vai exercer a sua jurisdição (se o direito constitucional, federal, trabalhista, eleitoral etc.)⁵⁶⁵, mas sim o enfoque dado à clássica dicotomia questão de fato *vs.* questão de direito. Se na atividade da Corte Superior, essas questões são cindíveis e se veda o exame da Corte sobre as “questões de fato”, na atividade lógico-argumentativa da Corte Suprema, tais questões “se apresentam de forma radicalmente inseparáveis”, de modo que a Corte não só pode, como deve trabalhar tanto com questões de direito, quanto com questões de fato⁵⁶⁶.

Importante, contudo, nesse ponto, fazer uma diferenciação entre a análise de questões de fato, atividade inerente à função da Cortes Suprema, e análise de alegações de fato, que dizem respeito à valoração da prova, expediente que não condiz nem com a atuação da Corte Superior, nem com a de uma Corte Suprema. Isso significa que a Corte de Vértice não pode realizar uma nova valoração probatória das alegações de fato da causa (se os fatos alegados pelas partes ocorreram ou não)⁵⁶⁷, ou seja, o exame que faz dos fatos do processo parte da valoração das provas das alegações de fato feita pela instância ordinária, isto é, das Cortes de Justiça. A apreciação dos fatos e da sua relação com as normas, contudo, é permitida (em verdade, necessária) e de forma ampla, a partir do juízo formado *a quo* acerca da existência ou não dos fatos alegados

⁵⁶³ BARROSO, 2012, p. 136; TARUFFO, 2005, p. 235.

⁵⁶⁴ MIDITIERO, 2017, p. 82-83.

⁵⁶⁵ Conforme já salientamos (tópico 2.4), a função nomofilática-interpretativa comporta, com naturalidade, a existência de simultâneas “Cortes de Vértice”, divididas por competência formal, isto é, por área do direito sobre a qual cada uma tem a respectiva “última palavra” sobre a interpretação do direito material ou processual correspondente.

⁵⁶⁶ ZAGREBELSKY, 2008, p. 148-149; TARUFFO, 2005, p. 26 e 46.

⁵⁶⁷ Michele Taruffo explica que “é ‘fato’ tudo e somente aquilo que se refere à verificação da verdade ou falsidade dos fatos empíricos relevantes, salvo o concernente à aplicação de normas relativas à admissibilidade e à assunção das provas ou de normas de prova legal” (TARUFFO, 2005, p. 168). Isso significa que a Corte não está impedida de se pronunciar sobre questões fáticas e jurídicas que digam respeito às normas que regulam a apreciação da prova. Uma coisa é a Corte valorar novamente a prova, o que é vedado, outra é analisar a interpretação e a aplicação das regras e princípios que regem a prova pelas cortes inferiores, o que estaria totalmente dentro de sua área de atribuição nomofilática.

pelas partes.⁵⁶⁸ Daí dizer a doutrina que “controle de fato significa exclusivamente controle sobre a motivação relativa ao juízo de fato”.⁵⁶⁹

Em outras palavras, a Corte Suprema encara “o caso em toda a sua inteireza, examinando a causa apresentada em juízo necessariamente como um todo incindível”.⁵⁷⁰ Há uma implicação recíproca entre fato e direito ou, segundo a doutrina, uma unidade fático-normativa da causa, que se dá de forma inexorável, porque a construção do caso para apresentação à Corte depende de uma seleção de fatos e implicações jurídicas relevantes o suficiente para justificar a atuação da Corte Suprema sobre eles⁵⁷¹. Essa atribuição de valor à causa como um todo – composta pela relação fático-normativa e sua relevância *ultra partem* – é o que viabiliza a atividade de produção e aplicação de precedentes, os quais dependem, entre outras coisas, da aferição de uma analogia fático-jurídica entre os casos.⁵⁷²

No contexto das Cortes Supremas, importante destacar que eventual dissenso na observância de suas razões de julgamento, seja pelos seus próprios membros, seja pelos demais órgãos do Poder Judiciário, é considerado um fato grave e contrário às finalidades do próprio direito, devendo, por isso, ser prontamente eliminado pelo sistema jurídico⁵⁷³. O modelo de Corte Suprema, como um modelo de Corte de Interpretação que é, pressupõe sempre uma teoria da interpretação jurídica que considera três coisas fundamentais: a equivocidade potencial de todos os enunciados jurídicos, a atividade do intérprete como indispensável à formação da norma para o caso concreto (reconstrução da norma, pela reciprocidade fático-normativa) e a função orientadora e unificadora da Corte, ao dar a última palavra a respeito da adequada interpretação do direito, como ponto de equilíbrio entre as duas primeiras e como forma de se alcançar justiça,

⁵⁶⁸ MITIDIERO, 2017, p. 78; TARUFFO, 2005, p. 172 e 180-182; mais detalhadamente em p. 191-219.

⁵⁶⁹ TARUFFO, 2005, p. 179.

⁵⁷⁰ MITIDIERO, 2017, p. 77.

⁵⁷¹ É nesse sentido que deve ser lido o art. 1.034 do CPC/15 (Art. 1.034. Admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça julgará o processo, aplicando o direito), ideia que já era consolidada na jurisprudência do STF, nas Súmulas 456 (O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie) e 457 do STF (O Tribunal Superior do Trabalho, conhecendo da revista, julgará a causa, aplicando o direito à espécie).

⁵⁷² MITIDIERO, 2017, p. 78.

⁵⁷³ Ibidem, p. 81. O autor aponta ainda que é exatamente por essa razão, “que a *’review on a writ of certiorari’* pela *Supreme Court* estadunidense é admitida em questões importantes em que precedentes da corte foram violados ou não foram empregados quando deveriam (Rule 10, *Rules of the Supreme Court*) e que o recurso de *Revision* para o *Bundesgerichtshof* alemão é admitido quando é necessário para assegurar a igualdade de tratamento diante da jurisprudência (*’die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgericht erfordert’*, § 543, 2, 2, segunda parte, *Zivilprozessordnung*)”.

igualdade e segurança jurídica. Daí que negar a adoção das razões usadas pela Corte Suprema para solução de casos idênticos ou semelhantes importa, segundo a doutrina, não só em negar sua autoridade, mas em negar a própria noção de ordem jurídica, entendida como ordem vinculante.⁵⁷⁴

Nesse modelo, torna-se evidente a importância da regra do *stare decisis*⁵⁷⁵ para a garantia da ordem jurídica e dos objetivos do Estado Democrático Constitucional de Direito, entre os quais se inclui a prestação de tutela adequada, efetiva e tempestiva dos direitos, que conta com a jurisdição e o processo para o seu cumprimento.⁵⁷⁶ Isso quer dizer que a Corte Suprema, além de uma Corte de Interpretação, é também uma Corte de Precedentes, sendo o precedente judicial ao mesmo tempo encarnação da adequada interpretação do direito e meio para obtenção da sua unidade⁵⁷⁷. O reconhecimento da força vinculante do precedente, nesse caso, é, portanto, uma “consequência direta do reconhecimento do caráter argumentativo da interpretação jurídica”, entendida esta como necessária à reconstrução do sentido normativo, a partir de elementos integradores do caso concreto. “Dito claramente: a regra do *stare decisis* é inerente ao modelo jurídico pressuposto pela Corte Suprema”.⁵⁷⁸

Sendo a Corte Suprema um modelo de corte “cuja função está em dar unidade ao direito, mediante sua adequada interpretação”, é natural, segundo a doutrina, “que o precedente em que se consubstancia essa interpretação tenha uma eficácia para além das partes do caso concreto do qual derivado e seja dotado de eficácia vinculante, sendo considerado como uma fonte primária do Direito”⁵⁷⁹.

⁵⁷⁴ MITIDIERO, 2017, p. 81: “A rejeição – ou ignorância – das razões invocadas pela Corte Suprema no seu processo interpretativo para decisão de determinada questão idêntica ou similar *constitui violação da ordem jurídica que a corte tem por missão tutelar*, haja vista que, nesse contexto teórico, a norma jurídica não é outra coisa senão o resultado da sua interpretação” (grifos do autor).

⁵⁷⁵ LIMA, C. B., 2013, p. 119.

⁵⁷⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão geral no recurso extraordinário**. 3ª ed. São Paulo: RT, 2012. p. 14-16 e 26-33. Em sentido contrário, Luigi Ferrajoli leciona que a adoção da regra do *stare decisis*, importada da *common law* americana e aplicada ao constitucionalismo europeu, acabou por desnaturar a jurisdição, transmudá-la em uma fonte primária de direito, com papel criativo e substancialmente legislativo, algo “inadmissível para a abordagem garantista”, pois a “ideia de que as sentenças sejam fontes contradiz o princípio da legalidade, a sujeição dos juízes *somente* à lei e, por isso, a separação dos poderes: em suma, a própria substância do Estado de direito, ao menos pelo modo em que se estruturou nos ordenamentos de *civil law*” (FERRAJOLI, 2015, 140-143).

⁵⁷⁷ “As Cortes Supremas existem não para efetuar controle de cada decisão prolatada pelas Cortes de Justiça – existem, pelo contrário, para interpretar o direito constitucional (STF) e o direito federal (STJ), outorgando adequado sentido aos textos, e para orientar a interpretação dos demais órgãos do Poder Judiciário e da sociedade civil. São Cortes de interpretação e de precedentes” (MARINONI; ARENHARDT; MITIDIERO, 2016, p. 147).

⁵⁷⁸ MITIDIERO, 2017, p. 81.

⁵⁷⁹ *Ibidem*, p. 84 (grifos do autor). Nesse sentido, também: TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: RT, 2004.

Partindo do pressuposto teórico (lógico-argumentativo) de que os enunciados jurídicos são potencialmente equívocos antes do processo de interpretação e que o escopo da nomofilaquia interpretativa realizada pela Corte Suprema é reduzir essa equívocidade, conclui a doutrina defensora desse modelo que a norma que resulta do julgamento do caso concreto “constitui um enriquecimento do sistema jurídico, servindo o precedente como meio de determinação do Direito” e como “guia para sua interpretação futura”, atuando a Corte, assim, de forma proativa para a consecução da unidade do direito. O caso concreto, portanto, serve como materialização de um dos significados possíveis da norma em abstrato, estreitando-se a “moldura normativa” a cada julgamento ou a cada relação fático-jurídica formada pela jurisdição. Daí se concluir que a “Corte Suprema é uma corte de interpretação, cuja missão é formar precedentes”.⁵⁸⁰

De outro lado, a identificação, compreensão e aplicação do precedente depende inteiramente de se “levar em consideração as razões fático-jurídicas que presidiram a sua formação”, isto é, depende de uma justificação racional e da análise do caso em toda sua inteireza.⁵⁸¹ A parte vinculante das decisões da Corte Suprema, portanto, está nas suas razões de decidir, na *ratio decidendi* ou na fundamentação e não apenas na parte dispositiva, que vincula tão somente as partes em litígio. É na fundamentação da decisão que as escolhas interpretativas são feitas e, portanto, é nelas que a norma jurídica é reconstruída tanto para o caso concreto, quanto – e com mais importância – para os casos futuros, concretizando-se a função nomofilática, unificadora e proativa da Corte Suprema.

Evidente, como aponta a doutrina, que “a vinculação ao precedente judicial depende do seu reconhecimento pelos juízes encarregados de aplicá-lo, identificação essa que exige igualmente interpretação”⁵⁸². Nesse caso, o juiz encarregado de aplicar o precedente terá, antes, de analisá-lo (interpretá-lo) em conjunto com o seu caso, para verificar a similitude fático-jurídica que permite a aplicação do precedente. A individualização de elementos relevantes em ambos os casos, a valoração da semelhança e a escolha/decisão de aplicar o precedente ao caso em

⁵⁸⁰ Cf. MARINONI; ARENHARDT; MITIDIERO, 2016, p. 147.

⁵⁸¹ MITIDIERO, 2017, p. 85.

⁵⁸² GUASTINI, 2014, p. 258-259.

juízo estão a cargo do intérprete⁵⁸³. Daí se poder concluir que a universalização das razões de decidir da Corte é algo que se inicia no Tribunal Superior, mas que se concretiza nos juízes inferiores ao lhe darem o uso e o valor de precedente⁵⁸⁴.

Destaque importante é dado, ainda, ao fato de a força vinculante dos precedentes valer tanto para os próprios membros da Corte Suprema (força vinculante horizontal), quanto para todos os órgãos jurisdicionais a ela ligados (força vinculante vertical).⁵⁸⁵ Isso significa que a desobediência de seus precedentes, pelos seus próprios membros e pelas Cortes de Justiça (e mesmo pelos Tribunais Superiores, em matéria constitucional) e pelos juízes a elas vinculados, constitui uma falta grave e, portanto, não pode ser visto como algo normal, corriqueiro e muito menos desejável dentro do sistema jurídico⁵⁸⁶. Por isso, se afirma que, em um modelo que entende a norma a partir de sua interpretação e a jurisprudência, portanto, como fonte primária do direito, a violação do sentido emprestado ao texto legal pela Corte de Interpretação deve ser entendida como uma violação à própria lei⁵⁸⁷.

Não obstante, existem mecanismos dentro desse mesmo sistema de vinculação de precedentes que permitem o não-seguimento das razões dos precedentes, mas que exigem igual ou maior grau de justificação judicial,⁵⁸⁸ a exemplo da superação (total, *overruling*; parcial, *overturning*; mediante transformação *transformation*; ou reescrita, *overriding*) do precedente ou da distinção (*distinguish*) entre este e o caso posterior em julgamento⁵⁸⁹. Tais expedientes, ao contrário de

⁵⁸³ GUASTINI, 2014, p. 258-259.

⁵⁸⁴ Não é indene de críticas, por isso, o sistema adotado pelo NCPC, que parece dar ênfase à formação de “precedentes *a priori*”, ou seja, de procedimentos formalmente destinados a fixar interpretações estanques da lei, a partir de julgamentos em bloco de processos com matéria jurídica semelhante e sem a necessidade de sua reiteração em processos futuros, com uma consolidação lenta e gradual da força vinculante do precedente. “Ao que estamos lendo por aí, estão fazendo uma simplista equiparação do genuíno precedente do *common law* à jurisprudência vinculante pindoramense. Ora, o fato de o artigo 927 do CPC elencar diversos provimentos que passaram a ser vinculantes, não pode nos induzir a leitura equivocada de imaginar que a súmula, o acórdão que julga o IRDR ou oriundo de recurso (especial ou extraordinário repetitivo) são equiparáveis à categoria do genuíno precedente do *common law*”. Trata-se, segundo a crítica, de um “sistema-de-precedentes ao modo brasileiro, que parece ignorar ou antipatizar com o caso concreto em benefício do julgamento em abstrato de teses” e que “aquilo que efetivamente vincula em um precedente, é determinado pelos tribunais inferiores e não pelo próprio Tribunal que decidiu a questão. Na realidade, ‘é importante perceber que são os juízes em casos posteriores que de fato determinam a *ratio decidendi* em casos pretéritos’” (STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto — o sistema (sic) de precedentes no CPC?** 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc#_ftnref4>. Acesso em: 24 mar. 2018.

⁵⁸⁵ SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015, p. 7889-7890.

⁵⁸⁶ MITIDIERO, 2017, p. 121.

⁵⁸⁷ *Ibidem*, p. 112.

⁵⁸⁸ LIMA, C. B., 2013, p. 119-120.

⁵⁸⁹ Sobre assunto, cf.: MITIDIERO, 2017, p. 122-123. “No Código de 2015, a possibilidade de superação dos precedentes está prevista no art. 927, §§ 3.º e 4.º”.

negar a força vinculante das razões de decidir da Corte Suprema, confirmam-na com a necessidade de uma fundamentação mais robusta que opere a superação ou a distinção e que, ao mesmo tempo, contribui para o desenvolvimento do direito com novas interpretações do ordenamento jurídico constitucional⁵⁹⁰. Isso significa que as interpretações feitas pelas Cortes Supremas não são eternas e imutáveis; as mesmas devem valer ao menos para os casos semelhantes que lhe sejam contemporâneos (sincrônicas), mas não necessariamente para todos os casos futuros de todo o sempre (diacrônicas)⁵⁹¹, pois sua sustentação se baseia na manutenção da validade, ou melhor, na aceitação de seus argumentos ao longo do tempo pela sociedade. Essa base social ou mesmo jurídica de aceitação pode mudar muito com o passar do tempo, dando azo a mudanças interpretativas. Do mesmo modo, a infinidade de circunstâncias fáticas pode reclamar uma solução diferente a cada caso concreto por não serem subsumíveis às mesmas premissas interpretativas dos casos antecedentes. Em todo caso “a variação deve ser justificada”, sendo “necessário demonstrar que a nova interpretação é *mais justa*, com base em critérios interpretativos gerais, que aquela que se abandona”.⁵⁹² Isso se aplica tanto aos juízos de primeira instância, quanto às Cortes de Justiça e, claro, às próprias Cortes Supremas, de modo que suas interpretações da lei se deem “não em razões de autoridade, mas na autoridade das boas razões postas como base das decisões”.⁵⁹³

Resta evidente disso, ainda, que somente a corte responsável pela formação do precedente pode dele afastar-se legitimamente e mesmo assim, com robusta fundamentação para tanto, a fim de não violar, ela mesma, a regra do *stare decisis*. As Cortes de Justiça e os juízes de primeiro grau a ela ligados não podem deixar de aplicar um precedente apenas por que não concordam com a solução nele formulada, isto é, com o seu conteúdo. É um equívoco, não tanto incomum, na prática forense (justamente em razão da manutenção da teoria lógico-dedutiva e da jurisprudência como mero instrumento de persuasão judicial), imaginar essa possibilidade, mas que decorre da falta de compreensão da natureza das Cortes Supremas como corte de interpretação e não de

⁵⁹⁰ MITIDIERO, 2017, p. 121-122.

⁵⁹¹ TARUFFO, 2005, p. 135-141.

⁵⁹² Ibidem, p. 140, grifos do autor.

⁵⁹³ Ibidem, p. 142. Esse, aliás, parece ser o sentido de orientação do disposto no art. 926, § 4º do CPC: “A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia”.

controle, de formação de precedentes e não de jurisprudência.⁵⁹⁴ Isso não significa que não possam manifestar discordância com a posição da Corte Suprema, apenas que não podem se valer dessa discordância como razões de julgamento do caso concreto, com resultado contrário da interpretação ultimada pelo órgão legitimado a dar a última palavra sobre o significado da norma em dado contexto fático-jurídico.⁵⁹⁵

Dessa perspectiva, extrai-se, ainda, que a igualdade perante a lei deve ser repensada como uma igualdade perante as normas jurídicas, o que implica num deslocamento da igualdade geral e abstrata, própria da noção de que a lei tem um sentido exato e unívoco, para uma igualdade material, produto da interpretação, o que importa em reconhecê-la mais do que à luz do texto da lei, mas à luz de sua expressão concreta, que se faz presente nos precedentes judiciais.⁵⁹⁶ Diante do fracasso do pretense casuísmo legal, o precedente é, portanto, um parâmetro necessário para aferição da igualdade de todos perante o direito, na medida em que é nos casos concretos que se consegue identificar a desigualdade e a necessidade de tratamento legal peculiar, tanto pela Corte Suprema, quanto pelos órgãos jurisdicionais a ela ligados.

Do mesmo modo, é preciso reconhecer a segurança jurídica como uma questão de cognoscibilidade dos sentidos dos enunciados jurídicos, não apenas pelos órgãos jurisdicionais, mas pela própria sociedade como um todo, de modo a tornar conhecido o sentido adequado das normas vigentes. Essa segurança não decorre de uma prévia, estática e absoluta determinação de sentido, pelo legislador, mas de uma reconstrução dinâmica de sentido⁵⁹⁷, que depende, sempre, de uma “adequada estruturação da atividade interpretativa para individualização, valoração e escolha de sentido”. O precedente, desse modo, sendo fruto da interpretação jurídica, “passa a ser o derradeiro garante da igualdade e da cognoscibilidade do Direito no modelo de Corte Suprema”, o qual demanda, ao mesmo tempo, unidade na interpretação judicial da legislação e unidade institucional no Poder Judiciário. Em razão da equivocidade da linguagem normativa, tais unidades só podem ser alcançadas se cada juiz e tribunal se entender como “parte de um todo em que o respeito à igualdade e à promoção da segurança jurídica dependem da atuação

⁵⁹⁴ TARUFFO, 2005, p. 123-124. Nesse sentido cf. também: MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 388-401; MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 147.

⁵⁹⁵ Sobre a forma que os juízes podem adotar para manifestar sua discordância do precedente, mas sem deixar de aplicá-lo, cf. MITIDIERO, 2017, p. 125-126.

⁵⁹⁶ MITIDIERO, 2017, p. 88.

⁵⁹⁷ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 463 e 617-618.

conjunta e coordenada – isto é, orquestrada – de todo o Poder Judiciário [...] cuja liderança toca à Corte Suprema”.⁵⁹⁸

Por fim, a doutrina destaca a possibilidade de alteração do precedente como algo de exclusiva competência da Corte Suprema. Se é ela a incumbida de dar a última palavra sobre a interpretação das normas jurídicas é ela também a instituição competente para fazer as modificações necessárias à evolução do direito e às mudanças da própria sociedade sobre a qual se assentam os fundamentos e as finalidades normativas. É algo que decorre, ainda, das forças vinculantes horizontais e verticais dos precedentes.⁵⁹⁹ O que importa, nesse ponto, é que as mudanças de interpretação da Corte Suprema não podem ofender a coisa julgada segundo a interpretação dada à época da consolidação da decisão do caso julgado, nem os atos jurídicos praticados sob a orientação então firmada pela Corte, o que se inseriria, *mutatis mutandi*, na garantia aos atos jurídicos perfeitos e à coisa julgada (art. 5º, XXXVI). Essas conclusões, decorrem da necessidade de garantir-se, antes de mais nada a igualdade e a segurança jurídica, mas sob um prisma diverso do modelo lógico-dedutivo das Cortes Superiores, porquanto, aqui, a premissa seria a de que não haveria um sentido normativo prévio à interpretação e, portanto, o novo significado dado ao enunciado legal não teria efeitos retroativos, mas *ex nunc*. Nesse sentido é que se afirma que “[s]endo a norma fruto da sua interpretação judicial, conhecer o direito aplicável significa conhecer a interpretação a ele conferida pela Corte Suprema”⁶⁰⁰.

2.4. O MODELO DE CORTE DO STF

Feitas essas considerações da doutrina sobre as Cortes Superiores e as Cortes Supremas, como espécies das Cortes de Vértice, em que já havíamos situado o Supremo Tribunal Federal, o próximo passo seria a classificação do mesmo em um dos dois modelos. Isso, contudo, não é

⁵⁹⁸ MITIDIERO, 2017, p. 88-89.

⁵⁹⁹ *Ibidem*, p. 90.

⁶⁰⁰ MITIDIERO, 2017, p. 91. Nesse sentido, o autor conclui: “A teoria lógico-argumentativa, em momentos de crise de estabilidade do significado normativo, salvaguarda o caráter potencialmente equívoco da linguagem jurídica e, por meio da igualdade e da segurança jurídica, protege todos aqueles que conheciam seus precedentes e por eles se pautaram. A *igualdade* está em tratar *todos que atuaram em determinado momento temporal de forma isonômica*, seja por *razões individuais* ligadas à formação da *coisa julgada*, seja por *razões gerais* atinentes ao *conhecimento de determinado precedente* e à *confiança* nele depositada. A segurança está na *proteção contra a ir-retroatividade* que pode ser evidenciada pela mudança do precedente, protegendo-se a atuação fundada na cognoscibilidade ofertada pelo precedente anterior. Em todos esses casos, a Corte Suprema revela seu caráter *proativo*, cuja função está em orientar a conduta social para o *futuro*” (grifos do autor).

ainda possível, a nosso ver, ao menos de forma clara e categórica⁶⁰¹. A atual situação do regramento constitucional e infraconstitucional da atuação do STF permite concluir que se está em algum ponto do caminho entre os dois modelos. Isto é, encontra-se o Supremo Tribunal Federal em uma fase de transição entre o modelo das Cortes Superiores de revisão/cassação e o modelo das Cortes Supremas de interpretação e precedentes. O STF, tal como está hoje, nem está completamente divorciado do primeiro modelo, nem adota o segundo modelo em sua plenitude, segundo os critérios apontados para cada um pela doutrina. Isso não é, contudo, uma dificuldade exclusiva de nosso ordenamento. Com efeito, com aponta Gustavo Zagrebelsky, “a ideia de direito que o Estado Constitucional implica não entrou plenamente no ar que respiram os juristas”⁶⁰² e ainda encontra bastante resistência, podendo-se encontrar facilmente a aplicação da ideologia positivista no meio jurídico, fator que se constitui, em sua ótica, em um “resíduo histórico”⁶⁰³; de modo que há, ainda, um caminho a percorrer, em todo o mundo ocidental, para o alcance desse estado de coisas. De outro lado, a análise dos métodos interpretativos do direito revela que o que há de mais desafiador na teoria normativa jurídica atual já não é a noção de separação entre texto e norma e da importância da interpretação do primeiro para a reconstrução da segunda, mas a descoberta de “quais são os modos para encontrar uma decisão justa da controvérsia, sobre que bases é possível estabelecer que ela é realmente ‘justa’ e quais são os riscos de uma decisão injusta ou incorreta”.⁶⁰⁴

Podemos apontar que a atuação do STF, assim como da maioria dos Tribunais Superiores constituídos sob a influência do direito legislado (*civil law*) do modelo continental europeu, pautou-se, na maior parte de sua existência, por uma função de controle reativo das decisões judiciais das instâncias inferiores, em matéria de constitucionalidade, que define a sua principal competência. Isso é facilmente identificável pela elevada quantidade de processos julgados pelo Supremo, por ano (em todos os anos), o que é sintomático dos ordenamentos jurídicos que outorgam às suas Cortes Superiores o papel de controle, pela via revisional ou de cassação, das decisões dos juízos ordinários, como aponta a doutrina.⁶⁰⁵ A necessidade de controlar a atividade

⁶⁰¹ Michele Taruffo aponta que a contraposição entre orientações pós-formalismo “tem dado lugar, nos últimos anos, a uma ampla e interessante discussão que, certamente, não pode considerar-se concluída” (TARUFFO, 2005, p. 112-113), de modo que, se no plano teórico ainda há sérias divergências sobre o método correto de soluções interpretativas do direito, no plano prático, em que se opera a atuação do STF é mais do que natural que não haja uma definição clara de qual caminho seguir.

⁶⁰² ZAGREBELSKY, 2008, p. 10 (tradução livre).

⁶⁰³ *Ibidem*, p. 41.

⁶⁰⁴ TARUFFO, 2005, p. 118.

⁶⁰⁵ BRAVO-HURTADO, 2014, p. 325; TARUFFO, 2005, p. 77-78.

dos juízes e das Cortes de Justiça, em larga escala, é, portanto, uma característica das Cortes revisionais/de cassação e cujo resultado é, inevitavelmente, um elevado número de causas em tramitação em sua pauta⁶⁰⁶, o que ainda é uma realidade do STF, que, de acordo com as informações de seu sítio eletrônico⁶⁰⁷, mantém 43.548 processos em tramitação; uma média de quase 4.000 processos por ministro, algo humanamente impossível de se dar conta.

No caso do STF, a maior parte dos processos julgados está relacionada ao controle difuso de constitucionalidade, isto é, ao julgamento de recursos extraordinários (RE), além de outras espécies recursais análogas, como o agravo de instrumento (AI) e, mais recentemente, o agravo em recurso extraordinário (ARE). Sobre esse tema trataremos melhor no capítulo sobre a “crise de recursos” no STF. Por ora, basta mencionar que, dos 43.548 processos atualmente no STF, 27.659 são das classes recursais RE, AI ou ARE, o que corresponde a 64% do total. Apenas 2.316 se referem ao controle concentrado de constitucionalidade, 5.692 às classes criminais (das quais 5.073 são HC ou RHC) e 7.881 das demais ações originárias (das quais, a maior parte são Rcl, 3.049, e MS, 1.516).⁶⁰⁸

64%

Classes Recursais Extr.	Qtd.
AI	970
ARE	17.933
RE	8.756
Soma:	27.659

5%

Controle concentrado	Qtd.
ADC	26
ADI	2.022
ADO	25
ADPF	243
Soma:	2.316

13%

Classes Criminais	AP	EP	Ext	HC	Inq	PPE	RvC	RHC	RvC	Soma:
Qtd.	88	15	71	4.075	407	31	7	998	9	5.692

⁶⁰⁶ BRAVO-HURTADO, 2014, p. 325; TARUFFO, 2005, p. 77-78.

⁶⁰⁷ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=acervoatual>>. Acesso em: 24 de mar. 2018.

⁶⁰⁸ Ibidem.

18%

Demais originárias	AC	ACO	AImp	AO	AOE	AR	AS	CC	EI	HD	IF	MI	MS	Pet	PSV	Rcl	RMS	SIRDR	SL	SS	STA	STP	TPA	Soma:
Qtd.	370	541	8	187	5	373	13	49	1	1	20	532	1.516	474	37	3.049	380	2	136	108	67	9	3	7.881

Percebe-se, desses números, que a ênfase da atuação do Supremo ainda está no controle difuso de constitucionalidade, pela via do recurso extraordinário; controle esse, porém, ainda de cunho vigilante da atividade jurisdicional e de aferição da legitimidade das decisões, porquanto é impossível conceber que existam atualmente mais de 20 mil questões constitucionais diferentes que reclamem solução interpretativa por parte do STF. Se considerarmos as outras classes mais abundantes de impugnação de decisões judiciais claramente voltadas ao controle de legitimidade das decisões judiciais (HC, RHC, MS e Rcl), teremos, então, um total de 9.638 ou 22%, do total de processos, e que, se somado aos RE, AI e ARE, resulta em 37.297 ou 86% do total, o que revela uma altíssima presença do controle da atividade judicial pelo STF e que se coaduna com a função de uma autêntica Corte Superior de revisão/cassação.

Tem-se, ainda, dados relativos a “movimento processual”⁶⁰⁹ que trazem as quantidades de processos que deram entrada e os que foram julgados pelo STF, por ano. Apenas em 2017, foram protocolados 103.650 processos, dos quais 56.257 foram distribuídos; tendo havido 126.531 julgamentos, dos quais 113.634 julgados monocraticamente e 12.897 julgados de forma colegiada.

Ano	Processos		Processos Julgados		Acórdãos
	Protocolados	Distribuídos	Monocráticos	Colegiados	Publicados
2.017	103.650	56.257	113.634	12.897	13.142

Importante destacar que os processos julgados podem se referir a processos que deram entrada no STF no próprio ano de 2017 (poucos casos, provavelmente), bem como em anos anteriores (maioria mais provável); também não há muita segurança para afirmar, com base nesses dados, que todas as 113.634 decisões monocráticas deram fim ao processo, embora haja outra base de dados⁶¹⁰ que indique 105.294 “decisões finais” em 2017. O fato é que se destaca a maioria

⁶⁰⁹ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual>>. Acesso em: 24 mar. 2018.

⁶¹⁰ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=decisoessel>>. Acesso em: 24 mar. 2018.

esmagadora de julgamento monocráticos, cerca de 90% do total, ao passo que as decisões colegiadas respondem por 10%, o que revela que as Turmas e o Plenário, enfim, os ministros, debatem entre si a menor parte de seus julgamentos, atuando muito mais isoladamente, em total contrariedade ao perfil dialético, pluralista e democrático das Cortes Supremas modernas⁶¹¹. De qualquer forma, mesmo o número de decisões colegiadas (12.897) ainda é um número muito alto para a capacidade de 11 ministros, cuja média de 2017 foi de 1.172 relatorias ou de quase o mesmo número de processos decididos de forma conjunta por mês. Esse número certamente não é o número de uma Corte Suprema de interpretação e de precedentes, que, via de regra, julga apenas algumas dezenas de casos por ano⁶¹², em razão de sua preocupação em fazer uma severa filtragem de recursos, aprofundar o exame do tema e entregar a melhor resposta (interpretação jurídica) possível à sociedade, com o intuito, ainda, de resolver as celeumas do presente (efeito sincrônico) e orientar as decisões futuras pelo tempo que for socialmente necessário (efeito diacrônico); os quantitativos do STF revelam, ao revés, ainda, os números próprios de uma autêntica Corte revisional ou de cassação, cuja preocupação é com o controle das decisões judiciais, com a revelação do exato sentido da lei e com a homogeneidade da jurisprudência, sem contudo ter condições de conseguir alcançar, ao menos, os dois últimos fins. Adiante-se que essa crise quantitativa, em especial nos provimentos recursais de controle de constitucionalidade difusa (RE, AI e ARE), será objeto específico de um dos próximos capítulos, a fim de introduzir o histórico e a função do instituto da repercussão geral.

Também se pode destacar como indicativo de que o STF se mantém na zona de classificação da Cortes Superiores de revisão/cassação a ampla falta de observância de seus próprios precedentes. Não é raro que o próprio Plenário de nossa Corte decida contrariamente a entendimentos firmados em julgamentos anteriores, sem que haja preocupação em realizar a distinção entre o precedente e o caso em julgamento ou em afirmar os fundamentos para a superação do primeiro, que seriam os critérios básicos válidos para a não incidência da regra da vinculação jurisprudencial (nesse caso, horizontal). Quando essa análise se desloca para as Turmas, há ainda maior

⁶¹¹ O fator “anticolegialidade” dos julgamentos do STF pode ser ainda melhor identificado nos julgamentos no Plenário Virtual (cf. tópico 5.3.4, abaixo), quando decisões que deveriam ser proferidas, no Plenário (físico), onde os debates de fato aconteceria(m) de maneira dialética, com sustentações orais e intervenções dos ministros a todo tempo, passam a ser realizadas em um *software* com perguntas com respostas do tipo “sim-não”, sem nenhum debate (cf. julgamentos dos temas com “reafirmação de jurisprudência” no capítulo 6, para mais detalhes desse procedimento e das críticas ao mesmo).

⁶¹² BRAVO-HURTADO, 2014, p. 325; CHIARLONI, 2008, p. 849; TARUFFO, 2005, p. 147.

divergência, piorando mais nos julgamentos monocráticos dos ministros, ocasião em que se realça a opção pelo próprio entendimento, às vezes com expressa refutação da interpretação dada pelo Tribunal Pleno. Tais “*revirements interpretativos*” tratam-se, conforme a doutrina, de sintoma típico das Cortes de revisão/cassação⁶¹³ e que, notoriamente, ainda têm presença muito forte na forma de atuação do STF. Por outro lado, essa miscelânea jurisprudencial das Cortes Superiores brasileiras (já que esse não é um fenômeno exclusivo do STF), provoca nas instâncias ordinárias um total descrédito pelos seus precedentes⁶¹⁴; a falta de coerência entre tais pro- vimentos provoca, ainda e de forma bastante comum, a possibilidade de, tantos as partes quanto os juízes, como embasamento de suas razões de pedir/decidir, invocarem uma ou mais decisão das Cortes para praticamente qualquer tese que se queira sustentar.⁶¹⁵

Outro fator que impede a conclusão de que o Supremo adentrou a categoria de Corte Suprema é o de que, não raras, vezes, sob a aparência de realizar um controle exclusivamente da motivação da decisão recorrida e sua conformidade constitucional, sub-repticiamente, em julga- mento de recursos extraordinários, adentrar o “juízo de mérito” ou o “juízo de fato” e reformular a valoração das provas⁶¹⁶. Trata-se de expediente que desnatura, inclusive, a natureza clássica das Cortes Superiores e dos meios extraordinários de impugnação das decisões judiciais, de modo a distanciar ainda mais o STF, quando esse tipo de procedimento ocorre em seus julga- mentos, do perfil de uma Corte Suprema, para aproximá-lo de um tribunal de “terceira instân- cia”⁶¹⁷.

De outro lado, temos algumas características de nosso ordenamento jurídico atual que aproxi- mam o Supremo Tribunal Federal de uma Corte Suprema de interpretação das normas jurídicas (constitucionais) e de formação de precedentes para orientação e vinculação dos demais órgãos jurisdicionais.

⁶¹³ TARUFFO, 2005, p. 120.

⁶¹⁴ *Ibidem*, p. 146-148.

⁶¹⁵ Como aponta a doutrina (TARUFFO, 2005, p. 148-149): “quanto mais elevado é o número de decisões, mais aumenta a probabilidade de que estas não sejam coerentes entre si”. Entre as causas, destaca: “o número excessivo de decisões faz mais difícil o controle de coerência e, por outro lado, a corte não decide sobre que coisas é oportuno decidir”; já entre as consequências, aponta, duas principais: “(a) se retorna um nível muito baixo em que a Cassação alcança efetivamente a realizar a função de uniforme interpretação da lei; (b) a jurisprudência de Cassação tende a ser usada, tanto pelas partes como pelos juízes, não como guia para individualizar a exata interpretação da norma, mas, sim, como um repertório *bom à tout faire*, no qual sempre se pode encontrar alguma peça de apoio para as teses que se quer sustentar” (tradução livre).

⁶¹⁶ Esse tipo de atitude de uma Corte Superior não é exclusividade da nossa, sendo também apontado como um dos problemas da Corte de Cassação italiana, pela doutrina (cf. TARUFFO, 2005, p. 224-225).

⁶¹⁷ *Ibidem*, p. 222-223.

No que concerne à sua composição, o STF já está afinado com a orientação dominante, segundo a qual a escolha dos membros da Corte Suprema deve ter um critério político que assegure a pluralidade de visões da sociedade. Nesse sentido, as indicações feitas pelo Presidente da República e a sabatina pelo Senado Federal (art. 101, parágrafo único, da CF/88)⁶¹⁸, sem exigência de origem no Poder Judiciário, cumprem de maneira satisfatória esse quesito inicial.

Outros fatores decorrem das alterações do ordenamento jurídico realizadas para dar aos provimentos do STF, no exercício de sua função precípua de guardião da Constituição (CF, art. 102, *caput*), caráter vinculante, do que são exemplos, as alterações promovidas pela Emenda Constitucional n. 3/93, que conferiu essa natureza às decisões da Corte nas ações de controle de constitucionalidade concentrado, mediante alteração do art. 102, §2º, da CF/88, e pela Emenda Constitucional n. 45/04, que, entre outras alterações, incluiu o art. 103-A, para prever a possibilidade de edição de súmulas vinculantes pelo STF. Isso deu início a um ciclo de mudanças da jurisdição constitucional, que passou de simples jurisprudência (decisões reiteradas e uniformes), com força meramente persuasiva, para atividade de interpretação do texto magno e reconstrução de normas jurídicas constitucionais, por isso, vinculantes para os demais órgãos jurisdicionais⁶¹⁹. As inovações do Código de Processo Civil vieram ao encontro desse movimento, no sentido de consolidar os Tribunais Superiores, entre eles o STF, como Cortes de interpretação e de formação de precedentes, algo apontado pela doutrina afeita ao modelo de precedentes como de suma importância num ordenamento constitucional analítico e povoado pela linguagem jurídica aberta, dos conceitos jurídicos indeterminados, das cláusulas gerais e das disposições programáticas, o que reforça a necessidade e também a dificuldade de interpretação do seu texto.

Como a função do Supremo Tribunal Federal está voltada para nomofilaquia interpretativa e como nessa prepondera a finalidade de outorgar-se adequada interpretação da Constituição,

⁶¹⁸ “Art. 101[...]. Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal”.

⁶¹⁹ Para Ferrajoli, os precedentes jurisprudenciais só podem ter força persuasiva sobre a jurisdição, mas jamais força vinculante, atributo, segundo ele, conferido unicamente à lei, em um Estado constitucional de direito movido pela garantia dos direitos constitucionais e pela separação dos poderes. Promovem a uniformidade da jurisprudência, com vistas ao princípio da igualdade, mas não são fonte vinculante. Podem, mas não devem ser fundamento de outras decisões judiciais (FERRAJOLI, 2015, p. 141). Para Taruffo, contudo, “o sistema de precedente ‘persuasivo’ parece favorecer a falta de homogeneidade da jurisprudência e se presta a valorações críticas pelo baixo nível de eficácia racionalizadora que o caracteriza” (TARUFFO, 2005, p. 21).

com a formação de precedentes, resta claro, para a doutrina, que “a atuação dessas cortes está subordinada à demonstração de que a questão enfrentada no recurso extraordinário [...] tem uma dimensão que extrapola o caso concreto”, sendo o seu julgamento apto a promover a unidade do direito⁶²⁰, tanto de maneira retrospectiva, com a pacificação do entendimento de determinada questão constitucional cuja solução é controversa na prática judiciária, quanto de maneira prospectiva, com o desenvolvimento da interpretação constitucional de acordo com as novas necessidades sociais.⁶²¹ Nessa linha, o critério que legitimaria a atuação do Supremo Tribunal Federal seria o critério teleológico, que autoriza o julgamento do recurso extraordinário apenas nas hipóteses em que a pronúncia dessa Corte Superior seja capaz de promover a unidade do direito.⁶²² Nesse sentido, entre todas as alterações promovidas, a inclusão, pela EC 45/04, no art. 102, §3º, de um filtro constitucional de acesso ao STF, pela via do recurso extraordinário, sem dúvida foi uma das medidas que mais aproximou nossa Corte do perfil definido como o das Cortes Supremas da modernidade⁶²³. Referimo-nos, por óbvio, à instituição da necessidade da demonstração da repercussão geral da questão constitucional posta no recurso extraordinário, para sua admissão, cuja análise se previu como de exclusiva competência do STF e cuja regulamentação do instituto foi deixada para o legislador ordinário, que o fez, inicialmente, por meio da Lei 11.418/06 (que incluiu os arts 543-A e 543-B, no CPC/73), e, atualmente, no art. 1.035 do CPC e outros dispositivos do mesmo diploma legal.

Isso abre um significativo espaço de autogoverno ao STF, para a “seleção dos seus casos, na maneira como podem julgá-los e no material com que podem trabalhar para tanto”. A presença de um filtro recursal específico que leve em conta a relevância da questão jurídica constitucional e a transcendência da solução jurídica, na atuação do Supremo Tribunal Federal em recurso extraordinário, portanto, encontra-se em plena consonância com a natureza suprema dessa corte; especialmente porque viabiliza o autogoverno judicial, podendo o Supremo Tribunal Federal, a partir daí, “trabalhar menos para que possa trabalhar melhor”⁶²⁴ no desempenho de sua função precípua de guarda da Constituição e nas causas que representam o maior número

⁶²⁰ TARUFFO, 2005, p. 235.

⁶²¹ MARINONI; MITIDIERO, 2012. p. 18-23.

⁶²² MITIDIERO, 2017, p. 113.

⁶²³ FRANCISCO, Alexandra. **Repercussão geral da questão constitucional no recurso extraordinário**: aspectos processuais – uma perspectiva de análise sob o prisma do Supremo Tribunal Federal. 2011. 231 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Programa de Pós-graduação em Direito Processual, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2011, p. 47.

⁶²⁴ TARUFFO, 2005, p. 241; MITIDIERO, 2017, p. 113 e 115.

de processos sob sua jurisdição⁶²⁵, além de contribuir para a missão geral do Poder Judiciário e da atividade jurisdicional de entregar a tutela efetiva, tempestiva e adequada dos direitos, com segurança e justiça.⁶²⁶

A adoção do critério teleológico como balizador da admissão do recurso extraordinário e para a atuação do Supremo Tribunal Federal em promover a unidade do direito, com especial reforço da repercussão geral da questão constitucional, pode ser também evidenciada nas modificações mais recentes do nosso ordenamento jurídico legal, como, por exemplo: o saneamento de vícios processuais para viabilizar o conhecimento do recurso extraordinário e do recurso especial (art. 1.029, § 3.º, CPC)⁶²⁷, demonstrando o interesse maior na função pública ou *ius constitutionis* do recurso extraordinário; a possibilidade de julgamentos concentrados de recursos extraordinários (art. 1.036 a 1.041, CPC)⁶²⁸, de forma a viabilizar um quadro mais amplo de argumentos e de casos concretos de análise da questão constitucional⁶²⁹, inclusive com a possibilidade de manifestação de terceiros (*amici curiae*), sob essa mesma finalidade; a possibilidade de livre trânsito de recursos entre o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça (arts. 1.032 e 1.033, CPC)⁶³⁰, sem a extinção do processo pelo simples endereçamento equivocado

⁶²⁵ RE, AI e ARE, como vimos acima, neste mesmo tópico.

⁶²⁶ MANCUSO, 2010, p. 95: “Em suma, uma Corte Superior, para ofertar uma *resposta judiciária de qualidade* (que nossos ver deve preencher este requisitos: ser *justa, econômica, tempestiva e razoavelmente previsível*), necessita de certos *filtros e elementos de contenção*, porque, do contrário, ou vem não conseguirá gerir a quantidade de processos que a ela afluem, levando ao represamento e ao atraso na prestação jurisdicional, ou bem acabará ofertando resposta judiciária de massa, com evidente prejuízo para os valores *segurança e justiça*” (grifos do autor).

⁶²⁷ “§ 3º O Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça poderá desconsiderar vício formal de recurso tempestivo ou determinar sua correção, desde que não o repute grave”.

⁶²⁸ “Art. 1.036. Sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições desta Subseção, observado o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no do Superior Tribunal de Justiça. [...]”.

⁶²⁹ MITIDIERO, 2017, p. 115-116: “[...]como a atuação do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça está endereçada à formação de precedentes constitucionais e federais, não estando atrelada ao exercício do controle de cada uma das decisões recorridas impugnadas pelas partes nos seus respectivos recursos, mostra-se plenamente possível *concentrar o julgamento* de recursos extraordinários e de recursos especiais em *blocos*, viabilizando-se dessa forma inclusive *quadro mais amplo de consideração de todos os possíveis ângulos de análise* da questão constitucional e da questão infraconstitucional federal. Daí que a *técnica de julgamento em bloco* de recursos extraordinários e de recursos especiais, *por si só*, encontra-se em perfeita sintonia com a função de nomofilaquia interpretativa assinalada às Cortes Supremas em geral e ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça em particular (arts. 1.036 a 1.041, do CPC)” – grifos do autor.

⁶³⁰ “Art. 1.032. Se o relator, no Superior Tribunal de Justiça, entender que o recurso especial versa sobre questão constitucional, deverá conceder prazo de 15 (quinze) dias para que o recorrente demonstre a existência de repercussão geral e se manifeste sobre a questão constitucional. [...] Art. 1.033. Se o Supremo Tribunal Federal consi-

do recurso, o que evidencia a priorização, mais uma vez, do interesse na resolução da questão constitucional ou infraconstitucional e o impacto que o julgamento, como precedente, pode gerar (*ius constitutionis*), em detrimento do interesse das partes litigantes (*ius litigatoris*) – fica também evidente a concepção do recurso da parte apenas como um meio ou um pretexto para a atuação nomofilática interpretativa do STF⁶³¹; e, por fim, a possibilidade de prosseguir-se no julgamento do recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida, mesmo havendo desistência do recurso interposto pela parte (art. 998, parágrafo único, CPC)⁶³², sedimentando a função de corte de interpretação constitucional do STF, em prejuízo da sua função de controle das decisões judiciais, pela possibilidade de dar-lhe autonomia para, julgando necessário e relevante, aproveitar a oportunidade gerada pelo recurso para resolver a questão constitucional nele versada, com vistas à pacificação da jurisprudência eventualmente controvertida, à fixação de uma adequada interpretação da Constituição e à promoção da unidade do direito constitucional.⁶³³

É também na legislação infraconstitucional do atual Código de Processo Civil, em especial em seus arts. 926 e 927, que se percebe o reconhecimento do valor vinculante do precedente jurisprudencial, em mais uma demonstração de que o modelo lógico-argumentativo que dá base à atuação do STF como uma Corte Suprema, vem prevalecendo em lugar do modelo formalista que o colocou, por muito tempo, como uma Corte Superior quase que exclusivamente reativa, de controle da atividade judicial e voltada para o caso concreto, para o passado e para a homogeneização da jurisprudência, e não para a proatividade, para a reconstrução da Constituição a partir de sua interpretação e para o exame do caso concreto, em toda a sua inteireza, como meio de orientar as decisões judiciais futuras e de dar unidade ao direito.

Entretanto, em que pesem essas evidências de uma aproximação da ordem jurídica nacional com a teoria lógico-argumentativa do direito e da configuração da atuação do STF com o modelo de Corte Suprema de interpretação da Constituição Federal e de formação de precedentes normativos vinculantes, ainda existem resquícios significativos, em funcionamento, na própria

derar como reflexa a ofensa à Constituição afirmada no recurso extraordinário, por pressupor a revisão da interpretação de lei federal ou de tratado, remetê-lo-á ao Superior Tribunal de Justiça para julgamento como recurso especial”.

⁶³¹ MITIDIERO, 2017, p. 116.

⁶³² “Art. 998. O recorrente poderá, a qualquer tempo, sem a anuência do recorrido ou dos litisconsortes, desistir do recurso. Parágrafo único. A desistência do recurso não impede a análise de questão cuja repercussão geral já tenha sido reconhecida e daquela objeto de julgamento de recursos extraordinários ou especiais repetitivos”.

⁶³³ MITIDIERO, 2017, p. 117.

legislação, de uma visão cognitivista da relação entre texto e norma e de um modelo de separação extremada entre a função legislativa e a jurisdicional, indicadores do modelo revisional/de cassação. Um dos exemplos disso é a dificuldade do legislador ordinário em lidar com a diferença entre os precedentes e a jurisprudência, em especial da que é objeto de súmulas.

Como salienta a doutrina, “os precedentes não se confundem com a jurisprudência, assim como as Cortes Supremas não se confundem com as Cortes de Justiça”.⁶³⁴ Precedentes são as razões fáticas e jurídicas necessárias e suficientes que compõem a justificação das decisões judiciais, especialmente as prolatadas pelas Cortes Supremas, com o fito de, para além de solucionar casos concretos e “aplicar o direito à espécie”, servirem para orientar e vincular a interpretação e a aplicação das normas jurídicas, tanto na atuação das instâncias administrativas e judiciais do Estado constitucional, quanto na conduta dos indivíduos e da sociedade civil.⁶³⁵ “É a partir dessas linhas que o novo Código tem de ser interpretado”.⁶³⁶

O poder vinculante do precedente depende da força de sua argumentação, isto é, da justificativa judicial nele utilizada, que deve ser coerente e íntegra em relação a si mesma e ao ordenamento jurídico de que faz parte, a fim de mantê-la estável e garantir a igualdade e a segurança jurídica, além da tutela dos direitos fundamentais; nesse sentido, a previsão do art. 926 do CPC: “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. Também é da natureza do precedente estar sempre relacionado a um contexto fático e à sua respectiva implicação jurídico-normativa, também chamada de unidade fático-jurídica do caso⁶³⁷. “É por essa razão que normalmente se refere que os precedentes não operam sem referência a fatos”⁶³⁸; essa vinculação aos fatos da causa, de alguma forma, restou positivada pelo legislador no art. 926, §2º do CPC e no art. 489, §1º, incs. V e VI (ambos em sua parte final). Sob o ponto de vista funcional, a força vinculante da decisão judicial que a transmuda em um precedente depende da função do órgão jurisdicional da qual emana, de modo que, quanto às questões

⁶³⁴ MITIDIERO, 2017, p. 117..

⁶³⁵ *Ib ídem*, p. 127.

⁶³⁶ MARINONI; ARENHARDT; MITIDIERO, 2016, p. 147.

⁶³⁷ ZAGREBELSKY, 2008, p. 132.

⁶³⁸ *Ibidem*, p. 129. “Por essa razão, Rupert Cross e J. W. Harris, *Precedent in English Law* (1961), 4. ed. Oxford: Oxford University Press, 1991. p. 43, são enfáticos: ‘judgments must be read in the light of the facts of the case in which they are delivered’. Na mesma linha, Michele Taruffo, ‘Precedente e Giurisprudenza’, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, 2007. p. 712”.

constitucionais, por exemplo, a Corte com competência para dar a última palavra sobre a interpretação da Constituição Federal e, assim, vincular todo o ordenamento, a partir de um contexto fático-jurídico, é o Supremo Tribunal Federal, por meio do controle concentrado de constitucionalidade ou por meio do controle difuso, nesse caso, através do julgamento do recurso extraordinário.⁶³⁹ Essa força vinculante do precedente é algo inerente à lógica-argumentativa do direito, posto que é a interpretação do enunciado jurídico que o transmuda em norma jurídica e é esta que tem efeito, prescritivo, cogente ou normativamente vinculante.

Percebe-se que o Código não disse isso claramente, sendo bastante tímida a abordagem do legislador sobre o tema. Com efeito, o CPC menciona o termo “precedente” em apenas quatro disposições: nos arts. 926, §2º⁶⁴⁰; 927, §5º⁶⁴¹; e 489, §1º, incs. V e VI⁶⁴².⁶⁴³ Não obstante, é possível concluir que houve um enfoque minimamente necessário para deixar assentado que: i) o precedente diz respeito à aplicação da norma em um caso concreto, sendo essa relação indissociável para a consideração da decisão judicial como um precedente (art. 926, §2º); ii) a necessidade de ampla divulgação dos precedentes demonstra a importância da cognoscibilidade do sentido das normas jurídicas dado pela interpretação dos tribunais; iii) a importância dada às razões de decidir como elemento central de identificação do sentido das normas por meio da interpretação judicial e a necessidade de justificação judicial, inclusive à luz dos precedentes, como exigência para se considerar devidamente fundamentada uma decisão judicial, sob pena de sua invalidade (art. 489, §1º, V e VI c/c o art. 93, IX da CF/88).

⁶³⁹ ZAGREBELSKY, 2008, p. 132.

⁶⁴⁰ Art. 926 [...]. §2º. Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

⁶⁴¹ Art. 927 [...]. §5º. Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

⁶⁴² Art. 489. [...] § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

⁶⁴³ O CPC ainda se referia em outras duas passagens ao termo “precedente”, nos arts. 928, IV (“Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para: IV - garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência”) e art. 1.042, §1º, II (“§ 1º Sob pena de não conhecimento do agravo, incumbirá ao agravante demonstrar, de forma expressa: II - a existência de distinção entre o caso em análise e o precedente invocado, quando a inadmissão do recurso:”), modificados pela Lei nº 13.256, de 2016, com a supressão desses dispositivos e da referência aos precedentes.

A rigor, a adoção da teoria dos precedentes vinculantes não deveria decorrer exatamente do uso do termo “precedente” na legislação processual⁶⁴⁴, mas, em uma cultura ainda acostumada ao postulado lógico-dedutivo do texto da lei, essa providência seria assaz conveniente. O que transparece do texto positivado é que o legislador ordinário, não obstante os avanços, ainda está muitíssimo atrelado à lógica enunciativa e cognitivista das normas jurídicas; prova disso é a sua fixação, ainda, às súmulas como instrumento de “revelação” do sentido da lei. É o que se percebe nos seguintes dispositivos: art. 332, I e IV (improcedência liminar do pedido com base em súmula, que importa, inclusive em julgamento com resolução do mérito, art. 487, I); art. 496, §4º, I (dispensa de remessa necessária com base em súmula); art. 521, IV (dispensa de caução para cumprimento de sentença com base em súmula); art. 926, §1º (correspondência entre súmula e jurisprudência dominante); art. 927, II e IV (observância obrigatória das súmulas); art. 932, IV, “a”, e V, “a” (possibilidade do relator negar ou dar provimento, monocraticamente, ao recurso, com base em súmula); art. 955, parágrafo único, I (possibilidade do relator julgar, monocraticamente, conflito de competência, com base em súmula); art. 988, III (reclamação ao STF com base em violação de súmula vinculante); e art. 1.035, §1º, I (presunção de repercussão geral do recurso que impugnar acórdão que contrarie súmula do Supremo Tribunal Federal).

A súmula é, em uma palavra: um extrato.⁶⁴⁵ É um enunciado que visa a retratar de modo simples e resumido um conjunto de precedentes⁶⁴⁶. O problema, como aponta a doutrina, é que o enunciado sumular, ao invés de servir de “índice” de uma série de julgamentos de relações fático-normativas que se constituem em precedentes, acaba por atuar completamente dissociado deles, passando a exercer o caráter de enunciado geral e abstrato, tal como o texto legal, mas sobre o qual dificilmente se exerce uma análise mais profunda, por exemplo, para se verificar quais

⁶⁴⁴ Nesse sentido, Mitidiero afirma que o “problema da identificação do precedente e de sua aplicação não é um problema essencialmente legislativo. É claro que uma legislação apropriada a respeito pode prestar grande colaboração para adequada operação do sistema. Sem, contudo, uma *reforma cultural* – sem dúvida muito mais profunda e custosa do que qualquer outra – dificilmente se poderá contar com um processo civil efetivamente capaz de prestar tutela aos direitos levando em consideração as exigências que ressaem do trabalho com precedentes” (MITIDIERO, 2017, p. 126-127).

⁶⁴⁵ ZANETI JR, In: CABRAL et al. (Coord.), 2016. p. 429; MITIDIERO, 2017, p. 131.

⁶⁴⁶ A adoção do direito sumular, entre nós, tem origens bastante antigas nos assentos portugueses e foram inseridas no direito brasileiro, em 1963, por proposta do Min. Victor Nunes Leal. Sobre o tema, cf. RIBEIRO, 2014, p. 22-29.

foram as premissas fáticas e jurídicas, nos diversos casos subjacentes que ensejaram a sua formulação.⁶⁴⁷ Volta-se, assim, ao mesmo problema da interpretação cognitivista, em que o enunciado vale por si como norma jurídica, dado ser esta intrínseca ao texto, nesse caso não mais da lei, mas do verbete sumular, o que se revela como uma grave violação tanto ao princípio da legalidade, quanto à teoria dos precedentes⁶⁴⁸. Em suma, a preferência pela súmula resulta no retorno ao modelo oitocentista lógico-dedutivo que se almeja superar com o modelo de interpretação, de precedentes vinculantes e de Cortes Supremas.

O mais grave é que o dispositivo do Código que está no centro da temática dos efeitos vinculantes da jurisprudência unificadora dos Tribunais Superiores sobre as instâncias jurídicas a eles vinculadas, o art. 927, não se refere a precedentes, em sua acepção mais adequada⁶⁴⁹. Ao contrário, reforça significativamente a prevalência da força vinculante dos enunciados das súmulas desses tribunais e dos julgamentos de recursos repetitivos.

Está certo que o art. 926, §1º condiciona a edição de súmula, pelos tribunais, à sua correspondência com as circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação. A questão é se isso será realmente possível em um limite frasal tão curto quanto um enunciado sumular. Se nem as ementas dos julgados são suficientes para isso, que dirá os verbetes sumulares, sabidamente muito mais resumidos, ou como salienta a doutrina: “o precedente, e mais especificamente a *ratio decidendi*, não pode ser capturado e limitado por um texto, súmula etc., sob risco de deixar de ser *ratio decidendi*”⁶⁵⁰. A previsão legal, portanto, parece bastante incipiente para a tarefa que lhe foi legada de condicionar a súmula, como correspondência da jurisprudência dominante (art. 926, §1º), ao contexto fático-jurídico da causa julgada pelo tribunal (§2º). O ideal seria que o legislador tivesse dito que os precedentes – sumulados ou não – obrigam juízes e tribunais, já que, rigorosamente, não são as súmulas que obrigam, mas os precedentes, sejam eles subjacentes de súmulas ou não, e os quais devem ser entendidos, repita-se, como as razões fático-jurídicas de decidir do tribunal, ou seja, sobre a interpretação do texto normativo à luz de um caso concreto.

⁶⁴⁷ Por todos: STRECK; ABOUD, 2015, p. 76-90. Cf. também: idem. **Súmulas no Direito brasileiro**: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

⁶⁴⁸ Cf. FERRAJOLI, 2015, p. 140-143 e 206-209.

⁶⁴⁹ Nesse sentido, cf.: MITIDIERO, 2017, p. 130: “o art. 927 do CPC, disse ao mesmo tempo mais e menos do que deveria dizer. [...] deixa de arrolar hipóteses em que pode haver a formação de precedentes e arrola hipóteses em que pode não haver a formação de precedentes. Isso quer dizer que de um lado o art. 927 do CPC, deve ser visto como meramente exemplificativo e de outro deve ser visto como qualitativa e funcionalmente incompleto”.

⁶⁵⁰ STRECK; ABOUD, 2016.

De outro lado, o art. 489, §1º, V, ao condicionar a evocação da súmula como fundamento para decidir à identificação de seus fundamentos determinantes e à demonstração de que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos, vem em socorro da carência de conteúdo do art. 926, §2º. Nesse dispositivo está a chave principal da justificação judicial, como fundamentação adequada, coerente e com pressuposto de unidade do direito. Com ele a velha concepção da súmula como enunciado normativo é enfraquecida, exigindo-se a identificação da *ratio decidendi* do precedente para analogia com as circunstâncias fáticas e jurídicas do caso em julgamento e consequente aplicação do primeiro como fundamento da decisão atual. No caso do inc. VI, a súmula é tida como instrumento de vinculação, seguida da jurisprudência e do precedente⁶⁵¹, o qual só pode ser afastado com as ferramentas próprias do modelo lógico-argumentativo do *stare decisis*, a superação e a distinção; a primeira concernente à evolução jurídica por meio da interpretação (que deve advir, embora não dito ali, das Cortes Supremas de interpretação e de precedentes) e a segunda à necessária consideração dos fatos tratados tanto nos precedentes da súmula quanto dos fatos do caso em julgamento. É o art. 489, §1º, V e VI, ainda, que condiciona a observância das súmulas e demais decisões de observância obrigatória pelos juízes e tribunais à sistemática de precedentes, constituindo-se, por isso, em válvula de escape do aprisionamento da ordem jurídica pelo emaranhado de enunciados sumulares do §1º do art. 927.

⁶⁵¹ Ao colocar a “jurisprudência” como instrumento de vinculação da jurisdição, o legislador comete outro erro, segundo Mitidiero, ao não diferenciar precedente de jurisprudência e esta da “jurisprudência uniformizadora ou vinculante”. Cf. MITIDIERO, 2017, p. 131: “Se o conceito de precedente pode ser visto a partir de um prisma unitário na ordem jurídica brasileira, o mesmo não se passa com o conceito de jurisprudência, na medida em que é preciso distinguir entre a jurisprudência e a jurisprudência uniformizadora (ou vinculante). Em comum ambas têm apenas o fato de resultarem da interpretação formulada pelas Cortes de Justiça, isto é, pelos Tribunais Regionais Federais e pelos Tribunais de Justiça. Ao contrário da jurisprudência, a jurisprudência uniformizadora não constitui um conjunto de julgamentos de casos em um dado sentido. Como deixam claro os arts. 927, III e V, 947 e 976 a 987, do CPC, a jurisprudência uniformizadora depende mais da forma com que o julgamento é realizado – mediante incidente de assunção de competência, incidente de resolução de demandas repetitivas ou incidente de controle de constitucionalidade – do que propriamente da reiteração de vários julgados. Isso quer dizer que é possível distinguir a jurisprudência uniformizadora da jurisprudência a partir de três dados distintos: a jurisprudência uniformizadora é formal (sua formação depende de uma forma específica), independe da reiteração de julgamentos (basta um único julgamento) e é obrigatória. Em contraste, a jurisprudência não depende de uma forma específica, depende da reiteração de julgamentos e não é obrigatória. É um equívoco, portanto, tratar do conceito de jurisprudência no Código de 2015 sem levar em consideração essas distinções”.

Quanto às técnicas de julgamento em bloco, que incluem os recursos repetitivos, em que pese a sua importância na sistemática das Cortes Supremas, é certo que não se pode reduzir o conceito de precedentes a essa forma de julgamento⁶⁵² que é apenas uma das formas possíveis de formação de precedentes e, aliás, excepcionalmente utilizada em nosso ordenamento. O julgamento de recursos extraordinários, com repercussão geral admitida, além de contar com o filtro necessário à identificação da relevância geral da questão constitucional e à autonomia do STF, por outro lado, é muito mais comum e, mesmo assim, não é mencionado no dispositivo como hipótese vinculante, se não indiretamente de sua eventual configuração como recurso repetitivo. O art. 927 ainda peca seriamente por não deixar nem implícito que são as razões desses julgamentos (*ratio decidendi*) que interessam para a sistemática de precedentes vinculantes⁶⁵³; a salvação está no §1º do mesmo artigo, que remete ao art. 489, §1, que, em seus incs. V e VI, trata de maneira mais apropriada dos fundamentos das decisões das Cortes Supremas como de observância obrigatória por todos os juízes e tribunais nas fundamentações de suas respectivas decisões, sob pena de serem consideradas não fundamentadas e, portanto, nulas, nos termos do art. 93, IX, da CF/88.

A doutrina, contudo, aponta que falta, ainda, tanto ao STF quanto aos operadores do direito e àqueles que recorrem à última instância, a identificação das corretas funções tanto do recurso extraordinário quanto da própria Corte Suprema, sem o que esta se transforma em uma simples corte revisional ao alcance de todos, em qualquer caso em que haja algum tipo de arguição de violação à Constituição.⁶⁵⁴ A mudança na atuação do STF necessariamente deve estar acompanhada da exata noção de que a desobediência de seus precedentes, enquanto Corte Suprema,

⁶⁵² O agrupamento ou a seleção de determinados processos para julgamento de questões relevantes por um órgão colegiado específico do tribunal não é tanto uma inovação do CPC/15, eis que, desde o advento da Lei n. 10.352/01, que criou o incidente de *assunção de competência*, por meio do art. 555, §1º do CPC/73, tem-se algo nesse sentido. Assim dispunha o referido dispositivo: “Art. 555. [...] § 1º. Ocorrendo relevante questão de direito, que faça conveniente prevenir ou compor divergência entre câmaras ou turmas do tribunal, poderá o relator propor seja o recurso julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar; reconhecendo o interesse público na assunção de competência, esse órgão colegiado julgará o recurso”. Nesse sentido, Dinamarco já via a inovação como algo afinado com “a escalada pela valorização da jurisprudência no direito brasileiro, na medida em que visa a criar precedentes a serem acatados em futuros julgamento colegiados ou monocráticos”. O autor ainda elenca uma série de situações em que estria presente o *interesse público* subjacente à hipótese de aplicação da referida assunção. (DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma da reforma**. 4ª ed. São Paulo: Malheiro, 2003, p. 135-136).

⁶⁵³ MITIDIERO, 2017, p. 132.

⁶⁵⁴ Como bem observa Clara Moreira Azzoni: “Seja pelo uso indevido e abusivo dos recursos especial e extraordinário pelos operadores de direito, seja pelas impropriedades dos próprios Tribunais Superiores, que muitas vezes atuam conscientemente como mera corte de revisão [...], esses recursos assumiram, inevitavelmente, o papel de *recursos de ampla e irrestrita revisão*. O Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, por sua vez, acabaram por se tornar, em larga medida, órgãos responsáveis pelo *terceiro grau de jurisdição*” (AZZONI, Clara Moreira. **Recurso especial e extraordinário**: aspectos gerais e efeitos. São Paulo: Atlas, 2009, p. 11).

pelos seus próprios membros (vinculação horizontal) ou pelos juízes das demais instâncias judiciárias (vinculação vertical), constitui um erro grave e, portanto, não pode ser visto como algo normal dentro do sistema jurídico⁶⁵⁵. Entretanto, o que vemos na prática é o oposto ou aquilo que essa mesma concepção critica: o próprio STF contrariando seus precedentes e o Poder Judiciário continuando com a prática de “divergir” da jurisprudência da Corte Suprema. Trata-se de mais um indicativo de que a ideia do Supremo como um Corte de interpretação vinculante ainda não foi absorvida pelo sistema. Em um modelo que entende a norma a partir de sua interpretação e a jurisprudência, portanto, como fonte primária do direito, a violação do sentido emprestado ao texto constitucional pelo Supremo Tribunal Federal deve ser entendida como uma violação à própria Constituição⁶⁵⁶. É certo que existem mecanismos dentro desse mesmo sistema de vinculação de precedentes que permitem o não-seguimento das razões dos precedentes, mas que exigem igual ou maior grau de justificação judicial, a exemplo da superação e da distinção entre este e o caso posterior em julgamento⁶⁵⁷. Esses instrumentos lícitos de evolução do direito, porém, não parecem estar sendo usados propriamente; em verdade, parecem ainda desconhecidos dos operadores do direito, acostumados à clássica sistemática do “livre” convencimento e da jurisprudência como meio de persuasão do juiz. Não se nota a noção de que somente o Supremo Tribunal Federal, enquanto responsável pela formação do precedente constitucional, pode dele afastar-se legitimamente e mesmo assim, com robusta fundamentação para tanto, a fim de não violar, ele mesmo, a força vinculante do precedente atribuída pela regra do *stare decisis*.⁶⁵⁸ Permanece, ainda, o equívoco de imaginar que os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais (as Cortes de Justiça, em geral) podem se afastar dos precedentes do Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade, simplesmente por não concordarem com as razões e as soluções neles formuladas, sem realizar a devida distinção entre o caso em julgamento e o precedente ou a argumentação de superação da interpretação precedente.⁶⁵⁹

⁶⁵⁵ Como vimos no tópico 2.3.3.

⁶⁵⁶ MITIDIERO, 2017, p. 112.

⁶⁵⁷ STRECK; ABOUD, 2015, p. 136-139.

⁶⁵⁸ MITIDIERO, 2017, p. 123.

⁶⁵⁹ *Ibidem*; STRECK; ABOUD, 2015, p. 136-139.

Vê-se, portanto, que, mesmo na legislação interna mais aproximada da teoria lógico-argumentativa, há uma oscilação ainda não completamente resolvida entre o modelo de Cortes Superiores e o modelo de Cortes Supremas, com uma tendência moderna, com forte influência da doutrina, da legislação e da jurisprudência internacional, no sentido de se priorizar a atuação das Cortes de Vértice como Cortes Supremas de Interpretação e de Precedentes, o que inclui, sem dúvida o Supremo Tribunal Federal e a disciplina do recurso extraordinário, como principal instrumento de desempenho de sua função precípua: a de guardião da Constituição Federal. O caminho para isso está traçado, mas ainda é longo e depende de uma mudança radical em nossa cultura jurídica, que não se iniciou com o CPC de 2015, mas teve nele sua principal reafirmação e evolução.⁶⁶⁰

Com efeito, a verdadeira mudança no modelo de atuação do STF depende muito mais da maneira como nós o pensamos⁶⁶¹ e, mais do que isso, como a sociedade em geral e a comunidade jurídica em especial enxergam a atuação da sua Corte Constitucional de Vértice e como serão, a partir, daí interpretados os textos constitucionais e infraconstitucionais que regem a função precípua do STF de guardião da Constituição Federal. A forma como o Supremo atuará será necessariamente reflexo de interpretação de seu papel na ordem jurídica. É dessa interpretação que vai nascer (ou vai morrer) a configuração desejada dessa Corte. Por ora, é preciso reconstruir, tanto teórica quanto pragmaticamente, o sentido dela, se se quiser alterar o modelo de Corte em vigor. Nesse sentido, a lição de Zagrebelsky acerca da força da ideia sobre as previsões legais:

A ideia é tão determinante que às vezes, quando está particularmente viva e é amplamente aceita, pode inclusive prescindir-se da “coisa” mesma[...]. E, ao contrário, quando a ideia não existe ou se dissolve em uma variedade de perfis que cada qual alimenta a seu gosto, o direito “positivo” se perde em uma Babel de línguas incompreensíveis entre si [...].⁶⁶²

Sem dúvida, o Supremo Tribunal Federal, ocupa a posição de Corte de Vértice em nosso ordenamento, sendo a instituição judiciária responsável por dar a última palavra acerca das normas constitucionais, especialmente após o advento da Constituição Federal de 1988 e com significativa reforço da Emenda Constitucional n. 45/04, que positivou o principal instrumento de autogoverno de nossa Corte Constitucional e de mudança do paradigma da nomofilaquia de

⁶⁶⁰ Nesse sentido, cf.: OLIVEIRA, Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**: proposta de um formalismo-valorativo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁶⁶¹ MITIDIERO, 2017, p. 93 e 126-127

⁶⁶² ZAGREBELSKY, 2008, p. 9 (tradução livre).

controle para o paradigma da nomofilaquia de interpretação do recurso extraordinário: a repercussão geral (art. 102, §3º). Isso não anula, por certo, outras funções que desempenha, como a de Corte de Justiça, nas competências que tem nessa qualidade (art. 102, I e II), nem anula a sua função de Corte de Controle da atividade judicial, quando isso é necessário (em especial no julgamento de HC, RHC, MS e Rcl, sem prejuízo de que isso também ocorra pela via do RE, quando também necessário, mediante juízo de relevância e transcendência); apenas, nos casos em que exerce sua competência extraordinária (inc. III), retira-lhe a preponderância da atuação de controle de legitimidade das decisões judiciais (à luz da Constituição), para se priorizar, ao menos no que parte da doutrina aponta como ideal, a sua função como Corte Suprema de interpretação do texto constitucional e de formação de precedentes para a promoção da unidade do direito⁶⁶³.

Se a legislação ainda deixa dúvidas quanto à forma de atuação do STF para o alcance do predicado de Corte Suprema, o resultado de seu trabalho deixa a sua situação ainda mais complicada. Como vimos, a função precípua do STF, de guardião da Constituição (art. 102, *caput*), coincide com a maior parte dos processos de sua pauta, dos quais a maioria esmagadora (64%) está relacionada ao controle difuso de constitucionalidade, isto é, são recursos extraordinários ou seus sucedâneos, os agravos para subida do RE. Essa problema não é novo, como veremos adiante, mas acompanha o STF praticamente desde a sua fundação no fim do século XIX e sempre esteve relacionado à sua competência nomofilática e uniformizadora do ordenamento jurídico (constitucional ou federal, conforme a época) e ao instrumento processual correspondente a tal função, o recurso extraordinário; daí se falar, em diversos momentos da história do Tribunal em “crise do STF” e em “crise do RE”. Disso se extrai que a função precípua de nossa Corte Suprema está intimamente ligada ao recurso extraordinário, mas que essa relação sempre foi conflituosa com a eficiência no desempenho de sua missão constitucional, reclamando diversas tentativas de solução das “crises”, tanto quantitativas, quanto qualitativas da prestação jurisdicional superior. Entre essas soluções, uma das mais recentes e mais empolgadas pela

⁶⁶³ Certo é, porém, que existem vozes no sentido de que o STF deve manter a sua função de controle da atividade judicial, como forma de alcançar, como objetivo primordial da jurisdição, o ideal da justiça. Segundo essa linha de pensamento, a pretensão de correção do ordenamento jurídico só pode ser viabilizada mediante um amplo controle de constitucionalidade da atividade judicial, o que implica na impossibilidade de se limitar o direito subjetivo de se demandar ao STF a correção da inconstitucionalidade das decisões judiciais. Nesse sentido, conferir o trabalho acadêmico de Carla Maia Matos (2014, p 106-115).

doutrina e pelo próprio STF foi a instituição de um filtro de acesso à sua jurisdição, como já sabemos, a necessidade de demonstração, pelo recorrente, da repercussão geral da questão constitucional objeto de seu recurso extraordinário (art. 102, §3º). É por essas razões que nosso estudo prosseguirá, no capítulo seguinte, com um breve exame do recurso extraordinário, seguido de um estudo das crises antecedentes, no plano externo e interno, à instituição constitucional da repercussão. Posteriormente, trataremos dos aspectos gerais desse instituto para, por fim, adentrarmos o objeto principal de pesquisa do presente trabalho, que é a definição do que seja repercussão geral no âmbito dos recursos extraordinários em matéria criminal, a partir da análise das decisões proferidas nos últimos 10 anos pelo órgão com legitimidade para delimitar o alcance desse filtro recursal: o Supremo Tribunal Federal.

3. A FUNÇÃO E A IMPORTÂNCIA DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

A função precípua do Supremo Tribunal Federal de guardião da Constituição Federal é algo indissociável do papel instrumental que o recurso extraordinário desempenha no controle difuso de constitucionalidade; senão a atribuição mais importante do STF, sem dúvida a mais demandada⁶⁶⁴, daí a importância de algumas breves considerações sobre o recurso. De outro lado, no espectro restrito de estudo do presente trabalho, a compreensão do lugar ocupado pelo recurso extraordinário é importante para a compreensão da importância da própria repercussão geral, enquanto institutos intimamente ligados pela própria normativa constitucional.

Nos termos da Constituição Federal:

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

III- julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- 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”.

A disciplina legal do recurso extraordinário está majoritariamente prevista nos arts. 1.029 a 1.042 do Código de Processo Civil. No Código de Processo Penal, a maior parte das disposições que disciplinavam o RE criminal foram revogadas⁶⁶⁵, socorrendo-se os operadores do direito processual penal da disciplina cível do instituto, via de regra. Finalmente, no âmbito do Regimento Interno do STF, o processamento do RE está disciplinado nos arts. 321 a 329.

3.1. ORIGEM

⁶⁶⁴ Como vimos no tópico 2.4.

⁶⁶⁵ Os arts. 632 a 636 foram revogados pela Lei 3.396/58.

Quanto à sua origem, ensina a doutrina⁶⁶⁶ que “o recurso extraordinário, do sistema brasileiro, foi criado à semelhança do *writ of error* norte-americano” e inspirado no *Judiciary Act*, de 24 de setembro de 1789, dos Estados Unidos da América⁶⁶⁷, que em seu art. 25 dispunha sobre a possibilidade de revisão, para ser cassada ou confirmada, a decisão das Cortes estaduais que versasse sobre questão de validade contestada em face da legislação federal, nela incluída a Constituição⁶⁶⁸. O instituto em questão sofreu alterações, sendo logo substituído pelo *writ of certiorari* (de origem inglesa)⁶⁶⁹, mas visava, sobretudo, a afirmar “o princípio da hierarquia das leis e a assegurar a unidade e a autoridade das leis federais na sua aplicação pelos tribunais

⁶⁶⁶ SANTOS, Moacyr Amaral dos. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 3, p. 159-160. Nesse sentido, também: MACIEL, Adhemar Ferreira. Restrição à admissibilidade de recursos da Suprema Corte dos Estados Unidos e no Supremo Tribunal Federal do Brasil. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado (Coord.). **Meios de impugnação ao julgado civil**: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 32; AMARAL NETO, 2013, p. 22-23.

⁶⁶⁷ Nesse sentido: THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, vol. III, p. 1106. Araken de Assis também destaca que: “A criação desse meio de impugnação se baseou em dois modelos bem discerníveis. Em primeiro lugar o *writ of error* norte-americano, posteriormente designado de *writ of appeal* e, desde 1928, praticamente abandonado, remédio instituído pelo *Judiciary Act* de 1789. Essa lei alargou a competência recursal da Suprema Corte, permitindo a revisão dos pronunciamentos finais dos tribunais dos Estados-membros para garantir a supremacia da Constituição e das leis federais. O acesso à Suprema Corte, hoje, realiza-se por intermédio do *writ of certiorari*” (ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. 5. ed. em e-book baseada na 9. ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, 12.78). Cf. também: MANCUSO, 2010, p. 49-50. Cf. também: FRANCISCO, 2011, p. 69; MADRUGA, Tatiana Cláudia Santos Aquino. **O filtro da repercussão geral nos recursos extraordinários por meio da análise dos temas julgados pelo Supremo Tribunal Federal**. 2015. 253 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Programa de Pós-graduação em Direito Processual, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2015, p. 41-43.

⁶⁶⁸ “SEC. 25. *And be it further enacted, That a final judgment or decree in any suit, in the highest court of law or equity of a State in which a decision in the suit could be had, where is drawn in question the validity of a treaty or statute of, or an authority exercised under the United States, and the decision is against their validity; or where is drawn in question the validity of a statute of, or an authority exercised under any State, on the ground of their being repugnant to the constitution, treaties or laws of the United States, and the decision is in favour of such their validity, or where is drawn in question the construction of any clause of the constitution, or of a treaty, or statute of, or commission held under the United States, and the decision is against the title, right, privilege or exemption specially set up or claimed by either party, under such clause of the said Constitution, treaty, statute or commission, may be re-examined and reversed or affirmed in the Supreme Court of the United States upon a writ of error, the citation being signed by the chief justice, or judge or chancellor of the court rendering or passing the judgment or decree complained of, or by a justice of the Supreme Court of the United States, in the same manner and under the same regulations, and the writ shall have the same effect, as if the judgment or decree complained of had been rendered or passed in a circuit court, and the proceeding upon the reversal shall also be the same, except that the Supreme Court, instead of remanding the cause for a final decision as before provided, may at their discretion, if the cause shall have been once remanded before, proceed to a final decision of the same, and award execution. But no other error shall be assigned or regarded as a ground of reversal in any such case as aforesaid, than such as appears on the face of the record, and immediately respects the before mentioned questions of validity or construction of the said constitution, treaties, statutes, commissions, or authorities in dispute*”. Disponível em: <http://avalon.law.yale.edu/18th_century/judiciary_act.asp>. Acesso em: 24 mar. 2018.

⁶⁶⁹ MACIEL, 2007, p. 35. Segundo a doutrina, essa origem no direito inglês, contudo, não permite concluir “que o recurso extraordinário brasileiro tenha suas origens no direito inglês, ou que o ‘writ of error’ inglês teria sido fonte remota do recurso extraordinário, pois o legislador brasileiro inspirou-se [diretamente no modelo] concebido pela Lei Judiciária Norte Americana de 1789” (MEDINA, José Miguel Garcia. **O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial**. 6. ed. São Paulo: RT, 2012, p. 27, nota de rodapé 20).

locais, resguardando-se, assim, a força e a obrigatoriedade uniformes da Constituição e das leis federais em todo o território nacional”.⁶⁷⁰ Há, ainda, vozes no sentido de que sua origem também tem raízes no direito argentino⁶⁷¹, mas é cediço que nosso primeiro paradigma foi a Constituição Federal dos EUA, como também foi para a Argentina e outros países de língua espanhola, explicando-se a influência da vizinha latino-americana apenas como um desdobramento da primeira e, portanto, de forma secundária.⁶⁷² O que chama a atenção no instituto do recurso extraordinário é o fato de que poucos foram os institutos processuais brasileiros adaptados da *common law*, já que nossas matrizes processuais têm sua origem bem clara nos modelos europeus⁶⁷³; o recurso extraordinário é, portanto, uma exceção, em termos de fonte de inspiração, dentro de nosso ordenamento jurídico.⁶⁷⁴

⁶⁷⁰ Em verdade, como aponta Rodolfo Camargo Mancuso, durante o Império e, portanto, antes de ser promulgada nossa primeira Constituição republicana, em 1891, o Decreto n. 510, de 22.06.1890, do Governo Provisório, em seu art. 58, III já previa que: “Art. 58. Ao Supremo Tribunal Federal compete: III. Rever os processos findos, nos termos do art. 78. a) quando se questionar sobre a validade, ou a applicabilidade de tratados e leis federaes, e a decisão do tribunal do Estado for contra ella; b) quando se contestar a validade de leis ou actos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federaes e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos os actos, ou leis impugnados” (MANCUSO, 2010, p. 66). Segundo anota José Afonso da Silva, anteriormente, a Constituição Imperial também já houvera acolhido um recurso proveniente das fontes portuguesas, destinado ao Supremo Tribunal de Justiça: o *recurso de revista* (arts. 163 e 164, I), o qual estava vocacionado “à defesa da lei em teses e ao respeito do seu império, de seu preceito abstrato, indefinido, sem se envolver diretamente na questão privada ou no interesse das partes litigantes”. Não obstante, na sequência, a República preferiu “importar” o modelo norte-americano e, segundo José Afonso da Silva, “como sempre acontece, quando se adota técnica existente em sistema cultural diferente, o recurso sofreu, aqui, os azares da incompreensão, o que certamente não ocorreria se proviesse de uma evolução da revista” (SILVA, José Afonso da. **Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro**. São Paulo: RT, 1963, p. 31).

⁶⁷¹ Nesse sentido, Araken de Assis: “E, ademais, fitou-se atentamente o modelo consagrado no polo de atração da política externa do Império brasileiro, a permanente rival República Argentina, e a ‘apelação’ – posteriormente também designada de recurso extraordinário – para a respectiva Corte Suprema, cabível contra sentenças definitivas dos tribunais superiores das províncias” (ASSIS, 2017, p. 12.78). Cf. também: TOURINHO FILHO, 2013, v. 4, p. 566; LIMA, Marcellus Polastri. **Curso de processo penal**. 9. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 1292-1293. Cf. também: FRANCISCO, 2011, p. 71.

⁶⁷² MACIEL, 2007, p. 32.

⁶⁷³ AMARAL NETO, 2013, p. 26.

⁶⁷⁴ Nesse sentido, Luiz Fux: “O modelo no qual se inspirou nosso legislador não é o europeu, como de resto se verifica nos institutos processuais em geral. Nesse particular, a nossa fonte é norte americana e precisamente o *judiciary act* de 1789, que instituiu a competência da Corte Suprema, para apreciar recursos de decisões ‘locais’ que violassem a ordem central [...] exatamente a necessidade de controle das decisões locais violadoras de interesses centrais é que fez exsurgir no direito americano o ‘*writ of error*’ como versão do nosso Recurso Extraordinário. A importação em segunda linha do direito argentino nos legou, definitivamente, o Recurso Extraordinário”. (FUX, Luiz. Repercussão geral e o recurso extraordinário: lei 11.418/06 com entrada em vigor em 21.02.2007. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antonio Celso Alves (Coord.). **Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Celso D. de Albuquerque Mello**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 1084).

Semelhantemente, o instituto em questão foi trazido à nossa legislação, logo após a proclamação da República e adotada a forma federativa de Estado (que exigia o controle da aplicação das leis federais pelos Estados⁶⁷⁵), pelo Decreto nº 848, de 11/10/1890⁶⁷⁶, o qual, organizando a Justiça Federal, criou o Supremo Tribunal Federal e conferiu-lhe, no art. 9º, II, parágrafo único, competência para conhecer e julgar o recurso, ainda então inominado.⁶⁷⁷

Tal recurso foi mantido por todas as Cartas Constitucionais posteriores⁶⁷⁸, recebendo, por ocasião da Constituição de 1934 (art. 76, 2, III), a designação de “extraordinário”,⁶⁷⁹ não obstante essa mesma nomenclatura já constasse do Regimento Interno do STF, desde 26/02/1891.⁶⁸⁰ Segundo a doutrina, a denominação adveio “da especialidade do recurso de tutelar a autoridade e a aplicação da Constituição, dos tratados e das leis federais nos casos excepcionais previstos na própria Constituição”⁶⁸¹. Em síntese, “o recurso extraordinário era destinado a atacar tanto as decisões que afrontavam a Constituição Federal quanto aquelas que violavam a lei federal”.⁶⁸²

⁶⁷⁵ Nesse sentido, Tourinho Filho: “Constituiu e constitui um dos imperativos do regime federativo, com organização de justiça própria e autônoma de cada Estado da União, a instituição de um recurso da índole do recurso extraordinário. E a razão foi dada por Epiácio Pessoa: reconhecida a soberania da União e proclamada a obrigatoriedade das leis federais em todo o território da República, forçoso é colocar essas leis sob a proteção de um Tribunal Federal que lhes possa restabelecer a supremacia quando desconhecida ou atacada pela magistratura dos Estados” (TOURINHO FILHO, 2013, v. 4, p. 564). Sobre a citação a Epiácio Pessoa, cf. PESSOA, Epiácio *apud* ABREU, Florêncio. **Comentários ao CPP**. Rio de Janeiro: Forense, 1945, v. 5, p. 490.

⁶⁷⁶ De acordo com José Afonso da Silva, o art. 9º, parágrafo único, do Decreto n. 848/1890 era uma “cópia quase *ipsis litteris* dos textos americanos sobre o *writ of error*”: “Paragrapho unico. Haverá tambem recurso para o Supremo Tribunal Federal das sentenças definitivas proferidas pelos tribunales e juizes dos Estados: a) quando a decisão houver sido contraria à validade de um tratado ou convenção, á applicabilidade de uma lei do Congresso Federal, finalmente, à legitimidade do exercicio de qualquer autoridade que haja obrado em nome da União - qualquer que seja a alçada; b) quando a validade de uma lei ou acto de qualquer Estado seja posta em questão como contrario à Constituição, aos tratados e ás leis federaes e a decisão tenha sido em favor da validade da lei ou acto; c) quando a interpretação de um preceito constitucional ou de lei federal, ou da clausula de um tratado ou convenção, seja posta em questão, e a decisão final tenha sido contraria, á validade do titulo, direito e privilegio ou isenção, derivado do preceito ou clausula. (SILVA, José Afonso da. **Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro**. São Paulo: RT, 1963, p. 31). O texto inspirador norte-americano a que o autor se refere é o da *Section 25* do *Judiciary Act* de 24.09.1789, cf. nota n. 4, acima.

⁶⁷⁷ ASSIS, 2017, 12.78. Nesse sentido, cf. também: AMARAL NETO, 2013, p. 32-33; MATOS, 2014, p. 52; FRANCISCO, 2011, p. 72.

⁶⁷⁸ Como vimos no tópico 1.10.

⁶⁷⁹ AMARAL NETO, 2013, p. 37-38.

⁶⁸⁰ “CAPÍTULO VII. DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS DAS SENTENÇAS DEFINITIVAS DAS JUSTIÇAS DOS ESTADOS E DO DISTRICTO FEDERAL. Art. 99. Os recursos extraordinarios interpostos das sentenças proferidas em ultima instancia pelas justiças dos Estados ou do Districto Federal no casos expressos nos arts. 59 III §1º e 61 da Constituição, art. 9º II letra b e § único, IV, e art. 16 do Decr. n. 848 de 11 de Outubro de 1890, serão julgados pelo modo actualmente prescripto no art. 221 do Dec. N. 1030 de 14 de Novembro de 1890 para as revistas manifestadas para o Extincto Supremo Tribunal de Justiça”.

⁶⁸¹ SANTOS, 2008, p. 165.

⁶⁸² JORGE, 2013, p. 47.

Essa configuração do recurso extraordinário somente foi significativamente modificada com a Constituição de 1988, que, criando o Superior Tribunal de Justiça, atribuiu-lhe a parte antes também relegada ao Supremo Tribunal Federal de intérprete máximo da legislação federal infraconstitucional, por meio do recurso especial, previsto no art. 105, inc. III da Carta Magna. Ao STF, a partir de então, estreitou-se a competência para o exame das questões constitucionais, na via direta e concentrada das ações de controle de constitucionalidade (arts. 102, I, “a”, e §1º; 103, §2º; 36, III c/c 129, IV) e na via indireta e difusa, por meio do recurso extraordinário (art. 102, III), além de outras competências de natureza ordinária (incs. I e II)⁶⁸³, ficando as questões federais a cargo do STJ.

O recurso extraordinário, originalmente previsto para o controle da atividade jurisdicional com vistas à garantia da aplicação e da uniformização do direito constitucional e infraconstitucional, de competência única do STF, cindiu-se, a partir da CF/88, portanto, em dois institutos com finalidades igualmente nomofiláticas, mas separados pela matéria a ser tratada nos fundamentos do recurso: a constitucional continuaria com o STF e com o recurso extraordinário como meio de impugnação da decisão e de provocação daquele Tribunal, e a matéria infraconstitucional federal, passaria ao STJ, assim como o meio de impugnação passaria a ser o novel recurso especial.⁶⁸⁴

Nesse sentido, a partir da CF/1988, “o âmbito do recurso extraordinário se restringiu ao de vetor do controle difuso de constitucionalidade, inserindo-se na mutação da competência do STF, convertido mais do que nunca em corte constitucional, sem embargo de outras atribuições de

⁶⁸³ Sobre os quais tecemos algumas considerações no tópico 2.2.

⁶⁸⁴ Para Didier Jr e Cunha: “O recurso especial, na verdade, é fruto da divisão das hipóteses de cabimento do recurso extraordinário para o STF (antes da CF/88), que servia como meio de impugnação da decisão judicial por violação à Constituição e à legislação federal. Com a criação do STJ, pela CF/88, as hipóteses de cabimento do antigo recurso extraordinário foram repartidas entre o STF e o STJ. O recurso especial nada mais é do que um recurso extraordinário para o STJ” (DIDIER JR., Fredie, CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de direito processual civil**: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2014, vol. 3, p. 241). Nesse sentido, também afirma Tourinho Filho que: “O recurso especial é o antigo recurso extraordinário que versava sobre direito federal e tratado. Ele sofreu duas alterações: 1ª) sua competência se deslocou para o STJ, com o *nomen iuris* de especial; 2ª) é oponível contra decisões de Tribunais Estaduais, Distrito Federal e Territórios e Tribunais Regionais Federais. [...] com o advento da Constituição de 1988, a fim de evitar uma sobrecarga para o STF, e ao mesmo tempo erigi-lo à posição excepcional de Corte Constitucional, o recurso extraordinário ficou restrito à matéria constitucional. Por meio dele se levam ao conhecimento daquela Augusta Corte decisões de quaisquer Tribunais do País que hajam, desta ou daquela forma, afrontado a Lei Maior. Assim, somente as questões federais de índole constitucional é que são hoje objeto do *apelo excepcional*, tal como se vê no art. 102, III, *a, b, c e d*, da CF” (TOURINHO FILHO, 2013, v. 4, p. 563-564).

menor significação”.⁶⁸⁵ A criação do STJ, pela Constituição de 1988, ao contrário de diminuir a importância do STF, posicionou-o no mais alto grau da estrutura judiciária pátria e consolidou seu papel institucional de guardião da Constituição Federal.⁶⁸⁶

Hoje, portanto, na vigência da Constituição Federal de 1988, em especial com as modificações operadas pela EC n. 45/04, o recurso extraordinário aproxima o STF ainda mais de sua função precípua de guardião da Constituição, na medida em que, restringido o espectro das matérias passíveis de impugnação por essa via às questões puramente constitucionais, fica a própria atuação do STF praticamente circunscrita ao exame da constitucionalidade das decisões judiciais proferidas em única ou última instância, não havendo que se ocupar mais (como no período pré-CF/88) das questões referentes ao ordenamento infraconstitucional, dada a competência do STJ para fazê-lo pela via do recurso especial.

3.2. NATUREZA JURÍDICA

A respeito das classificações dos institutos jurídicos, o que normalmente se faz sob o termo “natureza jurídica”, parece não haver dissenso doutrinário quanto a ser o recurso extraordinário um meio de impugnação das decisões judiciais⁶⁸⁷, os quais, em nosso sistema, coexistem em duas grandes ordens: a dos recursos e a das ações autônomas de impugnação.

⁶⁸⁵ ASSIS, 2017, 12.79. De acordo com Capez (CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 869): “Até o advento da Constituição Federal de 1988, o recurso extraordinário possuía um espectro de abrangência bem maior, pois versava, além de matéria constitucional, também sobre questões federais de natureza infraconstitucional, tarefa que hoje é atribuída ao Superior Tribunal de Justiça. Tutelava, desta forma, também, a uniformidade da aplicação da legislação federal. Todavia, a Constituição vigente, ao criar o Superior Tribunal de Justiça (STJ), outorgou-lhe, no art. 105, III e alíneas, competência para conhecer e decidir de questão federal de natureza infraconstitucional, suscitada e decidida pelos Tribunais Regionais Federais, pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, substituindo, nesse mister, o Supremo Tribunal Federal, o qual, a partir de então, passou a conhecer e a decidir tão-só questões relativas à Lei Maior, sendo elevado, portanto, à categoria de Corte Constitucional”.

⁶⁸⁶ “Insólita discussão travou-se quando da criação desse novo Tribunal, entendendo alguns que isso significaria uma *capitis diminutio* da importância do S.T.F. Evidentemente que, muito pelo contrário, a desvinculação da matéria infraconstitucional reforça a importância e a posição do S.T.F. Ao S.T.F. resta a tarefa de defesa da Constituição. Ao S.T.J. cumpre a tarefa de defesa e unificação do Direito federal (TAVARES, 2015, p. 937).

⁶⁸⁷ Nomeando-os de “remédios”, Marcus Vinicius Rios Gonçalves esclarece que os meios de impugnação são mecanismos previstos no ordenamento jurídico que têm por finalidade sanar os atos processuais de eventuais vícios, de forma ou conteúdo. O recurso está entre eles, pois objetiva purgar as decisões judiciais de eventuais erros (GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito processual civil esquematizado**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 538-539).

A diferença básica entre as duas categorias reside na circunstância de os recursos serem interpostos dentro da mesma relação jurídica processual⁶⁸⁸, prolongando o direito de ação⁶⁸⁹ e a discussão da lide, adiando, assim, a decisão final e alguns ou todos os seus efeitos (em especial o efeito da imutabilidade da decisão ou coisa julgada)⁶⁹⁰, ao passo que as ações autônomas de impugnação são instauradoras de uma nova relação jurídica processual, que visa à modificação ou cassação de uma decisão judicial proferida em outro processo (não necessariamente coberta pela coisa julgada, como no caso do *habeas corpus*)⁶⁹¹. É ponto comum a ambos, porém, a irresignação humana como força motriz e razão de ser dos mesmos⁶⁹², já que, “psicologicamente, o recurso corresponde a uma irresistível tendência humana” e tem sua origem em duas

⁶⁸⁸ Nesse sentido: GONÇALVES, 2015, p. 538; NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria geral dos recursos**. 7. ed. São Paulo: RT, 2014, p. 203; DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil**. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 791-792.

⁶⁸⁹ “O recurso pode ser considerado como uma extensão do próprio direito de ação ou de defesa. Trata-se de uma impugnação, realizada voluntariamente pela parte, de uma decisão em lhe é desfavorável, em um processo em curso” (WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 14. ed. São Paulo: RT, 2014, p. 669). No mesmo sentido: ASSIS, 2017, 1.2.1, define que o recurso se distingue da ação, como desdobramento desta, e se distingue dos meios de impugnação por serem estas ações autônomas. O autor enumera três diferenças entre a interposição do recurso e o ajuizamento da ação, as quais, segundo ele, permanecem, ainda hoje, intocáveis: “(a) a dedução do pedido recursal não se reveste das mesmas formalidades do pedido originário, exceto por imposição de norma expressa [...]; (b) não se promove a citação do recorrido; (c) prescinde-se da juntada de novo instrumento de mandato, porque o preexistente já habilita o procurador a praticar “todos os atos do processo”.

⁶⁹⁰ GONÇALVES, 2015, p. 538: “A interposição de recurso impede ou retarda a preclusão ou coisa julgada: enquanto há recurso pendente, a decisão ou sentença não se tornam definitiva, nem seus efeitos imutáveis. Para tanto, é preciso que se tenha esgotado o prazo para interposição dos recursos ou que aqueles que tenham sido interpostos hajam sido apreciados, não cabendo outros”.

⁶⁹¹ JORGE, 2013, p. 32; CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 59-60. Também: WAMBIER; TALAMINI, 2014, p. 669: “Só se interpõem recursos de decisões proferidas em processos vivos. No direito brasileiro, decisões proferidas em processos findos são impugnáveis por meio de ações impugnativas autônomas”. Cf. DIDIER JR; CUNHA, 2014, vol. 3, p. 23- 24: “O recurso é o meio de impugnação da decisão judicial utilizado dentro do mesmo processo em que é proferida. Pelo recurso, prolonga-se o curso (a litispendência) do processo. [...] A *ação autônoma de impugnação* é o instrumento de impugnação da decisão judicial pelo qual se dá origem a um processo novo, cujo objetivo é o de atacar/interferir em decisão judicial. Distingue-se do recurso exatamente porque não é veiculada no mesmo processo em que a decisão recorrida fora proferida. São exemplos: a ação rescisória, a *querela nullitatis*, os embargos de terceiro, o mandado de segurança e o *habeas corpus* contra ato judicial e a reclamação constitucional”. Os autores ainda acrescentam uma terceira categoria de meios de impugnação: os *sucedâneos recursais*, que seriam “todo meio de impugnação de decisão judicial que nem é recurso nem é ação autônoma de impugnação. Trata-se de categoria que engloba todas as outras formas de impugnação de decisão. São exemplos: pedido de reconsideração, pedido de suspensão de segurança (Lei Federal n. 8.437/1992. Art. 4º; Lei Federal n. 12.016/2009, art. 15), a remessa necessária (CPC, art. 45) e a correição parcial”. (idem). No processo penal, destaca-se como meio de impugnação autônomo, além dos *habeas corpus*, do mandado de segurança, da correição parcial e da reclamação constitucional (já mencionadas pelos autores), como instrumento análogo à ação rescisória, a revisão criminal (CPP, art. 621 e ss.).

⁶⁹² “A irresignação quanto a uma decisão é algo bastante natural, e, por isso, mesmo, os sistemas processuais normalmente apresentam formas de impugnação das decisões judiciais, autorizando a revisão dos atos judiciais, mas nem todas configuram hipóteses de recursos. Embora os recursos sejam uma via de impugnação de ato judicial, existem outros caminhos que podem ser usados para essa mesma finalidade” (MARINONI, Luiz Guilherme;

razões: “a) a reação natural do homem, que não se sujeita a um único julgamento; b) a possibilidade de erro ou má-fé do julgador”.⁶⁹³ Nesse sentido, também se afirma que “é intuitiva a inconformação de qualquer pessoa diante do primeiro juízo ou parecer que lhe é dado”,⁶⁹⁴ razão pelo qual os ordenamentos processuais costumam prever algum tipo de instrumento para viabilizar o exercício dessa inconformidade e para a correção da prestação jurisdicional⁶⁹⁵.

Diferentemente de outros ordenamentos processuais⁶⁹⁶, o recurso extraordinário não se constitui em meio de impugnação autônoma, isto é, de inauguração de uma nova relação jurídico-processual com o intuito de cassação de uma decisão judicial proferida em processo anterior⁶⁹⁷. Como o nome já indica, é um meio de impugnação de natureza recursal, o que significa que sua interposição se dá no bojo de uma relação jurídica processual já existente, prolongando o direito de ação e prorrogando, dessa forma, a decisão definitiva da causa (a formação da coisa julgada)⁶⁹⁸, no que diz respeito, especialmente, aos fundamentos constitucionais da decisão que lhe serve de objeto de impugnação.⁶⁹⁹ Desse modo, parece, no entanto, não haver dúvida, de que, no Brasil, a natureza jurídica do recurso extraordinário do art. 102, III da CF/88 é a de recurso.

Fixada a natureza recursal do instituto, temos ainda a sua natureza extraordinária, especial ou excepcional. Essa classificação (entre nós preferida a nomenclatura “excepcional”, a fim de não

ARENHART, Sergio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 4. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 507). Para uma análise minuciosa dos componentes e das razões de ser dos meios de impugnação e, em especial, dos recursos, cf.: MANCUSO, 2010, p. 19-38 e 43-48.

⁶⁹³ REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues. **Curso de direito processual civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1959, vol. III, p. 877.

⁶⁹⁴ THEODORO JUNIOR, 201, v. III, p. 955-956.

⁶⁹⁵ JORGE, 2013, p. 29.

⁶⁹⁶ Nesse sentido, Marcelo Abelha Rodrigues: “Ao contrário da maioria das legislações comparadas, que designam o recurso extraordinário como sendo aquele que se presta para atacar decisões transitadas em julgado, nosso remédio de mesmo nome possui natureza de recurso, pois é prolongamento do direito de ação, só que guarda consigo algumas peculiaridades que nos permitem diferenciá-lo (também o recurso especial) dos demais recursos cíveis, donde, aliás, não foi à toa que recebeu tal designação” (RODRIGUES, 2010, p. 708). Cf. também: JORGE, 2013, p. 47.

⁶⁹⁷ Araken de Assis destaca: “Nada importavam, naturalmente, as semelhanças mais ou menos acentuadas com os recursos extraordinários de feição europeia. Tais remédios atacam provimentos passados em julgado, porque não poderiam ser subordinados a termo fixo” (ASSIS, 2017, 1.3.1).

⁶⁹⁸ Nesse sentido, novamente Araken de Assis: “Entre nós, conforme a disposição mencionada [referindo-se ao art. 467 do CPC], o recurso extraordinário impede, por definição o trânsito em julgado. E, tratando-se de recurso, o grupo extraordinário jamais equivalerá ao das ações impugnativas autônomas (v.g., o mandado de segurança), cuja admissibilidade contra provimentos transitados em julgado não comporta maiores generalizações (Súmula do STF, n. 268)” (ASSIS, 2017, 1.3.1).

⁶⁹⁹ MANCUSO, 2010, p. 50-51.

criar confusão entre gênero e espécie⁷⁰⁰) parte da distinção clássica entre recursos extraordinários (em sentido *latu*) e ordinários e gira em torno do objetivo imediato tutelado pelo recurso. Nesse sentido, as lições da doutrina são no sentido de que “[o] critério utilizado para a classificação tem como ponto central o objetivo imediato tutelado pelo recurso. Enquanto os recursos extraordinários tutelam o direito objetivo, os recursos ordinários visam a proteger imediatamente o direito subjetivo dos recorrentes”⁷⁰¹.

Por tutelarem imediatamente o direito subjetivo, os recursos excepcionais são considerados recursos de estrito direito⁷⁰². “Visam, tão somente, averiguar se a lei foi corretamente aplicada ao caso vertente”,⁷⁰³ o que faz com que esse tipo de recurso tenha um juízo de admissibilidade diferenciado e bem mais complexo que os demais⁷⁰⁴. “Como não servem para a tutela do direito subjetivo, o próprio sistema impõe uma série de condições específicas, inerente unicamente a eles”. Já os recursos ordinários visam imediatamente à tutela do direito subjetivo das partes, isto é, à justiça da decisão no caso concreto; a correta aplicação da lei é vista apenas mediatamente, bastando para o cabimento dessa espécie de recurso que seja alegada a injustiça da decisão, a qual se pretende corrigir. “De um modo geral, é também permitida uma ampla revisão da matéria fática e probatória, sem que haja exigência da necessidade de se demonstrar a aplicação específica de um determinado texto legal”.⁷⁰⁵

Frise-se, ainda, que a tipificação reside, portanto, em qual é o objetivo imediato almejado pelo recurso e que, nas linhas de Arruda Alvim, se define conforme se busque “prevalentemente, a

⁷⁰⁰ É que em diversos ordenamentos jurídicos, há sinonímia entre recursos extraordinários e excepcionais, em contraposição aos recursos ordinários. No Brasil, contudo, a categoria “excepcionais” engloba o recurso extraordinário, o recurso especial, o recurso de revista etc., de modo que seria impróprio tratar o gênero como “recursos extraordinários”, quando uma de suas espécies tem o mesmo nome. Nesse sentido, conf. ASSIS, 2017, 1.3.1.

⁷⁰¹ JORGE, 2013, p. 47.

⁷⁰² Cf. DIDIER JR; CUNHA, 2014, p. 262.

⁷⁰³ Em resumo, se pode concluir dessa classificação que, quando estamos diante dos recursos extraordinários, o direito subjetivo do recorrente somente será protegido quando, e somente nessa circunstância, tiver havido lesão ao direito objetivo, portanto, em decorrência natural da proteção deste. Quer dizer, a justiça da decisão só é alcançada como decorrência natural da correta aplicação da lei ao caso concreto. O benefício alcançado pelo recorrente advém do fato de o direito objetivo ter sido aplicado incorretamente num primeiro momento, sendo reconhecida a lesão posteriormente em sede recursal” (JORGE, 2013, p. 47-48).

⁷⁰⁴ Cf. FRANCISCO, 2011, p. 55.

⁷⁰⁵ JORGE, 2013, p. 47-48. Critérios de classificação muito semelhantes são dados por Elpídio Donizetti: “Os recursos especiais, também chamados de excepcionais, têm em mira, pelo menos num plano imediato, não o direito subjetivo da parte, mas sim a proteção do direito objetivo, a uniformidade da aplicação desse direito. Como modalidade de recurso especial, temos o recurso especial propriamente dito, que se destina à uniformização do direito infraconstitucional, e o recurso extraordinário, cuja objetivo é a uniformização do direito constitucional” (DONIZETTI, 2014, p. 762).

proteção do direito subjetivo, possível de estar subjacente à pretensão e à defesa” ou “uma proteção precípua ao direito objetivo, aqui entendida ‘proteção’, com intenção voltada à unidade do direito”.⁷⁰⁶ Trata-se o recurso extraordinário, portanto, de um recurso do gênero dos recursos excepcionais, dada a sua função principal de tutela do direito objetivo, no caso, o direito constitucional, sendo, por isso, diretamente ligado à função precípua do Supremo Tribunal Federal de guardião da Constituição Federal, no que diz respeito ao desempenho do controle difuso de constitucionalidade.

Outro ponto de diferenciação muito comumente atribuída aos recursos extraordinários ou excepcionais é sua fundamentação vinculada.⁷⁰⁷

Essencialmente, a diferença reside na liberdade de fundamentação⁷⁰⁸ ou na vinculação dos fundamentos recursais a determinadas espécies de vícios da decisão judicial, taxativamente previstos como hipótese de cabimento do recurso⁷⁰⁹, e, via de consequência, na possibilidade ou não

⁷⁰⁶ ARRUDA ALVIM, Eduardo. Notas a respeito dos aspectos gerais e fundamentais da existência dos recursos – Direito brasileiro. **Revista de processo**. N. 48. São Paulo: RT, out-dez, 1987, p. 14. Para Mancuso, a distinção entre recursos ordinário e extraordinário é a seguinte: “[...] alguns recursos têm uma forma menos rígida; são dirigidos a Tribunais locais ou regionais; não apresentam exigências específicas quanto à sua admissibilidade; comportam discussão de matéria de fato e de direito; e a mera sucumbência (= *o fato objetivo da derrota*) basta para deflagrar o *interesse* na sua interposição. A esses podemos chamar ‘comuns’, ‘normais’ ou ‘ordinários’, conforme a terminologia que se prefira. Naturalmente, os *outros recursos*, que ao contrário desses apresentam uma rigidez formal de procedibilidade, são restritos às *quaestiones juris*; dirigem-se aos Tribunais da cúpula judiciária; não são vocacionados à correção de mera ‘injustiça’ da decisão, e apresentam, como diz Frederico Marques, a particularidade de exigirem “a sucumbência e um *plus* que a lei processual determina e especifica”, esses ficam bem sob a rubrica de ‘especiais’, ‘excepcionais’ ou ‘extraordinários’” (MANCUSO, 2010, p. 112, grifos do autor).

⁷⁰⁷ “O recurso é de fundamentação vinculada quando a lei exige a presença de determinados tipos de vícios ou defeitos na decisão, para que tenha cabimento. Assim, não basta a existência de uma determinada decisão, para que o recurso tenha cabimento. Se exige algo mais, exatamente o vício ou defeito específico. Para que tenha cabimento o recurso especial, não é suficiente a presença de um acórdão. Imprescindível também a violação à lei federal. [...] Em nosso sistema, os recursos de fundamentação vinculada são o especial, o extraordinário e os embargos de declaração. Já os recursos de fundamentação livre não se prendem diretamente a determinado efeito ou vício na decisão. Qualquer que seja o defeito ou vício, cabível será sempre aquele determinado recurso. Dessa maneira, para que tenha cabimento o recurso de apelação, imprescindível apenas a existência de sentença, independentemente do vício que possa ser alegado pelo recorrente, capaz de reformá-la. [...] Se esta padece de algum defeito, tal circunstância é irrelevante para o cabimento do recurso” (JORGE, 2013, p. 49-50).

⁷⁰⁸ “Recurso de *fundamentação livre* é aquele em que o recorrente está livre para, nas razões do seu recuso, deduzir qualquer tipo de crítica em relação à decisão, sem que isso tenha qualquer influência na sua admissibilidade. A causa de pedir recursal não está delimitada pela lei, podendo o recorrente impugnar a decisão alegando qualquer vício. Ex: apelação, agravo, recurso ordinário e embargos infringentes” (DIDIER JR; CUNHA, 2014, p. 25, grifos do original). Para Wambier e Talamini, “os recursos de fundamentação livre são aquele em que a parte pode alegar, respeitadas preclusões, uma série infinita de razões, para provocar a alteração da decisão que lhe desfavoreceu, como, por exemplo, a apelação”. (WAMBIER; TALAMINI, 2014, p. 680)

⁷⁰⁹ “Nos recursos de fundamentação vinculada, “a lei limita o tipo de crítica que se possa fazer contra a decisão impugnada. O recurso caracteriza-se por ter fundamentação típica. É preciso ‘encaixar’ a fundamentação do recurso em um dos tipos legais. O recurso não pode ser utilizado para veicular qualquer espécie de crítica à decisão recorrida. Nos recursos de fundamentação vinculada, o recorrente deve ‘alegar’ um dos vícios típicos para que o seu recurso seja admissível. Essa alegação é indispensável para que o recurso preencha o requisito de regularidade formal. Afirmado pelo recorrente um dos vícios que permitem a interposição do recurso, o recurso, por esse aspecto, deve ser conhecido; a verificação da procedência ou improcedência das alegações é um problema atinentes

de devolução ao órgão *ad quem* de toda a matéria da lide. Havendo a possibilidade ampla de devolutividade e inexistindo restrições quanto às razões de impugnação da decisão recorrida, estamos diante de um recurso ordinário. Havendo, por outro lado, restrições aos fundamentos que podem ser utilizados para o manejo de uma espécie recursal (taxativamente previstos em lei ou na própria Constituição) e vinculando-se, com isso, a matéria a ser tratada na impugnação e no julgamento do recurso (devolutividade restrita), trata-se de um recurso excepcional ou extraordinário *latu sensu*⁷¹⁰.

A importância/função político-constitucional do recurso extraordinário está, portanto, atrelada à sua função processual, no que é necessário destacar a classificação dos recursos entre aqueles voltados à correção da injustiça da decisão (caso dos recursos ordinários e de fundamentação livre) e aqueles implicados no aperfeiçoamento da aplicação das leis (caso dos recursos excepcionais e de fundamentação vinculada), como já tecemos algumas considerações acima. De acordo com essa categorização, os primeiros teriam por escopo dar à parte sucumbente a oportunidade de ter o seu pedido e o seu direito subjetivo reexaminado por outro juízo (duplo grau de jurisdição), o que demandaria amplo acesso do órgão *ad quem* a toda a matéria discutida, seja de fato, seja de direito, e a todos os elementos de prova constantes dos autos, inclusive com sua reavaliação (devolução ampla). De outro lado, os segundos teriam por finalidade precípua a correta e uniforme aplicação do direito objetivo, sendo secundário (para o sistema) o interesse na tutela do direito subjetivo das partes.

ao juízo de mérito recursal. Assim, por exemplo afirmada a omissão/obscuridade/contradição da decisão recorrida, os embargos de declaração são cabíveis; saber se há o vício apontado diz respeito ao juízo sobre o acolhimento ou à rejeição deste recurso. Além dos embargos de declaração, também são exemplos de recursos de fundamentação vinculada o especial e o extraordinário. (DIDIER JR; CUNHA, 2014, p. 25-26). Em sentido complementar: “Serão recursos de fundamentação vinculada aqueles em que a lei só permite que seja baseado em determinados fundamentos a respeito dos quais a lei dispõe. Nos recursos cuja fundamentação é vinculada, o juízo de admissibilidade é etapa muita mais complexa, e o tribunal deve avaliar se os pressupostos genéricos estão satisfeitos (interesse, legitimidade, tempestividade etc) e se os pressupostos específicos também, ou seja, se no recurso se argui ou se levantam os problemas que a lei permite que sejam levantados através desse tipo de recurso. Assim, para que seja conhecido o recurso especial, é necessário, por exemplo, que se alegue ter havido ofensa à lei federal. Demonstrá-la é problema de mérito, do provimento ou não do recurso” (WAMBIER; TALAMINI, 2014, p. 680)

⁷¹⁰ Cf. DIDIER JR; CUNHA, 2014, p. 241: “Recurso extraordinário (ou recurso excepcional, ou recurso de superposição) é gênero do qual são espécies o recurso extraordinário para o STF (art. 102, III, CF/88) e o recurso especial para o STJ (art. 105, III, CF/88)”.

Por essa razão, Elpídio Donizetti⁷¹¹ salienta que “nos recursos comuns basta a sucumbência para preencher os requisitos relativos ao interesse e à legitimidade”, enquanto nos recursos especiais (RE e REsp), além desses requisitos, “exige-se ofensa ao direito positivo, constitucional ou infraconstitucional”. Do mesmo modo, aduz que os recursos extraordinários (excepcionais) “estão submetidos a procedimento mais rigoroso e a devolutividade se restringe à matéria de direito – não admitindo a rediscussão da matéria fática – razão pela qual também são chamados de recurso de estrito direito ou de superposição”. E conclui que “os recursos extraordinários, portanto, não se prestam à correção da injustiça da decisão, mas à unificação da aplicação do direito positivo”.⁷¹²

O recurso extraordinário é espécie do gênero “recursos excepcionais”⁷¹³ porque sua fundamentação está vinculada à demonstração de uma controvérsia de direito objetivo, e não de direito subjetivo; e mais, tal controvérsia deve ser de natureza constitucional, dentre as enumeradas, taxativamente, nas alíneas *a*, *b*, *c* ou *d* do inc. III do art. 102 da Constituição Federal⁷¹⁴. Vale dizer: se o recorrente não alegar a existência, na decisão recorrida, de contrariedade a dispositivo da Constituição, declaração de inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, julgamento de validade lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição ou de validade de lei local contestada em face de lei federal, o recurso não será cabível, por falta de um de seus requisitos de admissibilidade (como veremos em detalhes, mais adiante)⁷¹⁵. Se, por outro lado, embora alegue tais fundamentos, não consiga demonstrar sua efetiva ocorrência – o que constituiu o mérito do recurso – seu recurso poderá ser admitido, mas terá negado o provimento pelo Supremo Tribunal Federal⁷¹⁶.

A fundamentação vinculada (limitação da matéria) a determinadas questões de direito, as quais necessariamente são de natureza constitucional como se extrai do art. 102, inc. III, faz, portanto,

⁷¹¹ DONIZETTI, 2014, p. 838.

⁷¹² Segundo Wambier e Talamini, “Nos recursos ordinários, pretende a parte ver reapreciado pelo Poder Judiciário um direito seu, subjetivo. Avulta, nesses recursos, a situação concreta e específica de um direito que teria sido violado, e cuja reparação, *latu sensu*, foi pleiteada. Nos recursos extraordinários, esse objetivo não é atingido, senão indiretamente. O que se tutela por meio desse tipo de recurso é o sistema jurídico, ou, em outras palavras, o direito objetivo. Desempenha papel bastante importante na formulação desses recursos a demonstração de que, se mantida a decisão, corre risco a integridade do sistema, já que, por exemplo, determinada norma [...] teria sido desrespeitada” (WAMBIER; TALAMINI, 2014, p. 680).

⁷¹³ CÂMARA, 2014, p. 128; JORGE, 2013, p. 47.

⁷¹⁴ A natureza de recurso de fundamentação vinculada do recurso extraordinário se dar em razão das hipóteses de cabimento taxativamente previstas no art. 102, III, da CF/88, é compartilhada por Elpídio Donizetti (DONIZETTI, 2014, p. 838).

⁷¹⁵ No tópico 2.3.5.

⁷¹⁶ Nesse sentido: DIDIER JR.; CUNHA, 2014, vol. 3, p. 25-26.

do requisito do cabimento do recurso extraordinário um de seus principais aspectos na sua função protetora e uniformizadora do direito constitucional em primeiro plano (objetivação do direito).

3.3. O REQUISITO DE ADMISSIBILIDADE DO CABIMENTO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

A teoria geral dos recursos, de forma mais ou menos acorde, elenca condições de admissibilidade gerais e comuns a todos os recursos, classificando-as, segundo a linha aqui adotada⁷¹⁷, em a) intrínsecas: cabimento, legitimidade, interesse e inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer; e b) extrínsecas: tempestividade, preparo e regularidade formal.⁷¹⁸

Não nos cabe, no presente trabalho, tecer considerações minuciosas sobre os requisitos de admissibilidade do recurso extraordinário, motivo pelo qual iremos nos deter apenas em relação ao cabimento⁷¹⁹, porquanto ligado ao tema da repercussão geral, objeto central do presente trabalho. Com relação ao mesmo, necessário dizer que é por meio desse que se avalia “a aptidão do ato para sofrer impugnação e o recurso adequado[...] para semelhante finalidade”. O exame da admissibilidade, portanto, dá-se por “dois ângulos distintos, mas complementares: a recorribilidade do ato e a propriedade do recurso eventualmente interposto”.⁷²⁰

3.3.1. Controvérsia exclusivamente constitucional.

As hipóteses de cabimento do recurso extraordinário são bastante restritas e estão todas previstas, em *numerus clausus*, na própria Constituição Federal, artigo 102, inciso III, e suas alíneas *a*, *b*, *c*, e *d*⁷²¹, tratando-se de um recurso de fundamentação vinculada⁷²², tipo para o qual existe limitação quanto aos vícios apontados na decisão recorrida e quanto à extensão da matéria a ser

⁷¹⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos cíveis. **Revista de direito da Procuradoria Geral do Estado da Guanabara**. Rio de Janeiro: [s.n.], 1968, n. 29. RODRIGUES, 2010. DIDIER JR; CUNHA, 2014. Entre os processualistas penais, adota essa classificação Paulo Rangel (RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 988-1004).

⁷¹⁸ Sobre todos esses requisitos genéricos do recurso extraordinário, e suas peculiaridades no processo penal, cf.: LIMA, M.P., 2016; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014; RANGEL, 2014; HAMILTON, Sérgio Demoro. **Temas de processo penal**. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 1998; AVENA, 2014, p. 1192-1193; CAPEZ, 2013, p. 868 e ss.; TOURINHO FILHO, 2013, vol. 4; RANGEL, 2014; JESUS, Damásio de. **Código de processo penal anotado**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

⁷¹⁹ Sobre o cabimento do recurso extraordinário, cf.: BARROSO, 2012, p. 127-131.

⁷²⁰ JORGE, 2013, p. 108-110.

⁷²¹ Sobre o assunto, cf. FRANCISCO, 2011, p. 56-61.

⁷²² Cf. tópico 3.2.

devolvida.⁷²³ Em todas as hipóteses fica clara a controvérsia exclusivamente constitucional, seja ela pela violação direta à Constituição pela decisão recorrida (alínea “a”), seja pela declaração pelo juízo *a quo* de inconstitucionalidade de norma infraconstitucional federal (lei ou tratado; alínea “b”), ou pela declaração de validade de lei ou ato de governo local contrário à Constituição Federal (alínea “c”), ou, por fim, pelo conflito entre a lei local e a lei federal, que, em última análise, trata de conflito entre entes federativos quanto à sua competência legislativa, que tem previsão delimitada pela Constituição (alínea “d”).⁷²⁴ A ocorrência da violação em si já diz respeito ao mérito do recurso e, portanto, não faz parte do juízo de sua admissibilidade e será o objeto da decisão do STF em dar ou negar provimento ao recurso.

Em todos os casos em que a alegação de incompatibilidade com a Constituição disser respeito a decisão proferida por tribunal, deverá, ainda, obedecer ao disposto no art. 97 da CF, instituto conhecido como “cláusula de reserva de plenário” (ou *full bench*), segundo a qual: “Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”.⁷²⁵ Entretanto, necessário destacar a ressalva legal do art. 949, parágrafo único, do CPC, segundo o qual: “Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário ou ao órgão especial a arguição de inconstitucionalidade quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão”.⁷²⁶ Vale destacar, ainda, que o próprio STF também se submete a essa regra, somente podendo declarar a inconstitucionalidade de ato normativo infraconstitucional, pela maioria absoluta de seus membros (salvo se já tiver se pronunciado a respeito).⁷²⁷

Da necessidade de inquirir-se decisão judicial com fundamento em questão constitucional, surge como incompatível com o manejo do recurso extraordinário que a contrariedade da decisão se dê com relação a normas infraconstitucionais, sendo, para esse caso, cabível o recuso especial previsto no art. 105, inc. III, de competência do Superior Tribunal de Justiça. De outro lado, ofensas indiretas à Constituição tampouco autorizam o uso do apelo extremo, entendida a

⁷²³ RODRIGUES, 2010, p. 587.

⁷²⁴ É o que destaca Tourinho Filho: “[...] com o advento da Constituição de 1988, a fim de evitar uma sobrecarga para o STF, e ao mesmo tempo erigi-lo à posição excepcional de Corte Constitucional, o recurso extraordinário ficou restrito à matéria constitucional. Por meio dele se levam ao conhecimento daquela Augusta Corte decisões de quaisquer Tribunais do País que hajam, desta ou daquela forma, afrontado a Lei Maior. Assim, somente as questões federais de índole constitucional é que são hoje objeto do *apelo excepcional*, tal como se vê no art. 102, III, *a, b, c e d*, da CF” (TOURINHO FILHO, 2013, v. 4, p. 563-564).

⁷²⁵ No CPC, arts. 948 a 950.

⁷²⁶ MARINONI; ARENHARDT; MITIDIERO, 2016, p. 66.

⁷²⁷ BARROSO, 2012, p. 148.

ofensa indireta como aquela que, em primeiro plano ofende regra ou preceito infraconstitucional e, em segundo plano, alguma norma da Constituição Federal.⁷²⁸ Não obstante, é de se notar que o não cabimento do RE, por ofensa reflexa à Constituição, não ensejará necessariamente a extinção do processo, em razão do disposto no art. 1.033 do CPC: “Se o Supremo Tribunal Federal considerar como reflexa a ofensa à Constituição afirmada no recurso extraordinário, por pressupor a revisão da interpretação de lei federal ou de tratado, remetê-lo-á ao Superior Tribunal de Justiça para julgamento como recurso especial”.

Em suma, o cabimento do recurso extraordinário está condicionado à ofensa direta de norma constitucional, não servindo ao amparo de direitos previstos exclusivamente em norma infraconstitucional ou que dela decorram diretamente e só indiretamente da Constituição⁷²⁹.

3.3.2. Causa decidida em única ou última instância (ou esgotamento das vias/instâncias ordinárias).

Essa condição de admissibilidade do recurso extraordinário, também relativa ao seu cabimento, tem previsão expressa na Constituição Federal, em seu art. 102, inc. III. Significa que o apelo extremo deve visar à impugnação de uma decisão final sobre determinada questão – constitucional, naturalmente – levada ao conhecimento do Poder Judiciário. Por decisão final, entende-se “aquela proferida após esgotadas, por quem a impugna, todas as vias recursais ordinárias”.

⁷²⁸ BARROSO, 2012, p. 130-135. À propósito dessas duas condições de admissibilidade do recurso extraordinário, confira-se os enunciados da Súmula do STF, 636: “Não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida” (DJ de 09/10/2003, p. 2; DJ de 10/10/2003, p. 2; DJ de 13/10/2003, p. 2.) e 638: “A controvérsia sobre a incidência, ou não, de correção monetária em operações de crédito rural é de natureza infraconstitucional, não viabilizando recurso extraordinário” (DJ de 09/10/2003, p. 2; DJ de 10/10/2003, p. 2; DJ de 13/10/2003, p. 2).

⁷²⁹ A análise desse requisito de admissibilidade ganhará mais importância no decorrer da parte central do presente trabalho, mormente quando nos ativermos sobre as decisões do STF que negam repercussão geral a recursos extraordinários, sob o fundamento de que a violação alegada pelo recorrente se dirige a norma infraconstitucional. Esse tipo de decisão do Colendo STF, parece-nos, confunde o requisito da controvérsia constitucional com o da repercussão geral, causando certa perplexidade a quem examine os julgados e tornando a tarefa de definir os contornos do último instituto um tanto quanto mais árdua. O tema, contudo, será melhor apreciado no bojo das análises pontuais das decisões negativas de repercussão geral do capítulo 6.

As vias recursais ordinárias são aquelas relativas ao trâmite do processo nas instâncias ordinárias, normalmente compreendidas estas pelos juízos de primeiro grau e pelos tribunais⁷³⁰. Assim, se contra a decisão judicial ainda houver possibilidade de interposição de recurso para exame por tais órgãos jurisdicionais, o recurso extraordinário não será cabível.⁷³¹

É o que a doutrina denomina de necessidade de “esgotamento de instância”, para o cabimento do recurso extraordinário. Significa que somente depois de esgotadas as vias ordinárias de impugnação da decisão⁷³², ou não existindo estas, torna-se possível a interposição do recurso excepcional constitucional. Por vias ordinárias de impugnação, entenda-se a possibilidade de recurso ao próprio órgão jurisdicional ou à instância superior que permita o reexame de todo o mérito da decisão⁷³³. Assim, não é cabível o recurso extraordinário se contra a decisão for cabível o recurso ordinário constitucional (CF, art. 102, inc. II ou art. 104, inc. II), os embargos infringentes (CPP, art. 609, parágrafo único; modalidade recursal abolida no CPC/15, cf. art. 946, que passou a tratá-lo como mero incidente processual) ou o agravo regimental ou interno (CPC, art. 1.021; Lei nº 8.038/90, art. 39; RISTF, art. 317; RISTJ, arts. 258 e 259); por certo que a possibilidade de interposição de embargos de declaração não obsta o recurso extraordinário, porquanto se trata de recurso cabível contra qualquer decisão judicial⁷³⁴.

O que é necessário frisar é que o recurso extraordinário, como espécie dos recursos excepcionais não é um recurso de terceiro ou quarto grau, já que não visa à proteção do direito da parte. Pelo contrário, inserem-se nessa categoria pelo fato de que a sua função é de proteção da ordem jurídica constitucional. “Assim, há o justificado pressuposto de que tenham sido esgotadas

⁷³⁰ Exceção, naturalmente, aos processos de competência originária dos Tribunais Estaduais e Regionais Federais, Eleitorais e do Trabalho, que, nesse caso, se constituem em primeira instância e os Tribunais Superiores em instância recursal ordinária. Também é o caso das causas de competência originária dos Tribunais Superiores (STF, STJ, TST, TSE e STM), cujas decisões, se couber recurso (exceção praticamente apenas ao STF), serão de natureza também ordinária.

⁷³¹ CAPEZ, 2013, p. 869-870.

⁷³² SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015, p. 7265-7266.

⁷³³ E por recursos ordinários, a precisa lição de Tourinho Filho: “tendo em vista que a Constituição fala de *recurso extraordinário, recurso especial e recursos ordinários*, estamos ser essa a *summa divisio* dos nossos recursos. [...] Salvante o extraordinário e o especial, todos os demais recursos são ordinários. Não importa tenha o recurso sua força normativa na Lei Maior, nas leis ordinárias ou nos Regimentos Internos dos Tribunais; se ele não se adequar às disposições dos arts. 102, III, *a, b, c e d*, e 105, III, *a, b, e c*, da CF, será simplesmente recurso ordinário”; e, como visto, se ainda cabível um deles para impugnar a decisão judicial, não será cabível o extraordinário (TOURINHO FILHO, 2013, v. 4, p. 563-564, grifos do autor).

⁷³⁴ Ressalva seja feita ao requisito do prequestionamento, para o qual a interposição de embargos de declaração ganha especial relevância como se pode ver adiante, no tópico 3.4.3

(única ou última instância) as vias recursais e de que todas as matérias que sejam por tais recursos ventiladas tenham sido previamente ventiladas em instância ordinária”⁷³⁵. Este, inclusive, o teor do enunciado sumular nº 281 do Supremo Tribunal Federal: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando couber na justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada”.

Por fim, mas ainda dentro da necessidade de esgotamento das vias ordinárias e da recorribilidade, pela via extraordinária, apenas das decisões de única ou última instância, pertinente também o enunciado nº 735 da Súmula do STF⁷³⁶, que prescreve: “Não cabe recurso extraordinário contra acórdão que defere medida liminar”. Não sendo a decisão liminar a última palavra acerca do mérito da questão, não pode ser considerada decisão de última instância, sendo essa a razão da inadmissibilidade do RE contra a mesma.⁷³⁷

3.3.3. Prequestionamento.

“Pquestionar é questionar antes, é tratar com anterioridade”⁷³⁸ ou “nada mais é do que a exigência formal de que a questão objeto do recurso especial ou extraordinário tenha sido anteriormente apreciada e decidida pelo tribunal *a quo*”⁷³⁹.

O requisito do prequestionamento decorre, de certa forma, do anterior (esgotamento das vias ordinárias de impugnação) e também tem por fundamento o mesmo dispositivo constitucional

⁷³⁵ RODRIGUES, 2010, p. 711.

⁷³⁶ DJ de 09/12/2003, p. 2; DJ de 10/12/2003, p. 2; DJ de 11/12/2003, p. 2.

⁷³⁷ Conforme leciona Alexandre Câmara, “é de se notar, porém, que a Constituição não faz referência ao órgão jurisdicional prolator da decisão contra a qual se vai admitir este recurso”⁷³⁷, de modo que é considerado cabível a interposição do recurso extraordinário contra decisões proferidas por quaisquer órgãos jurisdicionais, constituam-se ou não em tribunais, o que inclui, portanto, as decisões proferidas pelas Turmas Recursais dos Juizados Especiais Cíveis ou Criminais. Há, inclusive, enunciado sumular do STF nesse sentido: verbete nº 640: “É cabível recurso extraordinário contra decisões proferida por juiz de primeiro grau nas causas de alçada, ou por turma recursal de juizado especial cível e criminal”. Interessante notar a sistemática diversa do recurso especial, esse, sim, cabível tão somente contra decisões proferidas em causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios. A expressa menção a tribunais faz com que o recurso especial não seja cabível contra as decisões das turmas recursais dos Juizados Especiais. Nesse sentido: CÂMARA, 2014, p. 115. Curioso, também, como o cabimento do recurso extraordinário contra decisões de juízes singulares já oscilou em nosso ordenamento constitucional, sendo admitido nas Constituições de 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967, e passando a ser previsto para impugnação exclusiva de decisões de tribunais pela EC nº 1 de 1969. Com a CF/88, vimos que a admissão contra decisões de juízes singulares, desde que proferidas em única ou última instância voltou a vigor (cf. SANTOS, 2008, p. 151-157).

⁷³⁸ TOURINHO FILHO, 2013, v. 4, p. 578.

⁷³⁹ RODRIGUES, 2010, p. 711.

(art. 102, inc. III), pois se exige do recorrente que a questão constitucional objeto do recurso extraordinário tenha sido efetivamente decidida na última ou única instância.⁷⁴⁰ A respeito desse requisito versa o enunciado 282 da Súmula do STF: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”⁷⁴¹.

Não basta, nesse caso que o recorrente tenha, na instância inferior, provocado o debate da questão constitucional, usando-a como fundamento de seu pedido. É imprescindível que o tema tenha sido conhecido e decidido pelo juízo *a quo*, sob pena de não ser admitido o recurso extraordinário, por falta de prequestionamento. Em termos práticos, o STF tem exigido, para que a questão seja considerada prequestionada, que a mesma tenha sido expressamente abordada pela decisão recorrida, embora, via de regra, entenda dispensável a citação textual do dispositivo constitucional violado⁷⁴².

Importante destacar da doutrina, que o prequestionamento diz respeito ao exposto pronunciamento da questão constitucional debatida, não se confundindo com a necessidade de julgamento do mérito da demanda pelo juízo *a quo*. Em outras palavras, todas as decisões judiciais do processo podem muito bem ter se limitado a aspectos formais do processo, como declarando o não preenchimento das condições da ação para extingui-lo sem julgamento do mérito, por exemplo, sem que isso impeça sua impugnação por recurso extraordinário, desde que, naturalmente, ventilada alguma violação à Constituição nesse ínterim.

[...] é necessário que as questões levadas pelo recurso extraordinário sejam “causas decididas em única ou última instância”. Não é necessário que tenha sido julgada a demanda: a palavra “causa” é tomada aí como sinônimo de questão de direito, ou seja, é perfeitamente possível que decisões que não tenham julgado o mérito da demanda, mas contenham questões de direitos decididas, sejam desafiadas pelos recursos excepcionais. Outrossim, da expressão “causas decididas” colhe-se também que essas questões de direito devem ter sido apreciadas e decididas no juízo *a quo*, justamente para que os tribunais

⁷⁴⁰ BARROSO, 2012, p. 130.

⁷⁴¹ Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal – Anexo ao Regimento Interno. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 128.

⁷⁴² Nesse sentido: “I. Recurso extraordinário: prequestionamento: irrelevância da ausência de menção dos dispositivos constitucionais atinentes aos temas versados. 1. O prequestionamento para o RE não reclama que o preceito constitucional invocado pelo recorrente tenha sido explicitamente referido pelo acórdão, mas, sim, que este tenha versado inequivocamente a matéria objeto da norma que nele se contenha” (STF, Tribunal Pleno, RE 141.788/CE, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, DJU 18.06.1993). No mesmo sentido: STF, Pleno, RE 121.519/DF, rel. min. Marco Aurélio, DJU 08.03.1991; STF, 2ª Turma, AgIn-AgRg 254.903/MG, rel. Min. Celso de Mello, DJU 09.03.2001). Na doutrina: “Evidente que não haverá indeclinável necessidade de um verbete específico para o questionamento. Basta que a questão tenha sido suscitada no recurso”. TOURINHO FILHO, 2013, v. 4, p. 578-579.

de cúpula ao julgarem os recursos excepcionais, exerçam, realmente, o papel de pacificadores e uniformizadores do direito federal e constitucional.⁷⁴³

Em havendo a provocação do juiz ou tribunal pela parte, de forma expressa em suas razões de pedir, mas quedando-se o juízo inerte, cumpre ao interessado opor embargos de declaração para suprir a omissão da decisão, já que toda decisão judicial precisa ser devidamente fundamentada (CF, art. 93, IX); e não se considera fundamentada a decisão judicial que não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador, nos termos positivados no art. 489, §1º, IV, do novo CPC. “Assim, se o tribunal (ou juízo) não se manifesta expressamente sobre a questão constitucional, incumbe ao interessado na interposição do recurso extraordinário valer-se dos embargos de declaração para provocá-lo a decidir o tema”⁷⁴⁴. Nesse sentido é o conteúdo da Súmula 356 do STF: “O ponto omissivo da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento”⁷⁴⁵.

Verdade que, mesmo opostos os aclaratórios, há casos em que o tribunal se recusa a reconhecer a omissão de seu julgado, deixando de se manifestar expressamente sobre o tema constitucional questionado; nesse caso, a jurisprudência do STF tem, na maioria dos casos, flexibilizado o requisito, para entender satisfeito o prequestionamento, mesmo sem a expressa discussão do objeto do recurso na instância ordinária, pois, do contrário, se estaria inviabilizando a tutela recursal do direito da parte por fato processual que não lhe pode ser imputado. Há, contudo e sobretudo, decisões em contrário, inadmitindo o recurso extraordinário, sem que o tema tenha sido objeto de decisão no juízo *a quo*, mesmo tendo a parte se valido de embargos de declaração

⁷⁴³ “[...] é necessário que as questões levadas pelo recurso extraordinário sejam “causas decididas em única ou última instância”. Não é necessário que tenha sido julgada a demanda: a palavra “causa” é tomada aí como sinônimo de questão de direito, ou seja, é perfeitamente possível que decisões que não tenham julgado o mérito da demanda, mas contenham questões de direitos decididas, sejam desafiadas pelos recursos excepcionais. Outrossim, da expressão “causas decididas” colhe-se também que essas questões de direito devem ter sido apreciadas e decididas no juízo *a quo*, justamente para que os tribunais de cúpula ao julgarem os recursos excepcionais, exerçam, realmente, o papel de pacificadores e uniformizadores do direito federal e constitucional” (RODRIGUES, 2010, p. 711).

⁷⁴⁴ SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015, p. 7271-7272.

⁷⁴⁵ Nesse sentido, também a Súmula 211 do STJ, com relação à necessidade de prequestionamento das questões federais para o cabimento do recurso especial: “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*”.

para (tentar) sanar a omissão⁷⁴⁶, não se admitindo, ainda, o chamado “prequestionamento implícito”⁷⁴⁷.

Por fim, de se registrar que a violação à Constituição alegada no recurso extraordinário pode se originar diretamente da decisão recorrida, sendo, em casos assim, impossível o prequestionamento, pelo próprio surgimento da questão apenas após a decisão impugnada. No entanto, mesmo nesses casos, o entendimento do STF também parece ser o da necessidade de oposição de embargos de declaração para o suprimento da omissão.⁷⁴⁸

De outro lado, também é vedado o chamado “prequestionamento tardio”, que se refere à alegação de violação à norma constitucional, de forma originária nos embargos de declaração, sem que se tenha ventilado a mesma questão no recurso cujo julgamento se busca aclarar. Nesse sentido, a doutrina afirma que⁷⁴⁹: “é preciso que a parte, no recurso interposto contra uma decisão de primeira instância[...], cuide, de modo expresso, da matéria que, eventualmente, possa servir de fundamento à interposição de recurso extraordinário”, sob o risco de não mais poder fazê-lo na efetiva interposição do extremo por ausência de prequestionamento. Em outras palavras, quando o recorrente só alega a questão constitucional em sede de embargos, sem que a

⁷⁴⁶ Nesse sentido: "Assim, como tem consignado este Tribunal por meio da Súmula 282, é inadmissível o recurso extraordinário se a questão constitucional suscitada não tiver sido apreciada no acórdão recorrido. Ao contrário do que sustenta a parte agravante, a oposição dos embargos de declaração com a finalidade de provocar tal debate, é inservível para se reconhecer a matéria como causa decidida, viabilizadora da abertura da instância extraordinária." (ARE 790511 AgR, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgamento em 19.3.2015, DJe de 15.4.2015). Outro exemplo: "Saliento que esta Corte não tem procedido à exegese a 'contrario sensu' da Súmula STF 356 e, por consequência, somente considera prequestionada a questão constitucional quando tenha sido enfrentada, de modo expresso, pelo Tribunal 'a quo'. A mera oposição de embargos declaratórios não basta para tanto". (ARE 707221 AgR, Relatora Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, julgamento em 20.8.2013, DJe de 4.9.2013)

⁷⁴⁷ "O requisito do prequestionamento assenta no fato de não ser aplicável à fase de conhecimento do recurso extraordinário o princípio *iura novit curia*: instrumento de revisão *in jure* das decisões proferidas em única ou última instância, o RE não investe o Supremo de competência para vasculhar o acórdão recorrido, à procura de uma norma que poderia ser pertinente ao caso, mas da qual não se cogitou. Daí a necessidade de pronunciamento explícito do Tribunal 'a quo' sobre a questão suscitada no recurso extraordinário: Sendo o prequestionamento, por definição, necessariamente explícito, o chamado 'prequestionamento implícito' não é mais do que uma simples e inconcebível contradição em termos." (AI 253566 AgR, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgamento em 15.2.2000, DJ de 3.3.2000). No mesmo sentido: "Pquestionamento implícito. Inadmissibilidade. Diz-se prequestionada a matéria quando a decisão impugnada haja emitido juízo explícito a respeito do tema, inclusive mencionando o preceito constitucional previamente suscitado nas razões do recurso submetido à sua apreciação. 3. São ineficazes e tardios os embargos de declaração opostos para fins de prequestionamento se a questão constitucional não foi suscitada oportunamente no recurso interposto perante o Tribunal de origem. Incidência das Súmulas 282 e 356 do STF." (RE 449137 AgR, Relator Ministro Eros Grau, Segunda Turma, julgamento em 26.2.2008, DJe de 4.4.2008)

⁷⁴⁸ "A jurisprudência do Supremo Tribunal firmou-se no sentido de que, ainda que surgida a alegada ofensa constitucional no acórdão recorrido, é necessária a oposição de embargos de declaração, se não houver a análise da ofensa pelo órgão judicante". (AI 620677 AgR, Relatora Ministra Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgamento em 25.11.2008, DJe de 6.2.2009).

⁷⁴⁹ TOURINHO FILHO, 2013, v. 4, p. 578-579.

mesma questão tenha sido objeto de suas razões recursais, não há que se falar em omissão do julgado, para o cabimento dos aclaratórios, nem em prequestionamento da questão constitucional, sendo, ao final, incabível a interposição do extraordinário⁷⁵⁰. De outro lado, é possível que o recurso interposto nas vias ordinárias sequer trate de matéria constitucional, mas o Tribunal se valha de algum fundamento constitucional para decidi-lo, a despeito de não ter sido ventilado pela parte. Nesse caso, ter-se-á satisfeito o requisito do prequestionamento, pois o que importa, afinal, é a expressa manifestação do juízo *a quo* sobre a questão constitucional, ainda que de ofício. Nesse sentido, o posicionamento de Tourinho Filho⁷⁵¹, para quem “se a matéria, a ensejar recurso extraordinário ou especial, surgir no próprio acórdão recorrido *ex officio*, estará configurado o requisito do prequestionamento, uma vez que o Tribunal *a quo* se pronunciou acerca do assunto que enseja o recurso excepcional (*RSTJ*, 3/1017)”.

3.3.4. Impropriedade para reexame de prova.

O recurso extraordinário não é o meio idôneo para se revisitar a prova e revalorá-la, cabendo essa análise apenas às instâncias ordinárias⁷⁵². Nesse sentido, a Súmula 279⁷⁵³ do STF: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”.

Novamente se trata de enunciado editado e publicado na vigência de ordenamento constitucional anterior, em que o recurso extraordinário destinava-se à uniformização do direito constitucional e infraconstitucional, mas tal interpretação permanece completamente estável e talvez seja o entendimento sumulado mais aplicado pelo STF (e pelos tribunais *a quo*) em relação a tal espécie recursal, especialmente para fundamentar o seu não conhecimento.

⁷⁵⁰ INOVAÇÃO DA MATÉRIA. PREQUESTIONAMENTO TARDIO DAS QUESTÕES CONSTITUCIONAIS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 282/STF. I – Como tem consignado este Tribunal, por meio da Súmula 282, é inadmissível o recurso extraordinário se a questão constitucional suscitada não tiver sido apreciada no acórdão recorrido. Ademais, a tardia alegação de ofensa ao texto constitucional, apenas deduzida em embargos de declaração, não supre o prequestionamento. (STF, 2ª T. ARE 988489 AgR, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, DJe 15-05-2017). No mesmo sentido: STF, RE 412633 AgR-SP, Dj 15/10.2004).

⁷⁵¹ TOURINHO FILHO, 2013, v. 4, p. 579.

⁷⁵² Como vimos nos tópicos 2.2 e 2.3.3.

⁷⁵³ Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal – Anexo ao Regimento Interno. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 127.

Nesse sentido, destaca a doutrina que “vale discutir, em sede de recurso extraordinário, apenas a conformidade da aplicação do direito aos fatos e não se os fatos foram ou não evidenciados”⁷⁵⁴, “a fim de não vulgarizar a sua utilização, tornando os tribunais superiores órgãos de reavaliação de prova, como já fazem os tribunais estaduais ou regionais”.⁷⁵⁵ O impedimento ao reexame de prova, portanto, advém da própria natureza do recurso extraordinário, enquanto espécie dos recursos excepcionais: a tutela do direito objetivo⁷⁵⁶. Trata-se, assim, de meio de impugnação com o fito de manter a interpretação do direito – no caso, o direito constitucional – uniforme e estável e a correção das decisões judiciais de acordo com essa exegese, de modo que a valoração da prova no caso concreto não cabe nos estreitos limites da matéria objeto dos recursos extraordinários.

3.4. IMPORTÂNCIA E FUNÇÃO

O recurso extraordinário, sem dúvida, é uma das mais importantes modalidades do gênero denominado “recursos excepcionais”⁷⁵⁷ de nosso ordenamento – ao lado, por exemplo, do recurso especial⁷⁵⁸ e do recurso de revista⁷⁵⁹ – e está intimamente ligado à própria função do Supremo Tribunal Federal de guarda da Constituição, como visto, porquanto a maior parte de suas hipóteses de cabimento diz respeito à interpretação e aplicação da legislação à luz da Constituição

⁷⁵⁴ SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015, p. 7261. No mesmo sentido, CÂMARA, 2014, p. 115: “sendo um recurso excepcional, só permite arguição de questões de direito, sendo vedado suscitar qualquer questão de fato”.

⁷⁵⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e de execução penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 855. Sobre cuidar das questões “puramente de direito” vide tópico 2.3.3, com as considerações sobre a possibilidade (necessidade) da Corte Suprema (re)analisar os fatos, mas sempre à luz do juízo empírico feito pelas Corte de Justiça.

⁷⁵⁶ Por isso, em sentido semelhante, relativamente ao recurso especial, a Súmula 7 do STJ: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

⁷⁵⁷ CÂMARA, 2014, p. 114.

⁷⁵⁸ De competência do Superior Tribunal de Justiça e para julgamento das causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal. Cf. Constituição Federal, art. 104, inc. III, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004.

⁷⁵⁹ De competência do Tribunal Superior do Trabalho e para impugnação das decisões proferidas em grau de recurso ordinário, em dissídio individual, pelos Tribunais Regionais do Trabalho, quando: a) derem ao mesmo dispositivo de lei federal interpretação diversa da que lhe houver dado outro Tribunal Regional do Trabalho, no seu Pleno ou Turma, ou a Seção de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, ou contrariarem súmula de jurisprudência uniforme dessa Corte ou súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal; 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; c) proferidas com violação literal de disposição de lei federal ou afronta direta e literal à Constituição Federal. Cf. Consolidação das Leis Trabalhistas, art. 896, com redação dada pela Lei nº 9.756, de 1998 e pela Lei nº 13.015, de 2014.

Federal. De acordo com Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁷⁶⁰, “é por meio deste recurso que as questões constitucionais suscitadas no controle difuso chegam ao Supremo Tribunal Federal”. Trata-se, portanto, de importante instrumento de uniformização da jurisprudência de modo a conformar a ordem jurídica aos ditames constitucionais e insere-se, por isso, no ápice do processo de controle difuso de constitucionalidade.⁷⁶¹

Ainda sob as lições da doutrina, tem-se que “no espectro dessa função desempenhada pelo STF, insere-se o recurso extraordinário, mercê do qual a Corte Suprema rejulga decisões proferidas, em última ou única instância, que tenham violado dispositivo da Constituição Federal”. Em outras palavras:

[...]porque tem a função de guarda da Constituição Federal, ao STF cabe conferir interpretação às normas constitucionais, fazendo-o por meio do controle abstrato de constitucionalidade ou por meio do controle concreto, sendo este último, como se sabe, realizado usualmente por meio do recurso extraordinário.⁷⁶²

Não por outra razão, pontua-se que “o recurso extraordinário, portanto, sempre teve como finalidade, entre outras, a de assegurar a inteireza do sistema jurídico, que deve ser submisso à Constituição Federal”.⁷⁶³ No mesmo sentido, “o seu objetivo primordial é garantir o prevailecimento da ordem constitucional vigente, evitando-se que subsistam decisões atentatórias aos direitos e garantias consagrados na Lei Maior”.⁷⁶⁴ De outro lado, alguns consideram o recurso extraordinário instrumento da “mais importante competência recursal do Supremo Tribunal Federal”⁷⁶⁵ já que, “o recurso extraordinário consiste no instrumento processual-constitucional

⁷⁶⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 39ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 75.

⁷⁶¹ Nesse sentido, as lições de Fredie Didier Jr e Leonardo Carneiro da Cunha: “O Supremo Tribunal Federal mantém a função precípua de guardião da Constituição Federal. Compete-lhe a guarda da Constituição, preservando e interpretando as normas constitucionais. Nessa função de preservar e interpretar as normas da Constituição Federal, deve-se considerar inserida a função de *uniformizar* a jurisprudência nacional, quando à interpretação das normas constitucionais. Daí por que as decisões do STF, ainda que no âmbito do controle difuso de constitucionalidade, despontam como *paradigmáticas*, devendo ser seguidas pelos demais tribunais da federação (DIDIER JR.; CUNHA, 2014, p. 312, grifos dos autores).

⁷⁶² DIDIER JR.; CUNHA, 2014, p. 312.

⁷⁶³ ARRUDA ALVIM, Eduardo. O recurso especial na Constituição Federal de 1988 e suas origens. **Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário**. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). São Paulo: RT, 1997, p. 46.

⁷⁶⁴ AVENA, Norberto. **Processo penal esquematizado**. 6ª ed. São Paulo: Método, 2014, p. 1264.

⁷⁶⁵ MORAES, A., 2009, p. 563.

destinado a assegurar a verificação de eventual afronta à Constituição em decorrência de decisão judicial proferida em única ou última instância”.⁷⁶⁶

Em relação à sua finalidade colhe-se a de “manter, dentro do sistema federal e da descentralização o Poder Judiciário, a autoridade e a unidade da Constituição”⁷⁶⁷. Para outros⁷⁶⁸, “referido recurso tem por escopo a garantia da supremacia da Constituição Federal sobre as demais normas que compõem o ordenamento jurídico estatal, bem como do respeito ao princípio federativo” sendo certo que “o recurso extraordinário é o meio idôneo para a parte interessada, no âmbito do controle difuso de constitucionalidade, levar ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal a controvérsia constitucional concreta, suscitada nos juízos inferiores”.⁷⁶⁹

De acordo com Moacyr Amaral dos Santos⁷⁷⁰, “sua função é tutelar a autoridade e a unidade da Lei Maior. E exerce essa função, assegurando a inteireza positiva, a validade, a autoridade e a uniformidade de interpretação da Constituição”. E assevera que sua finalidade é “eminente política, o que mais se evidencia ao considerar-se que o recurso tem assento na Constituição, que disciplina a sua incidência e o torna insuscetível de extensão ou restrição por lei ordinária”. Nesse sentido, insere-se a seguinte assertiva de Araken de Assis⁷⁷¹:

O recurso extraordinário desempenha relevante função constitucional. Não é por acaso, realmente, que se modelou pelo *writ of certiorari* norte-americano, posteriormente chamado de *writ of appeal*, e hoje substituído no papel original, quase totalmente, pelo *writ of certiorari*. O recurso extraordinário retrata, nas linhas básicas, a estrutura político-administrativa da República. A elevada estatura do extraordinário avulta na impossibilidade da supressão, ou do simples condicionamento do remédio, pela via legislativa. Funciona como privilegiado instrumento para controlar a densa atividade desenvolvida pelos demais órgãos judiciários nessa área específica.

⁷⁶⁶ MENDES; BRANCO, 2015, p. 987.

⁷⁶⁷ THEODORO JUNIOR, 2017, v. III, p. 1106.

⁷⁶⁸ DANTAS, 2015, p. 494.

⁷⁶⁹ PAULO; ALEXANDRINO, 2014, p. 818. Entre os processualistas penais, merece destaque a exposição de Tourinho Filho, para quem o recurso extraordinário é “aquele mediante o qual se propicia ao STF manter o primado da Constituição. Por meio dele, o Pretório Excelso, como guardião supremo da Constituição, tutela os mandamentos constitucionais” (TOURINHO FILHO, 2013, v.4, p. 564). Também a de Fernando Capez sobre o recurso extraordinário: “Conceitua-se o recurso extraordinário como o recurso destinado a devolver, ao Supremo Tribunal Federal, a competência para conhecer e julgar questão federal de natureza constitucional, suscitada e decidida em qualquer tribunal do país. [...] Sua finalidade primordial, antes de constituir um instrumento voltado à correção de equívocos ocorridos no julgamento das causas judiciais pelos órgãos da instância inferior, é conferir aplicação uniforme ao direito constitucional, a fim de garantir a autoridade e unidade da Constituição Federal em todo o território brasileiro, haja vista ser ela o fundamento e a condição de validade de todo o ordenamento nacional” (CAPEZ, 2013, p. 868).

⁷⁷⁰ SANTOS, 2008, p. 172.

⁷⁷¹ ASSIS, 2017, 12.79.

Outro interessante ponto tocado pela doutrina é o fato de que “a função política do recurso extraordinário não lhe retira o caráter de instituto processual destinado à impugnação de decisões judiciais, a fim de se obter sua reforma”. O apelo extremo continua sendo um recurso à disposição da parte sucumbente, apto a devolver ao conhecimento do STF a questão constitucional controvertida, que, decidindo-a, “decidirá concomitantemente a lide que nela se comporta”. Isto é, ao mesmo tempo, e no mesmo recurso que conhece e dá provimento, o Supremo Tribunal Federal resguarda a autoridade e unidade da Lei Fundamental e, ainda, profere “nova decisão sobre a causa, aplicando a lei ao caso concreto”⁷⁷². Por essa dupla função do recurso extraordinário⁷⁷³, classifica-o como “recurso processual com função específica”, comum a todos os processos (civil, penal, trabalhista, eleitoral ou militar) em que igualmente exerce sua função de dirimir controvérsia sobre questão constitucional, tendo ele próprio assento constitucional, e não em lei ordinária como sói ocorrer com os demais recursos, sendo, pois, um “instituto de direito processual constitucional”⁷⁷⁴.

No cenário atual, a função do recurso extraordinário, sob a ótica processual, é classificada como voltada ao aperfeiçoamento da aplicação da legislação constitucional, sendo secundária ou meramente accidental o seu caráter corretor de eventual injustiça da decisão impugnada, o que geralmente está ligado à aferição dos fatos alegados pelas partes e ao exame das provas desses fatos. Por isso, “seu cabimento obedece a rígidas disposições adstritas ao reexame das questões

⁷⁷² É nesse sentido que são os enunciados 456 e 457 da Súmula do STF, respectivamente: “O Tribunal Superior do Trabalho, conhecendo da revista, julgará a causa, aplicando o direito à espécie” e “O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie”. Isto é, conhecendo do recurso, o Tribunal Superior tem de julgar a causa subjacente: o direito subjetivo das partes, segundo a interpretação legal ou constitucional que fixa como a correta. Não pode, portanto, simplesmente dizer qual a correta interpretação da lei (tutela do direito objetivo) e deixar o julgamento da causa (direito subjetivo) a cargo do órgão *a quo*. Decorre do mesmo entendimento, por outro lado, a vedação ao reexame de fatos e provas, pela via extraordinária, uma vez que, nesta, o preceito recursal é a tutela do direito objetivo, sendo os reflexos subjetivos consequência da intervenção do Tribunal em favor da unidade do direito.

⁷⁷³ Em razão disso, a crítica de José Afonso da Silva à classificação do STF como Corte Constitucional. Sobre o tema conferir o capítulo acima sobre a função precípua do STF de guardião da Constituição.

⁷⁷⁴ Ainda sob o aspecto político-constitucional do recurso extraordinário, Araken de Assis ressalta a importância que o instituto e o STF tiveram, em seus primórdios, na República, como instrumento aglutinador dos Estados-membros, a partir da unificação do direito federal, especialmente no federalismo “às avessas” brasileiro. Segundo o autor, “importa reconhecer que, do ponto de vista político, o esquema solidificou o Estado brasileiro. A República preservou o Estado nacional. Os brasileiros submetem-se, do Norte ao Sul, às mesmas leis no terreno civil, das relações familiares aos negócios, e penal” (ASSIS, 2017, 12.78).

de direito constitucional, desde que presentes certos requisitos discriminados na Constituição⁷⁷⁵. O recurso extraordinário está situado, portanto, no gênero dos recursos de “estrito direito”, cuja finalidade é preservar a unidade da interpretação e a correção da aplicação das normas constitucionais. Nota-se, por isso, o quanto a função do instrumento, o recurso extraordinário, está ligada à função do seu destinatário, o STF, na guarda da Constituição e na uniformização da interpretação e aplicação das normas constitucionais, sobressaindo a importância do instituto da própria necessidade de controle de constitucionalidade dos atos judiciais.

Nessa linha de tutela do direito objetivo constitucional, Didier Jr. e Cunha⁷⁷⁶ têm salientado o que chamam de “objetivação do recurso extraordinário”. Apontando diversas modificações legislativas e decisões e posicionamentos do STF, ao longo das últimas décadas, concluem que “o sistema de controle de constitucionalidade das leis no direito brasileiro tem passado, nos últimos tempos, por algumas mudanças bastante significativas”, como os efeitos vinculantes de algumas súmulas do STF e das decisões proferidas em causas de controle concentrado de constitucionalidade. “Um dos aspectos dessas mudanças”, apontam, “é a transformação do recurso extraordinário, que, embora instrumento de controle difuso de constitucionalidade das leis, tem servido, também, ao controle abstrato”, de modo que a análise da constitucionalidade, embora realizada no contexto de um dado caso concreto e de uma lide subjetiva, é feita em tese, *a priori*, assumindo contornos e efeitos prospectivos e vinculantes e não apenas retrospectivos e sobre o direito das partes. Daí vincularem “o tribunal a adotar o mesmo posicionamento em outras oportunidades”, admitirem a figura do *amicus curiae* e dispensarem (ou dificultarem, como filtro recursal) a rediscussão da questão já resolvida anteriormente. Segundo os autores, “[o] STF, ao examinar a constitucionalidade de uma lei em recurso tem seguido esta linha. A decisão sobre a questão da inconstitucionalidade seria tomada em abstrato, passando a orientar o tribunal em situações semelhantes”.

Sobre o tema, confere a perspectiva externada pelo Min. Gilmar Ferreira Mendes, no Processo Administrativo n. 318.715/STF, que culminou na edição da Emenda Regimental n. 12 ao RISTF, publicada no DJ de 17.12.2013⁷⁷⁷:

O recurso extraordinário deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesses das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de

⁷⁷⁵ FRANCISCO, 2011, p. 55.

⁷⁷⁶ DIDIER JR.; CUNHA, 2014, p. 241 e 331-337.

⁷⁷⁷ Conforme notícia MADOZ. Wagner Amorim. O recurso extraordinário interposto de decisão dos Juizados Especiais Federais. **Revista de processo**. São Paulo: RT, 2005, n. 119, p. 75-76.

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*). Nesse sentido, destaca-se a observação de Häberle segundo a qual “a função da Constituição na proteção dos direitos individuais (subjectivos) é apenas uma faceta do recurso de amparo”, dotado de uma “dupla função”, subjetiva e objetiva, “consistindo esta última em assegurar o Direito Constitucional objetivo”.

A função do Supremo nos recursos extraordinário – ao menos de modo imediato – não é a de resolver litígios de fulano ou de beltrano, nem a de revisar todos os pronunciamentos das Cortes inferiores. O processo entre as partes, trazido à Corte via recurso extraordinário, dever ser visto apenas como pressuposto para uma atividade jurisdicional que transcende os interesses subjetivos.

A tendência, portanto, parece mesmo ser a de dar transcendência às decisões do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional. “Todavia”, como aponta Araken de Assis, “o extraordinário continuou a ser apontado, bem ou mal, como fator predominante da crise do STF, cujo último remédio consiste no instituto da repercussão geral, outra vez importado da América do Norte”.⁷⁷⁸

Assim, não obstante a inegável importância que o recurso extraordinário teve e tem na preservação e no desenvolvimento do direito constitucional e até mesmo no desenvolvimento político da República Federativa do Brasil, o fato é que tal remédio, não obstante as diversas modificações legislativas (constitucionais e infraconstitucionais) promovidas com o fito de aplacar a entrada de processos no STF, ainda consiste em instrumento de amplo acesso ao Judiciário, inclusive à “última instância”. Nesse cenário, revela-se uma crise – que não é a primeira nem do STF, nem do Judiciário, nem do RE – tanto quantitativa, quanto qualitativa da jurisdição de nossa Corte Suprema e do que cuidaremos no próximo capítulo.

⁷⁷⁸ ASSIS, 2017, 12.79.

4. AS CRISES DO STF E DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Apesar do hibridismo de nosso ordenamento, com influências do constitucionalismo norte-americano⁷⁷⁹, no campo do direito processual, que rege os recursos, inclusive os excepcionais, nosso regramento – majoritariamente infraconstitucional – historicamente se aproximou mais do modelo de *civil law* europeu-continental. Essa característica nos trouxe as vantagens e desvantagens desse modelo; entre as desvantagens, destaca-se como principal revés a crise quantitativa de recursos às Cortes de Vértice, com a conseqüente crise qualitativa na prestação jurisdicional e na uniformidade da jurisprudência.

Esse problema, como já pudemos observar no capítulo anterior e melhor veremos agora, não é uma característica específica do ordenamento jurídico brasileiro⁷⁸⁰, mas quase que uma constante do modelo ligado à teoria lógico-dedutiva do direito e ao papel dos Tribunais Superiores como cortes de nomofilaquia tradicional, seja no modo revisional ou de cassação, de controle da atividade judicial, de homogeneização da jurisprudência, reativo e sem filtros recursais que lhe confirmam autogoverno de sua atuação.

A chamada “crise das Cortes Superiores”, na verdade uma “crise jurisdicional”, portanto, pode ser observada em diversos países, especialmente os adeptos ao modelo da *civil law*, mas não exclusivamente estes, incluindo certamente o Brasil, onde a crise relativa ao nosso Supremo Tribunal Federal e ao processamento e julgamento dos recursos que lá aportam, em especial o recurso extraordinário, também não é novidade.⁷⁸¹

Com efeito, a doutrina afirma que, no Brasil, as discussões sobre a crise do recurso extraordinário são praticamente tão antigas quanto o próprio meio de impugnação dirigido ao Supremo Tribunal Federal. “Os registros históricos noticiam que, embora o extraordinário tenha sido instituído entre nós pelo Decreto 510, de 1890, já na década de 1920, operadores do direito e os Poderes Legislativo e Executivo discutiam formas de solucionar o crescente número de recursos que se avolumavam no STF”.⁷⁸²

Como gênese do problema, há quem aponte a peculiar forma de constituição do federalismo brasileiro, que, embora inspirado na experiência norte-americana, muito se distanciou de sua fonte de inspiração. Sabemos que, enquanto nos Estados Unidos o federalismo se formara a

⁷⁷⁹ Cf. tópico 1.10.

⁷⁸⁰ RIBEIRO, 2014, p. 44.

⁷⁸¹ AMARAL NETO, 2013, p. 21.

⁷⁸² DANTAS, 2012, p. 84.

partir das províncias, já independentes do poder central, no Brasil, o processo foi oposto: “aqui a primeira Constituição Republicana, em 1891, tentou construir o federalismo partindo do poder central para o Estados”.⁷⁸³

O federalismo “às avessas” do Brasil ainda tinha a peculiaridade de concentrar na União a maior parte das competências legislativas, tanto sobre direito material (civil, penal, comercial, agrário, eleitoral etc.) quanto sobre direito formal (processual civil e penal) – *ex vi* dos incisos XIX do art. 5º da Constituição de 1934; XV do art. 5º da Constituição de 1946; e XVII do art. 8º da Constituição de 1967 – o que fazia (como ainda faz, nos tempos atuais) com que o direito federal respondesse pelo regramento da imensa maioria das relações jurídicas. Era, portanto, o direito federal que servia de fundamento às decisões judiciais, de modo que as impugnações às mesmas, por violação à lei, (quase) sempre tinham como base a violação à legislação federal e, por isso, endereço certo: o Supremo Tribunal Federal, que, nesse período e até a Constituição Federal de 1988, concentrava as competências para zelar pela legislação tanto infraconstitucional quanto constitucional, ramos, portanto, do direito federal, sendo o instrumento para o exercício dessa jurisdição o recurso extraordinário.⁷⁸⁴

A doutrina aponta que “[n]o período entre 1934 e 1988, era evidente que a concentração de poderes na União acabava se refletindo no órgão encarregado por zelar pela integridade do direito federal constitucional e infraconstitucional (o STF)”, sendo, por isso, possível concluir que o modelo federativo era incompleto nesse tocante, havendo unidade legislativa do direito nacional, concentrada no poder central, e praticamente nenhuma autonomia legislativa do Estados membros. Essa unidade do direito nacional, no entanto, não era acompanhada da uniformização da jurisprudência, “pois o que se via era todos os tribunais dos Estado federados, além dos tribunais federais, interpretando os mesmos diplomas legais, e, em não raros casos, completamente alheios à jurisprudência firmada pelo STF”.⁷⁸⁵

Ficou claro, já nessa época, não apenas para o STF, mas para toda a comunidade jurídica, que o nosso modelo federal, que outorgava a uma única Corte a tarefa hercúlea de uniformizar, sozinha, uma vasta gama de ramos do direito federal aplicado por diversos tribunais, estaduais

⁷⁸³ DANTAS, 2012, p. 84.

⁷⁸⁴ Nesse sentido: ASSIS, 2017, 12.78; FRANCISCO, 2011, p. 69.

⁷⁸⁵ DANTAS, 2012, p. 52-54.

e federais, era inviável. O “inchaço” da competência recursal do STF rapidamente se refletiu em números, demonstrando que o tribunal não daria conta de sua função constitucional, nos moldes em que estava traçada⁷⁸⁶.

Não por acaso, José Afonso da Silva, que seria um dos idealizadores da criação do Superior Tribunal de Justiça⁷⁸⁷, destacava, ainda sob a égide da Constituição de 1946:

O que existe é uma descentralização judiciária. As chamadas Justiças estaduais não são propriamente estaduais, senão órgãos da Justiça nacional descentralizados. Descentralização de tipo especial, mas essencialmente descentralização. Aos Estados cabe tão somente o direito (melhor diria o ônus) da organização judiciária; mesmo assim segundo os princípios que lhes traça a Constituição Federal, e ainda o direito de dividir, como bem entender, o seu território, em circunscrição judiciária. E é somente nesse sentido que se pode falar em Justiças estaduais; locais pela organização, pela manutenção. No mais, não diferem em nada das Justiças federais, assim chamadas as Justiças especiais, organizadas e mantidas pela União como a do trabalho e a Eleitoral, que, por sinal, são também descentralizadas.⁷⁸⁸

Interessante destacar, como faz a doutrina⁷⁸⁹, que Liebman, em conferência feita em 1940 sobre as perspectivas do recurso extraordinário, já alertava para a crise que viria a assolar o STF e o referido recurso, em razão de nosso federalismo centralizador. O mestre italiano, nessa ocasião, ressaltava que “nos Estados Unidos a autonomia judicial dos Estados era acompanhada por uma substancial autonomia legislativa, de modo que era excepcional a aplicação de leis federais pelos Tribunais estaduais”, enquanto que, “no Brasil, ocorria justamente o inverso: a Constituição de 1934 estabelecia (art. 5º, XIX, alínea a) a unidade do direito civil, comercial e penal, e

⁷⁸⁶ Para o advogado Carlos Robichez Penna, a crise do STF “nasceu do fantástico número de processos que anualmente são entrada no Protocolo da Corte, principalmente os recursos extraordinários e seus recursos conexos (agravo de instrumento, arguições de relevância e embargos de declaração e divergência)”. O mesmo autor refere que em 1891 deu entrada no STF o Recurso Extraordinário n. 1; em 1904, a média anual de 26; em 1933, a média cegou a 55; já em 1960, ano em que o STF mudou sua sede para Brasília, “foram julgados 5.946 recursos extraordinários, quantidade que já à época foi considerada excessiva e preocupante por seus juizes” Observa, ainda, que o crescimento seguiu em “progressão geométrica”, constando do relatório anual de 1985 “terem sido julgados 17.798 processos diversos (...). 17.000 processos-ano julgados por onze Ministros importaria em 4,2 processo/dia, por Ministro, constando-se os sábados, domingos, feriados recessos e as férias de janeiro e julho, ocasião em que se supõe que seus membros devam desfrutar de uma forma qualquer de lazer e descanso. (...) A crise do Supremo Tribunal Federal é portanto uma crise de quantidade que deve ser refreada sob pena de inviabilizar a entidade em mais alguns anos” (PENNA, Carlos Robichez. O recurso extraordinário e a crise do Supremo Tribunal Federal. *Estudos de Direito Público*, n. 8. 1985/1986, p. 21).

⁷⁸⁷ Segundo Tavares, “José Afonso da Silva, em obra datada de 1963, propunha a mudança da estrutura do Poder Judiciário da época”: ‘falta um Tribunal Superior correspondente ao T.S.E. e ao T.S.T. para compor as estruturas judiciárias do Direito comum, do Direito fiscal federal e questões de interesse da União e do Direito penal militar. Já salientamos que essas estruturas até aqui se compõem com o S.T.F.’” (TAVARES, 2015, p. 936; SILVA, José Afonso da. *Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro*. São Paulo: RT, 1963, p. 455-456). Bruno Dantas também destaca a sugestão de Silva de criação de um Tribunal Superior de Justiça, Bruno Dantas (2012, p. 55-56), assim como Carla Matos (2014, p. 55).

⁷⁸⁸ SILVA, 1963, p. 9.

⁷⁸⁹ DANTAS. 2012, p. 85.

o Código de Processo Civil de 1939 viria unificar também o processo civil”⁷⁹⁰, nos termos determinados pela mesma Carta Constitucional, que previa a competência da União para legislar sobre direito processual.

Ainda nas palavras do próprio Liebman:

(...) dessas circunstâncias decorre que os Tribunais estaduais aplicam direito federal com frequência muito maior, vale dizer, mais precisamente, na imensa maioria dos casos. Trata-se, é certo, de uma diferença de quantidade, conservando-se invariadas as relações de qualidade. Mas os problemas quantitativos têm nos fenômenos sociais muita importância e sempre acabam por repercutir sobre as soluções jurídicas.⁷⁹¹

Nesse contexto, o múnus de manter a integridade do direito federal era extremamente complicado de se cumprir, o que, “despertou interesse de estudiosos, que se apressaram em denominar o fenômeno de acumulação de processos, ora de crise do recurso extraordinário, ora de crise do Supremo Tribunal Federal”.⁷⁹² Matos Peixoto, foi um dos que, à época, criticou veementemente a transposição para o Brasil do modelo em vigor nos Estados Unidos, em análise da redação adotada pelo Decreto 848:

Estas disposições, difusas e mal articuladas do dec. n. 848 (quão diversas das normas correspondentes, concisas e elegantes da Constituição do Governo Provisório, nas quaes transparece o esmeril de Ruy Barbosa!) moldaram-se também pelo Judiciary Act, sem se levar em conta que as prescrições dessa lei, promulgada para um país onde os Estados federados legislam sobre direito substantivo, somente poderiam aplicar-se ao Brasil, se elles aqui tivessem igual competencia, a menos que se quisesse erigir o Supremo Tribunal Federal em instancia de revista, sempre que, interpretando a legislação federal, a justiça dos Estados decidisse contra o direito pleiteado pela parte, com apoio nessa legislação.⁷⁹³

Como destacamos acima, o recurso extraordinário teve como modelo o *writ of error* do direito norte-americano.⁷⁹⁴ No entanto, como aponta a doutrina, “não se atentou, à época, para uma

⁷⁹⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. Perspectivas do recurso extraordinário. **Revista forense**, v. 85, jan. 1941.

⁷⁹¹ *Ibidem*.

⁷⁹² DANTAS. 2012, p. 55; LIMA, C.B., 2013, p. 111.

⁷⁹³ PEIXOTO, J.C. Matos. **Recurso extraordinário**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1935, p.

⁷⁹⁴ Segundo anota José Afonso da Silva, anteriormente, a Constituição Imperial já houvera acolhido um recurso proveniente das fontes portuguesas, destinado ao Supremo Tribunal de Justiça: o *recurso de revista* (arts. 163 e 164, I), o qual estava vocacionado “à defesa da lei em teses e ao respeito do seu império, de seu preceito abstrato, indefinido, sem se envolver diretamente na questão privada ou no interesse das partes litigantes”. Não obstante, na sequência, a República preferiu “importar” o modelo norte-americano e, segundo Silva, “como sempre acon-

grande diferença existente entre os dois países: a competência legislativa federal, no Brasil, é ampla, ao contrário do que ocorre no direito-norte-americano, onde tal competência é bem mais restrita”.⁷⁹⁵ Somado a isso, o modelo reinante era que considerava o direito de acesso à Corte Superior um direito subjetivo da parte, típico de uma função nomofilática de controle da atividade judicial, o que fazia do recurso extraordinário um recurso “exercitável em qualquer causa na qual estivesse presente a questão federal (aqui abrangidas as questões constitucionais e as questões federais propriamente ditas)”⁷⁹⁶, sendo, por isso, perfeitamente compreensível que se tenha verificado um grande número de recursos distribuídos ao Supremo Tribunal Federal, problema que, por conta da demora em sua resolução, tornou-se crônico, em pouco tempo e cujo fenômeno passou a ser referido como a “crise do Supremo”.⁷⁹⁷

Importante destacar que, nessa época, o direito norte-americano ainda não tinha atribuído à Suprema Corte dos Estados Unidos a gestão da admissibilidade dos recursos a ela dirigidos, operando, também, como uma grande Corte de controle da atividade judicial de base e sofrendo dos mesmos males da nossa Corte Suprema, no que toca à quantidade de recursos em julgamento⁷⁹⁸. De qualquer forma, foi desse contexto do nosso sistema constitucional e processual que surgiu o primeiro grande debate doutrinário acerca da função e do uso do recurso extraordinário e do papel do STF e que se dividiu em duas correntes: a ampliativa (vigente nos EUA), que defendia a admissão do RE contra todas as decisões judiciais em que se arguisse a violação ao direito federal, e a restritiva, que defendia a sua admissibilidade tão somente quando houvesse explícita e formal não-aplicação da lei federal correspondente.⁷⁹⁹

A disciplina adotada pela Constituição de 1934, porém, não deixava dúvidas quanto à adoção da corrente ampliativa. Opção cujas consequências Levi Carneiro relata: “já nos primeiros anos deste século se reclamava a criação de tribunais federais inferiores, que suavizassem a tarefa da mais alta Corte”⁸⁰⁰; sendo no mesmo sentido o artigo de Filadelfo Azevedo, intitulado “Ainda a crise no Supremo”, publicado em 1943 nos Arquivos do Ministério da Justiça e dos Negócios Interiores. Segundo o autor, baseado nos relatórios de atividades do STF, entre os anos de 1925

tece, quando se adota técnica existente em sistema cultural diferente, o recurso sofreu, aqui, os azares da incompreensão, o que certamente não ocorreria se proviesse de uma evolução da revista” (SILVA, José Afonso da. **Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro**. São Paulo: RT, 1963, p. 31).

⁷⁹⁵ MEDINA, 2012, p. 46.

⁷⁹⁶ Ibidem.

⁷⁹⁷ MANCUSO, 2010, p. 67.

⁷⁹⁸ Cf. veremos no tópico 4.4.1.

⁷⁹⁹ DANTAS, 2012, p. 86.

⁸⁰⁰ CARNEIRO, Levi. Ainda a crise no Supremo. **Arquivos do Ministério da Justiça e dos Negócios Interiores**, n. 2, ago, 1943, p.1.

e 1934, a média de recursos extraordinário era inferior a uma centena, enquanto nos primeiros anos da década de 1940, essa média já superava o milhar.⁸⁰¹

Em tese apresentada ao Congresso Nacional de Direito em Homenagem ao Centenário de Clóvis Beviláqua, em 1959, Alcino Salazar⁸⁰² apontava que, desde a década de 1910, Pedro Lessa já escrevia sobre a necessidade de “desafogar” o STF. Na década de 1930, segundo mesmo relato, Edmundo Lins, então presidente do Supremo, defendia veementemente a rápida adoção de soluções para a dita crise. Salazar ainda aponta diversos relatórios da presidência do STF confeccionados por José Linhares (1952-1953) e Orosimbo Nonato (1957), indicando o aumento exponencial de processos na Corte Suprema.

No primeiro ano de implantação do Superior Tribunal de Justiça – cuja criação se deu com a finalidade de resolver a crise no STF, como veremos adiante – o Ministro Francisco Cláudio de Almeida Santos, já em exercício no STJ, dizia: “Os recursos extraordinários, em número de cerca de 18.000, até 1950, isto é, nos primeiros sessenta anos de atividade do Supremo na República, e em número de aproximadamente 60.000 no final de 1965, saltaram para quase 120.000, em números gerais, no final de 1988, segundo registros citados e outras fontes”.⁸⁰³

Em verdade, como escreveu o Min. José Carlos Moreira Alves, a crise do Supremo é a crise do recurso extraordinário⁸⁰⁴, e sempre foi essa situação aflitiva que “deu margem a uma série de providências legais e regimentais para que a Corte não soçobrasse em face do volume de recursos que a ela subiam”. A “crise do STF” ou a “crise do RE”, portanto, não é nova, nem advém do regime jurídico estabelecido pela Constituição de 1988⁸⁰⁵, tendo, se agravado, em verdade, após a promulgação da atual CF.⁸⁰⁶ Diversas medidas foram propostas antes dela, algumas das quais foram efetivamente implantadas, sempre na tentativa de conter a enxurrada de recursos que desaguavam no STF, versando sobre a ampla gama de previsões do direito federal. Esse

⁸⁰¹ AZEVEDO, Filadelfo. A crise do recurso extraordinário. *Arquivo Judiciário*, n. LXII, abr-jun, 1942, p. 8.

⁸⁰² SALAZAR, Alcino. *A crise do Supremo Tribunal Federal: suas causas, seus efeitos, e como dirimi-la*. Fortaleza: Imprensa universitária do Ceará, 1959, p. 8-9.

⁸⁰³ SANTOS, Francisco Claudio de Almeida. Recurso especial: visão geral. *Revista da Procuradoria-geral do Estado de São Paulo*, jun. 1989, p. 183.

⁸⁰⁴ Também vinculando a(s) crise(s) do STF ao RE: MANCUSO, 2010, p. 69 e 89-90; SILVA, 1963, p. 450.

⁸⁰⁵ Como já anotava Gueiros Leite, em 1987 (LEITE, Evandro Gueiros. O recurso extraordinário e a emenda 2/85 do RISTF. *Jurisprudência brasileira, cível e comércio*, n. 125, 1987, p. 13).

⁸⁰⁶ Conforme destacam Mendes e Branco (2015, p. 1122).

plexo de medidas, por sua vez, sempre girou em torno da adoção de algum tipo de “filtro recursal”, ou seja, de elemento(s) de contingência do acesso das partes à Corte Suprema, “cujo principal escopo era – e ainda é, o de reduzir o volume de processos na corte constitucional, possibilitando ao STF que se detivesse à análise de problemas de grande relevância”.⁸⁰⁷ Na sequência, trataremos dessas tentativas de contenção e resolução da “crise do Supremo”, consistentes em mecanismos de triagem do acesso à nossa Corte Suprema.

4.1. AS SOLUÇÕES PARA A CRISE NO BRASIL: ANTECEDENTES HISTÓRICOS DA REPERCUSSÃO GERAL.

Se a crise do STF e do RE é tão antiga quanto a existência dos mesmos em nosso ordenamento, também foram muitas as tentativas de solução dessa crise, através de mecanismos jurídicos que fizessem com que o acesso ao Supremo Tribunal Federal fosse controlado, a fim de que o mesmo pudesse desempenhar satisfatoriamente suas funções constitucionais.

Neste tópico, traremos alguns breves apontamentos sobre as medidas de filtragem de recursos extraordinários ao STF, antecedentes à repercussão geral.

4.1.1. Óbices regimentais

A primeira técnica usada pelo STF para barrar recursos de sua alçada foi o exercício da competência legislativa que lhe era outorgada pela Constituição de 1969 (EC n. 1/69), em seu art. 119, §1º, com a redação que lhe foi dada pela EC n. 7/77:

Art. 119. Compete ao Supremo Tribunal Federal:

[...]III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância por outros tribunais, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição ou negar vigência de tratado ou lei federal;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato do governo local contestado em face da Constituição ou de lei federal; ou
- d) der à lei federal interpretação divergente da que lhe tenha dado outro Tribunal ou o próprio Supremo Tribunal Federal.

⁸⁰⁷ AMARAL NETO, 2013, p. 21-22.

§ 1º As causas a que se refere o item III, alíneas a e d, deste artigo, serão indicadas pelo Supremo Tribunal Federal no regimento interno, que atenderá à sua natureza, espécie, valor pecuniário e relevância da questão federal. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 7, de 1977)”.

O STF, desse modo, podia, no exercício de sua função legiferante subsidiária, impor limites à sua própria jurisdição, no que tocasse aos recursos extraordinários contra decisões que contrariassem dispositivo da Constituição, negassem vigência de tratado ou lei federal ou dessem à lei federal interpretação divergente da que lhe tenha dado outro Tribunal ou o próprio Supremo Tribunal Federal. E foi o que o Supremo fez, a partir de 15.10.1980 (portanto, 3 anos após a EC 7/77), com a previsão no art. 325 do seu Regimento Interno das hipóteses em que não caberia RE; em suma, todos aqueles em que não houvesse “ofensa à Constituição, manifesta divergência com a ‘Súmula’ do Supremo Tribunal Federal, ou relevância da questão federal”.⁸⁰⁸ O STF, portanto, estabeleceu, inicialmente, um rol “negativo”, com as hipóteses de não cabimento do RE.

⁸⁰⁸ “Art. 325. Salvo nos casos de ofensa à Constituição, manifesta divergência com a Súmula do Supremo Tribunal Federal, ou relevância da questão federal, não caberá o recurso extraordinário a que alude o seu art. 119, § 1º, das decisões proferidas: I – nos processos por crime ou contravenção a que 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, e quando oriundos de processos referidos no inciso I; III – nos mandados de segurança que versarem matéria compreendida nos incisos IV e VII, ou forem oriundos de processos referidos nos incisos I, V, VI e VIII, e, em qualquer outro caso, quando não julgarem o mérito; IV – nos litígios decorrentes: a) de acidente do trabalho; b) das relações de trabalho mencionadas no art. 110 da Constituição; c) da previdência social; d) da relação estatutária de serviço público, civil ou militar, quando não for discutido o direito à constituição ou subsistência da própria relação jurídica fundamental; V – nas seguintes ações e processos: a) ação rescisória, quando julgada improcedente; b) ações que a lei submeter a procedimento sumaríssimo; c) procedimentos especiais de jurisdição contenciosa, salvo os de depósito, de usucapião de terras particulares, de divisão e demarcação, quando discutido o domínio, de inventário e partilha e de embargos de terceiro; d) processos cautelares e medidas provisionais concedidas ou indeferidas liminarmente na ação principal; e) procedimentos especiais de jurisdição voluntária, salvo os relativos a tutela e curatela; f) procedimentos enumerados no art. 1.218 do Código de Processo Civil, salvo os concernentes a dissolução e liquidação de sociedades; VI – nas execuções por título judicial, bem assim nas por título extrajudicial, a partir da avaliação, inclusive; VII – sobre questões de direito processual civil relativas a representação judicial das partes; despesas e multas; competência relativa; impedimentos e suspeição; forma e lugar dos atos processuais; intimação e notificação; nulidades não cominadas; valor da causa; suspensão e extinção do processo sem julgamento do mérito, quando não obstarem a que o autor intente de novo a ação; cabimento de recurso; e ordem dos processos no tribunal; 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 a instância única, excluídas as ações concernentes ao estado e à capacidade das pessoas; IX – nas revisões criminais dos processos de que trata o inciso I e nas ações rescisórias de decisões proferidas nos processos enumerados nos incisos III, IV, V, VI, VII e VIII”.

Posteriormente, através da Emenda Regimental n. 2/1985, a formulação dos óbices ao recurso extraordinário, que era na forma negativa (“não caberá o recurso...”), passou a ser feita em termos positivos (“cabe o recurso extraordinário...”), com a previsão de onze incisos do art. 325, que contemplavam as hipóteses de cabimento do recurso (juízo positivo de admissibilidade)⁸⁰⁹. Como aponta a doutrina, a técnica da previsão positiva foi ainda mais restritiva do acesso, via RE, ao STF, demandando do recorrente a demonstração clara de que seu recurso se enquadrava em uma das hipóteses de cabimento do art. 325 e funcionando a última – a arguição de relevância (inc. XI), que diante veremos em mais detalhes – como um “curinga” recursal, do qual deveria a parte se valer se o seu recurso não entrasse por uma das hipóteses (incs. I a X) que se constituíam em “exceção para um número muito reduzido de casos”.⁸¹⁰

4.1.1.1. *Arguição de relevância.*

Entre os óbices regimentais criados pelo próprio Supremo Tribunal Federal, para redução do número de recursos em sua pauta, merece destaque o instituto da arguição de relevância, criado em 1975 e que vigeu e foi aplicado até a promulgação da CF/88⁸¹¹. A doutrina costuma apontar a arguição de relevância como o antecessor imediato da repercussão geral⁸¹² ou esta como uma “uma repriminção da vetusta relevância da questão federal”⁸¹³, não tanto por uma questão temporal – pois outras medidas do gênero foram criadas no intervalo de vigência da arguição de relevância e a Emenda Constitucional n. 45 à CF/88 (como veremos adiante) – mas, principalmente, pela similitude dos institutos⁸¹⁴.

A arguição de relevância originou-se de sugestão do Min. Victor Nunes Leal (que também foi o idealizador das súmulas), que, em duas palestras proferidas em 1965, uma em São Paulo,

⁸⁰⁹ “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 originalmente 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”.

⁸¹⁰ NEGRÃO, Theotônio. Técnica do recurso extraordinário no cível. **RT** 602/11.

⁸¹¹ Cf. sobre o assunto: MADRUGA, 2015, p. 41-57.

⁸¹² RIBEIRO, 2014, p. 52-53. Também é apontada como antecessora brasileira da arguição de relevância, a transcendência trabalhista. Sobre o assunto, cf. MADRUGA, 2015, p. 57-59.

⁸¹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **O processo civil na reforma constitucional do poder judiciário**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15273-15274-1-PB.pdf>>. Acesso em: 24 mar. 2018. Cf. também: MATOS, 2014, p. 76-78; FRANCISCO, 2001, p. 51.

⁸¹⁴ Sobre o tema, cf. FRANCISCO, 2011, p. 110-121.

outra em Belo Horizonte, e publicadas na Revista de Informação Legislativa, de setembro do mesmo ano, apontava a instituição de um requisito de “relevância”, como a melhor forma de aliviar a sobrecarga de trabalho do STF⁸¹⁵, tendo como fonte de inspiração a técnica e a experiência norte-americanas.⁸¹⁶ Sua criação se deu pela Emenda Regimental n. 3, de 12.06.1975, com a alteração do art. 308 do ainda vigente RISTF de 1970; época em que o STF tinha, por previsão do art. 119, parágrafo único, da Constituição de 1969, competência para legislar sobre processo através de seu regimento interno, embora sua previsão constitucional só sobreviesse com a EC n. 7/77, que transformou o parágrafo único do art. 119 em §1º e incluiu a “relevância da questão federal” como hipótese de cabimento do recurso extraordinário⁸¹⁷. Sua definição, extremamente vaga, aliás, só veio a ser positivada já na vigência do RISTF de 1980 (atualmente em vigor) e por ocasião da edição da Emenda 2/85, que alterou a redação do art. 327, §1º, do, para deixá-la nestes termos: “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”.⁸¹⁸

⁸¹⁵ LEAL, Victor Nunes. Aspectos da reforma judiciária. **Revista de Informação Legislativa**, n. 7/15, set. Senado Federal: 1965, p. 74. Nas palavras de Leal, referindo à realidade dos EUA e à sua possível implantação no Brasil: “Qualquer tipo de questão que chegue à Corte Suprema sofre um processo preliminar de triagem e somente sobrevive naqueles casos em que a Corte considera suficientemente importantes ou significativas (*importante or meritorius*) para justificar uma revisão. (...)Esta válvula reduziria o serviço do Supremo Tribunal a proporções exequíveis, como daria melhor teor doutrinário às duas decisões, em correspondência com sua posição de Tribunal de cúpula” (LEAL, Victor Nunes. Aspectos da reforma judiciária. *Revista de Informação Legislativa*, n. 7/15, set. Senado Federal: 1965). A influência da cultura jurídica dos EUA é também sentida nas palavras do Min. Moreira Alves, para quem a arguição de relevância era “um instrumento de viabilização dos Estados federativos com a preservação do direito nacional contra atentados graves por sua repercussão jurídica moral, social, política ou econômica, não tendo por finalidade principal a correção de erros de direito”. O *Judiciary Act*, prossegue o ministro, “outorgou à Suprema Corte Americana o poder discricionário de só julgar, das questões que lhe são submetidas, as que considera mais importantes pelo interesse público que encerram” (MOREIRA ALVES, José Carlos. O Poder Judiciário e a nova Carta Constitucional. **RePro** 53/206-207).

⁸¹⁶ Interessante notar que, assim como a sistemática de recursos à Corte Suprema brasileira havia sido importada do direito estrangeiro (notadamente norte-americano), também a solução para os problemas por ela trazidos tinha a mesma origem; de outro lado, a aflição que acometia os juristas, em especial os membros da Corte, também decorria de sua observação da quantidade de julgados dos tribunais de cúpula de outros países, como se nota da seguinte ponderação do Min. José Augusto Delgado, então em exercício no STJ, em que observava que, enquanto em 1997 o STF aguardava receber 42.000 processos, “a corte americana recebeu, no ano passado [1996], 336 processos e escolheu apenas 126 para apreciar; a corte da Alemanha recebeu 3.000 e poucos processos, e, desses, apenas entendeu apreciar 300 e poucos, porque tem uma Câmara competente para selecionar recursos relevantes” (DELGADO, José Augusto. A súmula vinculante e a administração pública. **Boletim de Direito Administrativo**, n. 6, jun. 1998, p. 358).

⁸¹⁷ Cf. tópico 1.10.

⁸¹⁸ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_integral.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2018.

A arguição de relevância não era um recurso⁸¹⁹, nem mesmo um incidente – posto que não dependia de instrumento próprio ou de instauração da parte⁸²⁰, a exemplo do *writ of certiorari*, da *permission* e de outros instrumentos análogos de outros ordenamentos – mas um expediente de inclusão do recurso extraordinário entre os feitos a serem julgados pelo STF.⁸²¹ Não obstante, a ideia do instituto – assim como de toda a outorga de competência ao STF para legislar sobre as hipóteses de (não) cabimento do recurso do art. 119, III, da CF/69 – era barrar a admissibilidade do recurso extraordinário, enumerando-se, para isso, no RISTF, primeiramente, critérios de exclusão do seu cabimento (RISTF, art. 325, incs. I a IX, redação original) e, posteriormente, critérios de inclusão (art. 325, incs. I a XI, com redação dada pela ER 2/1985)⁸²², sendo a última hipótese, em caso de não enquadramento entre as anteriores, a necessidade de demonstração, pelo recorrente, da relevância da questão federal sobre a qual versava o seu recurso (inc. XI)⁸²³, revertendo-se esta, por ironia, no fundamento da maioria dos casos. Daí o comentário de Thetônio Negrão, feito à época: “Na imensa maioria dos casos, como se verifica dos incisos a seguir, o recurso extraordinário somente caberá se for acolhida a arguição de relevância (inc. XI). Esta é a regra; as demais hipóteses constituem exceção para um número muito reduzido de casos”.⁸²⁴ E a conclusão de Mancuso: “É dizer, a arguição de relevância operava, pois, como *um fator de inclusão*, para hipóteses que, *de outro modo*, ficariam à margem do acesso ao STF”.⁸²⁵

Em outras palavras, não sendo o caso de inclusão do recurso extraordinário em uma das hipóteses de automático cabimento (incs. I a X), era ônus do recorrente demonstrar que, apesar disso, a questão jurídica federal objeto de seu extraordinário revestia-se de relevância tal, que, pelos reflexos na ordem jurídica, e considerados os aspectos morais, econômicos, políticos ou sociais da causa, exigia a apreciação do recurso extraordinário pelo Supremo Tribunal Federal.

⁸¹⁹ RE 90.155, Ag. Reg. Rel. Min. Xavier de Albuquerque, DJ de 11.12.1978. Nesse sentido, na doutrina, Sérgio Bermudes anotava que a arguição “não visa, ela mesma, a modificar a decisão recorrida, mas, apenas, a remover o obstáculo à prolação de juízo positivo de admissibilidade do recurso extraordinário” (BERMUDES, Sérgio. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2ª ed. São Paulo: RT, 1977, v. 7, p. 302).

⁸²⁰ AMARAL NETO, 2013, p. 52.

⁸²¹ MANCUSO, 2010, p. 74. A inclusão do RE, pela arguição de relevância, se contrapõe, segundo o mesmo autor, à repercussão geral, que apresenta índole restritiva do acesso ao STF. Em outras palavras, enquanto a primeira dava acesso à Corte Suprema, a segunda o obsta. Daí concluir que “Não há mal, assim, em dizer que a repercussão geral é uma *rentrée* da arguição de relevância, mas... com o *farol trocado!*”.

⁸²² Como vimos no tópico anterior: 4.3.1.

⁸²³ “XI – em todos os demais feitos, quando reconhecida a relevância da questão federal”.

⁸²⁴ NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto Ferreira. **Código de processo civil e legislação processual em vigor**. 46ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, nota 2 ao art. 325 do RISTF.

⁸²⁵ MANCUSO, 2010, p. 75 e 174 (grifos do autor).

As críticas ao instituto da arguição de relevância, nos seus 13 anos de existência, normalmente giravam em torno da complexidade e onerosidade de seu procedimento⁸²⁶, da falta de publicidade das razões de atribuição ou denegação da relevância⁸²⁷, da incontestável discricionariedade do STF para aferir o que fosse “relevante”⁸²⁸, entre outras.

De maneira geral, porém, a arguição de relevância foi bem acolhida pela doutrina e principalmente pelos ministros do STF.⁸²⁹ Entre estes, Moreira Alves ressaltava a função da arguição de tutelar o direito federal objetivo contra “atentados graves por sua repercussão jurídica, moral, social, política ou econômica, não tendo por finalidade principal a correção de erros de direito”⁸³⁰, o que, a seu ver, condizia com uma função política da arguição de relevância, mais do que propriamente de ato de prestação jurisdicional.⁸³¹ Isso porque, segundo o ministro, “não se decide o caso concreto, mas apenas se verifica a existência ou não de um interesse que não é do recorrente, mas que é superior a ele, pois é o interesse federal de se possibilitar ao Tribunal Supremo do País, a manifestação sobre a questão jurídica que é objeto daquele caso concreto, mas que transcende dele, pela importância jurídica”⁸³². Nesse sentido, parte da doutrina afirmava ser a arguição de relevância a única fórmula capaz de, ao mesmo tempo, atender ao sem-

⁸²⁶ A exemplo de José Guilherme Vilella, que classificava as normas regimentais da arguição como de “exagerado tecnicismo” (VILLELLA, José Guilherme. Recurso extraordinário. **RePro** 41/137).

⁸²⁷ “A sessão do Conselho é secreta, a decisão não é motivada. Não há como perceber qual a orientação dominante” (MAGALHÃES, Hugo de Carvalho Ramos. O recurso extraordinário no cível, seus pressupostos, condições e juízo de admissibilidade. **RePro** 53/206-207). Sigilo esse, hoje, inconcebível, diante do inx. IX do art. 93 da CF/88, como aponta Mancuso (2010, p. 75-76, NR 20).

⁸²⁸ VILLELLA, **RePro** 41/147.

⁸²⁹ Nesse sentido: FALCÃO, Djaci. O Poder Judiciário e a nova Carta Constitucional. **RePro** 53/206; MOREIRA ALVES, José Carlos. Poder Judiciário. **A Constituição brasileira de 1988: interpretações**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988, p.199; LEITE, 1987, p. 11-36.

⁸³⁰ MOREIRA ALVES, **RePro** 53/206-207.

⁸³¹ Nesse sentido, mais um ponto de aproximação desse sistema de filtragem com o modelo norte-americano de acesso à Suprema Corte, pela via do instrumento análogo ao recurso extraordinário, o *writ of certiorari*, apontado por Ives Gandra, no sentido de que este envolve: “*fatores não apenas jurídicos, mas também políticos*. As regras que norteiam essa escolha, difusamente encontrada em seus pronunciamentos [da *Supreme Court of USA*], apontam para a existência de ‘especiais e importantes razões’ para se julgar um determinado caso. Algumas dessas razões ou circunstâncias poder ser assim elencadas: divergência na interpretação da legislação federal entre Cortes Federais de apelação, entre Cortes Estaduais e entre estas e as Cortes Federais; desrespeito notório dos procedimentos judiciais correntes, exigindo a supervisão da Suprema Corte; repercussão geral, pela sua importância, de uma determinada questão ligada à legislação federal julgada por uma corte inferior” (MARTINS FILHO, Ives Gandra. Critério de transcendência no recurso de revista: Projeto de Lei 3.267/2000. **Revista LTr**, v. 65, n. 8, ago. 2001, p. 908-909).

⁸³² Idem. Conferência no Instituto dos Advogados do Brasil. **Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros**, ano XVI, n. 58-59. Rio de Janeiro, 1982, p. 41-63. No ponto, escreve Dinamarco, ainda sob as influências da dicotomia da separação questão de fato vs. questão de direito, mas já com a visão da necessidade de filtragem política da atuação do STF: “Em todos os países existe um sistema de seleção de causas e questões com acesso à

número de recursos dirigidos à Corte Suprema brasileira e dotá-la de flexibilidade suficiente para cumprir o ideal de justiça para o qual designada.⁸³³

Numericamente, os resultados da arguição de relevância sobre a quantidade de processos no STF são apresentados como bastante positivos pelo Min. Djaci Falcão, para quem o referido instituto havia sido um instrumento bastante útil do recurso extraordinário: “Basta ver sua evolução numérica, de 647, em 1976, para 1.178, 1.719, 2.427 etc., até 5.979, em 1987, como registram nossos dados estatísticos”, arrematando não ser “plausível conferir a um Tribunal competência para julgar recurso extraordinário, indiscriminadamente, sem ponderáveis limitações, contra decisões por todos os tribunais do País”.⁸³⁴

As justificativas para a adoção de limites regimentais ao uso do recurso extraordinário normalmente eram calcadas na impossibilidade material de os onze ministros do STF, “não obstante doutos, sábios e infatigáveis no trabalho”, conhecerem de “todos os recursos extraordinários interpostos das decisões dos Tribunais Federais e Estaduais, num país onde o povo é judicista”.⁸³⁵ Tornava-se, por isso, necessário, segundo a doutrina, “estabelecer óbices regimentais a esse recurso, sob pena de a Corte sucumbir diante da pleora de processos”.⁸³⁶ Mesmo assim, o sistema de delegação legislativa ao STF não escapava a críticas, em especial as que apontavam o cerceamento do acesso à justiça⁸³⁷, tornando o acesso ao STF e o conhecimento do apelo extremo uma verdadeira “corrida de obstáculos”.⁸³⁸

Os limites regimentais ao recurso extraordinário, porém tiveram seu fundamento constitucional suprimido pela Constituição Federal de 1988, que não mais previu a competência do STF para livremente positivar as regras de cabimento do referido recurso e submetendo os regimentos de todos os tribunais às normas processuais legais e de previsão do direito das partes, consoante

sua Corte Suprema. Em via recursal evita-se que questões de fato sejam repropostas perante o órgão de cúpula, geralmente conceituado como *instância de superposição*: sobrepe-se a todos os demais órgãos judiciários e organismos judiciários (justiça comum, justiças especiais, justiça administrativa), mas aprecia exclusivamente *questões jurídicas*, com influência mais direta ou menos direta, mais intensa ou menos intensa, sobre os casos concretos em julgamento” (DINAMARCO, Cândido Rangel. A função das cortes supremas na América Latina. **RF**, v. 342, p. 5, grifos do autor).

⁸³³ PENNA, 1985/1986, p. 23.

⁸³⁴ FALCÃO, Djaci. O Poder Judiciário e a nova Carta Constitucional. **RePro** 53/206.

⁸³⁵ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. O Superior Tribunal de Justiça na Constituição de 1988. **O Poder Judiciário e a nova Constituição**. São Paulo: Lex, 1990, p. 90.

⁸³⁶ VELLOSO, 1990, p. 90. Cf. também: MANCUSO, 2010, p. 83.

⁸³⁷ MANCUSO, 2010, p. 83.

⁸³⁸ VILLELA, José Guilherme. Recurso extraordinário. **RePro** 49/224.

previsão do art. 96, I, “a”.⁸³⁹ A instituição de normas de processamento e julgamento pelo próprio STF, após a CF/88, passou, assim a depender de expressa permissão legislativa e conformidade aos direitos e garantias processuais das partes.

Em que pesem as estatísticas apresentadas, o fato é que o número de processos no STF não teve uma queda tão considerável, em especial porque a arguição limitava-se às questões de direito federal infraconstitucional, mantendo as portas escancaradas para os recursos extraordinários de matéria constitucional. Talvez por isso, pensou-se que a criação do Superior Tribunal de Justiça, pela Constituição Federal de 1988, abarcando a competência do STF para os recursos com questões da legislação federal fosse suficiente para resolver a “crise do Supremo” e a arguição de relevância não foi mantida na vigência da nova Constituição.⁸⁴⁰ Com efeito, a extinção da arguição de relevância não decorreu de uma vedação direta da CF/88, mas da não repetição, no texto constitucional, da “função legiferante subsidiária que o STF vinha desempenhando no plano de seu Regimento Interno, por delegação constitucional”⁸⁴¹ vazada no art. 119, §1º da CF/69, passando essa competência exclusivamente ao Congresso nacional (CF/88, art. 22, I). Todas as normas regimentais que versavam sobre direito processual, incluindo a que previa a arguição de relevância (art. 325 do RISTF), foram, assim, derogadas pela atual Constituição Federal.

⁸³⁹ “Art. 96. Compete privativamente: I - aos tribunais: a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos”.

⁸⁴⁰ Vendo que a criação do STJ, sem o antigo mecanismo de filtragem recursal, conduziria mais ou cedo ou mais tarde a mais uma derrocada de uma Corte no Brasil, Moreira Alves, profetizava, em 1988: “A impossibilidade da instituição de instrumento como a arguição de relevância será um dos fatores que, em espaço de tempo não muito dilatado, inviabilizará a atuação eficaz do STJ em face da amplitude que o projeto da Constituição deu ao recurso especial. Não há Corte alguma que, sem algumas centenas de juízes, possa julgar, em terceiro grau de jurisdição, todas as questões de direitos já apreciadas pelo duplo grau de jurisdição ordinária, aplicando, ademais, ao caso concreto, a interpretação dos textos legais pertinentes que se lhe afigura melhor” (MOREIRA ALVES, 1988, p. 199). Nesse sentido, também: OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes. **Recurso especial**. São Paulo: RT, 2002, p. 391 e 410; também: AZZONI, Clara Moreira. **Recurso especial e extraordinário: aspectos gerais e efeitos**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 10: “A extinção da *arguição de relevância* pela Carta Magna de 1988 também implicou aumento no volume de recursos extraordinário recebidos pelo Supremo tribunal Federal. Sem prejuízo das severas críticas dirigidas ao instituto pela doutrina, não se pode negar que ele funcionava como um importante filtro das questões a serem decididas pela Suprema Corte, e, por conseguinte, gerava uma redução no número de recursos extraordinários efetivamente julgados”.

⁸⁴¹ MANCUSO, 2010, p. 83.

Quanto à previsão de que as inovações da CF/88 resolveriam a crise do STF, como sabemos, falhou. A limitação da competência do STF às questões constitucionais, em pouco tempo, revelou-se insuficiente e o número de recursos extraordinário (e seus afins) logo alcançou a progressão geométrica e crítica de antes. Pior, a crise também se abateu sobre o novo tribunal (STJ) criado para o julgamento das questões infraconstitucionais, causando uma “dupla crise” nos dois principais órgãos de cúpula do Poder Judiciário.⁸⁴²

Pareceu, portanto, à doutrina “indisputável que algum tipo de controle, filtro ou triagem há de existir para o acesso às Cortes Superiores”, em especial diante da “evidente desproporção entre o número de ministros e o volume exacerbado de processos que, de outro modo, ali aportariam, sem um critério distintivo ou regulador”⁸⁴³. O reclamo doutrinário e, também, judiciário, acabaria por sensibilizar o constituinte revisor, somente dezessete anos depois da extinção da arguição de relevância, a (re)inserir um instituto limitador do acesso recursal ao STF e de controle da própria Corte Suprema, por meio da Emenda Constitucional 45/04, que introduziu o §3º no art. 102 da CF/88, com a previsão da repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário.⁸⁴⁴

4.1.2. Óbices legais.

Em que pese a severa diminuição da competência legislativa regimental do STF, pela Constituição Federal de 1988, não demorou muito para que o legislador ordinário socorresse a Corte com fundamentos legais para a instituição de normas no Regimento Interno do STF (e também do STJ) que pudessem obstar a massiva entrada de recursos extraordinários no tribunal. São exemplos de óbices legais ao acesso ao STF, pela via do recurso extraordinário: o art. 38 da Lei n. 8.030/90, que previu poderes ao relator para negar seguimento ao RE; a Lei 9.139/95, que estendeu esses poderes aos presidentes dos tribunais de origem; a Lei n. 9.756/98, que incluiu a jurisprudência dominante como filtro de admissibilidade dos recursos no art. 557 do CPC/73; e as Leis 9.868/99 e 9.882/99, que deram efeito vinculante às decisões do STF proferidas em controle concentrado de constitucionalidade. Posteriormente a isso, outras leis advieram em reforço à necessidade de diminuir o número de recursos, mas aqui nos ateremos apenas àquelas que antecederam a criação da repercussão geral pela EC 45/04.

⁸⁴² Nesse sentido: AMARAL NETO, 2013, p. 46.

⁸⁴³ MANCUSO, 2010, p. 77.

⁸⁴⁴ *Ibidem*, p. 79.

4.1.2.1. *Lei 8.038/90*

A primeira criação de óbices legais ao manejo do recurso extraordinário veio com a Lei n. 8.038/90. Por meio desta, o legislador ordinário instituiu normas procedimentais para os processos perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, incluindo a disciplina dos recursos especial e extraordinário, nos arts. 26 a 29.

No que toca aos óbices de admissibilidade do recurso extraordinário, a referida lei, no capítulo de suas disposições gerais, mais precisamente no art. 38, previu poderes ao relator para negar seguimento a recurso manifestamente intempestivo, incabível ou, improcedente ou ainda, que contrariasse, nas questões predominantemente de direito, Súmula do respectivo Tribunal.⁸⁴⁵ A mesma lei, em seu art. 39, previa o recurso cabível contra a decisão do relator proferida nos termos do art. 38: o agravo, em 5 dias⁸⁴⁶.

Reaviva-se, assim, a possibilidade de filtragem *in limine* dos recursos contrários à jurisprudência sumulada do STF, podendo o mesmo, ainda, ser rejeitado se considerado manifestamente incabível ou improcedente, ainda que isso não necessariamente importasse em violação a entendimento contido em súmula. Trazia-se, com a previsão legal, um filtro, senão à entrada de recursos no STF, certamente de prosseguimento do feito e acesso à Turma, Seção ou Plenário, desafogando as pautas principais do Tribunal. Tal acesso só estaria garantido se a parte prejudicada pela decisão do relator, manejasse o recurso de agravo, no exíguo prazo de 5 dias, o que funcionava como um ônus a mais para impedir o seguimento de uma grande quantidade de recursos extraordinários.⁸⁴⁷

4.1.2.2. *Lei 9.139/95*

Com o advento da Lei n. 9.135/95, aqueles que eram poderes exclusivos do relator do recurso no STF ou no STJ (conforme expressa redação do art. 38 da Lei n. 8.038/90) estenderam-se aos

⁸⁴⁵ “Art. 38 - O Relator, no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça, decidirá o pedido ou o recurso que haja perdido seu objeto, bem como negará seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível ou, improcedente ou ainda, que contrariar, nas questões predominantemente de direito, Súmula do respectivo Tribunal”. Dispositivo revogado pelo CPC de 2015.

⁸⁴⁶ “Art. 39 - Da decisão do Presidente do Tribunal, de Seção, de Turma ou de Relator que causar gravame à parte, caberá agravo para o órgão especial, Seção ou Turma, conforme o caso, no prazo de cinco dias”. Dispositivo ainda em vigor.

⁸⁴⁷ MANCUSO, 2010, p. 83.

relatores dos recursos ordinários (apelação, agravo, recurso ordinário etc.), que faziam o juízo de admissibilidade na instância *a quo*, isto é, nos tribunais ordinários. A modificação foi feita no art. 557 do CPC/73, que ficou assim redigido:

Art. 557 - O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou contrário à súmula do respectivo tribunal ou tribunal superior.

Parágrafo único - Da decisão denegatória caberá agravo, no prazo de 5 (cinco) dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso. Interposto o agravo a que se refere este parágrafo, o relator pedirá dia.

Com isso, a filtragem do recurso extraordinário, a partir de sua confrontação com a súmula do tribunal superior ou de sua manifesta improcedência ou inadmissibilidade, passou a também ser feita na origem, sem prejuízo de ser feita, novamente, pelo próprio STF, a quem cabia a última palavra sobre a admissibilidade do apelo extremo, pela via do agravo, em caso de negativa de seguimento. Enfim, institui-se uma “dupla filtragem” do recurso extraordinário, com o fim de diminuir o número de recursos à Corte Suprema.

A doutrina de então apontava essa tendência de aumento dos poderes do relator como algo contrário à tradicional colegialidade dos julgamentos⁸⁴⁸, mas também como uma “legítima tentativa de inovar sistematicamente na luta contra a lentidão dos julgamentos nos tribunais”.⁸⁴⁹ Embora a lei, com tais modificações assumisse o risco de erros decorrentes do julgamento singular, tal risco adviria do fato de ser “inerente à vida de todo processo um sistema de certezas, probabilidades e riscos – a ser equilibrado mediante a oferta de meios corretivos dos erros que porventura se cometam”; o recurso de agravo seria, nesse caso, o meio de se equilibrar o sistema.⁸⁵⁰

4.1.2.3. *Lei 9.756/98*

⁸⁴⁸ Vale destacar que Nery & Nery, inicialmente, consideravam inconstitucional o art. 38 da Lei n. 8.038/90, por entenderem que “Somente a CF poderia colocar peias e amarras no cabimento do RE ou do REsp” (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. 8ª ed. São Paulo: 2004, nota 2 ao art. 38 da Lei n. 8.038/90), mas mudaram de opinião diante das alterações feitas ao art. 557 do CPC/73, pela Lei n. 9.756/98 (Idem. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. 14. ed. São Paulo: 2014, p. 1196).

⁸⁴⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel, O relator, a jurisprudência e os recursos. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim Wambier; NERY JUNIOR., Nelson. (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis, de acordo com a Lei 9.756/98**. São Paulo: RT, 1999, p. 130-131.

⁸⁵⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma do Código de Processo Civil**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 191.

A Lei n. 9.756/98, reafirmou os poderes já conferidos ao relator e, de certo modo, ampliou-os⁸⁵¹, ao alterar, novamente, o art. 557 do CPC/73, para assim dispor:

Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

§ 1º-A. Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.

§ 1º. Da decisão caberá agravo, no prazo de cinco dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso, e, se não houver retratação, o relator apresentará o processo em mesa, proferindo voto; provido o agravo, o recurso terá seguimento.

§ 2º. Quando manifestamente inadmissível ou infundado o agravo, o tribunal condenará o agravante a pagar ao agravado multa entre um e dez por cento do valor corrigido da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor.

A primeira novidade está na inclusão da contrariedade à “jurisprudência dominante” do Tribunal como fundamento para a negativa de seguimento do recurso, para além da jurisprudência sumulada⁸⁵²; qualquer entendimento, ainda que não enunciado na súmula do STF, mas desde que dominante, portanto, passava a valer como filtro recursal⁸⁵³. A segunda, na previsão da possibilidade de julgamento de provimento monocrático do recurso, com base nas mesmas premissas (§1º-A). Importante destacar que o RISTF já continha disposição semelhante em seu art. 21, §1º, que dispunha “Poderá o Relator arquivar ou negar seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível ou improcedente e, ainda, quando contrariar a jurisprudência predominante do Tribunal, ou for evidente a sua incompetência”. Trata-se de dispositivo,

⁸⁵¹ MANCUSO, 2010, p. 84.

⁸⁵² A mesma lei também inseria o termo “jurisprudência dominante” no art. 544, §3º, do CPC/73, *in verbis*: “§ 3º Poderá o relator, se o acórdão recorrido estiver em confronto com a súmula ou jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, conhecer do agravo para dar provimento ao próprio recurso especial; poderá ainda, se o instrumento contiver os elementos necessários ao julgamento do mérito, determinar sua conversão, observando-se, daí em diante, o procedimento relativo ao recurso especial”; e no parágrafo único do art. 120: “Havendo jurisprudência dominante do tribunal sobre a questão suscitada, o relator poderá decidir de plano o conflito de competência, cabendo agravo, no prazo de cinco dias, contado da intimação da decisão às partes, para o órgão recursal competente”.

⁸⁵³ No ponto, Dinamarco salientava: “Nessa escalada, a nova lei generaliza em diversos dispositivos o manejo do binômio súmula e jurisprudência dominante. Antes, o poder do relator confinava-se, em muitos casos, ao campo do confronto com a jurisprudência sumulada. Hoje, ainda que não cumulada, a jurisprudência reiterada dos tribunais é fator que também o autoriza a decidir monocraticamente” (DINAMARCO, 1999, p. 131).

contudo, editado à época em que o STF detinha competência prevista pela CF/69 (art. 119, §1º) para definir regimentalmente normas processuais de sua alçada. Com o advento da CF/88, o STF passou a carecer de fundamento positivo para a rejeição/provimento monocrático do recurso extraordinário, com base em sua jurisprudência (pre)dominante, o que lhe foi (re)afirmado pela Lei 9.756/98.⁸⁵⁴

A lei não definiu o conceito de “jurisprudência dominante”, sendo o mesmo, por isso, classificado pela doutrina como um “conceito jurídico indeterminado”⁸⁵⁵ e cujos parâmetros poderiam ser buscados pela delimitação da reiteração das decisões do tribunal superior no tempo⁸⁵⁶ ou “a que resulta de posição pacífica, seja porque não há acórdãos divergentes, seja porque as eventuais divergências já tenham se pacificado”⁸⁵⁷ ou, independentemente do critério quantitativo de decisões do tribunal, por “uma linha de julgamentos significativamente majoritária em seus órgãos fracionários, ainda que não pacífica”⁸⁵⁸, ou, ainda, “uma sequência ordenada de acórdãos consonantes sobre certa matéria (...) e, num sentido potencializado [e em] seu ponto ótimo quando, resolvido o caso concreto, a tese fixada se destaca, projetando efeitos em face de outras demandas, virtuais ou pendentes, assim projetando uma eficácia pan-processual”.⁸⁵⁹

Outra novidade trazida pela Lei n. 9.756/98, em relação à obstaculização de recursos ao STF, se deu com relação ao recurso extraordinário contra decisões dos tribunais em agravo, isto é, originadas de decisões interlocutórias. Passou-se, com a nova redação do §3º do art. 542 do CPC/73 a reter esses RE até o julgamento do mérito nas instâncias ordinárias e após reiteração do pedido pelo recorrente.: “§ 3º O recurso extraordinário, ou o recurso especial, quando interpostos contra decisão interlocutória em processo de conhecimento, cautelar, ou embargos à execução ficará retido nos autos e somente será processado se o reiterar a parte, no prazo para a interposição do recurso contra a decisão final, ou para as contra-razões”.

⁸⁵⁴ A redação do §1º do art. 21 do RISTF foi modificada pela Emenda Regimental 21/2007, que, assim ficou: “§ 1º Poderá o(a) Relator(a) negar seguimento a pedido ou recurso manifestamente inadmissível, improcedente ou contrário à jurisprudência dominante ou à súmula do Tribunal, deles não conhecer em caso de incompetência manifesta, encaminhando os autos ao órgão que repute competente, bem como cassar ou reformar, liminarmente, acórdão contrário à orientação firmada nos termos do art. 543-B do Código de Processo Civil”.

⁸⁵⁵ DINAMARCO, 2003, p. 187.

⁸⁵⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues. Da integração dos subsistemas recursal e cautelar nas hipóteses de recurso especial e recurso extraordinário. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim Wambier; NERY JUNIOR., Nelson. (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação Às decisões judiciais**. São Paulo: RT, 2001, 694-697.

⁸⁵⁷ THEODORO JR., 2017, v. III, p. 1114.

⁸⁵⁸ DINAMARCO, 2003, 187.

⁸⁵⁹ MANCUSO, 2010, p. 87; Idem. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 4ª ed. São Paulo: RT, 2010, p. 148.

4.1.2.4. *Leis 9.868/99 e 9.882/99*

A Lei n. 9.868/99, nos termos de sua ementa, regulou o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. A Lei n. 9.882/99, publicada menos de um mês depois, tratou do processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do §1º do art. 102 da Constituição Federal.

Entre as disposições que nos interessam, destaca-se o parágrafo único do art. 28 da Lei n. 9.868/99 e o art. 10, §3º, da Lei n. 9.882/99, que prescrevem, respectivamente:

Art. 28 [...]. Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

Art. 10. Julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental.

§ 3º A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público.

Tais normas infraconstitucionais previram, portanto, a vinculação *erga omnes* dos pronunciamentos do STF em controle concentrado de constitucionalidade e de arguição de descumprimento de preceito fundamental, inclusive sobre os órgãos do Poder Judiciário. A previsão da Lei n. 9.868/99 seria alçada à categoria de norma constitucional pela EC n. 3/93 e, posteriormente, pela EC n. 45/04, que modificou o §2º do art. 102 da CF/88, para dispor que:

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

A eficácia expressamente vinculante das decisões do STF, em controle concentrado de constitucionalidade e ADPF, passou, assim, a servir de importante ferramenta no controle difuso de

constitucionalidade, na medida em que as decisões judiciais teriam de se pautar pela jurisprudência da Corte Suprema em matéria de controle abstrato das normas do ordenamento jurídico, facilitando, desse modo, a filtragem dos recursos extraordinários sobre idêntica matéria.⁸⁶⁰

4.1.3. Óbices jurisprudenciais

Necessário, também, destacar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal criou seus próprios obstáculos ao processamento do recurso extraordinário, esmiuçando os impedimentos criados pelas demais normas jurídicas. A maioria desses óbices restou sumulado, para maior eficácia impeditiva, do que podemos destacar os seguintes verbetes, sem, contudo, esgotar as hipóteses⁸⁶¹ do que muitos chamam de “jurisprudência defensiva”⁸⁶²:

279: Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.

280: Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário.

281: É inadmissível o recurso extraordinário, quando couber na Justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada.

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

283: É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos êles.

284: É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia.

285: Não sendo razoável a arguição de inconstitucionalidade, não se conhece do recurso extraordinário fundado na letra c do art. 101, III, da Constituição Federal.

286: Não se conhece do recurso extraordinário fundado em divergência jurisprudencial, quando a orientação do plenário do Supremo Tribunal Federal já se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida.

287: Nega-se provimento ao agravo, quando a deficiência na sua fundamentação, ou na do recurso extraordinário, não permitir a exata compreensão da controvérsia.

288: Nega-se provimento a agravo para subida de recurso extraordinário, quando faltar no traslado o despacho agravado, a decisão recorrida, a petição

⁸⁶⁰ MANCUSO, 2010, p. 92-93.

⁸⁶¹ Muitas das quais já abordamos no tópico 3.4 e seguintes.

⁸⁶² FRANCISCO, 2011, p. 56.

de recurso extraordinário ou qualquer peça essencial à compreensão da controvérsia.

291: No recurso extraordinário pela letra d do art. 101, n. III, da Constituição, a prova do dissídio jurisprudencial far-se-á por certidão, ou mediante indicação do Diário da Justiça ou de repertório de jurisprudência autorizado, com a transcrição do trecho que configure a divergência, mencionadas as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados.

356: 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.

400: Decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário pela letra a do art. 101, III, da C.F.

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

637: Não cabe recurso extraordinário contra acórdão de Tribunal de Justiça que defere pedido de intervenção estadual em Município

639: Aplica-se a Súmula 288 quando não constarem do traslado do agravo de instrumento as cópias das peças necessárias à verificação da tempestividade do recurso extraordinário não admitido pela decisão agravada.

733: Não cabe recurso extraordinário contra decisão proferida no processamento de precatórios.

735: Não cabe recurso extraordinário contra acórdão que defere medida liminar.

Entre os fundamentos mais utilizados para barrar o seguimento ou a entrada de novos recursos extraordinários no STF, aqueles sumulados, sem dúvida, destacam-se entre os mais utilizados pelos tribunais e pela própria Corte Suprema.

4.1.4. As mudanças constitucionais

Além das alterações regimentais e legais, o legislador promoveu alterações tanto na estrutura, quanto na competência e na qualidade dos provimentos jurisdicionais do STF, a fim de dar-lhe melhor condições de cumprir com sua função institucional. Entre elas, destacamos a alteração

do número de ministros, pelas diversas Cartas constitucionais, a criação do Superior Tribunal de Justiça, pela CF/88 e a criação da Súmula Vinculante pela EC 45/04.⁸⁶³

4.1.4.1. *A modificação do número de ministros*

Tratou-se de tentativa – ou melhor, tentativas – singela, mas baseada no critério numérico ou de processos *per capita* no STF. O número de membros do Supremo variou ao longo de sua história, da seguinte forma: 17 “juízes letrados”, durante o Império, quando ainda se chamava Supremo Tribunal de Justiça; na vigência da Constituição republicana de 1891 e por disposição do Decreto n. 848/1890, passou a ter 15 juízes; diminuiu para 11, com o Decreto nº 19.656/31, número que foi mantido pelas Constituições de 1934 e de 1946. Em 1964 houve elevação desse número para 16, sendo logo em seguida reduzido novamente para 11 pela CF/1967 e mantida pela EC n. 1/69, quantidade que perdurou com a CF/88.⁸⁶⁴

A doutrina é unânime, contudo, em apontar que a causa da crise do STF não tem nada a ver com o seu número de ministros, mas, efetivamente, com o número de processos, em especial de recursos extraordinários (e os agravos que lhes são conexos), cuja quantidade em milhares, ainda que dividida por 16, 17 ou mais ministros, continuaria sendo uma quantia inviável de ser julgada com aprofundamento e qualidade.⁸⁶⁵

O próprio Supremo, tradicionalmente, é contrário ao aumento do número de ministros, buscando sempre soluções que aliviem, de algum modo, a carga de processos, a partir de mecanismos de triagem dos recursos extraordinários, que lhes importem limitações.⁸⁶⁶

4.1.4.2. *A criação do STJ*

Uma das principais apostas do legislador constituinte, na promulgação da Constituição Federal de 1988, foi a já citada criação do Superior Tribunal de Justiça, cindindo-se, com ele, a competência para julgar as violações do direito federal: ao STF caberia tão-somente o julgamento das questões constitucionais, enquanto ao STJ, o julgamento das questões infraconstitucionais.⁸⁶⁷

⁸⁶³ A instituição da repercussão geral, também pela EC 45/04, será objeto do próximo capítulo.

⁸⁶⁴ MANCUSO, 2010, p. 88; TOURINHO FILHO, 2013, v. 4, p. 566.

⁸⁶⁵ Nesse sentido: MANCUSO, 2010, p. 89-90; NEGRÃO, Theotônio. Uma nova estrutura para o Poder Judiciário. **RT** 639/244.

⁸⁶⁶ AMARAL NETO, 2013, p. 53; LEITE, 1987, p. 14.

⁸⁶⁷ LIMA, C. B., 2013, p. 111. Sobre a história da concepção do STJ, que remonta ao ano de 1965, até sua efetiva criação, em 1988, cf. MANCUSO, 2010, p. 96-103.

A Carta Magna atual, portanto, já nasceu com uma proposta de solucionar a crise numérica anterior do STF, decorrente de sua competência plena para julgar conflitos envolvendo a interpretação tanto da Constituição quanto da legislação federal infraconstitucional (atualmente, de competência do STJ). Um dos objetivos da Constituição ao criar o Superior Tribunal de Justiça foi o de conferir feição de Corte constitucional ao Supremo Tribunal Federal⁸⁶⁸, pois enquanto cabível o apelo extremo tanto por violação à Constituição como por desrespeito às leis federais, além de o Supremo ocupar a função de corte revisional, o volume de processos era tão grande que comprometia a eficiência da prestação jurisdicional.⁸⁶⁹ A criação do STJ, portanto, teve um fundamento muito mais pragmático do que teórico: a resolução do problema da quantidade de recursos da Corte Suprema, com sua redução, mediante a criação de um outro tribunal exclusivamente para tratar das violações ao direito federal infraconstitucional. Cria-se, com isso, permitir ao STF dar conta de sua função precípua de zelar pelas normas constitucionais, cuja necessidade do sistema constitucional era urgente. A prática, contudo, revelou ser essa medida pouco eficiente do ponto de vista da redução de recursos em nossa Corte Constitucional, que logo se viu envolta em novo quantitativo absurdo de recursos extraordinários sobre exclusiva matéria constitucional.

A CF/88 ainda criou, junto com o STJ, os Tribunais Regionais Federais, em número de cinco (ADCT, art. 27, §6º), o que se supunha suficiente a dar ao novo Tribunal responsável pela unidade da legislação federal um ambiente propício ao desempenho de sua função⁸⁷⁰. Nessa crença é que se reputou desnecessária a manutenção da relevância da questão federal⁸⁷¹, tanto no âmbito da legislação federal infraconstitucional, quanto da constitucional, o que só veio a ser corrigido, em parte, com a promulgação da EC n. 45/04, que instituiu a repercussão geral para a admissibilidade do recurso extraordinário.⁸⁷²

De qualquer forma, se o problema da quantidade de processos versando sobre direito federal tinha sua origem na ampla competência normativa da União e, conseqüentemente, da ampla e

⁸⁶⁸ Nesse sentido: MANCUSO, 2010, p. 103.

⁸⁶⁹ MENDES; BRANCO, 2015, p. 1122-1123.

⁸⁷⁰ FRANCISCO, 2011, p. 75.

⁸⁷¹ AMARAL NETO, 2013, p. 46.

⁸⁷² Como veremos no próximo capítulo.

diversa aplicação da legislação federal pelos tribunais federais e estaduais⁸⁷³, com a Constituição Federal de 1988, a origem apontada foi a sua característica analítica, que tornaram praticamente todos os ramos do direito em boa parte regulados por uma ou mais normas decorrentes do texto constitucional⁸⁷⁴, o extenso uso de cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados e normas programáticas, que abriram espaço para diversas soluções interpretativas e, com isso, divergências normativas, além do fomento ao amplo acesso ao Judiciário e a irresignação das partes – em especial dos entes públicos – às decisões judiciais, muitas das vezes valendo-se dos recursos excepcionais com intuito meramente protelatório.⁸⁷⁵

De todo modo, o que se colhe das estatísticas atuais do quantitativo de processos no STF, em especial dos recursos extraordinários e afins, é que a criação e o funcionamento do STJ, mesmo após quase 30 anos, não resolveu o problema da crise de recursos no STF; em verdade, da crise de um órgão jurisdicional, passou-se a duas crises de dois tribunais: a crise dos recursos extraordinários, no STF, e a crise dos recursos especiais, no STJ.

4.1.4.3. *As decisões com efeito vinculante*

Entre as alterações constitucionais, além da própria repercussão geral, que tiveram reflexo no acesso ao STF, podem ser destacadas aquelas que dotaram as decisões da Corte de eficácia vinculante *erga omnes*. A primeira delas adveio da Emenda Constitucional n. 3/93, que incluiu o §2º do art. 102 da CF/88, passando a prever que “as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo”. O mesmo dispositivo foi posteriormente alterado pela EC 45/04, conforme já tratamos no tópico acima acerca da Lei 9.868/99,

⁸⁷³ Sobre o assunto conferir o tópico 4.2.

⁸⁷⁴ Acerca da criação do STJ, pela CF/88, como uma nova forma de solucionar a crise do STF, escreve André Ramos Tavares⁸⁷⁴: “A criação do S.T.J. e o encaminhamento de recursos que anteriormente seriam da competência do S.T.F. para aquele novo Tribunal pretendia, ademais, amenizar o colapso iminente do S.T.F., assoberbado por uma quantidade imensa de processos. Esse objetivo, contudo, na prática, foi desprezada pela Constituição, que, de um lado criou o S.T.J., aliviando parcialmente a carga de tarefas de incumbência do S.T.F., de outra parte, foi extremamente analítica, tratando de diversos temas e, com isso, aumentando as possibilidades de que qualquer causa possa ascender ao S.T.F. por ventilar matéria constitucional” (TAVARES, 2015, p. 937). No mesmo sentido: MANCUSO, 2010, p. 103; MOREIRA ALVES, José Carlos. O Supremo Tribunal Federal em face da nova Constituição: questões e perspectivas. **Arquivos do Ministério da Justiça**. Brasília: jun-set, 1989, p. 15.

⁸⁷⁵ Nesse sentido: AMARAL NETO, 2013, p. 46; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. A repercussão geral da questão constitucional no recurso extraordinário. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 30, n. 119, p. 91-116, jan. 2005.

passando a abranger, também, as decisões proferidas em “ações diretas de inconstitucionalidade” e substituindo a expressão “Poder Executivo” por “administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”.

Entretanto, outra inovação de suma importância feita pela EC n. 45/04, seguindo a tendência de dar efeito vinculante à jurisprudência do STF foi, sem dúvida, a instituição da súmula vinculante, por meio da inclusão do art. 103-A da CF/88:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

Com a instituição dessa espécie de súmula, de exclusiva edição pelo STF, a força vinculante da jurisprudência da Corte, até então limitada às suas disposições externadas no controle concentrado de constitucionalidade, passou a ter, também, como origem os julgamentos feitos em controle difuso, no bojo de recursos extraordinários. A medida dotou o Supremo Tribunal Federal, portanto, de mais um instrumento próprio de limitação de sua jurisdição, de obrigatória observância por todos os membros do Poder Judiciário e da Administração Pública. Sem dúvida, o acesso ao STF de recursos contrários ao entendimento sumulado dessa forma, tornar-se-ia muito mais difícil e algum impacto foi obtido no quantitativo de recursos extraordinários endereçados à Corte Suprema; não, contudo, de forma a reduzir drasticamente a “crise do STF e do RE”, como veremos nos números seguintes.

4.2. A CRISE DO STF NOS DIAS ATUAIS.

Mesmo com a criação do STJ e com a limitação da função precípua do STF ao julgamento de questões constitucionais, pela Constituição Federal de 1988, e mesmo com a criação de diversos obstáculos processuais, regimentais, legais e até mesmo constitucionais de acesso à Corte Suprema, percebeu-se, logo, a necessidade de avançar ainda mais, já que tais mecanismos e soluções apresentadas eram insuficientes para a resolução da crise quantitativa de processos⁸⁷⁶, em

⁸⁷⁶ ASSIS, 2017, 12.82.1.4: “A amplíssima competência originária e recursal do STF desencadeou crise de natureza funcional. E as mudanças posteriores jamais lograram erradicar ou amenizar o fenômeno pertinaz e nocivo”.

especial dos que chegavam à Corte pela via do recurso extraordinário ou do agravo para subida do extraordinário não admitido no tribunal de origem.

Nessa análise, a doutrina destaca sobre a “crise do STF”, a expressividade do recurso extraordinário no universo da atividade judicante do STF como algo gigantesco.⁸⁷⁷ Não por acaso, o sítio do Tribunal dedica uma área à divulgação do volume de recursos extraordinários e agravos distribuídos, apartada de outra seção em que são mostradas as participações de cada classe de feito no percentual total de processos.⁸⁷⁸ “Em síntese, os agravos de instrumento e os recursos extraordinários têm a mesma finalidade, qual seja, acionar a jurisdição extraordinária difusa do Supremo Tribunal Federal”⁸⁷⁹. O recurso de agravo (de instrumento no código anterior e em recurso extraordinário no atual) nada mais é do que uma insurgência da parte contra a decisão do tribunal de origem que nega processamento ao apelo extremo, isto é, contra a inadmissibilidade de recurso extraordinário, e sua função processual é fazer com que este recurso chegue ao STF.⁸⁸⁰ Vale sempre destacar que o Poder Público é sempre o maior litigante, em todos os tribunais, não sendo exceção o STF, sendo a Fazenda Pública, nesse caso, também a parte mais recorrente e recorrida nos números dos RE, AI e ARE.⁸⁸¹

A doutrina ainda registra que o acúmulo de processos no STF obrigou-o a adotar uma série de posicionamentos formalistas, definidos como “jurisprudência defensiva”, com o claro intuito de barrar o processamento dos recursos extraordinários e agravos de instrumentos. “Nesse sentido, podem-se citar as Súmulas 280, 281, 282, 283, 284, 288, 291 e 400, entre outras”⁸⁸². Os números, de toda forma, revelam a crise numérica que o Supremo Tribunal Federal enfrenta e a “necessidade de racionalização do modo de prestação jurisdicional pela Corte”, racionalização essa que se afina, na verdade, com a “orientação que os modernos sistemas de Corte Constitucional vêm conferindo ao recurso de amparo e ao recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*)”.⁸⁸³

⁸⁷⁷ MANCUSO, 2010, p. 69 e 89-90; SILVA, 1963, p. 450.

⁸⁷⁸ MENDES; BRANCO, 2015, p. 1122-1123: “(...) Dados estatísticos disponibilizados no sítio do Supremo Tribunal Federal revelam, que entre 1991 e o ano de 2007, o total da soma de recursos extraordinários e agravos de instrumento distribuídos anualmente na Suprema Corte sempre superou 90% do total de processos distribuídos. Os dados também demonstram que o volume de processos total distribuídos aumentou de 16.226, em 1990, para 90.839, em 2000, atingindo o patamar de 116.216 processos distribuídos em 2006”.

⁸⁷⁹ *Ibidem*, p. 1123.

⁸⁸⁰ *Ibidem*.

⁸⁸¹ AMARAL NETO, 2013, p. 47. FRANCISCO (2011, p. 154) aponta um percentual de 44% de recursos extraordinário do Poder Público no STF.

⁸⁸² Como as que vimos no tópico 4.1.3.

⁸⁸³ AMARAL NETO, 2013.

Há relatos de que, “estatísticas do Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário (BNDPJ)⁸⁸⁴, relacionados ao STF, indicam que, desde o ano de 1990, o volume de recursos extraordinários e agravos de instrumentos levados ao conhecimento dessa Corte cresce exponencialmente”. De um apanhado numérico dos recursos extraordinários e agravos de instrumento comparativamente com o total de feitos que ingressaram no STF, tem-se que, entre os anos de 1990 e 1999, o total de processos distribuídos salta de 16.226, em 1990, para 54.437, em 1999, sendo, respectivamente, constituídos de 2.465 agravos de instrumentos (15,2% do total de processos) e 10.780 recursos extraordinários (66,4% do total), em 1990, e 29.677 AIs (54,5%) e 22.280 REs (40,9%), em 1999. Isso significa que, entre agravos de instrumento (para subida do RE) e recursos extraordinários, em 1990, tinha-se um total de 13.245 processos ingressos no STF, o que correspondia a 81,6% do total de processos na Corte, ao passo que, em 1999, esse número já alcançava 51.957, 95,4% do total. Ou seja, uma média de 1.204 processos por Ministro, que se elevou, no período, para 4.723.⁸⁸⁵ Esses números podem ser conferidos nas tabelas abaixo⁸⁸⁶:

Ano	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999
Processos Recebidos	18.564	18.438	27.447	24.377	24.295	27.743	28.134	36.490	52.636	68.369
Processos Distribuídos	16.226	17.567	26.325	23.525	25.868	25.385	23.883	34.289	50.273	54.437
Julgamentos	16.449	14.366	18.236	21.737	28.221	34.125	30.829	39.944	51.307	56.307

Ano	Processos	AI	RE	AI + RE	%AI	%RE	%AI+RE	% Outras Classes
1990	16.226	2.465	10.780	13.245	15,19%	66,44%	81,63%	18,37%
1991	17.567	5.380	10.518	15.898	30,63%	59,87%	90,50%	9,50%
1992	26.325	7.838	16.874	24.712	29,77%	64,10%	93,87%	6,13%
1993	23.525	9.345	12.281	21.626	39,72%	52,20%	91,93%	8,07%
1994	25.868	8.699	14.984	23.683	33,63%	57,92%	91,55%	8,45%

⁸⁸⁴ Atualmente mantido pelo CNJ, conforme Portaria n. 216, de 19 de dezembro de 2012, da Presidência do STF, podendo ser acessado em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 24 mar. 2018.

⁸⁸⁵ Nesse sentido: DANTAS, 2012, p. 87.

⁸⁸⁶ E no sítio eletrônico do STF, disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual>> e em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoBOInternet/anexo/estatistica/REAIProcessoDistribuido.xlsx>>. Acessos em: 24 mar. 2018.

1995	25.385	11.803	11.195	22.998	46,50%	44,10%	90,60%	9,40%
1996	23.883	12.303	9.265	21.568	51,51%	38,79%	90,31%	9,69%
1997	34.289	16.863	14.841	31.704	49,18%	43,28%	92,46%	7,54%
1998	50.273	26.168	20.595	46.763	52,05%	40,97%	93,02%	6,98%
1999	54.437	29.677	22.280	51.957	54,52%	40,93%	95,44%	4,56%

No ano 2000, o quantitativo de RE e AI só aumenta, mantendo-se na casa dos 80 mil durante os anos de 2000 a 2002 e alcançando a elevada cifra de 106.997 processos em 2003. Em 2004, ano da Emenda Constitucional n. 45, o total de RE e AI cai para 65.478, mas volta a subir à casa dos 70 mil, em 2005, e chega ao maior número já alcançado, 110.716, em 2006. A porcentagem representativa dos RE e AI em relação ao total de processos, no período de 2000 a 2007, contudo, varia pouco, de 93,2 a 97,4%, e demonstra o quanto pesam esses recursos na carga de trabalho dos Ministros do STF.

Ano	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007
Processos Recebidos	105.307	110.771	160.453	87.186	83.667	95.212	127.535	119.324
Processos Distribuídos	90.839	89.574	87.313	109.965	69.171	79.577	116.216	112.938
Julgamentos	86.138	109.692	83.097	107.867	101.690	103.700	110.284	159.522

Ano	Processos	AI	RE	AI + RE	%AI	%RE	%AI+RE	% Outras Classes
2000	90.839	59.236	29.196	88.432	65,21%	32,14%	97,35%	2,65%
2001	89.574	52.465	34.728	87.193	58,57%	38,77%	97,34%	2,66%
2002	87.313	50.218	34.719	84.937	57,51%	39,76%	97,28%	2,72%
2003	109.965	62.519	44.478	106.997	56,85%	40,45%	97,30%	2,70%
2004	69.171	38.938	26.540	65.478	56,29%	38,37%	94,66%	5,34%
2005	79.577	44.691	29.483	74.174	56,16%	37,05%	93,21%	6,79%
2006	116.216	56.141	54.575	110.716	48,31%	46,96%	95,27%	4,73%
2007	112.938	56.909	49.708	106.617	50,39%	44,01%	94,40%	5,60%

Só em 2008, ano posterior ao da regulamentação infraconstitucional da repercussão geral pela Emenda Regimental n. 21, de 30 de abril de 2007, que alterou o RISTF, e pela Lei n. 11.418/06 (que entrou em vigor em fevereiro de 2007 e incluiu os arts. 543-A e 543-B no CPC/73), é que o número de RE e AI volta a cair para um total de 59.314, com 32.649 em 2009 e 31.536 em

2010. As porcentagens relativas (RE + AI/total de processos em entrada no STF) também caem: 88,7%, 76,41% e 76,89%, respectivamente.

Ano	Processos	AI	RE	AI + RE	%AI	%RE	%AI+RE	% Outras Classes
2008	66.873	37.783	21.531	59.314	56,50%	32,20%	88,70%	11,30%
2009	42.729	24.301	8.348	32.649	56,87%	19,54%	76,41%	23,59%
2010	41.014	24.801	6.735	31.536	60,47%	16,42%	76,89%	23,11%

Alessandra Francisco⁸⁸⁷, contudo, faz um apontamento bastante interessante: o de que embora “as tabelas encontradas no sítio do Supremo demonstrem que o Tribunal julga mais de cem mil casos por ano, em média, não significa que a Corte efetivamente aprecie tantos casos”, já que as decisões colegiadas (somatório das duas Turmas e do Plenário) “pouco ultrapassam 10% do total de casos julgados pelo Supremo”. Aponta que o Plenário, no ano de 2006, por exemplo, julgou 65 casos, cerca de 0,5% do total. A imensa maioria dos julgamentos, portanto, diz respeito a decisões monocráticas, como fica mais claro a partir do momento (2008) em que o STF passa a quantificar separadamente cada espécie decisória⁸⁸⁸, como se vê na tabela abaixo:

Ano	Processos		Processos Julgados	
	Recebidos	Distribuídos	Monocráticos	Colegiados
2.008	100.781	66.873	85.608	18.629
2.009	84.369	42.729	74.313	15.042
2.010	71.670	41.014	87.815	10.714

Em 2011, por conta da edição da Lei n. 12.322/10, o BNDPJ passou a contar com as estatísticas dos Recursos Extraordinários com Agravo (ARE), em substituição aos Agravos de Instrumento

⁸⁸⁷ FRANCISCO, 2011, p. 195-196.

⁸⁸⁸ A partir de 2008, a base de dados do sítio eletrônico do STF passa a contar com números separados de julgamentos monocráticos e colegiados.

(AI).⁸⁸⁹ Uma consulta atual à mesma base de dados⁸⁹⁰ demonstra o seguinte quadro de processos distribuídos, de 2011 a 2014⁸⁹¹:

Ano	Processos	AI	RE	ARE	AI, RE e ARE	%AI	%RE	%ARE	%AI+RE+ARE
2011	38.109	14.530	6.388	8.661	29.579	38,13%	16,76%	22,73%	77,62%
2012	46.392	6.198	6.042	25.835	38.075	13,36%	13,02%	55,69%	82,07%
2013	27.528	1.034	3.805	17.057	21.896	3,76%	13,82%	61,96%	79,54%
2014	57.799	850	9.671	38.442	48.963	1,47%	16,73%	66,51%	84,71%

Com relação ao número de julgamentos, de 2011 a 2017:

Ano	Processos		Processos Julgados	
	Recebidos	Distribuídos	Monocráticos	Colegiados
2.011	63.427	38.019	81.687	12.025
2.012	73.464	46.392	77.975	12.089
2013	72.066	44.170	75.907	14.107
2014	79.943	57.799	97.358	17.070
2015	93.476	65.091	98.876	17.752
2016	90.331	57.366	102.940	14.532
2017	103.650	56.257	113.634	12.897

No fechamento de 2017, temos os seguintes quadros⁸⁹²:

Distribuição	Qtd.	Porcentagem
AI, ARE e RE	40.372	71,76%
Outras Classes	15.885	28,24%
Total Geral:	56.257	
Classe	Qtd.	Porcentagem

⁸⁸⁹ O agravo de instrumento interposto contra decisão que nega seguimento a recurso extraordinário ou recurso especial deixa de existir no âmbito cível e criminal, subsistindo apenas o Recurso Extraordinário com Agravo - ARE. As mudanças ocorreram em razão da edição da Lei n.º 12.322, de 09/09/2010, que extinguiu o agravo de instrumento interposto contra decisão que nega seguimento aos recursos de natureza extraordinária. O Supremo Tribunal Federal, então, por meio da Resolução n.º 450, de 07/12/2010, criou a classe ARE, enquanto a resolução n.º 451, de 06/12/2010, estabeleceu que os dispositivos da supracitada lei também se aplicassem à matéria penal e processual penal. No NCPC, o ARE está previsto no art. 1.042.

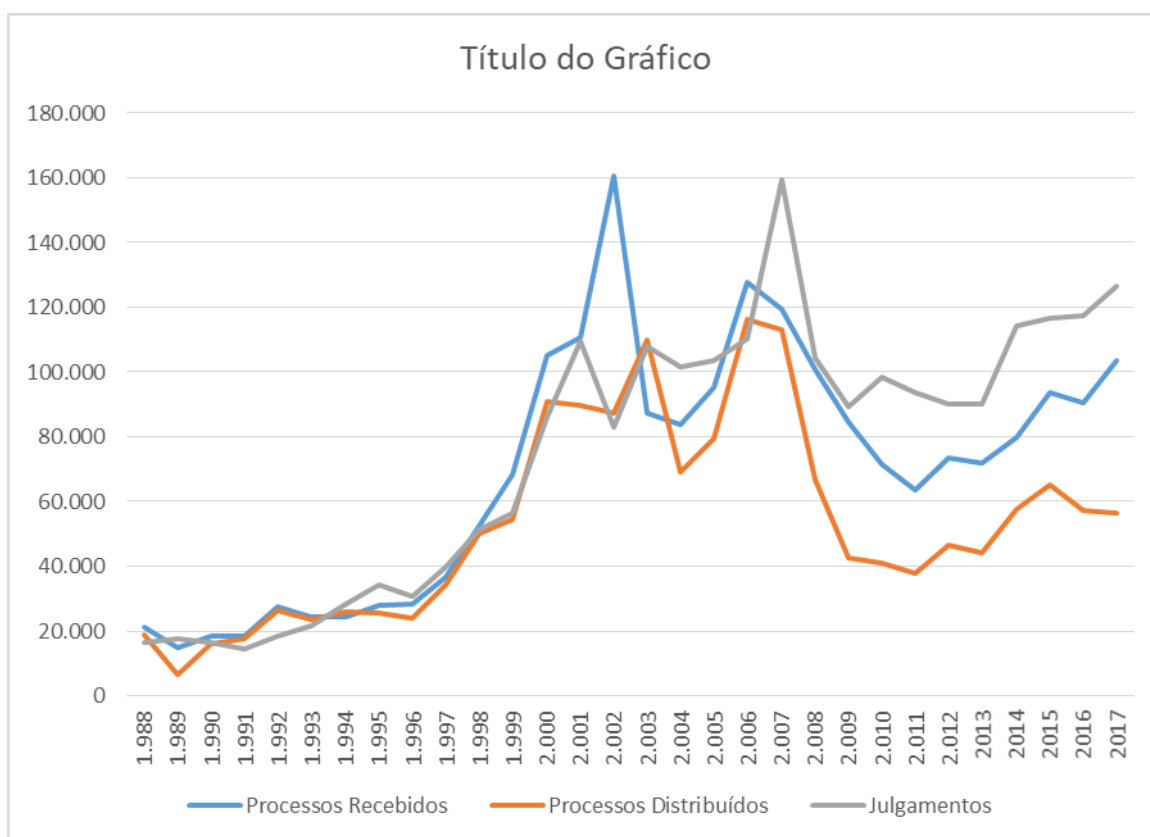
⁸⁹⁰ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=REAIProcesso-Distribuido>>. Acesso em 24 mar. 2018.

⁸⁹¹ Curiosamente, o site do STF não disponibiliza os dados de quantidade de RE, AI e ARE dos anos de 2015 e 2016, para consulta.

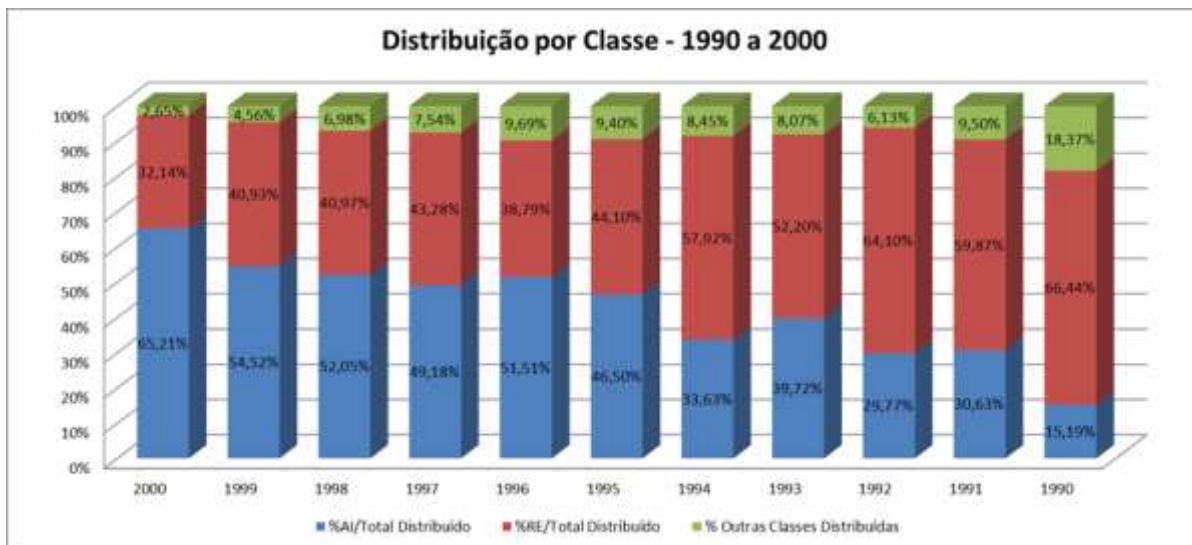
⁸⁹² Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=REAIProcesso-Distribuido>>. Acesso em 24 mar. 2018

AI	241	0,60%
ARE	30.904	76,55%
RE	9.227	22,85%
Total AI, ARE e RE	40.372	100 %

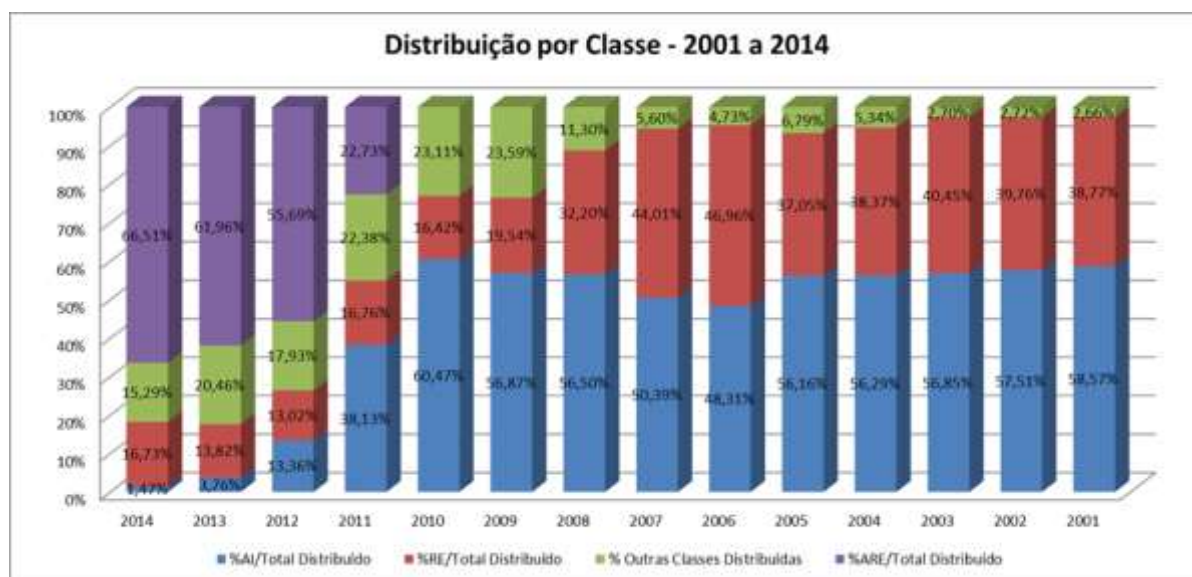
Alguns gráficos podem ajudar a ilustrar o que os números demonstram. Primeiro, em números absolutos entre os anos de 1988 a 2017, com picos de processos recebidos em 2002 (160.453), de processos distribuídos em 2006 (116.216) e de julgamentos em 2007 (159.522):



Com relação às porcentagens de RE (vermelho), AI (azul), ARE (roxo) e outra classes (verde), os seguintes gráficos, de 1990 a 2000:



E de 2001 a 2014:



As estatísticas ainda não são nada alentadoras. Por isso se afirma que, nada obstante as tentativas de solução para a crise, “o número de recursos que chegam ao STF, há muito, assumiu proporções insuportáveis, revelando a necessidade inexorável de uma solução drástica ante a falência do sistema, que atualmente impede o exercício minimamente saudável das elevadas atribuições Constitucionais”.⁸⁹³

⁸⁹³ DANTAS, 2012, p. 89. No mesmo sentido, em relação à Corte de Cassação italiana, cf. TARUFFO, 2005, p. 240.

Os números absolutos de processos distribuídos, de fato, tiveram alguma redução quantitativa nos últimos anos, em relação à década de 1990 e à primeira década deste século. Apesar disso, é inegável que os recursos extraordinários e seus correspondentes recursais suplantadores do juízo negativo de admissibilidade na origem (os agravos), continuam povoando majoritariamente a pauta do STF; basta notar que a porcentagem relativa aos AI/ARE/RE em relação ao total de processos continua imensamente superior à das demais classes processuais – que não são poucas⁸⁹⁴ – de competência do Tribunal. Ademais, para a pauta do STF não há diferença substancial entre a entrada/distribuição/julgamento de agravos para a admissão de recurso extraordinário ou do próprio RE, de modo que se pode tratar esses recursos como de uma única espécie (a extraordinária, agregada na categoria do controle difuso de constitucionalidade).

É também interessante traçar um comparativo dos números de processos distribuídos no STF relativos ao controle de constitucionalidade difuso (isto é, os recursos: AI, ARE, e RE) e ao controle concentrado (as ações: ADC, ADI, ADO e ADPF). No acesso à base de dados das ações de controle concentrado, no STF⁸⁹⁵, tem-se o número de 2.381 ADI (e 8 ADC) ajuizadas entre 1988 e 2000. De 2001 a 2017, esse número, entre ADI, ADC e ADPF, alcançou 3.998 processos. De modo que, em toda a vigência da Constituição Federal de 1988 (29 anos), o total de processos distribuídos para controle concentrado de constitucionalidade, no Supremo Tribunal Federal (6.379 processos), não superou nem o menor número já interposto de recursos extraordinários perante a mesma Corte, em um único ano: 1996, que contou com 9.265 RE⁸⁹⁶.

	1988	1989	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	Soma
ADC						1				3	2	2		8
ADI	11	159	255	232	166	162	198	210	159	206	181	189	253	2381
ADO														0
ADPF													10	0

⁸⁹⁴ Considerando-se as competências definidas nos incs. I e II do art. 102 da CF/88, que constituem 19 hipóteses contra apenas 4 do inc. III, sendo que, deste, o da alínea “a” é, de longe, o fundamento mais utilizado. As classes de ações de controle concentrado de constitucionalidade são 4, as criminais são 9 e as demais do STF são 20 (como vimos no tópico 2.4). São, portanto, 33 classes processuais, que constituem 36% do total de processos na Corte Suprema, contra apenas 3 classes recursais extraordinárias (AI, ARE e RE), que totalizam 64% do total.

⁸⁹⁵ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoBOInternet/anexo/estatistica/ControleConcentradoGeral/CC_Geral.mhtml>. Acesso em 24 mar. 2018.

⁸⁹⁶ Vide quadro acima.

	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	Soma
ADC	1			1	1	3	5	2	4	3	4			2	6	6	6	44
ADI	210	206	308	277	265	195	159	178	176	151	163	180	189	112	230	194	237	3430
ADO								5	3	3	6	3	4	3	7	1	9	44
ADPF	16	10	10	16	24	20	21	32	44	18	20	25	34	15	48	59	68	480

Total 2001 a 2017: 3.998

Total: 1988 a 2017: 6.379

Os dados, portanto, também revelam a prevalência absoluta do controle de constitucionalidade difuso como meio de provocação do STF a decidir sobre a conformidade de leis, decisões e demais atos do Poder Público com os ditames da Carta Constitucional. Essa prevalência, que parece decorrer das peculiaridades de nosso sistema, como acima apontado, por si só, contudo não é motivo, pensamos, para se criticar a incorporação do controle difuso de constitucionalidade em nosso ordenamento, nem para se enaltecer o controle concentrado como a melhor forma de salvaguardar a autoridade da Constituição. Parece-nos, sim, que os mecanismos de operacionalização do controle difuso, até então adotados, não têm se revelado suficientemente aptos a colocar o Supremo Tribunal Federal em harmonia com sua função de Corte Constitucional, já que os números absolutos (ainda superiores a 40 mil processos/ano) e o número fixo de ministros (onze) apontam para uma média impossível de ser operada de forma satisfatória⁸⁹⁷. Se não é a forma de controle (difusa) o problema, mas os mecanismos de seu uso, algo havia de surgir de novo para salvar a primeira de seus próprios obstáculos operacionais. A incorporação de um filtro de acesso ao STF, pela via recursal extraordinária – seu principal problema operacional – se revelava, portanto, imprescindível e inadiável.

Porém, como veremos agora, a existência de uma “crise” quantitativa de processos nas Cortes de última instância jurisdicional e a implantação de um sistema/instrumento de filtragem de recursos às Cortes Supremas, como medida de contenção desse problema, não é uma peculiaridade do sistema constitucional ou recursal brasileiro, mas um fenômeno experimentado em diversos outros países⁸⁹⁸.

⁸⁹⁷ “Como se nota, a repercussão geral é um filtro de relevância que não tem impedido a chegada de 100 mil casos por ano ao STF, nem desobrigado a Corte de proferir aproximadamente o mesmo número de decisões no mesmo intervalo. O alívio de processos verificado até 2011 foi temporário e ilusório: a diminuição dos feitos remetidos ao STF não significa que eles tenham deixado de existir, mas apenas que continuam aguardando julgamento em algum escaninho, ainda que virtual, longe da Praça dos Três Poderes. É inegável, portanto, que a sistemática, tal como praticada até hoje, fracassou” (BARROSO, Luís Roberto; REGO, Frederico Montedonio. Balanço de dez anos da repercussão geral. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/especiais/balanco-de-dez-anos-da-repercussao-geral-07022018>>. Acesso em: 24 mar. 2018).

⁸⁹⁸ Sobre o tema da crise de recursos extraordinários no STF, cf. FRANCISCO, 2011, p. 73-79.

4.3. DIREITO COMPARADO: AS CRISES RECURSAIS NO ACESSO ÀS ÚLTIMAS INSTÂNCIAS JURISDICIONAIS E RESPECTIVAS SOLUÇÕES.

Que uma Corte carregada por dezenas de milhares de recursos, induzida a decidir as mesmas questões e a pronunciar milhares de sentenças ao ano, está muito longe do ideal da Cassação que elabora a justa interpretação das normas e assegura uma razoável uniformidade da jurisprudência é, por demais, evidente.⁸⁹⁹

Como se vê da citação de Michel Taruffo acima reproduzida, a crise das instâncias extraordinárias de vários ordenamentos jurídicos têm sua origem na ampla admissibilidade de recursos aos seus tribunais de cúpula, fator que, por sua vez, tem procedência na concepção do recurso a tais instâncias como um direito subjetivo da parte (*ius litigatoris*), o que normalmente vem acompanhado de uma consideração do papel da Corte como órgão de tutela da legitimidade das decisões judiciais (entendida como aplicação do sentido exato da lei) no caso particular.

Contribuiu, em larga medida para a configuração dessa ampliação do acesso aos tribunais superiores, o movimento mundial de acesso à justiça, capitaneado por Mauro Capeletti⁹⁰⁰, que, por outro lado, também serviu para o agravamento da crise, na medida em que quanto mais pessoas têm acesso ao Poder Judiciário, mais numerosos se tornam os recursos contra as decisões judiciais.⁹⁰¹ Também se aponta o acesso à justiça como algo que reduz a litigiosidade contida, dando causa ao ajuizamento de contendas que, em condições diversas, não seriam levadas ao conhecimento do Poder Judiciário, demonstrando a necessidade de ser tal acesso acompanhado de uma estrutura que lhe dê operabilidade e efetividade.⁹⁰²

O fato é que a crise dos recursos às últimas instâncias, não é um fenômeno genuinamente brasileiro⁹⁰³, mas resultado dos modelos importados dos países de onde buscou inspirações para seu próprio modelo de jurisdição, inclusive a constitucional, o que torna relevante analisar, ainda que rapidamente, como essa mesma crise se deu em alguns dos ordenamentos alienígenas

⁸⁹⁹ TARUFFO, 2005, p. 144 (tradução livre).

⁹⁰⁰ CAPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998.

⁹⁰¹ DANTAS, Bruno. **Repercussão geral**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 91-92

⁹⁰² WATANABE, Kazuo. Filosofia e características básicas do Juizado Especial de Pequenas Causas. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) **Juizado Especial de Pequenas Causas**. São Paulo: RT, 1985.

⁹⁰³ MADRUGA, 2015, p. 18-19.

e que medidas foram adotadas para filtragem dos recursos de acesso às suas Cortes Supremas, como forma de viabilizar o desempenho satisfatório de suas funções institucionais.

4.3.1. A experiência norte-americana: o *writ of certiorari*.

O caso da Suprema Corte dos Estados Unidos da América é paradigmático. Não só porque de lá importamos o modelo constitucional de controle de constitucionalidade difuso (*judicial review*)⁹⁰⁴ e o instrumento recursal correspondente, o recurso extraordinário (inspirado no *writ of error*, logo em seguida substituído pelo *writ of certiorari*⁹⁰⁵), mas, principalmente, porque é de lá a concepção original de um filtro de acesso à Corte Suprema⁹⁰⁶.

Isso quer dizer que nem sempre o acesso à *Supreme Court* foi restrito e objeto de discricionariedade dela, como é hoje. Com efeito, a Corte Suprema dos EUA viveu, por mais de cem anos, sem o poder de selecionar os casos que deveria julgar⁹⁰⁷. Como aponta a doutrina, a competência do órgão era definida de maneira enumerativa pelo Congresso norte-americano, mediante escolha entre as causas arroladas no Art. III da Seção 2 da Constituição dos EUA⁹⁰⁸ e, diferentemente do Brasil, onde o detalhamento da competência recursal é feito na própria Constituição,

⁹⁰⁴ Cf. tópico 1.10.

⁹⁰⁵ Cf. tópico 3.1.

⁹⁰⁶ MATOS, 2014, p. 80.

⁹⁰⁷ Conforme aponta Adhemar Ferreira Maciel: “Antes da criação dos tribunais regionais federais (*U. S. Courts of Appeals*), pela Reforma de 1891 (*Evarts Act*), a Suprema Corte, afora litígios interestaduais relativos a limites de fronteira e mais outros poucos casos, praticamente atuava como “tribunal de revisão”. A massa processual (*case load*) era folgada. Nos bons tempos de John JAY, primeiro presidente da Corte (1789-1795), não era incomum o juiz (*justice*) sair a cavalo para julgar conflitos de interesses resolvidos por outros tribunais estaduais. Com a industrialização dos Estados Unidos, o número de apelações que deviam ser apreciadas obrigatoriamente (*mandatory appeals*) pela Suprema Corte aumentou muito. Com isso, teve-se de alterar em 1891 a Lei Orgânica do Judiciário Federal (*1789’s Judiciary Act*). Foram, como se antecipou, criados os “*Circuits*”: ou seja, os tribunais regionais federais (*U.S. Courts of Appeals*), que passaram a atuar como tribunais intermediários em relação à Suprema Corte e à primeira instância federal. Introduziu-se, mais, na jurisdição recursal, o instituto do *Writ of Certiorari*, de raízes no *common law*. Algumas apelações continuaram de conhecimento obrigatório (*mandatory*); outras, porém, só por meio de *petition for writ of certiorari*. A pauta da Suprema Corte tornou-se mais uma vez compatível. É a época de grandes decisões. Votos memoráveis, como os de Oliver Wendell Holmes (1902-1932), tomaram-se antológicos. Após a Primeira Guerra Mundial, a *caseload* da Suprema Corte ficou novamente abarrotada, insuportável. Nessa época, o presidente da Corte (*chief justice*) era William Howard Taft (1921-1930), que no governo de Theodore Roosevelt (1901-1909), como assessor, já havia feito um esboço de projeto de lei (*bill*) para dificultar ainda mais o acesso das “apelações obrigatórias”. O Congresso se mostrou irredutível. A mudança pretendida não foi feita. Em 1925, depois de muito *lobby*, o Congresso cedeu e alterou a lei orgânica do Judiciário: o *Judge’s Bill* aumentou ainda mais o *discretionary power* da Suprema Corte. Por outras palavras, as apelações de conhecimento obrigatório (*mandatory appeals*) diminuíram e, em compensação, cresceu o número de *petitions for writ of certiorari*. Nesse último caso, o recurso só seria conhecido se contasse com o aval de quatro dos nove juízes da Corte. Seu primeiro requisito era que a causa ou controvérsia, julgada em última instância pelos tribunais estaduais ou federais, se apresentasse substancialmente relevante para todo o país. (MACIEL, 2007, p. 34-35).

⁹⁰⁸ O referido dispositivo tem a seguinte redação (grifo nosso): “2. Em todas as questões relativas a embaixadores, outros ministros e cônsules, e naquelas em que se achar envolvido um Estado, a Suprema Corte exercerá jurisdição originária. *Nos demais casos supracitados, a Suprema Corte terá jurisdição em grau de recurso, pronunciando-se tanto sobre os fatos como sobre o direito, observando as exceções e normas que o Congresso estabelecer*”

essa competência era definida pela legislação infraconstitucional, o que certamente simplificava o processo de modificação de suas hipóteses.⁹⁰⁹ Entre essas competências, como já vimos, o *Judiciary Act*, de 1789, em seu art. 25, previa, por meio do *writ of error*, a possibilidade de revisão das decisões das Cortes estaduais que versassem sobre questão de validade contestada em face da legislação federal, nela incluída a Constituição.⁹¹⁰

Conforme aponta Hartnett⁹¹¹, a carga de trabalho na Suprema Corte cresceu de forma exponencial após a Guerra Civil, que durou de 1861 a 1865, o que levou o Congresso a efetuar algumas reformas em 1891, conhecidas como *Evarts Act*, entre elas: a) a criação de cortes federais de apelação (*circuit courts of appeal*), os quais passaram a fazer as vezes de instância revisora das decisões dos juízes federais (*district judges*); e b) a irrecorribilidade de diversas decisões destas cortes, o que só poderia ser contornada mediante uma certificação da instância recorrida de que a questão de direito merecia a atenção da Suprema Corte ou de pronunciamento direto desta corte, através do remédio denominado de *writ of certiorari*.⁹¹² Note-se que o objeto do *certiorari* já era levar o recurso contra a decisão do tribunal ordinário a julgamento da Corte, sendo o seu mérito a admissibilidade do caso no Tribunal Supremo; por isso, provido o *writ*, o caso simplesmente entraria na pauta do órgão jurisdicional, sendo o mérito da impugnação objeto de um julgamento posterior do próprio recurso. Institucionalizava-se, portanto, um instrumento (*writ of certiorari*) de filtragem do acesso à jurisdição da Suprema Corte norte-americana, ainda que de forma bastante tímida.

Em 1914, nova lei aumentou as atribuições da Suprema Corte, incluindo na sua jurisdição, além dos recursos sobre as decisões dos tribunais estaduais que jugassem a improcedência de argumento aduzido com base em lei federal, competência que vinha desde o *Judiciary Act* de 1789,

(PHILIPS, J. Henry. **A Constituição dos Estados Unidos da América**. Curitiba: 1994. Disponível em: <<http://www.braziliantranslated.com/euacon01.html>>. Acesso em 24 mar. 2018.

⁹⁰⁹ DANTAS, 2012, p. 99.

⁹¹⁰ Sobre as origens da filtragem de acesso à *Supreme Court of U.S.A.* e demais aspectos do *writ of certiorari*, cf. MADRUGA, 2015, p. 19-29.

⁹¹¹ HARTNETT, Edward A. Questioning certiorary: some reflections sevtny-five years after the Judge's Bill. **Columbia Law Review**, v. 10, n. 7, nov, 2000, p. 1650. O referido autor traz os seguintes dados referentes aos casos submetidos à jurisdição da Suprema Corte, com base em relatório da Câmara dos Deputados: em 1860: 210 casos aguardando julgamento e 91 julgados; em 1870: 636 casos aguardando julgamento e 280 julgados; em 1880: 1202 casos aguardando julgamento e 365 julgados; em 1886: 1396 casos aguardando julgamento e 451 julgados.

⁹¹² DANTAS, 2012, p. 101; RIBEIRO, 2014, p. 44-48

a atribuição para julgar os recursos que versassem sobre a procedência da pretensão, mas, nesse caso, somente por meio do acolhimento do *writ of certiorari*.⁹¹³

Dois anos depois, porém, já se iniciava, sobre a liderança de William Howard Taft, o movimento pela limitação da jurisdição recursal obrigatória (*mandatory jurisdiction*) da Suprema Corte, cuja premissa era a de que tal obrigação deveria subsistir apenas para as questões que envolvessem a interpretação constitucional. Quanto às demais questões, notadamente de cunho infraconstitucional, defendia-se a ampla discricionariedade da Corte para que, em sede de *writ of certiorari*, decidisse se o caso deveria ou não ser examinado.⁹¹⁴ Esse escopo foi parcialmente alcançado pela Lei Judiciária de 1925 (*Judge's Bill*), que limitou a jurisdição recursal da Suprema Corte às quatro hipóteses seguintes, das quais apenas as duas primeiras permaneciam obrigatórias e, mesmo assim, com drástica redução das hipóteses de cabimento: i) *writ of error*, ii) *writ of appeal*, iii) *writ of certiorari* e iv) *certification of questions*. Com a restrição das hipóteses de cabimento dos remédios obrigatórios, os *writs of error* e *of appeal*, a maior parte da jurisdição da Corte Suprema se daria sob sua discricionariedade, por *certiorari* ou por *certification*. Dava-se, assim, um grande passo no poder de autogestão do tribunal.⁹¹⁵

⁹¹³ O procedimento do *writ of certiorari*, se dá da seguinte forma, na configuração atual do instituto: “A parte sucumbente tem o prazo de 90 dias, contados a partir da intimação do acórdão proferido por uma corte federal de recurso ou a corte estadual de última instância, para protocolar uma petição de *certiorari* perante a Suprema Corte. Dentro do prazo de 30 dias, contados a partir do recebimento da petição, o requerido pode apresentar memoriais em resposta à petição. O requerente, por sua vez, pode responder aos memoriais do requerido. A Corte admite a intervenção ao *amicus curiae*, que pode oferecer memoriais em um dos dois sentidos. Como a Suprema Corte dos Estados Unidos não se divide em turmas, “as petições de *certiorari* protocoladas são distribuídas simultaneamente a todos os juízes”, os quais, desde 1972, reúnem-se em uma espécie de comitê para exame dos *writs* (*certiorari pool*), no qual cada juiz designa assessores (*clerks*) para desempenhar a função de analisar as petições e seus fundamentos. O assessor responsável por uma petição de *certiorari* redige um memorial (*cert-pool memo*) para todos os juízes do *pool*, “sumariando os fatos relevantes e as questões existentes no caso e apresentando argumentos para a concessão ou a denegação do *certiorari*”. Esse *memo* é analisado pelos demais assessores, que dão seus respectivos pareceres, concordando ou discordando do exame inicial, e os remetem aos juízes aos quais estão vinculados. Com base nesses memoriais, os juízes elencam os casos sobre os quais desejam iniciar a discussão, incluindo-os em uma lista (*discussion list*), para a sessão seguinte; se uma petição não for incluída na lista, ela está automaticamente rejeitada, sem necessidade de manifestação expressa ao juiz responsável. Na sessão designada, o presidente da Suprema Corte enuncia o primeiro caso, resume as questões de fato e de direito e oferece seu voto, sendo, em seguida, aberta a palavra aos demais juízes para oferecerem seus votos as razões, em ordem de antiguidade. “O *quórum* para concessão do *certiorari* é definido por uma regra costumeira da Corte denominado de “regra dos quatro (*rule of four*) e significa que o *certiorari* será concedida se ao menos quatro (dos nove que a compõem) votarem nesse sentido, bastando essa minoria para a concessão do *writ*; existe, ainda, uma regra, também costumeira (chamada de *joint-three votes*), acrescida a esta de que sobrevivendo três votos favoráveis ao *certiorari*, o presidente, ainda que tenha votado contrariamente, a eles adere para formar os quatro votos de concessão”. (DANTAS, 2012, p. 105-107).

⁹¹⁴ TAFT, William Howard. The attacks of courts and legal procedure. *Kentucky Law Journal* n. 5. Kentucky: 1916, p. 14.

⁹¹⁵ DANTAS, 2012, p. 103.

Entretanto, a investida contra a jurisdição obrigatória não parava por aí. Logo em seguida à aprovação da lei de 1925, A própria Suprema Corte, presidida por Taft, iniciou um novo movimento pela ampliação dos poderes que lhe haviam sido dados para escolher os casos a julgar. A ideia a ser defendida era, então, a de obter poderes para, diante de uma petição de *certiorari*, extrair dela apenas as questões que a Corte entendesse merecedoras de exame, descartando-se as demais. Em 1928, no julgamento do caso *Olmstead vs. United States*, a Suprema Corte dos EUA, tal como se defendia antes de 1925, decidiu que tinha autoridade para limitar o exame do caso às questões constitucionais, podendo, em razão disso, ignorar os fundamentos infraconstitucionais do recurso e da decisão recorrida (*limited grants of certiorari*), raciocínio do qual ainda se evoluiu para a tese de que, se a mesma petição de *certiorari* contivesse duas questões constitucionais, a Suprema Corte poderia limitar seu exame a uma delas apenas.⁹¹⁶

Mesmo assim, somente em 1988, com a aprovação da *Supreme Court Case Selection Act*, pode-se dizer que a *mandatory jurisdiction* da Suprema Corte foi finalmente eliminada e concedeu-se total discricionariedade a ela para decidir o que julgar, por meio do *certiorari*⁹¹⁷. A partir das modificações legais operadas, diversos estudos foram feitos, com base na jurisprudência da própria Corte Suprema no exame das petições de *certiorari*, para tentar evidenciar os critérios que ela mesma, com os poderes então delegados pelo legislador, definiu para sua atuação. Um dos primeiros estudos, de 1963, batizado de “teoria do indício” (*cue theory*), identificou três vertentes principais: i) a petição de *certiorari* era de autoria da União; ii) a existência de divergência entre duas ou mais cortes sobre a questão; iii) a presença de questões envolvendo liberdades civis.⁹¹⁸ A referida teoria sofreu críticas negativas⁹¹⁹ e positivas⁹²⁰, que, em síntese, verificaram que (a) a autoria do *certiorari* pela União era um fator preponderante para a concessão

⁹¹⁶ Nesse sentido: HARTNETT, 2000. 1707; DANTAS, 2012, p. 103-104.

⁹¹⁷ Vale ressaltar que, embora ainda haja previsão da *certification of questions* como instrumento de provocação da Suprema Corte, desde longa data, por obra da própria Corte, tal instituto restou esvaziado, “de modo que, na prática, apenas por *writ of certiorari*, vale dizer, mediante exercício da discricionariedade judicial da Corte, é que um assunto pode ser levado a seu conhecimento” (DANTAS, 2012, p. 104). Nesse sentido, cf. também: STERN, Robert L.; GRESSMAN, Eugene; SHAPIRO, M. GELLER, Kenneth S. **Supreme Court practice: for practice in the Supreme Court of the United States**. 8ª ed. Washington: The Bureau of National Affairs, 2002, p. 536.

⁹¹⁸ A *cue theory* foi elaborada por Joseph Tanenhaus (The Supreme Court certiorari jurisdiction: cue theory. **Judicial Decision Making**, n. 111. 1993. Conforme: BRENNER, Saul. Granting certiorari by the United States Supreme Court: na overview of the social Science studies. **Law Library Journal**, n. 193. American Association of Law Libraries: 2000, p. 3.

⁹¹⁹ Como a de Ulmer, Hintze e Kirklosky, em 1972. Cf. DANTAS, 2012, p. 108.

⁹²⁰ A exemplo do estudo realizado por Armstrong e Johnson, em 1982, e Caldiera e Wright, em 1988. Cf. DANTAS, 2012, p. 109.

do *writ*, assim como (b) a intervenção de três ou mais *amici curiae* apoiando ou refutando o pedido do *certiorari* e (c) houvesse um dissenso pretoriano acerca da interpretação da lei federal, tanto no mesmo nível hierárquico (entre tribunais federais ou estaduais, ou entre uns e outros), quando o papel da Corte seria o de uniformizar a interpretação, quanto em desacordo com algum precedente da Suprema Corte, caso em que esta deveria rever o julgado, para sua adequação ao *stare decisis*. Em todos os casos, um critério subjacente deveria estar sempre presente: a controvérsia deveria necessariamente girar em torno de questões federais de alta relevância; os três critérios citados acima seriam, portanto, apenas reflexos dessa premissa maior.⁹²¹ Uma consolidação desses critérios e da própria disciplina do *certiorari* restou estabelecida, pela própria Suprema Corte no documento intitulado *Rules of the Supreme Court of the United States*⁹²² (algo como um Regimento Interno), Parte III, Regras 10 a 16.

De cara, a Regra 10 se inicia com a forte posição de que “a Revisão por *writ of certiorari* não é uma questão de direito, mas de discricionariedade judicial” (*Review on a writ of certiorari is not a matter of right, but of judicial discretion*), sepultando completamente o caráter de direito subjetivo ao recurso e de tutela do *ius litigatoris*. Na sequência, as três alíneas do mesmo provimento corroboram os estudos feitos, indicando algumas hipóteses, expressamente não taxativas de possível concessão do *certiorari*, com especial destaque para a necessidade de que se trate: i) de uma “questão federal importante” (*important federal question, important matter* ou *importante question of federal law* – alíneas “a”, “b” e “c”); ii) de existência de conflito de entendimento entre cortes federais ou estaduais sobre uma questão de direito federal (alíneas “a” e “b”); iii) de distanciamento dos procedimentos judiciais usualmente aceitos, reclamando a intervenção da Corte com seu poder de supervisão (“b”, final); iv) de necessidade de a Corte pronunciar-se sobre uma questão federal importante por ela ainda não examinada, mas decidida pelas cortes inferiores (“c”, início); ou v) da necessidade de a Corte fazer valer a força de um de seus precedentes não obedecido pela corte inferior (“c”, final).⁹²³ Mesmo nesses casos, em

⁹²¹ STERN et al, 2002, p. 225.

⁹²² Disponível em: <<https://www.supremecourt.gov/ctrules/2007rulesofthecourt.pdf>>. Acesso em: 24 mar. 2018.

⁹²³ “The following, although neither controlling nor fully measuring the Court’s discretion, indicate the character of the reasons the Court considers: (a) a United States court of appeals has entered a decision in conflict with the decision of another United States court of appeals on the same important matter; has decided an important federal question in a way that conflicts with a decision by a state court of last resort; or has so far departed from the accepted and usual course of judicial proceedings, or sanctioned such a departure by a lower court, as to call for an exercise of this Court’s supervisory power; (b) a state court of last resort has decided an importante federal question in a way that conflicts with the decision of another state court of last resort or of a United States court of appeals; (c) a state court or a United States court of appeals has decided an important question of federal law that 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” (Ibidem).

especial nos casos de divergência jurisprudencial, da relevância da questão federal ou da adequação do procedimento, não raras vezes, a Corte deixa de se pronunciar sobre a questão federal, em razão de a mesma ainda não estar suficientemente “amadurecida” no meio jurídico, aguardando o desenvolvimento do tema nas cortes inferiores, em outros casos concretos, para enfim dar o seu pronunciamento final. Essa postura decorre da própria natureza do *stare decisis* vigente naquele país, em que os precedentes jurisprudenciais, em especial os da Suprema Corte, vinculam as instâncias ordinárias, de modo que uma decisão precipitada sua pode “até mesmo inibir o florescimento de uma corrente jurisprudencial mais justa e consentânea com o sistema constitucional”.⁹²⁴

Desse breve histórico pode-se concluir, com a doutrina, que a opção política adotada pelo legislador norte-americano, “em vez de estreitar a jurisdição da Corte” em verdade acaba por, “em mais e mais situações, delegar a ela a responsabilidade de determinar que questões federais são de suficiente importância nacional para ensejar a revisão pela Suprema Corte”.⁹²⁵ Dessa forma, consolidou-se no direito estadunidense o mais importante instrumento de filtragem de acesso à Suprema Corte, para que esta passasse a poder selecionar, com ampla liberdade, as questões jurídicas, em sua maioria constitucionais, sobre as quais entenda existir a necessidade de se pronunciar. Essa instrumentalização da autonomia da Corte Suprema foi a principal fonte de inspiração para os legisladores de diversos países do Ocidente (incluindo o Brasil, na instituição da repercussão geral) para criarem semelhante instrumento de seleção de recursos às suas respectivas Cortes Supremas, a fim de, antes de mais nada, reduzir o número de processos em sua pauta e, conseqüentemente, aumentar a qualidade e profundidade da tutela jurisdicional do direito objetivo.

4.3.2. O recurso de revisão e a significação fundamental da questão de direito (*Rechtssache grundsätzliche Bedeutung*) na Alemanha.

⁹²⁴ DANTAS, 2012, p. 108 e 113-114.

⁹²⁵ COLEMAN JR., William T. The Supreme Court of the United States: managing its caseload to achieve its constitutional purposes. *Fordham Law Review*, Oct. 1983, p. 3.

O sistema ordinário de jurisdição⁹²⁶ da Alemanha se organiza da seguinte forma: na base ou na primeira instância, estão as Cortes Distritais (*Amtsgericht – AG*), seguidas, acima, das Cortes Regionais (*Landgericht – LG*), das Cortes Regionais de Recursos (*Oberlandesgericht – OLG*) e tendo, em sua cúpula, a Corte Federal de Justiça (*Bundesgerichtshof – BGH*).⁹²⁷

Dentro desse sistema, a revisão (*Revision*) é o recurso dirigido ao BGH contra as decisões das Cortes Regionais (OLG) proferidas em sede de apelação (*Berufung*) sendo possível, ainda, mas em raras ocasiões, a “revisão *per saltum*” (*Sprungrevision*), isto é, interposta contra as decisões da Cortes Regionais (LG).⁹²⁸

A finalidade original da *Revision*, aponta a doutrina, baseando-se no Código de Processo Civil alemão (*Zivilprozessordnung – ZPO*) era de servir tanto “ao interesse das partes na resolução correta e justa de sua causa”, quanto servir, “sobretudo, ao interesse público na unidade da jurisprudência”.⁹²⁹ De outro lado, aponta-se que a revisão “permitia que a Corte revisora corrigisse, além do erro de direito que legitimou o recurso, todos os *errores iuris, in iudicando*”⁹³⁰, atuando, assim, na clássica função dupla de proteção do *ius litigatoris* e do *ius constitutionis*.⁹³¹

Até 2001, a admissibilidade da *Revision* estava condicionada às seguintes hipóteses: a) quando o valor da causa, em litígios patrimoniais, ultrapassasse a *summa revisibilis* de 60.000 marcos, equivalente, hoje a €30.500; b) quando as OLG concedessem uma licença (*Zulassungsrevision*) para o recurso chegar à BGH⁹³², o que poderia ocorrer em dois casos: b.1) quando o recurso versasse sobre uma questão jurídica dotada de significação fundamental (*Rechtssache grundsätzliche Bedeutung*)⁹³³; ou b.2) quando o julgamento das OLG divergisse da jurisprudência do BGH.⁹³⁴ Nos casos de significação fundamental, a doutrina salienta que, no primeiro caso

⁹²⁶ Referimo-nos à jurisdição ordinária, porque a extraordinária, na Alemanha, é exercida pela Corte Constitucional de Justiça (*Bundesverfassungsgericht*), que se situa fora da estrutura do Poder Judiciário, sendo, segundo a doutrina, um órgão político “cuja atribuição é exercer o controle de constitucionalidade e zelar pelos direitos fundamentais assegurados pela Constituição” (DANTAS, 2012, p. 115-116, NR 54).

⁹²⁷ DANTAS, 2012, p. 115-116.

⁹²⁸ RIBEIRO, 2014, p. 48-49..

⁹²⁹ ROSENBERG, Leo. **Tratado de derecho procesal civil**. Tradução de Angela Romera Vera. Buenos Aires: EJE, 1995, t. II, p. 353 (tradução livre).

⁹³⁰ *Ibidem*, t. VIII, p. 19.

⁹³¹ Para um panorama amplo da revisão alemã (*Revision*) e do seu requisito de significação fundamental, cf. MADRUGA, 2015, p. 30-33.

⁹³² Nesse sentido, cf. RÜHL, Giesela. Preparing Germany for the 21st century: the reform of the Code of Civil Procedure. **German Law Journal**, vol. 6, issue 6, jun, 2005, p. 932. Disponível em: <<http://www.germanlawjournal.com/volume-06-no-06>>. Acesso em: 24 mar. 2018: “Prior to 2002 a review appeal of law and procedure was available either if (1) the amount in controversy exceeded DM 60,000.00 (*Wertrevision*) or (2) if the appeal was permitted by the appellate court in the attacked judgment (*Zulassungsrevision*)”

⁹³³ MATOS, 2014, p. 81.

⁹³⁴ DANTAS, 2012, p. 119; RIBEIRO, 2014, p. 49-50.

(b.1), o BGH poderia discordar do encaminhamento do recurso pela OLG, tendo a faculdade de não o receber, enquanto, no segundo caso (b.2), não haveria essa faculdade, sendo obrigatório o recebimento do recurso.⁹³⁵ De outro lado, se houvesse negativa da licença para recorrer, pela OLG, a parte poderia valer-se de um recurso (*Nichtzulassungsbeschwerde*) para fazer subir seu pedido de revisão (algo semelhante ao nosso agravo em recurso extraordinário, do art. 1.042 do CPC).⁹³⁶

Nota-se como a revisão, originalmente, ainda possuía o forte caráter de tutela do interesse das partes (*ius litigatoris*), em litígios de cunho estritamente patrimonial, diante da obrigatoriedade da revisão vinculada ao valor da causa (*Wertrevision*), revelando-se um remédio primordialmente designado para prover justiça em casos individuais.⁹³⁷ De outro lado, a doutrina aponta que a necessidade de revisão era baseada na quantidade de casos em que a interpretação da lei era controvertida, e não na significação fundamental da questão jurídica em si, revelando, assim, muito mais uma função de controle de aplicação da lei aos casos individuais do que de unificação do direito. Isso, aliado à obrigatoriedade do processamento da revisão, provocava a inundação da Corte com uma enxurrada de recursos de revisão de apelações.⁹³⁸

Em 2001⁹³⁹, uma reforma do ZPO, em especial do seu art. 543.2, aboliu a *Wertrevision*⁹⁴⁰ e manteve necessidade de licença da OLG (*Zulassungsrevision*, ou da LG - *Sprungrevision*) para subida do recurso ao BGH. Nesse caso, a licença concedida pela OLG passou a vincular totalmente o BGH, “que não pode mais deixar de admitir o recurso por falta de significação fundamental da questão discutida”⁹⁴¹. Também restou mantida a possibilidade de recurso ao BGH

⁹³⁵ Nesse sentido: ROSENBERG, 1995, p. 406: “El tribunal regional superior *puede* admitir la revisión cuando la causa tiene fundamental importancia jurídica, y *debe* hacerlo cuando su resolución es divergente de una de la Corte de justicia federal”.

⁹³⁶ DANTAS, 2012, p. 120.

⁹³⁷ RÜHL, 2005, p. 933.

⁹³⁸ *Ibidem*. De qualquer forma, a existência de previsão da significação fundamental como requisito de admissibilidade já desenhava alguma concepção unificadora do direito e de vinculação aos precedentes da Corte, ao prever-se a hipótese de revisão dos julgados divergentes de seu entendimento jurisprudencial, bem como do estabelecimento de um filtro de seleção de casos atribuído às OLG e ao BGH.

⁹³⁹ A lei de reforma da ZPO é de 2001, mas sua vigência teve início em 01.01.2002.

⁹⁴⁰ A doutrina aponta que a jurisprudência alemã já relativizava o critério pecuniário da *Wertrevision*, permitindo a rejeição, pelo BGH, se não vislumbrasse significação fundamental nas questões discutidas (DANTAS, 2012, p. 119).

⁹⁴¹ DANTAS, 2012, p. 120..

para receber e processar a revisão, em caso de negativa da licença pela OLG (*Nichtzulassungsbeschwerde*)⁹⁴². Os requisitos para a concessão da licença – seja pela OLG, em sede de juízo de admissibilidade da *Revision*, seja pelo BGH, em sede de julgamento da *Nichtzulassungsbeschwerde* – passaram a ser dois: a existência de significação fundamental da questão jurídica decidida (*grundsätzliche Bedeutung*) ou a necessidade de pronunciamento do BGH para o aperfeiçoamento do direito ou para a uniformização do direito (*die Fortbildung des Recht oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung*).

Na opinião da doutrina, essa reforma do ZPO, colocou tanto o recurso de revisão quanto o BGH como fundamentalmente voltados à uniformização e à racionalização do direito alemão em casos cíveis e a significação fundamental como “o ponto chave do recurso de revisão na Alemanha”⁹⁴³, tornando a revisão um “remédio discricionário” para a solução de questões legais e procedimentais.⁹⁴⁴ O ponto principal é que a revisão não se baseia mais, essencialmente, na quantidade de decisões controversas sobre um mesmo tema, mas na sua significação fundamental, entendida como uma questão jurídica que transcende ao caso atual para uma série indeterminada de casos futuros⁹⁴⁵. Embora o requisito da significação fundamental não seja inovação da reforma da ZPO de 2001, a sua atual configuração é fruto dessa reforma, a partir da qual o referido requisito se coloca como uma questão paradigmática com condições suficientes de repercutir além dos limites da lide⁹⁴⁶ e que os alemães resumem na fórmula do “aperfeiçoamento do direito” (*Fortbildung des Recht*) ou na “garantia de uma jurisprudência uniforme” (*Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung*),⁹⁴⁷ enquanto finalidades a serem buscadas no pronunciamento da Corte Federal, através da revisão.⁹⁴⁸ De qualquer forma, a significação fundamental nunca deve depender da gravidade da lesão recorrida, mas tão somente do amplo

⁹⁴² Nesse sentido, Alvaro Ragone afirma que “con la Reforma se reducen a dos los canales a través de los cuales puede ser concedido el recurso de revisión: bien por un juicio de admisibilidad positivo de concesión por parte del tribunal de alzada o bien mediante un juicio positivo del BGH en respuesta al recurso de queja por revisión denegada interpuesto por la/s parte/s” (RAGONE, Alvaro. J. D. Pérez. El nuevo proceso civil alemán: principios y modificaciones al sistema recursivo. **Revista Genesis**, n. 32, abr-jun, 2004, p. 368).

⁹⁴³ DANTAS, 2012, p. 121.

⁹⁴⁴ RÜHL, 2005, p. 932.

⁹⁴⁵ RAGONE, 2004, p. 367.

⁹⁴⁶ MAY, Artur. **Die Revision in den zivil und verwaltungsgerichtlichen Verfahren**. 2 ed. Köln/Berlin/Bonn/München: Carl Heymanns Verlag KG, 1997, p. 139.

⁹⁴⁷ *Ibidem*, p. 142.

⁹⁴⁸ Quanto aos dois requisitos para concessão da licença para o processamento da *Revision*, Alvaro Ragone esclarece: “O primeiro [significação fundamental] pressupõe colaborar mediante a decisão no caso particular – e em outros similares futuros – com a clareza e aperfeiçoamento na interpretação e aplicação do direito de fundo ou de forma. O segundo [aperfeiçoamento do direito e uniformização da jurisprudência], compreende o asseguramento da unificação da jurisprudência aos efeitos de evitar que decisões diferentes possam tornar-se contraditórias e obstar a interpretação e aplicação precedente do direito” (RAGONE, 2004, p. 367, tradução livre).

efeito que a resposta à questão possa assumir na sociedade⁹⁴⁹, e nem deve se basear no número de casos discutidos nos tribunais⁹⁵⁰, pois “[n]ão é o fato de existir um milhão de recursos a discutir uma questão banal que fará com que ela se torne importante!”⁹⁵¹

A mudança na admissibilidade da *Revision* não escapou a críticas no sentido de tolher o direito de acesso à justiça, como noticia a doutrina. No entanto, o Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht*), declarou o art. 543.2 da ZPO constitucional, afirmando que as alterações da revisão estavam alinhadas com os requisitos constitucionais do devido processo legal. Afastou-se, destarte, a concepção do direito de recurso à corte superior (BGH) como um direito subjetivo fundamental (*ius litigatoris*), para torná-lo apenas um meio de que a corte pode se valer para o exercício de suas verdadeiras funções interpretativas e unificadoras do direito (*ius constitutionis*). Entretanto, sublinhou que esta avaliação estava sujeita ao Tribunal Federal de Justiça, mesmo em casos individuais que careciam de significância fundamental, com base na preservação de uma prática jurídica unificada⁹⁵², seja pela necessidade de formação de um precedente ou de uniformizar a jurisprudência⁹⁵³.

De todo modo, a imposição da significação fundamental da questão jurídica e da finalidade de aperfeiçoamento do direito ou de unificação da jurisprudência, com a eliminação de outras vias de acesso à Corte Federal (BGH), dotaram tanto as OLG quanto o BGH de um elevadíssimo poder de decidir o que tem relevância suficiente para ser objeto de decisão da instância máxima do Poder Judiciário alemão, constituindo-se tais critérios em importantes filtros recursais e de transformação do *Bundesgerichtshof* em uma Corte Suprema, com função interpretativa e unificadora do direito e voltada proativamente para o futuro.

4.3.3. O recurso extraordinário argentino: a lesão federal suficiente e a substancialidade e transcendência das questões federais.

A Corte Suprema Argentina, em termos de competência, assemelha-se ao nosso Supremo Tribunal Federal pré-Constituição Federal de 1988, já que conhece de recursos extraordinários

⁹⁴⁹ MAY, 1997, p. 142-143.

⁹⁵⁰ Ibidem.

⁹⁵¹ DANTAS, 2012, p. 118.

⁹⁵² Ibidem.

⁹⁵³ Ibidem, p. 122.

tanto por violação às normas constitucionais, quanto por transgressões às leis federais. Sua competência, portanto, está relacionada ao direito federal em sentido amplo.⁹⁵⁴

A origem do recurso extraordinário argentino remonta à Lei Federal 27, de 1862, sendo a sua disciplina estabelecida pela Lei Federal 48, de 1863, cujos moldes básicos permanecem vigentes até hoje. A doutrina argentina, assim como a brasileira, identifica a inspiração do recurso extraordinário no modelo do *Judiciary Act* de 1789 norte-americano, apontando, ainda, certos aspectos da cassação civil espanhola prevista na *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 1855.⁹⁵⁵

A existência de uma competência tão ampla da Suprema Corte resultou, também na Argentina, como sói ocorrer, em uma grave crise quantitativa de processos e qualitativa de jurisdição do tribunal, o que motivou a instituição de um filtro recursal para o acesso à Corte. Tal providência foi tomada com a Lei 23.774, de 1990, que alterou o art. 280 do *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCN)*⁹⁵⁶, o qual passou a contar com a seguinte redação, em tradução livre: “Quando a Corte Suprema conhecer por recurso extraordinário, a recepção da causa implicará o chamamento dos autos. A Corte, segundo sua sã discricionariedade e com a só invocação desta norma, poderá rechaçar o recurso extraordinário, por falta de lesão federal suficiente ou quando as questões discutidas resultarem insubstanciais ou carentes de transcendência”.⁹⁵⁷

Também foi alterado o art. 285 do CPCN, que prevê o *recurso de queja*, semelhante ao nosso agravo em recurso extraordinário do atual art. 1.042 do CPC. Tal dispositivo passou a contar com o seguinte texto: “Se a queixa for por denegação do recurso extraordinário, a Corte poderá rechaçar este recurso nas hipóteses e forma previstos no art. 280, parágrafo segundo. Se a queixa for declarada procedente e se revogar a sentença, será de aplicação o art. 16 da Lei n. 48” (tradução livre).⁹⁵⁸

⁹⁵⁴ DANTAS, 2012, p. 131; RIBEIRO, 2014, p. 50-51.

⁹⁵⁵ ASSIS, 2017, 12.78. Cf. também: TOURINHO FILHO, 2013, v. 4, p. 566; LIMA, M. P., 2016, p. 1292-1293; MACIEL, 2007, p. 32.

⁹⁵⁶ MATOS, 2014, p. 82.

⁹⁵⁷ No original: “Cuando la Corte Suprema conociere por recurso extraordinario, la recepción de la causa implicará el llamamiento de autos. La Corte, según su sana discreción, y con la sola invocación de esta norma, podrá rechazar el recurso extraordinario, por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia”. Disponível em: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anejos/15000-19999/16547/texact.htm#6>>. Acesso em: 24 mar. 2018.

⁹⁵⁸ No original: “Si la queja fuere por denegación del recurso extraordinario, la Corte podrá rechazar este recurso en los supuestos y forma previstos en el artículo 280, párrafo segundo. Si la queja fuere declarada procedente y se revocare la sentencia, será de aplicación el artículo 16 de la Ley N. 48”.

O filtro recursal instituído, portanto, prevê três hipóteses concernentes ao juízo de admissibilidade⁹⁵⁹ do recurso extraordinário, sendo elas: a falta de lesão federal suficiente, a insubstancialidade e a carência de transcendência das questões discutidas.

Em todas essas hipóteses, porém, o juízo acerca da admissibilidade do recurso extraordinário, a lesão federal suficiente decorre, segundo a doutrina, de dois aspectos: da negativa de vigência ao direito federal, entendida como a lesão federal (*agravio federal*), e do grau de gravidade dessa lesão, que tem de ser suficiente para pôr em risco a integridade do ordenamento jurídico.⁹⁶⁰ A hipótese é ainda identificada com o conceito de “relevância da questão federal discutida”, de inspiração claramente estadunidense.⁹⁶¹ A falta de lesão federal não é propriamente uma novidade trazida pela Lei 23.774/90. Segundo a doutrina, tal critério já era eleito pelo art. 14 da Lei 48 para o cabimento do recurso extraordinário e estava relacionado ao interesse recursal.⁹⁶² A novidade estaria apenas na possibilidade de rejeição liminar e sem necessidade de fundamentação – além da evocação do art. 280.⁹⁶³

A insubstancialidade da questão federal discutida, por sua vez, diz respeito às teses que contrariam a jurisprudência consolidada, sem a utilização de argumentos sólidos o suficiente para ensejar uma modificação do entendimento dos tribunais.⁹⁶⁴ A doutrina também insere nesse

⁹⁵⁹ Nesse sentido, cf. DANTAS, 2012, p. 125-126; SAGÜÉS, Néstor Pedro. **Derecho procesal constitucional: recurso extraordinario**. 4. ed. Buenos Aires: Astrea, 2002, v. 2, p. 443.

⁹⁶⁰ MORELLO, Augusto Mario. **La nueva etapa del recurso extraordinario: el certiorari**. Buenos Aires: Platense/Abeledo-Perrot, 1990, p. 137-138.

⁹⁶¹ MADRUGA, 2015, p. 34. O conceito não escapa a críticas da doutrina, como a de que o critério da suficiência da lesão federal é um critério quantitativo, enquanto a violação da lei federal deveria ser examinada sob o prisma qualitativo, pela Corte (SAGÜÉS, 2002, v. 2, p. 444). O termo chega a ser apontado como desprovido de maior significação jurídica, porquanto as questões federais existem ou não no caso concreto, não sendo quantificáveis, podendo-se concluir que o instituto se confunde com o interesse recursal, de modo a ser supérflua e inapropriada a fórmula normativa (PALACIO, Lino Enrique. **El recurso extraordinario federal: teoria y técnica**. 3ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001, p. 212)

⁹⁶² DANTAS, 2012, p. 125-126.

⁹⁶³ SAGÜÉS, 2002, v. 2, p. 443.

⁹⁶⁴ Nesse sentido, cf.: SAGÜÉS, 2002, p. 444; PALACIO, 2001, p. 213.

conceito os recursos extraordinários, com fundamentação deficiente ou que não abranja de maneira suficiente as questões controvertidas.⁹⁶⁵ Valem para a insubstancialidade os mesmos apontamentos quanto à sua pré-existência à Lei 23.774/90, por previsão na Lei 48.⁹⁶⁶

Por fim, a transcendência das questões discutidas no recurso tem sua origem no conceito de “gravidade institucional”, que, segundo a doutrina, fora estabelecido pela Suprema Corte Argentina, no julgamento do caso “Jorge Antonio”, em 1960⁹⁶⁷ e que consiste, de acordo com a própria Corte, “Naquelas questões que ultrapassam o mero interesse individual dos pares e afetam diretamente a comunidade” e o fazem em “seus valores mais substanciais e profundos”.⁹⁶⁸ Vale ressaltar que, dentro da abrangência do recurso extraordinário para questões federais *latu sensu*, a doutrina argentina sustenta que toda questão de constitucionalidade possui, sempre, transcendência, já que, nas palavras da própria Corte: “A declaração de inconstitucionalidade de um preceito é um ato de suma gravidade institucional, que deve ser considerada com a *ultima ratio* do ordenamento jurídico”.⁹⁶⁹ Assim, na jurisprudência e na doutrina argentina, “todas as causas que envolvam declaração de inconstitucionalidade de uma norma jurídica são dotadas de transcendência, suficiente para justificar a admissão do recurso extraordinário”.⁹⁷⁰ No campo infraconstitucional, a doutrina aponta duas hipóteses de transcendência: a normativa, associada à relevância de uma discussão jurídica⁹⁷¹, e a social caracterizada pela repercussão que determinado fato tem perante a opinião pública e a sociedade, gerada pela publicidade do ato, pela notoriedade de seus protagonistas, interesse da imprensa etc.⁹⁷²

Em todas as hipóteses de exame da admissibilidade do recurso extraordinário, é importante destacar que quem fixa os critérios de existência ou não, a partir da interpretação dos termos

⁹⁶⁵ MORELLO, 1990, p. 147. A última questão em muito se assemelha ao filtro estabelecido pela jurisprudência sumulada do STF, v. 283: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles”; e 284: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia”

⁹⁶⁶ DANTAS, 2012, p. 125-126. Tradução livre: “Naquelas questões que excedem o simples interesse individual das partes e afetam diretamente a comunidade” e o fazem em “seus valores mais substanciais e profundos”.

⁹⁶⁷ SAGÜÉS, 2002, p. 284.

⁹⁶⁸ No original: “naquelas cuestiones que exceden el mero interés individual de las partes y afectan de modo directo al de la comunidad” e o fazem em “sus valores más sustanciales y profundos”. Corte Suprema de la Justicia de la Nación, Fallos 246:601 e 257:134, apud SAGÜÉS, 2002, p. 284.

⁹⁶⁹ Apud SAGÜÉS, 2002, p. 446, tradução livre.

⁹⁷⁰ DANTAS, 2012, p. 132.

⁹⁷¹ Sobre um amplo catálogo de julgados em que a Corte Suprema reconheceu a transcendência da questão debatida, cf. SAGÜÉS, 2002, p. 286-295.

⁹⁷² SAGÜÉS, 2002, p. 447. Cita como exemplo o caso Pejerek, julgado em 1963, que tratava do assassinato de uma criança chamada Norma Mirta Pejerek e do recurso interposto pela acusação contra a decisão que absolveu o réu. A Corte Suprema reconheceu a gravidade institucional não em razão de qualquer discussão jurídica, mas pela comoção nacional e pelos debates que causou sobre formas de combater a corrupção de menores.

“suficiência da lesão federal” e “insubstancialidade e transcendência das questões federais”, é a Suprema Corte Argentina, por meio de sua “sã discricionariedade”, como prevê a lei. Trata-se, portanto, de um amplíssimo poder de autogestão da Corte quanto à sua própria atuação e de escolha dos processos que entende necessário julgar.⁹⁷³ Poder esse calcado, segundo a doutrina, na confiança da sociedade argentina na experiência pessoal, na maturidade e no senso de alta responsabilidade que se pressupõe aos membros da mais alta Corte nacional e que devem refletir em um juízo objetivo e prudente acerca de sua jurisdição.⁹⁷⁴

4.3.4. A importância pública geral inglesa.

A Câmara dos Lordes (*House of Lords*) é o equivalente inglês de nosso Senado Federal. Para além de suas competências legislativas (bastante restritas, especialmente a partir da *Appellate Jurisdiction Act* de 1876), a Câmara possuía, também, competência jurisdicional⁹⁷⁵, do que merece destaque sua competência recursal sobre as decisões dos Tribunais de Recursos da Inglaterra, País de Gales e Irlanda do Norte, em matéria cível e criminal, e sobre a Corte de Sessões da Escócia, em matéria cível apenas.⁹⁷⁶ Nesses casos, portanto, a *House of Lords* atuava como última instância dos países sob sua jurisdição, função que internamente é desempenhada pelo Comitê de Recursos (*Appeal Committee*), composta de doze “Lordes de Recursos” (*Lords of Appeals in Ordinary*).

Em 1934, por meio da *Administration of Justice (Appeals) Act*⁹⁷⁷ (posteriormente aprimorada pela *section 13 of the Administration of Justice Act of 1960*), em razão do excessivo número de recursos à Câmara, passou-se a exigir, no Reino Unido, uma licença para recorrer (*leave to appeal*) ao Comitê de Recursos da Câmara dos Lordes. Tal licença seria outorgada pelo tribunal recorrido e, se não fosse concedida, a parte poderia requerê-la diretamente à *Appeal Committee*, que poderia concedê-la diretamente, por meio de três juízes. O critério adotado pela Câmara dos Lordes para concessão da licença para recorrer era então o da importância pública geral

⁹⁷³ Para mais detalhes sobre o *certiorari* argentino, cf. MADRUGA, 2015, p. 33-39.

⁹⁷⁴ Nesse sentido, cf.: MORELLO, 1990, p. 120-121; SAGÜÉS, 2002, p. 438-440.

⁹⁷⁵ Sobre tal competência, cf. DYMOND, Glenn. **The appellate jurisdiction of the house of Lords**, 2009. Disponível em: <<http://www.parliament.uk/documents/lords-library/ljn2009-010appellate.pdf>>. Acesso em: 24 mar. 2018.

⁹⁷⁶ DANTAS, 2012, p. 134.

⁹⁷⁷ Disponível em: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo5/24-25/40/contents>>. Acesso em: 24 mar. 2018.

(*general public importance*), conforme apontava a instrução 4.7 da *House of Lords Practice Directions and Standing Orders Applicable to Civil Appeals*, nos seguintes termos: “*Leave to appeal is granted do petitions that, in the opinion of the Appeal Committee, raise an arguable point of law of general public importance which ought to be considered by the House at this time, bearing in mind that the matter will already been reviewed on appeal. A petition which in the opinion of the Appeal Committee does not raise such point of law is refused on that ground. The Appeal Committee gives brief reasons for refusing leave to appeal but does not otherwise explain its decision*”.⁹⁷⁸ Vê-se, portanto, que a concessão da *leave do appeal* dependia de uma decisão amplamente discricionária do Comitê de Recursos e cujos parâmetros eram também definidos pelo próprio órgão da Câmara, a partir do sentido que quisesse dar à expressão “importância pública geral”, para selecionar, ou não, um caso para o seu julgamento.

A competência jurisdicional da *House of Lords*, porém, foi transferida para a Suprema Corte do Reino Unido (*Supreme Court of the United Kingdom*)⁹⁷⁹, com a terceira parte da reforma constitucional (*Part 3 of the Constitutional Reform Act*) de 2005⁹⁸⁰, cuja vigência se deu a partir de 01.10.2009.⁹⁸¹ A Corte é composta de doze juízes (*Justices of the Supreme Court*) nomeados pela Rainha, por indicação do Primeiro-Ministro, segundo uma adaptação dos critérios de seleção do *Appellate Jurisdiction Act 1876* pela *Reform Act of 2005*⁹⁸² (embora os doze primeiros tenham sido aproveitados da *Appeal Committee*).⁹⁸³

A licença para apelar transformou-se em permissão para apelar (*permission to appeal*) prevista na *Rule 40*, n. 6, com a seguinte redação: “*An appeal under subsection (2) lies only with the permission of the Court of Appeal or the Supreme Court; but this is subject to provision under*

⁹⁷⁸ Tradução livre: “Licença para apelar é concedida mediante petições que, na opinião do Comitê de Recurso, levantam um ponto argumentável de importância pública geral que deveria ser considerado pela Câmara no momento, tendo em mente que o assunto será analisado em recurso. Uma petição que, na opinião do Comitê de Recurso, não suscita tal ponto de direito, é recusada por esse motivo. O Comitê de Recurso apresenta breves motivos para recusar a autorização de recurso, mas não explica sua decisão”.

⁹⁷⁹ O sítio eletrônico da *UK Supreme Court*, em documento intitulado “*A guide to bringing a case do The Supreme Court*” traz a seguinte referência quanto a essa mudança: “The Supreme Court of the United Kingdom was established by Part 3 of the Constitutional Reform Act 2005 and came into being on 1 October 2009. It replaces the House of Lords in its judicial capacity and has assumed the jurisdiction of the House of Lords under the Appellate Jurisdiction Acts 1876 and 1888. The Supreme Court also has jurisdiction in relation to devolution matters⁵ under the Scotland Act 1998, the Northern Ireland Act 1998 and the Government of Wales Act 2006; this was transferred to The Supreme Court from the Judicial Committee of the Privy Council”. Disponível em: <<https://www.supremecourt.uk/docs/a-guide-to-bringing-a-case-to-the-supreme-court.pdf>>. Acesso em: 24 mar. 2018.

⁹⁸⁰ Disponível em: <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/4/contents>>. Acesso em: 24 mar. 2018.

⁹⁸¹ DYMOND, 2009, p. 28.

⁹⁸² Part 3, Rules 25-31.

⁹⁸³ Ibidem, p. 28-29.

any other enactment restricting such an appeal".⁹⁸⁴ O acesso à Suprema Corte continua sujeito a um juízo de admissibilidade do recurso, feito, primeiramente mediante um pedido (*application for permission*) ao Tribunal *a quo*, que pode conceder a permissão ou negar, cabendo, nesse caso, um pedido (*application*) diretamente à Suprema Corte. O juízo de permissão, porém, continua sob a mais completa discricionariedade dos Tribunais de Recursos ou da Suprema Corte, nos termos do *Administration of Justice Act 1960* e de outros que o sucederam como o *Access to Justice Act 1999*⁹⁸⁵. A regra básica continua sendo a importância pública geral, mantida por aquela *Act*. Assim, uma permissão para recorrer à *Supreme Court* só é concedida se a corte inferior certificar que uma questão legal de importância pública geral está envolvida na decisão recorrida e se parecer àquela corte ou à Suprema Corte que tal questão merece ser considerada por esta em um novo julgamento.⁹⁸⁶

A definição dos critérios do que seria uma *general public importance issue*, no entanto, continua a cargo da última instância recursal, mantendo-se, assim, todo o poder discricionário da antiga *House of Lords* na atuação da *Supreme Court of the United Kingdom*, para definir quando e em que hipóteses deve se pronunciar sobre um recurso que lhe seja dirigido. Por fim, importante destacar que não há nenhuma regra que imponha à Suprema Corte externar os motivos pelos quais não concedeu cada permissão, podendo essa decisão limitar-se ao dispositivo denegatório.

⁹⁸⁴ Tradução livre: "O apelo nos termos da subsecção (2) cabe apenas com a permissão do Tribunal de Recurso ou da Suprema Corte; mas está sujeito a provimento sob qualquer outro decreto que restrinja tal recurso".

⁹⁸⁵ Esse *Act* definiu uma série de restrições (*statutory restrictions*) à concessão da *permission to appeal* entre elas, a mais importante é a da *Rule 54(4)* que prescreve que a Suprema Corte não pode conhecer de qualquer recurso contra uma decisão do Tribunal de Recurso que houver recusado a permissão para recorrer ao mesmo Tribunal de Recurso contra decisão de um tribunal inferior. Em outras palavras, quando o Tribunal de Recurso se recusa a dar permissão para que uma parte recorra à Corte de Recurso, então essa decisão não pode ser impugnada no Supremo Tribunal. Nesse sentido: UNITED KINGDOM. **A guide to bringing a case do The Supreme Court**. Registry of The Supreme Court of the United Kingdom, 2009, revised in 2016, p. 5, n. 1.16. Disponível em: <<https://www.supremecourt.uk/docs/a-guide-to-bringing-a-case-to-the-supreme-court.pdf>>. Acesso em: 24 mar. 2018.

⁹⁸⁶ "In cases involving civil contempt of court, an appeal may be brought under section 13 of the Administration of Justice Act 1960. Permission to appeal is required and an application for permission must first be made to the court which heard the original case. If that application is refused, an application for permission may then be made to The Supreme Court. Where the decision of the court below is a decision on appeal under the same section of the same Act, permission to appeal to The Supreme Court is only granted if the court below certifies that a point of law of general public importance is involved in that decision and if it appears to that court or to The Supreme Court that the point is one that ought to be considered by The Supreme Court. Where the court below refuses to grant the certificate required, an application for permission may not then be made to The Supreme Court". UK, 2016, p. 5, n. 1.16.

4.3.5. A importância pública canadense.

Até o Canadá já passou por uma crise recursos em sua *Supreme Court* ou *Cour Suprême*. Segundo a doutrina, até 1974, “a Suprema Corte do Canadá detinha tanto jurisdição obrigatória quanto poder para conceder licença para recorrer em um número determinado de casos”. Como de praxe, em algum tempo, a carga de trabalho se tornou excessiva, o que motivou a criação, em 1960, de uma comissão parlamentar para discutir soluções para o problema. A proposta aprovada em 1974 restringiu a jurisdição recursal da Suprema Corte à concessão licença para recorrer, podendo, para isso, valer-se de discricionariedade para aferir a existência de importância pública da questão em que envolvido o recurso.⁹⁸⁷

Nos termos do texto oficial constante do *site* da Suprema Corte do Canadá a maioria dos recursos examinados pela Corte dependem de uma licença concedida previamente e que se dá se, na opinião do colegiado, o caso envolver uma questão de importância pública ou se ele traz uma questão importante de direito ou que mereça a intervenção da Corte. A Corte concede licença para recorrer com base em sua própria concepção da importância pública que a questão de direito tenha em um dado caso concreto. Com isso, a Corte tem um controle sobre sua pauta de julgamento e é capaz de supervisionar o crescimento e o desenvolvimento da jurisprudência canadense.⁹⁸⁸ O número de *applications for leave to appeal* por ano examinados pela Corte varia entre 500 e 600 por ano e a Corte não fundamenta as decisões que toma em relação a tais petições de permissão.⁹⁸⁹

4.3.6. A licença especial para recorrer na Austrália.

Como ex-colônia britânica, é natural que a Austrália tenha herdado características da *common law*. Daí existir em seu sistema de justiça e de acesso à Corte Superior (*High Court*) um filtro similar aos do *writ of certiorari* estadunidense e à *permission* britânica.

⁹⁸⁷ DANTAS, 2012, p. 136.

⁹⁸⁸ No texto original: “Most appeals are heard by the Court only if leave is first given. Leave to appeal is granted by the Court if, for example, the case involves a question of public importance or if it raises an important issue of law (or an issue of both law and fact) that warrants consideration by the Court. The Court’s decision whether to grant leave to appeal is based on its assessment of the public importance of the legal issues raised in the case in question. The Court thus has control over its docket and is able to supervise the growth and development of Canadian jurisprudence. The majority of applications for leave to appeal are decided by the Court on the basis of written submissions filed by the parties”. Disponível em: <<http://www.scc-csc.ca/court-cour/role-eng.aspx>>. Acesso em: 24 mar. 2018.

⁹⁸⁹ “The Court considers an average of between 500 and 600 applications for leave to appeal each year. The Court generally does not give reasons for its decisions on applications for leave to appeal” (Ibidem).

Desse modo, o recurso à Corte Superior só é nela processado se: i) a própria Corte Superior conceder uma licença especial para recorrer (*special leave to appeal*); ou ii) em se tratando de recursos provenientes das cortes de família, o tribunal *a quo*, em sessão plenária, emitir uma *certification* de que o caso envolve uma questão importante de direito ou de interesse público (*that an important question of law or of public interest is involved*).⁹⁹⁰

Em 1984, a Lei (*Judiciary Amendment Act*) n. 12 conferiu à *High Court* ampla discricionarie-
dade para decidir pela concessão ou pela denegação da licença. Alguns critérios, contudo, foram estabelecidos na Seção 35ª da *Judiciary Principal Act* de 1903, para nortear o exame da Corte sobre a importância pública da questão jurídica debatida, como a decorrente de sua aplicação geral e para além das partes processuais, a necessidade de unificar o entendimento pretoriano ou, ainda, se o interesse da administração da justiça, de modo geral ou apenas no caso particular, demandar o posicionamento da Corte sobre a questão em discussão.⁹⁹¹

A doutrina aponta que, nos mais de 20 anos que a Corte Superior da Austrália tem se valido de sua discricionarie-
dade para concessão da licença especial para recorrer, o critério por ela ado-
tado tem sido o de reconhecer a importância pública da questão jurídica é importante que esteja em discussão a interpretação de princípios, em vez de sua aplicação.⁹⁹²

4.3.7. A criação de um filtro de acesso recursal como medida de superação da crise de jurisdição das Cortes Supremas

Vimos, portanto, que diversos países dos quais o Brasil já buscou e adotou influências jurídicas passaram pelas suas respectivas crises ligadas à quantidade de recursos sob jurisdição de sus Cortes Supremas. Praticamente todos, em algum momento, tiveram que adotar um mecanismo de contenção do acesso das partes litigantes à jurisdição suprema, como meio de propiciar à

⁹⁹⁰ DANTAS, 2012, p. 137.

⁹⁹¹ Eis o que dispõe a referida *Section 35A*: “ In considering whether to grant an application for special leave to appeal to the High Court under this Act or under any other Act, the High Court may have regard to any matters that it considers relevant but shall have regard to: (a) whether the proceedings in which the judgment to which the application relates was pronounced involve a question of law (i) that is of public importance, whether because of its general application or otherwise; or (ii) in respect of which a decision of the High Court, as the final appellate court, is required to resolve differences of opinion between different courts, or within the one court, as to the state of the law; and (b) whether the interests of the administration of justice, either generally or in the particular case, require consideration by the High Court of the judgment to which the application relates” Disponível em: <<https://www.legislation.gov.au/Details/C2016C00836>>. Acesso em: 24 mar. 2018.

⁹⁹² DANTAS, 2012, p. 138.

Corte o desempenho satisfatório de seu papel de interpretação e unificação do direito. Disso podemos concluir que a adoção de um filtro recursal é medida essencial à promoção da entrega da tutela adequada, efetiva e tempestiva do direito objeto, pelos órgãos judiciais com função nomofilática.

A linha central dessa filtragem por outro lado, passa pela outorga à Corte de capacidade e autonomia para selecionar as causas e questões que pretende julgar, mediante critérios que levam em conta, fundamentalmente, a importância do caso ou do tema dentro do próprio ordenamento jurídico e seu alcance para além das partes diretamente interessadas no resultado da causa.

No Brasil, isso não poderia ser diferente. Se diversas foram as tentativas constitucionais e infraconstitucionais anteriores que, de um modo ou de outro, tentaram reduzir a carga de processos para o Supremo Tribunal Federal (sem, contudo, lograr êxito satisfatório), de todo modo, sempre ficou pendente a criação de um instrumento de que, de fato, desse ao STF a autonomia necessária para seleção dos recursos sobre os quais exerceria sua principal função: a guarda da Constituição Federal. Nem mesmo a arguição de relevância – instituto que mais se aproximou desse escopo – pode ser tomado como exemplo de efetividade na libertação da Corte do direito irrestrito de acesso à sua jurisdição.

Daí a necessidade de avançar mais, seguindo os diversos modelos do direito comparado que foram surgindo ao longo do século XX, para em 2004, por intermédio da alteração constitucional promovida pela Emenda Constitucional n. 45 no art. 102, incluindo ali um §3º, instituir o filtro mais amplo do uso do recurso extraordinário e do acesso ao STF que já se criou no Brasil: a repercussão geral. Por meio dela, a Corte Suprema brasileira iniciaria seu processo de auto-gestão jurisdicional constitucional e, mais do que nunca, com capacidade para transformar-se em uma verdadeira Corte de interpretação o texto constitucional de formação de precedentes. Desse instituto cuidaremos no capítulo seguinte.

5. A REPERCUSSÃO GERAL

Com sua importante função de levar ao Supremo Tribunal Federal o conhecimento das causas em que fosse necessário dar proteção e uniformização ao direito objetivo constitucional, o recurso extraordinário logo tornou-se um instrumento de ampla utilização no processo brasileiro. A opção pela importação do modelo norte-americano de controle difuso de constitucionalidade, um federalismo centralizador, com a maior parte da competência legislativa com a União, a natureza analítica de nossas constituições, um país de proporções continentais e a ampliação do acesso à justiça foram fatores que levaram ao aumento do número de demandas que contivessem alguma discussão acerca dos fundamentos constitucionais das decisões judiciais. Isso fez com que todo processo e toda esfera de jurisdição estivessem, *a priori*, aptos a tratar de algum tema constitucional, que, por consequência, traria cabimento para se levar essa mesma discussão por todas as instâncias jurisdicionais, até a última, a cargo do STF, pela via do recurso extraordinário. Essa situação, como vimos, gerou, em diferentes épocas da existência do STF, uma crise numérica de processos naquela Corte Suprema.⁹⁹³

Também vimos que muitos foram os “filtros” e os “óbices” criados para refrear a onda inadmissível de recursos extraordinários no STF, sem, contudo, obter-se uma verdadeira solução do problema, criando apenas medidas paliativas. Com efeito, a doutrina aponta que mudanças legislativas infraconstitucionais, via de regra, não logram êxito em resolver o problema da quantidade de recursos nas Cortes de Vértice, se não houver uma mudança na raiz do direito das partes de ter acesso a tais cortes, o que, nos países de modelagem revisional ou de cassação, normalmente tem assento constitucional⁹⁹⁴. Daí a prática recente, nos países de *civil* e de *common law*, de modificação de seus textos constitucionais e/ou infraconstitucionais, para alterar as normas que preveem o direito de recurso às instâncias extraordinárias, mediante a redução das hipóteses ou de inserção de um instrumento de filtragem desse acesso, pelas próprias Cortes.

⁹⁹³ Nesse sentido: ASSIS, 2017, 12.82.1.4.

⁹⁹⁴ CHIARLONI, Sergio. Um singolare caso di eterogenesi dei fini, irremediabile per via di legge ordinaria: la garanzia costituzionale del ricorso in cassazione contro le sentenze. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al (Coord.). **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais**: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2008, p. 846-903.

Entre nós, na esteira desse tipo de mudança, surgiu a proposta⁹⁹⁵ que culminou na edição da Emenda Constitucional n. 45/04, a qual provocou uma verdadeira “reforma do Poder Judiciário” e que, entre outras tantas mudanças, instituiu, por meio da inclusão do §3º do art. 102 da CF/88, a exigência ao recorrente da demonstração da repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso sobre o qual versasse o recurso extraordinário interposto.⁹⁹⁶ Eis o texto constitucional emendado:

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

O dispositivo constitucional estatuiu que a regulamentação da repercussão geral seria incumbência do legislador, através de lei ordinária, o que em muito diferiu do regramento anterior, que outorgava ao STF a função legislativa em relação à relevância da questão federal.⁹⁹⁷ A regulamentação infraconstitucional do instituto se deu, então, inicialmente, pela Lei n. 11.418, de 20 de dezembro de 2016, que entrou em vigor em 20/02/2017 (art. 5º), acrescentou ao Código de Processo Civil os arts. 543-A e 543-B, que assim dispunham:

Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecurável, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo.

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

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

§ 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal.

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

§ 5º Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

⁹⁹⁵ Sobre a construção legislativa do §3º do art. 102 da CF/88, cf.: DANTAS, 2012, p. 222-227.

⁹⁹⁶ AMARAL NETO, 2013, p. 48.

⁹⁹⁷ *Ibidem*.

§ 6º O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

§ 7º A Súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no Diário Oficial e valerá como acórdão.

Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo.

§ 1º Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte.

§ 2º Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos.

§ 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.

§ 4º Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada.

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

A repercussão geral, no entanto, somente começou a ser aplicada como filtro recursal a partir do cumprimento do disposto no §5º do art. 543-B, com a sua regulamentação no âmbito infra-legal do Regimento Interno do STF, por meio da Emenda Regimental n. 21, de 30 de abril de 2007⁹⁹⁸, publicada em 03/05/2017 (data em que passou a ser exigida nas peças recursais cf. QO 664.567/RS⁹⁹⁹), seguida das Emendas Regimentais n. 22/2007, 23/2008, 27/2008, 31/2009, 41/2010, 42/2010, 47/2012 e 49/2014.¹⁰⁰⁰

⁹⁹⁸ Cf. FRANCISCO, 2011, p. 26.

⁹⁹⁹ “[...]4. Assim sendo, a exigência da demonstração formal e fundamentada, no recurso extraordinário, da repercussão geral das questões constitucionais discutidas só incide quando a intimação do acórdão recorrido tenha ocorrido a partir de 03 de maio de 2007, data da publicação da Emenda Regimental n. 21, de 30 de abril de 2007” (AI 664567 QO, Relator(a): Min.. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 18/06/2007, DJe-096 DIVULG 05-09-2007 PUBLIC 06-09-2007).

¹⁰⁰⁰ Os textos completos das Emendas Regimentais podem ser conferidos em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=regulamentacao>>. Acesso em: 24 mar. 2018.

Finalmente, com o advento do novo Código de Processo Civil, por meio da Lei n.13.105, de 16 de março de 2015, e, posteriormente, com a Lei n. 13.256/16, a repercussão geral ganhou os seguintes contornos legais principais (contando ainda com as disposições dos arts. 979, §3º; 987, §1º; 988, §5º, II; 998, parágrafo único; 1.032; 1.039, parágrafo único; e 1.042, *caput* e §2º):

Art. 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, que deverá:

I – negar seguimento:

a) a recurso extraordinário que discuta questão constitucional à qual o Supremo Tribunal Federal não tenha reconhecido a existência de repercussão geral ou a recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de repercussão geral;

b) a recurso extraordinário ou a recurso especial interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, exarado no regime de julgamento de recursos repetitivos;

II – encaminhar o processo ao órgão julgador para realização do juízo de retratação, se o acórdão recorrido divergir do entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça exarado, conforme o caso, nos regimes de repercussão geral ou de recursos repetitivos;

III – sobrestar o recurso que versar sobre controvérsia de caráter repetitivo ainda não decidida pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme se trate de matéria constitucional ou infraconstitucional;

IV – selecionar o recurso como representativo de controvérsia constitucional ou infraconstitucional, nos termos do § 6º do art. 1.036;

V – realizar o juízo de admissibilidade e, se positivo, remeter o feito ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça, desde que:

a) o recurso ainda não tenha sido submetido ao regime de repercussão geral ou de julgamento de recursos repetitivos;

b) o recurso tenha sido selecionado como representativo da controvérsia; ou

c) o tribunal recorrido tenha refutado o juízo de retratação.

§ 1º Da decisão de inadmissibilidade proferida com fundamento no inciso V caberá agravo ao tribunal superior, nos termos do art. 1.042.

§ 2º Da decisão proferida com fundamento nos incisos I e III caberá agravo interno, nos termos do art. 1.021. (Incluído pela Lei nº 13.256, de 2016)

Art. 1.035. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo.

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

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

§ 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar acórdão que:

I - contrarie súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal;

II – (Revogado);

III - tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal, nos termos do art. 97 da Constituição Federal.

§ 4º O relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

§ 5º Reconhecida a repercussão geral, o relator no Supremo Tribunal Federal determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional.

§ 6º O interessado pode requerer, ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal de origem, que exclua da decisão de sobrestamento e inadmita o recurso extraordinário que tenha sido interposto intempestivamente, tendo o recorrente o prazo de 5 (cinco) dias para manifestar-se sobre esse requerimento.

§ 7º Da decisão que indeferir o requerimento referido no § 6º ou que aplicar entendimento firmado em regime de repercussão geral ou em julgamento de recursos repetitivos caberá agravo interno. (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência)

§ 8º Negada a repercussão geral, o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos extraordinários sobrestados na origem que versem sobre matéria idêntica.

§ 9º O recurso que tiver a repercussão geral reconhecida deverá ser julgado no prazo de 1 (um) ano e terá preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus.

§ 10. (Revogado).

§ 11. A súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no diário oficial e valerá como acórdão.

5.1. ASPECTOS CONCEITUAIS

Nos tópicos seguintes trataremos da definição da repercussão geral, de sua natureza jurídica e de sua função em relação ao papel do Supremo Tribunal Federal no controle difuso de constitucionalidade.

5.1.1. Definição

Sob o aspecto puramente semântico do texto constitucional há como extrair da expressão “repercussão geral” o sentido de algo que ultrapasse o campo individual dos efeitos do recurso, ou melhor, da decisão que o julga. O verbo “repercutir” significa reproduzir, refletir, reverberar, ecoar, dar nova direção, transmitir ou fazer sentir indiretamente a ação, a influência ou os efeitos de algo¹⁰⁰¹. O vocábulo “geral”, por sua vez, dá o tom da pluralidade, da coletividade ou da ultrapassagem dos limites individuais ou restritos para a esfera comum, total ou universal.¹⁰⁰²

Conjugados esses termos e contextualizando-os no mundo jurídico e, mais especificamente, no âmbito do recurso extraordinário, pode-se extrair, sob um aspecto ainda singelo, o sentido de transmissão dos efeitos da decisão do recurso e da questão constitucional controvertida para além dos limites subjetivos e objetivos do processo em que discutida¹⁰⁰³; vale dizer, repercussão geral se oporia, portanto, à tradicional produção de efeitos da decisão judicial às partes processuais e ao caso julgado, passando a servir, também, de parâmetro para os casos semelhantes de outros litígios envolvendo a mesma questão constitucional¹⁰⁰⁴. Somente com essa potencialidade de repercutir seus efeitos para além dos limites da causa é que as questões constitucionais debatidas poderiam ser objeto de recurso extraordinário.

No âmbito de sua significação jurídica, contudo, a repercussão geral é considerada um “conceito vago, indeterminado, plurívoco ou polissêmico”¹⁰⁰⁵, tipo de técnica legislativa cujo uso se difundia nos ordenamentos jurídicos mais modernos da época em que editada a EC n. 45/05

¹⁰⁰¹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p. 1487. Conf. também: BUENO, Francisco da Silveira. **Dicionário escolar da língua portuguesa**. 10ª ed. Rio de Janeiro, Fename, 1976, p. 1159; DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. Vol. II. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 141.

¹⁰⁰² FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Minidicionário da língua portuguesa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, p. 272.

¹⁰⁰³ AMARAL NETO, 2013, p. 51.

¹⁰⁰⁴ Tal eficácia das decisões proferidas em sede de recurso extraordinário com repercussão geral é, aliás, a disciplinada pelo CPC/15, em especial pelas prescrições dos seguintes dispositivos: art. 489, §1º, inc. VI; art. 927, inc. III; art. 1.030, inc. I, a, inc. II; art. 1.035, §§ 5º e 8º; art. 1.037, inc. II; art. 1.039; art. 1.040, incs. I a IV; art. 1.041 entre outros.

¹⁰⁰⁵ MANCUSO, 2010, p. 187; AMARAL NETO, 2013, p. 50.

e cuja justificativa residiria “no aumento da complexidade social havido nos últimos séculos, que impossibilitou aos códigos cumprirem, sozinhos e detalhadamente, a missão de regular todas as ricas e diversificadas hipóteses geradoras de lide”. Como vimos, a passagem do Estado Legislativo para o Estado Constitucional veio acompanhada desse tipo de filosofia, a partir da qual “passaram a ser inseridos conceitos vagos nas legislações exatamente para que, por meio deste, as demais fontes do direito pudessem de forma operativamente eficaz, complementar o texto legal e possibilitar interpretar-se o sentido do conceito vago de forma adequada a cada caso concreto”.¹⁰⁰⁶

O uso de um conceito jurídico indeterminado, ligado à admissibilidade de acesso recursal à Corte Suprema, parece, também, estar relacionado à própria ideia de dar à Corte autonomia e controle de sua própria atividade judicante, como vimos acima.¹⁰⁰⁷ Acaso o conceito de repercussão geral fosse muito rígido, acabaria por se converter em apenas mais um filtro recursal comum – como os já existentes requisitos específicos de admissibilidade do recurso extraordinário e os demais óbices legislativos ou jurisprudenciais de acesso ao STF – sem dar ao Tribunal o controle de sua própria atividade, algo apontado como inerente ao papel das Cortes Supremas.¹⁰⁰⁸ Foi proposital, portanto, deixar o conceito em aberto e relegar suas eventuais minúcias ao legislador ordinário e deste para o Supremo Tribunal Federal.¹⁰⁰⁹

De qualquer forma, o texto constitucional parece dar azo ao menos à ideia de transcendência do provimento judicial que se almeja obter do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do recurso extraordinário. Isto é, o resultado do julgamento do recurso há que ter o potencial de irradiar seus efeitos, indiretamente, para além das partes litigantes, de modo a alcançar uma parcela significativa de um grupo de pessoas, caso contrário não possuirá repercussão geral.¹⁰¹⁰ De certo, porém, que esse “ir além” do interesse das partes litigantes já era uma característica dos próprios recursos excepcionais, entre os quais se insere o recurso extraordinário, e noção

¹⁰⁰⁶ LAMY, Eduardo de Avelar. Repercussão geral no recurso extraordinário: a volta da arguição de relevância? In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). **Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional 45/2004**. São Paulo: RT, 2005, p. 175.

¹⁰⁰⁷ Nesse sentido, cf. MATOS, 2014, p. 82-85. Cf. também o tópico 2.3.3.

¹⁰⁰⁸ MITIDIERO, 2017, p. 113-115.

¹⁰⁰⁹ BARROSO, 2012, p. 135. Cf. também MATOS, 2014, p. 83.

¹⁰¹⁰ MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 43-44.

da qual se tira hoje a ideia de objetivação desse tipo de recurso.¹⁰¹¹ Sendo os recursos excepcionais vocacionados à tutela do direito objetivo, o direito subjetivo da parte seria tutelado apenas secundariamente, isto é, como efeito da correção da aplicação da lei ao caso concreto.¹⁰¹² Daí a necessidade de requisitos especiais de admissibilidade desse tipo de recurso, que tornam a sua fundamentação vinculada à existência de certos vícios da decisão recorrida ligados, por sua vez, à incorreta aplicação do direito e não à injustiça da decisão.¹⁰¹³ Isso nos permitiria questionar o que a repercussão geral acrescentou à disciplina do recurso extraordinário – enquanto espécie de recurso excepcional que tutela o direito objetivo – que não se tinha antes.

Note-se que a “transcendência” ou “objetivação” no regime anterior à repercussão geral era tomada em abstrato e presumida a partir da simples alegação do recorrente: alegada a violação à lei constitucional, o recurso era cabível; a existência ou não de violação era questão de mérito. O controle da objetivação do direito era feito a partir das hipóteses de seu cabimento vinculadas basicamente à violação de alguma norma constitucional, da qual bastava a alegação, nos fundamentos do recurso, de ocorrência na decisão recorrida. Acreditava-se, ainda, sob a lógica do controle da atividade judicial amplo como forma de uniformização da jurisprudência, que quanto mais decisões judiciais analisadas, maiores as chances de se efetivar essa uniformidade e a objetivação do direito.¹⁰¹⁴ Se o caso concreto tinha ou não a efetiva potencialidade para servir de parâmetro a essa objetivação, era algo que escapava à preocupação do legislador e ao juízo da Corte. O que estava em primeiro plano, ainda que não fosse o direito subjetivo da parte ao provimento justo, era um outro direito subjetivo seu: o de obter o pronunciamento da Corte sobre sua alegação de violação à lei constitucional, em clara ascendência do *ius litigatoris*.¹⁰¹⁵

Na vigência da repercussão geral, porém, a simples alegação de violação à Constituição Federal não é suficiente à admissão do recurso. Cabe à parte demonstrar e ao STF aferir, antes de mais nada, se o julgamento daquele caso concreto servirá de meio necessário, suficiente e adequado ao desempenho, pelo Tribunal, de sua função de unificação e desenvolvimento do direito constitucional objetivo.¹⁰¹⁶ Isto é, se o provimento do recurso – ou mesmo o seu não provimento, mas de qualquer forma o seu julgamento – irá, de fato e concretamente, gerar efeitos indiretos na vida de outras pessoas, além do recorrente e do recorrido, mesmo que esses efeitos sejam

¹⁰¹¹ MANCUSO, 2010, p. 189; MENDES; BRANCO, 2015, p. 989 e ss.

¹⁰¹² JORGE, 2013, p. 47-48.

¹⁰¹³ Ibidem.

¹⁰¹⁴ Cf. tópicos 2.3.1 e 2.3.2.

¹⁰¹⁵ Ibidem.

¹⁰¹⁶ Cf. tópico 2.3.3.

limitados à definição de sentido (interpretação) de determinada norma constitucional.¹⁰¹⁷ Essa diferença pode ser muito bem sentida, comparando-se o recurso extraordinário com repercussão geral com a atual disciplina do recurso especial, que ainda não conta com uma mesma espécie de filtro recursal¹⁰¹⁸. Nos recursos especiais, alegada a violação à lei federal, o recurso necessariamente tem de ser admitido (e o seu não provimento posterior, por ausência da efetiva violação, não muda esse fato), presumindo-se que, com seu julgamento, estar-se-á mais próximo da objetividade do direito federal, ainda que o caso trate de um direito particularíssimo e sem nenhuma amplitude potencial para além das partes. Não há, por falta de previsão normativa¹⁰¹⁹, qualquer mecanismo que permita ao Superior Tribunal de Justiça analisar se dado caso concreto e o seu julgamento, com a análise da aplicação do direito à espécie, irá, de fato, contribuir em alguma medida maior, para a unificação e para o desenvolvimento do direito.

Para parte da doutrina, a transcendência dos efeitos indiretos do julgamento do recurso seria o único aspecto a ser analisado para o reconhecimento da existência de repercussão geral, não havendo que se falar em relevância das questões constitucionais em debate no RE, por faltar ao texto constitucional elementos que permitam incluir essa acepção ao instituto.¹⁰²⁰ No entanto, outra parte inclui a relevância também como aspecto de análise da repercussão geral do RE. Para essa linha, a repercussão geral pressupõe um binômio que conjuga relevância e transcendência.¹⁰²¹ Nesse sentido, “a questão debatida tem de ser relevante do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, além de transcender para além do interesse subjetivo das partes na

¹⁰¹⁷ Cf. tópico 2.3.3.

¹⁰¹⁸ Existe proposta de emenda à Constituição, PEC 209/2012, de autoria dos deputados federais Rose de Freitas - PMDB/ES e Luiz Pitiman - PMDB/DF, para inserção do §1º do art. 105 da CF/88 e criação do instituto da “relevância da questão federa”, nos seguintes termos: “No recurso especial, o recorrente deverá demonstrar a relevância das questões de direito federal infraconstitucional discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços dos membros do órgão competente para o julgamento”. O projeto foi aprovado na Câmara dos Deputados, em 15.03.2017, e se encontra, atualmente, no Senado Federal. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichade-tramitacao?idProposicao=553947>>. Acesso em: 24 mar. 2018.

¹⁰¹⁹ Entendendo pela imprescindibilidade de introdução de um filtro recursal do recurso especial, semelhante à repercussão geral, para que o STJ analise a relevância e transcendência da questão federal discutida: MITIDIERO, 2017, p. 114.

¹⁰²⁰ Nesse sentido: DANTAS, 2012, p. 261-262: “a relevância da questão debatida deve ser vir de parâmetro subsidiário nos casos em que o *grupo social relevante* for uma *minoria*, ou quando se estiver diante de dano regional ou local” (grifos do autor).

¹⁰²¹ AMARAL NETO, 2013, p. 50; MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 65.

causa”¹⁰²². Em outras palavras, para que a questão constitucional objeto do recurso extraordinário alcance o nível exigido de repercussão geral ela tem de contribuir “para a persecução da unidade do Direito no Estado Constitucional brasileiro, compatibilizando ou desenvolvendo soluções de problemas de ordem constitucional”¹⁰²³. Presente o binômio da transcendência e da relevância, caracterizada estará a repercussão geral da controvérsia objeto do recurso extraordinário.

A regulamentação legal do instituto, inicialmente, pela Lei n. 11.418/06 não deixou dúvidas quanto à opção do legislador ordinário pelo critério ambivalente da repercussão geral, tanto pela relevância quanto pela transcendência. É o que se extraía do texto do art. 543-A, §1º, do CPC/73: “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”. Conteúdo exatamente idêntico foi mantido no CPC/15, art. 1.035, §1º, como acima reproduzimos.¹⁰²⁴

Vale destacar que a prerrogativa do legislador ordinário de regulamentar o instituto da repercussão geral é dada pela própria norma constitucional (art. 102, §3º), ao usar a expressão “nos termos da lei”, de modo que os parâmetros do instituto podem mesmo ser definidos infraconstitucionalmente, desde que não contrários à sua finalidade essencial de filtro recursal e de instrumento de autonomia da Corte Suprema e aprimoramento e unidade do direito constitucional. Assim, pensamos ser impróprio pensar a relevância como “parâmetro subsidiário nos casos em que o grupo social relevante for uma minoria, ou quando se estiver diante de dano regional ou local”.¹⁰²⁵ Assim, se a expressão constitucional da repercussão geral se limitava à transcendência dos efeitos indiretos do julgamento do recurso extraordinário pelo STF, a lei ordinária não deixou dúvidas quanto à existência de um segundo pressuposto, qual seja, a relevância da questão debatida do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico.

¹⁰²² MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 40.

¹⁰²³ *Ibidem*.

¹⁰²⁴ O mesmo texto também foi adotado no RISTF, a partir da Emenda Regimental n. 22/2007, que alterou o art. 332, parágrafo único, do referido instrumento normativo. Vale, porém, ressaltar que, na vigência da arguição de relevância, o critério adotado já era bem parecido, consoante disposição do art. 327, §1º, do RISTF, assim redigido: “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” - incluído pela Emenda Regimental n. 2, de 4 de dezembro de 1985

¹⁰²⁵ DANTAS, 2012, p. 262.

A literalidade do texto constitucional, portanto, na linha da teoria de Karl Engisch¹⁰²⁶, proporciona um núcleo conceitual que evidencia que não bastará, para a existência de repercussão geral, que as questões constitucionais discutidas na lide sejam do interesse exclusivo das partes processuais. De outro lado, o halo conceitual do instituto, quanto ao pressuposto da transcendência, estaria nas indagações acerca do tipo de impacto indireto que é esperado para sua caracterização, bem como sobre qual espectro de pessoas atingidas se pode dizer que tal impacto é geral.¹⁰²⁷ Mas é no âmbito da relevância econômica, política, social ou jurídica da questão constitucional que o grau de indeterminação é mais alto, motivo pelo qual se faz necessário perquirir a que tipos de situações esses critérios dizem respeito.

5.1.1.1. *Crêterios econômico, político, social e jurídico*

Se “repercussão geral”   um conceito jurídico indeterminado, a sua defini o legal, atualmente no art. 1.035,  1 , com referência   relevância econômica, política, social ou jurídica da questão, também se vale desse tipo de elemento normativo¹⁰²⁸, deixando em aberto a defini o do que caracteriza o instituto.¹⁰²⁹ A utiliza o de conceitos jurídicos indeterminados na conceitua o de um já vago termo jurídico leva a doutrina a afirmar “a caracteriza o da relevância e transcendência da questão debatida como algo a ser aquilatado em concreto, nesse ou a partir desse ou daquele caso apresentado ao Supremo Tribunal Federal”.¹⁰³⁰ Em outras palavras,   o próprio STF quem preencher , com seus julgamentos, o cont do da norma legal que trata da relevância econômica, política, social ou jurídica da questão constitucional¹⁰³¹.

¹⁰²⁶ Para Engisch, o núcleo conceitual   o domínio onde se tem uma no o clara do cont do e da extensão da norma; já a o halo conceitual   a região onde as dúvidas começam, pois a constru o do seu sentido depende de elevada dose de juízo valorativo (ENGISCH, 1996, p. 209)

¹⁰²⁷ DANTAS, 2012, p. 247.

¹⁰²⁸ Vale ressaltar a singela diferença entre essa defini o legal de repercussão geral da questão constitucional e a defini o regimental da relevância da questão federal, que incluía a moral como identificador da relevância (RISTF, art. 327,   1 ). De se notar a supressão dos “aspectos morais”, já que, embora a moral possa servir de inspira o ao direito, não tem o condão de sobrepô-lo, nem com ele se confunde (KELSEN, 1986, p. 181-183).

¹⁰²⁹ NUNES, Bárbara Vieira. Ensaio sobre a repercussão geral. In: AMARAL JÚNIOR, Aluisio Gurgel; SILVA, Maria de Fátima Neves da (Org.). **Recursos especial e extraordinário no novo Código de Processo Civil**: estudos em homenagem ao Prof. Dr. José de Albuquerque Rocha. Fortaleza: TJCE, 2013, p. 100.

¹⁰³⁰ MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 40. No mesmo sentido: DIDIER JR.; CUNHA, 2014, vol. 3, p. 333.

¹⁰³¹ Em sentido semelhante: TUCCI, José Rogério Cruz e. Anota es sobre a repercussão geral como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário: lei 11.418/08. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, n. 16, jan/fev, 2007, p. 20.

Isso não significa que haja uma discricionariedade total por parte do STF para definir os contornos do que seria relevante e transcendente o suficiente para a definição da repercussão geral.¹⁰³² Com efeito, algumas balizas já foram dadas pelo legislador ordinário. Outras decorrerão do preenchimento do conceito indeterminado pelas próprias questões fático-jurídicas julgadas pelo STF, em regime de repercussão geral, os quais passarão a integrar o conceito normativo¹⁰³³ e vincular o próprio Supremo (vinculação horizontal) para obrigá-lo a manter sua jurisprudência estável, íntegra e coerente, nos termos do art. 926 do CPC.¹⁰³⁴ Em outras palavras, em que pese a inicial amplitude de conceituação dos termos e detalhes dos elementos de relevância e transcendência, por parte do STF, seus próprios pronunciamentos vão, de um lado, diminuir essa amplitude gradativamente e, de outro, aumentar o grau de objetividade do conceito.¹⁰³⁵ Afora isso, sempre haverá o controle social da atividade da Corte, pelas partes e pelos demais interessados na interpretação, definição e aprimoramento das normas constitucionais (a sociedade, de maneira geral), de forma a constranger o STF a seguir seus próprios precedentes ou a alterá-los, no que se refere à conceituação e à delimitação dos aspectos da repercussão geral.¹⁰³⁶ Também não se pode excluir a possibilidade de o legislador, futuramente, detalhar mais tais critérios, mediante alterações legislativas.

Essa ampla margem de definição dos contornos do instituto tampouco impede (ao contrário, deve incentivar) a doutrina de tentar traçar alguns parâmetros para a definição do que seriam questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, para efeito de caracterização da repercussão geral.¹⁰³⁷

Nesse sentido, seriam questões relevantes, segundo exemplos da doutrina, do ponto de vista econômico, as que envolvam o sistema financeiro, como em caso de alteração de critérios de correção monetária, ou que simplesmente versem sobre um montante muito alto de valor pecuniário; político, os litígios que tratem de definição de escolha ou ocupação de cargos importante da República ou em que figurem organismo internacional ou que alterem a política econômica ou alguma diretriz governamental; jurídico, as causas que versem sobre direitos básicos, como a proteção ao direito adquirido, ou que contrariem a jurisprudência dominante do STF ou em

¹⁰³² MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 41-42. DANTAS, 2012, p. 245-246.

¹⁰³³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Regras de experiência e conceitos indeterminados. **Revista Forense**, n. 261, jan-mar. 1978, 261/15.

¹⁰³⁴ “Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

¹⁰³⁵ BARROSO, 2012, p. 139-140.

¹⁰³⁶ MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 42, nota 28.

¹⁰³⁷ Para um interessante panorama daquilo que o STF julgou relevante sob os pontos de vista econômico, político, social e jurídico, a partir das suas decisões sobre os temas apresentados, cf. MADRUGA, 2015, p. 130-138.

razão da contribuição para a organização do direito; social, nos processos envolvendo direitos sociais, como a moradia, ou serviços sociais, como a assistência social. Vale ressaltar que, muitas vezes, a questão será relevante por mais de um desses critérios.¹⁰³⁸

Note-se que esses critérios dizem muito pouco sobre as questões constitucionais criminais e sua eventual repercussão geral. Em verdade, a questão é se essa definição – pertinente para o cível – teria alguma aplicabilidade no âmbito penal.¹⁰³⁹ Do ponto de vista econômico, poderia se dizer que o valor do prejuízo, por exemplo, em crimes patrimoniais, definiria a relevância do objeto do recurso? Nesse caso, os recursos relativos a casos de crimes de furto (em regra de pequenos valores) seriam automaticamente tidos como carentes de repercussão geral? E se o recurso envolvesse uma garantia fundamental violada em um processo penal com esse tipo de acusação, essa violação seria mantida, simplesmente em razão do valor da *res furtiva*? Sob o aspecto político, teriam repercussão geral os crimes praticados pelos representantes eleitos para os altos cargos políticos e não teriam, por exemplo, os praticados por um vereador de um município com vinte mil habitantes? No que se refere à relevância social, sendo a *ultima ratio*¹⁰⁴⁰ sancionatória à transgressão das regras de convívio social, como um fato típico, antijurídico e culpável poderia ser considerado, ao mesmo tempo, crime e um fato sem relevância social? Ainda no mesmo critério, como um crime pode ser de interesse público, a ponto de somente poder ser processado em ação penal pública, e, em recurso extraordinário, ser considerado irrelevante. Finalmente, no campo jurídico, se a maior parte das disposições constitucionais relacionadas ao direito penal e processual penal estão no rol das garantias fundamentais individuais (art. 5º) ou no campo da atuação estatal vinculada (art. 129, I), como alguma delas pode ser considerada irrelevante?

Percebe-se, portanto, o quanto é curioso e necessário perquirir o que o STF, como soberano na definição desses critérios, por proposital abertura do legislador, tem entendido como exemplo de repercussão geral no âmbito criminal, do que cuidaremos no próximo capítulo do presente trabalho a partir do exame pontual de cada caso julgado nesse regime pela Corte.

¹⁰³⁸ ASSIS, 2017, 12.82.1.4.4; GOMES JUNIOR, 2005, p. 91; NUNES, 2013, p. 101.

¹⁰³⁹ LIMA, M.P., 2016, p. 1318.

¹⁰⁴⁰ BITENCOURT, 2012, p. 48; NUCCI, 2015b, p. 25-26; MIRABETE,

5.1.1.2. *Crêterios legais objetivos de presun o de repercussão geral*

Ao lado dos conceitos jurídicos indeterminados relativos   relevância política, econômica, social e jurídica, para caracteriza o da repercussão geral, o legislador ordinário, definiu outros critérios positivos bastante objetivos de existência presumida de transcendência e relev ncia¹⁰⁴¹. São eles os previstos no art. 1.035,  3 : contrariedade do acórdão recorrido a súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal; e o reconhecimento no acórdão recorrido da inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal, nos termos do art. 97 da Constitui o Federal.¹⁰⁴² Outro critério legal de presun o da repercussão geral está previsto no art. 987,   1 , relativamente ao recurso extraordinário interposto no incidente de resolu o de demandas repetitivas.¹⁰⁴³ Trata-se, segundo a doutrina, de presun o absoluta¹⁰⁴⁴ ou *in re ipsa* de repercussão geral¹⁰⁴⁵ e cujo desiderato evidente “está em se prestigiar a força normativa da Constitui o, encarnada que está, nessa senda, na observância das decisões do STF a respeito da mais adequada interpreta o constitucional” além do “fito de perseguir a unidade do direito via compatibiliza o vertical das decisões”¹⁰⁴⁶. A não observância das decisões do STF obviamente debilita a força normativa da Constitui o, o que já indica, desde logo, a relevância e a transcendência da questão levantada no recurso extraordinário interposto reclamando a adequa o da decisão ao posicionamento do STF. Importa que a Constitui o seja concretizada de modo que a todos interessa essa fiel observa o.

De plano, percebe-se que o CPC atual aumentou as hipóteses de presun o legal de repercussão geral, em rela o ao regramento anterior (art. 543-A,  3 ), que a previa apenas na hipótese de o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal (atual disposi o do art. 1.035,  3 , I). Hoje, a declara o incidental de inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, pelo juízo *a quo*, e o acórdão proferido em incidente de resolu o de demandas repetitivas também se revestem de repercussão geral automática. Tais presun es, se

¹⁰⁴¹ ASSIS, 2017, 12.82.1.4.2.

¹⁰⁴² Semelhante previsão já constava do art. 543-A do CPC/73 (“Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante”) e do RISTF, desde 2010 (por força da Emenda Regimental n. 42/2010), em seu art. 323,   2 : “Tal procedimento não terá lugar, quando o recurso versar questão cuja repercussão já houver sido reconhecida pelo Tribunal, ou quando impugnar decisão contrária a súmula ou a jurisprudência dominante, casos em que se presume a existência de repercussão geral”.

¹⁰⁴³ “O recurso tem efeito suspensivo, presumindo-se a repercussão geral de questão constitucional eventualmente discutida”.

¹⁰⁴⁴ NUNES, 2013, p. 100.

¹⁰⁴⁵ MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recursos e a es autônomas de impugna o**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 228.

¹⁰⁴⁶ SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2015, p. 7320-7322.

de um lado, reforçam o papel unificador da interpretação das normas constitucionais pelo STF, para o prevalecimento de seus precedentes, e a presteza, igualdade e justiça dos provimentos judiciais, nos julgamentos em bloco; de outro, mantém, ainda, certo aspecto de controle da atividade judicial, relativa ao controle difuso de constitucionalidade (controle sobre o controle¹⁰⁴⁷) e, sem dúvida, retira-lhe parte da autonomia idealizada para as Cortes Supremas. Como os casos de aplicação da presunção legal de repercussão geral não são a maioria, cremos, de todo modo, não haver relevante comprometimento do escopo do instituto na filtragem de recursos e do acesso à Corte, já que as hipóteses de seleção de casos pelo STF, segundo seu exclusivo juízo de relevância e transcendência, são muito mais numerosos.

Há quem advogue que o legislador ordinário pode prever hipóteses legais de existência de repercussão geral – como nos casos da do art. 1.035, §3º, do CPC – mas que o mesmo legislador não pode, por lei ordinária, estabelecer hipóteses de presumida ausência de repercussão geral, ao fundamento de “a presunção legal não poderia se sobrepor ao quórum prudencial previsto constitucionalmente”.¹⁰⁴⁸ Essa posição, aliás, foi a adotada pelo STF no julgamento da Questão de Ordem no Recurso Extraordinário n. 565.305, em que a Ministra Carmen Lúcia propôs que se entendesse que os recursos que atacassem acórdão que estivesse em conformidade com súmula ou jurisprudência dominante do STF tivessem presumida a ausência de repercussão geral. A proposta da ministra restou vencida, por entender o Tribunal, em julgamento realizado em 20/03/2008, que o quórum mínimo de 2/3 exigido pela Constituição seria óbice para a rejeição liminar e monocrática da repercussão geral. Por conta disso, existiria a possibilidade de se estabelecer presunções de existência da RG, mas jamais presunções de ausência da mesma. Estabeleceu-se que o relator até poderia rejeitar o RE, julgando monocraticamente o mérito do recurso, com base em contrariedade a súmula ou jurisprudência dominante, mas isso não significaria dizer que não existiria repercussão geral na matéria aventada.¹⁰⁴⁹

Todos esses critérios, embora tragam presunção de repercussão geral, não eximem o recorrente de argui-la em preliminar formal, sob pena de não admissão do recurso.¹⁰⁵⁰ O que tais disposições trazem é uma redução do ônus argumentativo do recorrente, ao qual basta demonstrar a

¹⁰⁴⁷ Cf. tópico 2.3.2.

¹⁰⁴⁸ DANTAS, 2012, p. 234.

¹⁰⁴⁹ MADRUGA, 2015, p. 96-97

¹⁰⁵⁰ Nesse sentido: MEDINA; WAMBIER, 2008, p. 228. Sobre o tema, cf. tópico 5.3.1, abaixo.

contrariedade da decisão recorrida à súmula ou jurisprudência dominante do STF ou que o recurso foi interposto em um incidente de resolução de demandas repetitivas ou que o tribunal *quo* declarou a inconstitucionalidade de lei federal ou tratado internacional. Segundo a doutrina, o estabelecimento de critério objetivos de presunção de repercussão geral, nesses casos, coaduna-se com o papel do STF de uniformizar a interpretação da Constituição e com o caráter vinculante dessa interpretação sobre os tribunais e os entes públicos da administração, de modo que decisões contrárias ao seu entendimento não podem ser mantidas¹⁰⁵¹, já que “[a] não observância das decisões do STF obviamente debilita a força normativa da Constituição, o que já indica, desde logo, a relevância e a transcendência da questão levantada no recurso extraordinário interposto reclamando a adequação da decisão ao posicionamento do STF”.¹⁰⁵² Vale ressaltar, por fim, que nos casos de presunção legal de repercussão geral, não se adota o procedimento de votação no Plenário Virtual, consoante previsão contida no art. 323, §2º do RISTF, como veremos mais adiante.¹⁰⁵³

5.1.2. Natureza jurídica

Quanto à natureza jurídica¹⁰⁵⁴, a conclusão da doutrina é a de que a EC nº 45/04, ao acrescentar o §3º ao art. 102 da Constituição Federal e passar a exigir do recorrente a demonstração da repercussão geral da questão constitucional discutida no caso, criou mais um requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, ou, ao menos, um novo pressuposto de admissibilidade ligado ao requisito intrínseco do cabimento do recurso extraordinário.¹⁰⁵⁵ Seja como for, a repercussão geral indiscutivelmente aprimorou e restringiu a admissibilidade do apelo extremo,

¹⁰⁵¹ AMARAL NETO, 2013, p. 51.

¹⁰⁵² SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2015, p. 7320-7322.

¹⁰⁵³ Cf. tópico 5.3.4, abaixo.

¹⁰⁵⁴ Segundo Maria Helena Diniz (**Dicionário jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998, vol. II), natureza jurídica diz respeito ao “significado último dos institutos jurídicos” e representa a “afinidade que um instituto jurídico tem em diversos pontos, com uma grande categoria jurídica, podendo nela ser incluída a título de classificação”. Nas palavras de Édila L. S. Ribeiro (2014, p. 32), “equivale a identificar a posição de uma determinada instituição no universo do Direito”, sendo isso relevante para “solucionar, mediante as espécies de normas que as regulamentam, problemas relativos à constitucionalidade, interpretação, preenchimento de lacunas, resolução de antinomias, atividades classificatórias e sistematização”.

¹⁰⁵⁵ Nesse sentido: MORAES, A., 2009, p. 588; NOVELINO, 2014, p. 901 e 912; DANTAS, 2012, p. 227-228. Segundo o autor: “A natureza jurídica do instituto da repercussão geral, segundo nos parece, é de pressuposto específico de cabimento do recurso extraordinário, de modo que, embora dotado de peculiaridades, se insere no juízo de admissibilidade desse recurso”; PAULO; ALEXANDRINO, 2014, p. 820; ASSIS, 2017, 12.82.1.4.3; TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 9ª ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 1142; AVENA, Norberto. **Processo penal esquematizado**. 6ª ed. São Paulo: Método, 2014, p.1275; LENZA, 2015, p. 872; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 39; NUNES, 2013, p. 98; MATOS, 2014, p. 75; FRANCISCO, 2011, p. 49 e 82-83; RIBEIRO, 2014, p. 56; MADRUGA, 2015, p. 66.

na medida em que todos os recursos extraordinários dirigidos ao Supremo Tribunal Federal têm de apresentar repercussão geral, sob pena de não conhecimento.

A primeira referência para essa conclusão consta do próprio texto do §3º do art. 102 da Constituição Federal, quando menciona que o recorrente deve demonstrar a existência de repercussão geral “a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso”. O emprego do termo “admissão”, de plano, evidencia o nítido caráter de requisito de admissibilidade do recurso dado ao instituto da repercussão geral, já que “se a questão gira em torno da admissibilidade do RE, o instituto que ensejará tal juízo só pode se enquadrar como requisito de admissibilidade autônomo ou pressuposto de algum requisito de admissibilidade existente, conforme se extrai facilmente da teoria geral dos recursos”.¹⁰⁵⁶ De todo modo, mesmo que o texto constitucional não fosse tão expreso, a natureza do instituto ressaltaria da sua própria teleologia de filtragem dos recursos extraordinário ao STF, sem o que não alcançaria o seu desiderato restritivo. Isso porque, como afirma a doutrina, “sendo instituto inescandível e flagrantemente voltado ao estabelecimento de filtro de acesso ao STF pela via recursal extraordinária, o desiderato restritivo só se aperfeiçoaria com a criação de óbice à própria admissibilidade do recurso”.¹⁰⁵⁷ O art. 322 do RISTF deixa isso ainda mais claro ao mencionar que “O Tribunal recusará recurso extraordinário cuja questão constitucional não oferecer repercussão geral”, porquanto o termo “recusa” diz respeito ao conhecimento e, portanto, à admissibilidade do recurso.¹⁰⁵⁸

No tocante à espécie de requisito de admissibilidade, para a classificação doutrinária mais tradicional¹⁰⁵⁹, que divide os requisitos de admissibilidade recursal em objetivos e subjetivos, a repercussão geral se trataria de requisito objetivo, tendo em vista dizer respeito ao próprio recurso (ao lado da tempestividade, do cabimento, da regularidade formal e da inexistência de

¹⁰⁵⁶ DANTAS, 2012, p. 228.

¹⁰⁵⁷ *Ibidem*.

¹⁰⁵⁸ Nesse sentido: LIMA, M.P., 2016, p. 1317.

¹⁰⁵⁹ Como: BERMUDEZ, Sérgio. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2ª ed. São Paulo: RT, 1977, v. 7; ROENICK, Herman Homem de Carvalho. **Recursos no Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Aide, 1997; ARRUDA, Antônio Carlos Matties de. **Recursos no processo civil**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002; e THEODORO JÚNIOR, 2017.

fato impeditivo ou extintivo e do preparo¹⁰⁶⁰), em oposição aos requisitos subjetivos, que dizem respeito à pessoa do recorrente (legitimidade e interesse)¹⁰⁶¹.

Já na linha mais moderna de classificação dos requisitos de admissibilidade recursal, temos que se trata daquele de natureza intrínseca. Seguimos, aqui, a doutrina de Araken de Assis¹⁰⁶², na esteira de Barbosa Moreira¹⁰⁶³, para quem os requisitos de admissibilidade recursal dividem-se em intrínsecos e extrínsecos¹⁰⁶⁴, conforme se relacionem, no contexto da admissibilidade, respectivamente, com a própria existência do poder de recorrer (cabimento, legitimidade, interesse e inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer), ou, com o modo de exercê-lo (tempestividade, regularidade formal e preparo)¹⁰⁶⁵. Nessa classificação, o objeto de análise parte primeiro da decisão recorrida, para depois ingressar no próprio recurso, conforme leciona a doutrina¹⁰⁶⁶.

¹⁰⁶⁰ A nomenclatura de cada requisito também diverge bastante na doutrina. Por exemplo, Humberto T. Junior, chama o cabimento de recorribilidade da decisão e difere singularidade de adequação do recurso (2013, vol. I, p. 618), enquanto Renato Brasileiro difere cabimento de adequação, considerando o primeiro a recorribilidade e o segundo o manejo do único recurso legalmente cabível (LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 1577).

¹⁰⁶¹ LIMA, R.B., 2014, p. 1592; THEODORO JUNIOR, 2017, v. III, p. 1107-1111.

¹⁰⁶² ASSIS, 2017, 4.18.

¹⁰⁶³ BARBOSA MOREIRA, 1968, n. 29, p. 46.

¹⁰⁶⁴ Fazemos apenas uma ressalva a esse entendimento, em razão da previsão do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual a ausência de apontamento expresso da repercussão geral na petição do recurso impede o conhecimento do recurso. É o que se extrai dos arts. 13, V, “c”, e 327 do RISTF (destaques nossos): “Art. 13. São atribuições do Presidente: V – despachar: c) como Relator, nos termos dos arts. 544, § 3º, e 557 do Código de Processo Civil, até eventual distribuição, os agravos de instrumento, recursos extraordinários e petições ineptos ou de outro modo manifestamente inadmissíveis, inclusive por incompetência, intempestividade, deserção, prejuízo ou ausência de preliminar formal e fundamentada de repercussão geral, bem como aqueles cuja matéria seja destituída de repercussão geral, conforme jurisprudência do Tribunal. Art. 327. A Presidência do Tribunal recusará recursos que não apresentem preliminar formal e fundamentada de repercussão geral, bem como aqueles cuja matéria carecer de repercussão geral, segundo precedente do Tribunal, salvo se a tese tiver sido revista ou estiver em procedimento de revisão. § 1º Igual competência exercerá o(a) Relator(a) sorteado(a), quando o recurso não tiver sido liminarmente recusado pela Presidência. § 2º Da decisão que recusar recurso, nos termos deste artigo, caberá agravo”. Isso significa que se o recorrente não trouxer, em sua petição de interposição do recurso extraordinário e em suas razões recursais, um tópico ou uma menção clara e formal dos motivos pelos quais entende que a decisão recorrida, além de violar dispositivo da Constituição, também oferece reflexos para além do direito das partes do processo, não poderá o STF, de ofício, extrair dali a repercussão geral da matéria. Como visto, trata-se de requisito formal e não diretamente ligado à decisão recorrida, mas ao conteúdo do próprio recurso, o que revela certo caráter extrínseco à repercussão geral, sob esse aspecto.

¹⁰⁶⁵ ASSIS, 2017, 4.19.

¹⁰⁶⁶ “Os requisitos de admissibilidade dos recursos são, como foi visto, o objeto do juízo de sua admissibilidade. [...] Tomaremos por critério de distinção a decisão judicial objeto do recurso. Classificam-se em intrínsecos e extrínsecos. Os primeiros levam em consideração a existência do direito de recorrer. Os outros, como o nome já diz, relacionam-se não propriamente com a existência, mas, sim, com o exercício do direito de recorrer, por serem externos e alheios à decisão recorrida. Os intrínsecos são: cabimento, legitimidade, interesse e inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer. Os extrínsecos são: tempestividade, preparo e regularidade formal. (RODRIGUES, 2010, p. 603). Nesse sentido, também: DIDIER JR; CUNHA, 2014, p.... Nesse sentido, também: MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 38-39.

O conteúdo da repercussão geral tem, portanto, de ser buscado no interior da decisão recorrida, a fim de analisar-se a existência ou não da repercussão geral do tema constitucional abordado (e apontado como violado), e não em aspectos externos do recurso como tempestividade e preparo. Assim, “da forma como foi materializado no texto constitucional, denota-se claramente a vinculação direta entre a repercussão geral e o conteúdo da decisão recorrida”. Por isso, conclui a doutrina que “é na decisão recorrida, e somente nela, que se devem buscar as questões constitucionais que, levadas ao conhecimento do STF no bojo de um RE, serão hábeis a oferecer amplo impacto indireto no grupo social relevante”.¹⁰⁶⁷

Assentado que se trata a repercussão geral de requisito intrínseco de admissibilidade recursal, cumpre questionar se se trata de uma novo e específico requisito intrínseco de admissibilidade ou se se enquadra em uma das espécies tradicionais – cabimento, interesse e legitimidade – e, nesse caso, em qual delas.

Para parte da doutrina, a repercussão geral não é um novo requisito intrínseco de admissibilidade, guardando “sintonia fina com a recorribilidade, um dos vetores do requisito do cabimento”. Segundo essa visão, “quando a Constituição concede ao STF poderes para reconhecer a carência de repercussão geral das questões constitucionais discutidas num determinado RE, e [...] declarar sua inadmissibilidade”, o que se opera, em verdade, é um reconhecimento de que “a decisão é irrecorrível, ao menos, em sede extraordinária”¹⁰⁶⁸. Trata-se, portanto, de uma “condição” ou de “elemento específico do cabimento”.¹⁰⁶⁹ Pode-se, ainda, como faz parte da doutrina¹⁰⁷⁰, atribuir a qualidade de “especial” ao referido requisito ou pressuposto de admissibilidade em razão de dois fatores: o quórum qualificado e a exclusividade do STF para analisar a sua presença no recurso. Trata-se de peculiaridades únicas da repercussão geral e de nenhum outro requisito ou pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário, de modo a justificar sua figura como especial entre as da classe a que pertence.

A decisão do STF, nesse caso e como em toda decisão acerca da admissibilidade de um recurso, é declaratória, evidenciando que a existência ou inexistência da repercussão geral das questões

¹⁰⁶⁷ DANTAS, 2012, p. 229.

¹⁰⁶⁸ *Ibidem*.

¹⁰⁶⁹ ASSIS, 2017, 4.19.

¹⁰⁷⁰ *Ibidem*.

e, portanto, da (ir)recorribilidade, são preexistentes. De fato, a recorribilidade das decisões judiciais é sempre definida *a priori* pelo sistema jurídico e isso não ocorre de maneira diferente com a repercussão geral. Daí se concluir que “as questões constitucionais têm ou não têm repercussão geral em razão de diversos fatores concernentes à sua essência, ao grupo social considerado, ao momento histórico, político e econômico vivenciado pelo grupo social etc., e isso independe da vontade dos membros do STF”.¹⁰⁷¹

Resta, portanto, fixado que a repercussão geral possui natureza jurídica de pressuposto de recorribilidade da decisão que se pretende impugnar e, portanto, de um dos requisitos intrínsecos de admissibilidade do recurso extraordinário, qual seja, o cabimento. Em outras palavras, inexistindo a repercussão geral, o recurso extraordinário não será cabível, devendo, por isso, ser inadmitido.

5.2. A FUNÇÃO DA REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Segundo documento disponibilizado anteriormente pelo Supremo Tribunal Federal em sua própria página na internet, o instituto da repercussão geral tem por finalidades: I – firmar o papel do STF como Corte Constitucional e não como instância recursal; II – ensejar que o STF somente analise questões relevantes para a ordem constitucional, cuja solução extrapole o interesse subjetivo da causa; III – fazer com que o STF decida uma única vez cada questão constitucional, não se pronunciando em outros processos com idêntica matéria.

Tal texto foi, no entanto, substituído no sítio eletrônico do STF e, atualmente, consta a seguinte apresentação das finalidades da repercussão geral:

- Delimitar a competência do STF, no julgamento de recursos extraordinários, às questões constitucionais com relevância social, política, econômica ou jurídica, que transcendam os interesses subjetivos da causa.
- Uniformizar a interpretação constitucional sem exigir que o STF decida múltiplos casos idênticos sobre a mesma questão constitucional¹⁰⁷².

Nota-se que a alteração do texto informativo suprimiu a parte que propunha firmar o papel do STF como Corte Constitucional e não como instância recursal. Os motivos para tanto podem

¹⁰⁷¹ DANTAS, 2012, p. 231.

¹⁰⁷² Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=apresentacao>>. Acesso em: 24 mar. 2018.

ter a ver com as críticas doutrinárias no sentido de que o Supremo Tribunal Federal não desempenha exclusivamente as funções de uma Corte Constitucional (como no modelo europeu)¹⁰⁷³; também pode advir do fato de que tem, sim competência recursal e, por isso, funciona como instância recursal, bastando para assim concluir mencionar as hipóteses de cabimento do recurso ordinário (art. 102, inc. II), que não necessariamente versam sobre questões constitucionais¹⁰⁷⁴.

De todo modo, não é a descrição do instituto da repercussão geral no sítio eletrônico do STF que vai defini-lo de maneira cientificamente própria, nem se pode dizer que a alteração do texto informativo modificou substancialmente o sentido que se emprestara na explicitação pretérita.

A repercussão geral, como vimos acima, insere-se no âmbito da admissibilidade do recurso extraordinário. Sua ausência importa no não cabimento do recurso e, conseqüentemente, no seu não conhecimento. Trata-se, portanto, de um filtro recursal¹⁰⁷⁵, um mecanismo de triagem ou um elemento de contenção¹⁰⁷⁶ ao exame do apelo extremo pelo Supremo Tribunal Federal, juízo que somente cabe a esse mesmo tribunal¹⁰⁷⁷. De acordo com a doutrina, “o principal escopo prático do instituto consiste na pretensão de redução do número de processos submetidos à Corte maior [...], possibilitando maior dedicação de seus membros à apreciação de causas que realmente são de fundamental importância para garantir os direitos constitucionais dos cidadãos”.¹⁰⁷⁸

Com o filtro de acesso ao STF, visa a repercussão geral à exclusão do recurso extraordinário, em tese cabível diante do preenchimento dos seus demais requisitos de admissibilidade.¹⁰⁷⁹ Trata-se essa sua função excludente do cabimento dos recursos de um dos principais elementos

¹⁰⁷³ Sobre o assunto, vide Capítulo 1, em especial as referências à obra de José Afonso da Silva.

¹⁰⁷⁴ Conforme vimos no tópico 2.2.

¹⁰⁷⁵ Nesse sentido: NOVELINO, 2014, p. 912; MARINONI; ARENHART; MITIDIERO 2016, p. 179; SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015, p. 7.288; NUNES, 2013, p. 98; FRANCISCO, 2011, p. 22; MITIDIERO, 2017, p. 114.

¹⁰⁷⁶ MANCUSO, 2010, p. 173.

¹⁰⁷⁷ Como, aliás, consta no mesmo sítio eletrônico do STF, na parte de apresentação da repercussão geral: “A análise sobre a existência ou não da repercussão geral, inclusive o reconhecimento de presunção legal de repercussão geral, é de competência exclusiva do STF”.

¹⁰⁷⁸ FUX, 2008, p. 1082.

¹⁰⁷⁹ SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015, p. 7.289. ARRUDA ALVIM, Eduardo. **A arguição de relevância no recurso extraordinário**. São Paulo: RT, 1988, p. 26-32.

diferenciadores da arguição de relevância, a qual funcionava, ao revés, em sua última configuração, como um mecanismo de inclusão¹⁰⁸⁰ do recurso extraordinário (inc. XI) que não tivesse cabimento dentre as hipóteses dos incs. I a X do art. 325 do RISTF.¹⁰⁸¹

Como visto no capítulo em que tratamos dos antecedentes históricos da repercussão geral¹⁰⁸², um sistema de filtragem dos meios de impugnação das decisões judiciais perante as Cortes Supremas é algo inerente à função moderna dessas Cortes. Praticamente todos os ordenamentos jurídicos modernos, de um ou de outro modo, estabeleceram instrumentos de afunilamento da passagem no acesso ao vértice de seus sistemas jurisdicionais, sempre em virtude de algum período de crise de funcionamento de tais tribunais, não sendo diferente no Brasil, em que diversos instrumentos de contenção no acesso ao STF já foram utilizados.¹⁰⁸³

A repercussão geral é mais um desses instrumentos de triagem, com o propósito de tornar o acesso ao STF mais restrito, estancar a crise quantitativa de recursos em trâmite no Tribunal¹⁰⁸⁴ e, sobretudo, desafogar a pauta do Supremo para dar-lhe condições de exercer, com plenitude e qualidade, a sua função precípua de guardião e intérprete soberano da Constituição Federal.¹⁰⁸⁵ Para tanto, a repercussão geral surge como um novo filtro com alta carga de autonomia ao STF para definir, por si mesmo, o que deve julgar. A utilização de uma terminologia elástica, com conceitos jurídicos indeterminados, tanto no texto constitucional quanto no texto legal, confere uma grande amplitude interpretativa ao Supremo do que é ou não matéria relevante e com efeitos transcendentais, no julgamento do RE. Trata-se de importante modificação na configuração constitucional do papel do STF, como forma de aproximá-lo das funções modernas das principais Cortes Supremas e Constitucionais do mundo. Passa nossa Corte a contar, portanto, com um mecanismo de autogestão de suas funções, que lhe permite debruçar-se apenas sobre o que há de mais relevante, em relação ao controle difuso de constitucionalidade, abrindo espaço para o aprofundamento das questões constitucionais assim classificadas, para a unificação e evolução do direito; de outro lado, a possibilidade de filtragem, pelo exame da repercussão geral, permite reduzir a função de controle da Corte sobre toda e qualquer decisão judicial e

¹⁰⁸⁰ MANCUSO, 2010, p. 179

¹⁰⁸¹ Conferir tópico 4.1.1.1 deste trabalho, sobre a arguição de relevância. Curioso notar, como faz Mancuso, que o primeiro critério adotado pelo STF, por ocasião da regulamentação da arguição de relevância, foi o critério da exclusão (art. 308, *caput*, do RISTF, cf. ER 3/75), vindo a ser substituído, posteriormente, pelo critério da inclusão (art. 325, cf. ER 2/85).

¹⁰⁸² Cf. tópico 4.1 e subtópicos.

¹⁰⁸³ Cf. capítulo 4.

¹⁰⁸⁴ Cf. FRANCISCO, 2011, p. 23.

¹⁰⁸⁵ LIMA, M.P., 2016, p. 1318-1319.

abandonar a visão do direito de acesso à mesma como um direito subjetivo das partes, o que, por sua vez, deve resultar em uma drástica redução da quantidade de processos a serem examinados e julgados por seus membros. Visa, em suma, reduzir a quantidade de julgamentos pela Corte Suprema, para aumentar a qualidade de tais julgamentos, pois é preciso que trabalhe menos, para trabalhar melhor.¹⁰⁸⁶

5.3. PROCESSAMENTO NO STF

As regras de processamento da análise da repercussão geral no Supremo Tribunal Federal estão disciplinadas, de maneira geral, no Código de Processo Civil, e, especialmente, no Regimento Interno do STF¹⁰⁸⁷, e poucas no texto constitucional. Adiante, algumas considerações sobre o procedimento de análise e decisão acerca da existência de repercussão geral da questão constitucional objeto do recurso extraordinário.

5.3.1. Preliminar formal de demonstração da repercussão geral

Inserir-se dentre os requisitos de formalidade da petição do recurso extraordinário, a apresentação, pelo recorrente, de tópico, preliminar e formal, de demonstração da repercussão geral da questão constitucional discutida. Como consta no sítio eletrônico do próprio STF: “Exige-se preliminar formal de repercussão geral, sob pena de não ser admitido o recurso extraordinário”¹⁰⁸⁸.

Muito embora defendamos que a repercussão geral é requisito intrínseco do recurso extraordinário, na modalidade de cabimento (ou recorribilidade), o mesmo possui, também, esse aspecto extrínseco, de cunho formal, que diz respeito à necessidade de haver texto (em página, tópico, parágrafo etc.) específico sobre o tema na própria petição de interposição (nunca em instrumento apartado), sob pena de não conhecimento do recurso¹⁰⁸⁹. Vale ressaltar que esse é o único aspecto da repercussão geral que pode ser analisado pela instância *a quo* para negar seguimento

¹⁰⁸⁶ TARUFFO, 2005, p. 241; MITIDIERO, 2017, p. 37.

¹⁰⁸⁷ A quase totalidade das disposições regimentais do RISTF fazem referência ao regramento da repercussão geral do CPC/73, mas é possível afirmar que a maioria dessas disposições não afronta o texto legal do NCPC.

¹⁰⁸⁸ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=apresentacao>>. Acesso em: 24 mar. 2018.

¹⁰⁸⁹ FRANCISCO, 2011, p. 89-90.

ao recurso,¹⁰⁹⁰ já que a competência para decidir pela existência ou não da repercussão geral é exclusiva do STF¹⁰⁹¹, conforme expressa dicção do §3º do art. 102 da CF¹⁰⁹² e do art. 1.035, §2º do CPC¹⁰⁹³.

Trata-se, de qualquer modo, de exigência decorrente do texto constitucional que prevê que “o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral da questão constitucional[...]”, reproduzida no art. 1.035, §2º, do CPC. Curiosamente o referido artigo de lei não manteve a previsão expressa da preliminar formal, como fazia o art. 543-A, §2º, do CPC/73. Cremos que a supressão

¹⁰⁹⁰ Nesse sentido: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. FAMÍLIA. ALIMENTOS. EXECUÇÃO. EXCESSO DE EXECUÇÃO. DISCUSSÃO SOBRE CÁLCULOS JUDICIAIS. AUSÊNCIA DA PRELIMINAR FUNDAMENTADA DE REPERCUSSÃO GERAL. ARTIGO 543-A, § 2º, DO CPC E ART. 327, § 1º, DO RISTF. 1. A repercussão geral é requisito de admissibilidade do apelo extremo, por isso que o recurso extraordinário é inadmissível quando não apresentar preliminar formal de transcendência geral ou quando esta não for suficientemente fundamentada. (Questão de Ordem no AI n. 664.567, Relator o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ de 6.9.07). 2. A jurisprudência do Supremo fixou entendimento no sentido de ser necessário que o recorrente demonstre a existência de repercussão geral nos termos previstos em lei, conforme assentado no julgamento da Questão de Ordem no AI n. 664.567, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 6.9.07: “II. Recurso extraordinário: repercussão geral: juízo de admissibilidade: competência. 1. Inclui-se no âmbito do juízo de admissibilidade - seja na origem, seja no Supremo Tribunal - verificar se o recorrente, em preliminar do recurso extraordinário, desenvolveu fundamentação especificamente voltada para a demonstração, no caso concreto, da existência de repercussão geral (C.Pr.Civil, art. 543-A, § 2º; RISTF, art. 327). 2. Cuida-se de requisito formal, ônus do recorrente, que, se dele não se desincumbir, impede a análise da efetiva existência da repercussão geral, esta sim sujeita “à apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal” (Art. 543-A, § 2º).” 3. In casu, o acórdão recorrido assentou: “EMBARGOS À EXECUÇÃO - PENSÃO ALIMENTÍCIA - ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE EXECUÇÃO NÃO COMPROVADA PELA DESISTÊNCIA EXPRESSA DE PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL - CÁLCULOS APRESENTADOS QUE RESTARAM NÃO IMPUGNADOS - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO.” 4. Agravo Regimental desprovido. (ARE 713080 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 04/12/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-022 DIVULG 31-01-2013 PUBLIC 01-02-2013)

¹⁰⁹¹ Como veremos no tópico seguinte.

¹⁰⁹² Nesse sentido: ASSIS, 2017, 12.82.1.4.3. Na jurisprudência do STF: Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO. PLANO DE SAÚDE. FIM DA RELAÇÃO DE EMPREGO. MANUTENÇÃO. NATUREZA DA RELAÇÃO. PRELIMINAR FORMAL DE REPERCUSSÃO GERAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. ARTIGO 543-A, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL C.C. ART. 327, § 1º, DO RISTF. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ARTIGO 93, IX, DA CF/88. INEXISTÊNCIA. 1. A repercussão geral como novel requisito constitucional de admissibilidade do recurso extraordinário demanda que o reclamante demonstre, fundamentadamente, que a indignação extrema encarta questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos da causa (artigo 543-A, § 2º, do Código de Processo Civil, introduzido pela Lei n. 11.418/06, verbis: “O recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência de repercussão geral”). 2. O recorrente deve demonstrar a existência de repercussão geral nos termos previstos em lei. Nesse sentido, AI 731.924/PR, Rel. Min. Cármen Lúcia, e AI 812.378-AgR/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, Plenário. 3. A demonstração das questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos das partes, deverá ser tratada no recurso extraordinário, e não nas razões do agravo regimental, como deseja o agravante. Incide, aqui, o óbice da preclusão consumativa. (...) (ARE 784116 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 23/09/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-199 DIVULG 10-10-2014 PUBLIC 13-10-2014). Ver também: ARE 700666 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 25/02/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-053 DIVULG 17-03-2014 PUBLIC 18-03-2014.

¹⁰⁹³ § 2º O recorrente deverá demonstrar a existência de repercussão geral para apreciação exclusiva pelo Supremo Tribunal Federal.

da expressão “em preliminar do recurso” se deveu à ideia antiformalista de que a demonstração da repercussão geral não precisaria ser feita em tópico destacado e antecedente às razões do recurso, bastando defluir de suas próprias razões.¹⁰⁹⁴ No entanto, a regra foi mantida no art. 327, *caput* e §1º, do RISTF, cf. ER n. 21/2007¹⁰⁹⁵.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a respeito da matéria, firmou-se no sentido de que, inexistindo tópico preliminar na peça recursal argumentando a repercussão geral da questão constitucional debatida, o caso é de não recebimento do recurso extraordinário.¹⁰⁹⁶ Já decidiu, também, que a existência de admissão de repercussão geral em caso análogo não retira do recorrente a obrigação de demonstrar a repercussão geral no seu caso.¹⁰⁹⁷ Também, que não é possível emendar o recurso, com a posterior inclusão da argumentação da repercussão geral, uma vez que se teria operado a preclusão consumativa com a própria interposição do recurso.¹⁰⁹⁸

Vale, porém, destacar que a argumentação do recorrente quanto à existência da repercussão geral no seu caso não vincula o STF, podendo a Corte decidir pela existência da relevância e da transcendência da questão constitucional por fundamento completamente diverso do alegado pela parte, o que *mutatis mutandi* já se via ocorrer no exame dos fundamentos das ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade.¹⁰⁹⁹ Aponta-se o fenômeno como um traço da objetivação do controle difuso de constitucionalidade.¹¹⁰⁰

Importante, ainda, destacar que o STF somente passou a exigir a demonstração da repercussão geral nos recursos interpostos a partir de 3 de maio de 2007, data da publicação da Emenda Regimental n. 21/2007, que alterou o RISTF para especificar o procedimento a ser observado acerca do instituto.¹¹⁰¹

¹⁰⁹⁴ MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 49-50.

¹⁰⁹⁵ “Art. 327. A Presidência do Tribunal recusará recursos que não apresentem preliminar formal e fundamentada de repercussão geral, bem como aqueles cuja matéria carecer de repercussão geral, segundo precedente do Tribunal, salvo se a tese tiver sido revista ou estiver em procedimento de revisão. § 1º Igual competência exercerá o(a) Relator(a) sorteado, quando o recurso não tiver sido liminarmente recusado pela Presidência.”

¹⁰⁹⁶ STF, 1ª T., AgRg no AI 852.260, rel. Min. Marco Aurélio, j. 13.03.2012, **DJe** 24.04.2012.

¹⁰⁹⁷ STF, 1ª T., AgRg no AI 799.377, rel. Min. Rosa Weber, j. 03.04.2012, **DJe** 19.04.2012.

¹⁰⁹⁸ STF, 1ª T., AgRg no AI 725.604, rel. Min. Dias Toffoli, j. 01.06.2010, **DJe** 17.09.2010.

¹⁰⁹⁹ MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 51.

¹¹⁰⁰ DIDIER JR; CUNHA, 2014, p. 323-330.

¹¹⁰¹ NUNES, 2013, p. 99.

Por fim, cumpre salientar que a decisão que inadmite o recurso extraordinário por ausência de preliminar formal de repercussão geral é recorrível por agravo em recurso extraordinário, nos exatos termos do art. 1.042 do CPC, se a decisão for do órgão julgador de origem, ou por agravo interno, conforme art. 1.021 do CPC e art. 327, §2º, do RISTF, se tal decisão for do Min. Relator no STF.¹¹⁰²

5.3.2. Competência exclusiva

Um dos pontos que diferencia substancialmente a repercussão geral dos demais pressupostos de admissibilidade do recurso extraordinário é a exclusividade de seu exame e da decisão de sua existência pelo Supremo Tribunal Federal.¹¹⁰³ Essa privatividade do STF para analisar a repercussão geral da questão constitucional objeto do recurso decorre do texto constitucional do art. 102, §3º, da CF/88 e fica ainda mais explícita no texto do art. 1.035, §2º, do Código de Processo Civil.

Não se aplica, aqui, portanto, a regra da admissibilidade bipartida dos demais recursos excepcionais. Desse modo, não poderá o órgão *a quo* proferir qualquer juízo acerca da existência ou não de repercussão geral do recurso interposto, trançando-se verdadeiro limite material à sua cognição nesse ponto, sem prejuízo, é certo, da análise e decisão acerca de todos os outros requisitos de admissibilidade do RE¹¹⁰⁴. Nesse sentido, aponta a doutrina que “o RE poderá ser inadmitido na origem por ausência de qualquer requisito de admissibilidade, excetuada a repercussão geral das questões discutidas, cujo exame é privativo do STF”¹¹⁰⁵.

No entanto, é preciso destacar uma relativa exceção a essa regra e que diz respeito à inexistência de preliminar formal de repercussão geral no corpo do recurso extraordinário, que vimos no tópico anterior. A ausência de preliminar formal de repercussão geral é a única hipótese relativa ao instituto que pode ser analisada pelo juízo *a quo* para negar seguimento ao RE¹¹⁰⁶; é o que,

¹¹⁰² § 2º Da decisão que recusar recurso, nos termos deste artigo, caberá agravo. (Redação dada pela Emenda Regimental n. 21, de 30 de abril de 2007)

¹¹⁰³ MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 51.

¹¹⁰⁴ LIMA, M.P., 2016, p. 1317.

¹¹⁰⁵ DANTAS, 2012, p. 230.

¹¹⁰⁶ Nesse sentido: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. FAMÍLIA. ALIMENTOS. EXECUÇÃO. EXCESSO DE EXECUÇÃO. DISCUSSÃO SOBRE CÁLCULOS JUDICIAIS. AUSÊNCIA DA PRELIMINAR FUNDAMENTADA DE REPERCUSSÃO GERAL. ARTIGO 543-A, § 2º, DO CPC E ART. 327, § 1º, DO RISTF. 1. A repercussão geral é requisito de admissibilidade do apelo extremo, por isso que o recurso extraordinário é inadmissível quando não apresentar preliminar formal de transcendência geral ou quando esta não for suficientemente fundamentada. (Questão de Ordem no AI n. 664.567, Relator o

aliás, consta do próprio *site* do STF, na parte de apresentação do instituto: “A verificação da existência da preliminar formal é de competência concorrente do Tribunal, Turma Recursal ou Turma de Uniformização de origem e do STF”.¹¹⁰⁷ Isso tem uma razão muito simples de ser: a referida preliminar se insere no requisito extrínseco da regularidade formal do recurso¹¹⁰⁸ e é o motivo pelo qual dessa decisão caberá o agravo do art. 1.042 do CPC (art. 1.030, §1º) e não o agravo interno do art. 1.030, §2º; se a decisão de inadmissibilidade do RE, por falta de preliminar formal de repercussão geral, for do Ministro Relator no STF, caberá agravo interno, nos termos do art. 1.021 do CPC e art. 327, §2º, do RISTF. Fora disso, “A análise sobre a existência ou não da repercussão geral, inclusive o reconhecimento de presunção legal de repercussão geral, é de competência exclusiva do STF”.¹¹⁰⁹

Acaso exercido irregularmente o exame da existência da repercussão geral pelo tribunal *a quo*, será cabível a reclamação constitucional, nos termos do art. 988, I, do CPC¹¹¹⁰, por usurpação da competência exclusiva do STF para analisar o requisito.¹¹¹¹ Essa hipótese, contudo, não se confunde com a negativa de seguimento ao recurso extraordinário, pelo tribunal de origem, que versar sobre questão constitucional à qual o Supremo Tribunal Federal não tenha reconhecido

Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ de 6.9.07). 2. A jurisprudência do Supremo fixou entendimento no sentido de ser necessário que o recorrente demonstre a existência de repercussão geral nos termos previstos em lei, conforme assentado no julgamento da Questão de Ordem no AI n. 664.567, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 6.9.07: “II. Recurso extraordinário: repercussão geral: juízo de admissibilidade: competência. 1. Inclui-se no âmbito do juízo de admissibilidade - seja na origem, seja no Supremo Tribunal - verificar se o recorrente, em preliminar do recurso extraordinário, desenvolveu fundamentação especificamente voltada para a demonstração, no caso concreto, da existência de repercussão geral (CPC, art. 543-A, § 2º; RISTF, art. 327). 2. Cuida-se de requisito formal, ônus do recorrente, que, se dele não se desincumbir, impede a análise da efetiva existência da repercussão geral, esta sim sujeita “à apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal” (Art. 543-A, § 2º).” 3. In casu, o acórdão recorrido assentou: “EMBARGOS À EXECUÇÃO - PENSÃO ALIMENTÍCIA - ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE EXECUÇÃO NÃO COMPROVADA PELA DESISTÊNCIA EXPRESSA DE PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL - CÁLCULOS APRESENTADOS QUE RESTARAM NÃO IMPUGNADOS - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO.” 4. Agravo Regimental desprovido. (ARE 713080 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 04/12/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-022 DIVULG 31-01-2013 PUBLIC 01-02-2013)

¹¹⁰⁷ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=apresentacao>>. Acesso em: 24 mar. 2018. Sobre o tema, cf. MATOS, 2014, p. 101-102. Cf. FRANCISCO, 2011, p. 96.

¹¹⁰⁸ MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 49.

¹¹⁰⁹ Ibidem.

¹¹¹⁰ “Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para: I - preservar a competência do tribunal”. Nesse sentido, cf. MATOS, 2014, p. 102-105.

¹¹¹¹ MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 51-54.

a existência de repercussão geral ou a recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de repercussão geral (art. 1.030, I, “a”, do CPC), pois nestas o tribunal não está examinando a existência da repercussão geral no recurso, mas baseando-se no efeito vinculante dos precedentes do STF firmados em sede de repercussão geral. Tanto é assim, que o §5º do art. 988 do CPC (com redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016) prevê como “inadmissível a reclamação: [...] proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias”. É bom frisar que, nesses casos de negativa de seguimento a RE que verse sobre questão constitucional cuja repercussão geral já tenha sido apreciada pelo STF (art. 1.030, I, “a”), não cabe o recurso de agravo em recurso extraordinário (art. 1.042), mas, tão somente, o recurso de agravo interno (art. 1.030, §2º c/c art. 1.021).

5.3.3. Momento para apreciação da repercussão geral

Quanto ao momento propício ao exame da existência de repercussão geral, pelo STF, face à existência de outros requisitos de admissibilidade do recurso extraordinário, que também serão por ele examinados (sejam atestados como preenchidos ou faltantes pelo órgão *a quo*, já que a última palavra sobre existência de qualquer requisito de admissibilidade recursal é sempre do órgão *ad quem*)¹¹¹², salienta-se a importância, a economia processual e a lógica em se realizar o exame da repercussão geral somente após a confirmação dos demais requisitos de admissibilidade do recurso¹¹¹³.

O entendimento restou positivado no Regimento Interno do STF, por meio da Emenda Regimental n. 42/2010, que alterou o art. 323, para assim dispor: “Quando não for caso de inadmissibilidade do recurso por outra razão, o(a) Relator(a) ou o Presidente submeterá, por meio eletrônico, aos demais ministros, cópia de sua manifestação sobre a existência, ou não, de repercussão geral”. Nota-se que as “outras razões” de inadmissibilidade se referem aos demais requisitos de admissão do RE, do que se percebe que a repercussão geral só será examinada se

¹¹¹² ASSIS, 2017, 12.82.1.4.3.

¹¹¹³ Ibidem; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 54-55; AZEM, Guilherme Beux Nassif. **Repercussão geral da questão constitucional no recurso extraordinário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 99-100. Em sentido contrário, de que o exame da repercussão geral precede o exame dos demais requisitos de admissibilidade: ARRUDA ALVIM, Eduardo. A EC n. 45 e o instituto da repercussão geral. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e outros (coord.). **Reforma do Judiciário**. São Paulo: RT, 2005, p. 64; MANCUSO, 2010, p. 183-184.

não for o caso de inadmissibilidade do recurso por falta de um dos seus demais requisitos, o que pressupõe a anterioridade do exame destes.

A decisão monocrática do Presidente do Tribunal ou do Relator que não conhecer do RE por falta da preliminar formal segue a mesma sistemática do não conhecimento por ausência de qualquer outro requisito de admissibilidade do referido recurso, do que decorre o cabimento do agravo interno para levar a questão ao colegiado (art. 1.021 do CPC e art. 327, §2º, do RISTF). Se a Turma ou Plenário julgar procedente o agravo, “determinará o que for de direito” (art. 317, §3º, do RISTF), que, no caso, consiste em devolver o processo ao Relator para fazer o exame da repercussão geral, dentro do procedimento próprio à análise desse pressuposto (art. 323 e ss.).¹¹¹⁴

5.3.4. Quórum qualificado

O quórum qualificado para a rejeição do recurso, por falta de repercussão geral, também é outra peculiaridade prevista na Constituição desse requisito de admissibilidade do extraordinário. Com efeito, somente poderá o recurso ser recusado, sob esse fundamento, pela manifestação de dois terços dos membros do Tribunal. Parte da doutrina cunhou-o de “quórum prudencial”¹¹¹⁵, uma vez que, assim como nos Estados Unidos e na Alemanha, basta que uma minoria se manifeste pela existência de repercussão geral, para que essa decisão prevaleça e a questão constitucional posta no recurso extraordinário seja levada a julgamento.¹¹¹⁶ De qualquer modo, por esse critério, pode-se concluir pela existência de uma “verdadeira presunção de repercussão geral das questões levadas ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal pela via do recurso extraordinário”¹¹¹⁷, já que só por ampla maioria de votos dos membros do Tribunal a repercussão geral pode ser rejeitada. Essa presunção de repercussão geral pode bem ser sentida nas estatísticas do STF¹¹¹⁸: dos 987 temas de RG até agora apreciados pelo Tribunal, 661 tiveram-na reconhecida, 317 negadas, 3 estão em análise e 6 temas foram cancelados. Em suma, uma

¹¹¹⁴ FRANCISCO, 2011, p. 99.

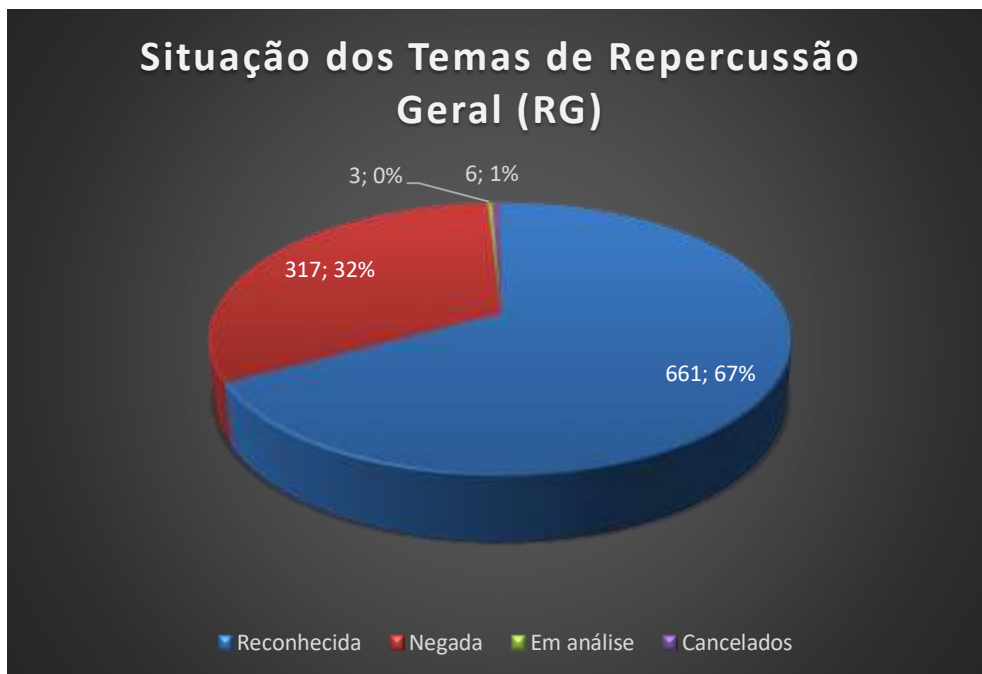
¹¹¹⁵ ARRUDA ALVIM, 2005, p. 65.

¹¹¹⁶ DANTAS, 2012, p. 232.

¹¹¹⁷ MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 54.

¹¹¹⁸ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoBOInternet/anexo/RG/Numeros/Total_RG_Geral.mhtml>. Acesso em: 24 mar. 2018.

ampla maioria de 67% (ou cerca de 2/3) dos temas apresentados ao STF, em recursos extraordinários, foram por este reconhecidos como dotados de repercussão geral, contra apenas 32% de negativas, como fica melhor exposto no gráfico abaixo¹¹¹⁹:



A especificidade do requisito da repercussão geral traça também um limite material de cognição ao relator do RE, que, por conta da necessária colegialidade da decisão sobre a repercussão geral, não poderá rejeitar o recurso, por ausência da mesma, monocraticamente¹¹²⁰; exceção feita aos casos semelhantes já apreciados pelo colegiado, nos termos do art. 1.030, inc. I, *a*, do CPC e do art. 327, §1º, do RISTF. Isso, segundo a doutrina, coloca a repercussão geral em um “*status* diferenciado dos demais pressupostos de cabimento, como o prequestionamento e o prévio esgotamento das instâncias ordinárias”¹¹²¹, pois para estes e para todos os demais requisitos de admissibilidade (tempestividade, arguição de violação a norma constitucional etc.), o

¹¹¹⁹ Pensamos que um outro fator, além do quórum qualificado, pode ser determinante para essa quantidade de 2/3 de decisões pela existência e repercussão geral: o exíguo prazo de 20 dias para que os ministros se manifestem, findo o qual a ausência de manifestação – fato muito comum de ocorrer – é interpretada como manifestação pela existência de RG (cf. tópico 5.3.4, abaixo). Como é um prazo muito curto para que os 11 ministros registrem seu voto eletrônico, muitas das decisões de existência de RG são, na verdade, decisões de não rejeição tácita.

¹¹²⁰ Alexandra Francisco (2011, p. 161-162) traz interessante dado acerca dos percentuais de prevalectimento da manifestação do relator, no julgamento da preliminar de repercussão geral, que demonstram que, na prática, a manifestação do relator define o resultado da decisão colegiada sobre a repercussão geral. Nada mais nada menos que 91% das manifestações do relator são acolhidas pelos demais ministros, o que revela o grau de poder nas mãos do primeiro e o quanto a dialética do debate presencial poder ser importante como instrumento de pluralidade em um procedimento decisório tão importante.

¹¹²¹ DANTAS, 2012, p. 230.

relator do recurso no STF pode, monocraticamente, não conhecer do mesmo, sendo a colegialidade alcançável, nesse caso, por meio de agravo interno (CPC, art. 1.021)¹¹²². Em outras palavras, a repercussão geral é um requisito de cabimento/admissibilidade do RE que só admite apreciação colegiada e com quórum extremamente qualificado por ampla maioria, com ao menos oito votos contrários à sua existência para rejeição do recurso.

Tais previsões relativas à colegialidade qualificadíssima¹¹²³ não são por acaso. Primeiramente, a votação por maioria simples seria incompatível com a seriedade do impacto social do julgamento de um caso com repercussão geral, isto é, com a relevância e a transcendência do provimento jurisdicional do STF. Segundo, trata-se de um conceito jurídico indeterminado que restringe recurso sobre matéria constitucional e que envolve alta dose de subjetividade do julgador no preenchimento do conceito, servindo o quórum elevado, como aponta a doutrina, “como ‘elemento compensador’ da natural redução da previsibilidade” do significado da repercussão geral. Por fim, resta claro que o constituinte reformador acenou que a regra continua a ser a existência de repercussão geral e o cabimento do RE, dentro de suas hipóteses constitucionais, ficando a inadmissibilidade, por ausência de repercussão geral, no campo da exceção.¹¹²⁴

5.3.5. Plenário virtual

O procedimento inicial dessa aferição é o seguinte: o relator, após dar o seu voto pela existência ou não de repercussão geral da questão constitucional debatida no recurso extraordinário, submeterá, por meio eletrônico, aos demais ministros, cópia de sua manifestação (RISTF, art. 323, *caput*). Trata-se a apreciação da repercussão geral em um “Plenário Virtual” de uma novidade introduzida pela Emenda Regimental n. 42/2010. A votação dessa questão, portanto, é toda feita eletronicamente, como meio de dar celeridade ao processo¹¹²⁵.

Importante destacar que esse procedimento eletrônico coincidiu com a supressão do texto legal que previa a “regra dos quatro”, muito semelhante a *rule of four* do *writ of certiorari* norte-

¹¹²² “Art. 1.021. Contra decisão proferida pelo relator caberá agravo interno para o respectivo órgão colegiado, observadas, quanto ao processamento, as regras do regimento interno do tribunal”.

¹¹²³ Que só encontram paralelo em outras duas situações, no STF: estabelecimento de súmula vinculante (CF, art. 103-A) e subtração do efeito *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade na via concentrada (Lei 9.868/99, art. 27).

¹¹²⁴ DANTAS, 2012, p. 233.

¹¹²⁵ MATOS, 2014, p. 95.

americano¹¹²⁶. Houve, na vigência da Lei 11.418/06, previsão, no art. 543-A do CPC/73, 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”; o referido texto não foi repetido no CPC/15. Isso tem sua razão de ser. É que, com a adoção do plenário virtual, o exame da repercussão geral deixou de ser feito inicialmente pela Turma, para ser feito por todos os ministros, simultaneamente, ou seja, pelo Plenário (Virtual). Todos eles têm o prazo comum de 20 (vinte) dias para se manifestar sobre a existência ou não de repercussão geral (RISTF, art. 324), findo o qual, se não houver o mínimo de manifestações para recusa do recurso (oito votos), reputar-se-á existente a repercussão geral (§1º, com redação dada pela ER 31/2009)¹¹²⁷. Veja-se que, apesar da retirada do texto da “regra dos quatro”, implicitamente ela permanece vigendo, já que, havendo quatro manifestações favoráveis à existência da repercussão geral será matematicamente impossível alcançar o quórum de 2/3 para rejeição do recurso.

Importante destacar que o silêncio do/a ministro/a é entendido como manifestação tácita pela existência de repercussão geral (RISTF, art. 324, §1º), o que reforça a ideia de verdadeira presunção de repercussão geral, que só pode ser afastada por expressa manifestação em contrário e em número mínimo de oito votos. Existe, porém, uma exceção a essa regra da “admissão tácita de repercussão geral” introduzida no §2º do art. 324, pela Emenda Regimental n. 47, de 24 de fevereiro de 2012: quando a decisão do Relator por ausência de repercussão geral se der em função de ser a matéria tratada no recurso extraordinário reputada como de natureza infraconstitucional, a ausência de pronunciamento no prazo (20 dias) será considerada como manifestação de inexistência de repercussão. Em caso de o recurso, a despeito de pretender tratar de questão constitucional, versar sobre ofensa à legislação infraconstitucional (ou sobre ofensa indireta à Constituição), e o voto do Relator for nesse sentido, a regra, portanto, se inverte, passando o silêncio ou falta de manifestação dos demais ministros a ser interpretada como canceladora da ausência de repercussão geral.

Por fim, importante também destacar que, nos casos de presunção legal de repercussão geral (art. 1.035, §3º, I e II), não haverá votação no Plenário Virtual, já que não há espaço para decisão se existe relevância ou transcendência no julgamento do extraordinário, sendo esses aspectos presumidos de forma absoluta pela lei – presunção *iuris et de iure* – bastando a demonstração

¹¹²⁶ MATOS, 2014, p. 81; MADRUGA, 2015, p. 27-28.

¹¹²⁷ MATOS, 2014, p. 96.

pelo recorrente, em sua preliminar formal de RG, que o acórdão recorrido é contrário à súmula ou jurisprudência dominante do STF. É, ademais, o que dispõem expressamente os arts. 323, §2º, do RISTF (redação dada pela Emenda Regimental n. 42, de 2 de dezembro de 2010)¹¹²⁸. Nesse caso, surge a possibilidade de julgamento de “reafirmação de jurisprudência”, rito muito mais abreviado e que pode, nos termos do art. 323-A do RISTF¹¹²⁹, dar-se de forma integralmente virtual, o que, na prática, resulta na impossibilidade de sustentação oral pelas partes, de intervenção de terceiros e na ausência de debates dos ministros no plenário, que podem simplesmente se abster de expressar o seu voto (bastando não se manifestarem no prazo). A nosso ver, tal procedimento fere uma das finalidades essenciais do instituto da repercussão geral e do modelo lógico-argumentativo do direito que dá base às Cortes Supremas modernas, qual seja: a de propiciar a tais Cortes um maior aprofundamento no debate da matéria, da forma mais amplamente dialética possível, com discussões e contrapontos entre os ministros e com a participação das partes e de terceiros (*amici curiae*), que pode ser muito salutar para o direito, tanto para a fixação da jurisprudência (reafirmação), quanto para a sua modificação, se necessária e oportuna.

Ademais disso, a possibilidade de um julgamento colegiado do mérito de um recurso extraordinário, em que não haja expressa manifestação de um dos julgadores, ainda que para afirmar, simplesmente, “voto com o relator”, parece ferir a garantia constitucional da obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX)¹¹³⁰. Por fim, é necessário dizer que a referida regra (art. 323-A), foi inserida pela ER 42/2010 em período em que vigia o §5º do art. 543-A do CPC/73, cuja última parte dava ao STF a prerrogativa de legislar sobre o procedimento de negativa da repercussão geral, *in verbis*: “Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal”. Tal dispositivo não foi repetido no NCPC, que, aliás, não previu nenhuma possibilidade

¹¹²⁸ “§ 2º Tal procedimento não terá lugar, quando o recurso versar questão cuja repercussão já houver sido reconhecida pelo Tribunal, ou quando impugnar decisão contrária a súmula ou a jurisprudência dominante, casos em que se presume a existência de repercussão geral”.

¹¹²⁹ “Art. 323-A. O julgamento de mérito de questões com repercussão geral, nos casos de reafirmação de jurisprudência dominante da Corte, também poderá ser realizado por meio eletrônico”. (Incluído pela Emenda Regimental n. 42, de 2 de dezembro de 2010).

¹¹³⁰ Sobre o dever de motivação de todas as manifestações dos ministros, favoráveis ou contrárias à do relator, cf. MEDINA, 2012, p. 303.

semelhante de o STF continuar definindo, em seu regimento, regras processuais de votação da repercussão geral e, muito menos, de votação do mérito do recurso extraordinário, diferente das traçadas pela lei (no caso, as dos arts. 929 a 946 e 1.035 do CPC), ainda que em casos de reafirmação de sua jurisprudência¹¹³¹. Desse modo, ao menos para os julgamentos de mérito de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida realizados após a vigência da Lei 13.105/15, isto é, após 18.03.2016 (art. 1.045), torna-se ilegal adotar a forma de deliberação do art. 323-A do RISTF, ou seja, a reafirmação da jurisprudência fora do Plenário físico (i.e. no Plenário Virtual), sem a possibilidade de sustentação oral das partes e de terceiros e sem a expressa e presencial manifestação dos ministros, especialmente quanto ao teor de seus votos, entre outros aspectos que a lei processual impõe.

De qualquer forma, diante desse regramento, são três os campos a serem preenchidos pelos ministros, no Plenário Virtual: “Questão Constitucional”, que versa sobre a existência de ofensa direta às normas constitucionais, podendo ser respondido com “Há” ou “Não há”, cabendo lembrar que se a manifestação do Relator for no sentido de não haver, a ausência de manifestação é computada como concordância com a inexistência de ofensa direta à Constituição (art. 324, §2º); “Repercussão Geral”, que diz respeito à existência simultânea de relevância e transcendência do tema e pode ser respondido com “Há” ou “Não há”, sendo necessários 8 votos “Não há”, para rejeição do RE (CF, art. 102, §3º; RISTF, art. 324, §1º); e “Reafirmação de jurisprudência”, quando o caso envolver jurisprudência dominante do próprio STF, favorável ou contrária aos fundamentos do RE, e não for, por isso, necessária a deliberação no Plenário físico (arts. 323, §2º, e 323-A). Abaixo, um exemplo de como essas decisões são registradas no sítio eletrônico do STF¹¹³², podendo ser acompanhados em tempo real por qualquer pessoa com acesso à rede mundial de computadores, enquanto durar o prazo de 20 dias da votação ou mesmo após esse se encerrar, para conferência dos votos registrados e das abstenções:

¹¹³¹ Com efeito, o CPC/15 previu a competência do STF para definir, regimentalmente, apenas os seguintes aspectos que podem repercutir no julgamento da repercussão geral e do recurso extraordinário: definição dos pressupostos de edição de enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante (art. 926, §1º), critérios de distribuição dos recursos aos ministros (art. 930), definição das atribuições do relator (art. 932, VIII), preferências de julgamento (art. 936), procedimento para admissão da manifestação de terceiros (*amicus curiae*) sobre o tema de repercussão geral (art. 1.035, §4º), regras suplementares de julgamento de recursos extraordinários repetitivos (art. 1.036), julgamento conjunto do mérito do agravo e do correspondente recurso extraordinário – garantida a sustentação oral (art. 1.042, §5º)

¹¹³² Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/detalharProcesso.asp?numero-Tema=478>>. Acesso em: 24 mar. 2018.

Tema			
478 - Alcance do princípio da autodefesa frente ao crime de falsa identidade			
Relator: MIN. DIAS TOFFOLI		Classe: RE Número: 640139 Data de Início: 02/09/2011 Data Prevista Fim: 22/09/2011	
Ministro	Questão Constitucional	Repercussão Geral	Reafirmação de Jurisprudência
MIN. DIAS TOFFOLI	Há	Há	Sim
MIN. RICARDO LEWANDOWSKI	Há	Há	Sim
MIN. LUIZ FUX	Há	Há	Sim
MIN. MARCO AURÉLIO	Há	Há	Não
MIN. JOAQUIM BARBOSA	Há	Há	Sim
MIN. GILMAR MENDES	Há	Há	Sim
MIN. CELSO DE MELLO	Há	Há	Sim
MIN. CEZAR PELUSO	-	-	-
MIN. AYRES BRITTO	-	-	-
MIN. CÂRMEN LÚCIA	-	-	-

No caso acima ilustrado, dos 11 ministros, 7 se manifestaram pela existência de questão constitucional debatida no RE, os mesmos 7 também se manifestaram pela existência de repercussão geral e 6 pela reafirmação da jurisprudência, havendo 1 vencido quanto a este último quesito; 3 não se manifestaram expressamente sobre nenhum dos três quesitos (o que é computado como reconhecimento da RG). O resultado desse RE foi a sua admissão, o reconhecimento da repercussão geral da questão constitucional nele versada (porquanto não alcançado número mínimo de votos para sua rejeição: 2/3 ou 8 votos) e o julgamento do seu mérito, na forma eletrônica (sem remessa ao Plenário físico), porque se tratava de questão pacificada na jurisprudência do STF.

5.3.6. Irrecorribilidade da decisão

Não obstante o quórum majoritário já inviabilizasse, em tese, a reforma da decisão (uma vez que a maioria teria se posicionado pela existência de repercussão geral e não haveria órgão jurisdicional competente para reanalisar as decisões do STF), a Constituição ainda foi expressa

em prever a irrecorribilidade da decisão dos membros do STF que afirma ou nega a existência de repercussão geral ao recurso extraordinário. O não cabimento de recurso contra esse tipo de decisão também foi previsto no art. 543-A do CPC/73, no RISTF, art. 326¹¹³³, e no atual CPC/15, art. 1.035.

Não obstante, segundo a doutrina, ao menos um recurso é cabível contra a decisão de exame da repercussão geral da questão constitucional objeto do recurso extraordinária. Referimo-nos ao recurso de embargos de declaração¹¹³⁴. É cediço que, mesmo nas decisões legalmente tachadas de irrecorríveis, estará sempre presente a possibilidade de haver contradições, omissões, obscuridades ou ambiguidades, cuja saneamento diz respeito ao “direito das partes de obter providimentos jurisdicionais claros, coerentes e completos.”¹¹³⁵ Nesse campo, entra em cena o inarredável recurso de embargos de declaração, como instrumento de salvaguarda desse direito subjetivo. É o que ponderam Pontes de Miranda – “Se a decisão é irrecorrível, a irrecorribilidade somente concerne a outros recursos, e não ao recurso de declaração”¹¹³⁶ – e Barbosa Moreira.¹¹³⁷ Desse modo, se a decisão de existência ou inexistência de repercussão geral contiver omissão, contradição, obscuridade ou ambiguidade, será cabível o recurso de embargos de declaração, para sanar tais pontos e integrar o julgado. Esse entendimento, embora perfilhado pela doutrina, não é acompanhado pelo STF, que já teve algumas oportunidades de se manifestar sobre o não cabimento dos embargos de declaração contra as decisões do Plenário Virtual, em análise de repercussão geral, a exemplos dos seguintes julgados: ARE 694294 ED, Relator: Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 18/09/2014; AI 855810 RG-ED, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 19/06/2013; RE 630152 RG-ED, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 06/06/2013; RE 676924 RG-ED, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 19/06/2013.¹¹³⁸

¹¹³³ “Art. 326. Toda decisão de inexistência de repercussão geral é irrecorrível e, valendo para todos os recursos sobre questão idêntica, deve ser comunicada, pelo(a) Relator(a), à Presidência do Tribunal, para os fins do artigo subsequente e do art. 329”. (Redação dada pela Emenda Regimental n. 21, de 30 de abril de 2007)

¹¹³⁴ Sobre a natureza de recurso dos embargos de declaração, cf.: MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1964, v. 4, p. 280-281; PONTES DE MIRANDA, 1975, t. VII, p. 391; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Omissão judicial e embargos de declaração**. São Paulo, RT, 2005, p. 53; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 5, p. 546; MANCUSO, 2010, p. 52.

¹¹³⁵ DANTAS, 2012, p. 328; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 64-65.

¹¹³⁶ PONTES DE MIRANDA, 1975, p. 401.

¹¹³⁷ BARBOSA MOREIRA, 2003, p. 548.

¹¹³⁸ Entre eles, destacamos o julgamento do Tema 811, cf. tópico 6.33.2 e 3.

Outro ponto que pode ser levantado é o cabimento de mandado de segurança contra a decisão irrecurável de julgamento da repercussão geral. Essa possibilidade esbarra, contudo, no entendimento sedimentado do STF no sentido de não ser cabível o *mandamus* contra atos de seus ministros (p. ex.: STF, MS 25.517, rel. min. Carlos Britto, DJ 16.09.2005), ainda que exista norma constitucional pelo seu cabimento expressa no art. 102, I, *d*. Ademais, se a Corte não tem admitido nem mesmo os embargos de declaração, muito menos provável que aceite a impugnação da decisão de repercussão geral pela via do mandado de segurança; o *writ*, nesse caso, dificilmente será conhecido. O mesmo pode-se dizer, por decorrência lógica, do *habeas corpus*.

Por fim, cumpre salientar que a previsão regimental do RISTF, art. 327, §2º no sentido de que contra a decisão que inadmite o recurso extraordinário por ausência de preliminar formal de repercussão geral é recorrível por agravo, não é incompatível com a previsão constitucional de irrecorribilidade da decisão acerca da existência ou inexistência de repercussão geral. Cuidase, no primeiro caso, de exame de requisito de forma, extrínseco, do recurso, como vimos antes¹¹³⁹, e que, por isso, insere-se no exame de admissibilidade comum do recurso extraordinário e, via de consequência, entre os poderes do relator, sendo, portanto, cabível o agravo. No caso da decisão que analisa a existência da própria repercussão geral – vale dizer: posterior ao exame dos requisitos ordinários de admissibilidade – aí sim haverá impossibilidade total de recurso, por expressa previsão constitucional, salvo se essa decisão for monocrática.

5.3.7. Julgamento público

Em que pese a impossibilidade de impugnação da decisão de análise da repercussão geral, seu julgamento tem de ser público e motivado, como todas as decisões judiciais, *ex vi* do art. 93, IX, da Constituição Federal. Trata-se de importante diferenciação da repercussão geral em relação à arguição de relevância, a qual ocorria em sessão secreta e sem exposição, ao final, dos motivos da decisão, fosse de acolhimento, fosse de rejeição do recurso extraordinário, sistemática que sofreu diversas críticas à época de sua vigência.¹¹⁴⁰

A publicidade das decisões judiciais prende-se à necessidade de fiscalização da atividade jurisdicional, tanto pelas partes do processo, quanto pela sociedade em geral, e é elemento essencial

¹¹³⁹ Cf. tópico 5.3.1.

¹¹⁴⁰ BARROSO, 2012, p. 140-141.

à ideia de administração da Justiça.¹¹⁴¹ No caso do plenário virtual, a sessão não tem a mesma publicidade que tem a do plenário físico do STF, mas, nem por isso, há prejuízo à garantia da publicidade do julgamento, nem se trata de julgamento secreto, porquanto a manifestação inicial do relator, necessariamente, é publicada, ficando acessível, na íntegra, no processo eletrônico, sendo-o, também, a dos demais ministros, quando se manifestam¹¹⁴². É preciso registrar que a regra é que apenas o Relator se manifeste, sendo comum que os demais ministros apenas registrem seus votos eletrônicos como “Há” ou “Não há” repercussão geral.¹¹⁴³

Ainda no campo da publicidade, é preciso ser dito que a súmula do julgamento do requisito de admissibilidade da repercussão geral constará de ata e será publicada no Diário Oficial, servindo essa publicação como acórdão, nos exatos termos do art. 1.035, §11, do CPC e do art. 325, parágrafo único, do RISTF. Segundo a doutrina, “a publicização do julgado funciona como condição de eficácia da decisão”.¹¹⁴⁴ Nessa mesma linha, dispõe o art. 329 do RISTF que a “Presidência do Tribunal promoverá ampla e específica divulgação do teor das decisões sobre repercussão geral, bem como formação e atualização de banco eletrônico de dados a respeito” (Redação dada pela Emenda Regimental n. 21, de 30 de abril de 2007), disposição que se harmoniza com a redação do art. 927, §5º do CPC, segundo o qual: “Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores”.

No que toca à motivação, esta acompanha a publicidade em seu fundamento precípua, qual seja, o de controle da atividade judicial e de fortalecimento da participação democrática nas decisões do Poder Público.¹¹⁴⁵ No que se refere à repercussão geral, a importância da motivação é ainda maior dado o caráter indeterminado conceitual do instituto; assim, mais do que afirmar se dada controvérsia constitucional tem ou não repercussão geral, a fundamentação da decisão sobre a sua existência tem a propriedade de dar ao instituto os seus contornos fático-jurídicos a cada julgamento. É, portanto, com dados de cada decisão de reconhecimento ou rejeição de repercussão geral que o STF preenche a lacuna legislativa deixada, propositalmente, pelo legislador

¹¹⁴¹ MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 56.

¹¹⁴² DANTAS, 2012, p. 299; MATOS, 2014, p. 97-98.

¹¹⁴³ Exemplo disso pode ser visto no quadro que colacionamos do item 5.3.4. Também, por acesso ao link “Plenário Virtual” do *site* do STF, disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/listarProcesso.asp?PesquisaEm=tema&situacaoRG=EM_JULGAMENTO&situacaoAtual=S&txtTituloTema=&numeroTemaInicial=&numeroTemaFinal=&acao=pesquisarProcesso&classeProcesso=&numeroProcesso=&ministro=&ordenacao=asc&botao=>>. Acesso em: 24 mar. 2018.

¹¹⁴⁴ MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 60.

¹¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 57-59.

constituinte reformador, e dá a conhecer à sociedade que critérios usa para aferir a relevância e transcendência de determinada questão e a necessidade do pronunciamento da Corte Suprema sobre a mesma.¹¹⁴⁶

Questão interessante se coloca quanto à motivação da decisão nos casos em que o relator vota pela ausência de repercussão geral e os demais ministros não se manifestam, nenhum, no prazo regimental de vinte dias. Como vimos, a ausência de manifestação no prazo é interpretada como voto pela existência de repercussão geral (RISTF, art. 324, §1º). Ocorre que tratar-se-ia de decisão judicial sem nenhuma fundamentação, sem a exposição dos motivos que levaram os ministros, à exceção do relator, a entender pela existência ou inexistência de repercussão geral na causa. A solução, contudo, é dada pelo §3º do art. 324 do RISTF: “No julgamento realizado por meio eletrônico, se vencido o Relator, redigirá o acórdão o Ministro sorteado na redistribuição, dentre aqueles que divergiram ou não se manifestaram, a quem competirá a relatoria do recurso para exame do mérito e de incidentes processuais” (redação dada pela Emenda Regimental n. 49, de 3 de junho de 2014). Vê-se, portanto, que, no caso citado, a motivação ficará a cargo de um dos ministros que divergiram do relator, suprindo-se, assim, a necessidade de fundamentação da decisão judicial de repercussão geral. Ainda que tal previsão regimental não existisse e, de fato, ficasse ausente qualquer motivação na decisão de julgamento da repercussão geral, a doutrina aponta que isso não macularia a garantia da fundamentação dessa decisão judicial. Isso só ocorreria se o silêncio fosse interpretado como ausência de repercussão geral, em contrariedade à regra da presunção de repercussão geral. Segundo essa linha de pensamento, como há uma presunção de repercussão geral, por força do quórum qualificado para sua rejeição, não há que se falar em inconstitucionalidade pela ausência de fundamentação. O que ocorre, nesse caso, é uma simples aplicação da presunção, em prol da atuação do Supremo Tribunal Federal, que irá, de qualquer modo, pronunciar-se de forma ampla e aberta sobre o mérito do recurso extraordinário.¹¹⁴⁷

¹¹⁴⁶ Em que pese a importância da fundamentação da decisão do STF sobre a existência ou não de repercussão geral, Barroso defende que a mesma deva ser sucinta, sob pena de subverter a razão e ser do instituto, que é racionalizar a pauta do STF. Se este despende muito tempo na apreciação dessa preliminar, a finalidade do filtro não se concretiza (BARROSO, 2012, p. 141-142).

¹¹⁴⁷ MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 59-60. Em sentido contrário, apontando o prejuízo da falta de motivação na ausência de manifestações dos ministros: FRANCISCO, 2011, p. 164-165.

5.3.8. A intervenção do *amicus curiae*

Arelada à importância da publicidade e da motivação da decisão sobre a repercussão geral, temos a possibilidade de manifestação de terceiros interessados no processo, sobre o tema, antes de seu julgamento. A previsão da intervenção do(s) *amicus(i) curiae* está no art. 1.035, §4º, do CPC, que assim dispõe: “O relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal” (idêntica previsão já constava do art. 543-A, §6º, do CPC/73).

Trata-se de hipótese semelhante ao que ocorre em sede de controle concentrado de constitucionalidade (art. 7º, §2º, da Lei 9.868/99)¹¹⁴⁸ e que visa a concretizar o pilar democrático de participação da sociedade em geral nas decisões do Poder Público, em todas as suas esferas de atuação.¹¹⁴⁹ A ideia é que o máximo de pessoas e entidades com conhecimento ou atuação relacionados ao tema, tenham a oportunidade de contribuir com o julgamento da relevância e transcendência do mesmo e, assim, dê-se à Corte Suprema a maior gama de dados e argumentos para decidir sobre o requisito de admissibilidade em questão.¹¹⁵⁰

A decisão que acolhe ou rejeita a participação do *amicus* é irrecorrível, nos termos do art. 323, §3º, do RISTF (com redação dada pela ER 42/2010). Uma vez admitida a participação o terceiro habilitado, através de advogado, poderá apresentar suas razões escritas pela existência ou não de repercussão geral da decisão no caso concreto. Dentro ainda de suas atribuições, é possível franquear-se ao *amicus curiae* a oportunidade de sustentação oral (em analogia ao disposto no art. 131, §3º. do RISTF) e de apresentação de memoriais para o exame final da causa.¹¹⁵¹

Juntadas todas as manifestações aos autos, tanto de ministros quanto de terceiros habilitados, caberá ao relator do recurso redigir a decisão de reconhecimento ou rejeição da repercussão geral.

5.4. OS EFEITOS DA REJEIÇÃO DA REPERCUSSÃO GERAL

¹¹⁴⁸ AMARAL NETO, 2013, p. 57.

¹¹⁴⁹ ZANETI JR., 2014, p. 106-132.

¹¹⁵⁰ LIMA, C. B., 2013, p. 120 e 125. Barroso, contudo, adverte para o uso moderado da admissão do *amicus curiae*, a fim de não tornar o procedimento decisório acerca da repercussão geral mais complexo que o próprio mérito do recurso, contrariando, assim, o escopo do instituto de racionalizar a pauta do STF. (BARROSO, 2012, p. 142).

¹¹⁵¹ Nesse sentido: MARINONI; MITIDIERO, p. 48.

Se o Supremo Tribunal Federal rejeitar a existência de repercussão geral da questão constitucional objeto do recurso extraordinário terá de negar-lhe seguimento, não o conhecendo, por falta de um de seus requisitos de admissibilidade¹¹⁵²; nesse caso, a decisão recorrida não será substituída pela do STF.¹¹⁵³ A decisão, contudo, não é despida de efeitos sobre o ordenamento jurídico e sobre outros processos.

Primeiramente, negada a repercussão geral, o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos extraordinários sobrestados que versem sobre matéria idêntica, conforme prevê o art. 1.035, §8º. Isto é, todos os processos para os quais foi ordenada a suspensão, na forma do §5º retomarão seu curso. Convém lembrar que isso pode ocorrer mesmo que ultrapassado o prazo de um ano a que alude o §9º, ante à revogação do §10 pela Lei 13.256/16¹¹⁵⁴.

Do mesmo modo, os presidentes ou os vice-presidentes dos demais tribunais deverão negar seguimento a todo recurso extraordinário, sobrestado ou não, que discuta questão constitucional à qual o Supremo Tribunal Federal não tenha reconhecido a existência de repercussão geral (art. 1.030, I, “a”, primeira parte, e art. 1.039, parágrafo único), ou seja, em que o STF tenha declarado expressamente inexistir repercussão geral do tema. Dessa decisão caberá agravo interno (art. 1.030, §2º c/c art. 1.021). Trata-se, segundo a doutrina, de efeito “pan-processual” do não reconhecimento da repercussão geral da questão constitucional.¹¹⁵⁵ Esse efeito alcança o próprio STF, na medida em que a Presidência do Tribunal e os relatores também poderão negar conhecimento, liminarmente, aos recursos fundados em idêntica matéria (RISTF, arts. 13, V, “c”, e 327, *caput*, e §1º, redações determinadas, respetivamente, pelas ER 24/2008 e 21/2007), havendo “evidente vinculação horizontal na espécie”.¹¹⁵⁶ Contra essa decisão, tal qual ocorre com a decisão no tribunal de origem, cabe agravo (art. 327, §2º).

O sítio eletrônico tem uma base de dados interessante sobre os efeitos da repercussão geral na devolução de processos à origem, pela Presidência do STF, antes mesmo da distribuição, com

¹¹⁵² Nesse sentido: LIMA, M.P., 2016, p. 1317.

¹¹⁵³ MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 61-62.

¹¹⁵⁴ E que dispunha: “§ 10. Não ocorrendo o julgamento no prazo de 1 (um) ano a contar do reconhecimento da repercussão geral, cessa, em todo o território nacional, a suspensão dos processos, que retomarão seu curso normal”.

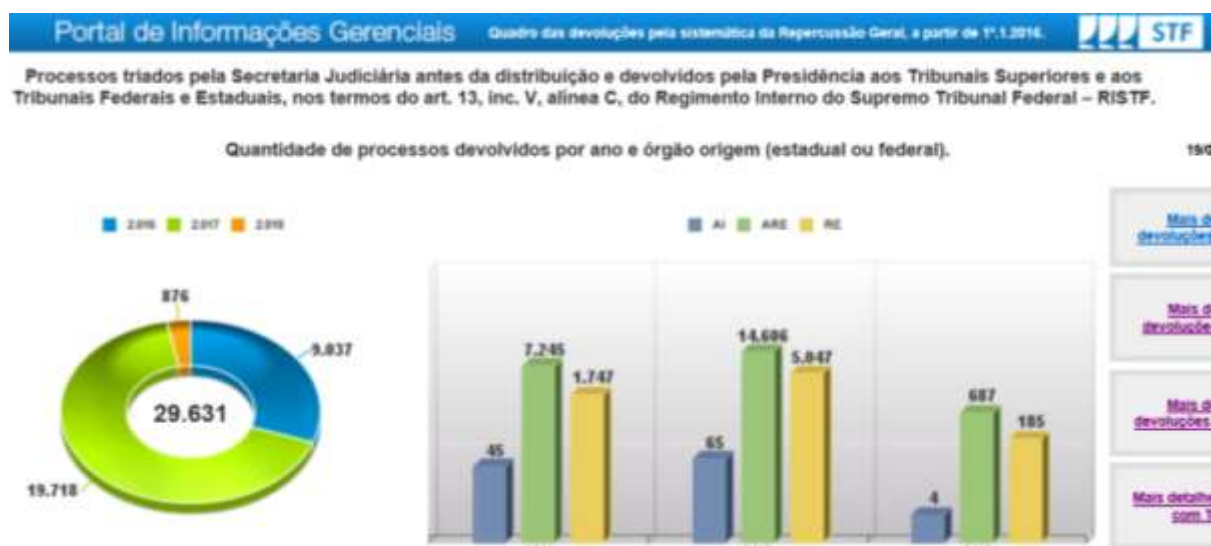
¹¹⁵⁵ MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 62.

¹¹⁵⁶ FRANCISCO, 2011, p. 39-40.

base no art. 13, V, “c” do RISTF (com redação dada pela Emenda Regimental n. 24, de 20 de maio de 2008) e que dispõe:

Art. 13. São atribuições do Presidente: [...]V – despachar: [...]c) como Relator, nos termos dos arts. 544, § 3º, e 557 do Código de Processo Civil, até eventual distribuição, os agravos de instrumento, recursos extraordinários e petições ineptos ou de outro modo manifestamente inadmissíveis, inclusive por incompetência, intempestividade, deserção, prejuízo ou ausência de preliminar formal e fundamentada de repercussão geral, bem como aqueles cuja matéria seja destituída de repercussão geral, conforme jurisprudência do Tribunal.

De fato, as informações que computam números dos anos de 2016, 2017 e 2018¹¹⁵⁷ dão conta de que 29.631 recursos (entre RE, AI e ARE) já foram devolvidos aos tribunais de origem, sendo 9.037 em 2016, 19.718 em 2017 e 876 em 2018. Dentro desse mesmo período de 3 anos, 20.001 recursos foram devolvidos às Justiças Estaduais, 9.370 às Justiças Federais (*latu sensu*) e 251 aos Tribunais Superiores (os 9 restante são de Turmas Recursais).



¹¹⁵⁷ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoBOInternet/anexo/RG/Teste/Quadro%20General%20Devolu%C3%A7%C3%A3o%20RG.mhtml>>. Acesso em: 19 fev. 2018.



Vale ressaltar que os dados acima permitem aferir apenas a devolução dos processos por tema em que houve a rejeição da repercussão geral, visto que é essa a hipótese do art. 21, V, “c” do RISTF (parte final). Não há dados acerca das devoluções por tema em que a mesma foi reconhecida e o acórdão impugnado estava de acordo com a tese fixada pelo STF, sendo, por isso, incabível o apelo extremo (art. 1.030, I, segunda parte). Importante, ainda, dizer que esses números contam apenas os processos que chegam até o STF, não incluindo, obviamente, aqueles obstados na origem e que não foram objeto de impugnação por agravo, cujo cômputo seria ainda mais interessante para se averiguar a efetividade do instituto. Em que pese a ausência de tais informações à disposição dos interessados, na *internet*, os que estão disponíveis, porém, já revelam uma substancial filtragem na entrada de recursos no STF, antes de sua distribuição, o que demonstra a utilidade do instituto na redução de processos na pauta da Corte.

Andou mal o legislador, porém, segundo a doutrina, em manter, no art. 1.030, §8º, a expressão “matéria idêntica”, que já vigorava no art. 543-A, §5º do CPC/73, dado que “o que autoriza a expansão da apreciação a respeito da inexistência de repercussão geral” é a presença de “controvérsia idêntica”. O termo matéria é mais largo que controvérsia; a matéria pode ser a mesma em diferentes recursos, mas a controvérsia pode assumir contornos diferentes a partir de cada caso.¹¹⁵⁸ De todo modo, o CPC atual usa variadas expressões para, aparentemente, tratar do mesmo tema, como “questão constitucional” no art. 1.030, I, “a”; 1.032; 1.035; ou “controvérsia” nos arts. 1.030, II, IV e V, “b”; 1.036, §§1º, 4º e 5º; 1.037, III, §6º; 1.038, I e III, 1.040,

¹¹⁵⁸ MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 63.

§1º. Seja como for, a rejeição da repercussão geral, em que pese decidir pela ausência de transcendência dos efeitos do julgamento do recurso extraordinário, acaba por repercutir, de maneira bastante ampla, em processos com a mesma matéria, questão ou controvérsia, não para dirimi-la, mas, apenas para vetar o acesso da mesma temática fático-jurídica ao STF. Isso significa que a decisão acerca do tema específico ficará mesmo a cargo das instâncias ordinárias, pelo menos enquanto o STF não mudar o entendimento sobre a relevância e transcendência do tema ou firmar precedente que o englobe.

5.5. OS EFEITOS DO RECONHECIMENTO DA REPERCUSSÃO GERAL

Finalmente, se a decisão do plenário virtual for pelo reconhecimento da existência de repercussão geral, no recurso extraordinário, alguns efeitos passarão a ser gerados de imediato, outros somente após o julgamento do mérito.

De início, tem-se por iniciado o prazo de um ano para o julgamento do recurso, nos termos do art. 1.035, §9º, do CPC. Além disso, o recurso terá preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de *habeas corpus*.

Com o reconhecimento da existência de repercussão geral, o recorrente ainda mantém íntegro o seu direito de desistir do recurso, sem a anuência do recorrido ou dos litisconsortes (CPC, art. 998). Sua desistência, contudo, terá efeito apenas *inter partes*, de modo que o resultado do julgamento não poderá afetá-lo diretamente. Não obstante, tal desistência não impede a análise de questão cuja repercussão geral já tenha sido reconhecida pelo STF (parágrafo único). A razão de ser dessa disposição legal decorre da relevância e da transcendência já reconhecidas pela Corte Suprema, no objeto do recurso; se tal objeto interessa à coletividade, o interesse das partes (*ius litigatoris*) é irrelevante. Demanda-se, acima disso, a resolução da controvérsia constitucional em torno do tema, que gerará efeitos para além das partes do processo (*ius constitutio-nis*).¹¹⁵⁹

Também ter-se-á como efeito imediato, a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional (§5º). A comunicação da decisão, para tais efeitos, será feita por meio da sua publicação, da

¹¹⁵⁹ MITIDIERO, 2017, p. 117. Cf. tópico 2.3.3, sobre o tema.

forma mais ampla possível¹¹⁶⁰, como vimos no item anterior, e cada Tribunal, em seu regimento, define o procedimento de operacionalização da suspensão de seus processos. Exceção legal feita aos recursos intempestivos, que poderão ser excluídos da suspensão, se o interessado assim requerer, ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal de origem, tendo o recorrente, nesse caso, o prazo de 5 (cinco) dias para manifestar-se sobre o requerimento de exclusão do seu recurso (§6º). Da decisão que indeferir o requerimento, caberá agravo interno (§7º). Importante, também, destacar que, na redação original do CPC/15, o art. 1.035 continha um §10 que previa que, se não ocorresse o julgamento no prazo fixado no §9º (um ano), cessaria, em todo o território nacional, a suspensão dos processos, que retomariam seu curso normal. Antes mesmo de o novo CPC entrar em vigor, a Lei 13.256/16 suprimiu tal previsão, não existindo, por isso, mais a hipótese de revogação automática da suspensão, enquanto não ultimado o julgamento do recurso extraordinário com repercussão geral.

Internamente ao STF, reconhecida a repercussão geral, também serão distribuídos ou redistribuídos ao relator do recurso paradigma, por prevenção, os processos relacionados ao mesmo tema (RISTF, art. 325-A, incluído pela Emenda Regimental n. 42, de 2 de dezembro de 2010), a fim de que o julgamento seja conjunto e, com isso, haja celeridade na prestação da tutela jurisdicional¹¹⁶¹ e, mais importante ainda, o relator seja municiado com o maior número de relações fático-jurídicas e de argumentos em torno do tema a ser julgado.¹¹⁶²

Por fim, o reconhecimento da existência da repercussão geral obriga o STF a conhecer do recurso e dar seguimento ao mesmo, com o fim de julgar-lhe o mérito¹¹⁶³, ressalvada a hipótese de alguma questão prejudicial ao conhecimento do recurso ser levantada em plenário e acolhida.

¹¹⁶⁰ O sítio eletrônico do STF mantém uma relação de temas em repercussão geral nos quais determinada a suspensão nacional dos processos tramitando sobre a mesma matéria, nos termos do art. 1.035, § 5º, do CPC, facilitando, desse modo, a ciência dos tribunais quanto aos processos que devem ser suspensos até o julgamento pela Corte Suprema. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=repercussaoTemasSuspensao&pagina=principal>>. Acesso em: 24 mar. 2018.

¹¹⁶¹ AMARAL NETO, 2013, p. 51.

¹¹⁶² Há quem alegue violação aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, colocando em dúvida se o recurso-paradigma escolhido pelo tribunal como modelo para o julgamento de fato traz todos os dados sobre o problema e se as razões aventadas pelas partes são as melhores e mais completas para a compreensão da controvérsia e para sua adequada solução para os demais casos. Nesse sentido: BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Inconstitucionalidade do requisito da repercussão geral do recurso extraordinário e da técnica de julgamento por pinçamento. **Revista dos Tribunais**, vol. 911. São Paulo: RT, set. 2011, p. 248-249.

¹¹⁶³ MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 60; FRANCISCO, 2011, p. 96.

O relator julgará o recurso (ou recursos) monocraticamente (CPC, art. 932, IV e V) ou pedirá dia para seu julgamento colegiado, após vista ao Procurador-Geral, se necessária (RISTF, art. 325). Julgado o mérito, seja na forma monocrática ou colegiada, por Turma ou pelo Plenário, a decisão do STF irá substituir a decisão recorrida, nos termos do art. 1.008 do CPC.

5.6. A REPERCUSSÃO GERAL NOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS REPETITIVOS

A sistemática da repercussão geral, nos casos de multiplicidade de recursos extraordinários com fundamento em idêntica questão de direito, não difere muito da tratada nos tópicos anteriores.

A disciplina dos recursos excepcionais (extraordinário e especial) repetitivos se dá, basicamente, nos arts. 1.036 a 1.041 do CPC. De início, a lei remete à observação subsidiária dos regimentos internos do STF e STJ. Vale destacar que o RISTF ainda tem redação referente ao tema, da época em que a lei que o disciplinava era o CPC/73, notadamente os arts. 543-A e 543-B, insertos pela Lei 11.418/06¹¹⁶⁴, de modo que a maior parte do regramento é, mesmo, dada pelo atual CPC.

De plano, a diferença mais marcante que se pode destacar no regime dos recursos extraordinários repetitivos, quanto ao regime ordinário da repercussão geral, é a óbvia necessidade de multiplicidade de recursos sobre a mesma controvérsia jurídica.¹¹⁶⁵ Isso significa que a repercussão geral, embora pressuponha sempre transcendência de efeitos para além de um único processo, dispensa a existência de mais de uma lide versando sobre o mesmo tema. Em outras palavras, é possível e nem tão excepcional, que um único caso concreto, sem registro de controvérsia jurisprudencial, tenha suficiente relevância e transcendência, para ser reputado de continente de repercussão geral¹¹⁶⁶. A praxe, contudo, demonstra que a multiplicidades de causas juridicamente idênticas é um importante indicativo da repercussão geral, sendo, por isso, recomendável a aplicação da disciplina simultânea da repercussão geral (art. 1.035) com a dos recursos repetitivos (arts. 1.036 a 1.041). Basta lembrar que o RISTF (art. 325-A) já prevê a distribuição e a redistribuição, ao relator do recurso extraordinário, de todos os processos relacionados ao mesmo tema.

Disso se extrai outra peculiaridade dos repetitivos, que é a análise de processos por amostragem. Nesse caso, o presidente ou o vice-presidente de Tribunal de Justiça ou de Tribunal Regional

¹¹⁶⁴ MATOS, 2014, p. 99-100.

¹¹⁶⁵ LIMA, C.B., 2013, p. 116.

¹¹⁶⁶ THEODORO JUNIOR, 2017, v. III, p. 1114.

Federal selecionará 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia, que serão encaminhados ao Supremo Tribunal Federal para fins de afetação. A escolha feita pelo presidente ou vice-presidente do tribunal de justiça ou do tribunal regional federal não vinculará o relator no tribunal superior, que poderá selecionar outros recursos representativos da controvérsia (art. 1.030, IV, e art. 1.036, §4º), iniciar a seleção de recursos representativos, em caso de não envio pelo tribunal de origem (§5º) e requisitar aos presidentes ou aos vice-presidentes dos demais tribunais ordinários a remessa de um ou mais recursos afins (art. 1.030, V, “b”, e art. 1.037, III).¹¹⁶⁷ Em qualquer caso, somente podem ser selecionados recursos admissíveis que conttenham abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida (art. 1.036, §6º; RISTF, art. 328, parágrafo único).¹¹⁶⁸ Novamente, o que importa é que o órgão julgador da questão constitucional disponha do maior aparato de relações fático-jurídicas e de argumentos em torno do tema a ser julgado, já que “a representatividade do recurso extraordinário está na ótima exposição da questão constitucional, abordando-a eventualmente em tantas perspectivas quantas forem possíveis”.¹¹⁶⁹ O STF mantém banco de dados¹¹⁷⁰ com os processos encaminhados como representativos da controvérsia e que ainda estão em tramitação na Corte; infelizmente não há uma compilação do total de representativos encaminhados, ao longo dos últimos anos.

Nessa esteira de entendimento da necessidade de múltiplas vozes na discussão da matéria repetitiva, tal como ocorre no julgamento da repercussão geral, o relator poderá solicitar ou admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia, considerando a relevância da matéria e consoante dispuser o regimento interno; fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria, com a finalidade de instruir o procedimento; requisitar informações aos tribunais inferiores a respeito

¹¹⁶⁷ AMARAL NETO, 2013, p. 58.

¹¹⁶⁸ A doutrina destaca que o atual CPC, assim como o anterior (art. 543-C), não definiu critérios de seleção dos recursos representativos da controvérsia. No entanto, aponta algumas premissas que podem ser usadas, a fim de dar ao órgão julgador um panorama mais completo da mesma e efetivo, do ponto de vista da melhor e mais abrangente prestação jurisdicional: critério cronológico, segundo se elegeria um critério temporal de interposição de recursos para a amostragem, demonstrando a contemporaneidade da controvérsia; critério quantitativo, segundo é necessário um número considerável de processos com a mesma questão jurídica; critério qualitativo, pelo que o caso selecionado tem de tratar a questão da maneira mais completa possível, com todas as suas nuances e divergências; critério híbrido, que combinaria todas essas, simultaneamente (LIMA, C.B., 2013, p. 117-118).

¹¹⁶⁹ MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 70.

¹¹⁷⁰ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoBOInternet/anexo/RG/Representativo%20de%20Controversia.xlsx>>. Acesso em: 24 mar. 2018.

da controvérsia e, cumprida a diligência, intimará o Ministério Público para manifestar-se (art. 1.038, I a III).

Com a afetação dos recursos, será determinada a suspensão do trâmite de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitem no Estado ou na região, conforme o caso.¹¹⁷¹ Trata-se de suspensão muito semelhante à prevista no art. 1.035, §5º, como efeito do reconhecimento da repercussão geral. A diferença é que, no caso dos repetitivos, a suspensão pode ser feita tanto pelas instâncias de origem, ao perceberem a multiplicidade de recursos sobre idêntica controvérsia (art. 1.036, §1º), quanto pelo tribunal superior (art. 1.037, II), enquanto no caso da repercussão geral, a suspensão é determinada exclusivamente a partir do julgamento da existência da relevância e transcendência da questão constitucional pelo STF. Num ou noutro caso, isto é, tanto em repercussão geral comum quanto repetitiva, para melhor compreensão do fundamento a ser utilizado para identificação dos casos de suspensão de outros processos, o relator, no STF, deverá identificar com precisão a questão a ser submetida a julgamento (art. 1.037, I).

Esse expediente, mais do que o da técnica da remessa por representatividade, parece ter tido uma boa aceitação e prática: o sítio eletrônico do STF, com dados fornecidos pelo CNJ a partir de informações dos tribunais, revela um total de 1.435.403 processos sobrestados desde a admissão do primeiro tema de repercussão geral até hoje, em todas as Cortes de Justiça e Tribunais Superiores brasileiros.¹¹⁷² Essa, sim, uma estatística de peso em favor da eficácia da repercussão geral como filtro de acesso à nossa Corte Suprema.

O relator no STF, se perceber que os recursos remetidos pelos tribunais não guardam pertinência com a questão afetada, devolvê-los-á à origem, para que seja revogada a decisão de suspensão (§1º). Quando os recursos requisitados contiverem outras questões além daquela que é objeto da afetação, caberá ao tribunal decidir esta em primeiro lugar e depois as demais, em acórdão específico para cada processo (§7º).¹¹⁷³

De outro lado, poderá a parte demonstrar a distinção entre a questão a ser decidida no seu processo e aquela a ser julgada no recurso extraordinário afetado, e requerer o prosseguimento do seu caso (§9º), devendo ser intimada da suspensão para que possa exercer esse direito (§8º).

¹¹⁷¹ AMARAL NETO, 2013, p. 58.

¹¹⁷² Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=sobrestadosrg>>. Acesso em: 24 mar. 2018.

¹¹⁷³ Nesse sentido, a advertência feita por Humberto Theodoro Junior, segundo o qual a aplicação da regra da suspensão “pressupõe identidade total de fundamento de direito entre todos os recursos, para que possam ser classificados como seriados ou repetitivos” (THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, v. III, p. 1160).

Para tanto, deverá dirigir seu requerimento ao juiz, se o processo sobrestado estiver em primeiro grau; ao relator, se o processo sobrestado estiver no tribunal de origem; ao relator do acórdão recorrido, se for sobrestado recurso especial ou recurso extraordinário no tribunal de origem; ao relator, no tribunal superior, de recurso especial ou de recurso extraordinário cujo processamento houver sido sobrestado (§10, I a IV). Em respeito ao contraditório, a outra parte será intimada a se manifestar em até 5 dias sobre o requerimento de distinção (§11). Reconhecida a distinção, o juiz ou relator dará prosseguimento ao processo ou recurso sobrestado (§12) em decisão da qual caberá agravo de instrumento, se o processo estiver em primeiro grau, ou agravo interno, se a decisão for de relator (§13, I e II).

Tal como no caso da suspensão por repercussão geral (art. 1.035, §6º), a parte interessada poderá requerer, ao presidente ou ao vice-presidente, que exclua da decisão de sobrestamento e inadmita o recurso especial ou o recurso extraordinário que tenha sido interposto intempestivamente, tendo o recorrente o prazo de 5 (cinco) dias para manifestar-se sobre esse requerimento (art. 1.036, §2º), cabendo contra a decisão que indeferir tal requerimento o recurso de agravo interno (§3º).

5.7. A FIXAÇÃO DA TESE

Reconhecida a repercussão geral e julgado o mérito do recurso extraordinário, seja em regime comum de processamento, seja no regime de recursos repetitivos, a decisão que dirimir a controvérsia constitucional, após o seu trânsito em julgado, terá por efeito imediato (em)prestar a sua *ratio decidendi* para resolver a mesma questão em todos os processos que tenham sido eventualmente sobrestados.¹¹⁷⁴

Nesse caso, os órgãos colegiados declararão prejudicados os demais recursos versando sobre idêntica controvérsia ou os decidirão aplicando a tese firmada (art. 1.039). Assim, se o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Supremo Tribunal Federal, o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento ao recurso extraordinário sobrestado na origem (art. 1.040, I e art. 1.030, I, “a”, segunda parte, e “b”). Dessa decisão caberá agravo interno, nos termos do art. 1.021 e 1.030, §2º, e não o agravo o art. 1.042, por expressa previsão de sua

¹¹⁷⁴ AMARAL NETO, 2013, p. 59.

parte final. Isso significa que o exame da distinção do caso paradigma com o caso objeto do recurso que se quer fazer subir é de exclusiva competência do tribunal de origem, inicialmente por decisão monocrática do membro regimentalmente indicado (normalmente o presidente ou o vice-presidente), e, em segundo lugar e mediante agravo interno, do órgão colegiado a que vinculado. Não há, depois da promulgação da Lei 13.256/16, recurso cabível para que a distinção seja examinada pelo STF¹¹⁷⁵, o que, de certo modo, insere-se na vedação ao reexame dos fatos pela Corte Suprema fora do que assentado pelas Corte ordinárias. Podemos tirar a conclusão da exclusividade da instância ordinária para decidir acerca da distinção também do disposto no art. 1.037, §13, que prescreve que da decisão que resolver o requerimento da parte de prosseguimento do processo, por distinção entre a questão a ser decidida neste e aquela a ser julgada no recurso extraordinário (§9º) afetado caberá (inc. I) agravo de instrumento, se o processo estiver em primeiro grau, ou (inc. II) agravo interno, se a decisão for de relator.¹¹⁷⁶

Se o acórdão divergir do entendimento posto pela Corte Suprema, o processo retornará ao órgão que o proferiu para reexaminar o processo (recurso, incidente ou ação originária) à luz da tese firmada pelo STF e retratar-se do julgamento (art. 1.040, II). Realizado o juízo de retratação, com alteração do acórdão divergente, o tribunal de origem, se for o caso, decidirá as demais questões ainda não decididas cujo enfrentamento se tornou necessário em decorrência da alteração (art. 1.041, §1º). Em caso de ser mantido o acórdão divergente pelo tribunal de origem, o recurso extraordinário será remetido ao STF, para julgamento (art. 1.041, *caput*).

Os processos suspensos em primeiro e segundo grau de jurisdição retomarão o curso para julgamento e aplicação da tese firmada pelo tribunal superior (art. 1.040, III), sendo peculiar a situação dos recursos que versem sobre questão relativa a prestação de serviço público objeto

¹¹⁷⁵ Pela redação original do art. 1.042 do CPC, não havia expressa previsão de não cabimento do recurso de agravo em recurso extraordinário contra decisão de presidente ou de vice-presidente do tribunal fundada na aplicação de entendimento firmado em regime de repercussão geral ou em julgamento de recursos repetitivos. Tanto é que o §1º do mesmo artigo dizia incumbir ao agravante demonstrar, de forma expressa: “II - a existência de distinção entre o caso em análise e o precedente invocado, quando a inadmissão do recurso: a) especial ou extraordinário fundar-se em entendimento firmado em julgamento de recurso repetitivo por tribunal superior; b) extraordinário fundar-se em decisão anterior do Supremo Tribunal Federal de inexistência de repercussão geral da questão constitucional discutida”. Nota-se que a distinção entre o caso paradigma do STF e o novo caso do recorrente podia ser feita no âmbito do STF. Essa medida, porém, parecia ir de encontro ao escopo de redução de recursos nas instâncias extraordinárias, o que motivou a modificação operada pela Lei 13.256/16.

¹¹⁷⁶ DANTAS, Rodrigo Dorio. **Novo Código de Processo Civil**: o “novo” mecanismo de filtragem dos Recursos Especiais. 2016. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2016/04/04/novo-codigo-de-processo-civil-o-novo-mecanismo-de-filtragem-dos-recursos-especiais/>>. Acesso em: 24 mar. 2018.

de concessão, permissão ou autorização, caso em que o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada (IV).

Demonstra-se, com essas previsões legais, o quanto os efeitos das decisões proferidas pelo STF em sede de recursos extraordinários com repercussão geral, singulares ou repetitivos, são vinculantes em relação aos processos sobrestados pelo seu processamento. O sistema atual busca romper, à toda evidência, com um sistema de amplo e irrestrito (mas sobretudo pontual) controle da atividade judicial, isto é, de mera função uniformizadora da jurisprudência pelas Cortes Superiores e de direito subjetivo ao recurso excepcional, para rumar no sentido de um sistema de litigância estratégica e economia processual, de função interpretativa e unificadora da jurisprudência pelas Cortes Supremas e de prevalência do direito da coletividade à objetivação do direito em detrimento do direito da parte ao julgamento justo (ao menos nas instâncias superiores no desempenho de suas funções nomofiláticas).

Aparentemente, a técnica dos recursos repetitivos e do sobrestamento de processos com idêntica controvérsia guarda ainda algo de mais próximo com a função reativa dos provimentos judiciais das Cortes Supremas, posto que voltadas a processos e recursos em tramitação e não para casos futuros. É certo, porém, que a função proativa e para o futuro, própria do modelo desse tipo de Corte, está presente tanto na resolução conjunta de diversos processos, indiretamente (pela via do sobrestamento e da posterior aplicação da tese afirmada), quanto nos efeitos legais dos processos e recursos não sobrestados, sobre os quais a tese consolidada pelo STF também produzirá seus efeitos. São esses julgamentos que servirão, portanto, de paradigma atual (para os processos sobrestados) e futuro (para os demais casos).

Nesse ponto, uma nota importante sobre as teses enunciadas pelo STF. Como resultado dos julgamentos de mérito dos recursos extraordinários com repercussão geral reconhecida, a Corte tem sempre editado um enunciado, ao qual denomina de “tese”. As teses decorrentes de tais julgamentos formam, inclusive, um banco de dados próprio, no sítio eletrônico do Tribunal, denominado de “Teses de Repercussão Geral”¹¹⁷⁷, boa parte das quais tiveram sua redação final aprovada na forma do item 2 da Ata da 12ª Sessão Administrativa do STF, realizada em

¹¹⁷⁷ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/abrirTemasComTesesFirmadas.asp>>. Acesso em: 24 mar. 2018.

09/12/2015¹¹⁷⁸; as teses posteriores foram aprovadas nas próprias sessões de julgamento do mérito do respectivo recurso extraordinário. Essas teses não se diferem substancialmente dos enunciados da Súmula do Tribunal, já que, na forma (salvo algumas exigências a mais para a entrada de um enunciado no Repositório da Súmula, como publicação por três vezes etc.) e no conteúdo, são, tal como os outros, enunciados que buscam refletir a essência da decisão sobre o tema julgado; enfim, um resumo do julgado, ainda menor que a ementa.¹¹⁷⁹ Em uma concepção mais correta da técnica de fixação de precedentes, contudo, o “enunciado de tese” não deve ser considerado a tese firmada pelo Supremo. É que o que importa, sob esse prisma, são as razões essenciais da decisão, isto é, a *ratio decidendi* do julgado, que implica interpretação e aplicação de normas jurídicas a um caso concreto, sendo que um simples enunciado nunca poderá condensar a *ratio decidendi* em sua completude¹¹⁸⁰. Não fosse assim, não existiriam intensos debates nos países de *common law* (donde se buscou inspiração para esse tipo de modelo) sobre o exato sentido normativo a ser extraído de um (ou mais) julgado(s) sobre determinada interpretação jurídica, levados em conta os aspectos do caso concreto sobre o qual firmada. Basta, porém, “passar os olhos” sobre as teses firmadas pelo STF, nos julgamentos de mérito dos recursos extraordinários com repercussão geral¹¹⁸¹, para ver que os mesmos não trazem muitos detalhes sobre o caso concreto, o que é essencial à compreensão da controvérsia fático-jurídica e à sua solução, por expressa exigência legal contida no art. 926, §2º, do CPC¹¹⁸². Embora tal dispositivo se refira à importância das circunstâncias fáticas dos precedentes para a edição das súmulas, dada a similitude destas com os enunciados de teses de repercussão geral, a norma em questão se aplica da mesma forma. Caso contrário, corre-se o risco de, mesmo com um novo Código de Processo Civil, continuar-se repetindo a velha sistemática de edição de

¹¹⁷⁸ ATA DA DÉCIMA SEGUNDA SESSÃO ADMINISTRATIVA, REALIZADA EM 9 DE DEZEMBRO DE 2015. Às 17h25, reuniu-se o Supremo Tribunal Federal em Sessão Administrativa, presentes o Senhor Presidente, Ministro Ricardo Lewandowski, e os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki, Roberto Barroso e Edson Fachin. Ausente a Senhora Ministra Cármen Lúcia. [...]2) O Presidente submeteu à consideração dos Senhores Ministros estudo elaborado pela Presidência, no qual constam todas as teses de repercussão geral firmadas pelo Plenário e as propostas de teses que ainda não foram expressamente fixadas, a fim de que o Tribunal cumpra o preceito do disposto no § 7º do art. 543-A do Código de Processo Civil. Ficou decidido que cada Ministro irá examinar, até o dia 29 de fevereiro de 2016, os textos sugeridos para os processos de sua relatoria e, no caso de teses de relatoria de ministros já aposentados, a atribuição ficará a cargo dos seus sucessores[...]. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacao-AtasSessoesAdministrativas/anexo/Ata12.2015.doc>>; Acesso em: 24 mar. 2018.

¹¹⁷⁹ Cf. SILVA, Oscar Joseph de Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.784.

¹¹⁸⁰ Cf. tópico 2.3.3.

¹¹⁸¹ Veremos isso com clareza do capítulo seguinte, em que examinaremos as teses de repercussão geral criminal.

¹¹⁸² Cf. tópico 2.3.3.

enunciados normativos abstratos, por fonte não legislativa, mas, sim judicial; em outras palavras, de repetir-se o modelo tradicional de fixação de meras súmulas, gerais e abstratas, que passam a ter força persuasiva mais “vinculante” que as leis.¹¹⁸³

Nesse ponto, nota-se uma constante nas sessões de julgamento dos recursos extraordinário com repercussão geral: gasta-se um tempo desnecessário do Pleno com a discussão dos ministros acerca da definição do texto da tese e isso porque, na maioria dos casos, almejam fixar um enunciado geral e abstrato que abarque os casos futuros, quando as razões de decidir não apenas são suficientes para tanto (dispensando qualquer necessidade de um enunciado de tese), como também são a única fonte da qual se pode extrair a força normativa do precedente de forma integral e válida. Não que o caso julgado não tenha que ter repercussão futura e função proativa; isso deve haver, mas veja-se que são efeitos que prescindem de um enunciado de tese, posto que decorrem da *ratio decidendi* do acórdão que julga o RE. Definir uma “tese” a partir dali é algo que deve ficar a cargo dos aplicadores do precedente nos casos futuros, a partir da extração da sua *ratio* e analogia com o novo contexto fático-jurídico que se apresenta no processo em que será aplicada. Não deve o STF querer antecipar, num único caso – ou mesmo em mais de um, selecionados sob o regime de recursos repetitivos – todas as possibilidades de aplicação, porque, primeiramente, isso é característica da lei e, em segundo lugar, de uma concepção cognitivista, que vê no texto normativo um aspecto casuístico e esgotador de qualquer possibilidade ulterior de interpretação para além do literalmente evidenciado¹¹⁸⁴. Corremos, com a enunciação de teses de repercussão geral pelo STF, portanto, o risco de involução para o modelo que se busca superar com a lógica-argumentativa. O ideal – e aproveitando que não existe norma legal ou regimental que determine que o julgamento do recurso extraordinário com repercussão geral admitida tenha de resultar num enunciado de tese – é que o STF se abstenha de formular esses enunciados abstratos de repercussão geral, ao final do julgamento. Isso posto, vejamos os efeitos da fixação da tese (*rectius: ratio decidendi* da decisão do caso concreto no recurso extraordinário com repercussão geral) sobre a questão constitucional pelo STF.

¹¹⁸³ Advertência feita, veementemente, por Lênio Streck e Georges Abboud, cf.: STRECK; ABOUD, 2015, p. 53-67.

¹¹⁸⁴ Nesse sentido, cf. tópicos 1.4 e 2.3.2.

Primeiramente, deverá a tese do STF ser observada por todos os órgãos jurisdicionais, nos termos do art. 927, V, por estarem todos vinculados à Corte de Vértice do sistema. Isso significa que mesmo que o julgamento não produza um enunciado de súmula (inc. IV) ou que não tenha sido proferido em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recurso extraordinário repetitivo, mas em recurso extraordinário singular com repercussão geral, a lógica do sistema, que preza pela unidade do direito e pela natureza de Corte Suprema, com as funções desta voltadas à interpretação e unificação do direito constitucional, tanto reativa quanto proativamente, há que se reconhecer, como vimos acima, a necessidade de se prestar efeitos vinculantes aos seus julgamentos, mormente em casos com repercussão geral reconhecida.¹¹⁸⁵

O CPC reflete isso, ao prever, em seu art. 1.030, I, *a e b*, que o presidente ou o vice-presidente do tribunal, ao receber a petição de recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de repercussão geral ou no regime de julgamento de recursos repetitivos, deverá negar seguimento ao recurso. Do mesmo modo, deverão tais autoridades judiciárias encaminhar o processo ao órgão julgador para realização do juízo de retratação, se o acórdão recorrido divergir do entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado nos regimes de repercussão geral ou de recursos repetitivos (inc. II). Demonstra-se, com isso, que os efeitos vinculantes, nesse caso, estão voltados, também, aos casos futuros, cuja pertinência temática terá de ser feita, para uma verdadeira aplicação da teoria dos precedentes, à luz das circunstâncias fáticas e jurídicas dos casos concretos que motivaram a fixação da tese fático-jurídica-constitucional pelo STF (art. 927, §2º). Fixa-se, também, com o estreitamento do acesso à Corte Suprema, o seu papel nomofilático-interpretativo e consolida-se a sua autonomia e autogestão de processos e de casos sobre os quais entenda conveniente e oportuno debruçar-se em julgamento.

¹¹⁸⁵ MITIDIERO, 2017, p. 130-131: “O art. 927 do CPC, é meramente exemplificativo, tendo em conta que deixa de mencionar que a partir do julgamento de recursos extraordinários e de recursos especiais não repetitivos julgados pelas Turmas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça e a partir do julgamento de embargos de divergência é possível formar precedentes. A uma, se o recurso extraordinário e o recurso especial por si só visam a viabilizar a outorga de unidade ao direito, então é óbvio que não é necessário ligar necessariamente a formação de precedentes mediante esses recursos ao incidente de assunção de competência (art. 947 do CPC) ou à forma repetitiva (arts. 1.036 A 1.041 do CPC) – como, nada obstante, sugere o art. 927, III, do CPC. A duas, o recurso de embargos de divergência visa justamente a viabilizar a composição de eventuais dissensos entre decisões no âmbito das cortes supremas, de modo que a sua função só pode estar evidentemente atada à superação do dissenso e à busca pela unidade do direito. Em outras palavras: à formação de precedentes. Como é evidente, num e noutra caso pode simplesmente não ser necessária a pronúncia da seção, da corte especial ou do pleno para o julgamento da questão a fim de que se obtenha a formação de um precedente”.

Questão que pode ser colocada é se o ministro relator do RE, no STF, tem poderes para decidir monocraticamente recursos futuros, com base no entendimento da Corte firmado em julgamento com repercussão geral, seja para dar, seja para negar provimento. O art. 932, IV e V, do CPC, trata desses poderes. Nota-se, contudo, que não menciona a hipótese de precedente firmado em julgamento de RE com repercussão geral, mas, como em outras passagens, apenas a contrariedade às súmulas, e aos entendimentos firmados em julgamentos dos recursos e das demandas repetitivos e de assunção de competência. A distinção, porém, não parece fazer sentido, dada a relevância e transcendência ínsitas à RG, ao escopo de unificação do direito constitucional e, principalmente, da finalidade de redução de recursos a serem julgados pelos órgãos colegiados da Corte Suprema, de modo que uma leitura teleológica do instituto aponta na direção da extensão dos poderes do art. 932, IV e V, ao relator do RE, no STF, com base em tese firmada em julgamento com repercussão geral. Pensamos que tal questão é superada, também, por uma leitura sistemática do CPC, já que não faz sentido que o Presidente do Tribunal de origem possa negar seguimento ou devolver o RE ao órgão de origem para reapreciação da questão, com base em precedente firmado em RG (art. 1.035, I, “a”, e II) – ainda que sem origem em julgamento de recursos repetitivos e sem edição de súmula – e o ministro relator no STF não possa, também, fazer um juízo monocrático da questão. Cumpre, por fim, salientar que esse é o entendimento do STF, como restou afirmado ao final do julgamento do RE 453.000/RS, no qual, após o julgamento do mérito e a fixação da tese, autorizou-se aos ministros a decidirem monocraticamente casos idênticos.¹¹⁸⁶ A decisão, embora não tenha mencionado, parece apenas uma repetição do que já se praticava em relação à jurisprudência dominante do Tribunal, com base no art. 21, §1º do RISTF.¹¹⁸⁷

Desse modo, embora a redação dos dispositivos do CPC sobre os efeitos do julgamento do recurso extraordinário repetitivo seja mais ampla, modificando direta e imediatamente os provimentos judiciais, para se conformarem ao entendimento do STF, em todas as instâncias, as premissas para isso são as mesmas que tornam vinculantes os provimentos em sede de recurso

¹¹⁸⁶ Para mais detalhes do caso, cf. tópico 6.4.

¹¹⁸⁷ “Art. 21. São atribuições do Relator:[...] § 1º Poderá o(a) Relator(a) negar seguimento a pedido ou recurso manifestamente inadmissível, improcedente ou contrário à jurisprudência dominante ou à súmula do Tribunal, deles não conhecer em caso de incompetência manifesta, encaminhando os autos ao órgão que repute competente, bem como cassar ou reformar, liminarmente, acórdão contrário à orientação firmada nos termos do art. 543-B do Código de Processo Civil”. (Redação dada pela Emenda Regimental n. 21, de 30 de abril de 2007)

extraordinário singular com repercussão geral¹¹⁸⁸. Não é a multiplicidade de processos com idêntica controvérsia que causa a repercussão geral; essa é, antes, pressuposto, também do recurso extraordinário repetitivo; vale dizer, se a controvérsia for múltipla, mas não tiver relevância e transcendência, o recurso extraordinário não será admitida por faltar-lhe repercussão geral. Isso quer dizer que os arts. 927 e 932 do CPC, ao enfatizar os recursos repetitivos e às súmulas, disseram menos do que deveriam. Com efeito, as teses fixadas em repercussão geral são tão vinculantes quanto tais provimentos, porquanto não há sentido em se atribuir as características estreitas de relevância e transcendência à questão constitucional, únicas aptas a provocar o exame dela pelo STF, em sede de recurso extraordinário, para depois aceitar-se que o preceito fixado pode ser desrespeitado ou afastado ao bel prazer das instâncias inferiores. Não haveria coerência no sistema que filtra severamente o acesso à Corte Suprema, com o fito de deixá-la capaz de objetivar e unificar o direito, para, logo em seguida, tolher de eficácia vinculante seus provimentos interpretativos e unificadores do ordenamento jurídico. Note-se que, apesar da ênfase dada pelo CPC às súmulas, estas são os instrumentos mais precários de compreensão da tese firmada pelo STF, porquanto “escondem” o caso concreto e suas peculiaridades do destinatário da norma, tornando extremamente deficiente, quando não subvertem, o caráter fático-normativo do julgado. Os arts. 927 e 932 (e todos os seus incisos) devem, portanto, ser sempre lidos à luz do art. 926, *caput* e §2º, de modo a conferir estabilidade, integridade e coerência à jurisprudência, sem descuidar das circunstâncias fáticas que motivaram cada decisão.¹¹⁸⁹

Por isso, temos presente que as teses fixadas pelo STF devem, antes de mais nada ser entendidas não a partir dos simplórios enunciados redigidos pelo Tribunal, como “síntese” da decisão, mas das razões de decidir (*ratio decidendi*) de todo o julgado, incluindo os votos escritos e as manifestações orais dos ministros e ministras durante o debate no Plenário. Em seguida a isso, que as teses possuem efeito vinculante tanto para os processos e recursos sobrestados, por força do reconhecimento da repercussão geral (art. 1.035, §5º) e com ou sem a existência de multiplicidade de recursos repetitivos (arts. 1.036, §1º, e 1.037, II), quanto para os processos e recursos não sobrestados e mesmo para os que ainda nem foram ajuizados/interpostos, por força do que dispõem os arts. 926, §§, 927, I a V, 932, IV e V, e 1.030, I e II.

¹¹⁸⁸ Cf. tópico 5.6.

¹¹⁸⁹ STRECK; ABOUD, 2015, p. 117-120.

6. A REPERCUSSÃO GERAL EM MATÉRIA CRIMINAL

Feitas todas as considerações gerais anteriores sobre as funções do Supremo Tribunal Federal e do recurso extraordinário e sobre as características da repercussão geral, cumpre-nos, finalmente, adentrar o tema principal do trabalho que é a repercussão geral no recurso extraordinário criminal e que se desenvolverá ao longo do presente capítulo.

Vimos que o recurso extraordinário interposto no bojo de uma relação jurídica processual penal tem lá suas peculiaridades procedimentais¹¹⁹⁰, mas o que nos interessa a essa altura é tentar obter parâmetros que indiquem que tipos de questões ou controvérsias constitucionais, em matéria penal, têm ou não repercussão geral. Nesse campo, a disciplina legal processual penal é completamente carente de indicativos, tal como o é a legislação processual civil. Como anota a doutrina¹¹⁹¹, a repercussão geral, em matéria criminal, não tem regulamentação específica, sendo a sua procedimentalização, no âmbito do processo penal, toda feita com base nos marcos regulatórios do processo civil, especialmente no Código de Processo Civil e no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, o que, como em outros casos de “importação” de institutos do direito processual civil, encontraria amparo no art. 3º do Código de Processo Penal¹¹⁹². Com efeito, ficamos, nesse ponto, no mesmo patamar em que deixada a disciplina civil do tema, pelo art. 1.035, §1º, do CPC, isto é, com a necessidade de preencher o significado dos conceitos jurídicos indeterminados que envolvem o tema da repercussão geral, tarefa que, como naquela esfera jurídica, incumbe primordialmente ao Supremo Tribunal Federal.

Convém frisar, porém, o papel da doutrina nessa importante definição, posto que é, também sua função contribuir, no campo da Ciência do Direito, para o esclarecimento e desenvolvimento dos institutos jurídicos, especialmente dos conceitos jurídicos indeterminados e das cláusulas gerais. Entretanto, infelizmente, a doutrina penal e processual penal nacional trata pouquíssimo do assunto de forma a acentuar as especificidades do Direito Criminal na temática da repercussão geral. Com efeito, a maior parte trata do tema reproduzindo as mesmas lições gerais acerca do instituto no processo civil, sem se voltar, de maneira crítica ou mesmo analítica, mas mais

¹¹⁹⁰ Cf. tópico 1.6.

¹¹⁹¹ AVENA, Norberto. **Processo penal esquematizado**. 6ª ed. São Paulo: Método, 2014, p. 1275.

¹¹⁹² “Art. 3º A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito”.

aprofundada, do tema sob os aspectos constitucionais do direito penal e processual penal aptos ou inaptos a serem reputados de relevância e transcendência em recursos extraordinários dirigidos ao STF.¹¹⁹³ Talvez por falta de críticas mais contundentes, não demorou muito para o Supremo Tribunal Federal firmar entendimento de que o requisito constitucional de repercussão geral se aplica a todos os recursos extraordinários, inclusive às causas criminais. O primeiro julgamento realizado nesse sentido foi o julgamento da Questão de Ordem no Agravo de Instrumento n. 664.567/RS, em 18/06/2007, menos de dois meses após a regulamentação regimental do instituto no âmbito do RISTF, e início de sua exigência no âmbito civil, por meio da Emenda Regimental n. 21, de 30 de abril de 2007. Em razão do pioneirismo da decisão, vale a reprodução de sua ementa:

EMENTA: I. Questão de ordem. Recurso extraordinário, em matéria criminal e a exigência constitucional da repercussão geral. 1. O requisito constitucional da repercussão geral (CF, art. 102, § 3º, red. EC 45/2004), com a regulamentação da L. 11.418/06 e as normas regimentais necessárias à sua execução, aplica-se aos recursos extraordinários em geral, e, em consequência, às causas criminais. 2. Os recursos ordinários criminais de um modo geral, e, em particular o recurso extraordinário criminal e o agravo de instrumento da decisão que obsta o seu processamento, possuem um regime jurídico dotado de certas peculiaridades - referentes a requisitos formais ligados a prazos, formas de intimação e outros - que, no entanto, não afetam substancialmente a disciplina constitucional reservada a todos os recursos extraordinários (CF, art. 102, III). 3. A partir da EC 45, de 30 de dezembro de 2004 - que incluiu o § 3º no art. 102 da Constituição -, passou a integrar o núcleo comum da disciplina constitucional do recurso extraordinário a exigência da repercussão geral da questão constitucional. 4. Não tem maior relevo a circunstância de a L. 11.418/06, que regulamentou esse dispositivo, ter alterado apenas texto do Código de Processo Civil, tendo em vista o caráter geral das normas nele inseridas. 5. Cuida-se de situação substancialmente diversa entre a L. 11.418/06 e a L. 8.950/94 que, quando editada, estava em vigor norma anterior que cuidava dos recursos extraordinários em geral, qual seja a L. 8.038/90, donde não haver óbice, na espécie, à aplicação subsidiária ou por analogia do Código de Processo Civil. 6. Nem há falar em uma imanente repercussão geral de todo recurso extraordinário em matéria criminal, porque em jogo, de regra, a liberdade de locomoção: o RE busca preservar a autoridade e a uniformidade da inteligência da Constituição, o que se reforça com a necessidade de repercussão geral das questões constitucionais nele versadas, assim entendidas aquelas que "ultrapassem os interesses subjetivos da causa" (C.Pr.Civil, art. 543-A, § 1º, incluído pela L. 11.418/06). 7. Para obviar a ameaça ou lesão à liberdade de locomoção - por remotas que sejam -, há sempre a garantia constitucional do habeas corpus (CF, art. 5º, LXVIII). II. Recurso extraordinário: repercussão geral: juízo de admissibilidade: competência. 1. Inclui-se no âmbito do juízo de admissibilidade - seja na origem, seja no Supremo Tribunal - verificar se o

¹¹⁹³ Nesse sentido, cf.: TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, vol. 4, p. 571; PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 12. ed. São Paulo: Método, 2014, p. 820; entre outros.

recorrente, em preliminar do recurso extraordinário, desenvolveu fundamentação especificamente voltada para a demonstração, no caso concreto, da existência de repercussão geral (C.Pr.Civil, art. 543-A, § 2º; RISTF, art. 327). 2. Cuida-se de requisito formal, ônus do recorrente, que, se dele não se desincumbir, impede a análise da efetiva existência da repercussão geral, esta sim sujeita "à apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal" (Art. 543-A, § 2º). III. Recurso extraordinário: exigência de demonstração, na petição do RE, da repercussão geral da questão constitucional: termo inicial. 1. A determinação expressa de aplicação da L. 11.418/06 (art. 4º) aos recursos interpostos a partir do primeiro dia de sua vigência não significa a sua plena eficácia. Tanto que ficou a cargo do Supremo Tribunal Federal a tarefa de estabelecer, em seu Regimento Interno, as normas necessárias à execução da mesma lei (art. 3º). 2. As alterações regimentais, imprescindíveis à execução da L. 11.418/06, somente entraram em vigor no dia 03.05.07 - data da publicação da Emenda Regimental nº 21, de 30.04.2007. 3. No artigo 327 do RISTF foi inserida norma específica tratando da necessidade da preliminar sobre a repercussão geral, ficando estabelecida a possibilidade de, no Supremo Tribunal, a Presidência ou o Relator sorteado negarem seguimento aos recursos que não apresentem aquela preliminar, que deve ser "formal e fundamentada". 4. Assim sendo, a exigência da demonstração formal e fundamentada, no recurso extraordinário, da repercussão geral das questões constitucionais discutidas só incide quando a intimação do acórdão recorrido tenha ocorrido a partir de 03 de maio de 2007, data da publicação da Emenda Regimental n. 21, de 30 de abril de 2007.¹¹⁹⁴

Em que pese a noção intuitiva de que a disciplina constitucional do direito penal e processual penal estaria sempre coberta de repercussão geral, dada a natureza pública¹¹⁹⁵ e indisponível dos direitos envolvidos (o *ius puniendi* ou *punitiois* do Estado e o *ius libertatis* do indivíduo) e o plexo de garantias fundamentais atinentes (mormente previstas no art. 5º), o que tornaria, em princípio, despicienda e pleonástica a demonstração da relevância ou transcendência dos temas, o STF, nesse julgado, afastou-se de tais premissas, para reputar necessária, tal como no processo civil, a demonstração, pelo recorrente, da repercussão geral da(s) questão(ões) constitucional(is) objeto de seu recurso extraordinário, como condição para sua admissibilidade. A

¹¹⁹⁴ AI 664567 QO, Relator(a): Min.. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 18/06/2007, DJe-096 DIVULG 05-09-2007 PUBLIC 06-09-2007 DJ 06-09-2007 PP-00037 EMENT VOL-02288-04 PP-00777 RTJ VOL-00202-01 PP-00396 RDDP n. 55, 2007, p. 174 RMP n. 34, 2009, p. 259-279. Outras decisões de igual teor, podem ser vistas nos seguintes julgados: RE 569.476-AgR, AI 786.701-ED, AI 725.604-AgR, AI 789.402-AgR, AI 697-379-AgR, AI 728.103-AgR, AI 688.760-AgR, AI 725.940-AgR, AI 672.738-AgR, como aponta CUNHA JUNIOR, 2015, p. 897, NR 149.

¹¹⁹⁵ Conforme anota René Ariel Dotti, "O CP considera crime fazer justiça pelas próprias mãos, desautorizando o exercício da vingança privada. Trata-se de afirmação óbvia de que o Direito Penal é *direito público* por excelência, posto que os objetos da tutela jurídica são os bens que dizem respeito à comunidade organizada em Estado. A sanção penal é aplicada pelos órgãos estatais e sempre no interesse coletivo" (**Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 50 – grifos do autor).

partir daí toda parte em processo penal (acusadora ou acusada), ao interpor o apelo extremo, estaria obrigada, por tal jurisprudência (logo, convertida em previsão regimental pela ER n. 21 e outras que a sucederam), a apresentar em sua peça recursal um tópico formal de demonstração da repercussão geral, sob pena de ter negado seguimento ao seu recurso, pelo Tribunal de origem, ou de não conhecimento do mesmo, pelo STF¹¹⁹⁶. A preliminar formal também seria importante, em tese, para que o STF, aí de forma exclusiva, como vimos, aferisse a relevância e transcendência da questão penal ou processual penal, isto é, sua importância sob o ponto de vista econômico, social, político ou jurídico e sua capacidade de espraiar efeitos para além do processo em que arguida. A doutrina nacional, como dissemos, não questionou de maneira substancial esse entendimento, quedando-se silente quanto à polêmica de poder haver, em tese, questões constitucionais criminais irrelevantes e não transcendentais.

Uma das raras e louváveis exceções, contudo, proveio do magistério do Prof. Marcellus Polastri Lima, que, em sua obra *Curso de Processo Penal*¹¹⁹⁷, faz assertiva crítica à aplicação extensiva da repercussão geral ao processo penal, que, pela sua quase exclusividade, merece ser transcrita:

O STF vem adotando entendimento de que, não obstante só tenham sido regulamentadas para o processo civil, as alterações promovidas pela Lei 11.418/2006 também devem ser estendidas no processo penal. Ocorre que não é explicitado ao certo como a repercussão geral funcionaria na seara criminal. Neste contexto, indispensável a nossa crítica de que: a natureza do direito penal e dos princípios constitucionais é incompatível com a restrição, pois tais normas preservam o “*ius libertatis*”, sendo que muitas das garantias processuais são cláusulas pétreas, o que não se coaduna com o chamado “filtro recursal”. Concluimos que o próprio conceito de crime abarca certa repercussão que, ainda que possa não ser “geral” envolve e *ultrapassa os interesses subjetivos da causa*, já que sempre estaremos afrontando uma garantia constitucional, ante a amplitude da Constituição Federal ao tratar nos art. 5º e tantos outros de garantias próprias ao processo penal e no que respeito à restrição de liberdades individuais. [...]

Até porque, pelo que se vê da regulamentação feita, a repercussão geral deverá ser investigada em “questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa”, o que bem demonstra sua pertinência para o cível, e sua duvidosa aplicação no Processo Penal. Mas, de qualquer modo, como visto em nota supra, o STF não afasta a aplicação do pressuposto no processo penal, sem indicar, entretanto, em que hipóteses. Aguardemos, pois, futuras manifestações a respeito da Suprema Corte.

¹¹⁹⁶ Cf. 5.3.1.

¹¹⁹⁷ LIMA, M.P., 2016, p. 1318 (grifos do autor).

A crítica doutrinária citada é de extrema pertinência, uma vez que, com a vagueza que envolve o tema da repercussão geral e os conceitos jurídicos indeterminados a ela inerentes, poderíamos nos questionar, afinal, o que seriam questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico – em seara criminal – que ultrapassem os interesses subjetivos no processo penal (art. 1035, §1º, CPC)? De outro lado, se, via de regra, um dos sujeitos desse tipo de processo – o Ministério Público – representa, em tese, a coletividade, isso já não tornaria a questão subjetivamente transcendente em todas as ações penais de iniciativa pública? E os interesses envolvidos – pretensão punitiva ou executória, direitos públicos subjetivos, direitos e garantias fundamentais individuais – não seriam sempre relevantes, dado possuírem *status* jurídico público e de, na maioria dos casos, de natureza fundamental e irrevogável (arts. 5º e 60, §4º)?

Em decorrência da ambiguidade e incompletude dos termos jurídicos positivos utilizados pelo legislador, para a definição de repercussão geral, o preenchimento de seu significado ficou – propositadamente, como vimos – a cargo do único órgão legitimado constitucionalmente para decidir pela existência ou não de repercussão geral: o Supremo Tribunal Federal. Como o próprio STF decidiu, de forma fortemente consolidada, que a repercussão geral se aplica também aos recursos extraordinários em matéria criminal (penal e processual penal)¹¹⁹⁸, e como a ele incumbe, com exclusividade, decidir acerca da existência ou ausência de repercussão geral nos recursos extraordinários, cabemo-nos examinar as decisões do Tribunal proferidas sobre a matéria, a fim de desvendar, nesses 10 anos de vigência da regulação infraconstitucional do instituto, o que a nossa Corte Suprema tem entendido como espécie do instituto jurídico constitucional, no processo penal.

É com essa finalidade que, na parte principal do presente trabalho, examinaremos os temas de repercussão geral já analisados pelo STF, em matéria criminal, e as respectivas decisões proferidas pelo Tribunal acerca de existência ou ausência de relevância e transcendência da questão constitucional em cada caso.

a) *Corte metodológico*

¹¹⁹⁸ A página virtual de apresentação do instituto da repercussão geral, no STF, inclusive, adverte: “A existência da repercussão geral da questão constitucional suscitada é requisito necessário para o conhecimento de todos os recursos extraordinários, inclusive em matéria penal”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=apresentacao>>. Acesso em: 24 mar. 2018.

Nosso corte metodológico, como adiantamos no início do trabalho, compreende os recursos extraordinários cujo objeto de análise pelo STF seria matéria constitucional criminal, o que abrange a incidência das normas constitucionais sobre o direito penal e processual penal comum e militar¹¹⁹⁹. Adotamos, para isso, a conceituação de direito criminal como o conjunto de normas jurídicas que inclui o direito penal material e processual¹²⁰⁰, bem como suas subespécies, como as normas de execução penal, de aplicação no âmbito militar, as medidas de segurança etc. Nesse espectro, selecionamos apenas os recursos extraordinários submetidos ao regime de repercussão geral – isto é, após sua regulamentação pela Emenda Regimental n. 21, de 30 de abril de 2007 – que tiveram: a repercussão geral reconhecida e o mérito transitado em julgado com reafirmação de jurisprudência (13) e sem reafirmação da jurisprudência do STF (18), além de outros casos ainda sem o trânsito em julgado (3) e, por fim, a repercussão geral rejeitada (4), totalizando 38 julgamentos, conforme abaixo enumerados:

TEMAS COM R.G RECONHECIDA E REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA			
#	Tema	Título do Tema	Descrição Tema
1	158	Fixação de pena aquém do mínimo legal, em face da incidência de circunstância genérica atenuante.	RE 597.270. Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos princípios constitucionais da reserva legal, da proporcionalidade e da individualização da pena, a possibilidade, ou não, de fixação de pena abaixo do mínimo estabelecido para o tipo penal, em razão da incidência de circunstância genérica atenuante.
2	237	Gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem conhecimento do outro.	RE 583.937. Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos artigos 1º, III; 5º, X, LIV, LV; e 129, da Constituição Federal, a constitucionalidade, ou não, do uso, como meio de prova, de gravação ambiental realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro.
3	238	Propositura de ação penal por descumprimento das condições estabelecidas em transação penal.	RE 602.072. Recurso extraordinário em que se discute, à luz do art. 5º, XXXVI, XL, LIV, LV e LVIII, da Constituição Federal, a constitucionalidade, ou não, da propositura de ação penal em razão do descumprimento das condições estabelecidas em transação penal (art. 76 da Lei nº 9.099/95).
4	239	Extinção da punibilidade em virtude de prescrição da pretensão punitiva em perspectiva.	RE 602.527. Recurso extraordinário em que se discute, à luz do art. 5º, LIV, LV e LVII, da Constituição Federal, a possibilidade, ou não, da extinção da punibilidade em virtude de prescrição da pretensão punitiva em perspectiva.

¹¹⁹⁹ Só houve um caso de RG da seara castrense.

¹²⁰⁰ É a classificação que adotam, por exemplo: BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 43-51; MESTIERI, João, **Teoria elementar do direito criminal**: Rio de Janeiro: Sedegra, 1971, p. 4; MAGALHÃES NORONHA, Edgard. **Direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1985, v. I, p. 4; LYRA, Roberto. **Introdução ao estudo do direito criminal**. Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1946, p. 47; BASILEU GARCIA. **Instituições de direito penal**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1972, v. I, t. 1, p. 7; entre outros.

5	240	Nulidade do processo pela falta de requisição do réu preso, por meio de carta precatória, para comparecer à audiência de oitiva de testemunhas.	RE 602.543. Recurso extraordinário em que se discute, à luz do art. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal, a ocorrência, ou não, de nulidade processual pela falta de requisição do réu preso, por meio de carta precatória, para comparecer à audiência de oitiva de testemunhas.
6	451	Remissão aos fundamentos adotados na sentença impugnada nos termos do § 5º do art. 82 da Lei nº 9.099/95.	RE 635.729. Recurso extraordinário em que se discute, à luz do art. 93, IX, da Constituição Federal, se o § 5º do art. 82 da Lei nº 9.099/95, ao permitir que o colégio recursal dos juizados especiais criminais faça remissão aos fundamentos adotados na sentença impugnada, afronta, ou não, a exigência constitucional de motivação das decisões judiciais.
7	478	Alcance do princípio da autodefesa frente ao crime de falsa identidade	RE 640.139. Recurso extraordinário em que se discute, à luz do art. 5º, LXIII, da Constituição Federal, a tipicidade, ou não, da conduta de atribuir-se, em atitude de autodefesa, identidade falsa perante autoridade policial (art. 307 do Código Penal), com a finalidade de omitir antecedentes criminais.
8	626	Constitucionalidade da vedação à conversão da pena privativa de liberdade em pena restritiva de direitos, prevista nos artigos 33, § 4º, e 44, caput, da Lei 11.343/2006.	ARE 663.261. Agravo contra decisão que inadmitiu recurso extraordinário em que se discute, à luz dos arts. 2º; 5º, XLIII; e 52, X, da Constituição Federal, a constitucionalidade da vedação à conversão da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos, prevista nos arts. 33, § 4º, e 44, caput, da Lei 11.343/2006.
9	712	Possibilidade, em caso de condenação pelo delito de tráfico de drogas, de valoração da quantidade e da natureza da droga apreendida, tanto para a fixação da pena-base quanto para a modulação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.	ARE 666.334. Recurso extraordinário em que se discute, à luz do art. 5º, XLVI, da Constituição federal, a possibilidade, em caso de condenação pelo delito de tráfico ilícito de entorpecentes, de valoração da quantidade e da qualidade da droga apreendida, tanto na primeira fase de fixação da pena, como circunstância judicial desfavorável, quanto na terceira fase, para modular a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.
10	713	Necessidade de representação da ofendida, como condição de procedibilidade da ação penal, em caso de crime de lesão corporal praticado contra a mulher no âmbito doméstico e familiar.	ARE 773.765. Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos arts. 1º, III, 5º, caput e I, e 226, § 8º, da Constituição federal, a natureza da ação penal em caso de crime de lesão corporal de natureza leve praticado contra a mulher no âmbito das relações domésticas e familiares, se pública condicionada à representação da vítima ou pública incondicionada.

11	811	<p>a) Cabimento de ação penal privada subsidiária da pública após o decurso do prazo previsto no art. 46 do Código de Processo Penal, na hipótese de o Ministério Público não oferecer denúncia, promover o arquivamento ou requisitar diligências externas no prazo legal;</p> <p>b) Ocorrência de prejudicialidade da queixa quando o Ministério Público, após o prazo legal para propositura da ação penal (art. 46 do CPP), oferecer denúncia, promover o arquivamento do inquérito ou determinar a realização de diligências externas.</p>	<p>ARE 859.251. Recurso extraordinário em que se discute, à luz do art. 5º, LIX, da Constituição Federal, o cabimento de ação penal privada subsidiária da pública após o decurso do prazo previsto no art. 46 do Código de Processo Penal, na hipótese de o Ministério Público não oferecer denúncia, promover o arquivamento ou requisitar diligências externas no prazo legal.</p> <p>Debate-se ainda sobre a ocorrência, ou não, de prejudicialidade da queixa quando o Ministério Público, após o prazo legal para propositura da ação penal (art. 46 do CPP), oferecer denúncia, promover o arquivamento do inquérito ou determinar a realização de diligências externas.</p>
12	925	<p>Possibilidade de a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, comprometer o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo art. 5º, inc. LVII, da Constituição da República.</p>	<p>ARE 964.246. Agravo contra decisão pela qual inadmitido recurso extraordinário interposto em ação penal, no qual se discute, com base no art. 5º, inc. LVII, da Constituição da República, o direito de ninguém ser considerado culpado, nem preso, até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.</p>
13	959	<p>Concessão de liberdade provisória a preso em flagrante pela prática dos crimes descritos nos arts. 33, caput e § 1º e 34 a 37 da Lei n. 11.343/2006.</p>	<p>RE 1.038.925. Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos arts. 5º, inc. II e 52, inc. X, da Constituição da República, a inconstitucionalidade da vedação legal à liberdade provisória contida no art. 44 da Lei n. 11.343/2006.</p>

TEMAS COM R.G. RECONHECIDA E JULGAMENTO DE MÉRITO SEM REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA

#	Tema	Título do Tema	Descrição Tema
1	50	<p>Possibilidade de substituir-se a formalização de acórdão fundamentado por certidão a qual contenha o resultado de julgamento.</p>	<p>RE 575.144. Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos artigos 5º, LV e LX; e art. 93, IX, da Constituição Federal, a constitucionalidade, ou não, do art. 118, § 3º, do Regimento Interno do Superior Tribunal Militar – STM, o qual prevê que o resultado do julgamento de agravo interposto perante aquela Corte será certificado nos autos pela Secretaria do Tribunal Pleno, prescindindo-se da lavratura de acórdão fundamentado.</p>
2	59	<p>Progressão de regime em crimes hediondos cometidos antes da vigência da Lei nº 11.464/2007.</p>	<p>RE 579.167. Recurso extraordinário em que se discute, à luz do art. 5º, XL, da Constituição Federal, a possibilidade, ou não, de condenado pela prática de crime hediondo consumado anteriormente à edição da Lei nº 11.464/2007 obter direito à progressão do regime de cumprimento da pena, mediante o cumprimento de 1/6 da pena respectiva.</p>
3	113	<p>Revogação do art. 25 da Lei de Contravenções Penais pela Constituição Federal.</p>	<p>RE 583.523. Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos artigos 3º, IV; e 5º, caput, e LVII, da Constituição Federal, a revogação, ou não, do art. 25 da Lei de Contravenções Penais (Decreto-lei nº 3.688/41), que prevê punição criminal a quem tem em seu poder, depois de condenado por crime de furto ou roubo, ou enquanto sujeito à liberdade vigiada ou quando conhecido como vadio ou mendigo, instrumentos empregados usualmente na prática de crime de furto, desde que não prove destinação legítima, pela Constituição de 1988.</p>

4	114	Agravamento da pena por reincidência.	RE 453.000. Recurso extraordinário em que se discute, à luz do art. 5º, XLVI, da Constituição Federal, a revogação, ou não, do art. 61, I, do Código Penal, que prevê o agravamento da pena por reincidência, pela Constituição de 1988.
5	129	Consideração de ações penais em curso como maus antecedentes para fins de dosimetria da pena.	RE 591.054. Recurso extraordinário em que se discute, à luz do art. 5º, LVII, da Constituição Federal, se ações penais em curso podem, ou não, ser consideradas maus antecedentes para fins de dosimetria da pena.
6	154	Trancamento da ação penal, em habeas corpus, por falta de justa causa, sem a submissão de acusados de crime doloso contra a vida ao Tribunal do Júri.	RE 593.443. Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos artigos 5º, XXXVIII, d; e 129, I, da Constituição Federal, a possibilidade, ou não, do trancamento de ação penal, em habeas corpus, por falta de justa causa, sem submissão de acusados de crime doloso contra a vida ao Tribunal do Júri.
7	169	Aplicação retroativa do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 sobre pena cominada com base na Lei nº 6.368/76.	RE 600.817. Recurso extraordinário em que se discute, à luz do art. 5º, XL, da Constituição Federal, a possibilidade, ou não, de aplicação retroativa do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 sobre pena cominada com base na Lei nº 6.368/76, isto é, a possibilidade de o Poder Judiciário fazer o coitejo entre leis no tempo, quando a legislação mais nova é, em determinados dispositivos, ao mesmo tempo, gravosa e benéfica.
8	170	Julgamento proferido por órgão fracionário de tribunal composto majoritariamente por juízes convocados.	RE 597.133. Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos artigos 5º, XXXVII e LIII; 93, III; 94 e 98, I, da Constituição Federal, a nulidade, ou não, de julgamento realizado por órgão fracionário de tribunal, composto majoritariamente por juízes convocados, tendo em conta os princípios do juiz natural e do duplo grau de jurisdição.
9	187	Imposição de efeitos próprios de sentença penal condenatória à transação penal prevista na Lei nº 9.099/95.	RE 795.567. Agravo de instrumento interposto contra decisão que inadmitiu recurso extraordinário em que se discute, à luz do art. 5º, LIV, LVII, XXII e XXXIX, da Constituição Federal, a constitucionalidade, ou não, da possibilidade de imposição de efeitos próprios de sentença penal condenatória à transação penal prevista na Lei nº 9.099/95, no caso, a restituição dos bens apreendidos que constituem instrumento ou produto do crime.
10	280	Provas obtidas mediante invasão de domicílio por policiais sem mandado de busca e apreensão.	RE 603.616. Recurso extraordinário em que se discute, à luz do art. 5º, XI, LV e LVI, da Constituição Federal, a legalidade, ou não, das provas obtidas mediante invasão de domicílio por autoridades policiais sem o devido mandado judicial de busca e apreensão.
11	371	Concessão de indulto a pessoa submetida a medida de segurança.	RE 628.658. Recurso extraordinário em que se discute, à luz do art. 84, XII, da Constituição Federal, a constitucionalidade, ou não, da concessão de indulto a pessoa submetida a medida de segurança, nos termos autorizados por Decreto.
12	393	Competência para processar e julgar suposto crime de publicação, na internet, de imagens com conteúdo pornográfico envolvendo criança ou adolescente.	RE 628.624. Recurso extraordinário em que se discute, à luz do art. 109, V, da Constituição Federal, a definição do juízo competente – se a Justiça Federal ou a Justiça Estadual – para processar e julgar a suposta prática do crime de publicação de imagens com conteúdo pornográfico envolvendo adolescentes (art. 241-A da Lei nº 8.069/90), por meio da rede mundial de computadores – internet.

13	423	Cumprimento de pena em regime menos gravoso ante a falta de vagas em estabelecimento penitenciário adequado.	RE 641.320. Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos artigos 1º, III, e 5º, II, XLVI, LXV, da Constituição Federal, a possibilidade, ou não, de se determinar o cumprimento de pena privativa de liberdade em prisão domiciliar, ante a inexistência de vagas em estabelecimento penitenciário adequado à execução no regime semi-aberto.
14	453	Manutenção de prerrogativa de foro a magistrados aposentados.	RE 549.560. Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos artigos 5º, LIII; 95, I; e 105, I, “a”, da Constituição Federal, a manutenção, ou não, de prerrogativa de foro a magistrado, mesmo após a sua aposentadoria.
15	613	Constitucionalidade do art. 362 do Código de Processo Penal (dispositivo que trata da citação por hora certa).	RE 635.145. Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos princípios do contraditório e da ampla defesa, a constitucionalidade, ou não, do art. 362 do Código de Processo Penal (dispositivo que trata da citação por hora certa).
16	647	Possibilidade da decretação de perdimento de bem apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, quando não comprovada sua utilização habitual ou sua adulteração para o cometimento do crime.	RE 638.491. Recurso extraordinário em que se discute, à luz do art. 243, parágrafo único, da Constituição federal, a necessidade de comprovação de uso habitual do bem no cometimento do crime de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, para viabilizar a decretação de perdimento do bem apreendido.
17	648	Competência da Justiça Federal para processar e julgar crimes ambientais transnacionais.	RE 835.558. Agravo de decisão que inadmitiu o recurso extraordinário em que se discute, à luz dos arts. 5º, LIII e 109, IV, da Constituição federal, a competência da Justiça Federal para processar e julgar crimes ambientais, previstos na Lei 9.605/1998, em razão da transnacionalidade do delito cometido, o que atrairia o interesse da União para a causa.
18	650	Extinção da punibilidade do delito de posse irregular de arma de fogo de uso permitido, pela aplicabilidade retroativa de lei que concedeu novo prazo para registro de armas ainda não registradas.	RE 768.494. Agravo de decisão que inadmitiu recurso extraordinário em que se discute, à luz do art. 5º, XL, da Constituição federal, a possibilidade de extinguir a punibilidade do crime de posse irregular de arma de fogo de uso permitido (art. 12 da Lei 10.826/2003 – Estatuto do Desarmamento), praticado entre 23 de junho de 2005 e 31 de janeiro de 2008, em face de lei posterior que reabriu o prazo para que possuidores e proprietários de arma de fogo de uso permitido efetuassem o competente registro (Medida Provisória 417/2008, convertida na Lei 11.706/2008).

TEMAS COM R.G. RECONHECIDA E JULGAMENTO DE MÉRITO SEM TRÂNSITO EM JULGADO			
#	Tema	Título do Tema	Descrição Tema
1	184	Poder de investigação do Ministério Público.	RE 593.727. Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos artigos 5º, LIV e LV; 129, III e VIII; e 144, IV, § 4º, da Constituição Federal, a constitucionalidade, ou não, da realização de procedimento investigatório de natureza penal pelo Ministério Público.
2	937	É constitucional o tipo penal previsto no art. 2º, inc. II da Lei n. 8.137/1990, por não se configurar a conduta nele descrita como mero ilícito civil.	ARE 999.425. Agravo contra decisão pela qual inadmitido recurso extraordinário em que se discute, com base no art. 5º, inc. LXVII, da Constituição da República, a constitucionalidade do crime tributário previsto no art. 2º, inc. II, da Lei n. 8.137/1990.

3	946	Legitimidade dos Ministérios Públicos dos Estados e do Distrito Federal para propor e atuar em recursos e meios de impugnação de decisões judiciais em trâmite no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, oriundos de processos de sua atribuição, sem prejuízo da atuação do Ministério Público Federal.	RE 985.392. Recurso extraordinário em que se discute, com fundamento nos arts. 5º, inc. XXXV, 127 e 129 da Constituição da República, a legitimidade dos Ministérios Públicos dos Estados e do Distrito Federal para propor e atuar em recursos e meios de impugnação de decisões judiciais em trâmite no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, oriundos de processos de sua atribuição, sem prejuízo da atuação do Ministério Público Federal.
---	-----	---	--

TEMAS COM REPERCUSSÃO GERAL REJEITADA			
#	Tema	Título do Tema	Descrição Tema
1	182	Valoração das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal na fundamentação da fixação da pena-base pelo juízo sentenciante.	AI 742.460. Agravo de instrumento interposto contra decisão que inadmitiu recurso extraordinário em que se discute, à luz dos artigos 5º, XLVI, e 93, IX, da Constituição Federal, a adequação, ou não, de valoração das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal na fundamentação da fixação da pena-base pelo juízo sentenciante.
2	183	Aplicação do princípio da insignificância a crime de posse de substância entorpecente para uso próprio.	AI 747.522. Agravo instrumento interposto contra decisão que inadmitiu recurso extraordinário em que se discute, à luz do art. 5º, XXXV, LV e LIV, da Constituição da República, o reconhecimento, ou não, da aplicação do princípio da insignificância ao crime de posse de substância entorpecente para uso próprio.
3	205	Requisitos para a concessão de progressão de regime à luz da nova redação dada ao art. 112 da Lei de Execução Penal pela Lei nº 10.792/2003.	AI 754.008. Agravo de instrumento interposto contra decisão que inadmitiu recurso extraordinário em que se discute, à luz do art. 5º, II, da Constituição da República, os requisitos para a concessão de progressão de regime à luz da nova redação dada ao art. 112 da Lei de Execução Penal pela Lei nº 10.792/2003, em especial com relação à realização de exame criminológico (exigência de avaliação social e psicológica do apenado).
4	929	Possibilidade de compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, com base no disposto no art. 67 do Código Penal.	RE 983.765. Recurso extraordinário no qual se discute, com fundamento nos arts. 2º; 5º, inc. XLVI; e 22, inc. I; da Constituição da República, a interpretação do art. 67 do Código Penal quanto à possibilidade de compensação entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea.

Optamos por não incluir na mesma análise minuciosa os outros 20 recursos extraordinários que já obtiveram decisão declaratória de existência de repercussão geral, mas que não tiveram o mérito julgado, por três motivos: (a) otimização do trabalho acadêmico, pois a inclusão de mais 20 temas poderia tornar excessivamente extenso o seu conteúdo, sem necessidade, dada a (b) suficiência dos 38 temas estudados para se chegar à conclusão final acerca da visão do STF

sobre a repercussão geral em matéria criminal e, ainda, em razão da (c) segurança na sedimentação da decisão de reconhecimento da repercussão geral ser melhor alcançada com o julgamento do mérito, pois, alguns temas, mesmo após a decisão de reconhecimento da repercussão geral ter sido proferida pelo Plenário (virtual), foram cancelados, antes do julgamento do mérito, por vários motivos, o que poderia tornar sua análise inócua. Isso, contudo, não nos impedirá de abordarmos alguns desses temas quando relacionados a algum(ns) dos 38 temas que analisamos mais detidamente ou para computá-los nas análises estatísticas que faremos da repercussão geral em matéria criminal, motivo pelo qual também apresentamos um quadro de suas informações gerais:

TEMAS COM R.G. RECONHECIDA, MAS AINDA SEM JULGAMENTO DO MÉRITO			
#	Tema	Título do Tema	Descrição Tema
1	150	Consideração de condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos como maus antecedentes para efeito de fixação da pena-base.	RE 593.818. Recurso extraordinário em que se discute, à luz do art. 5º, LVII, da Constituição Federal, a possibilidade, ou não, de condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos serem consideradas como maus antecedentes para efeito de fixação da pena-base.
2	358	Competência dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal para decidir sobre questão previdenciária, no bojo de processo autônomo de perda de posto e patente de militar.	RE 601.146. Recurso extraordinário em que se discute, à luz do art. 125, § 4º, da Constituição Federal, a competência, ou não, de Tribunal de Justiça estadual determinar, no bojo de processo autônomo de perda de posto e patente de militar, a reforma de policial militar, julgado inapto a permanecer nas fileiras da corporação.
3	370	Suspensão dos direitos políticos de condenado a pena privativa de liberdade substituída por pena restritiva de direito.	RE 601.182. Recurso extraordinário em que se discute, à luz do art. 15, III, da Constituição Federal, a aplicação, ou não, da regra contida na referida norma constitucional - suspensão dos direitos políticos - a condenado por sentença criminal transitada em julgado, cuja pena privativa de liberdade foi substituída por pena restritiva de direito.
4	438	Limite temporal para a suspensão do processo e do prazo prescricional previstos no art. 366 do CPP.	RE 600.851. Recurso extraordinário em que se discute, à luz do art. 5º, XLII e XLIV, da Constituição Federal, se a suspensão do processo e do prazo prescricional a que se refere o art. 366 do Código de Processo Penal deve, ou não, ser regulada pelos limites da prescrição em abstrato previstos no art. 109 do Código Penal.
5	477	Revisão de Súmula Vinculante em virtude da superveniência de lei de conteúdo divergente.	RE 638.239. Recurso extraordinário em que se discute à luz dos artigos 1º, II e IV, 5º, XXXVI e XLVI, e 6º, da Constituição Federal, a necessidade, ou não, de revisão ou de cancelamento da Súmula Vinculante nº 9, em virtude do advento da Lei nº 12.433/2011 que, ao alterar o art. 127 da Lei de Execução Penal - LEP, permite ao magistrado, nos casos de prática de falta grave, revogar até 1/3 do tempo da pena remido, reiniciando-se a contagem a partir da data da infração disciplinar.
6	486	Suspensão de habilitação para dirigir de motorista profissional condenado por homicídio culposo na direção de veículo automotor.	RE 607.107. Recurso Extraordinário em que se discute, à luz do artigo 5º, XIII, da Constituição Federal, se a imposição da penalidade de suspensão da habilitação para dirigir, prevista no art. 302 da Lei nº 9.503/1997, quando o apenado for motorista profissional, afronta, ou não, o direito fundamental ao livre exercício de trabalho.

7	506	Tipicidade do porte de droga para consumo pessoal.	RE 635.659. Recurso extraordinário, em que se discute, à luz do art. 5º, X, da Constituição Federal, a compatibilidade, ou não, do art. 28 da Lei 11.343/2006, que tipifica o porte de drogas para consumo pessoal, com os princípios constitucionais da intimidade e da vida privada.
8	580	Competência para processar e julgar crime de violação de direito autoral (§ 2º do art. 184 do CP).	RE 702.362. Recurso extraordinário em que se discute, à luz do inciso V do art. 109 da Constituição Federal, o juízo competente — se a Justiça Federal ou a Estadual — para processar e julgar o crime de violação de direito autoral (§ 2º do art. 184 do CP), tendo em conta a existência de tratados internacionais por meio dos quais o Brasil se compromete a combater o mencionado delito.
9	649	Competência da Justiça Federal para processar e julgar crime de violação de sigilo de informações contidas em bancos de dados de órgãos federais, ainda que os fatos atinjam apenas a esfera jurídica de particulares.	RE 626. 531. Recurso extraordinário em que se discute, à luz do art. 109, IV, da Constituição federal, a competência da Justiça Federal para processar e julgar a ação penal ajuizada em virtude de suposta interceptação de comunicações de informática ou telemática de dados de sistemas de entes da administração pública federal, em virtude de alegado interesse direto e específico da União.
10	661	Possibilidade de prorrogações sucessivas do prazo de autorização judicial para interceptação telefônica.	RE 625.263. Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos artigos 5º; 93, IX e 136, § 2º, da Constituição federal, a possibilidade de se renovar sucessivamente a autorização de interceptação telefônica, sem limite definido de prazo — seja de 30 (trinta) dias, previsto no art. 5º da Lei 9.296/1996, seja de 60 (sessenta) dias, nos moldes do art. 136, § 2º, da Constituição Federal —, por decisão judicial fundamentada, ainda que de forma sucinta.
11	703	Reserva de lei para instituir sanções de detenção e prisão disciplinares aplicáveis aos militares.	RE 603.116. Recurso extraordinário em que se discute, à luz do art. 5º, LXI, da Constituição federal, a recepção do art. 47 da Lei 6.880/1980, que possibilita a definição, por meio de decreto regulamentar, dos casos de prisão e detenção disciplinares por transgressão militar. Em consequência, discute-se também a validade das disposições contidas no Decreto 4.346/2002 (Regulamento Disciplinar do Exército) pertinentes à aplicação das referidas penalidades.
12	758	Necessidade de condenação com trânsito em julgado para se considerar como falta grave, no âmbito administrativo carcerário, a prática de fato definido como crime doloso.	RE 776.823. Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos arts. 5º, LVII, e 97 da Constituição federal, se ofende o princípio da presunção de inocência a aplicação do quanto disposto no art. 52 da Lei 7.210/1984 (Lei de Execução Penal – LEP) – a prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave – antes do advento de sentença penal condenatória transitada em julgado.
13	788	Termo inicial para a contagem da prescrição da pretensão executória do Estado: a partir do trânsito em julgado para a acusação ou a partir do trânsito em julgado para todas as partes.	ARE 848.107. Recurso extraordinário em que se discute, à luz do art. 5º, II e LVII, da Constituição Federal, a recepção, ou não, pela Carta Magna de 1988 do art. 112, I, do Código Penal, segundo o qual a prescrição da pretensão executória começa a correr do dia em que transita em julgado a sentença condenatória para a acusação.

14	857	Tipicidade da conduta de portar arma branca, considerada a ausência da regulamentação exigida no tipo do art. 19 da Lei das Contravenções Penais.	ARE 901.623. Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos arts. 5º, XXXIX, e 22, I, da Constituição Federal, a tipicidade, ou não, da conduta de portar arma branca, tendo em conta a ausência da regulamentação exigida no tipo do art. 19 da Lei das Contravenções Penais.
15	905	Constitucionalidade da inclusão e manutenção de perfil genético de condenados por crimes violentos ou por crimes hediondos em banco de dados estatal.	RE 973. 837. Recurso extraordinário em que se discute, à luz do princípio constitucional da não autoincriminação e do art. 5º, II, da Constituição Federal, a constitucionalidade do art. 9º-A da Lei 7.210/1984, introduzido pela Lei 12.654/2012, que prevê a identificação e o armazenamento de perfis genéticos de condenados por crimes violentos ou por crimes hediondos.
16	907	Constitucionalidade do art. 305 do Código de Trânsito Brasileiro.	RE 971. 959. Recurso extraordinário em que se discute, à luz do art. 5º, LXIII, da Constituição Federal, a constitucionalidade, ou não, do art. 305 do Código de Trânsito Brasileiro, que tipifica o crime de fuga do local do acidente.
17	924	Tipicidade das condutas de estabelecer e explorar jogos de azar em face da Constituição da República de 1988. Recepção do "caput" do art. 50 do Decreto-Lei n. 3.688/1941 (Lei das Contravenções Penais).	RE 966.177. Recurso extraordinário em que se discute, com fundamento nos arts. 1º, inc. IV, 5º, "caput", incs. II, VI, VIII, XXXIX, XLI e LIV, 19, inc. I, e 170 da Constituição da República, a recepção do art. 50, "caput", do Decreto-Lei n. 3.688/1941 (Lei das Contravenções Penais), pelo qual tipificada a exploração ou o estabelecimento de jogos de jogos de azar como contravenções penais.
18	941	Possibilidade de afastar-se o prévio procedimento administrativo disciplinar – PAD, ou suprir sua eventual deficiência técnica, na hipótese de oitiva do condenado em audiência de justificação no juízo da execução penal, realizada na presença do ministério público ou defensor.	RE 972.598. Recurso extraordinário em que se discute, com fundamento nos arts. 5º, incs. XXXV, LIV e LV, e 93, inc. IX, da Constituição da República, se a oitiva do condenado em audiência de justificação pelo juízo da execução penal, presentes o ministério público e o defensor, supre a necessidade de prévio procedimento administrativo disciplinar (PAD) ou sua eventual ausência ou deficiência.
19	972	Possibilidade de fixação de regime inicial fechado para cumprimento de pena, com base unicamente na natureza hedionda do delito.	ARE 1.052.700 Recurso extraordinário em que se alega afronta à Súmula Vinculante n. 26, por ter o acórdão recorrido fixado regime inicial fechado para o cumprimento de pena, com fundamento no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990.
20	977	Aferição da licitude da prova produzida durante o inquérito policial relativa ao acesso, sem autorização judicial, a registros e informações contidos em aparelho de telefone celular, relacionados à conduta delitiva e hábeis a identificar o agente do crime.	ARE. 1.042.075. Recurso extraordinário em que se discute, à luz do art. 5º, incs. XII e LVI, da Constituição da República, a licitude da prova produzida durante o inquérito policial subsistente no acesso, sem autorização judicial, de registros e informações contidas em aparelho de telefonia celular relacionado à conduta delitiva, hábeis a identificar o agente do crime.

b) *Método de análise de dados*

Quanto ao método de análise de nosso objeto de estudo e coleta de dados partimos, principalmente, das fontes constantes no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, onde encontramos vasto material estatístico sobre o acervo geral de processos e recursos do STF¹²⁰¹ e também sobre a repercussão geral¹²⁰², além de acesso direto à íntegra dos processos eletrônicos, pois mesmo os mais antigos já foram totalmente virtualizados¹²⁰³. Em alguns poucos casos, precisamos coletar informações nos *sites* dos tribunais ou varas de origem, por somente ali estarem disponíveis.

Quanto à apresentação dos dados colhidos e das análises efetuadas, optamos por iniciar com um quadro descritivo dos aspectos gerais de cada tema: o seu número e título (dando nome ao tópico correspondente) conforme atribuídos pelo próprio STF; o registro do caso paradigmático, adotando o sistema do próprio STF (RE, AI ou ARE seguido do número)¹²⁰⁴; um resumo da questão constitucional colocada pelo recurso; o ramo do direito criminal correspondente, tendo sido necessário alterar alguns casos, em razão de notarmos equívocos no cadastro do STF; a situação atual do recurso, se negada a repercussão geral ou reconhecida e julgado o mérito do recurso, com ou sem reafirmação da jurisprudência do STF sobre o tema e se transitado, ou não, em julgado o acórdão; por fim, o enunciado da tese firmada.

Em seguida, no exame de cada caso, começamos com um breve resumo do caso concreto, a partir das informações constantes da íntegra do processo eletrônico no STF (e, por vezes, com consulta complementar no sítio eletrônico dos tribunais de origem), desde a denúncia (e, em alguns casos em que necessário, desde o inquérito policial), com todos os pontos principais de sua tramitação até sua chegada, pela via do recurso extraordinário (com ou sem agravo), ao STF.

¹²⁰¹ A partir das informações disponíveis em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica>>. Acesso em: 24 mar. 2018.

¹²⁰² Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/pesquisarProcesso.asp>>. Acesso em: 24 mar. 2018.

¹²⁰³ Disponível: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp>>. Acesso em: 24 mar. 2018.

¹²⁰⁴ O STF usa a expressão “leading case”. Preferimos usar uma forma portuguesa para a expressão: caso paradigma.

Na segunda parte, fizemos a descrição do processo já na Corte Suprema, com enfoque no julgamento da repercussão geral, com ou sem o seu reconhecimento, seguido de uma breve menção ao julgamento do mérito, quando alcançado, mas sem nos atermos com profundidade a esse último, em razão de não ser o objeto de exame do trabalho.

Por fim, passamos à análise propriamente dita da decisão de repercussão geral, a fim de identificar os critérios e aspectos levados em conta pelo STF, no exame da causa, para o reconhecimento ou a rejeição da repercussão geral no contexto fático-jurídico do caso objeto do recurso extraordinário. Nesse ponto, como adiantamos, importa-nos, quase que exclusivamente, o exame dos votos e manifestações dos ministros sobre a repercussão geral do tema e do caso, e não o julgamento do mérito em si, o qual demandaria outro tipo de abordagem e pesquisa. Com isso queremos dizer que não é nossa intenção comentar o acerto ou desacerto do STF no julgamento do mérito em cada caso, mas, sim, analisar os parâmetros e delimitações do que a nossa Corte Suprema entende como relevante e transcendente em matéria criminal, para fins de atribuir ou rejeitar a repercussão geral de um recurso extraordinário. Também é do nosso interesse – em razão da análise que fizemos sobre a evolução da interpretação jurídica, sobre o papel das Cortes Supremas e suas crises, sobre o regramento processual e os procedimentos da repercussão geral – analisar, mas de forma secundária, a forma com que o STF tem usado o referido instituto nos processos penais e se isso está de acordo com determinado modelo de atuação e com certo regramento jurídico ou não. Mais uma vez frisamos que esse não é o ponto principal, mas adjetivo do presente trabalho, cujo escopo maior é compreender o que é a repercussão geral em matéria criminal, à luz do entendimento firmado pelo Supremo em seus julgamentos sobre essa esfera temático-jurídica e, a partir dessa análise, aferir a veracidade ou falsidade da premissa de que todas as questões constitucionais em matéria criminal possuem como atributo intrínseco a repercussão geral. Em razão desses vetores da pesquisa, quando entrarmos em algum detalhe do julgamento do mérito, será apenas para complementar a análise dos critérios da repercussão geral ou do procedimento de aplicação do instituto constitucional da repercussão geral. Dito isso, passemos à efetiva análise dos casos julgados pelo STF, em regime de repercussão geral, da matéria criminal.

6.1. TEMA 050 - POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIR-SE A FORMALIZAÇÃO DE ACÓRDÃO FUNDAMENTADO POR CERTIDÃO A QUAL CONTENHA O RESULTADO DE JULGAMENTO.

Questão constitucional	Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos artigos 5º, LV e LX; e art. 93, IX, da Constituição Federal, a constitucionalidade, ou não, do art. 118, § 3º, do Regimento Interno do Superior Tribunal Militar – STM, o qual prevê que o resultado do julgamento de agravo interposto perante aquela Corte será certificado nos autos pela Secretaria do Tribunal Pleno, prescindindo-se da lavratura de acórdão fundamentado.
Ramo do direito	Direito Processual Penal Militar
Situação atual	Julgado mérito de repercussão geral
Tese enunciada:	O artigo 118, § 3º, do Regimento Interno do Superior Tribunal Militar — que prevê que o resultado do julgamento de agravo interposto perante aquela Corte será certificado nos autos pela Secretaria do Tribunal Pleno — não pode implicar a ausência de lavratura do acórdão, sob pena de afronta às garantias constitucionais da motivação e da publicidade dos pronunciamentos judiciais.

6.1.1. O caso.

Em um caso de investigação promovida pelo Ministério Público Militar, para apuração da participação de oficiais e civis no desvio de verbas ocorrido no Hospital Naval Marcílio Dias (HNMD), estabeleceu-se certa celeuma entre o STM e a PGJM quanto à existência de crime militar ou de atos de improbidade administrativa e, por isso, quanto ao órgão competente para processar o feito: a Justiça Militar da União ou a Justiça Federal.

Uma série de recursos interpostos pelo MPM culminou com a impugnação da decisão do Agravo Regimental em Embargos de Declaração em Agravo Regimental no inquérito policial militar nº 2007.01.000022-5, pelo recurso extraordinário autuado sob o nº 575.144-DF, com fundamento no art. 102, III, “a” da CF. No referido apelo alegou-se, em síntese, a inconstitucionalidade do art. 118, §3º do RISTM, que assim dispunha, à época: “Art. 118. Cabe Agravo, sem efeito suspensivo, de despacho do Relator que causar prejuízo às partes: [...]§3º O resultado

do julgamento será certificado nos autos pela Secretaria do Tribunal Pleno”.¹²⁰⁵ O fundamento da alegação cingia-se ao fato de o STM ter deixado, com base no referido dispositivo, de lavrar o acórdão relativo ao primeiro agravo regimental e aos recursos que se seguiram, registrando-se, tão-somente, o resultado em certidão de julgamento e privando as partes de ter ciência dos limites do *decisum*. Diante disso, foi arguida ofensa ao art. 5º, LV (contraditório), LX (publicidade dos atos processuais) e art. 93, IX (obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais), todos da Constituição Federal.

Quanto à repercussão geral, o recorrente aduziu que “o caso vertente possui dois importantes vértices”: um que trata da competência para julgar os crimes previstos na Lei de Licitações e Contratos, se da Justiça Militar ou Federal, o que abrange todos os cidadãos que possam ser parte em litígio dessa natureza; outro que diz respeito à norma regimental do STM, cujo teor autoriza a apresentação de uma simples certidão no lugar de acórdão, detendo tal norma caráter processual que, por isso, incide sobre todas as decisões prolatadas em sede de agravo regimental e “prejudica a atuação de todos os defensores e acusadores no âmbito do processo penal militar”.

6.1.2. A repercussão geral e o resultado do julgamento.

A decisão de análise da repercussão geral, redigida pelo Min. Ricardo Lewandowski, teve o seguinte teor:

A controvérsia possui repercussão geral. Entendo que a definição acerca da constitucionalidade do art. 118, §3º do Regimento Interno do Superior Tribunal Militar, afetará um número elevado de demandas submetidas àquela Corte Superior. Sob a vertente jurídica, observa-se a importância do caso pela aparente restrição indevida às partes do conhecimento quanto aos limites da decisão emanada com suporte naquela norma regimental. Por tais motivos, considero que a questão constitucional trazida aos atos ultrapassa o interesse subjetivo das partes.

Não houve votos contrários ao reconhecimento da repercussão geral, tendo a mesma sido afirmada em 28/03/2008. O mérito do RE 575.144/DF foi julgado, em 11/12/2008, sendo provido o recurso, cuja ementa restou assim redigida:

¹²⁰⁵ A redação atual do dispositivo, dada pela Emenda Regimental n. 32, de 21.11.2017, é a seguinte: “Art. 118. Cabe Agravo Interno: [...]§3º A decisão do Plenário constará de Acórdão lavrado de acordo com o artigo 51, aplicando-se, no que couber, as disposições constantes dos artigos 52, 53 e 54”.

EMENTA: PROCESSUAL PENAL MILITAR. ART. 118, § 3º, DO REGIMENTO INTERNO DO SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR. PUBLICIDADE. MOTIVAÇÃO. ARTS. 5º, LX, E 93, IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. OFENSA. INCONSTITUCIONALIDADE DA NORMA REGIMENTAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO. I - O art. 118, § 3º, do Regimento Interno do Superior Tribunal Militar afronta as garantias constitucionais da motivação e da publicidade dos pronunciamentos judiciais. II - Declarada a inconstitucionalidade do dispositivo regimental. III - Recurso extraordinário conhecido e provido.

Houve o trânsito em julgado da decisão, em 18/03/2009. A tese firmada foi reduzida ao seguinte enunciado: “O artigo 118, § 3º, do Regimento Interno do Superior Tribunal Militar — que prevê que o resultado do julgamento de agravo interposto perante aquela Corte será certificado nos autos pela Secretaria do Tribunal Pleno — não pode implicar a ausência de lavratura do acórdão, sob pena de afronta às garantias constitucionais da motivação e da publicidade dos pronunciamentos judiciais”.

Não houve pedido de habilitação de terceiros como *amicus curiae*, na forma dos arts. 1.035, §4º, e 1.038, I e II, do CPC (art. 543-A, §6º, CPC/73). Houve sobrestamento de 9 processos, na origem¹²⁰⁶, com base no mesmo tema, na forma dos arts. 1.030, III, e 1.035, §5º (art. 543-B, §1º). Não houve remessa de processos representativos da controvérsia por nenhum tribunal, na forma do art. 1.030, IV, ou 1.036, §1º (art. 543-B, §1º). Não houve devolução de processos, pelo STF, à origem, com base nesse recurso, na forma dos arts. 1.035, §8º, 1.039 e 1.040, I, c/c art. 21, V, “c” do RISTF. O julgamento do mérito se deu cerca de 8 meses após a publicação da decisão de reconhecimento da repercussão geral (art. 1.035, §9º).

6.1.3. Análise.

O tema 50 foi o pioneiro entre os temas de direito criminal apreciados sob o regime de repercussão geral. Também detém a marca de ser o primeiro tema de direito processual penal (mais especificamente o militar, sendo também o único do direito castrense, até agora) analisado e julgado pelo STF em que se firmou uma tese jurídica a partir do julgamento de um recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida. Além disso, dentre os casos que analisamos,

¹²⁰⁶ 8 no TJMS e 1 no TJRS. Cf. dados disponíveis em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoBOInternet/anexo/RG/Total_geral/ExcelHTML/Repercuss%C3%A3o%20Geral%20-%20Estat%C3%ADsticas.xlsx>. Acesso em: 24 mar. 2018.

foi o segundo¹²⁰⁷ de repercussão geral com julgamento mais rápido de todos – menos de nove meses, desde o protocolo do recurso no STF até o julgamento de seu mérito.

Na questão de fundo, temos a obrigatoriedade da publicidade e das motivações das decisões judiciais, garantias fulcradas nos arts. 5º, LV e LX, e 93, IX da CF, e que serviram de fundamento para a declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 118, §3º do RISTM, como apontou a decisão.¹²⁰⁸

O julgamento da repercussão geral desse tema confirmou o que o STF já tinha firmado no julgamento da Questão de Ordem em Agravo de Instrumento 664.567/RS¹²⁰⁹, no sentido de que as questões relativas ao direito criminal também enfrentam a análise de sua repercussão geral, não sendo, em princípio, presumido ou automático esse requisito, por tratar a questão desse ramo do direito. O julgamento também tem a peculiaridade de incluir a análise da repercussão geral de questões de direito processual penal, não havendo nenhuma evidência, porém, de que o fato de se tratar da esfera militar tenha tido alguma relevância a mais para o julgamento.

Fica, com a decisão do STF sobre o tema, assentado – para além da tese enunciada de inconstitucionalidade específica do art. 118, §3º do RISTM – que o questionamento constitucional (à luz dos arts. 5º, LV e LX, e 93, IX) de qualquer disposição normativa, ainda que regimental, que restrinja ou limite o acesso das partes ao inteiro teor das decisões judiciais, sejam elas proferidas em qualquer recurso e grau de jurisdição, pela natureza abstrata que possuem, a ensejar a repetição em inúmeros recursos/processos, transcendem os interesses das partes e, por isso, possuem repercussão geral.

¹²⁰⁷ Perdendo apenas para o julgamento do Tema 650, ocorrido em 4 meses.

¹²⁰⁸ A importância da obrigatoriedade da publicidade e da motivação de todas as decisões judiciais proferidas no processo penal já era uma questão pacífica na doutrina, cf. apontam: BRITO, Alexis Couto de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira. **Processo penal**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 26 e 39-41; ISHIDA, Válter Kenji. **Processo penal**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 35, 38 e 119; LOPES JR., Aury. **Introdução crítica do processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006, p. 263-267; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**. 4. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 64-71; RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 13-16 e 521-522; DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. 2. ed. em *e-book*. São Paulo: RT, 2016, p. 35; TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 70-72; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, vol. 1, p. 67-72; CAPEZ, Fernando; COLNAGO, Rodrigo Henrique. **Código de processo penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 375; MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 59-61 e 68-70; LOPES JR., Aury. **Introdução crítica do processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006, p. 263-293; entre outros.

¹²⁰⁹ Como vimos no tópico 5.10.

6.2. TEMA 059 - PROGRESSÃO DE REGIME EM CRIMES HEDIONDOS COMETIDOS ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.464/2007.

Caso paradigma:	Recurso extraordinário 579.167/AC
Questão constitucional:	Possibilidade, ou não, à luz do art. 5º, XL, da Constituição Federal, de condenado pela prática de crime hediondo consumado anteriormente à edição da Lei nº 11.464/2007 obter direito à progressão do regime de cumprimento da pena, mediante o cumprimento de 1/6 da pena respectiva.
Ramo do direito:	Direito Penal ¹²¹⁰
Situação atual	Julgado mérito de repercussão geral
Tese enunciada:	A Lei nº 11.464/07, que majorou o tempo necessário para progressão no cumprimento da pena, não se aplica a situações jurídicas que retratem crime hediondo ou equiparado cometido em momento anterior à respectiva vigência.

6.2.1. O caso.

O.S.L. foi condenado à pena de 16 (dezesesseis) anos de reclusão em regime integralmente fechado, pela prática do crime previsto no art. 121, § 2º, I, III e IV, c/c o art. 29, *caput*, c/c o art. 65, III, "d", todos do Código Penal. Tendo sido iniciada a execução da pena perante o Juízo de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco, o magistrado concedeu a progressão de regime ao sentenciado, após o cumprimento de 1/6 (um sexto) da pena, nos termos do art. 112 da Lei 7.210/84 (Lei de Execuções Penais, com redação dada pela Lei nº 10.792/03)¹²¹¹.

¹²¹⁰ O banco de dados do STF classifica o tema como de Direito Processual Penal. Contudo, como adiante demonstraremos, o tema, na verdade, diz respeito ao Direito Penal e não Processual Penal.

¹²¹¹ “Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime

Inconformado, o Ministério Público do Estado do Acre interpôs agravo em execução penal alegando que, tratando-se de crime hediondo, o reeducando não cumprira, 1/2 (metade) da pena, ou sequer, 1/3 (um terço) da mesma, requerendo que o mesmo voltasse a cumprir a sanção em regime inicial fechado. O MP/AC fundamentou seu pedido em interpretação que dava ao art. 112 da LEP, que prevê o requisito temporal de cumprimento de 1/6 (um sexto) da pena, em conjunto com o art. 83, incs. I e II, do Código Penal (redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)¹²¹², que prevê a concessão de livramento condicional a partir do cumprimento de 1/3 da pena, se não reincidente em crime doloso, ou 1/2, se reincidente em crime doloso. Ainda não vigia a Lei 11.464/07, que modificou o art. 2º, §2º, da Lei 8.072/90 (lei dos crimes hediondos), para prever que: “A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente”.

A Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Acre, por desempate de votos na forma do art. 615, §1º do CPP, negou provimento ao recurso ministerial com base na decisão mais favorável do revisor, sob o entendimento de que o art. 112, da Lei de Execução Penal (7.210/84), que prevê requisito objetivo de cumprimento de um sexto da pena para progressão de regime, seria o único dispositivo legal a ser aplicado para os crimes cometidos antes de 29 de março de 2007 (data da vigência da Lei 11.464/2007). Aduziu, ainda, que a nova Lei 11.464/2007, notoriamente, previu situação mais gravosa ao apenado por crime hediondo do que o art. 112 da LEP e, sendo não retroativa, por força do disposto no art. 5º, inc. XL da Constituição da República, não se aplicaria ao caso. No que dizia respeito à alegação recursal de que a decisão do Excelso Supremo Tribunal Federal que declarou a inconstitucionalidade do § 1.º, do art. 2.º, da Lei 8.072/1990 não teria efeito *erga omnes*, em virtude de o Senado Federal ainda não ter se manifestado, entendeu-a superada, entendeu-a impertinente face às inúmeras decisões dos Tribunais Superiores que divergem do posicionamento adotado pelo agravante. A ementa do julgado restou assim redigida:

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. NEGATIVA DE RECONHECIMENTO DE DECLARAÇÃO DE

anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão”.

¹²¹² “Art. 83 - O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que: I - cumprida mais de um terço da pena se o condenado não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes; II - cumprida mais da metade se o condenado for reincidente em crime doloso”.

INCONSTITUCIONALIDADE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
– INADMISSIBILIDADE. APLICAÇÃO DE LEI MAIS DANOSA AO
APENADO – IMPOSSIBILIDADE.

1. Se o Excelso Supremo Tribunal Federal declara a inconstitucionalidade de dispositivo de lei, mesmo em caráter difuso, mister é cumprir a decisão, independentemente de manifestação do Senado Federal.
2. Legislação penal e/ou processual nova, que trata o apenado de forma mais danosa, não retroagirá.
3. Agravo a que se nega provimento.¹²¹³

Contra esse acórdão, o MP/AC interpôs o recurso extraordinário autuado sob o nº 579.167/AC, com fundamento no art. 102, III, “a” da CF, alegando violação ao art. 5º, incs. XL¹²¹⁴ e XLIII¹²¹⁵ da CF. Asseverou incidir o novo regramento do art. 2º, §2º da Lei 8.072/90, imposto pela Lei nº 11.464/07, ou seja, o requisito de 2/5 da pena relativamente a condenado primário, e 3/5 em casos de reincidência, sustentando ser a norma introduzida pela Lei nº 11.464/07 mais benéfica que a prevista no §1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, que determinava o cumprimento integral da pena por crime hediondo em regime fechado. O fato de esse último dispositivo ter sido declarado inconstitucional pelo STF, de forma incidental, segundo o recorrente, não o teria retirado do ordenamento, motivo pelo qual a Lei nº 11.464/07 deveria prevalecer como *novatio legis in mellius*, afastada a aplicação do art. 112 da Lei de Execuções Penais.

Quanto à repercussão geral, o recorrente, em preliminar formal, aduziu que já interpôs inúmeros recursos extraordinários contra decisões do TJ/AC com a mesma temática e que, do ponto de vista jurídico, a decisão do STF no RE em questão, acerca do requisito objetivo temporal para os condenados por crimes hediondos, “atingirá não somente o ora recorrido, mas a outros condenados por crime hediondos e assemelhados que foram beneficiados com a progressão de regime nos moldes do art. 112 da Lei de execução Penal, ou seja, após o cumprimento de somente 1/6 da pena”. Do ponto de vista social, a repercussão geral consistiria “no sentimento geral da

¹²¹³ Relator: Des. Feliciano Vasconcelos de Oliveira; Comarca: Rio Branco; Órgão julgador: Câmara Criminal; Data do julgamento: 20/09/2007; Data de registro: 20/09/2007.

¹²¹⁴ “XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

¹²¹⁵ “XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”.

sociedade, diante do tratamento diferenciado e mais rigoroso aos condenados por crime hediondo e assemelhados” dado pela própria Constituição, em seu art. 5º, XLIII.

O recorrido, defendido pela Defensoria Pública do Estado do Acre, sustentou o acerto da conclusão adotada no acórdão impugnado, não havendo ofensa aos preceitos constitucionais evocados. Afirmou, ainda, que a aplicação do requisito temporal previsto na Lei nº 11.464/07 violaria o princípio da retroatividade apenas da lei penal mais benéfica.

Houve pedido de habilitação da Defensoria Pública da União como *amicus curiae*, o que foi deferido pelo relator em 17/02/2012.

6.2.2. A repercussão geral e o resultado do julgamento.

A decisão de reconhecimento da repercussão geral, redigida pelo Min. Menezes Direito e aprovada pelo Plenário Virtual, em 04/04/2008, com 9 votos favoráveis e apenas 1 contrário e 1 abstenção, considerou que:

A discussão em torno do requisito temporal para progressão de regime quanto aos crimes hediondos praticados antes da Lei nº 11.464/07 extrapola os interesses subjetivos presentes nas causas, mostrando-se relevante para um grande número de apenados no país. Assim, entendendo presente a repercussão geral e proponho o julgamento conjunto dos recursos extraordinários enumerados nesta manifestação, dada a identidade dos casos.

O mérito do RE 579.167/AC foi julgado, em 16/05/2013, sendo negado provimento ao recurso, por unanimidade, cuja ementa restou assim redigida:

SEGURANÇA JURÍDICA – APLICAÇÃO DA LEI NO TEMPO. A primeira condição da segurança jurídica é a irretroatividade da lei, no que editada para vigor prospectivamente, regendo atos e fatos que venham a ocorrer. LEI – APLICAÇÃO NO TEMPO – PENAL. O princípio da irretroatividade da lei surge robustecido ante o disposto no artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal – “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.” PENA – REGIME DE CUMPRIMENTO – DEFINIÇÃO. O regime de cumprimento da pena é norteado, considerada a proteção do condenado, pela lei em vigor na data em que implementada a prática delituosa. PENA – REGIME DE CUMPRIMENTO – PROGRESSÃO – FATOR TEMPORAL. A Lei nº 11.464/07, que majorou o tempo necessário a progredir-se no cumprimento da pena, não se aplica a situações jurídicas que retratem crime cometido em momento anterior à respectiva vigência – precedentes. LEI PENAL – INTERPRETAÇÃO ANALÓGICA – EXTENSÃO – IMPROPRIEDADE. Descabe interpretar analogicamente norma penal benéfica ao acusado a ponto de introduzir, no cenário, quanto a instituto nela não tratado, exigência relativa ao cumprimento de parte da pena para progredir.

Houve o trânsito em julgado da decisão, em 02/12/2013. A tese firmada foi reduzida ao seguinte enunciado: “A Lei nº 11.464/07, que majorou o tempo necessário para progressão no cumprimento da pena, não se aplica a situações jurídicas que retratem crime hediondo ou equiparado cometido em momento anterior à respectiva vigência”.¹²¹⁶

Houve sobrestamento de 3 processos, na origem¹²¹⁷, com base no mesmo tema. Não houve remessa de processos representativos da controvérsia por nenhum tribunal. O tema também foi objeto de julgamento, no STF, da repercussão geral do RE 579.416/AC, que restou prejudicado. O julgamento do mérito se deu cerca de 5 anos após a decisão de reconhecimento da repercussão geral.

6.2.3. Análise.

O caso do RE 579.167/AC (e do RE 579.416/AC) teve decisão de repercussão geral bastante sucinta, que se limitou a afirmar que “a discussão em torno do requisito temporal para progressão de regime quanto aos crimes hediondos praticados antes da Lei nº 11.464/07 extrapola os interesses subjetivos presentes nas causas, mostrando-se relevante para um grande número de apenados no país”. De fato, em um país que conta com a 3ª maior população carcerária do mundo, segundo dados públicos¹²¹⁸, é difícil pensar em qualquer questão que se refira a cum-

¹²¹⁶ A tese fixada pelo STF se compatibiliza com o entendimento preconizado pela doutrina acerca da possibilidade de progressão de regime, pelo cumprimento de 1/6 da pena, do condenado por tráfico cometido antes da vigência da Lei 11.464/07, do que são exemplos: BITENCOURT, 2012, p. 613-617; NUCCI, 2010, p. 362-363 e 680-681; SOUZA, Sergio Ricardo de. **Lei antidrogas** (Lei nº 11.343/2006): aspectos penais e processuais. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2015, p. 129; CARVALHO, Salo de. **A política de criminal de drogas no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010, p. 252-256; ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 488-489; entre outros. Em sentido contrário, cf: MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Legislação penal especial**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 74-76; CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: legislação penal especial**. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 4, p. 197-198; GUIMARÃES, Isaac Sabbá. **Nova lei antidrogas comentada**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 74-81; DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 565; GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014, v. I, p. 493-494; GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: RT, 2007, v. 2, p. 855-856; entre outros.

¹²¹⁷ 1 no TJGO, 1 no TJMG 1 no TRF1.

¹²¹⁸ Total de 726.712, até junho de 2016. Dados divulgados, em 08/12/2017, a partir do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen), pelo Departamento Penitenciário Nacional (Depen), do Ministério da Justiça, cf. SANTOS, Thandara (Org.); ROSA, Marlene Inês da (Colab.) [et al.]. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN atualização junho de 2016**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN, 2017, p. 7. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DE->

primimento de pena – em especial progressão de regime – que não possua transcendência e relevância, já que atinge milhares de pessoas em um de seus direitos mais fundamentais: a liberdade de ir e vir, que já está sendo cerceado no momento do julgamento.

Esse tipo de decisão do STF dá início ao reforço da noção natural – mas contrariada pelo próprio Tribunal, em mais de uma oportunidade, a partir do julgamento do AI (QO) 664.567/RS – no sentido de que as questões constitucionais penais, por estarem praticamente todas inseridas no rol de direitos e garantias individuais fundamentais, sempre terão repercussão geral. A natureza pública dos processos penais em que discutidas também milita em favor dessa tese, na medida em que questões de direito público, sejam de titularidade do Estado (como o direito à persecução penal), sejam do acusado (como o direito à liberdade, à dignidade, à ampla defesa, à presunção de inocência etc.), sempre terão relevância transcendente ao interesse meramente individual das partes.

Em que pese o entendimento firmado pelo STF no AI 664.567/RS no sentido de que os RE criminais não possuem repercussão geral automática, a jurisprudência do STF, em decisões como a que se analisa aqui (e em tantas outras que veremos adiante), demonstra que, havendo apresentação formal da preliminar de repercussão geral em tais recursos, o tema é facilmente reconhecido como de relevância transcendente, como no caso do tema 59. O STF, ainda que não queira assumir, acaba por confirmar o fundamento das críticas à análise da repercussão geral em recursos extraordinários criminais, como mera formalidade a ser superada para a não rejeição liminar do apelo constitucional extremo, enquadrando-se, por isso, na pejorativa qualidade de requisito de admissibilidade criado por “jurisprudência defensiva”, que, embora sirva à redução da quantidade de recursos em trâmite no Tribunal, o faz por critério meramente formais e não de conteúdo dos recursos, este último, sim, da essência da repercussão geral.

No mérito, é preciso destacar que a forma com que tratada a questão da progressão de regime pelo STF, no extraordinário, demonstra que as disposições relativas à execução da pena – ao menos no que diz respeito à progressão de regime e ao livramento condicional, ambos institutos

PEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2018. À época do julgamento do RE 579.167/AC, esses números eram um pouco menores, mas não menos graves, ocupando o Brasil, ainda, a 4ª colocação, atrás de EUA, China e Rússia. Hoje, já superamos o quantitativo desse último país.

usados nas razões do recorrente – têm natureza de direito penal material.¹²¹⁹ Não fosse assim, não se poderia falar em irretroatividade das disposições mais severas impostas pela Lei 11.464/07 à progressão de regime, com base no art. 5º, XL; se a norma fosse de natureza processual (como classificado pelo STF em seu sítio eletrônico, quanto ao tema 59¹²²⁰), não haveria que se falar em irretroatividade, mas em *tempus regit actum*, incidindo a lei processual aos atos praticados sob sua vigência, como o próprio STF já teve a oportunidade de decidir em outros casos análogos¹²²¹.

O tema, portanto, deve ser lido à luz de sua natureza penal e não processual e, deixando, como conclusão da análise da relevância e transcendência do caso, dois pontos: a existência de repercussão geral da interpretação constitucional das normas de execução penal, em especial das relativas à progressão de regime, e da aferição da retroatividade, ou não, desse tipo de norma sobre o cumprimento de pena de crimes cometidos antes de sua vigência.¹²²²

¹²¹⁹ Nesse sentido, a doutrina aponta a natureza jurídica mista do direito penitenciário ou da execução penal, que envolve aspectos tanto do direito penal, quanto do direito processual penal e do direito administrativo: MIRA-BETE, Julio Fabbrini. **Execução penal: comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-1984**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 19-20; NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Comentários à lei de execução penal: Lei n. 7.210, de 11-7-1984**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 4-5; entre outros.

¹²²⁰ Arquivo “temasrg.xlsx”; disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoBOInternet/anexo/temasrg.xlsx>>. Acesso em 24 mar. 2018.

¹²²¹ A exemplo deste: PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PEÇAS OBRIGATÓRIAS. AUSÊNCIA. DEVER DA PARTE DE ZELAR PELA CORRETA FORMAÇÃO DO INSTRUMENTO. SÚMULA 288. INCIDÊNCIA. LEI 12.322/2010. IRRETROATIVIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. [...] III - Nos termos do art. 2º do Código de Processo Penal, a lei adjetiva penal tem eficácia imediata, preservando-se os atos praticados anteriormente à sua vigência, isso porque vigora, no processo penal, o princípio “tempus regit actum” segundo o qual são plenamente válidos os atos processuais praticados sob a vigência de lei anterior, uma vez que as normas processuais penais não possuem efeito retroativo. IV – A Lei 12.322/2010, que dispôs sobre a nova sistemática do agravo contra decisão que não admite recurso extraordinário ou especial, entrou em vigor 90 dias após a sua publicação, no dia 09/12/2010. Lei cuja aplicação não pode ocorrer de forma retroativa. Precedentes. V – Agravo regimental desprovido. (AI 853545 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 26/02/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-046 DIVULG 08-03-2013 PUBLIC 11-03-2013)

¹²²² Importante, ainda, ressaltar que o entendimento firmado pela Corte também já vinha firmado em súmula vinculante, em torno do mesmo tema, com o seguinte texto: “Súmula Vinculante 26. Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico”. Publicada no DJe de 23.12.2009. No Superior Tribunal de Justiça, o entendimento firmado no julgamento do Tema 59 também já havia sido sumulado: “Súmula 471. Os condenados por crimes hediondos ou assemelhados cometidos antes da vigência da Lei n. 11.464/2007 sujeitam-se ao disposto no art. 112 da Lei n. 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) para a progressão de regime prisional”.

6.3. TEMA 113 - REVOGAÇÃO DO ART. 25 DA LEI DE CONTRAVENÇÕES PENAIS PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Caso paradigma	Recurso extraordinário 583.523/RS
Questão constitucional	Recepção constitucional, ou não, à luz dos artigos 3º, IV; e 5º, caput, e LVII, da Constituição Federal, do art. 25 da Lei de Contravenções Penais (Decreto-lei nº 3.688/41), que prevê punição criminal a quem tem em seu poder, depois de condenado por crime de furto ou roubo, ou enquanto sujeito à liberdade vigiada ou quando conhecido como vadio ou mendigo, instrumentos empregados usualmente na prática de crime de furto, desde que não prove destinação legítima.
Ramo do direito	Direito Penal ¹²²³
Situação atual	Julgado mérito de repercussão geral
Tese enunciada	O art. 25 da Lei de Contravenções Penais (Decreto-lei 3.688/1941) não foi recepcionado pela Constituição de 1988, por violar os princípios da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III) e da isonomia (art. 5º, <i>caput</i> e I).

6.3.1. O caso.

R.S.M. foi processado pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, perante o Juizado Especial Criminal de Pelotas, pela contravenção penal prevista no art. 25 do Decreto-lei nº 3.688/41¹²²⁴, pois, segundo a denúncia, após ter sido condenado por furto (art. 155, §4º do CP), tinha em sua posse uma chave micha. Ao final, foi condenado por tal fato à pena de 4 (quatro) meses de detenção, substituída por prestação de serviços à comunidade e pagamento de dez dias-multa à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à data do fato. No mesmo processo,

¹²²³ No documento obtido no sítio eletrônico do STF, o ramo do direito está classificado como Direito Processual Penal, mas como o art. 25 da Lei de Contravenções Penais veicula norma incriminadora, de natureza penal material, portanto, cremos que a classificação correta do tema seja Direito Penal.

¹²²⁴ “Art. 25. Ter alguém em seu poder, depois de condenado, por crime de furto ou roubo, ou enquanto sujeito à liberdade vigiada ou quando conhecido como vadio ou mendigo, gazuas, chaves falsas ou alteradas ou instrumentos empregados usualmente na prática de crime de furto, desde que não prove destinação legítima: Pena – prisão simples, de dois meses a um ano, e multa de duzentos mil réis a dois contos de réis”.

foi também condenado pelo crime do art. 28 da Lei nº 11.343/05 (posse de droga para uso pessoal), à pena de 7 (sete) meses de prestação de serviços comunitários, com comparecimento a palestras junto ao CAEX, por estar de posse de 0,694g de maconha.

A Defensoria Pública estadual recorreu à Turma Recursal Criminal/RS pela reforma da sentença para declarar a não recepção do art. 25 da LCP pela Constituição de 1988, referindo que o dispositivo é discriminatório, contrariando o preceituado nos artigos 3º e 5º da Carta Magna, tratando-se de atipicidade material da conduta. Também requereu a aplicação do princípio da insignificância ao crime de posse ilegal de droga.

A Turma, à unanimidade, deu parcial provimento à apelação defensiva, para absolver o apelante do crime do art. 28 da Lei de Drogas, com fundamento na insignificância, mas manteve sua condenação pela contravenção do art. 25 da LCP, reduzindo o *quantum* da pena e substituindo a prisão por multa. A ementa do julgado restou assim redigida:

APELAÇÃO CRIME. POSSE NÃO JUSTIFICADA DE INSTRUMENTO DE EMPREGO USUAL NA PRÁTICA DE FURTO (ART. 25 DO DECRETO-LEI Nº 3.688/1941) E POSSE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE (ARTIGO 28, DA LEI Nº 11.343/2006). 1. POSSE NÃO JUSTIFICADA DE INSTRUMENTO DE EMPREGO USUAL NA PRÁTICA DE FURTO. Provas suficientes para comprovar que o réu portava instrumento de emprego usual na prática de furto, conduzem a confirmação da condenação. 2. POSSE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. ART. 28 DA LEI Nº 11.343/2006. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. Quando ínfima a quantidade da droga apreendida (0,694 gramas de cannabis sativa), o fato não tem repercussão na seara penal, não ocorrendo efetiva lesão ao bem jurídico tutelado, enquadrando-se o fato no princípio da insignificância. Apelação parcialmente provida

Quanto aos fundamentos constitucionais para o reconhecimento da não recepção do art. 25 da LCP pela Constituição de 1988, a Turma Recursal não se manifestou, limitando-se a analisar o conjunto probatório dos fatos e sua conformação com o tipo penal. Em razão disso, foram opostos embargos de declaração pela DPE/RS, os quais foram desprovidos, com a seguinte ementa:

EMBARGOS DECLARATÓRIOS. INEXISTÊNCIA DOS VÍCIOS ELENCADOS NO ART. 83, DA LEI Nº 9.099/95. O acórdão não se mostra obscuro, contraditório ou omissivo, pois procedeu ao exame do fato e explicitou os fundamentos jurídicos da decisão, o que afasta embargos declaratórios, cuja finalidade é o prequestionamento. O prequestionamento não criou nova espécie de recurso, não estando o juiz obrigado a comentar cada dispositivo legal referido pelas partes, bastando que examine as questões jurídicas debatidas nos autos. Embargos rejeitados.

Contra esse acórdão, a DPE/RS interpôs o recurso extraordinário autuado sob o nº 583.523/RS, com fundamento no art. 102, III, “a” da CF, alegando violação aos princípios da isonomia (art. 5º, *caput*: todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza), em razão de tratar de forma desigual as pessoas por seu passado ou por sua condição econômica; e da presunção de inocência (art. 5º, inc. LVII: ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória); bem como ao objetivo fundamental de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, inc. IV).

Quanto à repercussão geral, o recorrente, em preliminar formal, aduziu que ao se manter a decisão condenatória com base no art. 25 da Lei de Contravenções Penais, sem se apreciar a tese de inconstitucionalidade por ofensa aos princípios apontados, houve repercussão jurídica para além dos limites subjetivos da causa, “na medida em que houve desrespeito aos direitos humanos fundamentais, comprometendo a segurança jurídica ao reconhecer como válido ato judicial falho”.

A Turma Recursal negou trânsito ao recurso extraordinário, ao fundamento de incidência dos enunciados 279 e 282 do Supremo Tribunal Federal. Contra referida decisão de inadmissibilidade, foi interposto agravo de instrumento, autuado sob o n. AI 701372/RS e distribuído ao Ministro Cezar Peluso, pelo qual foi dado provimento monocraticamente, em 25/02/2008 (DJe de 05/03/2008) para conversão em recurso extraordinário. Não houve nenhum pedido de habilitação como *amicus curiae*.

6.3.2. A repercussão geral e o resultado do julgamento.

Repercussão geral reconhecida em 03/10/2008. A decisão de reconhecimento da repercussão geral, redigida pelo Min. Cesar Peluso, considerou que:

A questão suscitada versa sobre importante matéria, que merece reflexão da Corte, acerca da admissibilidade constitucional da punição criminal de alguém pelo fato de já ter sido anteriormente condenado e, ainda, a respeito dos limites constitucionais da noção de crime de perigo abstrato, revelando, pois, a necessidade de análise da constitucionalidade de normas da Lei de Contravenções Penais. Este tema tem profundo reflexo no “*ius libertatis*”, bem jurídico fundamental, e, como tal, transcende os limites subjetivos da causa, revestindo-se de repercussão geral.

Convém destacar que o mérito do recurso só foi julgado, porque antes julgada questão de ordem pelo Tribunal acerca da prescrição, para reconhecê-la existente, mas julgar o mérito por possibilidade de melhor aproveitar o resultado ao recorrente, se provido o recurso, sem risco em caso de desprovimento, ante à extinção da punibilidade. Ademais, ressaltou-se a importância de enfrentar o tema da constitucionalidade da norma penal em abstrato. Nesse sentido, o seguinte trecho da decisão:

Contudo, apesar de evidente a prescrição, entendo que esta Corte deve enfrentar o mérito do apelo extremo porque, caso seja reconhecida a não-recepção da norma penal pela Constituição Federal e, portanto, a atipicidade da conduta do recorrente, as consequências da decisão serão mais benéficas que a extinção da punibilidade pela perda da pretensão punitiva do Estado.

Ainda, na hipótese deste Tribunal decidir pela manutenção do tipo contravençional, nenhum prejuízo terá o recorrente, pois a extinção da punibilidade pela prescrição poderá ser reconhecida a qualquer momento.

Além disso, a questão constitucional a ser examinada é relevante, inclusive pelo reconhecimento da repercussão geral da matéria – tema 113, por maioria de votos, pelo Plenário, em 24.10.2008.

O mérito do RE 583.523.167/RS foi julgado, em 03/10/2013 (exatos 5 anos após a decisão de reconhecimento da repercussão geral), sendo dado provimento ao recurso, por unanimidade, por reconhecer o Tribunal Pleno, no acórdão recorrido, a violação dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da isonomia, previstos nos artigos 1º, inciso III; e 5º, *caput* e inciso I, da CF, ante a não recepção do artigo 25 do Decreto-Lei 3.688/41 (Lei das Contravenções Penais) pela Constituição Federal de 1988, e, em consequência, absolver o recorrente, nos termos do artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal. A ementa restou assim redigida:

1. Recurso extraordinário. Constitucional. Direito Penal. Contravenção penal.
2. Posse não justificada de instrumento de emprego usual na prática de furto (artigo 25 do Decreto-Lei n. 3.688/1941). Réu condenado em definitivo por diversos crimes de furto. Alegação de que o tipo não teria sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988. Arguição de ofensa aos princípios da isonomia e da presunção de inocência.
3. Aplicação da sistemática da repercussão geral – tema 113, por maioria de votos em 24.10.2008, rel. Ministro Cezar Peluso.
4. Ocorrência da prescrição intercorrente da pretensão punitiva antes da redistribuição do processo a esta relatoria. Superação da prescrição para exame da recepção do tipo contravençional pela Constituição Federal antes do reconhecimento da extinção da punibilidade, por ser mais benéfico ao recorrente.
5. Possibilidade do exercício de fiscalização da constitucionalidade das leis em matéria penal. Infração penal de perigo abstrato à luz do princípio da proporcionalidade.
6. Reconhecimento de violação aos princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia, previstos nos artigos 1º, inciso III; e

5º, caput e inciso I, da Constituição Federal. Não recepção do artigo 25 do Decreto-Lei 3.688/41 pela Constituição Federal de 1988. 7. Recurso extraordinário conhecido e provido para absolver o recorrente nos termos do artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

Houve o trânsito em julgado da decisão, em 03/11/2014. A tese firmada foi reduzida ao seguinte enunciado: “O art. 25 da Lei de Contravenções Penais (Decreto-lei 3.688/1941) não foi recepcionado pela Constituição de 1988, por violar os princípios da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III) e da isonomia (CF, art. 5º, caput e I)”.¹²²⁵

Foi sobrestado apenas 1 processo¹²²⁶, com base no mesmo tema. Não houve remessa de processos representativos da controvérsia por nenhum tribunal. Foram devolvidos apenas 2 processos à origem¹²²⁷.

6.3.3. Análise.

Trata-se o RE 583.523/RS do primeiro recurso extraordinário, com repercussão geral reconhecida, que reconhece, em controle difuso de constitucionalidade, a não recepção de um tipo penal (contravencional) pela Constituição Federal de 1988. Disso se extrai mais um indicativo do entendimento do STF acerca das hipóteses de repercussão geral criminal: a constitucionalidade das disposições legais sobre contravenções penais. A decisão derruba, portanto, eventual entendimento de que tal espécie de ilícito criminal, em razão de seu baixo apenamento¹²²⁸, não teria relevância suficiente para o exame constitucional na via difusa extrema. Por consequência, também derruba a tese de que a interpretação constitucional das disposições relativas aos crimes de menor potencial ofensivo (de pena máxima até 2 anos) não teriam repercussão geral, já que, se o menos (contravenções) tem, o mais (crimes de menor potencial ofensivo) também deve ter. A decisão do STF de repercussão geral, nesse tema, é um forte indicativo de que a tipificação

¹²²⁵ A doutrina nacional já se pronunciava pela não recepção do art. 25 da LCP pela CF/88, cf. NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 5. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 184-185, entre outros. Paulo Lúcio Nogueira (**Contravenções penais controvertidas**. 2. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1980, p. 141-144 e 161-163), ainda na vigência da CF/69, já concluía que os problemas da vadiagem e da mendicância são muito mais sociológicos do que jurídicos, tendo o Estado outros meios muito mais eficazes do que a polícia para combatê-los.

¹²²⁶ No TJMG.

¹²²⁷ O RE 879.156 ao TJ/DFT e o RE 1.019.875 ao TJ/RS.

¹²²⁸ A doutrina aponta a ausência de diferença ontológica entre crime e contravenção penal, situando-se a distinção apenas no campo da pena, essencialmente sua qualidade e quantidade, sempre mais graves para os crimes e menos para as contravenções. Em suma, somente uma análise do direito positivo pode trazer essa diferenciação (NUCCI, 2015b, p. 124-125; DOTTI, 2001, p. 297-298).

penal de qualquer grau tem, em tese, relevância e transcendência suficiente para sua discussão em sede de recurso extraordinário.

Afora a natureza de infração penal de menor importância das contravenções penais, a pena aplicada diminuía ainda mais a relevância concreta do caso levado ao Supremo, pela via extraordinária. Com efeito, no referido recurso, a condenação do recorrente pela contravenção penal do art. 25 da LCP já havia sido reformada, em apelação defensiva, para substituir a pena de 4 meses de detenção por multa, na forma do art. 60, §2º, do CP (multa substitutiva)¹²²⁹. Não houve recurso da acusação, mas apenas da defesa, pleiteando a não recepção da norma penal pela CF/88¹²³⁰, de modo que o resultado mais grave seria, em qualquer circunstância, a manutenção da multa, que, por expressa vedação legal contida no art. 51 do Código Penal¹²³¹, não poderia ser reconvertida em privativa de liberdade, em razão de eventual inadimplemento, mas tão somente cobrada como dívida de valor¹²³². O caso concreto (ou a manutenção da decisão recorrida), portanto, não oferecia risco à liberdade do condenado e, por isso, poderia, em princípio, ser reputado de carente de relevância suficiente para garantir o acesso à Corte Suprema do país. Não obstante, o STF entendeu haver repercussão geral no tema da não recepção constitucional da tipificação da contravenção, passando ao largo de qualquer análise da irrelevância concreta da condenação. Mais do que isso, ainda sobrepujou a questão preliminar da prescrição, já inquestionavelmente configurada, para debruçar-se sobre o objeto principal do recurso. Esse caso, portanto, dá mostras claras – ainda que sujeitas a críticas – de que o STF não exclui nem mesmo as penas exclusivamente pecuniárias (em que não há nem o risco remoto de privação da liberdade), bem como as penas prescritas, da categoria da repercussão geral criminal.

É, por isso, mais uma decisão sucinta de exame da repercussão geral e que demonstra o quanto questões de Direito Penal carregam em si, relevância e transcendência praticamente ínsita e

¹²²⁹ “**Multa substitutiva.** § 2º - A pena privativa de liberdade aplicada, não superior a 6 (seis) meses, pode ser substituída pela de multa, observados os critérios dos incisos II e III do art. 44 deste Código” (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

¹²³⁰ Cf. 6.3.1.

¹²³¹ “**Modo de conversão.** Art. 51 - Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhes as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição” (com redação dada pela Lei 9.268/96). Essa previsão também se aplica à pena de multa das contravenções penais, conforme art. 9º do DL 3.688/41.

¹²³² Cf. BITENCOURT, 2012, p. 675-676 e 745-746; ZAFFARONI; PIERANGELI, 2015, p. 728.

inafastável. Tanto é assim que é possível afirmar que, embora haja preliminar formal de repercussão geral apresentada pelo recorrente, este se limitou a exaltar a inconstitucionalidade da decisão, repetindo os fundamentos constitucionais de sua demanda, e a importância destes na qualidade de direitos humanos; como se os fundamentos apresentados, por si mesmos, bastassem à demonstração da repercussão geral. E parece que bastaram mesmo, pois a decisão de reconhecimento da repercussão geral parece ter extraído a relevância e alcance extraprocessual do tema do fato de se demandar a declaração de não recepção de uma norma penal abstrata pela Constituição de 1988. Esse entendimento restaria harmônico com o disposto no art. 1.035, II, do CPC, em que presumida a repercussão geral do recurso que impugnar acórdão declarar a inconstitucionalidade de lei federal, que, *mutatis mutandi*, conferiria também presunção de repercussão geral à demanda pela declaração de inconstitucionalidade dos tipos penais pelo STF.

Chama atenção, também, o fato de os fundamentos adotados no acórdão (art. 1º, inc. III; art. 5º, *caput* e incs. I e LXVII) não coincidirem exatamente com os fundamentos do recurso (art. 3º, IV; art. 5º, *caput* e inc. LXII), o que revela certa discricionariedade do Tribunal em aceitar a repercussão geral de um tema não exatamente pelos fundamentos constitucionais apontados pelo recorrente, revelando uma aproximação com o modelo de Corte Suprema de interpretação, que valoriza o *ius constitutionis* em detrimento da limitação da cognição judicial pelo recurso da parte (característica do *ius litigatoris* mais afeta às tradicionais Cortes Superiores de revisão/cassação). Importante, talvez, questionar a conformidade desse tipo de expediente com o disposto no art. 10 do CPC, que determina que: o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício. A escolha de um fundamento diverso do apontado pela parte, sem a oportunidade de contraditório das partes, a nosso ver, fere esse mandamento legal – também direcionado ao STF – mas o fato é que o mesmo ainda não estava vigente ao tempo do julgamento do RE 593.443/SP, sendo a observância do mesmo imperiosa para os casos julgados após a vigência da Lei 13.105/15, pelo menos.

Destarte, se essa decisão não revela a inafastabilidade da repercussão geral dos temas criminais com fundamento constitucional, ao menos traz uma forte presunção de que pedidos de reconhecimento de inconstitucionalidade (ou não recepção) de normas penais em abstrato, dada a natureza geral dos dispositivos impugnados, possuem, per se, repercussão geral da questão jurídica ou social envolvida.

Sobre a repercussão geral, ainda, cremos convir a transcrição da explicação do Min. Barroso, ao final da sessão:

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Senhor Presidente, a tese, então, afirmada em repercussão geral, é de que não foi recepcionado o artigo 25 da Lei de Contravenções. É importante constar. Aliás, esse caso, Presidente, revela um pouco como a repercussão geral acaba se desprendendo em alguma medida do caso concreto e dá uma certa existência objetiva que permite ao Tribunal fazer afirmações de teses jurídicas relevantes, independentemente de circunstâncias específicas do caso concreto. Acho que isso é um avanço e um registro importante de se fazer.

Sobre a prescrição superada para se adentrar o mérito, importante destacar que a repercussão geral do tema foi um dos fundamentos para essa superação, ficando as premissas de melhor resultado e ausência de prejuízo ao recorrente (*ius litigatoris*), em segundo plano, pois, mais importante parecia ser fixar os preceitos constitucionais em exame (*ius constitutionis*), o que somente seria possível com o alcance do mérito pelo julgamento. Trata-se de mais um indicativo forte da evolução do STF, no desenvolvimento da RG, rumo a um modelo de Corte Suprema voltada para a interpretação da Constituição Federal – e do ordenamento jurídico à sua luz – e de formação de precedentes, já que, do exame da questão preliminar, parece inegável a preocupação maior do Tribunal, nesse caso, em sinalizar a todos os destinatários (aplicadores ou incidentes) da norma extraída do art. 25 da LCP a sua ab-rogação pela CF/88.

6.4. TEMA 114 - AGRAVAMENTO DA PENA POR REINCIDÊNCIA.

Caso paradigma	Recurso Extraordinário 453.000/RS
Questão constitucional	Recepção, ou não, pela Constituição de 1988, à luz do seu art. 5º, XLVI, do art. 61, I, do Código Penal, que prevê o agravamento da pena por reincidência.
Ramo do direito	Direito Penal
Situação atual	Julgado mérito de repercussão geral
Tese enunciada	Surge harmônico com o princípio constitucional da individualização da pena o inciso I do

artigo 61 do Código Penal, no que prevê, como agravante, a reincidência.

6.4.1. O caso.

V.S.L. foi denunciado pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, como incurso nos crimes dos arts. 158, *caput* e §1º e 157, §2º, inc. I do Código Penal. Ao final do processo foi condenado pela primeira imputação (art. 158) à pena de 4 anos e 6 meses, em regime semi-aberto e multa.

Inconformada, a defesa, exercida pela Defensoria Pública estadual, interpôs apelação, requerendo a absolvição e, alternativamente, a redução da pena com o afastamento da agravante de reincidência, apontado tal circunstância como inconstitucional, por contrariedade ao art. 5º, incs. XLVI (a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes) e XXXVI (a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada) da Constituição Federal.

A Oitava Câmara Criminal do TJ/RS negou provimento ao apelo defensivo, assentando não haver inconstitucionalidade na aplicação da agravante da reincidência, porquanto expressa maior censura à conduta do agente. Julgou o Tribunal que “o aumento da pena, em virtude dessa agravante, justifica-se pela maior carga de culpabilidade do réu, verificável quando se observam na análise de sua vida, uma maior propensão ao delito”, não caracterizando *bis in idem* ou ofensa aos princípios da proporcionalidade e da individualização da pena. O acórdão ficou assim ementado:

EXTORSÃO. AUTORIA INDIVIDUADA. PALAVRA DAS VÍTIMAS. REINCIDÊNCIA. CONSTITUCIONALIDADE. Sincera a palavra das vítimas, amoldando-se ao conjunto probatório, e fantasiosa a versão do réu, resta configurada, extreme de dúvida, a autoria. Não há inconstitucionalidade, nem se caracteriza o *bis in idem*, no reconhecimento da reincidência como agravante, porque expressa apenas a maior censura ao agente. Apelo improvido.

Contra essa decisão a DPE/RS manejou recurso extraordinário, com fundamento no art. 102, II, “a”, da CF, ao qual foi negado seguimento. Interposto agravo de instrumento, o mesmo foi provido para fazer subir o apelo extremo ao STF. Em suas razões a Defensoria Pública estadual manteve o articulado com fundamento na transgressão do artigo 5º, incisos XXXVI e XLVI, da Carta da República. Sustentou que a visão garantista estabelecida pelo Constituinte não se coaduna com o instituto da reincidência, porque “este – além de contrariar o princípio constitucional da individualização da pena – estigmatiza, obstaculiza uma série de benefícios legais, afeta

a coisa julgada e viola, flagrantemente, o *non bis in idem*, base fundamental de toda a legislação criminal”. Afirmou também que “um mesmo fato é tomado em consideração duplamente, na medida em que o delito anterior produz efeitos jurídicos duas vezes”. Ressaltou que, em caso de infração de trânsito ou de devedor contumaz, a multa ou dívida anterior não acarreta o aumento de outra subsequente. Afirmou que tal agravante, a par de aumentar a pena de delito anterior cuja condenação já transitou em julgado, empresta ao indivíduo, por determinado tempo, um estigma que o diferencia dos demais, rotulando o reincidente e prejudicando a ressocialização – finalidade oficial da pena. Por fim, asseverou que os princípios constitucionais não podem ser afastados pela aplicação literal de dispositivo legal hierarquicamente inferior.

Quanto à repercussão geral, o recurso foi interposto em 28/04/2003, anteriormente, portanto, à promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, que instituiu a repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário. Por tal motivo, não foi apresentada a referida preliminar. Não houve pedido de habilitação como *amicus curiae*.

6.4.2. A repercussão geral e o resultado do julgamento.

Como o recurso foi interposto antes da EC 45/04, não houve necessidade de apresentação de preliminar formal de repercussão geral. Não obstante, o Tribunal considerou o tema com essa natureza, aproveitando decisão de reconhecimento da repercussão geral proferida em outro recurso extraordinário com idêntica controvérsia, o RE 591.563/RS. Essa decisão, redigida pelo Min. Cesar Peluso, considerou que:

A questão suscitada versa sobre importantíssima matéria, que demanda reflexão da Corte, acerca da admissibilidade constitucional do agravamento da pena criminal, imposta por certo fato, em virtude de o réu já ter sido condenado por fato diverso. Ou seja, trata-se de indagar se a norma de agravamento da pena por reincidência não significa autorização de dupla punição pelo mesmo fato (o réu seria punido duas vezes pelo fato objeto da primeira condenação, cuja pena já se exauriu), isto é, “bis in idem”. A questão, embora nem sempre considerada pela doutrina nem pelos tribunais, envolve o alcance de relevantíssima garantia constitucional, a cuja luz deve ser aferida a subsistência, ou não, de normas do Código Penal. Este tema tem profundo reflexo no “ius libertatis”, bem jurídico fundamental, e, como tal, transcende os limites subjetivos da causa, revestindo-se de repercussão geral.

A peculiaridade do RE 591.563/RS é que, nesse caso, o TJ/RS havia julgado inconstitucional o agravamento da pena com base na reincidência. O recurso do MP/RS tinha também por fundamento o art. 5º, inc. LXVI da CF (princípio da individualização da pena). Eis a ementa da decisão que reconheceu a repercussão geral do tema da constitucionalidade da agravante de reincidência, no RE 591.563/RS, em 03/10/2008:

RECURSO. Extraordinário. Reincidência. Decisão que afastou a aplicação da circunstância agravante prevista no art. 61, I, do Código Penal. Questão da recepção da norma pela Constituição Federal. Relevância. Repercussão geral reconhecida. Apresenta repercussão geral o recurso extraordinário que verse sobre a questão de recepção, pela Constituição da República, do art. 61, I, do Código Penal.

No RE 453.000/RS, a repercussão geral foi reconhecida, por ocasião do julgamento do mérito, em 04/04/2013, por decorrência do mesmo entendimento firmado no RE 591.563/RS (e 4 anos e meio após isso). A ementa do julgamento do RE 453.000/RS, provido por unanimidade, já trouxe o teor da tese firmada:

AGRAVANTE – REINCIDÊNCIA – CONSTITUCIONALIDADE – Surge harmônico com a Constituição Federal o inciso I do artigo 61 do Código Penal, no que prevê, como agravante, a reincidência.¹²³³

Houve o trânsito em julgado da decisão, em 21/10/2013. Por força da aplicação do regime da repercussão geral reconhecido no RE 591.563, autorizou-se os ministros a decidirem monocraticamente casos idênticos, vencido, no ponto, o Ministro Marco Aurélio. Foram sobrestados 9 processos, com base no mesmo tema¹²³⁴. Não houve remessa de processos representativos da controvérsia por nenhum tribunal. Foram devolvidos apenas 2 processos à origem¹²³⁵.

6.4.3. Análise.

Começamos, neste caso, pelo fim: a autorização final para os ministros decidirem, monocraticamente, recursos com base na mesma controvérsia constitucional debatida nesse caso. Trata-se de poder concedido ao relator, à época, pelo art. 543-B, §4º, e também no art. 21, §1º do

¹²³³ Da doutrina, colhemos os seguintes autores com o mesmo entendimento da Corte: MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal**: parte geral, arts. 1º a 120 do CP. São Paulo: atlas, 2010, v. 1, p. 290; COSTA JUNIOR, Paulo José da. **Comentários ao código penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 210-221; QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito penal**: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 29; NUCCI, 2015b, p. 453-454; ESTEFAM, GONÇALVES, 2013, p. 547; entre outros. Em sentido contrário (ou seja, pela inconstitucionalidade da reincidência por gerar um dupla punição pelo mesmo fato ou *bis in idem*): ZAFFARONI; PIERANGELI, 2015, p. 748-749; GOMES; MOLINA, 2007, p. 741; entre outros.

¹²³⁴ 1 no STJ e 8 no TJSP.

¹²³⁵ O ARE 1.106.485 ao TJSP.

RISTF (ainda vigente), hoje previsto no art. 932, IV, “b” e V, “b”, do CPC e sobre o que nos debruçamos no item 5.5 deste trabalho. A partir desse julgamento, permitiu-se, portanto, a decisão monocrática do ministro relator, no STF, sobre novos RE que tratem da mesma questão constitucional já julgada em regime de RG. O curioso é que isso foi firmado num recurso interposto antes da vigência da lei que regulamentava o instituto da RG, não tendo, por isso, sequer a preliminar formal do requisito; isso não pareceu um óbice à Corte, em razão de a RG ter sido julgada existente em outro RE análogo, mas sem mérito julgado, o RE 591.563/RS. Ressai daí o quão fluída é a análise da existência da repercussão geral, que pode ser transportada de um recurso para outro, se tratarem do mesmo tema. Isso é algo a se registrar das decisões do STF em RG criminal e que não se limita a esse caso, como veremos em outros.

Afora a peculiaridade de uma repercussão geral “emprestada” – e compreensível, diante da mesma temática – do RE 591.563/RS e reconhecida durante o julgamento, a análise da repercussão geral do RE 453.000/RS tem outra particularidade interessante: a de ter uma fundamentação muito parecida com a da decisão de repercussão geral do tema 113, objeto do RE 583.523/RS. O fato de ambas as decisões terem sido feitas pelo mesmo relator, o Min. Cesar Peluso, não é mera coincidência. Novamente o ilustre Ministro tratou a relevância e alcance extraprocessual do tema com base na admissibilidade constitucional de dispositivo penal, à semelhança do feito quanto à não recepção do art. 25 da Lei de Contravenções Penais (tema 113). No caso dos RE 453.000/RS e 591.563/RS, o dispositivo não era um tipo penal, mas uma norma de agravamento da pena criminal, o que as inclui no mesmo conjunto de normas penais incriminadoras, isto é, de direito penal material.

O relator ainda ressaltou a importância do tema a partir de sua natureza jurídica de (“relevantíssima”) garantia constitucional, alumando um pouco mais o que presumíamos acerca da transcendência sempiterna dos efeitos das decisões que versem sobre garantias fundamentais relacionadas ao direito penal. Não por acaso, também se valeu do mesmo fraseado usado na decisão de repercussão geral do tema 113 – “Este tema tem profundo reflexo no ‘ius libertatis’, bem jurídico fundamental, e, como tal, transcende os limites subjetivos da causa, revestindo-se de repercussão geral” – denunciando o caráter, ao que parece, inevitavelmente transcendente das questões penais constitucionais.

Por isso, repetimos o que dissemos na análise do tema 113: se esse tipo de decisão ainda não revela a inafastabilidade da repercussão geral dos temas criminais com fundamento constitucional (por estarmos no início das análises), ao menos traz uma forte presunção de que temas relativos à admissibilidade de normas de normas penais em abstrato pela Constituição possuem, sempre, dada a natureza geral dos dispositivos impugnados, repercussão geral da questão constitucional envolvida.

Quanto à identificação de critérios para definição da repercussão geral criminal, é de se destacar o fato de que o tema se relaciona à atividade jurisdicional de aplicação da pena, em especial quanto à dosimetria (art. 68 do CP). Trata-se de pronunciamento contido na sentença considerado como um dos mais flexíveis, muito próximo da discricionariedade, limitada, é claro, pela necessidade de fundamentação, que, na maioria dos casos, diz respeito à valoração de provas. Veja-se que são preceitos cuja discussão é muito difícil em sede extraordinária, haja vista a (correta) vedação à reapreciação de provas, bem como a ideia que restringe (equivocadamente), nesse nível, reapreciar fatos¹²³⁶. Contudo, o que se vê nesse julgamento é a apreciação constitucional da interpretação da norma de aplicação da pena (art. 61, I), o que demonstra que mesmo uma espécie decisória com tamanha elasticidade e tão ligada às questões fáticas também pode sofrer a devida intervenção da Corte Suprema para delimitar suas balizas interpretativas. Aponta-se, assim, como uma possibilidade questionar-se, em recurso extraordinário, os critérios de aplicação da pena, como veremos adiante repetir-se nos Temas 129, 158, 169, 182, 626, 712 e 929.

6.5. TEMA 129 - CONSIDERAÇÃO DE AÇÕES PENAIS EM CURSO COMO MAUS ANTECEDENTES PARA FINS DE DOSIMETRIA DA PENA.

Caso paradigma

Recurso Extraordinário 591.054/SC

Questão constitucional

Se ações penais em curso podem, ou não, à luz do art. 5º, LVII, da Constituição Federal, ser consideradas maus antecedentes para fins de dosimetria da pena.

Ramo do direito

Direito Penal

¹²³⁶ Cf. vimos nos tópicos 2.3.2 e 2.3.3.

Situação atual**Julgado mérito de repercussão geral****Tese enunciada:**

A existência de inquéritos policiais ou de ações penais sem trânsito em julgado não pode ser considerada como maus antecedentes para fins de dosimetria da pena.

6.5.1. O caso.

S.G. foi denunciado pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, ante a prática dos crimes tipificados nos artigos 306 (na redação anterior à Lei nº 11.705/08) e 311 da Lei nº 9.503/97 (dirigir embriagado e em alta velocidade, em locais de risco), tendo sido condenado em primeira instância a 1 ano e 2 meses de detenção em regime semiaberto. Na sentença, no tocante à dosimetria da pena, o juiz ponderou negativamente os antecedentes criminais do réu, em razão de ter respondido “a diversos processos-crime nesta Comarca, prestando-se para majorar a pena na circunstância judicial em foco”, o que resultou em acréscimo de 1 mês à pena-base. A defesa do réu apelou para reforma da sentença.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina deu parcial provimento ao recurso de apelação interposto pelo réu, de modo a reduzir as penas que lhe haviam sido impostas, em primeiro grau, tendo sido alterado, de ofício, o regime de cumprimento da pena para o aberto. Consignou o equívoco do Juízo ao considerar, quando da dosimetria das penas-base, processos criminais em andamento como aptos a configurar maus antecedentes, à luz do princípio constitucional da presunção de não culpabilidade (artigo 5º, inciso LVII). Evocou precedentes do próprio Tribunal e do Superior Tribunal de Justiça. Destacou que a aludida circunstância poderia ter sido levada em conta na avaliação da conduta social do condenado, entretanto, não se mostraria mais viável, sob pena de reforma prejudicial ao recorrido, porquanto, na sentença, teve-se a citada conduta como abonada.

No extraordinário interposto com alegado fundamento na alínea “a” do permissivo constitucional, o Ministério Público de Santa Catarina arguiu a transgressão do inciso LVII do artigo 5º do Diploma Maior (ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória). Afirmou haver o Tribunal de origem, mediante o acórdão impugnado, con-

ferido errônea interpretação e extensão ao postulado constitucional da não-culpabilidade. Aduziu não implicar afronta a esse princípio o exame de processos penais em curso para fins de avaliação de maus antecedentes, porquanto é circunstância que efetivamente diz respeito à vida pregressa do agente e que não pode ser olvidada na fixação da pena-base, presente o princípio da igualdade. Asseverou ser a análise distinta da procedida para o reconhecimento da reincidência. Concluiu não se projetar a presunção de não culpabilidade à dimensão dada pelo Tribunal, uma vez que não se trata de “princípio apriorístico e inflexível”, merecendo temperamento na aplicação aos casos concretos. Citou doutrina e precedentes do Supremo no sentido da tese sustentada.

Quanto à repercussão geral, sustentou a relevância jurídica da correta exegese do art. 5º, LVII da Constituição, especialmente considerando-se que eventual pronunciamento do Supremo Tribunal Federal invariavelmente traria repercussões futuras quanto à sua aplicação, particularmente porque a presunção de não-culpabilidade é uma garantia constitucional fundamental que tem lugar na instrução penal e não na dosimetria da pena, exercendo forte influência no momento final da prestação jurisdicional penal.

A Defensoria Pública da União pediu ingresso como *amicus curiae*, o que foi deferido pelo relator em 25/02/2010. A Ordem dos Advogados do Brasil foi admitida como assistente, em 14/09/2012.

6.5.2. A repercussão geral e o resultado do julgamento.

O Plenário Virtual, com 10 votos favoráveis e 1 abstenção, reconheceu a repercussão geral da questão constitucional suscitada, em 24/10/2008, em decisão redigida pelo Min. Marco Aurélio, cujo trecho mais importante se reproduz abaixo:

Reitero o que venho consignando sobre a importância do instituto da repercussão geral, devendo-se resistir à tentação, no exame, de formar juízo sobre a procedência ou a improcedência do que revelado nas razões do extraordinário. Cumpre encará-lo com largueza. O instrumental viabiliza a adoção do entendimento pelo Colegiado Maior, com exercício, na plenitude, do direito de defesa. Em princípio, é possível vislumbrar-se grande número de processos, mas uma vez apreciada a questão, a eficácia vinculante do pronunciamento propicia a racionalização do trabalho judiciário.

A toda evidência, a matéria versada está a reclamar a definição do Supremo quanto ao alcance do princípio da não-culpabilidade. Sob o ângulo da dosimetria da pena, presentes as circunstâncias judiciais versadas no artigo 59 do Código Penal, as decisões têm oscilado. Enquanto algumas retratam a consideração de inquérito e ações em andamento, outras, como no caso, implicam a

evocação do princípio constitucional aludido. O tema há de ficar pacificado mediante manifestação daquela ao qual incumbe a guarda maior da Lei Básica da República. Admito a repercussão geral.

O mérito do RE 591.054/SC foi julgado, em 17/12/2014, sendo negado provimento ao recurso, por maioria, cuja ementa restou assim redigida:

PENA – FIXAÇÃO – ANTECEDENTES CRIMINAIS – INQUÉRITOS E PROCESSOS EM CURSO – DESINFLUÊNCIA. Ante o princípio constitucional da não culpabilidade, inquéritos e processos criminais em curso são neutros na definição dos antecedentes criminais.

O trânsito em julgado da decisão se deu em 25/04/2015. A tese firmada foi reduzida ao seguinte enunciado: “A existência de inquéritos policiais ou de ações penais sem trânsito em julgado não pode ser considerada como maus antecedentes para fins de dosimetria da pena”.¹²³⁷

Foram sobrestados 22 processos, com base no mesmo tema¹²³⁸. Não houve remessa de processos representativos da controvérsia por nenhum tribunal. Foram devolvidos apenas 2 processos à origem¹²³⁹. Passaram-se 6 anos e 1 mês, aproximadamente, entre a decisão de repercussão geral e o julgamento do mérito.

6.5.3. Análise.

De plano, é importante frisar que o STF já havia se pronunciado pela repercussão geral da questão da valoração negativa da existência de inquéritos e ações penais em curso, frente à garantia fundamental da presunção de inocência do art. 5º, LVII, no julgamento do RE 560.900/DF, em 08/02/2008, Tema 22: “Restrição à participação em concurso público de candidato que responde a processo criminal”; o recurso ainda não teve o seu mérito julgado. Ocorre que naquela ocasião, a questão era de natureza administrativa (motivo pelo qual, além da ausência de julgamento do mérito, não relacionamos o tema 22 entre os que analisamos). Desta vez, no Tema 129, a questão fora posta sobre seus reflexos penais, já que relativo à dosimetria

¹²³⁷ Tese essa sustentada na doutrina por: GOMES; MOLINA, 2007, v. 2, p. 728; NUCCI, 2015b, p. 432-433; COELHO, 2015, p. 338; ESTEFAM, GONÇALVES, 2013, p. 538; GRECO R., 2014, p. 572; entre outros. Em sentido contrário, defendendo, inclusive, que processos arquivados ou em que houve absolvição por falta de provas, e até infrações disciplinares e fiscais, podem ser sopesados negativamente: LYRA, Roberto. **Comentários ao código penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955, v. 2, p. 211; CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JÚNIOR, Paulo José. **Direito penal na Constituição**. 3. ed. São Paulo: RT, 1995, p. 116.

¹²³⁸ TJMG: 2, TJRJ: 3, TJSE: 1, TJSP: 13, TRF1: 1, TRF2: 2.

¹²³⁹ Dois *habeas corpus*: HC 94620 e HC 94680.

da pena. Nesse ponto, é possível afirmar que a Corte manteve coerência com o julgado anterior, já que, se para efeitos administrativos haveria repercussão geral no julgamento da constitucionalidade dos “maus antecedentes” sem o trânsito em julgado da condenação, muito mais relevância e transcendência haveria na análise da possibilidade de majorar-se a pena sem a consolidação da culpa.

Seguindo adiante, a decisão de reconhecimento da repercussão geral do tema 129, da lavra do Min. Marco Aurélio, traz quatro pontos importantes sobre a interpretação do STF quanto ao conteúdo do instituto, de modo a dar mais detalhes sobre os elementos que a Corte Suprema tem encarado como indicativos da relevância e do alcance do tema para além das partes do processo.

Primeiramente, frisou-se a extensão do exame da repercussão, que não deve se confundir com o juízo sobre a procedência ou improcedência do pleito recursal; disso tratará o mérito do recurso, de competência também do Tribunal Pleno, mas segundo outro procedimento que não o definido no §3º do art. 102 da CF, o qual exige quórum menor e prescinde de manifestação expressa dos ministros (convém lembrar que o silêncio de um dos membros do Colegiado importa em admissão da repercussão geral, nos termos do art. 324, parágrafo único, do RISTF)¹²⁴⁰. O exame da repercussão, portanto, nas palavras do Min. Marco Aurélio, deve dar-se com largueza, no sentido de que se deve ter em mente, ao julgar recursos com essa repercussão, que o seu resultado não se limitará ao processo em julgamento, mas servirá de norte para todo o Judiciário na aplicação da tese constitucional firmada pelo STF, na qualidade de guardião e intérprete maior da Constituição. A preocupação externada na decisão reflete a introjeção, pelo Tribunal, de sua função proativa de entregar ao seu público o sentido das normas constitucionais, orientando, assim, relações jurídicas e processos judiciais presentes e futuros, como uma Corte Suprema de interpretação e precedentes deve fazer.

O segundo ponto, que deriva do primeiro, é que a posição firmada pelo STF servirá de fundamento vinculante para a limitação do acesso ao Tribunal, nas causas futuras que versarem sobre idêntica controvérsia constitucional, na forma prevista pelo art. 1.030, inc. I, “a” e “b”, do CPC, ou para vincular o resultado de processos sobrestados, conforme art. 1.035, §§5º e 8º e 1.030, incs. II e III, também do CPC. Essa harmonia do sistema, que, segundo a decisão, “propicia a

¹²⁴⁰ Cf. tópico 5.3.5.

racionalização do trabalho judiciário”, tem ligação direta com o objetivo preconizado de uniformizar a jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente (art. 926 do CPC).

Um terceiro ponto levantado na decisão é o grande número de processos versando sobre a mesma questão temática e o quanto as decisões judiciais têm oscilado sobre o alcance do princípio da não-culpabilidade e a consideração de inquéritos policiais e ações penais em curso para a dosimetria da pena, com base nos elementos do art. 59 do CP. A controvérsia jurisprudencial acerca do alcance e da interpretação de uma garantia constitucional, portanto, é um forte elemento de reconhecimento da repercussão geral do recurso extraordinário que verse sobre ela, de acordo com a decisão de admissibilidade da repercussão geral.¹²⁴¹ Dessa controvérsia surge a relevância do tema – outro elemento da repercussão geral – e da necessidade de pacificação mediante uma definição do Supremo, ao qual incumbe a “guarda maior da Lei Básica da República”.

Cumpra salientar, ainda, a harmonização da jurisprudência do STF com a do STJ quanto ao tema, em vista da Súmula deste, que em seu enunciado nº 444 já havia consolidado que: “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base” (Súmula 444, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/04/2010, DJe 13/05/2010).

Por fim, no caminho da identificação de características da repercussão geral criminal, vemos, novamente (tal como no tema 114), nesse tema, a rediscussão dos critérios de aplicação da pena, com enfoque sobre a dosimetria (agora sobre o art. 59 do CP). Cremos que isso reforce a ideia que tivemos no tema anterior (114) de que essa parte da atividade jurisdicional penal, imprescindível nas sentenças condenatórias, também seja um ponto de ancoragem da repercussão geral criminal.

6.6. TEMA 154 - TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL, EM *HABEAS CORPUS*, POR FALTA DE JUSTA CAUSA, SEM A SUBMISSÃO DE ACUSADOS DE CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA AO TRIBUNAL DO JÚRI.

Caso paradigma

Recurso Extraordinário 593.443/SP

¹²⁴¹ Sobre o tema, tratamos nos itens 5.3.3 e 5.3.4.

Questão constitucional	Possibilidade, ou não, à luz dos artigos 5º, XXXVIII, d; e 129, I, da Constituição Federal, do trancamento de ação penal, em <i>habeas corpus</i> , por falta de justa causa, sem submissão de acusados de crime doloso contra a vida ao Tribunal do Júri.
-------------------------------	--

Ramo do direito	Direito Processual Penal
------------------------	--------------------------

Situação atual	Julgado mérito de repercussão geral
-----------------------	-------------------------------------

Tese enunciada	Qualquer decisão do Poder Judiciário que rejeite denúncia, que impronuncie ou absolva, sumariamente, os réus ou, ainda, que ordene a extinção, em sede de “ <i>habeas corpus</i> ”, de procedimentos penais não transgride o monopólio constitucional da ação penal pública (CF, art. 129, I) nem ofende os postulados do juiz natural (CF, art. 5º, inciso LIII) e da soberania do veredicto do Júri (CF, art. 5º, inciso XXXVIII, “c”).
-----------------------	---

6.6.1. O caso.

F.C.J.N. e A.A.M.N. foram denunciados, com outros corréus, pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, perante a 5ª Vara do Júri de São Paulo, como coautores do crime de homicídio qualificado por asfixia (art. 121, §2º, III, c/c art. 29, ambos do CP), ocorrido, em 22/02/1999, durante “trote” realizado com alunos da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, sendo vítima E.T.C.H.

A denúncia foi recebida em 12/02/2001, entendendo a juíza prolatora estarem presente indícios suficientes de autoria e materialidade a sustentar a justa causa para o exercício da ação penal. Contra essa decisão (e outras da primeira instância, ainda na fase de instrução) foram impetrados pedidos de *habeas corpus* perante o Tribunal de Justiça de São Paulo (HCs 347.640-3/2-00, 348.262.3/4 e 348.602.3/7), com pedido de trancamento da ação penal por falta de justa causa e inépcia da denúncia, ao argumento de que inexistiria uma única prova sequer de que a morte do estudante teria decorrido de ato doloso ou culposo, não havendo nenhum elemento indiciário da materialidade e muito menos da autoria do fato; fato esse aliás, descrito de maneira insuficiente a identificar tanto o crime de homicídio doloso quanto seus autores. Todos os *writs* foram julgados em conjunto, pela 5ª Câmara Criminal, e denegada a ordem.

Contra esse acórdão, a defesa dos pacientes impetrou novo *habeas corpus*, substitutivo de recurso ordinário (ante à não publicação do acórdão pelo TJ/SP após 1 ano do julgamento) perante o STJ, novamente pugnando pelo trancamento da ação penal, com base nos mesmos fundamentos anteriormente aduzidos. O Superior Tribunal de Justiça trancou a ação penal em que se imputava aos pacientes e a outros dois denunciados a prática de homicídio qualificado (artigos 121, §2º, inciso III, c/c 29, do Código Penal). Entendeu o Tribunal, em votação majoritária, faltar à espécie justa causa para o prosseguimento da persecução criminal, além de reputar a denúncia como inepta, tendo estendido a ordem de ofício aos demais corréus, por inexistirem indícios da materialidade do crime. O Ministério Público Federal opôs sucessivos embargos declaratórios, ao final julgados pelo STJ para esclarecer que o trancamento da ação penal se mostrou devidamente justificado, “não havendo que falar em violação do art. 5º, XXXVIII, ‘d’, ou do art.129, I, ambos da Constituição Federal”.

No extraordinário interposto pelo MPF com base na alínea “a” do permissivo constitucional, o recorrente articulou com a transgressão dos artigos 129, inciso I (privatividade do MP para a ação penal pública)¹²⁴², e 5º, inciso XXXVIII, alínea “d” (soberania do Tribunal do Júri)¹²⁴³, do Diploma Maior. Argumentou que o Ministério Público narrou com clareza conduta supostamente delituosa, descrevendo as respectivas circunstâncias, o que afastaria a possibilidade de rejeição da denúncia (antigo artigo 43 do Código de Processo Penal, atual artigo 395). Destacou que, em relação a crimes cometidos mediante concurso de agentes, como ocorreria no caso, a individualização da conduta de cada autor pode ficar postergada para a fase da instrução criminal, não sendo exigível a especificação quando da instauração da ação penal. Afirmou que o acórdão impugnado, ao implicar óbice ao seguimento da persecução criminal em tela, desatendeu comando constitucional que confere ao Ministério Público a função institucional de promover privativamente a ação penal pública. Defendeu apenas ser possível o trancamento da ação penal por falta de justa causa, em *habeas corpus*, nos seguintes casos: (i) atipicidade da conduta, (ii) flagrante inocência do acusado ou (iii) extinção da punibilidade, que sustentou inexistentes na espécie. Alegou que o Tribunal de origem se substituiu ao juiz natural da causa

¹²⁴² “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei”.

¹²⁴³ “XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida”.

– o Tribunal do Júri – quando procedeu a profundo exame dos elementos de prova. Citou, ainda, precedentes do Supremo no sentido da inviabilidade de análise probatória na via estreita do *habeas corpus* e da competência do juízo natural para a apreciação da eventual ausência de justa causa. Sob o ângulo da repercussão geral, anotou que a questão jurídica trazida se apresentava relevante do ponto de vista jurídico e social, transcendendo os interesses subjetivos da causa, porquanto em jogo a soberania do Júri e as funções institucionais do Ministério Público, temas constitucionais com relevância social e jurídica, que, a seu ver, “transcendem os interesses subjetivos da causa a permitir ao STF decidir uma única vez sobre cada questão constitucional, inclusive para aplicação a outros processos com idêntica matéria”. O recurso foi autuado como RE 593.443/SP e distribuído ao Min. Relator Marco Aurélio, em 24/09/2008.

6.6.2. A repercussão geral e o resultado do julgamento.

Em 20/03/2009, o Tribunal reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, com 6 votos favoráveis, 4 contrários e 1 abstenção. Na decisão, da lavra do Min. Marco Aurélio, consignou-se o seguinte:

Trata-se de prática delituosa cuja competência para o julgamento é do Tribunal do Júri. A ação penal, na fase embrionária da apresentação da denúncia e audição de testemunhas, veio a ser trancada pelo Superior Tribunal de Justiça, vencido o ministro Hamilton Carvalhido. O tema relativo a viabilizar-se ao Ministério Público a prova dos fatos contidos na denúncia e ao Juízo sumariante a prolação da sentença, submetendo, ou não, os acusados ao Tribunal do Júri, não suscitava exame mediante *habeas corpus* presentes os requisitos para concluir-se pela insubsistência da acusação. Está-se diante de quadro a ensejar pronunciamento do Supremo, muito embora na via do recurso extraordinário, já que outra não poderia ser acionada.

O mérito do RE 593.443/SP foi julgado, em 06/06/2013, por maioria, para negar provimento ao recurso. A ementa restou assim redigida:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO RE. QUESTÃO SUPERADA. HABEAS CORPUS. CONCESSÃO DA ORDEM PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL POR FALTA DE JUSTA CAUSA. ALEGAÇÃO DE TOLHIMENTO DE PRERROGATIVA EXCLUSIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROVAR A ACUSAÇÃO, MEDIANTE AJUIZAMENTO DE AÇÃO PENAL. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA PROCEDIDA POR TRIBUNAL SUPERIOR, EM DETRIMENTO DA COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI. OFENSA AOS ARTS. 5º, XXXVIII, E 129, I, AMBOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 279 DO STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – Havendo a Corte, por meio

de seu Plenário Virtual, reconhecido a repercussão geral do tema constitucional debatido nos autos, deve prosseguir no julgamento de mérito da causa. II – Para se chegar à conclusão contrária à do acórdão recorrido seria necessário reexaminar o conjunto fático-probatório dos autos. Incidência da Súmula 279 do STF. III – Decisão judicial de rejeição de denúncia, impronúncia de réu, de absolvição sumária ou de trancamento de ação penal por falta de justa causa, não viola a cláusula constitucional de monopólio do poder de iniciativa do Ministério Público em matéria de persecução penal e tampouco transgredir o postulado do juiz natural nos procedimentos penais inerentes ao Tribunal do Júri. III – Recurso extraordinário não provido.

O trânsito em julgado da decisão se deu em 12/06/2014. A tese firmada foi reduzida ao seguinte enunciado: “Qualquer decisão do Poder Judiciário que rejeite denúncia, que impronuncie ou absolva sumariamente os réus ou, ainda, que ordene a extinção, em sede de ‘habeas corpus’, de procedimentos penais não transgredir o monopólio constitucional da ação penal pública (CF, art. 129, I) nem ofende os postulados do juiz natural (CF, art. 5º, inciso LIII) e da soberania do veredicto do Júri (CF, art. 5º, inciso XXXVIII, “c”):”¹²⁴⁴

Não houve sobrestamento de nenhum processo, com base na mesma controvérsia. Não houve remessa de processos representativos por nenhum tribunal. Não foi devolvido nenhum processo à origem. O STF demorou 4 anos e 2 meses para julgar o mérito, depois de reconhecer a repercussão geral do tema.

6.6.3. Análise.

¹²⁴⁴ A questão de fundo do tema, para nós, parece girar em torno da possibilidade de controle judicial (art. 5º, XXXV) da atuação do Ministério Público no exercício da ação penal, tendo como um dos parâmetros para esse controle (sem se esgotar nisso) a necessidade de existência de justa causa, nos termos do art. 395, III, do CPP. Nesse caso, as decisões de rejeição de denúncia, absolvição sumária, impronúncia ou de trancamento da ação penal, quando ausente essa condição de procedibilidade processual penal, ocorreriam em estrita consonância com os postulados da *judicial review* (cf. tópico 1.10); nesse sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini et alii. **As nulidades no processo penal**. 11. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 58-60; JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 92- 99; PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 269; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 116-118; BADARÓ, 2016, p. 170-177; TOURINHO FILHO, 2013, v.1, p. 620-622; DEZEM, 2016, p. 82-84; ISHIDA, 2009, p. 198; RANGEL, 2014, p. 730-731; TÁVORA; ALENCAR, 2014, p. 1303-1305; LOPES JR., 2016, p. 161-163, 801, 899 e 903; LIMA. R. B., 2014, p. 196-197; entre outros. Para uma completa análise do instituto da justa causa em matéria processual penal, cf. DIVAN, Gabriel Antinolfi. **Processo penal e política criminal: uma reconfiguração da justa causa para a ação penal**. Porto Alegre: Elegância Juris, 2015.

Trata-se do primeiro tema de repercussão geral ligado genuinamente ao Direito Processual Penal¹²⁴⁵, sob dois aspectos (i) competência do Tribunal do Júri e (ii) privatividade da ação penal pública do Ministério Público. Dois institutos com assento constitucional, mas puramente processuais penais (competência e titularidade da ação penal pública), portanto, foram considerados de repercussão geral pelo STF no julgamento do tema 154 e do RE 593.443/SP. O marco mais significativo aqui, portanto, é o de incluir entre as hipóteses de repercussão geral criminal, o direito processual penal constitucional. Note-se que apenas dois dos fundamentos da controvérsia são garantias formalmente fundamentais (art. 5º, XXXVIII e LIII), estando a outra (art. 123, I) fora do rol expresso desse tipo de cláusula constitucional.

As justificativas para a decisão de repercussão geral, tanto as apresentadas pelo recorrente, nas razões de seu recurso, quanto as do STF, na decisão de reconhecimento da repercussão geral, foram bastante simplórias. Com efeito, tratando-se a competência do Júri de garantia fundamental e sendo a regra de competência matéria de ordem pública, não haveria como deixar de reconhecer a transcendência dos fundamentos da decisão a outros casos que versassem sobre essa reserva de jurisdição popular.

Quanto à privatividade da ação penal pública do MP, de início se destaca a sua não inclusão no rol de direitos e garantias fundamentais, sendo duvidoso, em princípio, equiparar essa natureza do art. 5º, inc. XXXVIII e LIII com a do art. 129, inc. I. Se há uma garantia fundamental expressa sobre a legitimidade para a ação penal pública, ela está no inc. LIX do art. 5º que prevê que “será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal”¹²⁴⁶. De todo modo, não há dúvida de que a titularidade da ação penal é matéria de ordem pública, cognoscível, inclusive de ofício, em qualquer grau de jurisdição¹²⁴⁷, o que revela tanto sua relevância, quanto sua extensão a toda iniciativa de ação penal pelo MP obstada pelo Judiciário; daí a inevitável repercussão geral.

O tema também toca o instituto da competência jurisdicional, em razão da matéria, no caso, a competência do Tribunal do Júri para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. Por ser a

¹²⁴⁵ Já que os outros dois temas classificados pelo banco de dados do STF tratavam, em verdade, de matéria de direito penal (material).

¹²⁴⁶ Nesse sentido: BRITO; FABRETTI; LIMA, 2015, p. 120-122.

¹²⁴⁷ *Ibidem*, p. 87 e 345.

competência norma de natureza processual e de direito público, é imperioso reconhecer sua repercussão geral, tal como feito no julgamento.

Mas o curioso do tema não é propriamente a decisão de admissão da repercussão geral em si, como já dito, bastante sucinta e previsível. A curiosidade reside no fato de os fundamentos adotados tanto no recurso quanto na decisão de admissão da repercussão geral terem sido um tanto superados pela decisão final, que alargou o tema para todas as decisões judiciais (e não apenas as relativas ao Tribunal do Júri e sua competência), deixando assentado que, apesar da privatividade do MP para a ação penal pública, o controle judicial de suas funções institucionais, inclusive quanto à justa causa para o seu exercício, ainda é do Poder Judiciário.

Essa extensão do tema, corrobora o que antes exposto na decisão de RG relativa ao RE 591.054/SC (tema 129), quanto à largueza que o julgamento dos temas de repercussão geral deve assumir¹²⁴⁸. Se a transcendência é algo ínsito à admissibilidade da repercussão geral, a extensão dessa decisão também parece não estar limitada aos exatos termos do recurso extraordinário que lança o debate ao Supremo. Trata-se de nítida superação dos limites cognitivos da Corte Suprema pelo recurso da parte, em avanço para a autonomia da mesma sobre todos os aspectos do caso, à exceção da reapreciação da prova.¹²⁴⁹ Há assim, parece-nos, uma certa elasticidade quanto aos fundamentos e também quanto à extensão do objeto do recurso a temas que com ele estejam relacionados: falou-se muito em possibilidade ou impossibilidade de revolvimento de prova em sede de *habeas corpus*, principalmente nos votos vencidos (Ministros Joaquim Barbosa e Marco Aurélio), e exame, pelo Judiciário, da justa causa para o exercício da ação penal, o que demandaria um mínimo contato com o lastro probatório extrajudicial da fase investigativa, isso tanto sobre o recebimento da denúncia (CPP, art. 395, III), quanto para a absolvição sumária (art. 397) ou para a impronúncia (art. 414), nos termos dos votos vencedores (especialmente o do Min. Gilmar Mendes).

Apesar da extensão da decisão a outros dispositivos, notadamente infraconstitucionais, e matéria de regência do *habeas corpus*, o mérito do recurso não pareceu fugir aos seus fundamentos (arts. 5º, XXXVIII e 129, I), mantendo-se, apesar do aprofundamento do debate, nas estreitas

¹²⁴⁸ Cf. tópico 6.5.2.

¹²⁴⁹ Cf. tópico 2.3.2 e 2.3.3.

vias do que reconhecido como de repercussão geral. Como os dispositivos constitucionais muitas vezes veiculam mais do que regras, mas princípios, de interpretação naturalmente elástica, a apreciação do fundamento tende a não guardar limites literais com o texto do dispositivo constitucional, mas com todas as normas que dele podem advir. Daí também se poder avançar na fundamentação da decisão do tema posto em debate, para além do que estritamente alegado pela parte. Note-se que, de uma questão atinente à soberania do Tribunal do Júri para decidir sobre a existência e autoria do crime de homicídio (art. 5º XXXVIII), chegou-se a questão mais ampla (e, por isso, com mais repercussão geral ainda), que, pensamos, seja a possibilidade de controle do Judiciário (não do Júri), com base na cláusula fundamental da inafastabilidade do controle judicial (*judicial review*) sobre o exercício de qualquer poder (art. 5º, XXXV), público ou privado¹²⁵⁰; no caso, quanto ao exercício da ação penal (do poder de perseguir criminalmente alguém) pelo Ministério Público, que se revelou, apesar do art. 129, I, não ser absoluto; e que esse controle pode ser feito em sede de *habeas corpus*, assim como o pode em fases preliminares de julgamento, como o do recebimento da denúncia, da absolvição sumária ou da pronúncia.

6.7. TEMA 158 - FIXAÇÃO DE PENA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL, EM FACE DA INCIDÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA GENÉRICA ATENUANTE.

Caso paradigma	Recurso Extraordinário 597.270/RS
Questão constitucional	Possibilidade, ou não, à luz dos princípios constitucionais da reserva legal, da proporcionalidade e da individualização da pena, de fixação de pena abaixo do mínimo estabelecido para o tipo penal, em razão da incidência de circunstância genérica atenuante.
Ramo do direito	Direito Penal
Situação atual	Repercussão geral com reafirmação de jurisprudência
Tese enunciada	Circunstância atenuante genérica não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.

¹²⁵⁰ Sobre o assunto, cf. tópico 1.10.

6.7.1. O caso.

M.R.S.V. foi denunciado pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, pela prática, em 31/12/1999, do crime de roubo qualificado pelo emprego de arma (art. 157, §2º, I, do CP). Após regular instrução probatória, sobreveio sentença condenatória que impôs ao acusado a pena de 6 anos e 8 meses de reclusão, em regime semiaberto, e multa.

Irresignada, a defesa apelou, tendo o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul dado parcial provimento ao recurso para reduzir a pena aplicada, tornando-a definitiva em 4 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão, além da multa. Por ocasião do julgamento, o TJ/RS procedeu à redução da pena-base, então aplicada no mínimo legal, em 9 meses, pela existência das circunstâncias genéricas atenuantes de confissão espontânea e reparação do dano.

O MP estadual interpôs, assim, com fulcro no art. 105, III, “c” da CF, recurso especial (REsp 905.257/RS) ao STJ, sustentando exigir divergência entre a decisão proferida pelo TJ/RS e a jurisprudência do STJ, no que tange à possibilidade de redução da pena-base aquém do mínimo legal em razão da incidência de circunstâncias atenuantes genéricas.

A Quinta Turma do STJ, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, para reformar o acórdão atacado, nos termos do voto do relator, fazendo-o, resumidamente, com fundamento no entendimento que já havia sumulado: “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal” (Súmula 231, Terceira Seção, julgado em 22/09/1999, DJ 15/10/1999, p. 76).

Eis a ementa do acórdão:

PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 157, § 2º, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. PENA AQUÉM DO MÍNIMO. ATENUANTE. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 231-STJ. A pena privativa de liberdade não pode ser fixada abaixo do mínimo legal com supedâneo em meras atenuantes. (Precedentes e Súmula n.º 231 - STJ). Recurso provido.

A Defensoria Pública da União – passando a atuar no processo a partir das instâncias superiores – interpôs recurso extraordinário, com fulcro no art. 102, III, “a”, da CF. Todavia, o Ministro Vice-Presidente do STJ inadmitiu o reclamo excepcional, afirmando que a defesa teria deixado de indicar qualquer preceito constitucional tido por violado. Houve interposição de agravo de

instrumento (AI 720.233/RS), o qual foi provido, em 14/10/2008, convertendo-se o feito em recurso extraordinário.

Em suas razões recursais, a DPU alegou violação aos princípios da reserva legal, da individualização da pena e da proporcionalidade, sem mencionar expressamente os dispositivos constitucionais em que assentados tais princípios (que, de todo modo, se amoldariam ao disposto no art. 5º, XXXIX, XLVI e LIV, CF), sustentando que:

A vedação da fixação da pena aquém do mínimo legal em razão da incidência de uma circunstância genérica atenuante não encontra fundamento legal no ordenamento jurídico brasileiro. Durante muitos anos a proibição ora questionada vem sendo construída pela doutrina e jurisprudência pátrias, tendo culminado, inclusive, na edição da Súmula 231 do STJ. Todavia, na análise dos diplomas normativos aplicáveis à espécie, verifica-se que não existe expressa vedação legal para tanto, razão pela qual a interpretação firmada nesse sentido configura atentado ao princípio constitucional da reserva legal, da proporcionalidade e à própria individualização da pena.

Foi apresentada preliminar formal e fundamentada de repercussão geral, na forma do art. 543-A, §2º do CPP, arguindo que “o julgamento proferido pelo C. STJ, e reproduzido para todos os demais casos semelhantes através do Verbete nº 231 da súmula de sua jurisprudência dominante (...) impõe ofensa direta aos princípios que regem a execução da pena”. Ainda sustentou que:

A questão relativa à execução penal ou às regras de aplicação da pena, por afetar, de um lado, o próprio direito de punir do Estado e, de outro, o direito de liberdade do indivíduo, ambos indisponíveis, revela o interesse público transcendente, não se subsumindo aos interesses das partes do presente processo, eis que capaz de irradiar efeitos jurídicos sobre o entendimento de todos os demais órgãos jurisdicionais do país, caso o julgamento impugnado através do presente venha a ser modificado por decisão desta E. Corte Constitucional.

Não houve intervenção de *amicus curiae*.

6.7.2. A repercussão geral e o resultado do julgamento.

Não houve uma decisão preliminar de repercussão geral da questão constitucional aventada, tendo tal decisão sido proferida no bojo do próprio acórdão de mérito, em razão da existência de jurisprudência consolidada, no próprio STF, no sentido da impossibilidade de fixação da pena abaixo do mínimo legal. Em razão disso, enfatizou-se:

O Plenário, por outro lado, já estabeleceu procedimento específico por adotar nos recursos que versem matérias objeto de jurisprudência dominante na Corte

(RE nº 582.650-QO¹²⁵¹ e RE nº 580.108-QO, Rel. Min. ELLEN GRACIE, j. em 11.6.2008), e por meio do qual a Presidência deve trazer, para apreciação do Plenário, o exame acerca da existência de repercussão geral e da manutenção do entendimento aplicado quanto ao mérito de recurso ainda não distribuído. Negada a existência de repercussão geral, o recurso não será admitido; reconhecida esta e reafirmada a jurisprudência, não se procederá à distribuição, devolvendo-se os autos ao Tribunal de origem, para feito de retratação ou declaração de prejuízo (art. 543-B, §§2º e 3º, do CPC).

O Tribunal, em 26/03/2009, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, reconheceu a repercussão geral, reafirmou a jurisprudência a respeito do tema, negou provimento ao recurso e determinou a adoção dos procedimentos previstos no artigo 543-B, § 3º, do Código de Processo Civil. A ementa restou assim redigida:

¹²⁵¹ QUESTÃO DE ORDEM. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PROCEDIMENTOS DE IMPLANTAÇÃO DO REGIME DA REPERCUSSÃO GERAL. QUESTÃO CONSTITUCIONAL OBJETO DE JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PLENA APLICABILIDADE DAS REGRAS PREVISTAS NOS ARTS. 543-A E 543-B DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. ATRIBUIÇÃO, PELO PLENÁRIO, DOS EFEITOS DA REPERCUSSÃO GERAL ÀS MATÉRIAS JÁ PACIFICADAS NA CORTE. CONSEQUENTE INCIDÊNCIA, NAS INSTÂNCIAS INFERIORES, DAS REGRAS DO NOVO REGIME, ESPECIALMENTE AS PREVISTAS NO ART. 543-B, § 3º, DO CPC (DECLARAÇÃO DE PREJUDICIALIDADE OU RETRATAÇÃO DA DECISÃO IMPUGNADA). LIMITAÇÃO DA TAXA DE JUROS REAIS A 12% AO ANO. ART. 192, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, REVOGADO PELA EC Nº 40/2003. APLICABILIDADE CONDICIONADA À EDIÇÃO DE LEI COMPLEMENTAR. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA, INCLUSIVE COM EDIÇÃO DE ENUNCIADO DA SÚMULA DO TRIBUNAL. RECONHECIMENTO DA REPERCUSSÃO GERAL DO TEMA, DADA A SUA EVIDENTE RELEVÂNCIA. RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS CORRESPONDENTES COM DISTRIBUIÇÃO NEGADA E DEVOLVIDOS À ORIGEM, PARA A ADOÇÃO DOS PROCEDIMENTOS PREVISTOS NO ART. 543-B, § 3º, DO CPC. 1. Aplica-se, plenamente, o regime da repercussão geral às questões constitucionais já decididas pelo Supremo Tribunal Federal, cujos julgados sucessivos ensejaram a formação de súmula ou de jurisprudência dominante. 2. Há, nessas hipóteses, necessidade de pronunciamento expresso do Plenário desta Corte sobre a incidência dos efeitos da repercussão geral reconhecida para que, nas instâncias de origem, possam ser aplicadas as regras do novo regime, em especial, para fins de retratação ou declaração de prejudicialidade dos recursos sobre o mesmo tema (CPC, art. 543-B, § 3º). 3. Fica, nesse sentido, aprovada a proposta de adoção de procedimento específico que autorize a Presidência da Corte a trazer ao Plenário, antes da distribuição do RE, questão de ordem na qual poderá ser reconhecida a repercussão geral da matéria tratada, caso atendidos os pressupostos de relevância. Em seguida, o Tribunal poderá, quanto ao mérito, (a) manifestar-se pela subsistência do entendimento já consolidado ou (b) deliberar pela rediscussão do tema. Na primeira hipótese, fica a Presidência autorizada a negar distribuição e a devolver à origem todos os feitos idênticos que chegarem ao STF, para a adoção, pelos órgãos judiciários a quo, dos procedimentos previstos no art. 543-B, § 3º, do CPC. Na segunda situação, o feito deverá ser encaminhado à normal distribuição para que, futuramente, tenha o seu mérito submetido ao crivo do Plenário. 4. Possui repercussão geral a discussão sobre a limitação da taxa de juros reais a 12% ao ano, prevista no art. 192, § 3º, da Constituição Federal, até a sua revogação pela EC nº 40/2003. Matéria já enfrentada por esta Corte em vários julgados, tendo sido, inclusive, objeto de súmula deste Tribunal (Súmula STF nº 648). 5. Questão de ordem resolvida com a definição do procedimento, acima especificado, a ser adotado pelo Tribunal para o exame da repercussão geral nos casos em que já existente jurisprudência firmada na Corte. Deliberada, ainda, a negativa de distribuição do presente recurso extraordinário e dos que aqui aportarem versando sobre o mesmo tema, os quais deverão ser devolvidos pela Presidência à origem para a adoção do novo regime legal. (RE-QO 582650, julgada em 11/6/2008 e publicada no DJe em 14/10/2008)

AÇÃO PENAL. Sentença. Condenação. Pena privativa de liberdade. Fixação abaixo do mínimo legal. Inadmissibilidade. Existência apenas de atenuante ou atenuantes genéricas, não de causa especial de redução. Aplicação da pena mínima. Jurisprudência reafirmada, repercussão geral reconhecida e recurso extraordinário improvido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC. Circunstância atenuante genérica não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.

O trânsito em julgado da decisão se deu em 26/06/2009. A tese firmada foi reduzida ao seguinte enunciado: “Circunstância atenuante genérica não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”.

Em seguida, o Tribunal, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, resolveu questão de ordem, suscitada pela Senhora Ministra Cármen Lúcia, no sentido de autorizar o Relator a decidir definitiva e monocraticamente pedido de *habeas corpus*, no caso de fixação de pena abaixo do mínimo legal por conta da incidência de circunstância genérica atenuante.

Foi sobrestado apenas um processo na origem¹²⁵²; não houve remessa de representativos; 2 processos foram devolvidos pelo STF à origem¹²⁵³.

6.7.3. Análise.

A apreciação da repercussão geral, concomitante ao julgamento do mérito, é o que há de inusitado na resolução do Tema 158 e do RE 597.270/RS.

Tal procedimento não se originou do julgamento desse recurso, pois o Tribunal, antes mesmo desse caso, já havia assentado o entendimento de que recursos extraordinários que versassem sobre questões constitucionais já pacificadas na jurisprudência do próprio STF, tivessem analisada a repercussão geral, com o fim específico de aplicar a disciplina dos recursos repetitivos e, assim, otimizar o trabalho do Tribunal, com a possibilidade de negativa liminar de seguimento ou de provimento ao recurso contrário ao entendimento consolidado ou para autorizar a reforma de ofício das decisões contrárias ao mesmo, tudo na forma do então vigente art. 543-A do CPC/73, em cujo §3º se previa (tal como hoje se prevê no art. 1.035, §3º, I, do CPC) a presunção de repercussão geral sempre que o recurso impugnasse decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal¹²⁵⁴. É o que se depreende das Questões de Ordem

¹²⁵² No TJBA.

¹²⁵³ ARE 1.079.781 ao TJBA e ARE 1.092.133 ao TJ/SE.

¹²⁵⁴ Sobre o conceito de jurisprudência dominante, já tratamos no tópico 4.3.2.3.

decididas nos RE nº 582.650 e RE nº 580.108, Rel. Min. ELLEN GRACIE, julgados em 11.6.2008 e mencionados no voto do relator do RE 597.270.

Na afirmação de que esse procedimento seria possível, em razão de o tema restar sedimentado na jurisprudência do STF, contudo, pensamos residir um grave equívoco. Não apenas quanto ao procedimento adotado, mas, neste caso, quanto ao entendimento de que a questão temática fazia parte da jurisprudência dominante da Corte Suprema sobre a interpretação da Constituição. De fato, o STF já havia decidido, reiteradas vezes, pela impossibilidade de a circunstância atenuante reduzir a pena abaixo do mínimo legal. Ocorre que os precedentes que fixaram essa tese datam de antes de 1988¹²⁵⁵, época em que o STF cumulava as competências para julgar as violações tanto à legislação federal constitucional quanto infraconstitucional. O entendimento era firmado, ainda, sobre interpretação do parágrafo único do art. 48 do Código Penal¹²⁵⁶, da redação original do diploma, que, em tese, desautorizava a redução da pena abaixo do mínimo legal para qualquer circunstância atenuante, porquanto vigente um sistema bifásico de fixação da pena. Essa previsão foi retirada do texto legal pela Lei 7.209/84, que deu nova redação aos arts. 65 e 68 do CP, acabando com o fundamento legal para a interpretação restritiva das atenuantes e instituindo o atual sistema trifásico de dosimetria.

Nota-se, outrossim, que mesmo os julgados que reafirmaram a tese do STF após 1988 limitaram-se a fazê-lo com base no fato de que a questão já estava pacificada na jurisprudência do Tribunal. Sim, estava, mas, repita-se: na jurisprudência anterior a 1988. Isso, a nosso ver, desautorizaria o STF a julgar um tema de tamanha relevância da forma apressada e pouco fundamentada que julgou. A consequência disso é que à tese firmada no RE não devem ser atribuídos os efeitos de uma legítima decisão proferida em repercussão geral, porquanto baseada em premissa nitidamente equivocada: a de que o STF já teria se pronunciado sobre a interpretação constitucional (à luz da CF/88) das leis penais atualmente em vigor (Código Penal após a reforma pela Lei 7.209/84) acerca das atenuantes penais e sua possibilidade de redução da pena

¹²⁵⁵ RE 97435, Relator(a): Min. OSCAR CORREA, Primeira Turma, julgado em 19/11/1982, DJ 07-10-1983 PP-15430 EMENT VOL-01311-03 PP-00629; HC 56723, Relator(a): Min. DÉCIO MIRANDA, Segunda Turma, julgado em 06/03/1979, DJ 27-04-1979 PP-03380 EMENT VOL-01129-01 PP-00114.

¹²⁵⁶ “**Circunstâncias atenuantes.** Art. 48. São circunstâncias que sempre atenuam a pena: Parágrafo único. Se o agente quis participar de crime menos grave, a pena é diminuída de um terço até metade, não podendo, porém, ser inferior ao mínimo da cominada ao crime cometido”.

aquém do mínimo legal, quando não o fez. A verdade é que o STF se baseou em jurisprudência sua que decidiu a questão sobre a lei vigente antes de 1984 e continuou repetindo isso após 1988, sem cuidar de reanalisar o tema à luz da nova legislação penal. Esse tipo de procedimento não pode valer como precedente, porque há um claro caso de *overruling* em relação ao tema, com consequente violação dos princípios da legalidade (art. 5º, XXXIX), do devido processo legal (LIV) e da individualização da pena (XLVI). A solução, parece-nos, é a possibilidade (*rectius*: necessidade) de se provocar novamente o STF sobre a questão, alegando exatamente esse equívoco do julgamento, a fim de que reveja o entendimento firmado na tese enunciada.¹²⁵⁷

No que toca aos elementos indicativos da repercussão geral do caso, temos mais um tema que gira em torno da aplicação da pena (como nos temas 114 e 129), o que reforça nossa conclusão de que, embora se trate de atividade jurisdicional tida como muito próxima da discricionariedade e vinculada à valoração da prova, o STF tem se debruçado reiteradamente sobre questões relacionadas à dosimetria. Isso só revela que a atividade interpretativa da Corte Suprema não está impedida de passar pela reapreciação de fatos, ao contrário, deve fazê-lo para melhor compreensão da controvérsia constitucional e para sua solução.

6.8. TEMA 169 - APLICAÇÃO RETROATIVA DO §4º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/2006 SOBRE PENA COMINADA COM BASE NA LEI Nº 6.368/76.

Caso paradigma

Recurso Extraordinário 600.817/MS

Questão constitucional

Possibilidade, ou não, à luz do art. 5º, XL, da Constituição Federal, de aplicação retroativa do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 sobre pena cominada com base na Lei nº 6.368/76, isto é, a possibilidade de o Poder Judiciário fazer o cotejo entre leis no tempo, quando a legislação mais nova é, em determinados dispositivos, ao mesmo tempo, gravosa e benéfica.

¹²⁵⁷ Cumpre registrar que a doutrina já vinha apontando o equívoco interpretativo do art. 65 do CP e sua desconformidade com os princípios constitucionais apontados, cf.: PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 3. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 542; BITENCOURT, 2012, p. 765-768; GRECO, R., 2014, p. 569-570 e 590; COSTA JUNIOR, 2002, p. 231; GOMES; MOLINA, 2007, p. 733; CANÍBAL, Carlos Roberto Lofego. Pena aquém do mínimo legal: uma investigação constitucional-penal. **Revista Ajuris**, Porto Alegre, v. 77, p. 82; DELMANTO, Celso et al. **Código penal comentado**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 300-301 2015b, p. 458; COELHO, 2015, p. 340 e 342; ESTEFAM; GONÇALVES, 2013, p. 542-543; DOTTI, 2001, p. 514-515; ZAFARONI; PIERANGELI, 2015, p. 738-739.

Ramo do direito	Direito Penal
Situação atual	Julgado mérito de repercussão geral
Tese enunciada	<p>I – É inadmissível a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 à pena relativa à condenação por crime cometido na vigência da Lei 6.368/1976;</p> <p>II – Não é possível a conjugação de partes mais benéficas das referidas normas, para criar-se uma terceira lei, sob pena de violação aos princípios da legalidade e da separação de Poderes;</p> <p>III – O juiz, contudo, deverá, no caso concreto, avaliar qual das mencionadas leis é mais favorável ao réu e aplicá-la em sua integralidade.</p>

6.8.1. O caso.

N.R.C. foi denunciada pelo Ministério Público do Estado do Mato Grosso do Sul e, condenada, em 09/05/2005, às penas do art. 12, *caput*, c/c art. 18, I, da Lei n. 6.368/76¹²⁵⁸, por transportar, em 08/02/2005, da Bolívia para o Brasil e com destino à Espanha, certa quantidade de cocaína. Pena-base fixada em 4 anos de reclusão, em razão de considerar a juíza desfavoráveis as consequências e as circunstâncias do crime, e aumentada em 1/2, pela transnacionalidade do delito.

Acusação e defesa (DPE/MS) apelaram, com pedidos relativos ao *quantum* da pena, no entanto nenhuma delas levantou a questão da aplicação concomitante das Leis 6.368/76 e 11.343/06, eis que ambos os recursos foram arrazoados ainda em 2005, tendo a nova lei antidrogas entrado em vigor apenas em 08/10/2006 (art. 74).

¹²⁵⁸ “Art. 12. Importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Pena - Reclusão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa. [...] Art. 18. As penas dos crimes definidos nesta Lei serão aumentadas de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços): I - no caso de tráfico com o exterior ou de extra-territorialidade da lei penal”.

O TJ/MS reconheceu-se incompetente para julgar os recursos e remeteu o processo ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Neste, a ambas as apelações foi negado provimento. Contudo, como o julgamento ocorreu em 15/01/2008, a Turma, de ofício, analisou a questão da superveniência da Lei n. 11.343/06, no tocante à aplicação retroativa das suas disposições mais benéficas ao caso, notadamente a instituição da causa de diminuição de pena, de 1/6 a 2/3, ao réu primário e de bons antecedentes e que não se dedique a atividades criminosas (art. 33, §4º), e à redução da fração de 1/3 para 1/6 da causa de aumento de pena pela transnacionalidade do delito (art. 40, I), sobre a pena cominada a menor pela Lei n. 6.368/76, que teria, por isso, ultratividade. O Tribunal, de forma unânime, entendeu pela inaplicabilidade das disposições com caráter de *novatio legis in melius* da Lei n. 11.343/06 à pena cominada em abstrato pela Lei n. 6.368/76, ao fundamento de que as primeiras somente têm aplicação sobre a pena prevista na nova lei (5 a 15 anos de reclusão), não se podendo formar uma “terceira” norma ou uma norma “híbrida” pela aplicação das mesmas sobre a pena prevista pela lei revogada, ainda que mais benéfica, pois assim agindo o Judiciário estaria invadindo competência privativa do legislador e ofendendo a cláusula de separação dos poderes.

Eis a ementa do acórdão, no que nos interessa:

PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. APELAÇÕES DA DEFESA E DA ACUSAÇÃO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DOSIMETRIA DA PENA. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. INTERNACIONALIDADE. APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI Nº 11.343/06: DESCABIMENTO. POSSIBILIDADE DE PROGRESSÃO DE REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE, APÓS O ADVENTO DA LEI Nº 11.464/2007.[...]

8. A Lei nº 11.343, de 23/08/2006, estabeleceu para o crime de tráfico pena base mais grave que a anteriormente constante da Lei 6.368/76, diminui a causa de aumento de pena relativa à internacionalidade e criou causa de diminuição de pena, para o réu primário, de bons antecedentes, que não se dedique à atividade criminosa nem integre organização criminosa, que não era prevista na lei anterior.

9. Incabível a aplicação retroativa das normas relativas às causas de aumento e diminuição de pena, porque tais dispositivos não podem ser dissociados da norma que estabeleceu pena base mais grave que a anterior.

10. Não é possível combinar a pena base da lei anterior com as causas de aumento e diminuição da lei nova, formando uma terceira lei, não prevista pelo legislador, sob o argumento de que parte da lei nova é mais benéfica e portanto deve retroagir para favorecer o réu, pois ao assim agir, o Juiz, na verdade, está legislando criando uma nova lei, de conteúdo híbrido, não prevista pelo ordenamento jurídico, nem intencionada pelo legislador, o que não lhe é lícito, sob pena de afronta ao princípio constitucional de separação de poderes.

11. Não se pode considerar que a Lei nº 11.343/06 seja mais benéfica, uma vez que o réu que for condenado por crime cometido na sua vigência não estará necessariamente em situação melhor que aquele que praticou o delito na vigência da lei anterior: apesar da causa de aumento de pena da internacionalidade ser mais branda e haver previsão de uma causa de diminuição anteriormente inexistente, elas serão aplicadas sobre uma pena base mais grave”

Intimada, a defesa (que passou a ser exercida pela Defensoria Pública da União) interpôs, simultaneamente, recursos especial e extraordinário, este com fundamento no art. 102, III, “a”, da Constituição Federal, em que alegou, em suma, violação ao art. 5º, XXXIX, XL e XLVI, da mesma Carta da República. Em suas razões recursais sustentou a existência de repercussão geral do tema constitucional ventilado no extraordinário, ao fundamento de que a questão constitucional tratada no caso ultrapassava os interesses subjetivos das partes, por atingir todos os casos envolvendo tráfico de drogas e pelo fato, de a solução da presente questão pelo Supremo Tribunal Federal evitar “a multiplicidade de decisões divergentes e a insegurança jurídica no que se refere à aplicação da nova lei de tóxicos a fatos ocorridos antes de sua entrada e vigor”.

Quanto ao mérito, sustentou violação ao princípio da retroatividade da lei mais benéfica, em síntese, sob o seguinte argumento:

Levando-se em conta que a pena-base disposta no artigo 12 da Lei revogada é menos gravosa à Ré do que a exposta na Lei 11.343/06, em razão do princípio da retroatividade da lei mais benéfica, é imperioso concluir pela necessária aplicação desse dispositivo combinado com os artigos já transcritos da lei 11.343/06, já que mais favorável à aplicação isolada da Lei 11.343/06. Cite-se, nesse passo, que estão preenchidos todos os requisitos para aplicação dos artigos acima conforme se demonstrará nos tópicos que se seguirão. Assim, calculando-se a pena sob os preceitos acima e nas proporções aplicadas pelo v. Acórdão (pena-base na ordem de 5 anos, diminuição de 2/3 para o artigo 33, § 4º, e aumento de 1/6 para o artigo 40, I, da Lei 11.343/06), esta equivaleria, ao final, a pena inferior aos 5 anos e 3 meses impostos judicialmente para o cumprimento da Recorrente.

Não houve intervenção de *amicus curiae*.

6.8.2. A repercussão geral e o resultado do julgamento.

Com relação à repercussão geral, o recurso teve algumas peculiaridades procedimentais, como se observa do voto do Relator:

Em 2/8/2010, determinei a devolução dos autos ao Tribunal de origem, para que fosse observado o art. 543-B do CPC, uma vez que a matéria constitucional em debate teve a repercussão geral reconhecida no RE 596.152-RG/SP, de minha relatoria.

O RE 596.152-RG/SP, por seu turno, foi levado a julgamento na sessão plenária de 13/10/2011. Ocorre que a votação terminou empatada, com cinco votos favoráveis a tese da possibilidade da pretendida combinação de leis e cinco votos contra. Em face desse empate, o Tribunal proclamou a decisão mais favorável ao réu e, então, negou provimento ao RE 596.152-RG/SP. No entanto, a decisão valeu apenas para aquele caso concreto, não sendo extensível aos demais processos submetidos ao regime da repercussão geral.

Por essa razão, este recurso extraordinário que já havia sido devolvido ao Tribunal de origem, como afirmei, foi novamente remetido ao Supremo Tribunal Federal para que a matéria nele versada, e que teve a repercussão geral reconhecida, tenha um posicionamento do Plenário.

Veja-se que o RE 596.152/SP tratava exatamente do mesmo tema: retroatividade das normas mais benéficas da Lei n. 11.343/06 e sua aplicação sobre a pena menor do art. 12 da Lei n. 6.368/76. Nesse caso, a decisão de repercussão geral foi reconhecida, em 05/06/2009, e, do seu inteiro teor, destacamos o seguinte trecho:

A questão constitucional apresenta relevância do ponto de vista jurídico, uma vez que a decisão acerca da possibilidade de aplicação retroativa do parágrafo 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006 sobre a pena cominada com base na Lei 6.368/76 afetará um número elevado de demandas. É dizer, sob tal vertente, observa-se a importância deste caso, ao incitar o debate sobre a possibilidade de o Poder Judiciário fazer o cotejo entre leis em conflito no tempo, quando a legislação mais nova é, em determinados dispositivos, ao mesmo tempo, gravosa e benéfica. Por esses motivos, verifico que a questão constitucional trazida aos autos ultrapassa o interesse subjetivo das partes que atuam no presente feito.

No caso do RE 600.817/MS, não houve a lavratura de uma decisão separada própria da repercussão geral, servindo a decisão *in totum* do RE 596.152/SP acerca desse requisito de admissibilidade. No mérito, o Tribunal, por maioria, deu parcial provimento ao recurso extraordinário, restando a ementa assim redigida:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. PENAL. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CRIME COMETIDO NA VIGÊNCIA DA LEI 6.368/1976. APLICAÇÃO RETROATIVA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. COMBINAÇÃO DE LEIS. INADMISSIBILIDADE. PRECEDENTES. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I – É inadmissível a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 à pena relativa à condenação por crime cometido na vigência da Lei 6.368/1976. Precedentes. II – Não é possível a conjugação de partes mais benéficas das referidas normas, para criar-se uma terceira lei, sob pena de violação aos princípios da legalidade e da separação de Poderes. III – O juiz,

contudo, deverá, no caso concreto, avaliar qual das mencionadas leis é mais favorável ao réu e aplicá-la em sua integralidade. IV - Recurso parcialmente provido.

O trânsito em julgado da decisão se deu em 14/11/2014. A tese firmada foi reduzida ao seguinte enunciado: “I – É inadmissível a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 à pena relativa à condenação por crime cometido na vigência da Lei 6.368/1976. II – Não é possível a conjugação de partes mais benéficas das referidas normas, para criar-se uma terceira lei, sob pena de violação aos princípios da legalidade e da separação de Poderes. III O juiz, contudo, deverá, no caso concreto, avaliar qual das mencionadas leis é mais favorável ao réu e aplicá-la em sua integralidade”. 3 processos ficaram sobrestados na origem, aguardando esse julgamento¹²⁵⁹; nenhum tribunal remeteu processo representativos da controvérsia; nenhum processo foi devolvido pelo STF à origem; o julgamento do mérito se deu em 5 anos e 4 meses após o reconhecimento da RG do tema no RE 596.152/SP.

6.8.3. Análise.

De se notar, dos elementos de repercussão geral, que o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, com todo o alcance que tem sobre outros casos, em especial relativo ao crime de tráfico, que conta com número bastante elevado de ações penais, possui ínsita repercussão geral. Também se pode destacar o fato de mais uma vez se tratar de tema relacionado à quantidade de pena (somando-se este aos temas 114, 129 e 158).

O ponto ao qual se deve ater na análise da repercussão geral deste caso é o da possibilidade de revisão de julgamento de tese fixada em repercussão geral em que não se tenha alcançado maioria. Como vimos, o STF já tinha precedente exatamente sobre o mesmo tema (RE 596.152/SP), julgado empatado em 13/10/2011, e transitado em julgado em 26/03/2012, no sentido de poder-se aplicar, simultaneamente, as normas mais benéficas dos dois regramentos legais sobre o apenamento do tráfico de drogas, sem violar a Constituição. Prevaleceu o entendimento mais benéfico, por aplicação da regra instituída pelo art. 615, §1º, do CPP.¹²⁶⁰

¹²⁵⁹ 1 no TJMG e 2 no TJSP.

¹²⁶⁰ “Art. 615. [...] § 1º Havendo empate de votos no julgamento de recursos, se o presidente do tribunal, câmara ou turma, não tiver tomado parte na votação, proferirá o voto de desempate; no caso contrário, prevalecerá a decisão mais favorável ao réu”.

A questão estaria, em tese pacificada. Não foi, contudo, o que entendeu o mesmo STF no julgamento do RE 600.817/MS. Neste caso, entendeu-se possível a revisão do tema, sem os motivos clássicos para a superação ou distinção entre os casos concretos, mas baseada na falta de uma decisão por maioria acerca da controvérsia constitucional, o que foi feito e revertido o resultado, como se percebe do enunciado da tese. Fica, portanto, como conotação do julgado que temas não resolvidos por maioria – mas por empate – não têm o caráter forte de *stare decisis*, ao menos não para o próprio STF (vinculação horizontal). Para os demais juízos, entendemos que possui plena força vinculante, pelo princípio de que somente a Corte que tem competência para fixar um precedente tem competência para afastar-se do mesmo.¹²⁶¹ De tudo, é preciso reconhecer que a decisão pôs fim a uma antiga e forte divergência jurisprudencial – do próprio STF, inclusive, como se afirma nos votos – e da doutrina¹²⁶².

Importante destacar que a tese firmada pelo STF (de possibilidade do juiz aferir qual a norma mais benéfica na integralidade) não fazia parte do pedido da recorrente, nem de forma subsidiária. O STF novamente não se ateve a isso, indo além do pedido formal do recurso para sedimentar sua posição, que considerou intermediária à polêmica, porquanto fixado que, em casos de leis penais ao mesmo tempo mais gravosas e mais benéficas, cabe ao juiz da execução da pena analisar qual lei, em bloco, é mais favorável ao réu, no caso concreto. Ademais, o precedente tem de ser lido de forma restritiva ao caso das Leis 6.368/76 e 11.343/06, porque não ficou definido, de forma clara, quando parte de uma lei poderá ou não retroagir em benefício do réu em conflito com outras partes do mesmo veículo introdutor de normas. A questão, a

¹²⁶¹ Nesse sentido, cf. tópico 2.3.3 deste trabalho.

¹²⁶² Cumprindo-nos destacar, ao lado da tese firmada pelo STF: HUNGRIA, Nelson. **Comentários do Código Penal**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. v. 1. p. 120; BATISTA, Nilo et alii. **Direito Penal Brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, vol. I, p. 215; JESUS, Damásio de. **Lei Antidrogas anotada**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 128; NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 63-65; ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 210-211; MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. **Lei de Drogas: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006 – Comentada artigo por artigo**. São Paulo: Método, 2007. p. 99; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 126; CALDERÓN, Guillermo Oliver Calderón. **Retroactividad e irretróactividad de las leyes penales**. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007. p. 56-61. Ainda se alinham a essa vertente doutrinária: MIR, José Cerezo Mir. **Curso de derecho penal español**: parte general. 6. ed. Madrid: Tecnos, 2004, p. 234; CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes García. **Derecho penal**: parte general. 6. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. p. 146. E do outro lado, contrariamente, os igualmente eminentes: GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal**. 6.ed. São Paulo: Max Limonad, 1982, v. 1, t. 1, p. 160; MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. Campinas: Bookseller, 1997. vol. 1. p. 256-257; MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Código Penal interpretado**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 14; DELMANTO, Celso et al. **Código Penal Comentado**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 22; JAKOBS, Günther. **Derecho Penal**: parte general, fundamentos y teoría de la imputación. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 125; entre outros.

nosso ver muito complexa, reclama novas análises em outros casos de conflito de leis penais no tempo.

6.9. TEMA 170 - JULGAMENTO PROFERIDO POR ÓRGÃO FRACIONÁRIO DE TRIBUNAL COMPOSTO MAJORITARIAMENTE POR JUÍZES CONVOCADOS.

Caso paradigma	Recurso Extraordinário 597.133/RS
Questão constitucional	Se há nulidade, ou não, à luz dos artigos 5º, XXXVII e LIII; 93, III; 94 e 98, I, da Constituição Federal, de julgamento realizado por órgão fracionário de tribunal, composto majoritariamente por juízes convocados, tendo em conta os princípios do juiz natural e do duplo grau de jurisdição.
Ramo do direito	Direito Processual Penal
Situação atual	Julgado mérito de repercussão geral
Tese enunciada	Não viola o postulado constitucional do juiz natural o julgamento de apelação por órgão composto majoritariamente por juízes convocados, autorizado no âmbito da Justiça Federal pela Lei 9.788/1999.

6.9.1. O caso.

I.B.C. teve decretada contra si, pelo juiz da 1ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Rio Grande do Sul, em processo cautelar criminal, ligado a investigação de crime de corrupção ativa, a prisão preventiva e o bloqueio de suas contas bancárias, o que se efetivou sobre um total de R\$ 45.178,14.

Através de *habeas corpus* impetrado perante a 7ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região e concedida a ordem, obteve a liberdade. Quantos aos valores bloqueados, ajuizou incidente de restituição de coisas apreendidas, alegando que os mesmos seriam provenientes de benefício recebido do INSS e do FGTS, tendo, portanto, origem lícita e não sendo, por isso, apreensíveis como produto ou proveito de crime. O juiz, julgando o incidente, em 01/02/2008,

deferiu a restituição de R\$ 32.804,09, mas manteve o bloqueio de R\$ 12.374,05, ao fundamento de ausência de comprovação de sua origem lícita.

Contra a sentença de procedência parcial do incidente, interpôs recurso de apelação, com fulcro no art. 600, §4º, do CPP, perante o TRF4, novamente sustentando a origem lícita dos valores e pedindo sua restituição. O julgamento da apelação ficou a cargo da 7ª Turma, então composta por 2 juízes federais convocados, incluindo o relator, e 1 desembargador federal, que, em 05/08/2008, por unanimidade, negou provimento ao recurso, também sob a fundamentação de ausência de demonstração suficiente da origem lícita do valor.

Contra essa decisão, o Apelante interpôs embargos de declaração, sustentando a nulidade do julgamento feito por Turma composta majoritariamente por juízes federais convocados, violando, assim, diretamente, o princípio constitucional do juiz natural. Os embargos foram julgados improcedentes, em 09/09/2008, já com a Turma novamente composta apenas por desembargadores federais, rejeitando-se a tese de afronta ao princípio do juiz natural e de nulidade do julgamento.

Finalmente, contra essa decisão, foi interposto o recurso extraordinário, com pedido de anulação do acórdão recorrido, com fundamento no art. 5º, XXXVII e LIII (que regem o princípio do juiz natural), e nos arts. 93, III, 94 e 98, I, da Constituição Federal (que tratam das regras de composição dos tribunais, mas que foram usados pelo recorrente como fundamento para o direito ao duplo grau de jurisdição).

Quando à repercussão geral, aduziu que “muito se tem discutido, nos Tribunais de todo o país, acerca da (in)constitucionalidade do julgamento de recursos por Câmaras ou Turmas compostas integral ou majoritariamente por juízes de primeiro grau convocados”, o que seria demonstrado com decisões que colacionou do “Superior Tribunal de Justiça, declarando a nulidade de decisões proferidas nessas condições”.

Houve pedido da União Federal de habilitação como *amicus curiae*, mas que foi rejeitado pelo Relator, em 08/11/2010.

6.9.2. A repercussão geral e o resultado do julgamento.

O Relator assim se manifestou quanto à existência de repercussão geral:

A questão constitucional apresenta relevância do ponto de vista jurídico, que se mostra na diversidade de entendimentos existente nos Tribunais do País quanto à existência ou não de nulidade, à luz dos princípios constitucionais do juiz natural e do duplo grau de jurisdição, nos casos em que os julgamentos forem realizados por órgãos fracionários dos Tribunais compostos majoritariamente por juízes convocados.

A jurisprudência desta Corte é no sentido de que não fere o princípio do juiz natural a convocação de juízes para compor órgãos colegiados dos Tribunais. Nesse sentido, o HC 86.889/SP, Rel. Min. Menezes Direito, e a ADI 1.481/ES, Rel. Min. Carlos Velloso, entre outros.

No entanto, neste caso, como já visto, discute-se questão diversa, o que fez com que o reconhecimento da repercussão geral seja recomendável, uma vez que a orientação existente quanto à matéria em debate norteará o julgamento de inúmeros processos similares a este.

Por esses motivos, verifico que a questão constitucional trazida aos autos ultrapassa o interesse subjetivo das partes que atuam no presente feito.

O Min. Marco Aurélio, único, além do Relator, a externar os motivos de seu voto, registrou:

Surge a repercussão geral do tema versado no extraordinário. O Supremo há de definir a possibilidade, ou não, de órgão revisor, órgão de tribunal, ser composto, na maioria, de juízes de primeira instância. Está-se a ver que a situação se repete em inúmeros casos tendo em conta a economia e a celeridade processuais, o pragmatismo buscado.

Manifestaram-se pela ausência de repercussão geral apenas 2 Ministros e 1 se absteve, os demais reconheceram, em 05/06/2009, a existência de RG. Em 17/11/2010, o Plenário do Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, negou provimento ao recurso extraordinário.

A ementa restou assim redigida:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PROCESSUAL PENAL. JULGAMENTO DE APELAÇÃO POR TURMA JULGADORA COMPOSTA MAJORITARIAMENTE POR JUÍZES FEDERAIS CONVOCADOS. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. OFENSA AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. INOCORRÊNCIA. PRECEDENTES. RECURSO DESPROVIDO. I – Não viola o postulado constitucional do juiz natural o julgamento de apelação por órgão composto majoritariamente por juízes convocados, autorizado no âmbito da Justiça Federal pela Lei 9.788/1999. II – Colegiado constituídos por magistrados togados, integrantes da Justiça Federal, e a quem a distribuição de processos é feita aleatoriamente. III – Julgamentos realizados com estrita observância do princípio da publicidade, bem como do direito ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório. IV – Recurso extraordinário desprovido.

O trânsito em julgado da decisão se deu em 03/05/2011. A tese firmada foi reduzida ao seguinte enunciado: “Não viola o postulado constitucional do juiz natural o julgamento de apelação por órgão composto majoritariamente por juízes convocados, autorizado no âmbito da Justiça Federal pela Lei 9.788/1999”.¹²⁶³ 4 processos foram sobrestados¹²⁶⁴; nenhum representativo da controvérsia foi remetido ao STF; 4 foram relacionados para devolução à origem¹²⁶⁵. O tempo entre a decisão de reconhecimento da RG e o julgamento do mérito foi de 1 ano e 5 meses.

6.9.3. Análise.

No que toca à definição de repercussão geral nos recursos extraordinários criminais, a decisão traz um importante elemento, consistente na “diversidade de entendimentos existente nos Tribunais do País” quanto ao tema, apresentando, por isso, “relevância do ponto de vista jurídico”. Temos, portanto, que a relevância jurídica a que se refere o art. 1.035, §1º, do CPC, pode ser tomada a partir da divergência jurisprudencial, o que também já havia sido assinalado no julgamento do Tema 129 (RE 591.054/SC) e do Tema 169 (RE 600.817/MS), sendo responsabilidade do STF definir o sentido da norma constitucional para os casos presentes e futuros relacionados com a mesma temática do recurso. Também é de se registrar a presença de elementos jurídicos das regras de competência, ligadas ao princípio do juiz natural, o que, tal como no Tema 154, conferem repercussão geral sem muitas dúvidas.

Também se destacou que a existência de entendimento firmado na Corte, em sentido contrário ao do recurso e da jurisprudência nele colacionada, pode ser outro elemento de identificação da repercussão geral, o que teria amparo no art. 1.035, §3º.

De se destacar a singeleza do caso concreto, o que poderia militar contrariamente ao reconhecimento de sua relevância. Como dito, tratou-se de um incidente de restituição de coisa apreendida, no caso de R\$ 12.374,05 em depósito bancário. Em tempos de vigência do art. 119, §1º, da Constituição Federal de 1969 (redação dada pela EC 7/77) e da arguição de relevância, esse

¹²⁶³ Em sentido concorde com o atribuído pelo STF à interpretação constitucional, temos: DEZEM, 2016, p. 126-127; GOMES, Luiz Flávio. DONATI, Patricia. **Convocação de juiz de primeira instância (para atuar na segunda). Princípio do Juiz Natural**. 13 dez. 2009. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2034387/convocacao-de-juiz-de-primeira-instancia-para-atuar-na-segunda-principio-do-juiz-natural>>.

Acesso em: 24 mar. 2018.

¹²⁶⁴ 1 no TJSP e 3 no TRF1.

¹²⁶⁵ ARE 730.160 do STJ, ARE 782.554 do TST, ARE 1.009.456 de um TJ não identificado e o HC 96.821 do próprio STF.

recurso extraordinário seria barrado com base no ínfimo valor pecuniário.¹²⁶⁶ Esse fato não preocupou o STF, mas, sim, a questão constitucional relativa “à existência ou não de nulidade, à luz dos princípios constitucionais do juiz natural e do duplo grau de jurisdição, nos casos em que os julgamentos forem realizados por órgãos fracionários dos Tribunais compostos majoritariamente por juízes convocados”.

Quanto à transcendência, entendeu-se recomendável o reconhecimento da repercussão geral, quando “a orientação existente quanto à matéria em debate” servir para nortear o julgamento de inúmeros processos similares, de modo a ultrapassar o interesse subjetivo das partes que atuam no feito, como exige a parte final do §1º do art. 1.035. Surge novamente, aqui, a função interpretativa e de formação de precedentes do STF.

Dos efeitos da repercussão geral reconhecida neste caso, importante destacar alguns pontos. Primeiro, que o julgamento do tema se ateve, unicamente, ao confronto do princípio do juiz natural, decorrente do art. 5º, XXXVII e LIII, com a ocorrência de julgamento de apelação criminal por órgão colegiado não formado majoritariamente por desembargadores. Isso porque, conforme consta do voto do Relator, os arts. 93, III, 94, e 98, I, não foram devidamente questionados. Desse modo, não foi apreciado pelo STF o confronto da dita formação colegiada com o direito ao duplo grau de jurisdição, fundamento que, portanto, permanece carente de decisão com repercussão geral. Isso significa que recursos extraordinários futuramente interpostos com base na referida garantia ou com fundamento nos arts. 93, III, 94, e 98, I, consistirão em verdadeiro *distinguish* e não poderão, por isso, ser filtrados pela existência de prévia decisão com repercussão geral.

Segundo, mesmo o princípio do juiz natural não pareceu ser o fundamento mais forte da decisão, mas, sim, a garantia da razoável duração do processo, inserida no texto constitucional pela EC 45/04. Embora o art. 5º, LXXVIII, não tenha sido expressamente citado, a citação à garantia aparece logo no 4º parágrafo do voto do Relator e passa a nortear a decisão e a medir forças

¹²⁶⁶ Cf. vimos no tópico 4.3.1. O art. 325, VIII, do RISTF estabelecia os seguintes limites pecuniários mínimos para a relevância da questão federal: “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 a instância única, excluídas as ações concernentes ao estado e à capacidade das pessoas”.

com o princípio do juiz natural, justamente para dar validade às disposições legais (art. 118, da Lei Complementar 35/79; art. 4º da Lei 9.788/99) que permitem a convocação dos juízes de primeiro grau para atuar nos tribunais. Chega-se a evocar o art. 93, XV (também inserido pela EC 45/04)¹²⁶⁷, que previu que "a distribuição de processos será imediata, em todos os graus de jurisdição", em reforço à tese principal da necessidade de celeridade e eficiência da prestação jurisdicional – que, em tese, não se alcançaria sem o instrumento da convocação de juízes. Parece-nos, portanto, que o grande mote da decisão do RE em RG é a interpretação conjunta da garantia insculpida no art. 5º, LXXVIII, com a dos incs. XXXVII e LIII do mesmo artigo.

O mais importante da evocação do art. 5º, LXXVIII, contudo, se deu na conclusão dos votos dos demais ministros (em especial dos Min. Marco Aurélio, Gilmar Mendes e Ellen Gracie), com o que concordou o Relator, ao final, no sentido de que só se pode aceitar a composição de órgão colegiados e Tribunais por juízes de primeiro grau, excepcional e transitoriamente, isto é, enquanto houver alguma situação de “crise” que não possa ser contornada sem o instrumento da convocação. A tendência é que o uso desses mecanismos “criativos” de solução do problema tenda a diminuir, a partir da consolidação dos efeitos de outros meios institucionais de diminuição dos processos nos tribunais, a exemplo da súmula vinculante, da repercussão geral e do modelo dos recursos repetitivos. Nesse sentido, ficou consignada a provável necessidade de futura revisão do julgamento desse tema, a fim de preservar o princípio do juiz natural, sem comprometer a razoável duração do processo. Aguardemos, portanto, essa hipótese de *overruling* pré-estabelecido pelo STF.

6.10. TEMA 182 – VALORAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS PREVISTAS NO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL NA FUNDAMENTAÇÃO DA FIXAÇÃO DA PENA-BASE PELO JUÍZO SENTENCIANTE.

Caso paradigma

Agravo de Instrumento 742.460/RJ

Questão constitucional

Adequação, ou não, de valoração das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal na fundamentação da fixação da pena-base pelo juízo sentenciante, à luz dos artigos 5º, XLVI (individualização da pena), e 93, IX

¹²⁶⁷ A decisão erroneamente se refere ao art. 92, ao invés do art. 93.

	(fundamentação das decisões judiciais), da Constituição Federal.
Ramo do direito	Direito Penal
Situação atual	Não há repercussão geral (questão infraconstitucional)

6.10.1. O caso.

V.S.O. foi denunciado pelo MPF, perante a Segunda Vara Federal Criminal da S.J. do Rio de Janeiro, como incurso no art. 312 do CP (peculato), sob a acusação de, na qualidade de oficial de justiça do TRT da 1ª Região, ter-se apropriado de valores (R\$ 327.959,84) de que tinha a posse em razão do cargo, nos anos de 1999, 2000 e 2001. O pedido condenatório foi julgado procedente, em 17/06/2004, e aplicada pena-base de 3 anos (1 ano acima do mínimo de 2 anos, portanto), ao fundamento de que a conduta do agente “trouxe inegável prejuízo a credibilidade do Poder Judiciário, além de ter gerado dano patrimonial de relativa monta”, e pena definitiva de 4 anos de reclusão, por incidência da fração de 1/3 prevista no art. 71 do CP, em regime aberto. A pena privativa de liberdade foi substituída por duas restritivas de direitos: prestação de serviços, pelo mesmo prazo da pena, e prestação pecuniária de 40 salários-mínimos. Além disso, o réu foi condenado ao ressarcimento integral do dano.

Irresignada, a defesa do réu interpôs recurso de apelação, alegando, no ponto que nos interessa, absoluta desproporcionalidade da pena pecuniária imposta. Segundo as razões do recurso, “a imposição do pagamento de 40 salários-mínimos surge como sanção de impossível cumprimento, tornando inócua sua aplicação”. Asseverou que “durante toda a instrução criminal não se evidenciou qualquer indício de riqueza pelo apelante. Ao contrário, demitido do serviço público, atualmente aufere o sustento de sua família com a revenda de queijos e derivados pelas ruas de Campos dos Goytacazes”. Também, que o apelante não teria maus antecedentes “nem qualquer outra circunstância do art. 59 do Código Penal desabonadora” apta a ensejar a “fixação da pena pecuniária acima do mínimo legal”, o que demandaria a redução da pena. Por fim, sustentou que “determinar o recolhimento de tal quantia aos cofres públicos implicaria no desprovimento da manutenção familiar básica, causando profundo impacto nas finanças já abala-

das do apelante”. Note-se que a apelação não impugnou o *quantum* da pena privativa de liberdade, mas tão somente o *quantum* da pena pecuniária substitutiva. A 2ª T. Especializada do TRF2, em 15/07/2008, à unanimidade, negou provimento ao recurso, tendo se pronunciado quanto ao ponto destacado (valor da prestação pecuniária), da seguinte forma:

Não merece reparos a fixação da pena base acima do mínimo legal ao argumento de que o acusado trouxe inegável prejuízo a credibilidade do Poder Judiciário, além de ter gerado dano patrimonial de relativa monta. Além disso, o objeto material é dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel público ou particular que tenha acesso em razão da função exercida. Assim, deve servir de fundamento para exasperação da pena-base o prejuízo a credibilidade do Judiciário, uma vez que o acusado era servidor do TRT e o *quantum* apropriado, de R\$ 175.235,86[...], obviamente, gerou grande dano patrimonial. Deve ser mantida [...] a prestação pecuniária fixada em 40 salários-mínimos, levando em consideração o prejuízo causado aos cofres públicos pelo denunciado, bem como que não constam nos autos elementos mais concretos a respeito de sua real situação financeira.

A defesa, então, manejou, contra o referido acórdão, recurso extraordinário, com base no art. 102, III, “a”, alegando ofensa aos arts. 5º, inc. XLVI, e 93, inc. IX, da Constituição da República, sob o fundamento de que, “a fim de exasperar a pena-base do delito imputado ao recorrente, utilizou-se a sentença condenatória, bem como o acórdão que a confirmou, de dois (pseudo) fundamentos: prejuízo à credibilidade do Poder Judiciário e dano patrimonial de relativa monta gerado pela conduta de Vladimir de Souza Oliveira” e de que o acórdão recorrido, “ao não considerar para a fixação da pena-base a circunstância de ser o recorrente primário e de bons antecedentes, violou frontalmente o princípio da individualização da pena”. Requereu, ao fim, fosse o recurso provido “para determinar a reforma do acórdão no que tange à dosimetria da pena”. Quanto à repercussão geral, aduziu que “a ser mantido e prestigiado o entendimento adotado[...], todo e qualquer funcionário público que for acusado por crime de peculato será duplamente punido, vez que utiliza essa qualidade como circunstância majorante de pena. Tal situação, a seu ver, ultrapassaria “os interesses e limites subjetivos do acusado”.

O recurso, porém, não foi admitido pela Presidência do TRF2, ao fundamento de que a insurgência quanto à dosimetria se baseava em má aplicação do art. 59 do CP e, por isso, em ofensa indireta da Constituição, além de demandar revolvimento probatório vedado nas instâncias extraordinárias. Contra essa decisão foi interposto o recurso de agravo de instrumento, o qual foi admitido e julgado procedente no STF, na mesma decisão que analisou a repercussão geral, para convertê-lo em recurso extraordinário.

6.10.2. A repercussão geral e o resultado do julgamento.

A decisão da Corte Suprema foi pela inexistência de repercussão geral, conforme consta do voto do Relator (grifos do original):

2. Admissível o agravo.

Presentes os requisitos formais de admissibilidade, dou provimento ao agravo, convertendo-o em recurso extraordinário.

3. Não há, porém, questão constitucional por examinar.

O objeto do recurso extraordinário é a adequada valoração das circunstâncias judiciais previstas no art. 59, do Código Penal, na fundamentação da fixação da pena-base pelo juízo sentenciante. E tal valoração não se mostra apta a ferir os princípios da individualização da pena ou da fundamentação das decisões judiciais de forma direta.

Quanto ao tema, decidiu, recentemente, esta Corte:

“EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MATÉRIA CRIMINAL. DOSIMETRIA DA PENA. INCISO IX DO ART. 93 DA CF/88. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. CONTROVÉRSIA DECIDIDA COM APOIO NO ARTIGO 59 E CAPUT DO ARTIGO 71 DO CÓDIGO PENAL. OFENSA INDIRETA AO MAGNO TEXTO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283 DO STF. AGRAVO DESPROVIDO. [...]”

2. O acórdão recorrido não invocou nenhum direto comando constitucional para nele fazer repousar a decisão afinal proferida. Controvérsia decidida à luz do artigo 59 e do caput do artigo 71 do Código Penal. Pelo que eventual ofensa ao Magno Texto ocorreria de modo indireto ou reflexo. 3. Incidência da Súmula 283 do STF, ante o trânsito em julgado da matéria infraconstitucional de que se valeu o Tribunal recorrido para a solução da causa. Matéria que é suficiente, per se, para a manutenção da decisão recorrida. 4. Agravo regimental desprovido.” (RE nº 569.378-AgR, Rel. Min. CARLOS BRITTO, DJe de 25.06.2009).

Anoto que o entendimento de ambas as Turmas quanto à ausência, no caso específico, de questão constitucional, é de tal forma pacífico que o tema é corriqueiramente decidido de forma monocrática nesta Corte.

Tratando-se, pois, de matéria de índole **infraconstitucional**, tem-se que a suposta violação apontada configura, aqui, o que se chama mera **ofensa reflexa**, também dita **indireta**, à Constituição da República, porque eventual juízo sobre sua caracterização depende de reexame prévio do caso à luz das normas infraconstitucionais, em cuja incidência e interpretação, para o decidir, se apoiou o acórdão impugnado, designadamente o Código Penal.

É, ao propósito, velhíssima a postura desta Corte no sentido de que, se, para provar contrariedade à Constituição, se deva, antes, demonstrar ofensa à lei ordinária, então é esta que conta para efeito de juízo de admissibilidade do

recurso extraordinário (cf., por todos, **RE nº 92.264-SP**, Rel. Min. **DECIO MIRANDA**, in RTJ 94/462-464).

Por fim, o Plenário já assentou que é de reputar-se ausente repercussão geral, quando eventual ofensa à Constituição se der apenas de forma indireta ou reflexa (**RE nº 583.747-RG**, Rel. Min. **MENEZES DIREITO**, DJe de 29.4.2009). Colho trecho da manifestação do Relator:

“(…) Com efeito, se não há controvérsia constitucional a ser dirimida no recurso extraordinário ou se o exame da questão constitucional não prescinde da prévia análise de normas infraconstitucionais, é patente a ausência de repercussão geral, uma vez que essa, indubitavelmente, pressupõe a existência de matéria constitucional passível de análise por esta Corte. (No mesmo sentido: **RE 584.608-RG**, Rel. Min. **ELLEN GRACIE**, DJe de 12.3.2009, **RE 593.388-RG**, Rel. Min. **MENEZES DIREITO**, DJe de 12.2.2009, **RE 592.211-RG**, Rel. Min. **MENEZES DIREITO**, DJe de 20.11.2008).

4. Ante o exposto, não havendo questão constitucional por examinar, não se pode reconhecer existência de repercussão geral (art. 324, § 2º, do RISTF).

Seguiram o entendimento do Relator os Min. Marco Aurélio (com voto próprio e que mencionaremos na análise do caso), Eros Grau, Cármen Lúcia, Ellen Gracie, Gilmar Mendes e Ayres Britto, vencido o Ministro Ricardo Lewandowski, que entendia haver RG. Não se manifestaram os Ministros Celso de Mello, Joaquim Barbosa e Menezes Direito. A decisão, firmada em 27/08/2009, ficou assim ementada:

EMENTA: RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal. Fixação da pena-base. Fundamentação. Questão da ofensa aos princípios constitucionais da individualização da pena e da fundamentação das decisões judiciais. Inocorrência. Matéria infraconstitucional. Ausência de repercussão geral. Agravo de instrumento não conhecido. Não apresenta repercussão geral o recurso extraordinário que verse sobre a questão da valoração das circunstâncias judiciais previstas no art. 59, do Código Penal, na fundamentação da fixação da pena-base pelo juízo sentenciante, porque se trata de matéria infraconstitucional.

Trânsito em julgado 15/10/2009. Sobrestados 2 processos na origem¹²⁶⁸; 9 devolvidos pelo STF¹²⁶⁹; nenhum representativo da controvérsia encaminhado à Corte.

6.10.3. Análise.

A primeira hipótese de rejeição da repercussão geral de recurso extraordinário criminal provoca duas perplexidades. A primeira, o provimento de agravo de instrumento para convertê-lo em

¹²⁶⁸ 2 no TJSP.

¹²⁶⁹ ARE 734489 do STJ, ARE 1025043, ARE 1101761 e ARE 1102138 de TJ não identificado, ARE 1031407 do TJBA, ARE 1037794 e ARE 1077297 do TRF1, TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIAO, ARE 1079533 do TJSP e RE 1110181 do TJSE.

recurso extraordinário, seguida de decisão que rejeita o apelo extremo por falta de ofensa direta à Constituição. O motivo da perplexidade reside no fato de que o agravo de instrumento tem por finalidade a superação de óbice à admissibilidade do recurso extraordinário, assim, se o RE que se busca fazer subir ao STF não possui um desses requisitos (no caso, o cabimento), o desfecho correto é o não provimento do mérito do agravo, como bem pontuou o Min. Marco Aurélio em seu voto em separado.¹²⁷⁰

A segunda causa de perplexidade é que a demonstração, pelo recorrente, de existência de controvérsia constitucional relativa à decisão impugnada é ônus processual e, por isso, requisito de admissibilidade do RE, relativo ao cabimento dessa espécie recursal.¹²⁷¹ A falta desse requisito é causa de inadmissão do recurso, a ser apreciada antes e de forma independente da repercussão geral, não se confundindo com ela. O STF, contudo, nitidamente misturou as coisas, fazendo com que um aspecto do cabimento do RE – a presença de ofensa direta à Constituição Federal, art. 102, III, “a” – se confundisse com outro – a repercussão geral, art. 102, §3º.

Em defesa do entendimento do STF poder-se-ia valer da seguinte argumentação: se a demonstração da ofensa direta à Constituição e a demonstração da repercussão geral são faces do mesmo requisito de admissibilidade do RE, qual seja, o cabimento, ambas podem ser apreciadas em conjunto e com os mesmos efeitos da última, a RG. Além disso, o que parece importar mais ao STF é que a repercussão geral exerça o seu papel de filtro recursal da forma mais ampla e vinculante possível, daí se querer emprestar ao não cabimento por ofensa indireta os mesmos efeitos da RG, a fim de que novos RE com base na mesma fundamentação (neste caso: ofensa ao art. 59 do CP e, indiretamente, aos arts. 5º, inc. XLVI, e 93, inc. IX, por exemplo) sejam rejeitados na origem, por falta de repercussão geral, nos termos do art. 1.030, I, “a”, e 1.035, §8º, do CPC. Há aí um porém: o art. 1.030, I, “a” prevê a negativa de admissão “a recurso extraordinário que discuta questão constitucional à qual o Supremo Tribunal Federal não tenha reconhecido a existência de repercussão geral”. Veja-se que o dispositivo legal demanda que o

¹²⁷⁰ Eis trecho da referida decisão do Ministro: “A esta altura, há quadro a gerar, para os jurisdicionados, certa perplexidade. Mediante um único ato, o agravo de instrumento foi provido e convertidos os autos em recurso extraordinário, para, após, vir a ser assentada a ausência de envolvimento de tema constitucional. A rigor, considerado o desdobramento que se seguiu, o agravo não estava a merecer provimento. Valho-me dessas premissas para entender que o caso não revela transgressão a princípio expresso ou implícito da Constituição Federal”.

¹²⁷¹ Como vimos no tópico 3.4.1.

RE discuta “questão constitucional”, de modo que se o STF diz não haver questão constitucional em discussão, não há como aplicar a regra do não seguimento dos recursos com base na mesma controvérsia (que é não é constitucional). Dessa forma, só há cabimento para a negativa de seguimento, com fundamento art. 1.030, I, “a”, primeira parte, se o STF reconhecer que a discussão proposta em dado RE tratou de questão constitucional, mas tal questão (constitucional) não possuía repercussão geral.

De outro lado, temos a segunda parte do dispositivo que prevê a negativa de seguimento “a recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de repercussão geral”. Esse “regime de repercussão geral” deve ser lido como uma análise da relevância e transcendência da questão recursal constitucional, numa interpretação sistemática com o art. 1.035, §1º, de modo que a decisão proferida nesse “regime” tem de declarar a questão recursal relevante ou irrelevante, transcendente ou não transcendente, não havendo espaço nem validade para uma declaração de ausência de repercussão geral que não analise relevância e transcendência. Em outras palavras, se a repercussão geral diz respeito à relevância e transcendência da questão recursal, a negativa do requisito importa em declaração, explícita ou implícita, de irrelevância e falta de alcance da resolução da controvérsia para além das partes do processo. Isso claramente não ocorre no caso de rejeição da repercussão geral por ausência de questão ou ofensa direta constitucional. Não há como extrair da decisão do STF, nesse caso, por exemplo, que a valoração das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, na fundamentação da sentença condenatória penal, seja algo irrelevante ou que isso não repercute em outras tantas ações penais. Tanto é assim que já vimos que o mesmo STF julgou pelo menos outros quatro temas (114, 129, 158 e 169) diretamente relacionados à dosimetria e aplicação da pena, incluindo análise de elementos contidos no art. 59 do CP e sua conformidade constitucional. É simplesmente ilógico concluir que, pela rejeição do tema 182, o STF tenha decidido que a análise constitucional da aplicação do art. 59 do CP seja irrelevante ou não transcendente *per si* e, em razão disso, se possa aplicar a filtragem recursal da repercussão geral a todo questionamento constitucional do mesmo dispositivo, na forma do art. 1.030, I, “a”.

Quando o STF declara inexistir ofensa direta às normas constitucionais, o que faz é operar no plano da análise do requisito de cabimento do art. 102, III, “a”, e não do art. 102, §3º; e assim, decidindo, ceifa qualquer possibilidade de analisar a relevância e transcendência da resolução da questão constitucional simplesmente porque não existe, em sua ótica, questão constitucional

a resolver. Ademais, Se não há pronunciamento do qual se possa extrair juízo de falta de relevância ou de falta de transcendência da questão recursal – e nos casos de ausência de questão constitucional, não há mesmo – então não há que se falar em juízo de repercussão geral propriamente dito, ao menos para aplicação do sistema de filtragem de recursos extraordinários dos arts. 1.030, I, “a”, e 1.035, §8º, do CPC. Essa falta de efeito vinculante do referido julgamento, aliás, parece-nos ser o motivo pelo qual não se produziu, ao final, um enunciado de tese jurídica, como ocorreu nos casos de reconhecimento da repercussão geral e julgamento do mérito.

Pesam ainda contra a aplicação do filtro de repercussão geral por falta de ofensa constitucional as premissas de que o requisito especial de admissibilidade da repercussão geral (art. 102, §3º) só deve ser analisado após o preenchimento dos requisitos ordinários do RE (art. 102, III, “a”) e de que é inconstitucional a ampliação das hipóteses restritivas de reconhecimento da repercussão geral, podendo, no máximo, aumentar-se o rol de hipóteses de presunção de relevância e transcendência¹²⁷². Daí não se poder interpretar a expressão “exarado no regime de repercussão geral” como um provimento que, embora não analise relevância e transcendência, seja dotado de eficácia da repercussão geral. A interpretação desse trecho do dispositivo legal, portanto, pressupõe uma decisão que afirme irrelevante e restrito às partes a resolução da questão recursal, que deve ser antes de tudo constitucional. Não o sendo, o que deve ocorrer é a rejeição do RE, por falta do requisito intrínseco do cabimento constitucional (via de regra no art. 102, III, “a”) e a sua remessa ao STJ, se ainda por ele não analisado, na forma do art. 1.033, que fecha a demonstração da sistematicidade do CPC em prol de nossa conclusão acerca da ausência de efeitos vinculantes da decisão que “rejeita” a RG do RE por ausência de ofensa direta à CF.

Dessa forma, o precedente não oferece subsídios para se desvendar o entendimento do STF acerca de em que consiste a repercussão geral em matéria criminal. Ainda que se entenda de maneira diversa, é preciso considerar que o julgamento do tema se restringiu à impossibilidade de reapreciar questões relativas à dosimetria da pena pecuniária (art. 43, I, do CP). Veja-se que o caso concreto não versou sobre a dosimetria da pena privativa de liberdade (art. 59 do CP), mas, unicamente, sobre o cálculo da pena pecuniária que a substituíra. O caso não discutiu, portanto, os critérios de cálculo da pena-base (art. 59 do CP), à luz dos arts. 5º, inc. XLVI, e

¹²⁷² Cf. tópico 5.1.1.2.

93, inc. IX, da Constituição Federal; discutiu, sim e exclusivamente, os critérios de quantificação da pena de prestação pecuniária (art. 45, §1º, do CP) em comparação com os critérios utilizados pelo julgador na aplicação da pena-base. Pensamos, por isso, que novos RE que discutam a fixação da pena privativa de liberdade não podem ser obstados de seguir ao STF (art. 1.030, I, “a”), porquanto não alcançados pelo precedente firmado no julgamento do AI 742.460/RJ; se forem obstados por isso, caberá agravo interno, na forma do art. 1.030, §2º c/c art. 1.021, para demonstrar a distinção. Diferentemente, se houver alguma possibilidade de filtragem, na forma do art. 1.030, I, “a”, dos RE, essa se limitará às que versem sobre o *quantum* de pena pecuniária substitutiva da privação da liberdade em comparação com a pena-base, por que aí poder-se-á defender, em tese, o entendimento firmado no STF de que, nesse caso, há tão somente ofensa à legislação federal infraconstitucional. Seria, talvez, um meio que o STF teria para recusar-se a julgar causas criminais que não impliquem imediatamente em privação de liberdade, mas que digam respeito apenas a penas pecuniárias. Já vimos, no entanto, que o STF não pensa assim, conferindo repercussão geral mesmo às consequências exclusivamente econômicas das penas, como no caso do Tema 113¹²⁷³ e o fará novamente nos Temas 187 e 647¹²⁷⁴.

A admissão de algum efeito vinculante ao precedente em questão não significa, por outro lado, que os critérios da pena pecuniária, em um caso concreto, não possam ser arguidos como contrários a outras normas constitucionais diversas das extraíveis dos dispositivos questionados (arts. 5º, inc. XLVI, e 93, inc. IX), nem que não possa ser arguida a inconstitucionalidade de outros critérios de fixação da prestação pecuniária (por exemplo, a sua quantificação em salários-mínimos ou a data do salário-mínimo vigente – se o da época dos fatos ou da execução da pena etc.), pois é sobre eles que se traçam os limites da *ratio decidendi* desse julgamento e de seus efeitos vinculantes. Enfim, tudo o que for usado na fundamentação das decisões judiciais vindouras de forma substancialmente inovadora, em matéria fática ou jurídica, em comparação aos fundamentos do Tema 182, pode ser usado como *distinguish* e, assim, em tese, fugir à eventual (mas a nosso ver inexistente) força vinculante que se possa atribuir a esse precedente.

¹²⁷³ Cf. tópico 6.3.

¹²⁷⁴ Cf. tópicos 6.13 e 6.28.

6.11. TEMA 183 – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA A CRIME DE POSSE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE PARA USO PRÓPRIO.

Caso paradigma	Agravo de Instrumento 747.522/RS
Questão constitucional	O reconhecimento, ou não, da aplicação do princípio da insignificância ao crime de posse de substância entorpecente para uso próprio., à luz do art. 5º, XXXV, LV e LIV, da Constituição da República.
Ramo do direito	Direito Penal
Resultado	Não há repercussão geral (questão infraconstitucional)

6.11.1. O caso.

Segundo a denúncia do MPE/RS, em 22/01/2008, policiais civis da Delegacia de Não-Me-Toque/RS, em cumprimento de mandado de busca e apreensão expedido pelo juiz de direito da mesma comarca, encontraram na residência em que I.B. se encontrava juntamente com outras duas pessoas, também denunciadas, 3 pequenas pedras de *crack*, para consumo próprio, além de 3 cachimbos artesanais de PVC, próprios para fumar a substância em questão, estando por isso, todos incurso no crime do art. 28 da Lei 11.343/06. A quantia total de droga apreendida pesou 0,35g.

A defesa da acusada, desde o início exercida pela Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, argumentou, em suas alegações finais, a incidência do princípio da insignificância e a consequente atipicidade penal da conduta, pedindo, por isso, a sua absolvição. O juiz, contudo, entendeu não haver “que falar em princípio da insignificância por ser ínfima a quantidade de crack encontrada, pois o delito previsto no art. 28 da Lei 11.343/06 está vinculado ao risco social e à saúde pública e não à lesividade da conduta”; citou precedentes do TJRS. Entendeu provada também a autoria e condenou a ré à pena de prestação de serviços (art. 28, II) pelo prazo de 2 meses, pelo período de 8 horas semanais.

Houve apelação da defesa técnica à Turma Recursal, novamente sustentando a incidência do princípio da insignificância sobre o caso e pedindo a reforma da sentença, para absolvição da acusada. O apelo foi desprovido, em 15/12/2008, à unanimidade, sob a fundamentação de que “o delito previsto no art. 28 da Lei 11.343/06 é de perigo presumido ou abstrato[...]. Portanto, a maior ou menor quantidade da substância apreendida, por si só, não é apta a descaracterizar a tipicidade do fato”, bastando para o reconhecimento da ofensa ao bem jurídico tutelado pela norma especial “a existência do risco ‘*in genere*’ à saúde pública”. Citou-se jurisprudência do STJ, do STF, doutrina e enunciado do Encontro de Juizados Especiais Cíveis e Criminais de Gramado.

Irresignada, a defesa pública interpôs recurso extraordinário, com fundamento no art. 102, III, “a”, e ofensa ao art. 5º, incs. XXXV (inafastabilidade do controle judicial), LV (ampla defesa e contraditório) e LIV (devido processo legal), da Constituição da República, os quais, contudo, invocou como veiculadores do princípio da insignificância penal, de modo que a sua não aplicação feriria os indigitados dispositivos constitucionais. Quanto ao caso concreto, sustentou que os 0,35g da droga apreendida com a Recorrente se enquadrariam no conceito de insignificância cunhado pelo STF em alguns de seus precedentes (como: HC 84.412 e HC 77.003)¹²⁷⁵, não havendo “qualquer lesão ou ameaça de lesão ao bem tutelado”.

A Presidente da Turma Recursal Criminal, contudo, negou seguimento ao RE, sob os fundamentos de inexistência de repercussão geral da questão objeto do recurso, ausência de prequestionamento do art. 5º, XXXV, LIV e LV, e ofensa reflexa à Constituição Federal, posto que a Turma se valeu unicamente de norma infraconstitucional para justificar sua decisão. Contra a negativa de admissibilidade do RE, a defesa interpôs o agravo de instrumento que fez o processo chegar ao STF, sendo ali provido para converter o feito em recurso extraordinário. Não houve pedido de intervenção de *amicus*.

6.11.2. A repercussão geral e o resultado do julgamento.

O Relator deste AI/RE foi o mesmo do AI/RE 742.460/RS, o Min. Cezar Peluso, o que também ocasionou o julgamento dos dois recursos no mesmo dia (28/08/2009) e com o mesmo resultado: a rejeição da repercussão geral, por ofensa reflexa à Constituição. Por isso, os textos da

¹²⁷⁵ Basicamente, os requisitos estabelecidos pelo STF para a aplicação do referido princípio são: mínima ofensividade da conduta do agente, ausência de periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica causada; cf., entre muitos outros: HC 84.687/MS, 2ª T., Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 27.10.2006.

decisão do Plenário Virtual são quase idênticos, especialmente na parte final, valendo apenas destacar o seguinte trecho (grifos do original):

[...] **3.** Não há, porém, questão constitucional por examinar.

O objeto do recurso extraordinário é ver reconhecida a atipicidade da conduta praticada pela recorrente, em razão da incidência do princípio da insignificância. Quanto ao tema, já decidiu esta Corte:

“EMENTA: 1. Princípio da insignificância e crime de roubo. É da jurisprudência do Supremo Tribunal que o princípio da insignificância não se aplica ao delito de roubo (v.g. AI 557.972, 2ª T., 07.03.03, **Ellen Gracie**, DJ 31.03.06). 2. Recurso extraordinário: descabimento: controvérsia relativa à incidência do princípio da insignificância, que demanda a prévia análise da legislação ordinária pertinente (C. Penal, art.157): incidência, *mutatis mutandis*, da **Súmula 636.**” (RE nº 454.394-AgR, Rel. Min. **SEPÚLVEDA PERTENCE**, DJ de 23.03.2007. No mesmo sentido: AI nº 557.972-AgR, Rel. Min. **ELLEN GRACIE**, DJ de 31.03.2006, *et al*).

Anoto que o entendimento de ambas as Turmas quanto à ausência, no caso específico, de questão constitucional, é de tal forma pacífico que o tema é corriqueiramente decidido de forma monocrática nesta Corte.[...]

Seguiram o entendimento do Relator os Min. Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cármen Lúcia, Ellen Gracie, e Ayres Britto; vencidos os Ministros Marco Aurélio e Gilmar Mendes, que entendiam haver RG. Não se manifestaram os Ministros Celso de Mello, Joaquim Barbosa e Menezes Direito. Eis a ementa do julgado:

EMENTA: RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Princípio da insignificância. Atipicidade da conduta. Ofensa ao art. 5º, incs. XXXV, LV e LIV, da Constituição Federal. Inocorrência. Matéria infraconstitucional. Ausência de repercussão geral. Agravo de instrumento não conhecido. Não apresenta repercussão geral o recurso extraordinário que verse sobre a questão do reconhecimento de aplicação do princípio da insignificância, porque se trata de matéria infraconstitucional.

Trânsito em julgado 22/10/2009. Nenhum processo sobrestado, nem remetido como representativo pelos tribunais ou devolvido pelo STF.

6.11.3. Análise.

Essa segunda hipótese de rejeição da repercussão geral em um recurso extraordinário é praticamente idêntica à anterior, no sentido de inexistir repercussão geral quando a alegada ofensa à Constituição se der de maneira indireta, incidindo diretamente sobre norma infraconstitucional. Tudo o quanto dito na análise do julgamento anterior, quanto à ausência de eficácia vinculante

pelo regime de repercussão geral das decisões que não afirmam falta de relevância e de transcendência da questão, vale para o presente caso. O mesmo se diga quanto a ser inservível a decisão que rejeita o RE por inexistência de ofensa à Constituição para a identificação de elementos da repercussão geral criminal, dado que a análise, nesses casos, se dá sobre o requisito de cabimento do art. 102, III, “a” e não sobre o do art. 102, §3º.

No campo das perplexidades, a atual decisão tem as suas próprias. Primeiramente, a confusão sobre ter havido ou não provimento ao agravo de instrumento, pois o voto do Relator afirma que sim, mas a ementa do julgado, que não foi conhecido. Mas a causa de perplexidade mais grave seria a de que, para o STF, a questão do reconhecimento de aplicação do princípio da insignificância penal¹²⁷⁶, trataria de matéria infraconstitucional. Ou seja, ressei desse julgamento que o princípio da insignificância não teria assento constitucional, mas meramente legal. A questão é conciliar essa afirmação com o fato de que o STF, cuja função precípua é a de guardião da Constituição, já havia aplicado o princípio da insignificância em diversos casos anteriores, ainda que o tenha feito em julgamentos de HC ou de RHC, mas valendo-se de fundamentos constitucionais¹²⁷⁷. O fato de se recusar a conferir natureza constitucional ao princípio da insignificância e julgá-lo em RE é paradoxal com o almejado intuito do Tribunal de converter-se em Corte Suprema, de fixação de precedentes vinculantes, para o que se destina o instrumento da repercussão geral; ao contrário disso, o STF parece preferir continuar julgando a matéria da insignificância penal em ações originárias de *habeas corpus* ou em recursos ordinários, o que se revela completamente contraproducente e muito mais ligado a uma vetusta função de simples controle casuístico da atividade judicial¹²⁷⁸. O STF, contudo, dá sinais de que irá corrigir esse erro semântico da decisão do AI 747.522/RS, por meio da admissão da repercussão geral do Tema 506: “Tipicidade do porte de droga para consumo pessoal”; ainda que a alegação de inconstitucionalidade do art. 28, nesse caso mais novo (RE 635.659), discuta a constitucionalidade da criminalização à luz de sua compatibilidade, ou não, com os princípios constitucionais da intimidade e da vida privada (art. 5º, X).¹²⁷⁹ Aguardemos, portanto, esse importante julgamento.

¹²⁷⁶ Formulado originariamente por Claus Roxin, in: **Política criminal y sistema del derecho penal**. Trad. Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1972, p. 53.

¹²⁷⁷ A exemplo dos já citados HC 77.003, HC 84.412 e HC 84.687.

¹²⁷⁸ Cf. tópico 2.3.2.

¹²⁷⁹ Em que pese a interpretação o STF de que o princípio da insignificância teria apenas fundamento infraconstitucional, a doutrina aponta, ao contrário, fundamentos constitucionais para o referido, como: o princípio da dignidade da pessoa humana, expresso no art. 1º, III (nesse sentido: ESTEFAM; GONÇALVES, 2013, p. 123; NUCCI,

6.12. TEMA 184 – PODER DE INVESTIGAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

Caso paradigma	Recurso Extraordinário 593.727/MG
Questão constitucional	A constitucionalidade, ou não, da realização de procedimento investigatório de natureza penal pelo Ministério Público, à luz dos artigos 5º, LIV e LV; 129, III e VIII; e 144, IV, § 4º, da Constituição Federal.
Ramo do direito	Direito Processual Penal
Situação atual	Julgado mérito de repercussão geral (mas sem trânsito em julgado)
Tese enunciada	O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei 8.906/1994, art. 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante 14), praticados pelos membros dessa Instituição.

2015b, p. 25-26); o princípio da proporcionalidade, com sua positivação sustentada, na maioria das vezes, no art. 5º, inc. LIV, da CF/88 (nesse sentido, cf: COÊLHO, 2015, p. 39-40, cf. também o acórdão do STF, no HC 107.082, Rel. Min. ayres Britto, 2ª T., DJe 26.04.2012, em que atrelada a insignificância à razoabilidade e à proporcionalidade); o princípio da intervenção mínima, consagrado pela CF, a partir do art. 5º, §2º e complementado pelo art. 8º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (Paris, 1789), ao proclamar que a lei deve estabelecer “penas estrita e evidentemente necessárias” (DOTTI, 2001, p. 67-68); o princípio da razoabilidade, corolário do Estado Democrático de Direito (segundo sua origem germânica), art. 1º, *caput* (GRECO, R., 2014, p. 68); o princípio da estrita legalidade penal, art. 5º, XXXIX (MARTINS, Patrick Salgado. Equívocos interpretativos dos tribunais superiores sobre o princípio da insignificância nos crimes federais. In: OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Direito e processo penal na justiça federal:** doutrina e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2011, p. 234-235, entre outros.

6.12.1. O caso.

O Ministério Público do Estado de Minas Gerais, a partir de notícia-crime recebida diretamente em uma de suas Procuradorias, instaurou procedimento investigativo criminal próprio, em face do então Prefeito de Ipanema/MG, J.S.C., para averiguar o cometimento do crime do art. 1º, inc. XIV, do Decreto-lei 201/67¹²⁸⁰. Ao fim da investigação, concluiu o MPE-MG pela existência de provas de materialidade e autoria do crime e denunciou o investigado, acusando-o de descumprir a ordem judicial o Presidente do Tribunal de Justiça de Minas Gerais para que pagasse, a partir de maio de 2000, os valores constantes dos precatórios 01 e 02.

Em sua defesa preliminar, perante o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, o ex-Prefeito sustentou nulidade das provas colhidas na investigação, ao argumento de que esta seria de atribuição privativa dos órgãos de Polícia, falecendo ao MP tal competência, havendo, por isso, violação ao art. 144, §4º, e ao art. 129, I, III, IV e VIII, da Constituição Federal. O TJMG rejeitou a tese defensiva, para, ao fim, receber a denúncia, ao fundamento de que

“[...]é a própria lei adjetiva penal que habilita o Ministério Público dispensar o inquérito policial, permitindo-lhe que busque as provas do crime utilizando-se de seus próprios meios. Insta salientar que o respaldo fornecido à lei adjetiva advém da Constituição da República, mormente, art. 129, VI e VII, que prevê, como função institucional do Ministério Público, a expedição de notificação em procedimentos administrativos e a requisição de informações, documentos e diligências investigatórias. O art. 4º da Lei Adjetiva Penal estabelece em seu parágrafo único que “a competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função”, o que encontra previsão no art. 26 da Lei 8.625/93.

Com efeito, concluo que o Ministério Público (art. 129 da CRFB e 26 da Lei 8.265/93) tem legitimidade para proceder a investigações que visam embasar eventual ação penal, haja vista que a Constituição da República não estabeleceu no art. 144, §4º, a exclusividade da função de Polícia Judiciária às Polícias Cíveis.

Inconformado com o referido acórdão, o acusado interpôs recurso extraordinário ao STF, com fundamento no art. 102, III, “a” e “c”, alegando caber ao MP a requisição de instauração de inquérito policial e não propriamente a realização desse inquérito, havendo, no caso concreto,

¹²⁸⁰ “Art. 1º São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipal, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores: [...]XIV - Negar execução a lei federal, estadual ou municipal, ou deixar de cumprir ordem judicial, sem dar o motivo da recusa ou da impossibilidade, por escrito, à autoridade competente”.

violação aos arts. 5º, LIV e LV; 129, III e VIII; e 144, IV, §4º da CF/88¹²⁸¹. Citou precedentes do STF nesse sentido: RE 233.072 e RHC 81.326.

O RE teve, contudo, negado o seu seguimento, pelo Desembargador Terceiro Vice-Presidente do TJMG, que entendeu que “a v. decisão objurgada afastou a preliminar de nulidade da ação penal, [...] não apenas em razão de fundamento constitucional, mas, também, face a dispositivo contida na Lei Adjetiva Penal”, o que demandaria a “interposição do especial necessário”, e que não foi interposto concomitantemente. Tal decisão motivou o recorrente a interpor o recurso de agravo de instrumento, para subida do apelo extremo. O AI recebeu, no STF, o n. 690.965/MG e foi provido, monocraticamente, pelo Min. Relator Cezar Peluso, em 02/09/2008, para admissão do RE.

Foi admitida, em 17/04/2010, pelo Relator, a intervenção da Associação dos Delegados de Polícia Civil de Minas Gerais (ADEPOLMG) e da Federação Interestadual do Sindicato de Trabalhadores das Polícias Cíveis – DF (FEIPOL), em razão da pertinência temática das atividades de seus membros. Ambas se manifestaram pelo provimento do RE, a fim de restar decidido pelo STF que a investigação criminal é atribuição exclusiva da polícia judiciária.

6.12.2. A repercussão geral e o resultado do julgamento.

O Relator do RE, Min. Cezar Peluso, proferiu sucinto voto de reconhecimento da repercussão geral do tema, nos seguintes termos (grifos do original):

A questão suscitada neste recurso é objeto do julgamento iniciado pelo Plenário em 11.06.2007, do **HC nº 84.548** (Rel. Min. **MARCO AURELIO**), e que versa a relevantíssima matéria da constitucionalidade, ou não, da realização de procedimento investigatório criminal pelo Ministério Público, o que interessa ao bem jurídico fundamental da liberdade e, como tal, transcende os limites subjetivos da causa, de modo que sua decisão produzirá inevitável repercussão de ordem geral.

¹²⁸¹ “Art. 144[...]IV - polícias civis; [...] § 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares”. “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: [...]III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; [...] VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais”.

Manifestou-se expressamente pela RG o Min. Marco Aurélio. Houve outros 5 votos favoráveis, sem razões, e 4 abstenções, sendo a RG reconhecida em 27/08/2009.

O julgamento do mérito ocorreu em 14/05/2015, tendo como Relator, então, o Min. Gilmar Mendes (em razão da aposentadoria do Min. Peluso), sendo negado provimento ao recurso, por maioria, com publicação do resultado do julgamento no DJE 08/09/2015, e restando a sua ementa assim redigida:

Repercussão geral. Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Constitucional. Separação dos poderes. Penal e processual penal. Poderes de investigação do Ministério Público. [...] 4. Questão constitucional com repercussão geral. Poderes de investigação do Ministério Público. Os artigos 5º, incisos LIV e LV, 129, incisos III e VIII, e 144, inciso IV, § 4º, da Constituição Federal, não tornam a investigação criminal exclusividade da polícia, nem afastam os poderes de investigação do Ministério Público. Fixada, em repercussão geral, tese assim sumulada: “O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei 8.906/94, artigo 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante 14), praticados pelos membros dessa instituição”. Maioria. 5. Caso concreto. Crime de responsabilidade de prefeito. Deixar de cumprir ordem judicial (art. 1º, inciso XIV, do Decreto-Lei nº 201/67). Procedimento instaurado pelo Ministério Público a partir de documentos oriundos de autos de processo judicial e de precatório, para colher informações do próprio suspeito, eventualmente hábeis a justificar e legitimar o fato imputado. Ausência de vício. Negado provimento ao recurso extraordinário. Maioria.¹²⁸²

Ainda não houve o trânsito em julgado da decisão. Não obstante, a tese já foi enunciada conforme consta da própria ementa publicada, 5 anos e 8 meses após a decisão de reconhecimento da RG. 2 processos devolvidos à origem¹²⁸³, nenhum representativo encaminhado e 128 sobrestados¹²⁸⁴.

6.12.3. Análise.

O vetor de identificação da repercussão geral criminal extraível desse caso é (nas palavras do Relator, em seu voto pelo reconhecimento da RG, em que pese sua sucintez) “o bem jurídico

¹²⁸² Suprimimos as partes da ementa relativas às questões de ordem, por serem dispensáveis ao exame do tema.

¹²⁸³ ARE 1070251 de TJ e ARE 1074240 do TJSP.

¹²⁸⁴ STJ: 19; TJBA: 6; TJGO: 2; TJMG: 91; TJRJ: 2; TJRS: 1; TJSP: 4; TRF1: 1 e TRF3: 2.

fundamental da liberdade”; por óbvio a referência, nesse caso, é à liberdade de ir e vir, já que o tema tratou de investigação de crime, cuja consequência final, primordialmente, é a privação da liberdade de locomoção, chamada pelo Min. Relator de “liberdade física”¹²⁸⁵. Note-se que tal afirmativa foi proferida em um caso em que ainda não havia decisão condenatória, mas apenas recebimento da denúncia, nem havia sido decretada a prisão do acusado. No entanto, a simples possibilidade futura de uma possível privação de liberdade, por crime apenado com uma pena relativamente baixa, 3 meses a 3 anos de detenção (art. 1º, XIV, e §1º, do DL 201/67), já é suficiente para dar repercussão geral ao caso e ao tema.

Podemos concluir, daí, que, nos casos em que a liberdade for o eixo central da discussão, haverá repercussão geral. Não é difícil perceber que isso forma o seguinte silogismo: se praticamente toda questão constitucional criminal arguida em recurso extraordinário tem a (possibilidade de privação da) liberdade de ir e vir como questão de fundo e se toda matéria que lida com esse tipo de liberdade possui repercussão geral, logo, todo recurso extraordinário que argua questão constitucional criminal possui repercussão geral, ressalvadas, talvez, as hipóteses em que a privação de liberdade jamais possa ser efeito do processo penal. Veja-se que a manutenção desse raciocínio conduziria a uma quase inexorabilidade do reconhecimento da RG em todos os RE criminais que, ao menos contivessem a preliminar formal de demonstração da repercussão geral. Tratar-se-ia de requisito puramente formal mesmo, porque a própria natureza da questão criminal já traria a relevância e a transcendência ínsitas em si, dispensando qualquer juízo deliberatório a mais que a simples aferição da natureza penal/processual penal da questão. As exceções provavelmente só existiriam para os casos em que a pena privativa de liberdade não fosse possível de nenhuma forma, como nos crimes a que cominada somente a pena de multa (algo muito raro, hoje), ou quando a pena aplicada for apenas de multa e o recurso for exclusivo da defesa. Questão que se coloca para nós, agora, é se nos julgamentos subsequentes o STF vai se afastar do entendimento de que toda questão constitucional criminal tem repercussão geral, por ter, ainda que apenas de forma latente, a possibilidade de afetação do direito à liberdade, ou se vai abraçar essa ideia e julgar o mérito de todos os RE que envolverem esse tipo de matéria.

¹²⁸⁵ Cf. seguinte trecho de seu voto: “No processo penal, todavia, está em jogo, em relação ao acusado, especificamente a liberdade física, vista como um dos mais importantes e sensíveis direitos da personalidade. Daí, a substancial diferença quanto à disciplina, entre outros temas, da incoação de ambos os processos”.

Buscaremos essa resposta, que é central no trabalho, a partir dessa sinalização do Plenário no julgamento do presente tema e ao longo dos próximos.

Quanto aos efeitos vinculantes deste julgado, entendemo-los como inexistentes, enquanto a decisão do Plenário não se tornar definitiva com o trânsito em julgado. No caso, houve interposição de embargos de declaração pelo Recorrente, alegando contradição entre a ementa (e a tese) e o teor dos votos, incluindo os vencedores, que entenderam pela subsidiariedade do poder de investigação do MP e em situações bem específicas (como: excessos cometidos por agentes policiais, intencional omissão policial ou deliberado intuito da corporação de frustrar a investigação em razão da qualidade da vítima ou do suspeito), outros com mais ou com menos restrições. Diante disso, o recorrido, MPE/MG, foi intimado a se manifestar. O feito, portanto, voltará à pauta do Plenário, para julgamento desses embargos. Assim, embora haja tese enunciada, a decisão não possui caráter vinculante, mas, no máximo persuasório e, mesmo assim, é preciso bastante cautela do aplicador do direito, para não tomar a ementa e a tese como resumos da *ratio decidendi*, por que os mesmos podem não a refletir corretamente.¹²⁸⁶ A oposição de embargos de declaração para sanar contradição entre a ementa e a tese e os votos, de todo modo, revela o quão prejudicial ao reconhecimento da verdadeira *ratio decidendi* esses “resumos” do julgado podem ser.

Por fim, digno de registro é o recorde de sobrestamento de processos com base na mesma controvérsia constitucional, nos tribunais de origem: 128, relevando uma eficácia maior do que a normal da repercussão geral em processos criminais (cuja média era, até agora, de cerca de 5 processos sobrestados por tema).

¹²⁸⁶ A posição aparentemente prevalente do STF – de que o Ministério Público possui autorização constitucional para instaurar e conduzir procedimentos investigativo criminal próprio – coincide com esta parte da doutrina: LIMA, R. B., 2014, p. 173-178; LIMA, Marcellus Polastri. **Ministério Público e persecução criminal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997; STRECK, Lenio Luiz e FELDENS, Luciano. **Crime e Constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. SANTIN, Valter Foletto. **O Ministério Público na investigação criminal**. Bauru: Edipro, 2001. BASTOS, Marcelo Lessa. **A investigação nos crimes de ação penal de iniciativa pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. Em sentido contrário, temos a doutrina de: NUCCI, 2015a, p. 101; PRADO, G., 2005; ANDRADE, Mauro Fonseca. **Ministério Público e sua investigação criminal**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006; LOPES JR., Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005; SILVA, José Afonso da. Em face da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público pode realizar e/ou presidir investigação criminal, diretamente? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 12, n. 49, p. 368-388, jul.-set. 2004; BARBOSA, Manoel Mesias. **Inquérito policial**. 7. ed. São Paulo: Método, 2009, p. 38.

6.13. TEMA 187 – IMPOSIÇÃO DE EFEITOS PRÓPRIOS DE SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA À TRANSAÇÃO PENAL PREVISTA NA LEI Nº 9.099/95.

Caso paradigma	Recurso Extraordinário 795.567/PR
Questão constitucional	Constitucionalidade, ou não, à luz do art. 5º, LIV, LVII, XXII e XXXIX, da Constituição Federal, da possibilidade de imposição de efeitos próprios de sentença penal condenatória à transação penal prevista na Lei nº 9.099/95, no caso, a restituição dos bens apreendidos que constituem instrumento ou produto do crime.
Ramo do direito	Direito Penal
Resultado	Julgado mérito de repercussão geral
Tese enunciada	As consequências jurídicas extrapenais previstas no art. 91 do Código Penal são decorrentes de sentença penal condenatória. Tal não ocorre, portanto, quando há transação penal (art. 76 da Lei 9.099/1995), cuja sentença tem natureza meramente homologatória, sem qualquer juízo sobre a responsabilidade criminal do aceitante. As consequências geradas pela transação penal são essencialmente aquelas estipuladas por modo consensual no respectivo instrumento de acordo.

6.13.1. O caso.

Em 23/04/2008, foi lavrado um termo circunstanciado contra L.C.A. por, na mesma data, ter sido surpreendido, na cidade de Londrina/PR, cometendo a infração prevista no art. 58 da Lei de Contravenções Penais (exploração ou realização de jogo do bicho).¹²⁸⁷ Na mesma ocasião,

¹²⁸⁷ “Art. 58. Explorar ou realizar a loteria denominada jogo do bicho, ou praticar qualquer ato relativo à sua realização ou exploração: Pena – prisão simples, de quatro meses a um ano, e multa, de dois a vinte contos de réis”.

foi apreendida, pela Polícia Civil, moto de sua propriedade (Honda CG 125 Fan), por supostamente ser usada na prática da referida contravenção.

Em 23/05/2008, realizou-se audiência de transação penal, perante o 2º Juizado Especial Criminal de Londrina, na qual o acusado aceitou a proposta do Ministério Público do Estado do Paraná de doar cinco cestas básicas (no valor mínimo de R\$ 54,00 cada) a uma creche pública da cidade, o que foi devidamente cumprido pelo acusado, no dia 28/05/2008. Em razão disso, o juiz proferiu sentença extinguindo a punibilidade do agente, nos termos do art. 84, parágrafo único, da Lei 9.099/95, mas determinou a perda da moto apreendida, em favor da União, com fundamento no art. 779 do Código de Processo Penal e no art. 91, II, “b”, do Código Penal. Contra essa decisão, interpôs a defesa técnica apelação, argumentando que a pena de perdimento de bens somente tem lugar após o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória, não podendo decorrer de uma sentença declaratória de extinção de punibilidade por cumprimento de transação penal. Além disso, sustentou que a aplicação do art. 91, II, do CP só tem lugar em casos de condenação por crime, e não por contravenção penal, configurando a interpretação que estende tais efeitos à última espécie delitiva, uma interpretação extensiva – e por isso vedada – da lei penal. Por fim, argumentou a revogação implícita do art. 779 do CPP, ante a revogação expressa do art. 100 do CP (confisco) e, por isso, a sua inaplicabilidade.

A Turma Recursal Única dos Juizados Especiais do TJ do Paraná, em 06/03/2009, à unanimidade, negou provimento ao recurso, afirmando que “a sentença homologatória desta transação tem natureza condenatória, ainda que sumária ou imprópria. Aplicável, portanto, o art. 91, inciso II, letras ‘a’ e ‘b’ do Código Penal”. Contra essa decisão, o apelante interpôs embargos de declaração, alegando fundamentos infraconstitucionais ligados ao art. 91 do CP e ao art. 779 do CPP e fundamentos constitucionais do art. 5º, XXII, LIV, LV e LVII. Em 03/04/2009, a TR julgou os aclaratórios, negando-lhes provimento, sem se manifestar sobre nenhum dos fundamentos arguidos pelo recorrente.

A parte interpôs, então recurso extraordinário, fundamentado no art. 102, III, “a”, da Constituição, alegando que o acórdão impugnado teria infringido os incisos LIV, LV, LVII e XXXIX do art. 5º da CF, sob a consideração de que (i) o direito de propriedade do recorrente teria sido atingido sem a observância do devido processo legal, pois o acórdão recorrido teria infligido uma sanção penal sem que houvesse sido instaurada uma ação penal para apuração dos fatos narrados no termo circunstanciado, o que atentaria contra as garantias do contraditório e da ampla defesa; (ii) a aplicação de efeitos equivalente aos da confissão ao ato de transação antagonizaria a presunção de inocência; e (iii) “a única sentença capaz de produzir o confisco de

bem como efeito é a condenatória”, não sendo possível extrair-se essa mesma consequência de um ato transacional. Inadmitido na origem, foram os autos alçados ao Supremo Tribunal Federal por meio de agravo de instrumento (AI 762.146/PR).

6.13.2. A repercussão geral e o resultado do julgamento.

A repercussão geral do caso foi aferida no bojo do AI 762.146/PR. O Relator do RE, Min. Cezar Peluso, proferiu o seguinte voto de reconhecimento da repercussão geral do tema:

A questão suscitada neste recurso versa a relevantíssima matéria da constitucionalidade, ou não, da possibilidade de imposição de efeitos próprios de sentença penal condenatória à transação penal prevista na Lei nº 9.099/95, o que interessa aos bens jurídicos fundamentais da liberdade e da propriedade e, como tal, transcende os limites subjetivos da causa, de modo que sua decisão produzirá inevitável repercussão de ordem geral.

Repercussão geral reconhecida em 03/09/2009. Em seguida, provido o agravo e convertido o feito em extraordinário. O julgamento do mérito (do RE) ocorreu 5 anos e 8 meses depois, em 28/05/2015, tendo como Relator, então, o Min. Teori Zavaski (em razão da aposentadoria do Min. Peluso), sendo dado provimento ao recurso, por unanimidade, com publicação do resultado do julgamento no DJE 09/09/2015, e restando a sua ementa assim redigida:

CONSTITUCIONAL E PENAL. TRANSAÇÃO PENAL. CUMPRIMENTO DA PENA RESTRITIVA DE DIREITO. POSTERIOR DETERMINAÇÃO JUDICIAL DE CONFISCO DO BEM APREENDIDO COM BASE NO ART. 91, II, DO CÓDIGO PENAL. AFRONTA À GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL CARACTERIZADA. 1. Tese: os efeitos jurídicos previstos no art. 91 do Código Penal são decorrentes de sentença penal condenatória. Tal não se verifica, portanto, quando há transação penal (art. 76 da Lei 9.099/95), cuja sentença tem natureza homologatória, sem qualquer juízo sobre a responsabilidade criminal do aceitante. As consequências da homologação da transação são aquelas estipuladas de modo consensual no termo de acordo. 2. Solução do caso: tendo havido transação penal e sendo extinta a punibilidade, ante o cumprimento das cláusulas nela estabelecidas, é ilegítimo o ato judicial que decreta o confisco do bem (motocicleta) que teria sido utilizado na prática delituosa. O confisco constituiria efeito penal muito mais gravoso ao aceitante do que os encargos que assumiu na transação penal celebrada (fornecimento de cinco cestas de alimentos). 3. Recurso extraordinário a que se dá provimento.

Trânsito em julgado da decisão em 06/11/2015. Tese enunciada na própria ementa do julgado.¹²⁸⁸ Nenhum processo sobrestados na origem ou remetido como representativo; apenas 1 processo devolvido à origem.

6.13.3. Análise.

Novamente (como no Tema 113), temos um caso de contravenção penal sendo alçado à Corte Suprema, revelandi que não é a natureza do delito – se crime hediondo, comum ou de menor potencial ofensivo, ou contravenção penal – que define a relevância do tema. Tampouco a natureza sumaríssima do procedimento envolvido – Lei 9.099/95 – parece ir de encontro à noção de repercussão geral.

Mais uma vez, também (como no Tema 184), temos a liberdade sendo considerada como um “bem jurídico fundamental” e, por isso, servindo de vetor da repercussão geral da questão constitucional. A novidade, nesse julgado, porém está na inserção da propriedade na mesma categoria primordial de bens jurídicos. Vê-se que o direito fundamental à propriedade (art. 5º, XXII), quando se relaciona aos efeitos da condenação penal, também mantém alta relevância, para efeito da admissão do recurso extraordinário. No caso presente, tratou-se de pedido de restituição de coisa apreendida, em razão da natureza da sentença que pôs fim ao processo (declaratória/homologatória de transação penal, sem, portanto, condenação propriamente dita), tema que tem algo em comum com o (Tema 170) enfrentado pelo STF no julgamento do RE 597.133/RS. Ainda que nesse outro caso, a restituição do bem fosse questão remota – tratando-se mais do direito processual penal a julgamento formado por colegiado originário – é certo que ambos os recursos/temas foram tratados no bojo de um caso concreto que resolvia uma questão meramente patrimonial e não penal, em seu sentido mais estrito, ou seja, de pena corporal (privação de liberdade). E, em ambos os casos, de bens de valores pequenos: no RE 597.133/RS, sobre cerca de R\$ 12 mil bloqueados em conta; aqui, no RE 795.567/PR, de uma moto Honda

¹²⁸⁸ Na doutrina, a posição do STF encontra eco nas seguintes obras: GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. **Juizados especiais criminais**: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995. 5. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 107-108; JESUS, Damásio de. **Lei dos juizados especiais criminais anotada**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 84; PAZZAGLINI FILHO, Marino et al. **Juizado especial criminal**: aspectos práticos da Lei nº 9.099/95. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 60; entre outros. Em sentido menos específico, apenas quanto à natureza homologatória da sentença de transação penal: BITENCOURT, 2006, p. 737-738; CAPEZ, 2008, p. 572; entre outros. Em sentido contrário, apontando a natureza condenatória da sentença que homologa a transação penal: MIRABETE, Julio Fabbrini. **Juizados especiais criminais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 142; TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **Juizados especiais federais cíveis e criminais**: comentários à Lei 10.259, de 10.07.2001. São Paulo: RT, 2002, p. 575-578; KARAM, Maria Lúcia. **Juizados especiais criminais**: a concretização antecipada do poder de punir. São Paulo: RT, 2004, p. 98-100; entre outros.

CG 175 Fan 2005, cujo valor não consta dos autos, mas, segundo a Tabela FIPE de hoje¹²⁸⁹, seria de R\$ 3.028,00. A situação nos faz questionar se estava com razão a doutrina quando afirmou que o instituto da repercussão geral viria para “evitar que o Supremo Tribunal Federal julgue brigas particulares de vizinhos como algumas discussões sobre ‘assassinato’ de papagaio ou ‘furto’ de galinha já examinadas pela mais alta Corte”.¹²⁹⁰ Se a briga dos vizinhos, a morte ou a subtração da ave versar sobre alguma questão constitucional relevante, parece que isso não será óbice ao julgamento. Com isso queremos apenas concluir que a magnitude do bem jurídico, ou da sua lesão ou risco de lesão, no caso concreto, não parece fazer a menor diferença para o STF, na sua novel autonomia de seleção de casos a julgar. A postura do STF, com isso, porém, fica um tanto quanto contraditória com a finalidade do filtro recursal de solucionar a “crise do RE”. Se era assim, por que continuar a julgar recursos extraordinários sobre bens de menor valor? Não é que creiamos que a decisão das instâncias ordinárias tenha sido justa (é claro que a pena de perdimento só pode ser consequência de uma sentença condenatória e a transação não o é), mas, se o papel que o STF quer desempenhar é o de uma Corte dita Suprema (de interpretação e de precedentes), não há que se importar com a correção de injustiças, salvo se quiser se manter como uma Corte de Revisão/Cassação e, portanto, de controle da atividade judicial. Pode ser que o STF entenda pertinente manter essa característica, ao menos em relação à tutela penal, ou melhor, em relação aos processos penais, pois nestes dois casos citados, sequer havia *ius libertatis* dos recorrentes em risco, podendo-se concluir que o STF perdeu uma ótima oportunidade de fixar o efeito estritamente patrimonial de uma ação penal, como um critério negativo de repercussão geral.

De outro lado, pode-se entender, também, que a irrelevância do caso concreto se dá por estar o foco do STF na relevância da questão constitucional, que passa de questão de fundo a questão principal do processo, em razão da natureza extraordinária do recurso de fundamentação vinculada. Daí que importaria mais a questão constitucional em abstrato (a interpretação do art. 91, II, do CP à luz das garantias fundamentais constitucionais) do que o resultado *in concreto* da demanda, em franca prevalência do *ius constitutionis* sobre o *ius litigatoris*. Pode-se achar

¹²⁸⁹ Disponível em: <<http://veiculos.fipe.org.br/>>. Acesso em: 24 mar. 2018.

¹²⁹⁰ LENZA, 2015, p. 872.

estranho que, em controle concreto de constitucionalidade, pela via difusa, se almeje um controle abstrato, mas isso parece ser a tendência do STF, como assinala a doutrina, ao falar da “objetivação do direito constitucional”.¹²⁹¹ De outro lado, poder-se-ia questionar se o STF não deveria aguardar um caso concreto de maior relevância para o deslinde da questão. Esse não parece ser o perfil do STF para o tratamento da repercussão geral; ao contrário, parece que vislumbrada a relevância e transcendência do tema, em abstrato, ainda que num caso materialmente banal ou de pouca possibilidade de reiteração processual, deve a Corte aproveitar a oportunidade para entregar o melhor sentido que a norma constitucional pode ter para o caso presente, os eventualmente sobrestados e, principalmente, os casos futuros. Enfim, o STF parece não querer deixar para depois o seu papel proativo de intérprete da Constituição Federal, nem a formação de precedentes que atuem na filtragem de futuros recursos, ainda que para isso sacrifique a teleologia do instituto da repercussão geral de ser um filtro recursal e um remédio para a “crise do STF e do RE”.

6.14. TEMA 205 – REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DE PROGRESSÃO DE REGIME À LUZ DA NOVA REDAÇÃO DADA AO ART. 112 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL PELA LEI Nº 10.792/2003.

Caso paradigma	Agravo de Instrumento 754.008/RS
Questão constitucional	A constitucionalidade, à luz do art. 5º, II, da Constituição da República, dos requisitos para a concessão de progressão de regime instituídos pela nova redação dada ao art. 112 da Lei de Execução Penal pela Lei nº 10.792/2003, em especial com relação à realização de exame criminológico (exigência de avaliação social e psicológica do apenado).
Ramo do direito	Direito Processual Penal
Resultado	Não há repercussão geral (questão infraconstitucional)

¹²⁹¹ Nesse sentido: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 989 e ss; DIDIER JR., Fredie, CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de direito processual civil**: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 12ª ed. Salvador: Juspodivm, 2014, vol. 3, p. 331-337.

6.14.1. O caso.

L.H.M.C. se encontrava cumprindo pena privativa de liberdade, em processo que tramitava perante a Vara de Execuções Criminais da Comarca de Porto Alegre. Cumpridos os requisitos legais (at. 112, da Lei 7.210/84 – LEP, alterado pela Lei n.º 10.792/03)¹²⁹² de tempo mínimo de pena e bom comportamento carcerário, requereu, por intermédio da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, a progressão de regime, o que foi indeferido pelo juiz da execução, sob o fundamento de haver nos autos parecer psicossocial apontando que o apenado não apresentaria condições psicossociais para retornar ao convívio social.

A defesa técnica interpôs recurso de agravo (LEP, art. 197), ao qual a 5ª Câmara Criminal do TJ/RS deu provimento, à unanimidade, em 24/09/2008, assentando que “[d]esde o advento da Lei n.º 10.792/03, esta Câmara pacificou entendimento no sentido de que dois são os requisitos para progressão de regime: cumprimento do lapso temporal e bom comportamento carcerário (art. 112, da LEP)”, de modo que “indeferir o direito do cidadão-condenado com fundamento em ‘avaliação criminológica’ viola a legalidade” sendo esta “preciosa garantia do cidadão, princípio basilar do Estado Democrático de Direito (art. 5º, II, da Constituição da República)”.

O MP/RS interpôs recurso extraordinário, com base no art. 102, III, “a”, alegando ofensa ao art. 5º, inc. II, da Constituição da República e ao art. 112 da Lei de Execução Penal, pelo órgão julgador ordinário “ao esposar entendimento no sentido de que o adimplemento do lapso temporal e atestado de bom comportamento carcerário são suficientes para a concessão da progressão de regime carcerário” ignorando “o parecer psicossocial que desaconselhou a concessão do benefício pleiteado, [e] o fato de que o apenado não apresenta condições psicossociais para retomar ao convívio social”. Apresentou preliminar formal e fundamentada de repercussão geral, na forma do art. 543-A, § 2º, do CPC. Foi, contudo, em decisão do 2º Vice-Presidente do TJ/RS, de 23/01/2009, negado seguimento ao RE, ao fundamento de que “não teria ocorrido de forma frontal e direta, como exigido para o apelo extremo, mas de forma reflexa, intermediada

¹²⁹² “Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão. §1º A decisão será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor”.

pela legislação infraconstitucional”. Seguiu-se recurso de agravo de instrumento, autuado no STF como AI 754.008/RS, sob a relatoria do Min. Cezar Peluso, em 26/05/2009.

6.14.2. A repercussão geral e o resultado do julgamento.

O Relator, em decisão datada de 04/09/2009, entendeu não haver questão constitucional por examinar e, conseqüentemente, não haver repercussão geral. Salientou que “[o] objeto do recurso é o de ver analisados os requisitos para a concessão de progressão de regime à luz da nova redação dada ao art. 112 da LEP, pela Lei nº 10.792/03, em especial, com relação à realização de exame criminológico (exigência de avaliação social e psicológica do apenado)” e que o STF já tinha diversas decisões monocráticas de inadmissão dessa discussão, por se tratar de ofensa indireta às normas constitucionais, como: no AI 699.439, Rel. Ministra Carmen Lúcia, DJe 28.2.2008; AI 668.433, Rel. Ministro Menezes Direito, DJe 17.6.2008; AI 643.988, Rel. Ministro Joaquim Barbosa, DJe 1º.2.2009; e AI nº 755.467, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 01.07.2009. Lembrou que o Plenário já assentara “que é de reputar-se ausente repercussão geral, quando eventual ofensa à Constituição se der apenas de forma indireta ou reflexa (RE nº 583.747-RG, Rel. Min. MENEZES DIREITO, DJe de 29.4.2009)” – sendo no mesmo sentido: RE 584.608-RG, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJe de 12.3.2009, RE 593.388-RG, Rel. Min. MENEZES DIREITO, DJe de 12.2.2009, RE 592.211-RG, Rel. Min. MENEZES DIREITO, DJe de 20.11.2008 – e arremata: “3. Ante o exposto, não havendo questão constitucional por examinar, não se pode reconhecer existência de repercussão geral (art. 324, § 2º, do RISTF)”.

Em 24/09/2009, o Tribunal, através do Plenário Virtual (art. 324, §2º do RISTF), por maioria, recusou o recurso extraordinário ante a ausência de repercussão geral da questão, por não se tratar de matéria constitucional, vencidos os Ministros Carlos Britto, Eros Grau e Gilmar Mendes. Não se manifestaram os Ministros Ellen Gracie e Marco Aurélio. Decisão publicada no DJe de 16/10/2009. Trânsito em julgado 03/11/2009. Não foram sobrestados ou remetidos processos pelos tribunais, nem devolvidos pelo STF.

6.14.3. Análise.

Tal qual nos julgamentos dos Temas 182 e 183, o Plenário, seguindo voto do Min. Cezar Peluso, entendeu como reflexa ou indireta a ofensa à Constituição Federal; no caso específico, a alegação de ofensa ao art. 5º, II, na discussão dos requisitos do art. 112 da Lei de Execuções Penais para concessão da progressão de regime, entre os quais o exame criminológico, sobre o qual se

desenvolveu o embate recursal. Esse entendimento vinha se consolidando nas decisões monocráticas de boa parte dos ministros da Corte, mas ainda não tinha se submetido a julgamento com repercussão geral, faltando-lhe essa premissa para, na ótica do STF (não na nossa¹²⁹³), adquirir a força vinculante necessária a rejeição, na origem, de recursos extraordinários com base na mesma controvérsia. Com o julgamento do AI 754.008/RS, essa interpretação do tema adquiriu repercussão geral e poderia ser usada, ao menos em tese, para impedir que a mesma questão constitucional voltasse ao STF, o que, para azar da tese de que há rejeição da RG por ofensa indireta à CF, não ocorreu nenhuma vez, ao menos pelos cálculos do CNJ e do STF, até agora.

Aqui, necessário apontar uma séria incongruência entre as decisões do STF tomadas neste caso e no julgamento do Tema 59. Com efeito, em ambos os recursos (RE 579.167/AC e AI 754.008/RS) o tema central era a interpretação do art. 112 da LEP em face da Constituição Federal, para definir os requisitos para progressão de regime: em um caso (Tema 59), a fração de pena imposta por tráfico a ser cumprida para a progressão de regime; e noutro, a necessidade, ou não, de exame criminológico para a concessão do mesmo benefício (Tema 205). Em que pese cada recurso ter alegado fundamento constitucional próprio para a alegação de vício de inconstitucionalidade na interpretação da art. 112 da LEP dada pelo respectivo tribunal de justiça, o fato é que o que estava posto em questão eram os requisitos legais da progressão de regime prisional e, claro, a interpretação, à luz da CF, do art. 112 da LEP. Ocorre que no primeiro caso, julgou-se o mérito do recurso extraordinário, assentando-se como constitucional a interpretação do art. 112 da LEP pelo TJ/AC, enquanto no outro, a questão não foi enfrentada, sob o argumento de que a interpretação do mesmo dispositivo legal, pelo TJ/RS, se dava sem ofensa direta à Constituição, mas da legislação infraconstitucional regente da execução penal (a própria LEP). A posição do STF é causa de perplexidade, porque não há diferença substancial alguma, do ponto de vista da fundamentação constitucional (e não legal) entre as questões postas em ambos os recursos, resultando, a nosso ver, apenas em uma manobra jurisprudencial do STF para lançar mão da alegação de ofensa reflexa quando não quiser ter o trabalho de julgar o mérito de um recurso extraordinário. Tal postura do Supremo começa a demonstrar que, como em matéria penal todas as questões aparentemente têm repercussão geral, quando a Corte não

¹²⁹³ Cf. tópico 6.10.3.

quer julgar um caso, ela se vale da alegação de violação indireta; talvez por reputar que a discussão, em sede constitucional, ainda não está suficientemente madura para um pronunciamento vinculante seu – infelizmente não podemos afirmar isso com segurança. Mas melhor seria que o STF, ao invés de dizer que uma questão não-constitucional não tem repercussão geral, sem declará-la irrelevante e limitada às partes, dissesse que a mesma ainda não tem condições de ser analisada pela Corte Suprema: ou por não ter havido um amadurecimento da discussão na jurisprudência pátria ou do próprio STF, ou em razão de o caso apresentado não oferecer subsídios bons os suficientes para se definir o sentido normativo posto em questão. Esse procedimento é muito comum em outros países que adotam algum instrumento de seleção de causas por suas Cortes Supremas¹²⁹⁴, o que serve muito bem à finalidade do instituto. Fica, assim, uma sugestão procedimental ao STF, que cremos melhor que a adotada da rejeição de RG por violação constitucional indireta.

Com esse posicionamento da Corte Suprema de ser a questão reputada de infraconstitucional, a interpretação do tema – que se traduz em interpretação do art. 112 da LEP – ficou a cargo exclusivo do Superior Tribunal de Justiça que, “firmou compreensão de que, de acordo com o art. 112 da Lei nº 7.210/1984, com a redação dada pela Lei nº 10.792/2003, para a progressão de regime, não mais se exige seja o apenado submetido ao exame criminológico, cuja realização pode ser determinada, desde que devidamente motivada a decisão” (AgRg no Ag 691.619/RS, Rel. Ministro PAULO GALLOTTI, SEXTA TURMA, julgado em 12/06/2008, DJe 30/06/2008). Após o julgamento dos HC 94.577/SP, 103.352/RS, 105.337/RS, 114.882/SP e 122.850/RS, a Terceira Seção do STJ editou o seguinte enunciado sumular, de n. 439: “Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada”¹²⁹⁵.

6.15. TEMA 237 – GRAVAÇÃO AMBIENTAL REALIZADA POR UM DOS INTERLOCUTORES SEM CONHECIMENTO DO OUTRO.

Caso paradigma

Recurso Extraordinário 583.937/RJ

Questão constitucional

A constitucionalidade, ou não, à luz dos artigos 1º, III; 5º, X, LIV, LV; e 129, da Constituição Federal, do uso, como meio de prova,

¹²⁹⁴ Cf. vimos no tópico 4.3.

¹²⁹⁵ Publicada no DJe 13/05/2010 e na RSTJ vol. 218 p. 707.

	de gravação ambiental realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro.
Ramo do direito	Direito Processual Penal ¹²⁹⁶
Situação atual	Repercussão geral com reafirmação de jurisprudência
Tese enunciada	É lícita a prova consistente em gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem conhecimento do outro.

6.15.1. O caso.

F.C.O. respondia a uma ação penal perante a 2ª Vara Criminal da comarca de São Gonçalo/RJ. Na audiência de instrução e julgamento desse feito, teria tido comportamento inapropriado diante do juiz que presidia o ato, sendo, por tal conduta, posteriormente denunciado, pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, por crime de desacato (art. 331 do CP). Nesta ação penal, a defesa, exercida pela Defensoria Pública do mesmo Estado, requereu a juntada aos autos, como prova, da gravação ambiental, feita pelo próprio acusado, da audiência do feito anterior, a fim de demonstrar que os fatos não haviam ocorrido tal como narrado na denúncia. Esse pedido foi indeferido, ao fundamento de que a gravação da audiência, sem conhecimento dos outros interlocutores, seria prova ilícita. Ao final, o réu foi condenado pelo crime de que acusado à pena de prestação de serviços à comunidade¹²⁹⁷.

Contra essa decisão, a defesa interpôs apelação, sustentando, perante o órgão *ad quem*, a licitude da gravação ambiental e a nulidade do julgamento, por cerceamento de defesa. O colegiado, porém, negou provimento ao apelo, entendendo que: “Quanto ao indeferimento da de gravação de um CD, no qual consta a gravação feita pelo próprio acusado da audiência em que ocorreu o entrevero, tenho que tal prova é ilícita. Não há nenhuma garantia sobre o material produzido, unilateralmente”.

¹²⁹⁶ O sítio eletrônico do STF classifica esse tema como de Direito Penal. Para nós, contudo, trata-se de tema afeto ao Direito Processual Penal, porquanto gira em torno de validade da prova.

¹²⁹⁷ Não foi possível extrair do processo eletrônico no site do STF nem do TJRJ a sentença e o *quantum* de pena imposta, apenas sua espécie.

Em face dessa decisão, a defesa interpôs recurso extraordinário, alegando violação à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), à ampla defesa e ao contraditório (art. 5º, LV), ao devido processo legal (LIV) e ao entendimento do STF quanto à interpretação da inadmissibilidade da prova ilícita (LV), da proporcionalidade e da intimidade (X), além de afronta ao sistema acusatório (art. 129). Quanto à repercussão geral, alegou, em síntese, “que a discussão jurídica acerca da possibilidade de reprodução de gravação interpessoal, mesmo que ilicitamente, em favor do réu, bem como se o indeferimento de degravação, como único meio de prova disponível, caracteriza ou não cerceamento de defesa” traz “efeitos incontestáveis na segurança jurídica e nos próprios limites de atuação defesa no âmbito do direito processual penal, [o] que necessita de um posicionamento definitivo da Corte Maior”.

Tal recurso foi inadmitido pelo juízo de origem, sendo, por isso, manejado agravo de instrumento, que, em decisão monocrática do Relator Min. Cezar Peluso, de 03/03/2008, deu provimento ao agravo (AI 677.102/RJ), para convertê-lo em recurso extraordinário.

6.15.2. A repercussão geral e o resultado do julgamento.

A repercussão geral da matéria recursal foi analisada, nesse caso diretamente no julgamento do mérito, como consta do voto do Relator do RE, Min. Cezar Peluso:

O recurso extraordinário está submetido ao regime da repercussão geral e versa, em substância, sobre tema cuja jurisprudência é consolidada nesta Corte no sentido da constitucionalidade do uso de gravação ambiental realizada por um dos interlocutores como prova. É que este entendimento responde à mesma *ratio* da validade de gravação telefônica efetivada por um dos interlocutores, porque, nem em um caso, nem em outro, a gravação por um dos interlocutores pode ser vista como interceptação.

A respeito, a Corte já acompanhou voto que, como Relator, proferi no julgamento do RE nº 402.717 (DJe de 13. 02. 2009)[...] No mesmo sentido, a Corte já se pronunciou reiteradamente: AI nº 578.858, ReI. Min. ELLEN GRACIE, DJe de 27.08.2009; AP nº 447, ReI. Min. CARLOS BRITTO, DJe de 28.05.2009; AI-AgR nº 666.459, ReI. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe de 29.11.2007; HC nº 87.341, ReI. Min. EROS GRAU, DJ de 03.03.2006; AI-AgR nº 503.617, ReI. Min. CARLOS VELLOSO, DJ de 04.03.2005; RE-AgR nº 402.035, ReI. Min. ELLEN GRACIE, DJ de 06.02.2004; HC nº 75.338, ReI. Min. NELSON JOBIM, DJ de 25.09.1998; Inq nº 657, ReI.

2. Isso posto, nos termos do que decidiu o Plenário, em Questão de Ordem suscitada pelo Min. GILMAR MENDES no julgamento do RE nº 591.068: a) reconheço a existência de repercussão geral no tema objeto do presente recurso; e b) reafirmo a jurisprudência firmada pela Corte acerca da admissibilidade do uso, como meio de prova, de gravação ambiental realizada por um dos interlocutores, e dou provimento ao recurso da Defensoria Pública, para anular o processo desde o indeferimento da prova admissível e ora admitida.

O Tribunal, em 19/11/2009, por maioria, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, reconheceu a existência de repercussão geral, reafirmou a jurisprudência da Corte acerca da admissibilidade do uso, como meio de prova, de gravação ambiental realizada por um dos interlocutores e deu provimento ao recurso da Defensoria Pública, para anular o processo desde o indeferimento da prova admissível e ora admitida, nos termos do voto do Relator. Plenário, 19.11.2009.

Trânsito em julgado da decisão em 17/02/2010. Tese enunciada: “É lícita a prova consistente em gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem conhecimento do outro”.¹²⁹⁸ Nenhum processo sobrestado, nem remetido como representativo; 2 processos devolvidos pelo STF¹²⁹⁹.

6.15.3. Análise.

O julgamento do caso tratado no RE 583.937/RJ, semelhantemente à do RE 597.270/RS (Tema 158), decorreu da presunção legal de repercussão geral “sempre que o recurso impugnar acórdão que contrarie súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal” (art. 543-A, §3º, CPC/73; art. 1.035, §3º, I, CPC/15). Com efeito, a licitude da gravação ambiental, tal como da gravação telefônica, quando realizada por um dos interlocutores, ainda que sem o consentimento dos demais, já havia sido pacificada na jurisprudência do Tribunal. Tratava-se, portanto, de jurisprudência dominante, autorizando a presunção de repercussão geral e, por isso, a dispensa da remessa ao Plenário Virtual, para decisão acerca desse requisito, cuja existência decorre da própria contrariedade à jurisprudência da Corte, por força legal.¹³⁰⁰

O caso seria, em princípio, de julgamento monocrático, pelo relator, dando provimento ao agravo e ao recurso extraordinário, nos termos do, à época vigente, art. 544, §4º, III, “c”, do

¹²⁹⁸ A doutrina majoritária já concordava com essa tese; nesse sentido, cf.: GRINOVER, 2010, p. 186-187; LIMA, R. B., 2014, p. 698-701; PACHECO, Denilson Feitosa. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. 3. ed. Niterói: Impetus, 2005, p. 909-913; SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2015, p. 3377-3378 e 3389-3390; PACHELLI, 2014, p. 347-351; ISHIDA, 2009, p. 109; BADARÓ, 2016, p. 505; LOPES JR., 2016, p. 332-333; MARCÃO, 2014, p. 447; SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015, p. 3377-3378; BALTAZAR JÚNIOR, 2014, p. 927; entre outros.

¹²⁹⁹ 2 no TRF3.

¹³⁰⁰ Sobre o tema, cf. tópico 5.5.4.

CPC/73 (redação dada pela Lei nº 12.322, de 2010)¹³⁰¹, sem correspondência no atual CPC¹³⁰², mas com previsão no art. 21, §1º, do RISTF¹³⁰³. Ocorre que os ministros perceberam – no julgamento de algumas questões de ordem, como a mencionada QO do RE nº 591.068 – que isso, por si só, não permitiria que fosse aplicado um regime de filtragem mais severo, como o da repercussão geral, aos casos divergentes do entendimento do STF, de modo que os recursos continuariam subindo, para julgamento, ainda que monocrático. Isso não ocorreria se a jurisprudência do STF ainda contasse com uma decisão de repercussão geral sobre o tema dominante. A partir daí, poderia ser aplicada a sistemática do art. 543-B, pelos tribunais de origem, para negar seguimento aos RE sobre idêntica controvérsia. A solução, no STF, foi suplantando o procedimento do art. 544, §4º, para que o Plenário pudesse decidir o tema, sob o regime de repercussão geral e, assim, gerar os seus efeitos legais vinculantes, o que foi feito, neste caso. Permanecem, de qualquer forma, nossas críticas ao procedimento de julgamento virtual do mérito, mesmo em se tratando de reafirmação de jurisprudência.

De qualquer modo, ainda que por via de presunção legal, o caso serve para trazer como indicador de repercussão geral criminal o exame da licitude ou da ilicitude de determinado meio de prova, cuja relevância deriva da natureza de garantia constitucional do tema e a transcendência da possibilidade de esse mesmo questionamento se repetir em inúmeros processos criminais. Assim, casos futuros que questionem a conformidade de qualquer outro meio de prova com as normas constitucionais – especialmente a do art. 5º, LVI – têm grandes chances de ter sua repercussão geral reconhecida, ainda que o tipo de prova específico não tenha jurisprudência dominante formada no STF.

6.16. TEMA 238 – PROPOSITURA DE AÇÃO PENAL POR DESCUMPRIMENTO DAS CONDIÇÕES ESTABELECIDAS EM TRANSAÇÃO PENAL.

Caso paradigma

Recurso Extraordinário 602.072/RS

Questão constitucional

A constitucionalidade, ou não à luz do art. 5º, XXXVI, XL, LIV, LV e LVIII, da Constituição Federal, da propositura de ação penal em

¹³⁰¹ “§ 4º No Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, o julgamento do agravo obedecerá ao disposto no respectivo regimento interno, podendo o relator:[...] II - conhecer do agravo para:[...] c) dar provimento ao recurso, se o acórdão recorrido estiver em confronto com súmula ou jurisprudência dominante no tribunal”.

¹³⁰² Veja-se que o art. 932 não prevê, como no código anterior, a contrariedade à jurisprudência dominante como uma hipótese de julgamento monocrático do relator do recurso.

¹³⁰³ Sobre o assunto, cf. tópico 5.9.

	razão do descumprimento das condições estabelecidas em transação penal (art. 76 da Lei nº 9.099/95).
Ramo do direito	Direito Processual Penal
Situação atual	Repercussão geral com reafirmação de jurisprudência
Tese enunciada	A homologação da transação penal prevista no artigo 76 da Lei 9.099/1995 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial.

6.16.1. O caso.

Segundo consta dos autos, M.F.L.A. foi flagrada pela Polícia Civil, em 12/06/2007, durante cumprimento de mandado de busca e apreensão em sua residência, na cidade de Porto Alegre, portando 3 “trouxinhas” contendo cocaína, pesando 1,44g e 2 pedras de crack, pesando 0,186g, incorrendo, na ótica da acusação, no crime de posse de entorpecente para uso próprio (art. 28 da Lei 11.343/06). Foi, então, encaminhada ao Juizado Especial Criminal, onde foi designada audiência preliminar, no rito sumaríssimo da Lei 9.099/95, tendo aceito proposta de transação penal, nos termos do art. 76, de pagar R\$ 30,00 a instituição indicada pelo juízo.

Diante do não cumprimento da transação, pela acusada, o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul ofereceu denúncia, pelo crime do art. 28 da Lei 11.343/06. O juiz, porém, rejeitou a peça acusatória, em razão do “posicionamento adotado pelas Turmas Recursais do Juizado Especial Criminal do Estado do Rio Grande do Sul, que reconhece a sentença da transação penal, [...] com eficácia de coisa julgada formal e material, o que impede o recebimento da denúncia”. Contra essa decisão, insurgiu-se o MPE gaúcho, alegando que a execução automática do objeto da transação penal feriria a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal (art. 5º, LIV e LV), colacionando precedentes do STF e pugnando pela anulação da decisão, com o recebimento da denúncia e o prosseguimento do feito. Em 09/03/2009, a Turma Recursal competente, à unanimidade, deu provimento ao recurso, em decisão assim ementada:

DESCUMPRIMENTO DE ACORDO FIRMADO EM TRANSAÇÃO PENAL. Incabível a execução do acordado na transação penal, não cumprida, se o autor foi advertido que o não cumprimento implicaria na continuidade do feito. Não cumpridas as medidas propostas na transação pelo aceitante, devem os autos ir com vista ao Ministério Público para prosseguimento. Precedentes do STF. RECURSO PROVIDO. UNÂNIME

Contra esse acórdão, a defesa, exercida desde o início do processo pela Defensoria Pública do mesmo Estado, interpôs recurso extraordinário, com fundamento no art. 102, inciso III, alegando a violação ao art. 5º, incisos XL, LIV e LXVIII, da Constituição Federal. Aduziu que a transação penal é um acordo entre as partes, havendo ao Ministério Público a disponibilidade de oferecimento ou não do benefício. A celebração da transação entre as partes, através da oferta ministerial e o aceite do autor do fato, vale como sentença ou até mesmo como acordo judicializado, aos moldes daquilo que ocorre nas ações de alimentos, ou de separação, em que cada parte abre mão de um pouco pela solução do litígio, de forma que resta atingida pela coisa julgada, seja material, seja formal, restando ao Promotor de Justiça, em não tendo sido cumprido, a medida de execução de suas condições, mas jamais de seguimento da ação penal, até porque ainda inexistente. Em preliminar de repercussão geral, argumentou que a relevância do julgamento decorria do próprio descumprimento das normas constitucionais e do entendimento jurisprudencial sobre o tema. O recurso subiu ao STF por via de agravo de instrumento, onde foi julgado na forma do antigo art. 544, §4º, c/c art. 543-B, do CPC/73.¹³⁰⁴

6.16.2. A repercussão geral e o resultado do julgamento.

Tal como no tema anterior, a repercussão geral da matéria recursal foi analisada, nesse caso diretamente no julgamento do mérito, como consta do voto do Relator do RE, Min. Cezar Peluso:

1. Não assiste razão ao recorrente. O recurso extraordinário está submetido ao regime da repercussão geral e versa sobre tema cuja jurisprudência é velhíssima e há muito assentada.

É que a Corte já decidiu que não fere os preceitos constitucionais indicados a possibilidade de propositura de ação penal em decorrência do não cumprimento das condições estabelecidas em transação penal (art. 76 da Lei nº 9.099/95). E isto porque a homologação da transação penal não faz coisa julgada material e, descumpridas as suas cláusulas, retorna-se ao status quo ante, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal

¹³⁰⁴ Sobre essa forma de julgamento, cf. tópico 6.14.2.

(situação diversa daquela em que se pretende a conversão automática deste descumprimento em pena privativa de liberdade).

Nesse sentido: HC nº 88.785, Rel. Min. EROS GRAU, DJ de 04.08.2006, HC nº 84.976, Rel. Min. CARLOS BRITTO, DJ de 23.03.2007, HC nº 79.572, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJ de 22.02.2002, RE nº 581.201, Rel. Min. CARLOS BRITTO, DJe de 20.08.2008, RE nº 473.041, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ de 16.05.2006, HC/MC nº 86.694, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ de 11.10.2005, HC nº 86.573, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ de 05.09.2005, RE nº 268.319, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, DJ de 27.10.2000, *inter alia*.

Não há que se falar, assim, em ofensa ao devido processo, à ampla defesa e ao contraditório. Ao contrário, a possibilidade de propositura de ação penal garante, no caso, que o acusado tenha a efetiva oportunidade de exercer sua defesa, com todos os direitos a ela inerentes.

2. Isso posto, nos termos do que decidiu o Plenário, em Questão de Ordem suscitada pelo Min. GILMAR MENDES no julgamento do RE nº 591.068: a) reconheço a existência de repercussão geral no tema objeto do presente recurso; e b) reafirmo a jurisprudência firmada nesta Corte acerca da possibilidade de propositura de ação penal quando descumpridas as cláusulas estabelecidas em transação penal (art. 76 da Lei nº 9.099/95), para negar provimento ao recurso.

O Plenário do Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, em 19/11/2009, reconheceu a existência de repercussão geral, reafirmou a jurisprudência da Corte acerca da possibilidade de propositura de ação penal quando descumpridas as cláusulas estabelecidas em transação penal (art. 76 da Lei nº 9.099/95) e negou provimento ao recurso (DJe de 03/12/2009).

Trânsito em julgado da decisão em 15/04/2010. Tese enunciada: “A homologação da transação penal prevista no artigo 76 da Lei 9.099/1995 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial”.¹³⁰⁵ Nenhum processo foi sobrestado, nem remetido pelos tribunais ou devolvido pelo STF.

¹³⁰⁵ Contrariamente à ideia de que o inadimplemento da obrigação transacionada permite a retomada da ação penal, devendo-se resolver a questão em execução de obrigação de fazer ou de pagar quantia certa: BITENCOURT, 2006, p. 749-750; CAPEZ, 2008, p. 572; MIRABETE, 2000, p. 142; TOURINHO NETO; FIGUEIRA JUNIOR, 2002, p. 575-578; GRINOVER et. al., 2005, p. 107; KARAM, 2004, p. 103-106; PAZZAGLINI FILHO; JESUS, **Lei dos Juizados...**, 2007, p. 73-74; entre outros. No mesmo sentido do STF, com abertura de possibilidade ao oferecimento da denúncia pelo MP: NOGUEIRA, Fernando Célio de Brito. **Temas centrais da lei do juizado especial criminal**. Leme: J.H. Mizuno, 2006, p. 70-75; CRUZ, Márcia da Rocha; FONSECA, Flávio Fernando da; RAPOSO, Giselle Rocha. Encontro sobre descumprimento da transação penal. **Revista dos Juizados Especiais**, ano

6.16.3. Análise.

Por ser a solução do caso a adoção do mesmo procedimento utilizado no julgamento do RE 583.937/RJ (Tema 237), com reiteração de jurisprudência dominante sob o regime de repercussão geral, a ele nos remetemos.

Nota-se, também, que mais um caso de ínfima importância concreta, tanto sob o aspecto material – posse de drogas para uso pessoal, cujo montante da apreensão foi de menos de 2g de substância entorpecente e cujo apenamento não inclui pena privativa de liberdade – quanto processual – rito sumaríssimo e transação penal – foi aceito pelo STF para ser julgado em regime extraordinário com repercussão geral. De se destacar, porém, a peculiaridade nesse caso de que a relevância e a transcendência do julgamento do tema tenham decorrido de presunção legal relativa à divergência do acórdão recorrido com a jurisprudência dominante do STF. Isso, a nosso ver, confirma a natureza *iuris et iuris* da presunção de repercussão geral do art. 1.035, §3º, I, do CPC, de modo que, nem em casos de pouquíssima importância concreta, pode a presunção estatuída pela lei ser afastada.

Novamente, entendemos que, mesmo que a repercussão geral tenha sido atestada em razão da jurisprudência dominante formada antes da repercussão geral (aderida esta ao tema por decisão expressa do Plenário e por presunção legal), ela fornece algum indicativo das características de relevância e transcendência dos RE criminais. No caso, as medidas ditas “despenalizadoras” da Lei 9.099/95. Ficará, por exemplo, difícil para o STF justificar, a partir daqui, não analisar aspectos constitucionais incidentes sobre a composição civil dos danos (art. 74) ou da suspensão condicional do processo (art. 89), já que a transação penal superou a barreira da repercussão geral por mais de uma vez (cf. Tema 187). Ademais, se houve relevância em caso em que sequer em abstrato era cominada pena privativa de liberdade, qualquer outro caso em que se discuta aspectos constitucionais da transação ou do *sursis* processual, por exemplo, e esse tipo de apenamento seja uma possibilidade em caso de retomada da ação penal, deverá ser considerado de maior importância ainda, para efeitos de admissão da repercussão geral.

I, n. V, set-dez/1998, pub. TJDF, p. 49; ALVES, César Henrique. **Consequências do descumprimento da proposta de transação penal:** art. 76 da Lei nº 9.099/95. abr. 1998. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/1118/consequencias-do-descumprimento-da-proposta-de-transacao-penal-art-76-da-lei-9099-95>>. Acesso em 24 mar. 2018; CRUZ, Rogério Schiatti Machado. **O descumprimento da transação penal.** 1996. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/21810/descumprimento_transacao_penal.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2018; entre outros.

6.17. TEMA 239 – EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE EM VIRTUDE DE PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA EM PERSPECTIVA.

Caso paradigma	Recurso Extraordinário 602.527/RS
Questão constitucional	A possibilidade, ou não, à luz do art. 5º, LIV, LV e LVII, da Constituição Federal, da extinção da punibilidade em virtude de prescrição da pretensão punitiva em perspectiva
Ramo do direito	Direito Penal
Situação atual	Repercussão geral com reafirmação de jurisprudência
Tese enunciada	É inadmissível a extinção da punibilidade em virtude da decretação da prescrição "em perspectiva, projetada ou antecipada", isto é, com base em previsão da pena que hipoteticamente seria aplicada, independentemente da existência ou sorte do processo criminal.

6.17.1. O caso.

O.V.C, S.I.P. e L.O.B. foram denunciados pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, por infração ao art. 50, §3º, "a" da Lei de Contravenções Penais (exploração e jogos de azar, no caso máquinas “caça-níqueis”), ocorrida entre fevereiro e junho de 2005. Em audiência do caso, o juiz da Vara do Juizado Especial Criminal da comarca de Santa Maria/RS proferiu a seguinte decisão:

A pena para a contravenção em tela é de no máximo um ano de prisão simples e multa. A pena em questão prescreve, ordinariamente, em quatro anos. Entretanto, levando-se em conta que condenados que fossem os réus, teriam uma pena certamente inferior a um ano de prisão simples, pena esta que prescreve em dois anos. Tendo-se em conta que entre a data do fato e a presente data decorreu lapso temporal superior a dois anos, tendo como base a pena projetada, entendo que já ocorreu a prescrição.

Contra essa decisão, o MPE/RS interpôs recurso, ao fundamento de que a prescrição projetada (ou virtual ou em perspectiva) não tem previsão legal, sendo o seu reconhecimento contrário ao

devido processo legal (art. 5º, LIV). A Turma Recursal Criminal da comarca de Santa Maria/RS, à unanimidade, negou provimento à apelação, sob o entendimento de que “[i]n obstante careça de base legal específica, em alguns casos justifica-se o reconhecimento da prescrição pena pela projetada, quando se antevendo uma condenação, constata-se que aplicada a pena, haveria a prescrição”. No caso concreto, vislumbrou a Turma que “ainda que fossem totalmente desfavoráveis as circunstâncias judiciais, a pena ficaria aquém da pena máxima, que é de um ano, operando-se o prazo prescricional em dois anos, conforme artigo 109, inciso VI, do Código Penal”.

Contra essa decisão, o MPE/RS interpôs recurso extraordinário, com fundamento no art. 102, III, “a”, CF, por violação ao art. 5º, LIV, LV e LVII. O recurso extraordinário foi inadmitido pela Presidência da Turma Recursal, por ausência de repercussão geral (mesmo presente a preliminar formal), falta de prequestionamento e ofensa indireta da Constituição, o que motivou o recorrente a interpor agravo de instrumento. Tal agravo foi provido pelo seu Relator no STF (AI 753.596/RS), o Min. Cezar Peluso, em 03/06/2009, e convertido em RE.

6.17.2. A repercussão geral e o resultado do julgamento.

Novamente, a repercussão geral da matéria recursal foi analisada, nesse caso, diretamente no julgamento do mérito, em razão da presunção legal de repercussão geral (art. 544, §4º, II, CPC/73) como consta do voto do Relator do RE, Min. Cezar Peluso, em razão de jurisprudência firmada no STF sobre o assunto. A diferença foi que desta vez o acórdão recorrido estava em desacordo com a jurisprudência dominante do STF, o que modificou a hipótese da alínea “c”, para a alínea “b” do art. 544, §4º, do CPC/73. Nesse sentido, a ementa do julgado é suficiente para sua compreensão:

AÇÃO PENAL. Extinção da punibilidade. Prescrição da pretensão punitiva “em perspectiva, projetada ou antecipada”. Ausência de previsão legal. Inadmissibilidade. Jurisprudência reafirmada. Repercussão geral reconhecida. Recurso extraordinário provido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC. É inadmissível a extinção da punibilidade em virtude de prescrição da pretensão punitiva com base em previsão da pena que hipoteticamente seria aplicada, independentemente da existência ou sorte do processo criminal.

O Plenário do Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, em 19/11/2009, reconheceu a existência de repercussão geral, reafirmou a jurisprudência da Corte acerca da inadmissibilidade de extinção da punibilidade em virtude da decretação da assim chamada prescrição em perspectiva e deu provimento ao recurso do Ministério Público. (DJe de 18/12/2009).

Trânsito em julgado da decisão em 09/02/2010. Enunciado de tese aprovado nos seguintes termos: “É inadmissível a extinção da punibilidade em virtude da decretação da prescrição ‘em perspectiva, projetada ou antecipada’, isto é, com base em previsão da pena que hipoteticamente seria aplicada, independentemente da existência ou sorte do processo criminal”.¹³⁰⁶ Houve registro de 6 sobrestamentos na origem¹³⁰⁷, nenhuma remessa de representativo e 2 devoluções pelo STF¹³⁰⁸

6.17.3. Análise.

Mais um caso de reafirmação de jurisprudência do STF, seguindo o procedimento firmado em questões de ordem (em AI/RE) anteriores, como vimos no exame dos Temas 237 e 238.

O caso acrescenta ao nosso exame dos aspectos definidores da repercussão geral em processos criminais, a prescrição. Com isso, podemos aduzir, por exemplo, que questões afetas à extinção da punibilidade (da qual a prescrição faz parte, nos termos do art. 107, IV, do CP) possuem repercussão geral, pois dizem respeito, ao mesmo tempo, ao direito público de processar e de punir (*ius puniendi* e *ius punitiois*) e ao direito à liberdade, em primeiro plano, e ao esquecimento, em segundo. Caso futuros¹³⁰⁹, portanto, que tenham a prescrição ou outra modalidade de extinção da punibilidade em apreço, deverão ser consideradas, em tese, como providas de repercussão geral.

¹³⁰⁶ O tema também foi logo depois pacificado no STJ: “Súmula 438. É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal”, DJe de 13/05/2010. Na doutrina, eram pela possibilidade da decretação de prescrição virtual, antecipada ou em perspectiva, especialmente para crimes ocorridos antes da Lei 12.234/10 (que impediu a prescrição retroativa entre a data do fato e do recebimento da denúncia): CAPEZ, 2013, p.168; GRECO R., 2014, p. 763-764; ESTEFAM; GONÇALVES, 2013, p. 714; NUCCI, 2015b, p. 588-590; GOMES; MOLINA, 2007, p. 928-929; entre outros. Em sentido contrário e coincidente com a tese do STJ de que a prescrição antecipada é questão de *lege ferenda*, podemos citar a posição de MAZZILLI, Hugo Nigro. **Questões criminais controversas**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 700-703.

¹³⁰⁷ 2 no TJRS e 4 no TJSP.

¹³⁰⁸ ARE 1034926 ao TJMA e RE 1081931 às TRRS.

¹³⁰⁹ O indulto também é um dos temas em que houve reconhecimento da RG, cf. tópico 6.20.2.

6.18. TEMA 240 – NULIDADE DO PROCESSO PELA FALTA DE REQUISIÇÃO DO RÉU PRESO, POR MEIO DE CARTA PRECATÓRIA, PARA COMPARECER À AUDIÊNCIA DE OITIVA DE TESTEMUNHAS.

Caso paradigma	Recurso Extraordinário 602.543/RS
Questão constitucional	Ocorrência, ou não, à luz do art. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal, de nulidade processual pela falta de requisição do réu preso, por meio de carta precatória, para comparecer à audiência de oitiva de testemunhas.
Ramo do direito	Direito Processual Penal
Situação atual	Repercussão geral com reafirmação de jurisprudência
Tese enunciada	Inexiste nulidade pela ausência, em oitiva de testemunha por carta precatória, de réu preso que não manifestou expressamente intenção de participar da audiência.

6.18.1. O caso.

V.C.S.Q. foi denunciado pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, perante o juiz da comarca de Guarani das Missões/RS, por ter, em 06/01/2007, importunado I.O.E. e R.M., em suas respectivas residências, de modo ofensivo ao pudor. Suas condutas foram classificadas como espécies do art. 61 da Lei de Contravenções Penais¹³¹⁰ (importunação ofensiva ao pudor) e do art. 150 do Código Penal (violação de domicílio)¹³¹¹. Apesar de se tratarem de contravenção penal e crime de menor potencial ofensivo, o MPE/RS deixou de oferecer transação e suspensão condicional do processo, por ter o réu antecedentes criminais e estar respondendo a outra ação penal. O processo, por isso, seguiu para a instrução, com oitiva das vítimas e de 4 testemunhas, duas delas por precatória, na comarca de Tapejara/RS, sem a presença do

¹³¹⁰ “Art. 61. Importunar alguém, em lugar público ou acessível ao público, de modo ofensivo ao pudor: Pena – multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis”.

¹³¹¹ “Art. 150 - Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências: Pena - detenção, de um a três meses, ou multa”.

réu, que estava preso, conforme era do conhecimento do juízo deprecante, e que não foi intimado das deprecatas. Isso motivou a defesa, exercida pela Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, a postular a nulidade de tais atos processuais. Em sentença, o juiz da causa afastou a nulidade, ao fundamento de que “a defesa do réu foi intimada da data designada[...] em que as testemunhas seriam ouvidas”; também frisou que “as testemunhas ouvidas, na ocasião, em nada contribuíram para o deslinde do feito, pois souberam dos fatos apenas através de comentários, já que não os presenciaram”. Ao final, julgou procedente o pedido condenatório e aplicou penas de 8 meses de detenção, em regime aberto, pelo crime, e multa, pela contravenção.

A defesa apelou, pedindo a nulidade do processo desde as audiências deprecadas, ao fundamento de que não bastaria a intimação da defesa técnica, tendo de ser realizada, também, a intimação pessoal do acusado e sua condução pelo Estado, se preso. A Turma Recursal Criminal de Guarani das Missões/RS deu parcial provimento ao apelo, acentuando, porém, quanto à nulidade pleiteada, que a “defesa foi intimada da audiência, nada tendo requerido, tampouco alegou qualquer nulidade no momento processual adequado em que caberia a arguição de eventual nulidade”, não havendo, por isso, qualquer nulidade a sanar.

Seguiu-se recurso extraordinário, com alegação de violação ao art. 5º, LIV e LV e pedido de anulação do julgamento, desde a instrução. O RE não foi admitido na origem, por ausência de repercussão geral, falta de prequestionamento e ofensa indireta, o que motivou recurso de agravo de instrumento.

6.18.2. A repercussão geral e o resultado do julgamento.

Recebido o agravo no STF, o Min. Relator Cezar Peluso, deu-lhe provimento para converter em RE e julgar o mérito, sob o regime de repercussão geral presumida (art. 543-A, §3º, CPC e art. 21, §1º, RISTF), por estar o acórdão da TR em harmonia com a jurisprudência consolidada do STF sobre a questão. Em 19/11/2009, o RE foi julgado pelo Pleno e teve o provimento negado, por maioria, vencido o Min. Marco Aurélio, e cuja ementa assim foi redigida:

ACÇÃO PENAL. Prova. Oitiva de testemunha. Carta precatória. Réu preso. Requisição não solicitada. Ausência de nulidade. Jurisprudência reafirmada. Repercussão geral reconhecida. Recurso extraordinário improvido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC. Não é nula a audiência de oitiva de testemunha

realizada por carta precatória sem a presença do réu, se este, devidamente intimado da expedição, não requer o comparecimento.

O acórdão transitou em julgado em 19/03/2010. A tese restou assim enunciada: “Inexiste nulidade pela ausência, em oitiva de testemunha por carta precatória, de réu preso que não manifestou expressamente intenção de participar da audiência”.¹³¹² Nenhum processo foi devolvido à origem, nem remetido dos tribunais ao STF; houve, no entanto, 51 sobrestamentos¹³¹³.

6.18.3. Análise.

Esse caso encerra a sequência de julgamentos de RE de relatoria do Min. Cezar Peluso, marcados pelo procedimento de reafirmação da jurisprudência dominante do STF, no próprio Plenário Virtual, sob o rito da repercussão geral (Temas 237, 238, 239 e o presente, 240). O intuito, com isso, era gerar efeitos sobre os demais tribunais do país e obstar novas discussões sobre o tema pacificado e, principalmente, evitar que controvérsias idênticas em novos recursos aportassem no STF, por um bom tempo. Ocorre que se era essa a intenção, ao menos os dados do CNJ e do STF não demonstram sua efetividade: tivemos nesses quatro temas, apenas 4 devoluções de processos e 57 sobrestamentos; isso levando-se em conta os 51 sobrestados do Tema 240, todos da mesma origem do RE: o TJRS. Em outros (237 e 238), nenhum processo foi sobrestado, o que denota o baixíssimo alcance das decisões proferidas.

No que interessa à identificação de caracteres da repercussão geral criminal, o caso indica que aspectos atinentes ao direito do réu à participação na produção da prova, notadamente a testemunhal, possuem repercussão geral, à exceção da questão do direito do preso que, intimado, não manifeste expresso interesse em ser conduzido, pois esse caso já foi apreciado. Diversos outros motivos podem surgir para o não comparecimento do réu perante o juízo deprecado (doença, falta de intimação da defesa, intimação apenas da expedição de precatória sem intimação da data no juízo deprecado etc.) e, nesses casos, se arguida a desconformidade constitucional do ato, pode-se esperar que haja repercussão geral, diante do que decidido no RE 602.543/RS. Além disso, como o direito de participar pessoalmente dos atos instrutórios, a autodefesa, se insere no direito mais abrangente do contraditório e da ampla defesa, diversos outros aspectos

¹³¹² No mesmo sentido em que se posicionou o STF, temos na doutrina: NUCCI, 2015a, p. 435-436; ISHIDA, 2009, p. 137; CAPEZ, 2015, p. 236; entre outros. Em sentido contrário, entendendo necessária a presença das partes, como cumprimento do contraditório: TÁVORA; ALENCAR, 2014, p. 583-584; TOURINHO FILHO, 2010, v. 3, p. 155-156; DEZEM, 2016, p. 246-247; BADARÓ, 2016, p. 471-472; GRINOVER, 2010, p. 116 e 149-151; entre outros.

¹³¹³ 50 no TJRS – mesmo de onde veio o RE – e 1 no TJSP.

dessa matéria podem dar ensejo à repercussão geral, em razão do tratamento dado, sob esse aspecto, ao caso julgado. Aliás, digno de registro é que as garantias do inc. LV já foram, até esse tema, evocadas em nada menos que 8 dos 18 recursos que examinamos até agora (nos Temas 50, 183, 184, 187, 237, 238, 239 e 240), sendo que em 7 deles a repercussão geral foi reconhecida (exceção apenas ao Tema 183). Isso demonstra que, mesmo que os contornos dos princípios do contraditório e da ampla defesa estejam mais bem definidos na legislação infraconstitucional, o STF tem admitido o seu questionamento na maioria dos casos criminais como ofensa direta à Constituição Federal. Interessante notar como o tratamento da repercussão geral da alegação de violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, em recursos extraordinários criminais destoa do mesmo tratamento dado à RG em RE em outras matérias, pois o sítio eletrônico do STF indica esse tipo de alegação como um dos maiores fundamentos de rejeição da repercussão geral em processos civis. O Tema 660 (ARE 748.371/MT) – “Violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa quando o julgamento da causa depender de prévia análise da adequada aplicação das normas infraconstitucionais. Extensão do entendimento ao princípio do devido processo legal e aos limites da coisa julgada” – cuja RG foi rejeitada em 07/06/2013, por violação indireta à CF, computa: 2.639 devoluções às justiças estaduais¹³¹⁴, 1.002 às justiças federais e 39 aos Tribunais Superiores.¹³¹⁵ Com isso se percebe que quando as garantias do contraditório e da ampla defesa são violadas no processo penal, a discussão constitucional adquire, para o STF, repercussão muito maior que nos processos cíveis.

6.19. TEMA 280 – PROVAS OBTIDAS MEDIANTE INVASÃO DE DOMICÍLIO POR POLICIAIS SEM MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO.

Caso paradigma	Recurso Extraordinário 603.616/RO
Questão constitucional	Legalidade, ou não, à luz do art. 5º, XI, LV e LVI, da Constituição Federal, das provas ob-

¹³¹⁴ Nesse âmbito, só perde para o Tema 800 (Viabilidade de recurso extraordinário contra acórdão proferido por Juizado Especial Cível da Lei 9.099/1995 em matéria de responsabilidade pelo adimplemento de obrigação assumida em contrato de direito privado), com 5.119 devoluções.

¹³¹⁵ Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoBOInternet/anexo/RG/Teste/Quadro%20Geral%20Devolu%C3%A7%C3%A3o%20RG.mhtml>>. Acesso em: 24 mar. 2018.

	tidas mediante invasão de domicílio por autoridades policiais sem o devido mandado judicial de busca e apreensão.
Ramo do direito	Direito Processual Penal
Situação atual	Julgado mérito de repercussão geral
Tese enunciada	A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade, e de nulidade dos atos praticados.

6.19.1. O caso.

R.C. e P.R.L. foram presos em flagrante, em 20/04/2007, de posse de 23,421 kg de cocaína, o primeiro, ao dia, em seu caminhão, e o segundo, à noite, com 8,542 kg em sua residência (dentro de um carro). Foram, então, denunciados pelo Ministério Público do Estado de Rondônia como autores dos crimes dos arts. 33, 35 c/c 40, V, da Lei 11.343/06, perante a Vara de Delitos de Entorpecente da comarca de Porto Velho. Após instrução processual, a defesa constituída de P.R.L. arguiu a nulidade da prova obtida por meio ilícito, consistente na invasão da residência deste pelos policiais, sem sua autorização e sem mandado judicial, baseando-se, tão somente, no depoimento de R.C., que afirmara ter recebido a droga das mãos de P.R.L., para fazer o transporte. A preliminar de defesa foi, porém, rejeitada pelo juiz, em sentença proferida em 03/12/2007, sob o entendimento de que “[e]m se tratando de crime permanente, a invasão da residência e a prisão em flagrante, não se vislumbra que tenha havido violação a dispositivo constitucional, contido no inciso XI, do artigo 5º da Constituição Federal”¹³¹⁶, restando a conduta dos policiais ajustada à ressalva contida no referido dispositivo. Ao final, condenou os acusados pelos crimes descritos na denúncia.

A defesa de P.R.L., então, apelou ao Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, alegando violação ao art. 5º, XI e LIV, por ter a busca e apreensão domiciliar ocorrido à noite, pela prisão

¹³¹⁶ "XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial".

ter antecedido a busca e por ter sido baseada exclusivamente no depoimento de R.C, que, de qualquer forma, jamais afirmara haver droga dentro da residência de P.R.L., faltando, por isso, elementos concretos mínimos que autorizassem presumir que este estivesse em flagrante delito de posse de drogas. A apelação foi julgada, em 01/10/2008, pela 1ª Câmara Especial do TJ/GO, que entendeu, quanto à busca domiciliar policial, pela licitude da prova, limitando-se a afirmar que “quando se trata da prática de delito permanente, em que a consumação perpetua-se pelo tempo, restam autorizadas as buscas efetivadas pela autoridade policial, sendo prescindível a apresentação de mandado de busca e apreensão”. Foi dado parcial provimento à apelação, para absolvição da acusação do crime do art. 35 e para afastar a incidência do art. 40, V, da Lei 11.343/06. Houve tentativa posterior da defesa de se aclarar mais o ponto da decisão relativo à preliminar, por meio de dois embargos de declaração, mas que não obteve êxito.

Interpôs-se, daí, recurso extraordinário, fundamentado no art. 102, III, “a”, com razões em que se sustentou ilícitas as provas obtidas mediante a invasão do respectivo domicílio por autoridades policiais, pois ausente o necessário mandado de busca e apreensão. Dessa forma, entendeu ter sido violado o art. 5º da CF, LVI, LV e XI. O recurso extraordinário não foi admitido na origem, o que motivou interposição de agravo de instrumento. Autuado o Agravo de Instrumento sob nº 757.159, o ministro Cezar Peluso deu-lhe provimento, determinando a conversão em recurso extraordinário.

Houve pedido e deferimento de intervenção das Defensorias Públicas dos Estados do Rio de Janeiro e de São Paulo, como *amici curiae*.

6.19.2. A repercussão geral e o resultado do julgamento.

O Tribunal, por meio do Plenário Virtual, em 28/05/2010, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, com 8 votos favoráveis e 3 abstenções. No voto do Relator do RE, o Min. Gilmar Mendes, consignou-se, de forma bastante sucinta a análise da relevância e da transcendência do tema recursal:

No que concerne à questão de que a violação do domicílio, no período noturno, sem o correspondente mandado judicial de busca e apreensão, ensejaria a ilegalidade das provas colhidas, entendo que merece pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, pois transcende o direito subjetivo do recorrente. Ante o exposto, reconheço a repercussão geral do caso em análise.

O Min. Marco Aurélio analisou a RG sobre um enfoque mais específico relacionado ao crime de tráfico de drogas. Em suas palavras: “Está-se diante de questionamento a exigir o crivo do Supremo, definindo-se se, no caso de suspeita da prática do crime de tráfico, é possível adentrar residência sem mandado judicial”.

O Tribunal Pleno, mais de 5 anos depois, em 05/11/2015, por maioria e nos termos do voto do Relator Min. Gilmar Mendes, negou provimento ao recurso e fixou tese nos seguintes termos: “A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade, e de nulidade dos atos praticados”, vencido o Ministro Marco Aurélio quanto ao mérito e à tese. A ementa restou assim redigida:

Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão geral. 2. Inviolabilidade de domicílio – art. 5º, XI, da CF. Busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial em caso de crime permanente. Possibilidade. A Constituição dispensa o mandado judicial para ingresso forçado em residência em caso de flagrante delito. No crime permanente, a situação de flagrância se protraí no tempo. 3. Período noturno. A cláusula que limita o ingresso ao período do dia é aplicável apenas aos casos em que a busca é determinada por ordem judicial. Nos demais casos – flagrante delito, desastre ou para prestar socorro – a Constituição não faz exigência quanto ao período do dia. 4. Controle judicial a posteriori. Necessidade de preservação da inviolabilidade domiciliar. Interpretação da Constituição. Proteção contra ingerências arbitrárias no domicílio. Muito embora o flagrante delito legitime o ingresso forçado em casa sem determinação judicial, a medida deve ser controlada judicialmente. A inexistência de controle judicial, ainda que posterior à execução da medida, esvaziaria o núcleo fundamental da garantia contra a inviolabilidade da casa (art. 5, XI, da CF) e deixaria de proteger contra ingerências arbitrárias no domicílio (Pacto de São José da Costa Rica, artigo 11, 2, e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, artigo 17, 1). O controle judicial a posteriori decorre tanto da interpretação da Constituição, quanto da aplicação da proteção consagrada em tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico. Normas internacionais de caráter judicial que se incorporam à cláusula do devido processo legal. 5. Justa causa. A entrada forçada em domicílio, sem uma justificativa prévia conforme o direito, é arbitrária. Não será a constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, que justificará a medida. Os agentes estatais devem demonstrar que havia elementos mínimos a caracterizar fundadas razões (justa causa) para a medida. 6. Fixada a interpretação de que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados. 7. Caso concreto. Existência de fundadas razões para suspeitar de flagrante de tráfico de drogas. Negativa de provimento ao recurso.

O acórdão transitou em julgado em 05/11/2015. Foram sobrestados 61 processos¹³¹⁷ e devolvidos 6 pelo STF¹³¹⁸. Não houve remessa de representativos da controvérsia.

6.19.3. Análise.

Pela terceira vez o Tribunal analisou um tema ligado à prova no processo penal e entendeu pela repercussão geral do tema, a exemplo do que fez nos julgamentos do RE 583.937/RJ (Tema 237), que tratou da licitude da gravação ambiental como meio de colheita de prova, e do RE 602.543/RS (Tema 240), que tratou da prova testemunhal e do direito à participação do réu na sua produção.

Percebe-se que a temática do regramento probatório e sua conformidade constitucional é algo que o STF entende como algo relevante e que supera o interesse subjetivo das partes processuais, e não haveria como ser diferente. A produção da prova é um dos temas centrais do processo penal. Praticamente todo ele gira em torno da formação da prova das alegações das partes (art. 156 do CPP), em especial da acusação, já que não há, no processo penal a possibilidade de condenação sem provas, confissão ficta ou outra modalidade de “verdade formal” dos fatos. A prova deste tem de estar amparada em elementos concretos de convicção, sendo totalmente insuficientes, por exemplo, os elementos colhidos na investigação ou a confissão do acusado para se entender pela veracidade das alegações acusatórias e pela a procedência do pedido condenatório, consoante expressas previsões legais (arts. 155 e 197 do CPP).

É também no processo penal que o tema da prova ilícita, que possui estatura constitucional (art. 5º, LVI), ganha maior amplitude de aplicação e maior quantidade de arguições, haja vista a existência, além do CPP, de legislações específicas sobre meios de obtenção de prova (a exemplo das Leis 9.296/96 – interceptação telefônica, 9.807/99 – proteção à testemunha, 11.343/06 – ação controlada na investigação do tráfico de drogas, 12.654/12 – identificação genética, 12.850/13 – colaboração premiada etc.). A definição dos limites da busca e da produção da prova é, portanto, algo que atinge, inevitavelmente, diversos processos investigativos e judiciais, findos, em tramitação e futuros e, ao mesmo tempo, diversas pessoas envolvidas com esses

¹³¹⁷ TJMG: 3, TJPE: 1, TJRJ: 9, TJRS: 46, TJSP: 2.

¹³¹⁸ ARE 1102520 ao TJSP, ARE 1104394 ao TJMG, ARE 1105105 ao TJRS, ARE 1024908, ARE 1109964 e RE 1058453 ao TJRJ.

processos. Daí a inevitabilidade de praticamente qualquer pronunciamento do STF, em controle difuso de constitucionalidade, sobre regramento probatório, possuir repercussão geral.

No que concerne ao valor interpretativo da decisão acerca do texto do art. 5º, XI, temos por importante destacar que o cerne da questão ficou que a “proteção contra a busca arbitrária exige que a diligência seja avaliada com base no que se sabia antes de sua realização, não depois”. O controle da invasão policial domiciliar, diurna ou noturna, tem de ser realizado por autoridade judicial e, em regra, *a priori*, isto é, com prévia autorização do Poder Judiciário e mediante demonstração da necessidade da medida. A exceção é o controle judicial *a posteriori*. Veja-se que não existe hipótese de absoluta ausência de controle judicial, o que se admite é sua postergação, diante de alguns pressupostos de urgência (perigo, calamidade), entre os quais o flagrante delito. O controle judicial, nesse caso, é realizado a partir das razões para a adoção da medida, pela Polícia, sem a intervenção da Justiça *a priori*. Cabe à autoridade policial, quando assim age, comprovar, depois ao Poder Judiciário, os elementos concretos em que se baseou para acreditar que no interior da residência estivesse em curso um crime, via de regra permanente (como é o caso do tráfico, para a modalidade de manter em depósito). O juiz, então, irá aferir, no processo, se esses elementos atribuídos pela Polícia, de fato, autorizavam presumir a existência de flagrante delito. Se sim, a invasão será lícita, ainda que não confirmada a existência de um crime. Se não, a invasão se tornará ilícita – criminal, civil e administrativamente – mesmo que encontrado um crime em andamento, assim como será ilícita a prova obtida. Tudo o que importa são as informações e os elementos concretos que confirmam essas informações, as quais configuram a causa ou as razões da medida e que o invasor tem que comprovar ter antes de proceder à entrada. É sobre esses elementos que a Justiça vai exercer o controle da atividade policial e a garantia da inviolabilidade do domicílio, decidindo se a causa de entrada foi justa e fundada (lícita) ou se foi injusta e infundada (ilícita); daí se falar na necessidade de justa causa ou de fundadas razões para o afastamento da garantia do art. 5, XI. No caso concreto, os elementos disponíveis antes da invasão eram, segundo o voto vencedor do relator (lembrando que a Corte Suprema se baseia sobre a dinâmica dos fatos assentada pelas instâncias ordinárias)¹³¹⁹:

O acórdão recorrido assenta que o investigado e Reinaldo Campanha eram suspeitos de transportar drogas. Reinaldo dirigia caminhão de propriedade do recorrente. A polícia já havia monitorado encontros de ambos.

¹³¹⁹ Cf. vimos no tópico 2.3.3.

Em 20.4.2007, Reinaldo partiu da casa do recorrente Paulo Roberto dirigindo caminhão que, posteriormente, foi interceptado. Inspecionado o veículo, foram localizados 23,421 Kg (vinte e três quilos, quatrocentos e vinte e um gramas) de cocaína. Após a prisão, Reinaldo teria confirmado receber a droga de Paulo Roberto.

Essas eram as informações que a Polícia tinha antes de ir à residência do acusado, ingressarem na casa e em seu terreno sem autorização e revistarem o veículo estacionado na garagem, onde localizaram os 8,542 kg de cocaína adicionais. Segundo o STF, “[o] ingresso forçado na casa estava amparado no acompanhamento prévio e nas declarações do flagrado Reinaldo, elementos suficientes para indicar fundadas razões de que Paulo Roberto estivesse cometendo o crime de tráfico de drogas. Assim, a tese do recorrente está em desacordo com a interpretação fixada por esta decisão”. Extrai-se do precedente, portanto, elementos bastante específicos, como: monitoramento prévio dos acusados, encontros de ambos inclusive na casa de um deles, apreensão de grande quantidade de drogas em um caminhão numa rodovia federal e afirmação do primeiro preso de que teria recebido a droga do outro em cuja casa esteve no mesmo dia. É preciso ter essas circunstâncias em mente, que compõem o contexto fático-jurídico, para se evocar o precedente em outros casos, para tencionar repetir a tese, ou para rejeitá-la por distinção, quando forem outras as circunstâncias prévias à busca e apreensão.¹³²⁰

6.20. TEMA 371 – CONCESSÃO DE INDULTO A PESSOA SUBMETIDA A MEDIDA DE SEGURANÇA.

Caso paradigma

Recurso Extraordinário 628.658/RS

¹³²⁰ Sobre o tema, na doutrina, cf.: ROSA, Alexandre Morais da. **Mantra do crime permanente entoado para legitimar ilegalidades nos flagrantes**. 1 ago. 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-ago-01/limite-penal-mantra-crime-permanente-entoado-legitimar-ilegalidades-flagrantes>>. Acesso em: 24 mar. 2018; SANTOS, Maurício Cirino dos. **A Busca Domiciliar de Drogas e a Apreensão de Direitos Fundamentais**. 2015. Disponível em: <<http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2015/10/A-busca-domiciliar-de-drogas-e-a-apreens%C3%A3o-de-direitos-fundamentais.pdf>>. Acesso em 24 mar. 2018; GODOY, Arion Escorsin de; COSTA, Domingos Barroso da. **Desconstruindo mitos: sobre os abusos nas buscas domiciliares ao pretexto de apuração do delito de tráfico de droga**. 2013. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigos/288-247—junho-2013>. Acesso em 24 mar. 2018; PINHO, Wesley Sanches. **A natureza permanente da infração penal, por si só, não autoriza a invasão do domicílio, sendo ilícita a prova assim obtida**. Tese 03/13 – VI Encontro Estadual dos Defensores Públicos do Estado de São Paulo. 2013. Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Default.aspx?idPagina=5719>>. Acesso em 24 mar. 2018; NUCCI, 2015a, p. 471; LOPES JR., 2016, p. 422-423; PACELLI, 2014, p. 371-372; GRINOVER, 2010, p. 161-162; entre outros.

Questão constitucional	Constitucionalidade, ou não à luz do art. 84, XII, da Constituição Federal, da concessão de indulto a pessoa submetida a medida de segurança, nos termos autorizados por Decreto.
Ramo do direito	Direito Penal
Resultado	Julgado mérito de repercussão geral
Tese enunciada	Reveste-se de legitimidade jurídica a concessão, pelo Presidente da República, do benefício constitucional do indulto (CF, art. 84, XII), que traduz expressão do poder de graça do Estado, mesmo se se tratar de indulgência destinada a favorecer pessoa que, em razão de sua inimputabilidade ou semi-imputabilidade, sofre medida de segurança, ainda que de caráter pessoal e detentivo.

6.20.1. O caso.

Tratou-se de recurso extraordinário, interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, com fundamento no art. 102, III, “a”, contra acórdão do Tribunal de Justiça do mesmo Estado que, em Agravo de Execução Penal, entendeu pela constitucionalidade e plena aplicabilidade da hipótese de indulto prevista no art. 1º, VIII, do Decreto 6.706/98¹³²¹, aos internados em virtude do cumprimento de medida de segurança. Consignou o Tribunal não haver restrição constitucional à concessão de indulto pelo Presidente da República aos submetidos à referida medida, já que esta é espécie de sanção penal, sendo assim tratada, inclusive, pelo Supremo Tribunal Federal, em julgamentos diversos, onde, por exemplo, não admite sua perpetuidade.

No extraordinário, o recorrente arguiu a transgressão do artigo 84, inciso XII, da Carta Federal. Afirmou exorbitar dos poderes atribuídos ao Presidente da República pelo Diploma Maior a concessão de indulto ou comutação à pessoa submetida a medida de segurança, haja vista possuir esta natureza jurídica diversa da pena restritiva de liberdade. Segundo afirmou, enquanto a

¹³²¹ Art. 1º É concedido indulto:[...] VIII - aos submetidos à medida de segurança que, até 25 de dezembro de 2008, tenham suportado privação da liberdade, internação ou tratamento ambulatorial por período igual ou superior ao máximo da pena cominada à infração penal correspondente à conduta praticada ou, nos casos de substituição prevista no art. 183 da Lei nº 7.210, de 1984, por período igual ao tempo da condenação, mantido o direito de assistência nos termos do art. 196 da Constituição.

pena tem caráter retributivo-preventivo, lastreada na culpabilidade, as medidas de segurança baseiam-se na prevenção, com fundamento primordial na periculosidade do agente, em função da patologia por ele portada. Salientou ser o indulto ato administrativo discricionário, incompatível com a aludida medida, porquanto esta ampara-se “na existência de patologia que torna o agente perigoso ao convívio social, cuja aferição somente se viabiliza por meio de análise técnica” (folha 72), descabendo, no caso, mera deliberação administrativa. Quanto à repercussão geral, disse da importância da questão por repercutir nos processos de execução penal que versam sobre medida de segurança, envolvendo o alcance a ser dado a uma norma constitucional, qual seja, inciso XII do artigo 84 da Carta Maior.

Houve pedido e deferimento de intervenção, como *amici curiae*, da União, porquanto em discussão Decreto do Presidente da República relativo a indulto, e do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM como terceiro interessado, ante o objetivo da Instituição de defender os princípios e garantias constitucionais no campo do direito criminal.

6.20.2. A repercussão geral e o resultado do julgamento.

O Tribunal, por meio do Plenário Virtual, em 03/03/2011, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, com 6 votos favoráveis e 4 abstenções. No voto do Relator do RE, o Min. Marco Aurélio, consignou-se o seguinte acerca do tema:

2. Está-se diante de questão a merecer o crivo do Supremo quanto à competência privativa do Presidente da República prevista no artigo 84, inciso XII, da Carta Federal. Conforme ressaltado pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, a situação jurídica é passível de repetir-se no território nacional de forma delimitada presente quer o citado decreto, quer outros que venham a ser editados. Em síntese, cabe a este Tribunal estabelecer, definitivamente, o alcance do preceito constitucional, ou seja, se, tal como se contém, abrange medida de segurança implementada. 3. Admito a existência de repercussão geral.

O Tribunal Pleno, 4 anos e 8 meses depois, em 05/11/2015, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, negou provimento ao recurso e fixou tese nos seguintes termos: “Reveste-se de legitimidade jurídica a concessão, pelo Presidente da República, do benefício constitucional do indulto (CF, art. 84, XII), que traduz expressão do poder de graça do Estado, mesmo se se tratar de indulgência destinada a favorecer pessoa que, em razão de sua inimizabilidade ou semi-inimizabilidade, sofre medida de segurança, ainda que de caráter pessoal e detentivo”. A ementa restou assim redigida:

INDULTO – MEDIDA DE SEGURANÇA – TEMPO – CONSIDERAÇÃO.
Sendo a medida de segurança sanção penal, o período de cumprimento repercute no tempo exigido para o indulto.

O acórdão transitou em julgado em 08/06/2016.¹³²² Foram sobrestados 5 processos¹³²³; nenhum representativo foi remetido ao STF, nem este devolveu algum.

6.20.3. Análise.

Novamente o Tribunal se debruçou sobre tema infenso à execução penal (tal como nos Temas 59 e 205), reforçando a ideia de que assuntos ligados ao cumprimento da pena e à extinção da punibilidade (também tratada nos Temas 187 e 239) possuem repercussão geral, já que, nos termos da decisão sobre esse requisito de admissibilidade do RE, “a situação jurídica é passível de repetir-se no território nacional de forma delimitada”, reclamando, por isso, “o crivo do Supremo quanto à competência privativa do Presidente da República prevista no artigo 84, inciso XII, da Carta Federal”. Mais uma vez lembramos que, em um país com mais de 700 mil pessoas presas, praticamente qualquer tema relativo ao cumprimento de pena, provisória ou definitiva, alcançará a situação jurídica de muita gente, tornando difícil para o STF não reconhecer a sua repercussão geral.¹³²⁴

Interessante também notar a preocupação da Corte com sua função interpretativa do dispositivo constitucional em questão (art. 84, XII), quando menciona caber-lhe “estabelecer, definitivamente, o alcance do preceito constitucional, ou seja, se, tal como se contém, abrange medida de segurança implementada”. Também chama atenção o enfoque dado à função proativa e formadora de precedente jurisprudencial do Tribunal, quando se externou que o seu posicionamento abrangeria não apenas “o citado decreto”, mas também “outros que venham a ser editados”.

Por fim, de se reconhecer que o STF também observou, no caso, os seus próprios precedentes¹³²⁵, no que diz respeito à natureza de pena da medida de segurança. Nesses outros casos o enfoque era a duração máxima da medida, mas, partindo dessa interpretação inicial do instituto como uma forma de pena, chegou-se à conclusão de que o Presidente da República, nos termos

¹³²² Da doutrina, colhe-se concordância com a possibilidade de extensão dos efeitos do indulto às medidas de segurança: NUCCI, 2015b, p. 573; GOMES; MOLINA, 2007, p. 925; entre outros.

¹³²³ 1 no TJMG e 4 no TJRS.

¹³²⁴ Cf. nos referimos no tópico 6.2.3.

¹³²⁵ Cf. HC 84.219, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, DJ 23.9.2005; HC 97.621, Rel. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, Dje 26.6.2009. Na mesma linha são os precedentes da Corte: HC 97.621, Rel. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, Dje 26.6.2009; RE 611.992/RS e RE 613.127/RS, Rel. Min. Dias Toffoli; RE 630.208/RS, RE 628.151/RS e RE 628.217/RS, Rel. Min. Cármen Lúcia, RE 612862 AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia.

do art. 84, XII, tem competência para instituir indulto e comutação sobre todo tipo de penalidade criminal, inclusive sobre a medida de segurança. É importante frisar que a forma com que esse julgamento se deu, cumpriu o desiderato de unificação do direito constitucional, tal como idealizado para as Cortes Constitucionais Supremas e suas funções interpretativas e de formação de precedentes a que elas mesmas se tornam vinculadas (vinculação horizontal).¹³²⁶

No que concerne ao nosso escopo de garimpar indícios do conceito de repercussão geral criminal, o julgamento do RE 628.658/RS reforçou a hipótese de que temas de execução penal, de cumprimento de pena em modalidades diversas da tradicional privação da liberdade, de extinção da punibilidade e, agora, de um novo ingrediente, as medidas de segurança, possuem, em razão do direito fundamental da liberdade que está em jogo, de um lado, e do direito público do Estado de punir, de outro, alta relevância jurídica e social e transcendência, na definição de seus contornos constitucionais. Continuamos caminhando, aparentemente, rumo ao reconhecimento de que a repercussão geral é ínsita aos temas do direito penal constitucional.

6.21. TEMA 393 – COMPETÊNCIA PARA PROCESSAR E JULGAR SUPOSTO CRIME DE PUBLICAÇÃO, NA INTERNET, DE IMAGENS COM CONTEÚDO PORNOGRÁFICO ENVOLVENDO CRIANÇA OU ADOLESCENTE.

Caso paradigma	Recurso Extraordinário 628.624/MG
Questão constitucional	Definição do juízo competente, se a Justiça Federal ou a Justiça Estadual, à luz do art. 109, V, da Constituição Federal, para processar e julgar a suposta prática do crime de publicação de imagens com conteúdo pornográfico envolvendo adolescentes (art. 241-A da Lei nº 8.069/90), por meio da rede mundial de computadores – internet.
Ramo do direito	Direito Processual Penal
Resultado	Julgado mérito de repercussão geral

¹³²⁶ Sobre o tema da vinculação horizontal, cf. tópico 2.3.3 e 2.3.4.

Tese enunciada

Compete à Justiça Federal processar e julgar os crimes consistentes em disponibilizar ou adquirir material pornográfico envolvendo criança ou adolescente (arts. 241, 241-A e 241-B da Lei 8.069/1990) quando praticados por meio da rede mundial de computadores.

6.21.1. O caso.

Para o aprofundamento de investigação sobre a ocorrência do delito previsto no art. 241-A da Lei 8.069/90, o Ministério Público Federal requereu ao juiz da 9ª Vara Criminal da Seção Judiciária de Minas Gerais a quebra do sigilo de duas contas de e-mail divulgadas em um *fotoblog*, a fim de identificar a pessoa responsável pela manutenção de *site*, suspeito, em razão de notícia-crime, de armazenar e divulgar, na rede mundial de computadores, imagens e vídeos contendo pornografia infantil. O juiz federal, contudo, entendeu faltar-lhe competência para a apreciação do pedido, ao fundamento de que, no caso concreto, inexistiam “quaisquer elementos indiciários a apontar que o resultado ocorreu ou deveria ter ocorrido no estrangeiro, com início de execução no território nacional, ou vice-versa, de sorte que não há que se falar em competência da Justiça Federal para apreciar e julgar o presente feito”, como exige o art. 109, V. Do mesmo modo, assentou-se que faltaram “evidências de que o possível acesso ao material de pornografia infantil, disponibilizado na internet, tenha se dado fora dos limites do território nacional ou de que as imagens suspeitas tenham sido enviadas para pessoa determinada, com endereço no exterior”. Diante disso, determinou a remessa dos autos uma das varas criminais da Comarca de Belo Horizonte.

Contra tal decisão, o MPF manejou recurso em sentido estrito, defendendo a competência da Justiça Federal, para processar e julgar o feito. A 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, à unanimidade, em 15/12/2009, deu provimento ao recurso, para anular a decisão e determinar o retorno dos autos à 9ª VF/SJMG, para regular processamento. Entendeu-se ser prematura a decisão recorrida por não existirem dados concretos, naquele estágio das investigações, que pudessem confirmar ou informar que as fotografias e os dados constantes no *fotoblog* do investigado tivessem sido acessados ou enviados para fora do território nacional. A investigação deveria prosseguir, portanto, com a medida requerida, para aferição, inclusive, dessa questão que, uma vez dirimida, serviria para a fixação da competência jurisdicional.

A Defensoria Pública da União, responsável pela defesa técnica desde a primeira instância, interpôs recurso extraordinário, com fundamento na alínea “a” do permissivo constitucional,

alegando violação ao art. 109, V, nos termos da própria fundamentação adotada pelo juízo de primeira instância. Quanto à repercussão geral, sustentou que, do ponto de vista jurídico, político e social, as questões atinentes ao Direito Penal revestem-se de grande importância, tendo em vista se encontrar em discussão o *ius libertatis*, direito fundamental de grande relevância na sociedade, consistente em cláusula pétrea constitucional. Aduziu, ainda, que “o simples fato de se violar direito fundamental, caracteriza a transcendência subjetiva da demanda”.

6.21.2. A repercussão geral e o resultado do julgamento.

O Tribunal, por meio do Plenário Virtual, em 28/04/2011, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, com 8 votos favoráveis, 1 contrário e 2 abstenções. No voto do Relator do RE, o Min. Marco Aurélio, consignou-se o seguinte acerca do tema:

2. Está-se diante de situação jurídica a extravasar os limites subjetivos do processo em que interposto o recurso extraordinário. O Tribunal Regional Federal da 1ª Região assentou a competência a partir do disposto no artigo 109, inciso V, da Constituição Federal. Cumpre ao Supremo a guarda maior desta última e, portanto, a adoção de entendimento capaz de pacificar, de vez por todas, a matéria. 3. Pronuncio-me pela existência de repercussão geral.

O Tribunal Pleno, 4 anos e meio depois, em 29/10/2015, por maioria e nos termos do voto do Min. Edson Fachin, vencidos os Min. Marco Aurélio e Dias Tofoli, negou provimento ao recurso extraordinário, em decisão assim ementada:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. PENAL. PROCESSO PENAL. CRIME PREVISTO NO ARTIGO 241-A DA LEI 8.069/90 (ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE). COMPETÊNCIA. DIVULGAÇÃO E PUBLICAÇÃO DE IMAGENS COM CONTEÚDO PORNOGRÁFICO ENVOLVENDO CRIANÇA OU ADOLESCENTE. CONVENÇÃO SOBRE DIREITOS DA CRIANÇA. DELITO COMETIDO POR MEIO DA REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES (INTERNET). INTERNACIONALIDADE. ARTIGO 109, V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL RECONHECIDA. RECURSO DESPROVIDO.

1. À luz do preconizado no art. 109, V, da CF, a competência para processamento e julgamento de crime será da Justiça Federal quando preenchidos 03 (três) requisitos essenciais e cumulativos, quais sejam, que: a) o fato esteja previsto como crime no Brasil e no estrangeiro; b) o Brasil seja signatário de convenção ou tratado internacional por meio do qual assume o compromisso

de reprimir criminalmente aquela espécie delitiva; e c) a conduta tenha ao menos se iniciado no Brasil e o resultado tenha ocorrido, ou devesse ter ocorrido no exterior, ou reciprocamente.

2. O Brasil pune a prática de divulgação e publicação de conteúdo pedófilo-pornográfico, conforme art. 241-A do Estatuto da Criança e do Adolescente.

3. Além de signatário da Convenção sobre Direitos da Criança, o Estado Brasileiro ratificou o respectivo Protocolo Facultativo. Em tais acordos internacionais se assentou a proteção à infância e se estabeleceu o compromisso de tipificação penal das condutas relacionadas à pornografia infantil.

4. Para fins de preenchimento do terceiro requisito, é necessário que, do exame entre a conduta praticada e o resultado produzido, ou que deveria ser produzido, se extraia o atributo de internacionalidade dessa relação.

5. Quando a publicação de material contendo pornografia infanto-juvenil ocorre na ambiência virtual de sítios de amplo e fácil acesso a qualquer sujeito, em qualquer parte do planeta, que esteja conectado à internet, a constatação da internacionalidade se infere não apenas do fato de que a postagem se opera em cenário propício ao livre acesso, como também que, ao fazê-lo, o agente comete o delito justamente com o objetivo de atingir o maior número possível de pessoas, inclusive assumindo o risco de que indivíduos localizados no estrangeiro sejam, igualmente, destinatários do material. A potencialidade do dano não se extrai somente do resultado efetivamente produzido, mas também daquele que poderia ocorrer, conforme própria previsão constitucional.

6. Basta à configuração da competência da Justiça Federal que o material pornográfico envolvendo crianças ou adolescentes tenha estado acessível por alguém no estrangeiro, ainda que não haja evidências de que esse acesso realmente ocorreu.

7. A extração da potencial internacionalidade do resultado advém do nível de abrangência próprio de sítios virtuais de amplo acesso, bem como da reconhecida dispersão mundial preconizada no art. 2º, I, da Lei 12.965/14, que instituiu o Marco Civil da Internet no Brasil.

8. Não se constata o caráter de internacionalidade, ainda que potencial, quando o panorama fático envolve apenas a comunicação eletrônica havida entre particulares em canal de comunicação fechado, tal como ocorre na troca de e-mails ou conversas privadas entre pessoas situadas no Brasil. Evidenciado que o conteúdo permaneceu enclausurado entre os participantes da conversa virtual, bem como que os envolvidos se conectaram por meio de computadores instalados em território nacional, não há que se cogitar na internacionalidade do resultado.

9. Tese fixada: “Compete à Justiça Federal processar e julgar os crimes consistentes em disponibilizar ou adquirir material pornográfico envolvendo criança ou adolescente (arts. 241, 241-A e 241-B da Lei nº 8.069/1990) quando

praticados por meio da rede mundial de computadores”. 10. Recurso extraordinário desprovido.¹³²⁷

O acórdão foi publicado no DJe de 05/04/2016 e não transitou em julgado porque opostos, em 06/05/2016, embargos de declaração pelo MPF, buscando sanar a contradição existente entre o texto do enunciado de tese e o conteúdo do acórdão. Em vista da possibilidade de efeitos modificativos ante o pleito formulado, o Relator determinou a intimação da parte contrária para contrarrazões, o que, até a data de fechamento deste trabalho, não havia sido feito. Foram devolvidos 3 processos pelo STF sobre o mesmo tema¹³²⁸; nenhum representativo da mesma controvérsia foi remetido à Corte; 4 foram sobrestados na origem¹³²⁹.

6.21.3. Análise.

O primeiro ponto de interesse para nós é a confirmação da competência judicial como elemento de repercussão geral, pois se trata do terceiro caso de atribuição desse aspecto, ao lado dos Temas 154 e 170, em uma causa criminal, e que é instituto típico de Direito Processual. Extraímos, portanto, que as regras de competência, ao menos a absoluta e em razão da matéria, para processar e julgar crimes revestem-se de repercussão geral. O entendimento parece-nos correto, já que as normas processuais, notadamente as de envergadura constitucional, possuem natureza de direito público e regem um sem número de relações jurídicas processuais, do que decorre a sua transcendência para além dos interesses subjetivos do processo em que arguida. De outro lado, a relevância decorre da necessidade de definição, pela Suprema Corte, dos órgãos jurisdicionais competentes para o processamento e julgamento de determinados crimes, notadamente os da Justiça Federal, que possui rol taxativo de hipóteses para sua atuação. A importância da definição da competência possui, inclusive, impactos sobre o direito material, isto é, sobre o direito penal, já que não são raros os casos em que a demora na resolução da questão da competência, alguns casos com anulação das decisões dos juízos absolutamente incompetentes, provoca a prescrição da pretensão punitiva ou executória ou a privação da liberdade por tempo

¹³²⁷ No sentido definido pelo STF acerca da competência da Justiça Federal, na doutrina: BALTAZAR JUNIOR, 2014, p. 812; FISCHER, Douglas. A competência para julgar delitos de “pedofilia” praticados por intermédio da internet. In: OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Direito e processo penal na justiça federal: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 96-105; PERRINI, Raquel Fernandez. **Competências da justiça federal comum**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 244-252; entre outros.

¹³²⁸ ARE 795295 ao TJRJ, ARE 1081818 ao TJPR e RE 637945 ao TRF4.

¹³²⁹ 3 no TRF1 e 1 no TRF3.

superior ao legalmente permitido. Nesse sentido, muito pertinentes as palavras do Relator, na decisão de análise da repercussão geral do tema, sobre a incumbência do Supremo, como guarda maior da Constituição, para a “adoção de entendimento capaz de pacificar, de vez por todas, a matéria”. Pela falta do trânsito em julgado do acórdão do RE, contudo, esse entendimento ainda não pode ser aplicado de forma vinculante, mas meramente persuasiva.

Falando em ausência de trânsito em julgado, vale a pena voltar à crítica sobre a edição de enunciados de tese de repercussão geral, a partir do julgamento de cada recurso extraordinário. No caso do RE 628.624/MG, tivemos a interposição de embargos de declaração, pelo MPF, apontando contradição entre a tese enunciada e o conteúdo do acórdão. Em que pese haver motivo lógico para a irresignação do recorrente, tal inconformidade não se reveste de motivo jurídico e, por isso, de interesse jurídico-recursal. É que o enunciado de tese não vincula, assim como não vincula (ou não deveria vincular) o enunciado de uma súmula ou a ementa de um julgado. Trata-se de resumos de julgados e não de julgados em si, os quais, estes, sim, possuem razões de decidir, que são os elementos de vinculação dos precedentes¹³³⁰. Assim, em que pese o verdadeiro descompasso entre os enunciados de tese e as razões das decisões a partir dos quais (de)formados, tal desacerto de ordem lógico-gramatical não interfere, sob a correta dogmática, nos efeitos jurídicos da decisão, que, sob o aspecto da formação de precedentes, está na *ratio decidendi*, que conta com os aspectos fáticos e jurídicos do caso julgado, e não em tese vazada em linguagem enunciativa geral e abstrata. É em razão desse tipo de problema e das infundadas discussões entre os ministros, que sucedem ao julgamento do mérito dos recursos, acerca do teor das teses, que repisamos nossa crítica à produção desses enunciados que, em nada acrescentam à unificação do direito; pelo contrário, produzem mais um texto a ser interpretado, abrindo o flanco à divergência, quando a ideia é fixar um sentido próprio (ainda que não seja o único) do texto constitucional e que se mostra plenamente atendida com as razões da decisão. Resumir essas razões na tese enunciada é voltar a não ter um texto constitucional devidamente interpretado e cair no velho decisionismo do antigo modelo. Veja-se que o exemplo concreto cria a possibilidade de contradição entre a tese e o teor do acórdão – como apontado pelo embargante. Ocorre que o recurso, ainda que provido, jamais irá alcançar o seu desiderato de compatibilizar o resumo com o todo, já que o primeiro sempre dirá menos do que o segundo, e é este – e somente este – que interessa e que gera efeitos para os casos futuros. Quem quiser usar o precedente vai ter que trabalhar com o todo (as razões do acórdão) e argumentar suas próprias

¹³³⁰ Cf. tópico 2.3.3.

teses a partir dele, as quais serão avaliadas e controladas no ambiente democrático do processo. Em outras palavras, trabalhar só com a tese é como querer passar o conteúdo de um livro, mencionando somente o que está escrito em sua capa e não é assim que deve funcionar uma autêntica teoria de precedentes jurisprudenciais vinculantes.

6.22. TEMA 423 – CUMPRIMENTO DE PENA EM REGIME MENOS GRAVOSO ANTE A FALTA DE VAGAS EM ESTABELECIMENTO PENITENCIÁRIO ADEQUADO.

Caso paradigma	Recurso Extraordinário 641.320/RS
Questão constitucional	Possibilidade, ou não, à luz dos artigos 1º, III, e 5º, II, XLVI, LXV, da Constituição Federal, de se determinar o cumprimento de pena privativa de liberdade em prisão domiciliar, ante a inexistência de vagas em estabelecimento penitenciário adequado à execução no regime semi-aberto.
Ramo do direito	Direito Penal
Resultado	Julgado mérito de repercussão geral
Tese enunciada	<p>I - A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso;</p> <p>II - Os juízes da execução penal poderão avaliar os estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto, para qualificação como adequados a tais regimes. São aceitáveis estabelecimentos que não se qualifiquem como “colônia agrícola, industrial” (regime semiaberto) ou “casa de albergado ou estabelecimento adequado” (regime aberto) (art. 33, §1º, alíneas “b” e “c”);</p> <p>III - Havendo déficit de vagas, deverá determinar-se: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (iii) o cumpri-</p>

mento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto. Até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida a prisão domiciliar ao sentenciado.

6.22.1. O caso.

L.S.M. foi condenado pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, II, do Código Penal, tendo o juiz sentenciante fixado a pena em 5 anos e 8 meses de reclusão, a ser cumprida em regime semiaberto, além de multa. Irresignada, a defesa do réu, exercida pela Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, interpôs recurso de apelação, ao qual a 5ª Câmara Criminal do TJRS deu parcial provimento para, confirmando a condenação, reduzir a pena privativa de liberdade a 5 anos e 4 meses de reclusão, mantida a pena de multa. O Tribunal determinou ainda que, enquanto não sobreviesse a existência de estabelecimento destinado ao regime semiaberto que atendesse a todos os requisitos da Lei de Execução Penal, a pena privativa de liberdade seria cumprida em regime de prisão domiciliar.

Contra o acórdão do TJRS, o Ministério Público estadual interpôs recurso extraordinário, com base na alínea “a” do art. 102, III, no qual sustenta que o aresto impugnado viola os arts. 1º, III, 5º, II, XLVI e LXV, da Constituição Federal. Afirmou que a impossibilidade material de o Estado instituir estabelecimento prisional destinado ao regime semiaberto que atenda a todas as exigências da legislação penal não autoriza, por si só, o Poder Judiciário a conceder o benefício da prisão domiciliar fora das hipóteses legalmente previstas. Eventual problema de superlotação das penitenciárias seria questão a ser resolvida no âmbito da Administração Pública, não podendo servir como justificativa para a concessão da prisão domiciliar. Alegou que, uma vez que o réu não se enquadrava em nenhuma das hipóteses que admitem o recolhimento domiciliar, o acórdão recorrido, ao não levar em conta as circunstâncias pessoais do condenado e a situação do delito, teria desconsiderado a proporcionalidade e a correlação que deve haver entre a conduta do agente e a sanção aplicada. Requereu, por fim fosse cassado o acórdão proferido pela Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. O Tribunal *a quo* inadmitiu o recurso ao que se seguiu agravo de instrumento, ao qual dado provimento pelo Min. Relator no STF, Gilmar Mendes, para convertê-lo em recurso extraordinário.

Foram aceitos como *amici curiae* a Defensoria Pública da União e o Instituto de Defesa do Direito de Defesa.

6.22.2. A repercussão geral e o resultado do julgamento.

O requisito de admissibilidade da repercussão geral foi inicialmente analisado pelo Relator, nos seguintes termos:

No caso, a controvérsia cinge-se a determinar se os preceitos constitucionais invocados autorizam o cumprimento de pena em regime carcerário menos gravoso, diante da impossibilidade de o Estado fornecer vagas para o cumprimento no regime originalmente estabelecido na condenação penal.

Trata-se de discussão que alcança, certamente, grande número de interessados, sendo necessária a manifestação desta Corte para a pacificação da matéria.

Verifica-se, ademais, que na jurisprudência desta Corte encontram-se posicionamentos divergentes sobre o assunto (RHC 82.329, Rel. Sydney Sanches, DJ 11.4.2003; Rcl. 1.950, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 28.10.2004; HC 94.810, Rel. Min. Carmen Lúcia, DJe 6.3.2009; HC 94.526, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 29.8.2008).

Portanto, revela-se tema com manifesta relevância social e jurídica, que ultrapassa os interesses subjetivos da causa. Nesse sentido, entendo configurada a repercussão geral da matéria constitucional.

No Plenário Virtual, além do relator, outros 7 ministros votaram pela existência de repercussão geral e 3 não se manifestaram, sendo a decisão final proferida em 16/06/2011 e publicada no DJe de 24/08/2011.

O Tribunal Pleno, 4 anos e 10 meses depois, em 11/05/2016, por maioria e nos termos do voto do Relator, deu parcial provimento ao recurso extraordinário, apenas para determinar que, havendo viabilidade, ao invés da prisão domiciliar, observe-se: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada do recorrido, enquanto em regime semiaberto; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao recorrido após progressão ao regime aberto, vencido o Ministro Marco Aurélio, que desprovia o recurso. Em seguida, o Tribunal, apreciando o tema 423 da repercussão geral, fixou tese nos seguintes termos: “a) a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso; b) os juízes da execução penal poderão avaliar os estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto, para qualificação como adequados a tais regimes. São aceitáveis estabelecimentos que não se qualifiquem como “colônia agrícola, industrial” (regime semiaberto) ou “casa de albergado ou estabelecimento adequado” (regime aberto) (art. 33, §1º, alíneas “b” e “c”); c) havendo déficit de vagas, deverá determinar-

se: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto. Até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida a prisão domiciliar ao sentenciado”.

Constitucional. Direito Penal. Execução penal. Repercussão geral. Recurso extraordinário representativo da controvérsia. 2. Cumprimento de pena em regime fechado, na hipótese de inexistir vaga em estabelecimento adequado a seu regime. Violação aos princípios da individualização da pena (art. 5º, XLVI) e da legalidade (art. 5º, XXXIX). A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso. 3. Os juízes da execução penal poderão avaliar os estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto, para qualificação como adequados a tais regimes. São aceitáveis estabelecimentos que não se qualifiquem como “colônia agrícola, industrial” (regime semiaberto) ou “casa de albergado ou estabelecimento adequado” (regime aberto) (art. 33, § 1º, alíneas “b” e “c”). No entanto, não deverá haver alojamento conjunto de presos dos regimes semiaberto e aberto com presos do regime fechado. 4. Havendo déficit de vagas, deverão ser determinados: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto. Até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida a prisão domiciliar ao sentenciado. 5. Apelo ao legislador. A legislação sobre execução penal atende aos direitos fundamentais dos sentenciados. No entanto, o plano legislativo está tão distante da realidade que sua concretização é absolutamente inviável. Apelo ao legislador para que avalie a possibilidade de reformular a execução penal e a legislação correlata, para: (i) reformular a legislação de execução penal, adequando-a à realidade, sem abrir mão de parâmetros rígidos de respeito aos direitos fundamentais; (ii) compatibilizar os estabelecimentos penais à atual realidade; (iii) impedir o contingenciamento do FUNPEN; (iv) facilitar a construção de unidades funcionalmente adequadas – pequenas, capilarizadas; (v) permitir o aproveitamento da mão-de-obra dos presos nas obras de civis em estabelecimentos penais; (vi) limitar o número máximo de presos por habitante, em cada unidade da federação, e revisar a escala penal, especialmente para o tráfico de pequenas quantidades de droga, para permitir o planejamento da gestão da massa carcerária e a destinação dos recursos necessários e suficientes para tanto, sob pena de responsabilidade dos administradores públicos; (vii) fomentar o trabalho e estudo do preso, mediante envolvimento de entidades que recebem recursos públicos, notadamente os serviços sociais autônomos; (viii) destinar as verbas decorrentes da prestação pecuniária para criação de postos de trabalho e estudo no sistema prisional. 6. Decisão de caráter aditivo. Determinação que o Conselho Nacional de Justiça apresente: (i) projeto de estruturação do Cadastro Nacional de Presos, com etapas e prazos de implementação, devendo o banco de dados conter informações suficientes para identificar os mais próximos da progressão ou extinção da pena; (ii) relatório sobre a implantação das centrais de monitoração e penas alternativas, acompanhado, se for o caso, de projeto de medidas ulteriores para desenvolvimento dessas estruturas; (iii) projeto para reduzir ou eliminar o tempo de análise de progressões de regime ou outros benefícios que possam levar à liberdade; (iv)

relatório deverá avaliar (a) a adoção de estabelecimentos penais alternativos; (b) o fomento à oferta de trabalho e o estudo para os sentenciados; (c) a facilitação da tarefa das unidades da Federação na obtenção e acompanhamento dos financiamentos com recursos do FUNPEN; (d) a adoção de melhorias da administração judiciária ligada à execução penal. 7. Estabelecimento de interpretação conforme a Constituição para (a) excluir qualquer interpretação que permita o contingenciamento do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN), criado pela Lei Complementar 79/94; b) estabelecer que a utilização de recursos do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) para financiar centrais de monitoração eletrônica e penas alternativas é compatível com a interpretação do art. 3º da Lei Complementar 79/94. 8. Caso concreto: o Tribunal de Justiça reconheceu, em sede de apelação em ação penal, a inexistência de estabelecimento adequado ao cumprimento de pena privativa de liberdade no regime semiaberto e, como consequência, determinou o cumprimento da pena em prisão domiciliar, até que disponibilizada vaga. Recurso extraordinário provido em parte, apenas para determinar que, havendo viabilidade, ao invés da prisão domiciliar, sejam observados (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada do recorrido, enquanto em regime semiaberto; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado após progressão ao regime aberto.

Acórdão publicado no DJe de 01/08/2016. Trânsito em julgado 07/12/2016. Nenhum processo devolvido nem recebido como representativo; 247 processos sobrestados na origem¹³³¹.

6.22.3. Análise.

Mais um tema de execução penal (classificado no site do STF como de processo penal) a que atribuída repercussão geral (ao lado dos Temas 59, 239 e 371). Esse, talvez, dos mais relevantes já examinados, porquanto tocante a um dos problemas mais graves dos presídios brasileiros: a superlotação carcerária, com um déficit que hoje alcança 250.318 vagas ou cerca de 2 presos para cada vaga existente¹³³². A importância do tema em discussão foi, assim, classificada pelo Relator como “manifesta relevância social e jurídica, que ultrapassa os interesses subjetivos da causa”. Outro ponto de destaque da relevância do tema foi a inédita convocação de audiência pública para debate do tema com a sociedade civil, na forma preconizada pelo art. 154, III (art.

¹³³¹ 2 no TJAC e 245 no TJRS.

¹³³² Dados divulgados, em 08/12/2017, a partir do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN), pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), do Ministério da Justiça: SANTOS, Thandara (Org.); ROSA, Marlene Inês da (Colab.) [et al.]. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN atualização junho de 2016**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN, 2017, p. 7 e 11. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>. Acesso em: 24 mar.2018.

13, XVIII, e art. 21, XVII) do RISTF¹³³³ e na qual foram ouvidos 28 especialistas, de várias áreas¹³³⁴.

Nesse sentido, também a transcendência da questão constitucional foi logo destacada na decisão de admissão da repercussão geral, que, como não poderia deixar de ser, percebeu que a discussão teria o efeito de alcançar “certamente, grande número de interessados, sendo necessária a manifestação desta Corte para a pacificação da matéria”. A necessidade de pacificação se estendia à própria Corte Suprema, como destacado pelo Relator, diante da divergência interna de entendimentos (RHC 82.329, Rel. Sydney Sanches, DJ 11.4.2003; Rcl. 1.950, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 28.10.2004; HC 94.810, Rel. Min. Carmen Lúcia, DJe 6.3.2009; HC 94.526, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 29.8.2008).

Importante destacar, ainda, que se tratou do primeiro tema a conjugar o regime de processamento e julgamento, com seus respectivos efeitos vinculantes, e a edição de um enunciado de Súmula Vinculante, nos termos do art. 103-A da Constituição Federal. A iniciativa partiu do Defensor Público-Geral Federal e contou com a seguinte sugestão de texto: “O princípio constitucional da individualização da pena impõe seja esta cumprida pelo condenado, em regime mais benéfico, aberto ou domiciliar, inexistindo vaga em estabelecimento adequado, no local da execução”. Após intensa discussão, o texto aprovado e que passou a integrar a Súmula Vinculante nº 56 foi o seguinte: “A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese,

¹³³³ Hoje a possibilidade de convocação de audiências públicas para tratar de tema afeto à repercussão geral também tem previsão legal no art. 1.038, II, do CPC.

¹³³⁴ Pelo Parlamento, compareceu o deputado federal Marcos Rogério da Silva Brito. Pelo Ministério da Justiça, foi ouvido o membro do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária Herbert José Almeida Carneiro. Pelo Conselho Nacional de Justiça, manifestou-se juiz auxiliar (Luciano André Losekann). Pelo Conselho Nacional do Ministério Público, foram inquiridos os membros Andrezza Duarte Caçado e Paulo Taubemblatt. Pelo Conselho Federal da OAB, manifestou-se Fernando Santana Rocha. Pelas administrações estaduais, foram ouvidos a Secretária de Justiça e Cidadania e Direitos Humanos do Paraná (Maria Tereza Uille Gomes), o Secretário de Segurança Pública do Rio Grande do Sul (Airton Aloisio Michels), o Secretário de Administração Penitenciária de São Paulo (Lourival Gomes), e representantes da Secretaria de Justiça e Direitos Humanos do Mato Grosso (Clarindo Alves de Castro), da Agência Goiana do Sistema de Execução Penal (Edemundo Dias de Oliveira Filho), da Secretaria de Administração Penitenciária do Estado da Paraíba (Francisco Ronaldo Euflausino dos Santos). Pelas defensorias públicas, foram inquiridos o defensor públicogereral federal, Haman Tabosa de Moraes e Córdova, além de representante das defensorias públicas da União (Aline Lima de Paula Miranda) e dos estados de Rio Grande do Sul (Nilton Leonel Arnecke Maria), Espírito Santo (Humberto Carlos Nunes), Mato Grosso (Marcos Rondon Silva), Pará (José Adaumir Arruda da Silva e Arthur Corrêa da Silva Neto) e São Paulo (Daniela Sollberger Cembranelli). Pela sociedade civil, foram inquiridos representantes da Pastoral Carcerária da CNBB (Massimiliano Antônio Russo) e da Conectas Direitos Humanos (Marcos Fuchs). Pelos tribunais de justiça, foram inquiridos os magistrados Sidinei José Brzuska (TJRS) e José de Ribamar Fróz Sobrinho (TJMA). Pelo Ministério Público, foram ouvidos representantes de Rio Grande do Sul (Ivory Coelho Neto), São Paulo (Miguel Tassinari de Oliveira e Paulo José de Palma).

os parâmetros fixados no RE 641.320/RS”. Vê-se que as razões de mérito do julgamento do RE 641.320/RS integraram a própria Súmula Vinculante nº 56, ainda que pela via da remissão, havendo uma reciprocidade de fundamentos entre o caso julgado em repercussão geral e a jurisprudência anterior que resultou no enunciado sumular vinculante.¹³³⁵

Por fim, registre-se o enorme número de processos sobrestados, 247, sendo 245 no TJRS, o que consolida esse tribunal como o maior sobrestador de processos a partir da admissão de repercussão geral de recursos extraordinários no STF, especialmente quando o caso paradigma vem de lá.

6.23. TEMA 451 – REMISSÃO AOS FUNDAMENTOS ADOTADOS NA SENTENÇA IMPUGNADA NOS TERMOS DO § 5º DO ART. 82 DA LEI Nº 9.099/95.

Caso paradigma	Recurso Extraordinário 635.729/SP
Questão constitucional	Se o § 5º do art. 82 da Lei nº 9.099/95, ao permitir que o colégio recursal dos juizados especiais criminais faça remissão aos fundamentos adotados na sentença impugnada, afronta, ou não, a exigência constitucional de motivação das decisões judiciais contida no art. 93, IX, da Constituição Federal.
Ramo do direito	Direito Processual Penal
Resultado	Repercussão geral com reafirmação de jurisprudência
Tese enunciada	Não afronta a exigência constitucional de motivação dos atos decisórios a decisão de Turma Recursal de Juizados Especiais que, em consonância com a Lei 9.099/1995, adota como razões de decidir os fundamentos contidos na sentença recorrida.

¹³³⁵ O entendimento firmado pelo STF no julgamento desse tema possui amparo na doutrina, cf.: NUCCI, 2015b, p. 373-375; COELHO, 2015, p. 304-305; ESTEFAM; GONÇALVES, 2013, p. 487; DOTTI, 2001, p. 568; GRECO R., 2014, p. 498-500; GOMES; MOLINA, 2007, p. 862; entre outros. Em sentido contrário: MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Legislação penal especial**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

6.23.1. O caso.

S.P.R. foi condenado pelo juiz da Vara Única de Pacaembú/SP, como incurso no crime do art. 129, *caput*, do Código Penal (lesão corporal leve), à pena de 6 meses de detenção, em regime semiaberto. Irresignada, a defesa constituída interpôs apelação, pedindo a reforma da sentença, para que fosse declarada a absolvição do recorrente ou a redução de sua pena e abrandamento do regime. O Colégio Recursal da 29ª Circunscrição Judiciária do Estado de São Paulo, em 30/09/2010, à unanimidade, negou provimento à apelação criminal, exatamente nestes termos:

A sentença de folhas 123/125 analisou suficientemente as questões propostas pelas partes, não merecendo qualquer reparo.

Ademais, o recurso reitera o aduzido em alegações finais, não amealhando novos elementos que alterem o quanto decidido na respeitável sentença “a quo”.

Assim, forte no artigo 82, §5º da Lei 9,099/95, mantenho a sentença por seus próprios fundamentos, negando provimento ao recurso manejado pela culta defesa.

Houve oposição de embargos de declaração, mas que foram rejeitados. Na sequência, a defesa interpôs recurso extraordinário, alegando, em síntese, a inconstitucionalidade do § 5º, art. 82, da Lei nº 9.099/95 – que permite ao Colégio Recursal do Juizado Especial manter a sentença por seus próprios fundamentos¹³³⁶ – em face do disposto no art. 93, inciso IX, da Constituição, sob alegação de que a prática tem demonstrado que o juiz relator, ao contrário do que determina a Lei maior, exara um simples despacho, sem maiores formalidades legais.

6.23.2. A repercussão geral e o resultado do julgamento.

Em 10/06/2011, o Relator do RE, Min. Dias Toffoli, verificou que a decisão recorrida estava em consonância com a jurisprudência dominante do STF e, por isso, após apontar a repercussão geral do tema, negou seguimento ao recurso extraordinário, nos termos do art. 323-A do RISTF¹³³⁷. Eis o inteiro teor da decisão:

Entendo que a questão apresenta densidade constitucional e extrapola os limites subjetivos das partes, dada a relevância da matéria para todos os feitos submetidos ao procedimento sumaríssimo previsto na Lei dos Juizados Especiais.

¹³³⁶ “§ 5º Se a sentença for confirmada pelos próprios fundamentos, a súmula do julgamento servirá de acórdão”.

¹³³⁷ “Art. 323-A. O julgamento de mérito de questões com repercussão geral, nos casos de reafirmação de jurisprudência dominante da Corte, também poderá ser realizado por meio eletrônico”. (Incluído pela Emenda Regimental n. 42, de 2 de dezembro de 2010)

Considerando a quantidade de causas similares que tramitam em todas as instâncias da Justiça brasileira e que o presente recurso é representativo da controvérsia aqui suscitada, o reconhecimento da relevância do tema constitucional aqui deduzido e o seu julgamento, sob a égide da repercussão geral, possibilitará a fruição de todos os benefícios daí decorrentes. Note-se, inclusive, que existe farta jurisprudência da Corte no sentido de que o § 5º do art. 82 da Lei n. 9.099/95 faculta ao Colégio Recursal do Juizado Especial a remissão aos fundamentos adotados na sentença, sem que isso implique afronta ao art. 93, inciso IX, da Constituição. Confira-se:

[Seguem citações das ementas dos AI nº 729.784/RJ-AgR, Primeira Turma, de minha relatoria, DJe de 9/3/11; AI nº 789.441/AP-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 25/11/10; AI nº 649.140/RJ-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Eros Grau, DJe de 17/8/07].

Ante o exposto, manifesto-me pelo reconhecimento da repercussão geral do tema constitucional examinado no presente recurso extraordinário e pela ratificação da jurisprudência desta Corte, firme no sentido de que não afronta a exigência constitucional de motivação dos atos decisórios a decisão de Turma Recursal de Juizados Especiais que, em consonância com a Lei nº 9.099/95, adota como razões de decidir os fundamentos contidos na sentença recorrida. Portanto, nos termos do art. 323-A do Regimento Interno desta Suprema Corte, nego seguimento ao recurso, por ser contrário à jurisprudência dominante da Corte.

No Plenário Virtual, além do relator, outros 7 ministros votaram pela existência de repercussão geral, 1 pela inexistência e 3 não se manifestaram; quanto à reafirmação da jurisprudência do Tribunal sobre o tema, 5 ministros se manifestaram favoráveis, 3 contrários e 3 não se manifestaram, sendo a decisão final proferida em 30/06/2011 e publicada no DJe de 24/08/2011. A ementa restou assim redigida:

Juizado especial. Parágrafo 5º do art. 82 da Lei nº 9.099/95. Ausência de fundamentação. Artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal. Não ocorrência. Possibilidade de o colégio recursal fazer remissão aos fundamentos adotados na sentença. Jurisprudência pacificada na Corte. Matéria com repercussão geral. Reafirmação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Trânsito em julgado 12/09/2011.¹³³⁸ Houve 1 sobrestamento¹³³⁹, nenhum representativo e 14 devoluções de recursos pelo STF¹³⁴⁰.

6.23.3. Análise.

Novamente um caso de crime de menor potencial ofensivo, processado em juizado especial sob o rito sumaríssimo, alcança a instância maior do Poder Judiciário brasileiro, pela via do recurso extraordinário e tem admitida a sua repercussão geral (como nos Temas 113, 183, 187, 238 e 239), a fim de reafirmar a jurisprudência da Corte Suprema acerca do tema e, assim, gerar seus efeitos sobre todas as instâncias judiciais. Tal sistemática de outorga de efeitos da repercussão geral à resolução de temas já sedimentados na jurisprudência dominante já foi por nós examinada na análise de temas anteriores, aos quais remetemos o leitor, para evitar repetições de texto (Temas 158, 237, 238, 239 e 240). Deste caso, impende registrar a crítica do Min. Marco Aurélio ao uso do Plenário Virtual para julgar o mérito do RE, ainda que para reafirmação de jurisprudência:

Mostra-se extravagante examinar o próprio recurso extraordinário no denominado Plenário Virtual, quando é impossível a troca de ideias, a reflexão conjunta, o fenômeno revelador de complementarem-se as visões externadas pelos Ministros.

Admito a existência de repercussão geral e consigno a impossibilidade de o extraordinário ser apreciado presente a ficção jurídica, criada pelo Tribunal, do Plenário Virtual.

Estamos de acordo com o posicionamento do Ministro, especialmente no caso concreto em que nada menos que 3 ministros se manifestaram contrariamente à reafirmação da jurisprudência, sem, contudo, externar suas razões para tanto, porquanto não se exige fundamentação expressa no Plenário Virtual. É no mínimo irônico que, em um caso em que se discuta o dever constitucional de fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX), sendo tal tema considerado de grande relevância e transcendência, o julgamento na Corte Suprema se dê sem a fundamentação

¹³³⁸ A doutrina majoritária tem o mesmo entendimento esposado pelo STF acerca da possibilidade de fundamentação recursal *per relationem*; nesse sentido, cf.: TOURINHO NETO; FIGUEIRA JUNIOR; GRINOVER, 2002, p. 687-688; GRINOVER et. al., 2005, p. 210; JESUS, Damásio. **Lei dos juizados especiais criminais anotada**. 2007, p. 92; NOGUEIRA, Fernando Célio de Brito. **Temas centrais da lei do juizado especial criminal**. Leme: J.H. Mizuno, 2006, p. 156-157; NOJIRI, Sergio. **O dever de fundamentar as decisões judiciais**. 2. ed. São Paulo: RT, 2000, p. 124; entre outros.

¹³³⁹ No TJSP.

¹³⁴⁰ Cf. dados disponíveis em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verProcessoRelacionado.asp?incidente=4035218>>. Acesso em 24 mar. 2018.

dos votos contrários. Em suma, tivemos um julgamento sobre o dever de motivação judicial, sem a motivação dos votos vencidos.

No que toca à repercussão geral, a decisão serviu para reforçar a concepção já sinalizada pelo STF de que a definição das regras processuais, por tratarem de normas de direito público, ultrapassam os limites subjetivos das partes e irradiam seus efeitos para todos os feitos, inclusive e, neste caso especialmente, submetidos ao procedimento sumaríssimo previsto na Lei dos Juizados Especiais. Também se levou em conta a quantidade de causas similares que tramitam em todas as instâncias da Justiça brasileira e que o recurso julgado seria representativo da controvérsia suscitada, de modo que o reconhecimento da relevância do tema constitucional ali deduzido e o seu julgamento, sob a égide da repercussão geral, possibilitariam a fruição de todos os benefícios daí decorrentes, especialmente no contexto de reafirmação da jurisprudência dominante do STF sobre a conformidade do § 5º do art. 82 da Lei n. 9.099/95 com o art. 93, inciso IX, da Constituição.

6.24. TEMA 453 – MANUTENÇÃO DE PRERROGATIVA DE FORO A MAGISTRADOS APOSENTADOS.

Caso paradigma	Recurso Extraordinário 549.560/CE
Questão constitucional	A manutenção, ou não, de prerrogativa de foro a magistrado, mesmo após a sua aposentadoria, à luz dos artigos 5º, LIII; 95, I; e 105, I, “a”, da Constituição Federal.
Ramo do direito	Direito Processual Penal
Resultado	Julgado mérito de repercussão geral
Tese enunciada	O foro especial por prerrogativa de função não se estende a magistrados aposentados.

6.24.1. O caso.

J.M.M, ex-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, era investigado pela Polícia Federal pelo cometimento do crime do art. 89 da Lei 8.666/93 (dispensa ilegal de licitação)¹³⁴¹, sendo o inquérito acompanhado pelo Superior Tribunal de Justiça, em razão do disposto no art. 105, I, “a”, da Constituição Federal¹³⁴². Diante da aposentadoria do investigado, em 03/03/2006, o Ministério Público Federal, pediu ao Relator no STJ o desmembramento do inquérito e a sua remessa à Justiça Estadual de primeiro grau, tendo em vista não possuir mais o investigado a prerrogativa de foro, nos termos decididos pelo STF na ADI 2797. O pedido foi acolhido, em despacho de 16/05/2006, com base no precedente do STF, determinando-se a remessa dos autos a uma das varas criminais estaduais de Fortaleza/CE.

Contra esse despacho, a defesa constituída do indiciado interpôs agravo regimental, alegando ofensa ao art. 95, I, e ao art. 105, I, ambos da CF. O agravo foi julgado, em 19/06/2006, sendo-lhe negado provimento, à unanimidade, pela Corte Especial do STJ, por entender que “o magistrado aposentado, afastado que se encontra, para sempre, da função judicante, não está amparado pelas ‘garantias especiais de permanência e definitividade no cargo’”. Além disso, consignou-se que:

De outro lado, o Supremo Tribunal Federal, [...]houve por bem declarar a inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do art. 84 do Código de Processo Penal, inseridos pelo art. 10 da Lei 10.628, de 2002, no tocante ao foro privilegiado, cessando, em consequência, a competência do Superior Tribunal de Justiça para conhecer e julgar a presente ação penal, diante do encerramento definitivo pela aposentadoria do agravante do exercício da função.

Houve interposição de embargos de declaração, pela defesa, alegando omissão no enfrentamento dos fundamentos constitucionais da vitaliciedade e da prerrogativa de foro. Em 04/10/2006, a Corte Especial complementou a decisão para negar provimento aos embargos, enfatizando “não haver maltrato à norma constitucional garantidora da vitaliciedade do magistrado, porquanto esta prerrogativa, por óbvio, apenas tem aplicabilidade em relação àqueles da ativa”. Reiterou a inconstitucionalidade declarada na ADI 2797, pelo STF.

¹³⁴¹ “Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade: Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa”.

¹³⁴² “Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: I - processar e julgar, originariamente: a) nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais”.

Aviou-se, então, recurso extraordinário, com fulcro na hipótese “a” do permissivo constitucional, com alegação de violação à regra da vitaliciedade, prevista no art. 95, I, garantia que só pode ser afastada por sentença transitada em julgado, na qual se consigne a perda do cargo. Consignou, ainda, que a melhor interpretação do art. 105, I, “a”, seria a de que o desembargador aposentado manteria o foro por prerrogativa de função, perante o STJ, como medida de evitar que o mesmo se submetesse a julgamento por magistrado que eventualmente possa ter sofrido alguma sanção disciplinar por ele imposta. O recurso não foi admitido na origem, por falta de prequestionamento dos dispositivos apontados como violados. Foi, então, manejado agravo de instrumento (AI 651.182/CE), o qual foi convertido em RE, pelo Relator no STF, Min. Ricardo Lewandowski.

O julgamento do RE foi iniciado na Primeira Turma, mas, em decisão de 23/10/2007, foi afetado ao Pleno da Corte, em virtude da natureza da questão nele debatida, qual seja, saber se o foro especial, por prerrogativa de função é ou não extensível àqueles que se aposentaram em cargos cujos ocupantes ostentavam tal garantia.

6.24.2. A repercussão geral e o resultado do julgamento.

Não houve uma discussão acerca da repercussão geral diretamente no bojo do RE 549.560/CE. Essa discussão, em verdade, foi trava no exame de admissibilidade de outro recurso extraordinário, o RE 642.553/DF (que tratava da competência criminal para julgar desembargadores aposentados do TJ/ES), também afetado ao Tema 453, e no qual, em 01/07/2011, se decidiu, com 9 votos favoráveis e 2 abstenções, o seguinte:

No caso, a controvérsia central cinge-se a determinar se os preceitos constitucionais invocados autorizam a manutenção da prerrogativa de foro para magistrados que não mais exercem o cargo em razão de aposentadoria.

O tema constitucional debatido neste processo diz respeito ao questionamento sobre a manutenção da prerrogativa de foro mesmo quando cessado o exercício do cargo, considerando-se, inclusive, a garantia da vitaliciedade.

Portanto, revela-se tema com manifesta relevância social e jurídica, que ultrapassa os interesses subjetivos da causa e que depende da manifestação desta Corte para a pacificação da matéria. Nesse sentido, entendo configurada a repercussão geral da matéria constitucional.

Essa fundamentação passou a valer para o RE 549.560/CE, no qual se concentrou o julgamento do mérito da questão temática, para servir de paradigma para os demais casos com mesmo fundamento e em apreciação no próprio STF.

O Tribunal Pleno, em 22/03/2012, por maioria e nos termos do voto do Relator, negou provimento ao recurso, contra os votos dos Senhores Ministros Menezes Direito, Eros Grau, Gilmar Mendes e Presidente, Ministro Cezar Peluso. Não votaram os Senhores Ministros Luiz Fux e Dias Toffoli. Ementa:

PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO PENAL. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. DESEMBARGADOR DO ESTADO DO CEARÁ. EX-PRESIDENTE E EX-CORREGEDOR GERAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO. DESLOCAMENTO PARA O PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO. SÚMULAS 394 E 451 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INAPLICABILIDADE. PROVIMENTO VITALÍCIO. GARANTIA CONFERIDA AOS SERVIDORES DA ATIVA PARA PERMANECEREM NO CARGO. RECURSO IMPROVIDO. I – A vitaliciedade é garantia inerente ao exercício do cargo pelos magistrados e tem como objetivo prover a jurisdição de independência e imparcialidade. II – Exercem a jurisdição, tão-somente, os magistrados na atividade, não se estendendo aos inativos o foro especial por prerrogativa de função. III – A aposentadoria do magistrado, ainda que voluntária, transfere a competência para processamento e julgamento de eventual ilícito penal para o primeiro grau de jurisdição. IV – Recurso extraordinário a que se nega provimento.

Trânsito em julgado 17/06/2014. Tese enunciada: “O foro especial por prerrogativa de função não se estende a magistrados aposentados”.¹³⁴³ Entre a admissão da RG no RE 642.553/DF e o julgamento do mérito do RE 549.560/CE passaram-se 8 meses. Nenhum processo sobrestado, remetido ou devolvido.

6.24.3. Análise.

O ponto central do debate travado na Corte foi de ordem interpretativa do texto constitucional, em verdadeira e explícita adoção da teoria lógico-argumentativa, que vê na atividade judicial, uma atividade reconstrutora das normas jurídicas, através da interpretação dos textos legislativos¹³⁴⁴.

¹³⁴³ O entendimento do STF nesse julgamento se harmonizou com o que proferiu no julgamento da ADI 2797/DF (Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 15/09/2005, DJ 19-12-2006), em que declarara a inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do art. 84 do Código de Processo Penal e da manutenção da prerrogativa de foro após o fim do exercício da função que conferia prerrogativa de foro. Nesse sentido, na doutrina, cf.: NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 11. ed. São Paulo: RT, 2012, p. 269-270; TÁVORA; ALENCAR, 2014, p. 358; PACELLI, 2014, p. 223-225; GRINOVER, 2010, p. 50; entre outros.

¹³⁴⁴ Nesse sentido, cf. todo o capítulo 1 do presente trabalho e, especialmente, os tópicos 1.4 e 1.5.

Nesse caso, tal ponto foi o sentido da expressão “vitaliciedade”, contida no art. 95, I. Por óbvio, o significado literal da expressão se refere “à toda vida” ou “enquanto viver”. Nesse sentido, preconizada pelo recorrente e nos votos vencidos, que o juiz (desembargador, ministro etc.) manteria, mesmo depois de aposentado e até morrer, o direito à prerrogativa de ser processado e julgado no mesmo tribunal competente para processá-lo e julgá-lo se estivesse no exercício do cargo. Entretanto, o sentido que prevaleceu na interpretação do texto do art. 95, I, e do art. 105, I, “a”, não foi esse, mas o de que “[a] vitaliciedade como categoria técnica não significa por toda a vida; significa que o titular do cargo não pode dele se desinvestir senão por efeito de uma sentença judicial com trânsito em julgado”¹³⁴⁵. Isto é, decidiu-se que a garantia da vitaliciedade não seria uma garantia dada à pessoa ocupante do cargo, por toda a sua vida, mas dada a quem está, de fato e de direito no exercício do cargo e apenas enquanto assim estiver. Assim, com o fim do exercício das atribuições do cargo, como em razão da aposentadoria, encerraria a aplicação da garantia por faltar-lhe utilidade do ponto de vista do interesse público.

Veja-se que essa interpretação reconstruiu uma norma jurídica, a partir do caso concreto, e vinculante para as demais aplicações futuras dos arts. 95, I, e 105, I, “a”, da CF. Houve verdadeiro desempenho, por parte do STF, nesse caso, de sua função de intérprete da Constituição Federal, para a atribuição de sentido ao texto constitucional, e de formador de precedentes, para orientar as aplicações possíveis e futuras dos dispositivos constitucionais analisados.

Quando à repercussão geral, é importante dizer que, quando o RE deste caso foi interposto, ainda não era exigível a demonstração desse requisito de admissibilidade, motivo pelo qual não constou nenhuma preliminar nesse sentido. Isso, contudo, não impediu o Tribunal de dar ao recurso os efeitos de um julgamento de repercussão geral, com o fim de consolidar a interpretação do texto constitucional, com efeitos vinculantes para todas as demais instâncias, na forma preconizada pela lei vigente do instituto, à época (CPC/73, arts. 543-A e B). Como havia outros recursos extraordinários com a mesma controvérsia em apreciação no STF, elegeu-se o RE 549.560/CE como paradigma da questão no julgamento do mérito, tomando-se emprestada a fundamentação da repercussão geral de outro recurso afetado, o RE 642.553/DF, relativo a de-

¹³⁴⁵ Trecho do voto do Min. Ayres Britto.

sembargadores aposentados do TJ/ES. Nesse, salientou-se a manifesta relevância social e jurídica, a ultrapassar os interesses subjetivos da causa, em virtude da necessidade de pacificação da matéria. Vê-se que a existência de controvérsia acerca do tema e a necessidade de pacificação, pelo STF, foram os elementos de atribuição da relevância e transcendência do pronunciamento da Corte.

Nota-se, também, o retorno da temática da competência criminal entre as hipóteses de repercussão geral, confirmando o que já se havia assentado nos Temas 154 e 170 e sobre o que debatemos mais detidamente na análise do Tema 393. Novamente, neste caso, a norma de competência examinada (art. 105, I, “a”) é norma de competência absoluta, não em razão da matéria, como em dois dos temas precedentes (154 e 393), mas em razão da função, o que, de qualquer forma, demonstra que qualquer controvérsia que envolva regra constitucional de competência absoluta deve ser considerada como possuidora de repercussão geral.

6.25. TEMA 478 – ALCANCE DO PRINCÍPIO DA AUTODEFESA FRENTE AO CRIME DE FALSA IDENTIDADE.

Caso paradigma	Recurso Extraordinário 549.560/CE
Questão constitucional	Tipicidade, ou não, à luz do art. 5º, LXIII, da Constituição Federal, da conduta de atribuir-se, em atitude de autodefesa, identidade falsa perante autoridade policial (art. 307 do Código Penal), com a finalidade de omitir antecedentes criminais.
Ramo do direito	Direito Penal
Resultado	Repercussão geral com reafirmação de jurisprudência
Tese enunciada	O princípio constitucional da autodefesa (art. 5º, LXIII, da CF/88) não alcança aquele que atribui falsa identidade perante autoridade policial com o intento de ocultar maus antecedentes, sendo, portanto, típica a conduta praticada pelo agente (art. 307 do CP).

6.25.1. O caso.

M.C.V. foi condenado pelo juiz da 3ª Vara Criminal de Ceilândia, como incurso no crime do art. 307 do Código Penal¹³⁴⁶, por ter se identificado à autoridade policial, por ocasião de sua prisão em flagrante por furto qualificado, com o nome de seu sobrinho, F.C.F. Entendeu o magistrado que:

[...]o uso de identidade falsa, por ocasião da qualificação na polícia, caracteriza o crime previsto no art. 307 do Código Penal, ainda que a pessoa o faça no intuito de autodefesa, eis que a garantia constitucional ao silêncio não legitima o acusado à prática de um novo delito capitulado no Código Penal.

Contra a sentença, a defesa, exercida pela Defensoria Pública do Distrito Federal e Territórios, interpôs recurso de apelação, alegando a atipicidade da conduta, haja vista ter agido amparado pelo direito ao silêncio e ampla defesa. O TJDF, por sua 2ª Turma Criminal, julgou, em 06/08/2010, a apelação defensiva, dando-lhe provimento, sob o entendimento de que

A conduta daquele que se atribui falsa identidade perante autoridade policial, em atitude de autodefesa, é atípica, em observância ao disposto no artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal, que garante o direito ao silêncio, bem como por inexistir perigo de lesão a bem juridicamente tutelado (Precedentes do STJ e TJDF).

Contra esse acórdão, o MPDFT interpôs recurso extraordinário, com fundamento no art. 102, III, “a”, da CF, alegando contrariedade do acórdão recorrido ao disposto no art. 5º, LXIII (direito ao silêncio), já que, em sua ótica, o direito de autodefesa não comportaria interpretação extensiva à conduta do agente de atribuir-se falsa identidade por ocasião da lavratura do auto de prisão em flagrante, visando omitir antecedentes criminais. Quanto à repercussão geral, aduziu que decorreria da necessidade de o “STF declarar o equívoco da interpretação conferida pela instância *a quo* ao artigo da Lei Maior”, bem como “da magnitude e abrangência da questão que repercute em processos criminais semelhantes que se repetem com evidente constância na rotina forense”. Salientou, ademais, que a relevância jurídica do tema decorreria também do fato de a decisão recorrida colidir com o entendimento do Pretório Excelso” em casos julgados análogos, “tipificando-se, no ponto, a presunção absoluta disposta no §3º do art. 543-A”.

¹³⁴⁶ **Falsa identidade.** Art. 307 - Atribuir-se ou atribuir a terceiro falsa identidade para obter vantagem, em proveito próprio ou alheio, ou para causar dano a outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa, se o fato não constitui elemento de crime mais grave”.

6.25.2. A repercussão geral e o resultado do julgamento.

O Relator do RE no STF, Min. Dias Toffoli, em 01/09/2011, entendeu pela existência de repercussão geral da matéria, mas, também, pela existência de jurisprudência dominante sobre a mesma no STF, em sentido contrário ao do acórdão recorrido, e, por isso, aplicou ao caso o procedimento o art. 323-A do RISTF, para conhecer do recurso extraordinário e a ele dar provimento para reformar parcialmente o acórdão recorrido e restabelecer a condenação proferida pelo Juízo de primeiro grau quanto ao delito previsto no art. 307 do Código Penal. Eis os trechos pertinentes da decisão:

Entendo que a questão apresenta densidade constitucional e extrapola os limites subjetivos das partes, dada a relevância da matéria.

Considerando a quantidade de causas similares que tramitam em todas as instâncias da Justiça brasileira e o fato de o presente recurso ser representativo da controvérsia aqui suscitada, o reconhecimento da relevância do tema constitucional aqui deduzido e o seu julgamento, sob a égide da repercussão geral, possibilitará a fruição de todos os benefícios daí decorrentes.

Aliás, é farta a jurisprudência da Corte no sentido de ser fato típico o ato de o agente, ao ser preso, com o intento de ocultar seus maus antecedentes, identificar-se com nome falso. Confira-se:

[...] II. - Tipifica o crime de falsa identidade o fato de o agente, ao ser preso, identificar-se com nome falso, com o objetivo de esconder seus maus antecedentes. [...] (HC nº 72.377/SP, Segunda Turma, Relator o Ministro Carlos Velloso, DJ de 30/6/95);

[...] Uso de documento falso (C.Pen., art. 304): não o descaracterizam nem o fato de a exibição de cédula de identidade e de carteira de habilitação terem sido exibidas ao policial por exigência deste e não por iniciativa do agente - pois essa e a forma normal de utilização de tais documentos -, nem a de, com a exibição, pretender-se inculcar falsa identidade, dado o art. 307 C. Pen. ser um tipo subsidiário (HC nº 70.179/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 24/6/94).

No mesmo sentido destaco o RE nº 561.704/SP-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 3/4/09; o HC nº 92.763/MS, Segunda Turma, Relator o Ministro Eros Grau, DJe de 25/4/08; o HC nº 73.161/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro Sydney Sanches, DJ de 22/11/96, e, ainda, as seguintes decisões monocráticas: RE nº 640.133/DF, Relator o Ministro Ayres Britto, DJe de 5/8/11; RE nº 639.732/DF, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 13/6/11; e RE nº 630.11/DF, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 1º/10/10, entre outros.

Ante o exposto, manifesto-me pelo reconhecimento da repercussão geral do tema constitucional examinado no presente recurso extraordinário e pela ratificação da jurisprudência deste Supremo Tribunal, consolidada no sentido de que o princípio constitucional da autodefesa (art. 5º, inciso LXIII, da CF/88) não alcança aquele que atribui falsa identidade perante autoridade policial com

o intento de ocultar maus antecedentes, sendo, portanto, típica a conduta praticada pelo agente (art. 307 do CP). Portanto, nos termos do art. 323-A do Regimento Interno desta Suprema Corte, conheço do recurso extraordinário e a ele dou provimento para reformar parcialmente o acórdão recorrido, tão somente para restabelecer a condenação proferida pelo Juízo de primeiro grau quanto ao delito previsto no art. 307 do Código Penal (fls. 238 a 255).

Por meio do Plenário Virtual, em 22/09/2011, o Tribunal, com 6 votos favoráveis, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada e, no mérito, reafirmou a jurisprudência dominante sobre a matéria, vencido o Ministro Marco Aurélio. Não se manifestaram os Ministros Cezar Peluso, Ayres Britto e Cármen Lúcia. Trânsito em julgado 14/11/2011. Tese enunciada: “O princípio constitucional da autodefesa (art. 5º, LXIII, da CF/88) não alcança aquele que atribui falsa identidade perante autoridade policial com o intento de ocultar maus antecedentes, sendo, portanto, típica a conduta praticada pelo agente (art. 307 do CP)”¹³⁴⁷.

4 processos restaram sobrestados nos tribunais de origem, no aguardo da decisão de mérito; não houve envio de representativos e apenas 1 processo foi devolvido pelo STF à origem¹³⁴⁸.

6.25.3. Análise.

Tal como no tema anterior, a Corte Suprema desempenhou seu papel de intérprete da Constituição Federal. Neste caso, o STF debruçou-se sobre a interpretação do art. 5º, LXIII, e sua incidência sobre o art. 307 do CP, a fim de definir se o exercício do direito ao silêncio alcançaria o direito de mentir sobre a própria identidade, por ocasião da identificação perante a autoridade policial, e, assim, tornar penalmente atípica tal conduta, como decorrência do exercício de autodefesa da liberdade. A resposta do STF foi negativa, em confirmação ao entendimento já consolidado no próprio Tribunal sobre o tema, situação que permitiu adotar-se o procedimento do art. 323-A do RISTF – com a sempre pertinente discordância do Min. Marco Aurélio quanto

¹³⁴⁷ Doutrina concorde com a tese firmada pelo STF: HUNGRIA, Nelson. **Comentários do código penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 9, p. 308; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Dos crimes contra os costumes aos crimes contra a Administração**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 105-106; MAZZILLI, 1999, p. 305-308; GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte especial**. 3. ed. Niterói: Impetus, 2007, v. IV, p. 330-332; COELHO, 2015, p. 973; entre outros. Em sentido contrário, admitindo a atribuição de falsa identidade como meio de defesa e para escapar da ação policial e evitar a prisão, cf: NUCCI, 2015b, p. 1049; DELMANTO et al., 2010, p. 880.

¹³⁴⁸ O RE 1101569.

a essa forma de deliberação do Pleno – para julgar o caso no Plenário Virtual e, por isso, sem fundamentação expressa dos ministros quanto ao teor de seus votos.

Digno de nota o fato de tratar-se do 7º tema de direito criminal (o 2º do Min. Dias Toffoli) que envolve presunção absoluta de repercussão geral, nos termos do art. 543-A, §3º, do CPC/73 (atual art. 1.035, §3º, do NCPC), em razão de haver jurisprudência dominante no STF sobre o tema. Isso demonstra a consolidação dessa técnica de julgamento, que, a partir da atribuição dos efeitos da repercussão geral, intenta fazer com que o STF não tenha que se pronunciar mais de uma vez sobre a mesma controvérsia constitucional, deixando os tribunais de origem com a incumbência de, nos termos do art. 1.030, I, “a”, do CPC, negar seguimento aos recursos extraordinário que porventura venham a levantar a mesma questão; lembrando que dessa hipótese de rejeição da admissibilidade do RE não cabe o recurso de agravo em recurso extraordinário do art. 1.042 do CPC, mas tão somente o agravo interno do art. 1.021, cf. art. 1.030, §2º. A crítica que permanece quanto a esse tipo de julgamento é a relativa ao procedimento de votação em Plenário Virtual, que não propicia um ambiente favorável ao debate entre os ministros, as partes e eventuais terceiros interessados, indo, nesse ponto, de encontro à atuação de uma verdadeira Corte Suprema.

6.26. TEMA 613 – CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 362 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL (DISPOSITIVO QUE TRATA DA CITAÇÃO POR HORA CERTA)

Caso paradigma	Recurso Extraordinário 635.145/RS
Questão constitucional	Constitucionalidade, ou não, do art. 362 do Código de Processo Penal (dispositivo que trata da citação por hora certa), à luz dos princípios do contraditório e da ampla defesa.
Ramo do direito	Direito Processual Penal
Resultado	Julgado mérito de repercussão geral
Tese enunciada	<ol style="list-style-type: none"> 1. É constitucional a citação por hora certa, prevista no art. 362, do Código de Processo Penal. 2. A ocultação do réu para ser citado infringe cláusulas constitucionais do devido processo legal e viola as garantias constitucionais do

acesso à justiça e da razoável duração do processo.

6.26.1. O caso.

F.M. foi denunciado pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, perante o juízo da comarca de Veranópolis/RS, em 06/04/2009, sob acusação de cometimento do crime do art. 309, caput, da Lei 9.503/97 (dirigir sem permissão)¹³⁴⁹. Recebida a denúncia e determinada a citação e intimação, para comparecimento à audiência de instrução do rito sumaríssimo (Lei 9.099/95), o oficial de justiça certificou, em 14/08/2009, ter comparecido por três vezes à residência do citando, sem encontrá-lo, mas deixando, em todas as ocasiões, aviso escrito com sua esposa. Na última ocasião, por desconfiar de ocultação, intimou a esposa do réu de que voltaria em data e hora certa para intimá-lo, em 17/08/2009, às 13 horas e 30 minutos; tendo retornado e não tendo encontrado o citando, procedeu à sua citação por hora certa, na pessoa da cônjuge. A instrução ocorreu sem a presença do acusado, tendo sido decretada sua revelia. A defesa, exercida pela Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul arguiu, preliminarmente, a inconstitucionalidade da citação por hora certa no processo penal, sendo tal alegação rejeitada pelo juiz e condenado o réu, pelo crime descrito na denúncia, à pena de 6 meses de detenção, regime inicial aberto, substituída pela de prestação de serviços comunitários.

A defesa, então, apelou, sustentando novamente a inconstitucionalidade do art. 362 do CPP (com redação dada pela Lei 11.719/08), por ofensa ao art. 5º, LV. A Turma Recursal Criminal da comarca de Veranópolis, em 12/04/2010, conheceu da apelação, mas, à unanimidade, negou-lhe provimento, por entender inexistir contrariedade do art. 362 do CPP ao art. 5º, LV, da CF. Consignou que “Reconhecer a inconstitucionalidade acabaria por beneficiar o acusado por circunstância que tumultua o processo causada por ele mesmo, o que resta vedado pelo ordenamento já que a ninguém se alcançará benefício em razão de sua própria torpeza”.

Contra o acórdão da TR, a defesa interpôs embargos de declaração, aos quais se negou provimento. Seguiu-se a interposição de recurso extraordinário, com fundamento no art. 102, III,

¹³⁴⁹ “Art. 309. Dirigir veículo automotor, em via pública, sem a devida Permissão para Dirigir ou Habilitação ou, ainda, se cassado o direito de dirigir, gerando perigo de dano: Penas - detenção, de seis meses a um ano, ou multa”.

“a”, repetindo a mesma alegação de inconstitucionalidade do art. 362 do CPP frente ao art. 5º, LV, CF. Defendeu a existência de repercussão geral do tema em preliminar própria.

O recurso foi inadmitido, na origem, por ausência de repercussão geral, de prequestionamento e de ofensa direta à Constituição, o que foi impugnado por agravo, ao qual (AI 808.375/RS), em 18/08/2010, o Relator no STF, Min. Marco Aurélio, deu provimento, para conversão em recurso extraordinário.

6.26.2. A repercussão geral e o resultado do julgamento.

No exame da preliminar de repercussão geral, o Min. Relator disse:

O tema envolve o devido processo legal sob o ângulo da liberdade de ir e vir do cidadão. A controvérsia sobre a higidez da citação por hora certa é passível de repetir-se em inúmeros casos, estando a exigir a palavra final do Supremo. [...]Admito configurada a repercussão geral.

Submetido ao Plenário Virtual, 7 ministros votaram pela existência de repercussão geral do tema, 3 não se manifestaram, sendo a mesma considerada reconhecida em 08/11/2012.

Em 01/08/2016, o Tribunal Pleno, por maioria, apreciando o tema 613 da repercussão geral, negou provimento ao recurso extraordinário, vencido em parte o Ministro Marco Aurélio (Relator). Por unanimidade, o Tribunal, por reconhecer a prescrição da pretensão punitiva, concedeu *habeas corpus* de ofício. Redigiu o acórdão o Ministro Luiz Fux. A ementa restou assim redigida:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PROCESSO PENAL. CITAÇÃO POR HORA CERTA. ARTIGO 362 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. CONSTITUCIONALIDADE. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. 1. É constitucional a citação por hora certa, prevista no art. 362, do Código de Processo Penal. 2. A conformação dada pelo legislador à citação por hora certa está de acordo com a Constituição Federal e com o Pacto de São José da Costa Rica. 3. A ocultação do réu para ser citado infringe cláusulas constitucionais do devido processo legal e viola as garantias constitucionais do acesso à justiça e da razoável duração do processo. 4. O acusado que se utiliza de meios escusos para não ser pessoalmente citado atua em exercício abusivo de seu direito de defesa. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

Acórdão publicado no DJe de 13/09/2017. Trânsito em julgado em 19/10/2017. Tese enunciada:

“1. É constitucional a citação por hora certa, prevista no art. 362, do Código de Processo Penal. 2. A ocultação do réu para ser citado infringe cláusulas constitucionais do devido processo legal e viola as garantias constitucionais do acesso à justiça e da razoável duração do processo”.

Processos sobrestados: 1 no TJMG; devolvidos: 3, todos do TJSP¹³⁵⁰; nenhum representativo da controvérsia.

6.26.3. Análise.

Com o julgamento do RE 635.145/RS, chega-se ao 8º caso de recurso extraordinário interposto a partir de caso julgado em juizado especial criminal, com repercussão geral admitida, ao lado dos Temas 113, 183, 187, 238, 239, 240 e 451. Definitivamente, a natureza de menor potencial ofensivo do crime (pena máxima de até 2 anos) ou o rito sumaríssimo (Leis 9.099/95 e 10.259/01) não são vetores de afastamento da repercussão geral.

Também se assenta, de forma incontestável, que a constitucionalidade de normas processuais criminais, sejam elas de que rito for, possuem repercussão geral, dado o caráter público do Direito Processual e o seu alcance para indeterminados processos em curso, findos ou por vir. A peculiaridade do caso em exame é ter incluído no rol de temas relevantes e transcendentais a citação, mais especificamente a espécie de citação ficta por hora certa. No tocante às regras de citação, não bastasse o caráter público das normas processuais, trata-se de ato intimamente ligado aos princípios do contraditório e da ampla (art. 5º, LV), sob os quais se examinou a constitucionalidade do instituto da citação por hora certa, para concluir (à unanimidade, nesse ponto) pela sua conformidade constitucional.¹³⁵¹

Ademais, a citação, como primeiro ato de cientificação da instauração de um processo e de formação da relação processual (art. 363, CPP)¹³⁵², sempre teve como natureza um ato de ordem pública. No processo penal, isso não podia ser diferente, já que é através dele que o acusado se

¹³⁵⁰ ARE 827839, ARE 827840 e ARE 827841.

¹³⁵¹ Da doutrina se colhem posições que coincidem com o entendimento do STF, como: LIMA, M.P., 2016, p. 922-923; LIMA, R. B., 2014, p. 1213-1214; RANGEL, 2014, p. 934-935; LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed.. São Paulo: Saraiva, 2016, pág. 448-449; BADARÓ, 2016, p. 371-372; ISHIDA, Válder Kenji. **Processo penal**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 182; BRITO, Alexis Couto de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira. **Processo penal**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 176; MENDONÇA, Andrey Borges de. **Nova reforma do código de processo penal**. São Paulo: Método, 2008, p. 217; NUCCI, 2015a, p. 592-594; bem como posições contrárias, como a de: DELMANTO JUNIOR, Roberto. **Inatividade no Processo Penal Brasileiro**. São Paulo, RT, 2004. p. 152; DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. 2. ed. em *e-book*. São Paulo: RT, 2016, 14.5.3; GRINOVER, 2010, p. 106-107 (mas entendendo que deve haver suspensão do processo); entre outros. Sobre o tema, conferir a laboriosa dissertação de mestrado de Marciley Boldrini da Silva: **Uma análise sobre a constitucionalidade da citação por hora certa aplicada ao processo penal**. 2017. 135 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Programa de Pós-graduação em Direito Processual, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2017.

¹³⁵² “Art. 363. O processo terá completada a sua formação quando realizada a citação do acusado”.

transforma em réu, toma ciência das acusações que lhe são direcionadas e prepara sua defesa.¹³⁵³ Temas, portanto, ligados às normas que regem esse ato processual são de clara repercussão geral, como assinalou o STF. O mesmo pode-se dizer acerca das intimações, consoante RG reconhecida no Tema 240.

Em relação aos efeitos da decisão de mérito, entendemos importante salientar, rapidamente, que, apesar da constitucionalidade da citação por hora certa ter ficado sedimentada, o mesmo não ocorreu com a questão da possibilidade de essa modalidade de citação ficta ocorrer no âmbito dos juizados especiais criminais. Tal questão foi levantada e bastante discutida nos debates orais, mas, decidiu-se, ao fim, que a mesma não fazia parte dos fundamentos do recurso, além de se tratar de matéria infraconstitucional, examinada à luz dos arts. 66 e 92 da Lei 9.099/95. Desse modo, embora tenha havido algumas manifestações sobre a validade, ou não, da citação por hora certa no rito sumaríssimo, tais debates configuraram – como expressamente salientado nas notas taquigráficas – *obiter dictum*, isto é, razões que, por terem sido apenas tangenciadas no julgamento do mérito, não compõem a *ratio decidendi*, ou seja, a fundamentação vinculante da decisão judicial.¹³⁵⁴ Continua prevalecendo, portanto, quanto à citação por hora certa nos juizados especiais, a interpretação da legislação infraconstitucional feita pelo Superior Tribunal de Justiça, no sentido de sua ilegalidade.¹³⁵⁵

Por fim, também ressei desse caso, tal como no julgamento do Tema 113, a superação da questão preliminar da prescrição, a fim de não se perder a oportunidade de interpretar a legislação processual penal à luz da Constituição e entregar a norma jurídica devidamente interpretada.

6.27. TEMA 626 – CONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO À CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM PENA RESTRITIVA DE DIREITOS, PREVISTA NOS ARTIGOS 33, § 4º, E 44, CAPUT, DA LEI 11.343/2006.

¹³⁵³ TOURINHO FILHO, 2010, v. 3, p. 186-188; MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000, p. 207. No mesmo sentido: LIMA, M.P., 2016, p. 917; ISHIDA, 2009, p. 179-180; BRITO; FABRETTI; LIMA, 2015, p. 166-167; DEZEM, 2016, 14.5.1.

¹³⁵⁴ Cf. tópico 2.3.1.

¹³⁵⁵ “[...]3. Iniciado o processo perante o Juizado Especial Criminal, com a denúncia oferecida pelo Ministério Público, e justificada a ausência de proposta porque o réu estava foragido, não se apresenta adequado o uso da citação por hora certa, como meio idôneo para chamar o acusado para a audiência de instrução e julgamento. 4. Recurso Ordinário de Habeas Corpus parcialmente provido, com o fim de apenas anular a citação realizada no juízo de origem, para que, mantido o status de foragido, seja o paciente citado pelo meio próprio, ou seja, por edital, com o encaminhamento dos autos ao juízo criminal comum, se for o caso” (RHC 39.059/RJ, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), Rel. p/ Acórdão Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 18/02/2014, DJe 01/07/2014).

Caso paradigma	Recurso Extraordinário com Agravo 663.261/SP
Questão constitucional	Constitucionalidade, ou não, da vedação à conversão da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos, prevista nos arts. 33, § 4º, e 44, caput, da Lei 11.343/2006, à luz dos arts. 2º; 5º, XLIII; e 52, X, da Constituição Federal.
Ramo do direito	Direito Penal
Resultado	Repercussão geral com reafirmação de jurisprudência
Tese enunciada	É inconstitucional a vedação à conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, prevista nos artigos 33, § 4º, e 44, caput, da Lei 11.343/2006.

6.27.1. O caso.

G.N.C. foi condenado pelo juiz da 5ª Vara Criminal da comarca de São José do Rio Preto/SP, em 11/05/2009, como incurso no crime do art. 33, §4º, da Lei 11.343/06, por estar de posse de 3,95 gramas de “crack”, com intuito de mercancia, à pena de 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial fechado. A defesa, exercida pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, interpôs apelação, à qual a 11ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do mesmo Estado, em 10/02/2010, deu provimento para reduzir a pena para 1 ano e 8 meses, mantidos os demais termos da sentença.

Transitado em julgado o acórdão, a defesa, então, impetrou *habeas corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça, para cassação da decisão do TJSP, alegando violação ao princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI), em razão de, no julgamento da apelação, não ter mudado o regime de cumprimento da pena para o aberto e por não ter convertido a pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, dado que preenchidos os requisitos legais para ambas as providências, de ofício. Em 21/10/2010, a 5ª Turma do STJ, à unanimidade, nos termos do voto do Relator, concedeu parcialmente a ordem, para permitir a substituição da pena, a ser fixada

pelo Juiz da Vara de Execuções Penais. A decisão foi tomada, com expressa ressalva da opinião do relator em sentido contrário, reverenciando o recente entendimento do colendo STF de ser inconstitucional a proibição de conversão de penas em crime de tráfico, nos termos do HC 97.256/RS, Rel. Min. Ayres de Brito, julgado em 01/09/2010; quanto ao regime, entendeu a Turma não haver mácula à individualização da pena, já que como “o delito ocorreu após a vigência da Lei 11.464/2007, impõe-se obrigatoriamente o regime fechado como o inicial, independentemente do *quantum* de pena aplicado”. Houve oposição de embargos de declaração pelo Ministério Público Federal, alegando “ofensa ao princípio da separação de poderes e do tratamento mais rigoroso que a Constituição conferiu aos crimes hediondos”; o recurso foi conhecido, mas negado, entendendo a Turma, em 05/05/2011, que “decisão que acompanha entendimento esposado pelo STF, possibilitando a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, ao condenado pelo crime de tráfico de drogas, que cumpre os requisitos legais, não ofende o princípio da separação dos poderes”.

Contra a decisão do STJ, o MPF interpôs recurso extraordinário, com fundamento no art. 102, III, “a”, CF, apontando ofensa aos artigos 2^o¹³⁵⁶, 5^o, XLIII, e 52, X¹³⁵⁷, da Constituição Federal. Afirmou que o Tribunal de origem conferiu ao condenado pela prática de crime equiparado a hediondo (tráfico de drogas) tratamento idêntico àqueles encarcerados em virtude do cometimento de infrações penais de menor gravidade. Sustentou, ainda, a plena eficácia da norma do art. 33, §4^o, da Lei 11.343/06, que impede a conversão em penas restritivas de direitos, razão pela qual considera indevida a conversão efetuada no caso concreto. Em relação à repercussão geral, aduziu que “a correta e precisa interpretação dos arts. 2^o, 5^o, inciso XLIII e 52, X, todos da Carta Magna, é de suma importância para toda a sociedade”, ultrapassando, por isso, o interesse das partes litigantes. O RE não foi admitido na origem, por decisão do Vice-Presidente do STJ, de 31/08/2011, sob o fundamento de que a decisão recorrida estava em plena harmonia com a jurisprudência dominante do STF sobre a matéria; citou ementa do HC 102.055/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 29/03/2011. Contra essa decisão, o MPF, interpôs recurso de agravo.

¹³⁵⁶ “Art. 2^o São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

¹³⁵⁷ “Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: [...]X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.

6.27.2. A repercussão geral e o resultado do julgamento.

No exame da preliminar de repercussão geral, o Min. Relator Luiz Fux, salientou que a pretensão do recorrente colidia com a interpretação do STF sobre o tema, fixada no julgamento do HC 97.256/RS. Rel. Min. Ayres Britto, julgado pelo Pleno em 01/09/2010, DJe de 16/12/2010, no sentido da inconstitucionalidade da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, constante do artigo 33, § 4º, bem como da expressão “vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos”, constante do artigo 44, ambos da Lei 11.343/2006. “Naquela oportunidade”, disse:

[...]o Plenário entendeu pela possibilidade de conversão da pena privativa de liberdade em pena restritiva de direitos, ante a inconstitucionalidade da vedação em abstrato à sua conversão, devendo-se, todavia, perquirir sobre o preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos exigidos pelo artigo 44 do Código Penal, sem que isso implique na imediata soltura do condenado.

Consignou-se que a vedação à conversão, de forma abstrata pelo legislador, colide com o princípio constitucional da individualização da pena e impede que o juiz da execução penal faça a aferição de natureza subjetiva.

Vale mencionar que o Senado Federal promulgou a Resolução nº 5 (15/02/2012), determinando a suspensão da expressão vedada a conversão em penas restritivas de direitos, constante do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06.

Sobre a repercussão geral do tema, ressaltou que “a *vexata quaestio* transcende os limites subjetivos da causa, porquanto versa sobre o princípio da individualização da pena, e revela-se relevante do ponto de vista social e jurídico”. Em razão disso, manifestou-se “pelo reconhecimento da repercussão geral da questão constitucional suscitada e pela reafirmação da jurisprudência desta Corte quanto à inconstitucionalidade da vedação à conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos”, negando, por isso, provimento ao recurso extraordinário.

Digno de registro o voto do Min. Marco Aurélio, sobre a questão preliminar:

2. Vê-se o descabimento do instituto da repercussão geral. Em primeiro lugar, o recurso extraordinário não foi admitido. Em segundo lugar, o agravo protocolado, até aqui, está sem apreciação. Em terceiro lugar, o relator, a um só tempo, submete o caso, sob o ângulo da repercussão geral, ao Plenário dito virtual, e desprovê o extraordinário interposto. Observem a organicidade e a dinâmica do Direito, não bastasse a ordem natural das coisas, cuja força é insuplantável. 3. Manifesto-me pela inadequação do instituto da repercussão geral.

Submetido ao Plenário Virtual, 7 ministros votaram pela existência de repercussão geral do tema, 1 pela inexistência e 2 não se manifestaram, sendo a mesma considerada reconhecida em 14/12/2012. No mesmo ambiente virtual, o Tribunal, por maioria, reafirmou a jurisprudência dominante sobre a matéria, vencido o Ministro Marco Aurélio. Eis a ementa do julgado:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO NO HABEAS CORPUS 97.256. INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO. CONTROVÉRSIA CONSTITUCIONAL COM REPERCUSSÃO GERAL. REAFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Acórdão publicado no DJe de 06/02/2013. Trânsito em julgado em 08/03/2013. Tese enunciada: “É inconstitucional a vedação à conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, prevista nos artigos 33, § 4º, e 44, caput, da Lei 11.343/2006”.¹³⁵⁸ Sobrestados 102 processos (1 no TJGO e 101 no TJSP), nenhum processo devolvido nem remetido.

6.27.3. Análise.

Trata-se de mais um caso de reafirmação de jurisprudência do STF, pela via da repercussão geral, presumida de forma absoluta, nos termos do art. 543-A, §3º, do CPC/73 – atual art. 1.035, §3º, do CPC. O Min. Marco Aurélio repetiu suas críticas ao procedimento, entendendo impossível a manifestação sobre a repercussão geral, sem que antes se decida pelo provimento do agravo e, principalmente, pela inviabilidade do julgamento do mérito do recurso pelo Plenário Virtual, sistema que não colabora com a efetiva discussão da matéria¹³⁵⁹.

A rigor, cremos que o caso sequer seria de conhecimento do recurso extraordinário, vez que visava a dar validade a norma infraconstitucional com (trecho com) execução suspensa em todo o território nacional, nos termos do art. 52, X, da CF e da Resolução nº 5 do Senado Federal. Nesse sentido, o agravo deveria ser desprovido. No entanto, como de praxe, o STF preferiu

¹³⁵⁸ Em sentido favorável à tese do STF, podemos citar: CARVALHO, S., 2010, p. 247-252; SOUZA, 2015, p. 78 e 125-127; CUNHA, Rogério Sanches. Art. 42. In: GOMES, Luiz Flávio. **Lei de drogas comentada: Lei 11.343/2006**. 2. ed. São Paulo: RT, 2007, p.233-234 GRECO R., 2014, p. 541; COELHO, 2015, p. 322-323; ESTEFAM; GONÇALVES, 2013, p. 509-510; GOMES; MOLINA, 2007, p. 785; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes federais**. 9. ed. São Paulo: Saraiva 2014, p. 1237-1238; entre outros. Em sentido contrário: NUCCI, 2010, p. 396-397; GUIMARÃES, 2008, p. 69-74 e 155-156.

¹³⁵⁹ De acordo com Alexandra Francisco (2011, p. 172) a posição do Min. Marco Aurélio “é clara no sentido da impropriedade da deliberação da repercussão geral no agravo de instrumento, ressaltando a inadequação legal dessa ampliação, tendo em vista além da vinculatividade do requisito de admissibilidade ao recurso extraordinário, [...] a particularidade do instituto ser definida pelo relator e não pelo colegiado, cuja recusa implica em maioria qualificada”, entendimento que é declarada em quase todas as suas manifestações sobre a matéria.

apreciar a questão, com o único fim de dar à sua interpretação do art. 5º, XLVI, sobre o art. 33, §4º, e 44 da Lei 11.343/06 os efeitos da repercussão geral, entre eles, principalmente o de barrar novos recursos extraordinários (art. 1.030, I, “a”) ou de agravos em recurso extraordinário (art. 1.042) na origem. Assim, em que pesem as críticas de ordem técnica do Min. Marco Aurélio, tal procedimento parece ter-se consolidado no âmbito do STF de maneira irreversível, preocupados que estão os ministros, aparentemente, mais com a obstaculização da entrada de processos no Tribunal do que com a ampla discussão da matéria no Plenário físico.

Por fim, do mérito, chama atenção o fato de o caso concreto tratar de acusação de tráfico contra jovem menor de 21 anos, negro, morador da periferia de cidade do interior paulista e com 3,95 gramas de “crack”, enfim, o conhecido perfil de “narcotraficante” da realidade forense brasileira. Esse caso, envolvendo um total de substância entorpecente com peso menor do que de uma moeda de R\$ 0,05 (que pesa 4,11 g)¹³⁶⁰, curiosamente ainda consegue chegar à Corte Suprema do país (para se tentar uma condenação à prisão!), estando em clara contrariedade à sua jurisprudência, o que só pode ser sinal de que os mecanismos de filtragem de acesso ao STF e de respeito às suas decisões realmente não estão funcionando perfeitamente. Quiçá, com a impressão dos efeitos da repercussão geral ao tema, isso nunca mais ocorra; salvo para corrigir a eventual má aplicação da lei penal em face do réu, ante à insignificância (atipicidade material) penal do fato de se portar ínfimas quantidades de substância entorpecente ou para garantir a autoridade do entendimento firmado pelo STF sobre o tema.

6.28. TEMA 647 – POSSIBILIDADE DA DECRETAÇÃO DE PERDIMENTO DE BEM APREENDIDO EM DECORRÊNCIA DO TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E DROGAS AFINS, QUANDO NÃO COMPROVADA SUA UTILIZAÇÃO HABITUAL OU SUA ADULTERAÇÃO PARA O COMETIMENTO DO CRIME.

Caso paradigma

Recurso Extraordinário 638.491/PR

Questão constitucional

Necessidade de comprovação de uso habitual do bem no cometimento do crime de tráfico

¹³⁶⁰ Cf. informação disponível em: <<http://guiadoscuriosos.uol.com.br/categorias/380/1/o-peso-das-moedas.html>>. Acesso em 24 mar. 2018.

	ilícito de entorpecentes e drogas afins, para viabilizar a decretação de perdimento do bem apreendido, à luz do art. 243, parágrafo único, da Constituição federal.
Ramo do direito	Direito Processual Penal
Resultado	Julgado mérito de repercussão geral
Tese enunciada	É possível o confisco de todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico de drogas, sem a necessidade de se perquirir a habitualidade, reiteração do uso do bem para tal finalidade, a sua modificação para dificultar a descoberta do local do acondicionamento da droga ou qualquer outro requisito além daqueles previstos expressamente no art. 243, parágrafo único, da Constituição Federal.

6.28.1. O caso.

C.A.G. foi preso, em 07/06/2004, na cidade de Querência do Norte/PR, de posse 89 kg de maconha, ocasião em que a droga foi apreendida, assim como também o foi o veículo em que estava, um GM ômega. Em ação penal decorrente do fato, foi condenado, pelo juiz da Vara Criminal da comarca de Loanda/PR, pelo crime do art. 12 da Lei 6.368/76, à pena de 5 anos de reclusão e multa; também restou sentenciado à perda do carro em favor da União, por ter sido “usado para fins ilícitos, ou seja, tráfico de substância entorpecente”.

A defesa constituída apelou, afirmando, em relação ao veículo, que se tratava de instrumento de trabalho do apelante na profissão de cobrador de uma empresa, como teria restado comprovado nos autos, sendo, por isso, absolutamente injusta sua perda. A 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Paraná, em 27/10/2005, à unanimidade, deu parcial provimento ao apelo defensivo, para determinar a restituição do veículo ao apelante. Entendeu o colegiado que “a perda do veículo pelo confisco deve ser reservada aos casos em que este efetivamente estiver sendo utilizado com destinação específica para o exercício do tráfico de entorpecente, não devendo ser confiscado, portanto, instrumento que eventualmente foi utilizado para a prática do delito”. Ademais, salientou-se não constar “que o veículo estivesse preparado especialmente para o acondicionamento da droga, sendo que foi utilizada a própria estrutura do carro para tal desiderato”, o que seria diferente de “alterar o interior do carro criando um fundo falso ou outra

adulteração semelhante, com o mesmo fim”. Também entendeu relevante não haver “qualquer resquício de prova de que esse veículo seria produto auferido com a narcotraficância, ou que fosse especialmente utilizado para esse fim”. Assim, em razão da necessária interpretação restritiva do art. 34 da Lei de Tóxicos “só se deve determinar o confisco de veículos quando cabalmente comprovada a sua preparação para a guarda de entorpecentes, ou quando o seu uso não for ocasional”, situações que não se revelaram presentes no caso.

O MPE/PR opôs embargos de declaração, alegando obscuridade do julgado na interpretação do art. 34, §13, da Lei 6.836/76¹³⁶¹ c/c o art. 243, parágrafo único, da CF¹³⁶², argumentando que tais dispositivos não exigem “a habitualidade no emprego do bem para o fim ilícito, a fim de que se autorize seu confisco”. O TJ/PR, porém, negou provimento ao recurso, sem alterar as razões de seu julgamento.

Seguiu-se interposição de recursos especial e extraordinário, pelo MPE/PR, este, com fundamento no art. 102, III, “a”, e alegação de violação ao art. 243, parágrafo único, da CF. Quanto à repercussão geral, afirmou que “a discussão da necessidade de se confiscar bens relacionados ao tráfico revela-se, sem dúvida, de significativa importância, tendo uma inquestionável repercussão geral em casos similares, atingindo, assim, o interesse de todo cidadão – e também do Estado”. Ademais, salientou que “caso se mantenha a decisão da Corte Estadual, que entende ser possível o confisco apenas em casos de habitualidade, a norma constitucional – e a própria exegese já externada por esta Colenda Corte Suprema no tema – restarão inviabilizados no Estado do Paraná”.

6.28.2. A repercussão geral e o resultado do julgamento.

No exame da preliminar de repercussão geral, o Min. Relator Luiz Fux, salientou que:

[...]o tema, aparentemente tranquilo, ainda não foi objeto de apreciação pelo Plenário desta Corte. No entanto, órgãos fracionários do Superior Tribunal de

¹³⁶¹ “§ 13. Na sentença de mérito, o juiz, nos autos do processo de conhecimento, decidirá sobre o perdimento dos bens e dos valores mencionados nos §§ 4o e 5o, e sobre o levantamento da caução”.

¹³⁶² “art. 243. [...]Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei”.

Justiça têm entendido pela necessidade de demonstração da utilização costumeira do bem para a prática delitiva nos casos de perdimento (RMS 20136, Quinta Turma, Ministra Laurita Vaz, DJe 01/03/10 (fl. 488).

Embora ausente o tratamento jurisprudencial sobre o tema no Pleno, a Primeira Turma, ao apreciar medida cautelar na Ação Cautelar nº 82, Relator Ministro Marco Aurélio, assim se pronunciou:

"Agravos de instrumento Eficácia suspensiva ativa Tráfico de drogas Apreensão e confisco de bem utilizado Art. 243, parágrafo único, da CF. Impõe-se o empréstimo de eficácia suspensiva ativa a agravos, suspendendo-se acórdão impugnado mediante extraordinário a que visa imprimir trânsito, quando o pronunciamento judicial revele distinção, não contemplada na CF, consubstanciada na exigência de utilização constante e habitual de bem em tráfico de droga, para chegar-se à apreensão e confisco." (Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 3-2-2004, Primeira Turma, DJ de 28-5-2004.)

[...]De fato, o tema está a merecer apreciação do Supremo.

Ex positis, manifesto-me pela existência de repercussão geral das questões constitucionais suscitadas no recurso extraordinário, em razão do pleno atendimento do artigo 543-A, § 1º, do Código de Processo Civil e submeto-a à apreciação dos Pares deste Supremo Tribunal.

Submetido ao Plenário Virtual, 3 ministros votaram pela existência de repercussão geral do tema, 2 pela inexistência e 5 não se manifestaram, sendo a mesma considerada reconhecida em 03/05/2013.

Em 17/05/2017, o Tribunal Pleno, apreciando o tema 647 da repercussão geral, por maioria e nos termos do voto do Relator, deu provimento ao recurso, vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio. A ementa restou assim redigida, constando o enunciado da tese em seu texto:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PENAL. PROCESSUAL PENAL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. TEMA 647 DO PLENÁRIO VIRTUAL. TRÁFICO DE DROGAS. VEÍCULO APREENDIDO COM O SUJEITO ATIVO DO CRIME. DECRETAÇÃO DE PERDIMENTO DO BEM. CONTROVÉRSIA SOBRE A EXIGÊNCIA DE HABITUALIDADE DO USO DO BEM NA PRÁTICA CRIMINOSA OU ADULTERAÇÃO PARA DIFICULTAR A DESCOBERTA DO LOCAL DE ACONDICIONAMENTO. DESNECESSIDADE. INTERPRETAÇÃO DO ART. 243, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO. 1. O confisco de bens pelo Estado encerra uma restrição ao direito fundamental de propriedade, insculpido na própria Constituição Federal que o garante (art. 5º, caput, e XXII). 2. O confisco de bens utilizados para fins de tráfico de drogas, à semelhança das demais restrições aos direitos fundamentais expressamente previstas na Constituição Federal, deve conformar-se com a literalidade do texto constitucional, vedada a adstrição de seu alcance por requisitos outros que não os estabelecidos no artigo 243, parágrafo único, da Constituição. 3. O confisco no direito comparado é instituto de grande aplicabilidade nos delitos de repercussão econômica, sob o viés de

que “o crime não deve compensar”, perspectiva adotada não só pelo constituinte brasileiro, mas também pela República Federativa do Brasil que internalizou diversos diplomas internacionais que visam reprimir severamente o tráfico de drogas. 4. O tráfico de drogas é reprimido pelo Estado brasileiro, através de modelo jurídico-político, em consonância com os diplomas internacionais firmados. 5. Os preceitos constitucionais sobre o tráfico de drogas e o respectivo confisco de bens constituem parte dos mandados de criminalização previstos pelo Poder Constituinte originário a exigir uma atuação enérgica do Estado sobre o tema, sob pena de o ordenamento jurídico brasileiro incorrer em proteção deficiente dos direitos fundamentais. Precedente: HC 104410, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 06/03/2012, DJ 26-03-2012. 6. O confisco previsto no artigo 243, parágrafo único, da Constituição Federal deve ser interpretado à luz dos princípios da unidade e da supremacia da Constituição, atentando à linguagem natural prevista no seu texto. Precedente: RE 543974, Relator(a): Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 26/03/2009, DJ 28-05-2009. 7. O Supremo Tribunal Federal sedimentou que: AGRAVO DE INSTRUMENTO - EFICÁCIA SUSPENSIVA ATIVA - TRÁFICO DE DROGAS - APREENSÃO E CONFISCO DE BEM UTILIZADO - ARTIGO 243, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Impõe-se o empréstimo de eficácia suspensiva ativa a agravo, suspendendo-se acórdão impugnado mediante extraordinário a que visa imprimir trânsito, quando o pronunciamento judicial revele distinção, não contemplada na Constituição Federal, consubstanciada na exigência de utilização constante e habitual de bem em tráfico de droga, para chegar-se à apreensão e confisco - artigo 243, parágrafo único, da Constituição Federal. (AC 82-MC, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 3-2-2004, Primeira Turma, DJ de 28-5-2004). 8. A habitualidade do uso do bem na prática criminosa ou sua adulteração para dificultar a descoberta do local de acondicionamento, *in casu*, da droga, não é pressuposto para o confisco de bens, nos termos do art. 243, parágrafo único, da Constituição Federal. 9. Tese: É possível o confisco de todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico de drogas, sem a necessidade de se perquirir a habitualidade, reiteração do uso do bem para tal finalidade, a sua modificação para dificultar a descoberta do local do acondicionamento da droga ou qualquer outro requisito além daqueles previstos expressamente no artigo 243, parágrafo único, da Constituição Federal. 10. Recurso Extraordinário a que se dá provimento.

Acórdão publicado no DJe de 23/08/2017. Trânsito em julgado em 16/09/2017.¹³⁶³ Sobrestados 2 processos (1 no TJRS e 1 no TJSC), nenhum processo devolvido ou remetido como representativo.

¹³⁶³ A tese firmada pelo STF foi contrária à doutrina majoritária sobre o tema, que entende pela interpretação restritiva do dispositivo (desde o art. 34 da Lei 6.368/76, até o art. 62, *caput*, da Lei 11.343/06) e, via de consequência, pela necessidade de prova da habitualidade do uso do bem para os específicos fins de prática do tráfico de entorpecentes e pela impossibilidade de condenação à pena de perdimento se esse uso se dá de forma ocasional; nesse sentido: ESTEFAM; GONÇALVES, 2013, p. 634; GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos:** prevenção-repressão. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 172 (mantendo o autor a mesma posição em: GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **Lei de drogas anotada:** Lei n. 11.343/06. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.212); DELMANTO,

6.28.3. Análise.

Pela 3ª vez (somando-se aos Temas 170 e 187) temos repercussão geral sendo admitida em julgamento que versa estritamente sobre expropriação de bens como efeito de uma sentença penal. Já tivemos cerca de R\$ 12 mil depositados numa conta bancária, uma moto CG Honda 125 e, agora, um carro GM Ômega. Casos que, pelo valor dos bens em discussão, não deveriam chegar à mais alta Corte do país. Com efeito, se a discussão da restituição dos mesmos fosse feita no âmbito civil, o caso estaria abarcado no valor mínimo de processamento dos juizados especiais cíveis estaduais, sem necessidade de advogado (até 20 salários-mínimos), nos termos do art. 9º da Lei 9.099/95¹³⁶⁴. Quer dizer que, em casos em que sequer se precisaria de um advogado para a discussão de questões cíveis, como posse/propriedade do bem, na esfera criminal, contraditoriamente, a parte consegue provocar a atuação do Supremo Tribunal Federal. Some-se a isso o fato de que, em pequenas causas – mesmo as criminais – não se consegue alcançar a jurisdição do Superior Tribunal de Justiça, mas se consegue levar o caso, com reconhecimento de repercussão geral, à Corte Suprema do país.

O fato de essas questões terem sido levantadas em processos criminais, a nosso ver, não muda a pequenez da celeuma, já que a discussão, de nenhuma maneira repercutiria sobre bens ou direitos indisponíveis – como a liberdade do acusado ou o direito de punir do Estado – mas sobre direito patrimonial disponível puro e simples, e pior: de baixo valor. Enfim, em que pesem as críticas feitas ao critério do valor econômico, por ocasião da arguição de relevância¹³⁶⁵, parece-nos que seria um bom critério para uso do STF, em casos assim, se de fato a intenção da inclusão da repercussão geral no texto constitucional (art. 102, §3º) for diminuir a quantidade de processos na pauta da Corte e se for fazer com que a mesma somente se debruce sobre casos de real relevância. Na atual aplicação do instituto, pelo próprio STF, aceitando casos como o presente, isso não parece ser verdade.

Quanto ao mérito, cremos ser importante retirar do julgamento, pelo exame do arcabouço fático-jurídico do caso, algumas balizas interpretativas do art. 243, parágrafo único, da CF, que ficarão para aplicação em casos futuros, na esteira da função proativa da Corte Suprema. Passando novamente em vista o acórdão do TJ/PR, vemos que o tribunal elencou uma série de

Celso. **Tóxicos**. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 85; CAPEZ, 2006, p. 758; entre outros. Em sentido contrário: BALTAZAR JUNIOR, 2014, p. 1239.

¹³⁶⁴ “Art. 9º Nas causas de valor até vinte salários mínimos, as partes comparecerão pessoalmente, podendo ser assistidas por advogado; nas de valor superior, a assistência é obrigatória”.

¹³⁶⁵ Cf. tópico 4.3.1.1.

elementos do caso concreto que afastariam a incidência do confisco, como: prova da habitualidade do uso do bem para a prática do crime de tráfico, prova de que o bem seria produto auferido com a narcotraficância e, em caso de veículo, adulteração da sua estrutura para o acondicionamento da droga. Tais premissas, contudo, foram afastadas pelo STF, consoante o seguinte trecho do voto do Relator:

Diante de tais premissas, não é possível impor qualquer condição para o confisco de bens apreendidos em decorrência do tráfico de drogas, como a habitualidade e/ou a reiteração de seu uso para a finalidade ilícita, ou adulteração para dificultar a descoberta do local do acondicionamento da droga, pois contraria frontalmente o art. 243, parágrafo único, da Constituição Federal, razão pela qual é caso de provimento do recurso extraordinário ora em julgamento.

Resta, portanto, concluir que, as condicionantes apontadas pelo TJPR não eram suficientes para afastar o confisco. Isso não impede, porém, que outras condicionantes possam surgir de outros casos concretos e sirvam de critério de distinção (art. 489, §1º, VI, CPC) com o caso do RE 638.491/PR. Assim, julgamentos que apontem condicionantes diversas da habitualidade e/ou a reiteração de seu uso para a finalidade ilícita, ou adulteração para dificultar a descoberta do local do acondicionamento da droga, não estarão alcançados pela *ratio decidendi* deste julgamento, em que pese o alto ônus argumentativo de se superar as premissas fincadas pelo STF, no restante das razões da decisão. Por isso, pensamos ser preciso cautela no exame dos casos futuros, para não se aplicar o confisco de bens que não tenha nenhuma relação com o tráfico, apenas por estarem na posse ou pertencerem à pessoa condenada pelo delito, por ocasião de sua prisão em flagrante.

6.29. TEMA 648 – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL PARA PROCESSAR E JULGAR CRIMES AMBIENTAIS TRANSNACIONAIS.

Caso paradigma

Recurso Extraordinário 835.558/SP

Questão constitucional

Se a transnacionalidade no cometimento dos crimes ambientais, previstos na Lei 9.605/1998, atrairia o interesse da União e a competência da Justiça Federal para a causa, à luz dos arts. 5º, LIII e 109, IV, da Constituição Federal.

Ramo do direito	Direito Processual Penal
Resultado	Julgado mérito de repercussão geral
Tese enunciada	Compete à Justiça Federal processar e julgar o crime ambiental de caráter transnacional que envolva animais silvestres, ameaçados de extinção e espécimes exóticas ou protegidas por compromissos internacionais assumidos pelo Brasil.

6.29.1. O caso.

Em primeiro grau de jurisdição, o Ministério Público Federal ofereceu denúncia perante a Justiça Federal, imputando ao réu, a prática dos crimes do art. 29, § 1º, III, e § 4º, I, ambos da Lei nº 9.605/98¹³⁶⁶ e, por três vezes, a do art. 299 c/c 71 do Código Penal, em razão de condutas irregulares de manter em cativeiro e exportar animais silvestres da fauna brasileira, inclusive espécimes ameaçados de extinção. Analisando o recebimento da denúncia, o juízo declinou da competência; a uma porque entendeu que, em regra, compete à Justiça estadual processar e julgar os crimes ambientais; a duas pois, o STJ cancelou a súmula nº 91, que estabelecia a competência da Justiça Federal para o julgamento de crimes contra a fauna e, a três, por desconhecer a existência de tratado do qual o Brasil seja signatário, apto a ensejar a incidência do inciso V do art. 109 da Constituição da República.

O MPF interpôs recurso em sentido estrito, perante o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, ao qual foi negado provimento e cuja ementa restou assim redigida:

PROCESSO PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. ART. 29, §1º, III, DA LEI 9.605/98. LEI DOS CRIMES AMBIENTAIS. EXPORTAÇÃO IRREGULAR DE ANIMAL EXÓTICO. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL PARA PROCESSAR E JULGAR A AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE INTERESSE DIRETO DE AUTARQUIA FEDERAL. IBAMA. DES-

¹³⁶⁶ “Art. 29. Matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida: Pena - detenção de seis meses a um ano, e multa.

§ 1º Incorre nas mesmas penas: [...] III - quem vende, expõe à venda, exporta ou adquire, guarda, tem em cativeiro ou depósito, utiliza ou transporta ovos, larvas ou espécimes da fauna silvestre, nativa ou em rota migratória, bem como produtos e objetos dela oriundos, provenientes de criadouros não autorizados ou sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente. [...]

§ 4º A pena é aumentada de metade, se o crime é praticado: I - contra espécie rara ou considerada ameaçada de extinção, ainda que somente no local da infração”.

PROVIMENTO. 1. Alega o Parquet que os fatos descritos na exordial acusatória se amoldariam à hipótese de competência da Justiça Federal insculpida no art. 109, IV, da Constituição Federal, porquanto o ilícito penal atingiria interesse de entidade autárquica vinculada à União. 2. Cumpre sublinhar que o entendimento jurisprudencial sobre a matéria foi alterado a partir do cancelamento pelo colendo Superior Tribunal de Justiça da sua Súmula nº 91, que enunciava que compete à Justiça Federal processar e julgar os crimes praticados contra a fauna. 3. Com efeito, admitir o enquadramento em tal regra por competir ao IBAMA a fiscalização quanto à saída destes exemplares no país, equivaleria a restabelecer o entendimento da súmula revogada, uma vez que o poder de polícia da autarquia federal abrange todas as espécies de animais exóticos. 4. Cabe anotar que, em casos análogos, o colendo Superior Tribunal de Justiça e esta egrégia Corte regional têm decidido reiteradamente que se trata de interesse reflexo que não tem, por si só, o condão de atrair a competência da Justiça Federal (STJ, 3ª Seção, CC 200801473008, Rel. Des. Fed. Conv. Celso Limongi, DJ 05/11/2010; TRF3, Quinta Turma, RESE 00109472920104036181, Rel. Des. Fed. Ramza Tartuce, DJ 01/03/2011). 5. A mera transnacionalidade do delito que não encontra previsão específica em tratado internacional em que o Brasil figure como signatário, não atrai a competência da Justiça Federal. 6. Recurso em sentido estrito desprovido.

Foi, então, manejado recurso extraordinário, com fundamento no art. 102, III, “a”, da CF, com preliminar de repercussão geral fundamentada e, no mérito, alegando que crimes que ultrapassam as fronteiras nacionais, com exportação clandestina e ilegal de animais da fauna nativa evidenciam ofensa direta ao patrimônio da União, porquanto o controle de saída e entrada do país está relacionado à soberania do Estado brasileiro, atraindo a competência da Justiça Federal para julgar a causa, nos termos do art. 109, V, da CF, dispositivo que arguiu como violado pela decisão recorrida. Por fim, alegou a transnacionalidade do delito, uma vez que os documentos que embasaram a denúncia demonstrariam remessas em grande quantidade de animais vivos, sem autorização do Ibama e por meio do correio aéreo para os Estados Unidos da América, caracterizando o interesse federal na causa, a fim de evitar mercancia ilegal de animais, inclusive por meio cruel, e evitar possíveis danos à reputação do País junto à comunidade internacional. O recurso não foi recebido no TRF3, sob o fundamento de que a alegação de ofensa ao texto constitucional, acaso existente, seria indireta e reflexa. Houve interposição de agravo, ao qual (ARE 737.977/SP) o Relator no STF, Min. Luiz Fux, em 01/04/2013, deu provimento, convertendo o feito em RE.

6.29.2. A repercussão geral e o resultado do julgamento.

Na mesma decisão que deu provimento ao agravo, o Relator, Min. Fux, analisou a existência de repercussão geral, concluindo positivamente, nos seguintes termos:

A presente controvérsia versa, em suma, sobre o limite da competência entre a Justiça federal e estadual para processar crimes ambientais previstos na Lei nº 9.605/98, cuja conduta e resultado tenham ou não extrapolado os limites territoriais do país.

O Brasil, desde 1965, é signatário de Convenções e acordos internacionais como a Convenção para a Proteção da Flora, da Fauna e das Belezas Cênicas Naturais dos Países da América (ratificada pelo Decreto Legislativo nº 3, de 1948, em vigor no Brasil desde 26 de novembro de 1965, promulgado pelo Decreto nº 58.054, de 23 de março de 1966); a Convenção de Washington sobre o Comércio Internacional das Espécies da Flora e da Fauna Selvagens em Perigo de Extinção (CITES ratificada pelo Decreto-Lei nº 54/75 e promulgado pelo Decreto nº 76.623, de novembro de 1975) e a Convenção sobre Diversidade Biológica CDB (ratificada pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo nº 2, de 8 de fevereiro de 1994), o que demonstra sua preocupação e interesse na proteção e conservação da biodiversidade e recursos biológicos nacionais.

Por outro lado, o Brasil ratificou sua adesão ao Princípio da Precaução, ao assinar a Declaração do Rio, durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (RIO 92) e a Carta da Terra, no Fórum Rio +5.

Segundo este princípio fundamental de direito internacional ambiental, os povos devem estabelecer mecanismos de combate preventivos às ações que ameaçam a utilização sustentável dos ecossistemas, biodiversidade e florestas, fenômeno jurídico que a toda evidência implica aparente conflito entre as competências da Justiça estadual e federal.

A meu juízo, o recurso merece ter a repercussão geral reconhecida, pois o tema constitucional versado nestes autos é questão relevante do ponto de vista econômico, pois a cada operação clandestina de animais para o exterior, o país deixa de fiscalizar o destino e emprego de sua fauna nativa, além de não arrecadar tributos.

Tem ainda repercussão social, pois os direitos fundamentais de terceira, quiçá, quarta geração asseguram a todos um meio ambiente saudável e equilibrado.

Sob o enfoque jurídico, em última análise, há duas espécies de violação; a primeira, diz respeito à inobservância aos tratados e convenções internacionalizados pelo Brasil com a edição dos expedientes legislativos acima mencionados que evidenciam a tendência do Brasil à cooperação internacional no combate aos crimes ambientais.

E, a outra, guarda relação com o delito que, embora cometido contra o meio ambiente, restringe-se à ofensa à política nacional sobre a matéria. Portanto, não caracterizaria interesse direto da União na demanda, a justificar atuação da Justiça Federal, mantendo-se a competência no âmbito interno da jurisdição residual e segmentada do estado.

Por fim, ultrapassa os interesses subjetivos da causa, uma vez que a tese jurídica é de definição de competência constitucionalmente prevista. Ante o exposto, manifesto-me pela existência de repercussão geral e submeto a matéria à apreciação dos demais Ministros da Corte.

O Min. Marco Aurélio, como de praxe, foi o único, além do relator, a se manifestar expressamente sobre a preliminar e fê-lo da seguinte forma:

[...]2. O recurso extraordinário teve o processamento indeferido na origem. O processo em que interposto subiu ante o agravo formalizado. O relator, ministro Luiz Fux, a ele deu provimento. Então, nota-se evolução de Sua Excelência no que não se limitou a inserir o caso, sem análise do agravo, no denominado Plenário Virtual. A situação é diversa da apreciada no dia de ontem, sob a mesma relatoria, no Plenário – Recurso Extraordinário com Agravo nº 648.629/RJ.

No mais, está-se diante de controvérsia a reclamar a manifestação do Supremo como guarda maior da Lei Básica da República. O Tribunal Regional Federal assentou a competência da Justiça Comum para julgar ação penal movida contra o recorrido. [...]

4. Manifesto-me no sentido de encontrar-se configurada a repercussão geral.

Em 02/05/2013, o Tribunal, no bojo do ARE 737.977/SP, por maioria, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, vencido o Ministro Teori Zavascki (sem externar os motivos). Não se manifestaram os Ministros Gilmar Mendes, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Rosa Weber. DJe de 13/05/2013.

Em 09/02/2017, o Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 648 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou tese, que restou transcrita ao final da própria ementa:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. CRIME AMBIENTAL TRANSNACIONAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. INTERESSE DA UNIÃO RECONHECIDO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE DÁ PROVIMENTO.

1. As florestas, a fauna e a flora restam protegidas, no ordenamento jurídico inaugurado pela Constituição de 1988, como poder-dever comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 23, VII, da Constituição da República).

2. Deveras, a Carta Magna dispõe que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (CF/88, art. 225, caput), incumbindo ao Poder Público “proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade” (CF/88, art. 225, § 1º, VII).

3. A competência de Justiça Estadual é residual, em confronto com a Justiça Federal, à luz da Constituição Federal e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

4. A competência da Justiça Federal aplica-se aos crimes ambientais que também se enquadrem nas hipóteses previstas na Constituição, a saber: (a) a conduta atentar contra bens, serviços ou interesses diretos e específicos da União ou de suas entidades autárquicas; (b) os delitos, previstos tanto no direito interno quanto em tratado ou convenção internacional, tiverem iniciada a execução no país, mas o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro - ou na hipótese inversa; (c) tiverem sido cometidos a bordo de navios ou aeronaves; (d) houver grave violação de direitos humanos; ou ainda (e) guardarem conexão ou continência com outro crime de competência federal; ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral, conforme previsão expressa da Constituição.

5. As violações ambientais mais graves recentemente testemunhadas no plano internacional e no Brasil, repercutem de modo devastador na esfera dos direitos humanos e fundamentais de comunidades inteiras. E as graves infrações ambientais podem constituir, a um só tempo, graves violações de direitos humanos, máxime se considerarmos que o núcleo material elementar da dignidade humana “é composto do mínimo existencial, locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade. Aquém daquele patamar, ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade”.

6. A Ecologia, em suas várias vertentes, reconhece como diretriz principal a urgência no enfrentamento de problemas ambientais reais, que já logram pôr em perigo a própria vida na Terra, no paradigma da sociedade de risco. É que a crise ambiental traduz especial dramaticidade nos problemas que suscita, porquanto ameaçam a viabilidade do ‘continuum das espécies’. Já, a interdependência das matrizes que unem as diferentes formas de vida, aliada à constatação de que a alteração de apenas um dos fatores nelas presentes pode produzir consequências significativas em todo o conjunto, reclamam uma linha de coordenação de políticas, segundo a lógica da responsabilidade compartilhada, expressa em regulação internacional centrada no multilateralismo.

7. (a) Os compromissos assumidos pelo Estado Brasileiro, perante a comunidade internacional, de proteção da fauna silvestre, de animais em extinção, de espécimes raras e da biodiversidade, revelaram a existência de interesse direto da União no caso de condutas que, a par de produzirem violação a estes bens jurídicos, ostentam a característica da transnacionalidade. (b) Deveras, o Estado Brasileiro é signatário de Convenções e acordos internacionais como a Convenção para a Proteção da Flora, da Fauna e das Belezas Cênicas Naturais dos Países da América (ratificada pelo Decreto Legislativo nº 3, de 1948, em vigor no Brasil desde 26 de novembro de 1965, promulgado pelo Decreto nº 58.054, de 23 de março de 1966); a Convenção de Washington sobre o Comércio Internacional das Espécies da Flora e da Fauna Selvagens em Perigo de Extinção (CITES ratificada pelo Decreto-Lei nº 54/75 e promulgado pelo Decreto nº 76.623, de novembro de 1975) e a Convenção sobre Diversidade Biológica CDB (ratificada pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo nº 2, de 8 de fevereiro de 1994), o que destaca o seu inequívoco interesse na proteção e conservação da biodiversidade e recursos biológicos nacionais. (c) A República Federativa do Brasil, ao firmar a Convenção para a Proteção da Flora, da Fauna e das Belezas Cênicas Naturais dos Países da América, em

vigor no Brasil desde 1965, assumiu, dentre outros compromissos, o de “tomar as medidas necessárias para a superintendência e regulamentação das importações, exportações e trânsito de espécies protegidas de flora e fauna, e de seus produtos, pelos seguintes meios: a) concessão de certificados que autorizem a exportação ou trânsito de espécies protegidas de flora e fauna ou de seus produtos”. (d) Outrossim, o Estado Brasileiro ratificou sua adesão ao Princípio da Precaução, ao assinar a Declaração do Rio, durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (RIO 92) e a Carta da Terra, no “Fórum Rio+5”; com fulcro neste princípio fundamental de direito internacional ambiental, os povos devem estabelecer mecanismos de combate preventivos às ações que ameaçam a utilização sustentável dos ecossistemas, biodiversidade e florestas, fenômeno jurídico que, a toda evidência, implica interesse direto da União quando a conduta revele repercussão no plano internacional.

8. A *ratio essendi* das normas consagradas no direito interno e no direito convencional conduz à conclusão de que a transnacionalidade do crime ambiental, voltado à exportação de animais silvestres, atinge interesse direto, específico e imediato da União, voltado à garantia da segurança ambiental no plano internacional, em atuação conjunta com a Comunidade das Nações.

9. (a) Atrai a competência da Justiça Federal a natureza transnacional do delito ambiental de exportação de animais silvestres, nos termos do art. 109, IV, da CF/88; (b) *In casu*, cuida-se de envio clandestino de animais silvestres ao exterior, a implicar interesse direto da União no controle de entrada e saída de animais do território nacional, bem como na observância dos compromissos do Estado brasileiro perante a Comunidade Internacional, para a garantia conjunta de concretização do que estabelecido nos acordos internacionais de proteção do direito fundamental à segurança ambiental.

10. Recurso extraordinário a que se dá provimento, com a fixação da seguinte tese: “Compete à Justiça Federal processar e julgar o crime ambiental de caráter transnacional que envolva animais silvestres, ameaçados de extinção e espécimes exóticas ou protegidas por Tratados e Convenções internacionais”.

Acórdão publicado no DJe de 08/08/2017. Trânsito em julgado em 12/09/2017.¹³⁶⁷ Houve apenas um sobrestamento (no TRF1), nenhuma devolução ou remessa representativa.

¹³⁶⁷ Interpretação constitucional-criminal que tem amparo na doutrina nacional, cf: NUCCI, 2010, p. 960; BALTAZAR JÚNIOR, 2014, p. 998; MORAES, Maurício Zanoide. Crimes contra o meio ambiente. In: FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coord.). **Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2001, v. 1, p. 752-753 e 763-764; PERRINI, 2001, p. 244-252; entre outros. Em sentidos diversos: definido a competência da União para todos os crimes contra a fauna: COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro; BELLO FILHO, Ney Barros; COSTA, Flávio Dino de Castro. **Crimes e infrações administrativas ambientais**. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2001, p. 134-135; apenas para os crimes contra animais silvestres, independentemente da transnacionalidade: OLIVEIRA, Roberto da Silva. **Competência criminal da justiça federal**. São Paulo: RT, 2002, p. 75-76.

6.29.3. Análise.

A decisão acerca da existência de repercussão geral, neste caso, sem dúvida, foi a mais minuciosa de todas. Dela se extrai, primeiramente, que controvérsia versando sobre competência absoluta em razão da matéria, especialmente entre a Justiça Federal e a Justiça dos Estados, é tema com repercussão geral, como, aliás, já tínhamos visto no julgamento do Tema 393, acerca da competência para processar e julgar o crime de publicação, na internet, de imagens com conteúdo pornográfico envolvendo criança ou adolescente. Isso também ficou evidente em decisões anteriores sobre outros tipos de competência absoluta: a do Tribunal do Júri, no Tema 154; a decorrente da função exercida pelo réu, como vimos na análise do Tema 453, sobre a manutenção do foro “privilegiado” dos magistrados aposentados; e até da própria composição do órgão competente, no Tema 170, sobre a maioria de juízes convocados nos órgãos colegiados de tribunais. Isso demonstra que matéria de competência criminal – ao menos a absoluta – é tema certo de repercussão geral para o STF.

Em segundo lugar, a decisão reforçou um critério de relevância jurídica da questão criminal, já traçado no julgamento do Tema 393, que é o fato de a repressão a determinado tipo de delito fazer parte de acordo ou tratado internacional entre o Brasil e outros países. Essa inserção em documento com validade perante a comunidade internacional, sem dúvida, parece ser um traço marcante da relevância do tema criminal, afinal algo não pode ser de importância internacional e não possuir relevância no plano interno.

Em terceiro lugar, a decisão trouxe um critério econômico de relevância do caso, consistente na não arrecadação de tributos pelo Estado brasileiro, “a cada operação clandestina de animais para o exterior”. Ficou claro que a redução da arrecadação de tributos, em razão de crime, é um fator que enseja relevância econômica da questão, para efeito de reconhecimento da repercussão geral, em recurso extraordinário. Com isso, podemos prever que qualquer tipo de crime tributário (Lei 8.137/90), contra a ordem econômica (*idem*) ou de sonegação ou apropriação indébita de contribuições previdenciárias (arts. 337-A e 168-A do CP) deva trazer, em tese, a relevância necessária à admissibilidade de recurso extraordinário que verse alguma questão constitucional sobre si.

Em quarto lugar, tivemos declarada a repercussão social da matéria, à luz do direito fundamental de “todos a um meio ambiente saudável e equilibrado”. Esse critério praticamente coloca

todos os crimes ambientais (Lei 9.605/98) em rota de admissão de repercussão geral, caso apresentem alguma controvérsia constitucional, já que todos, em tese, têm como bem jurídico tutelado o direito difuso a um meio-ambiente sustentável e equilibrado. Chama-nos, porém, atenção a análise da relevância (social) do tema a partir do bem jurídico tutelado pela norma penal; isso porque, é princípio do Direito Penal que toda tipificação penal tem por objeto tutelado um bem jurídico da vida, sem o que a previsão legal carece de fundamento teleológico e, via de consequência, de validade no plano penal. Em outras palavras, toda norma penal tem que tutelar algum bem jurídico relacionado à pessoa humana, ainda que indiretamente como no caso do meio-ambiente, sob pena de ser inconstitucional (art. 1º, III). Pensamos, no entanto, que se a análise do bem jurídico tutelado em abstrato pela norma penal for o critério de seleção de causas criminais para serem julgadas em recurso extraordinário, então todo RE criminal terá repercussão geral. Isso porque todo bem jurídico alçado à esfera de proteção penal, necessariamente, tem de ser da mais alta relevância, já que se vale o legislador do mais grave recurso de proteção a tal bem: o direito penal, notoriamente a *ultima ratio* do ordenamento jurídico, guiado pelos princípios da intervenção mínima¹³⁶⁸ e da fragmentariedade¹³⁶⁹. Partir da relevância do bem jurídico penalmente tutelado em abstrato, para análise da repercussão geral, faz com que se possa imaginar que existam bens jurídicos sob a proteção do direito penal que não sejam socialmente relevantes, o que contraria frontalmente a razão de ser da norma penal incriminadora, que, nesse caso, terá de ser resolvida pela sua inconstitucionalidade. Se assim não for, cria-se um paradoxo constitucional: se a norma penal não protege um bem jurídico socialmente relevante ela é inconstitucional, mas essa inconstitucionalidade não poderá ser analisada pelo STF, em controle difuso de constitucionalidade, porque a questão (o bem jurídico tutelado ao fundo, pela norma penal) não possuiria relevância suficiente para admissão de sua repercussão geral – ou seja, teremos uma norma inconstitucional cuja inconstitucionalidade não pode ser analisada pelo STF; um óbvio absurdo. A solução correta, portanto, é diversa: se o STF reconhecer o bem jurídico de uma norma penal como socialmente irrelevante, é sua obrigação declarar o dispositivo inconstitucional, já que a aplicação desse dispositivo, a despeito de proteger um bem de ínfima importância, pode ferir pelo menos outros dois postulados de fundamental importância, com a imposição da sanção penal: a dignidade da pessoa humana e a sua liberdade (art. 1º, III,

¹³⁶⁸ BATISTA, 2007, p. 84-90; VENTURA, 2013, p. 78.

¹³⁶⁹ BITENCOURT, 2012, p. 51-54.

e art. 5º, *caput*) e nisso constitui a sua relevância social e jurídica, sua repercussão geral. Daí concluímos que tratar a repercussão geral de um tema penal ou processual penal a partir da relevância do bem jurídico tutelado pela norma penal é um pleonasma, já que a relevância social desse bem é uma característica inexoravelmente – sob pena de inconstitucionalidade – inerente a toda norma penal incriminadora.

Em verdade, pensamos que a aparente armadilha pleonástica e paradoxal do enfoque da relevância da questão constitucional no bem jurídico penalmente tutelado, esconde uma verdadeira redundância existente entre o Direito Criminal e a repercussão geral; desfecho conclusivo para o qual cada decisão do STF analisada nos impele. Explicamo-nos. De fato, não podemos dissociar a relevância dos bens jurídicos das normas penais que os tutelem, ou seja, não se pode admitir que exista uma norma penal que tutele bem jurídico irrelevante; se existir, deve ser declarada inconstitucional. Isso posto, se se admitir que a relevância (jurídica, social, política ou econômica) necessária à configuração da repercussão geral depende da relevância do bem jurídico penalmente tutelado, chegaremos à conclusão de que toda causa que verse sobre um ilícito penal terá, inevitavelmente, repercussão geral. Veja-se que a decisão em questão, na esteira de outras que vimos anteriormente, parece denunciar isso, embora não o admita expressamente. Ela se refere apenas aos crimes ambientais, por certo, mas partindo de seu bem jurídico protegido. A questão que se coloca a partir disso é: e as demais normas penais, não tem bens jurídicos de alta relevância? Por certo que todas têm, senão não seriam normas penais ou, ao menos, não seriam normas penais constitucionalmente válidas. Mas se o são (válidas), então é porque igualmente protegem bens jurídicos relevantes e se o critério de relevância da questão constitucional é esse, então, toda discussão acerca da norma penal tem em si, ínsita, a característica da repercussão geral.

O STF parece mesmo adotar essa premissa. Não é desse tema que ressaí a dificuldade da Corte de declarar hipóteses que envolvam normas de Direito Penal ou Processual Penal que não tenham repercussão geral. Tirante os casos em que o STF entendeu pela ausência de repercussão geral por ser de natureza infraconstitucional a questão tratada no recurso (cuja discussão, exatamente pela ausência de contrariedade constitucional, sequer entrou na relevância e na transcendência da questão), todos os outros casos, até agora, seja de que delito for – de contravenções penais e crimes de menor potencial ofensivo a crimes hediondos e equiparados – tiveram a repercussão geral reconhecida. Isso descortina o fato de que o STF, ainda que inconscientemente, tem partido da seguinte cadeia de premissas: se todo processo penal versa sobre um ilícito penal e se todo ilícito penal tem um bem jurídico tutelado da mais alta relevância pública,

logo, toda questão constitucional criminal possui repercussão geral. Essa parece que vem sendo a linha de raciocínio do Supremo na análise da repercussão geral criminal e que ficou ainda mais clara no julgamento desse RE e do tema a ele subjacente.

Quanto ao procedimento de análise de repercussão geral em ARE, é possível identificar, como destacou o Min. Marco Aurélio, uma evolução da Corte no sentido de não se limitar “a inserir o caso, sem análise do agravo, no denominado Plenário Virtual”, como vinha acontecendo em outros casos. De fato, a lei e o RISTF preconizam o julgamento do agravo para admissão do RE e, somente a partir disso, é que se analisa a repercussão geral, no Plenário Virtual. Isso impede a prática que vinha se instalando de se votar o mérito do RE sem julgamento prévio de sua admissibilidade, em sede de agravo, o que certamente era um atropelo da lógica processual. Não se superou, contudo, ainda, a prática de votar o mérito do RE no Plenário Virtual, o que consideramos ilegal, especialmente após a entrada em vigor do CPC/15, que, de um lado, não repetiu a norma legal que outorgava ao STF a competência para definir regimentalmente o procedimento de votação dos temas de RG e, de outro, define diversas regras ligadas ao necessário conhecimento dos motivos dos votos de todos os ministros e à participação das partes e de terceiros interessados.

Por fim, quanto aos efeitos do julgamento, calha destacar, nos termos do voto do Relator que diversas foram as decisões colegiadas no STF “envolvendo a questão da competência em matéria ambiental-penal, em ambas as turmas. Contudo, ante a ausência do caráter vinculante atribuído a essas decisões, volta-se a debatê-lo uma vez mais, agora sob o manto da repercussão geral”. A finalidade, portanto, era, como em outros casos que aqui vimos, dar à interpretação do tema os efeitos vinculantes próprios do regime de repercussão geral, notadamente o impedimento a novos recursos com a mesma controvérsia constitucional sobre a competência da Justiça Federal para processar e julgar crimes ambientais transnacionais que envolvam animais silvestres, ameaçados de extinção e espécimes exóticas ou protegidas por Tratados e Convenções internacionais. Quanto a isso, ressaltou-se, do caso concreto, como primeiro indicativo a transnacionalidade do delito, isto é, que o *iter criminis* teria de transpor as fronteiras nacionais, como exige o art. 109, V, e isso estava presente no caso dos autos. Segundo, que, apesar do delito de exportação ilegal de animais não estar previsto como crime nos tratados internacionais de que o Brasil era signatário (ausente, portanto, o outro requisito do art. 109, V), o fato de

constar nesses tratados “o compromisso firmado pelo Brasil perante a comunidade internacional de proteção da fauna silvestre, inclusive no que toca à exportação de animais”, fazia surgir o interesse da União na repressão desse tipo de delito em particular, atraindo, assim, a hipótese do inc. IV do art. 109. Há, portanto, uma conjugação interpretativa dos textos dos incs. IV e V do art. 109, para se chegar à competência da Justiça Federal para julgar o caso do RE 835.558/SP. Vê-se que, segundo o STF, o interesse da União surge do compromisso firmado pelo Estado-país em instrumento de direito internacional público e da transnacionalidade do delito; trata-se, portanto, de um interesse da União que só se qualifica diante do compromisso internacional.¹³⁷⁰ É isso que a tese quer dizer, como se extrai do voto do Relator e dos debates orais. Aliás, quanto a estes últimos, de se notar, novamente, a dificuldade que os ministros têm de formar o enunciado da tese, discutindo sobre posição de vírgula, conectivo “e” ou “ou” etc., o que se revela próprio a um processo legislativo e não judicial, desvirtuando a função jurisdicional de reconstrução das normas jurídicas concretas, por meio da interpretação dos textos legislativos e dos fatos do processo, para uma pretensa função de construção judicial de normas gerais e abstratas. Esse último expediente, além de inconstitucional (art. 2º), é totalmente contraproducente, na medida em que se abandona a riqueza do caso concreto, que tem o condão de ser um dos muitos precedentes que servirá de norte à reconstrução do ordenamento jurídico, para se perseguir um enunciado que pretende ser exaustivo e casuístico, nos moldes da velha sistemática lógico-dedutivo e cognitivista do direito oitocentista. Sob esse aspecto reiteramos nossas críticas à fixação de enunciados de teses em julgamento de RE com RG¹³⁷¹.

6.30. TEMA 650 – EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DO DELITO DE POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO, PELA APLICABILIDADE RETROATIVA DE LEI QUE CONCEDEU NOVO PRAZO PARA REGISTRO DE ARMAS AINDA NÃO REGISTRADAS.

Caso paradigma

Recurso Extraordinário 768.494/GO

Questão constitucional

Possibilidade, ou não, à luz do art. 5º, XL, da Constituição federal, de extinguir a punibilidade do crime de posse irregular de arma de fogo de uso permitido (art. 12 da Lei 10.826/2003 – Estatuto do Desarmamento),

¹³⁷⁰ Nesse sentido, a doutrina de: DEMO, Roberto Luis Luchi. Competência penal originária da Justiça Federal: desenho constitucional na jurisprudência e a novidade da Reforma do Judiciário. In **Revista de Doutrina do Tribunal Regional Federal da 4ª Região**. 6. ed. 2005.

¹³⁷¹ Cf. tópico 5.7.

praticado entre 23 de junho de 2005 e 31 de janeiro de 2008, em face de lei posterior que reabriu o prazo para que possuidores e proprietários de arma de fogo de uso permitido efetuassem o competente registro (Medida Provisória 417/2008, convertida na Lei 11.706/2008).

Ramo do direito Direito Penal

Resultado Julgado mérito de repercussão geral

Tese enunciada É incabível a aplicação retroativa do art. 30 da Lei 10.826/2003, inserido pela Medida Provisória 417/2008, para extinguir a punibilidade do delito de posse de arma de fogo de uso permitido cometido antes da sua entrada em vigor.

6.30.1. O caso.

C.E.A. foi condenado, em 14/10/2009, pelo juiz da comarca de Corumbá/GO, às penas do art. 12 da Lei 10.826/2003, por estar, em 27/12/2007, na posse ilegal do seguinte armamento: um revólver Taurus, calibre 22, com seis munições intactas cal. 22; uma cartucheira Rossi, calibre 28; um Rifle CBC, calibre 22; três espingardas, sendo uma de fabricação caseira, sem marca visível, uma tipo Henrique Lapart, cano longo e outro de marca Rossi, calibre 36, e nove cartuchos, sendo cinco de metal e cheios, calibre 28 e quatro plásticos, calibre 20, intactos.

A defesa constituída pelo réu apelou, alegando, quanto ao crime em questão, a “existência de Decreto Presidencial prorrogando o prazo para o cadastramento de armas, cuja prorrogação isenta o Apelante [...] de responder por crime de posse de arma nos termos da condenação”. A Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Goiás, em 29/06/2010, à unanimidade, deu provimento à apelação para absolver o apelante, ao fundamento de que:

Ainda, com o advento da Lei 11.922/2009, que reabriu o prazo até o dia 31 de dezembro de 2009 para entrega/registo de arma de fogo, a conduta delitiva de “eventual posse irregular”, deixou de ser típica, face a descriminalização temporária. Daí, tratando-se de norma benéfica, sua aplicação se estende aos fatos ocorridos anteriormente à sua vigência.

O Ministério Público do Estado de Goiás interpôs, contra o acórdão, recursos especial e extraordinário, este com fundamento no art. 102, III, “a”, alegando violação ao art. 5º, XL, da CF¹³⁷², já que as novas disposições da MP 417/08, convertida na Lei 11.706/08 “não vieram para extinguir a punibilidade e nem para abolir os crimes já cometidos, mas apenas para conceder nova oportunidade de regularização da posse ilegal de armas, aplicando-se como medida despenalizadora somente no interstício de sua vigência (de 31/01/2008 a 31/12/2008)”.

Quanto à repercussão geral, aduziu que a discussão travada no recurso dizia respeito à “aplicação do direito constitucional em tese, ou seja, a aplicação do artigo 5º, inciso XL, calcado na discussão a respeito da ocorrência ou não de *abolitio criminis* em relação a condutas praticadas anteriormente à *vacatio legis* criada pelo legislador no Estatuto do Desarmamento”, o que importaria “em relevante interesse público, não se restringindo a mero interesse subjetivo”. Também afirmou que a repercussão geral se verificaria, nos termos do art. 543-A, §3º, em razão de estar a decisão recorrida em confronto com a jurisprudência dominante do STF sobre o tema. O RE não foi admitido na origem, seguindo-se agravo em recurso extraordinário do MP/GO, o qual foi autuado no STF como ARE 674.610/GO e distribuído ao Relator, Min. Luiz Fux, em 01/03/2012.

6.30.2. A repercussão geral e o resultado do julgamento.

Em princípio, o Relator do ARE 674.610/GO salientou a existência de jurisprudência pacífica do STF em sentido contrário ao do acórdão recorrido (nesse sentido, citou as ementas dos acórdãos dos RHC 111637, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 05/06/2012; HC 96168, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 09/12/2008; HC 98180, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 29/06/2010; HC 90995, Relator(a): Min. MENEZES DIREITO, Primeira Turma, julgado em 12/02/2008) e arrematou:

Ex positis, demonstrado que a controvérsia transcende o interesse das partes envolvidas, reconheço a repercussão geral da matéria, nos termos do artigo 543-A, § 1º, do Código de Processo Civil, e voto pela reafirmação da jurisprudência desta Corte, na forma do art. 323-A do Regimento Interno, quanto à irretroatividade da norma inserida no art. 30 da Lei nº 10.826/03 pela Medida Provisória nº 417, posteriormente convertida na Lei nº 11.706/08, para consi-

¹³⁷² “XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

derar penalmente típicas as condutas de posse de arma de fogo de uso permitido ocorridas após 23 de junho de 2005 e anteriores a 31 de janeiro de 2008, dando provimento ao Recurso Extraordinário paradigma.

Como de praxe, o Min. Marco Aurélio registrou sua contrariedade ao procedimento adotado, pelo Relator e pelo Plenário em casos anteriores, de se adiantar o exame da repercussão geral e o próprio julgamento do mérito, por meio do Plenário Virtual, antes de se julgar o agravo para admissão do recurso extraordinário. Eis o trecho pertinente de seu voto:

2. Apesar de o tema já ter sido discutido no Plenário, no Recurso Extraordinário com Agravo nº 648.629/RJ, compreendendo-se e assim percebi que, em se tratando de recurso extraordinário em relação ao qual não lograda sequência, o relator deve proceder ao julgamento do agravo interposto, mais uma vez, insere-se, fazendo-o o mesmo relator, no Plenário Virtual, situação que não guarda pertinência com o instituto da repercussão geral. Conforme dispõe o artigo 102, § 3º, da Constituição Federal, este está ligado ao recurso extraordinário: [...]

Juridicamente, permanece o citado recurso na origem, descabendo, ante a necessidade de preservar a segurança jurídica, a queima de etapas.

3. Pronuncio-me no sentido da inadequação da repercussão geral.

Esse voto foi determinante para o Tribunal, em 09/05/2013, por maioria, reconhecer a existência de questão constitucional na matéria e a presença de repercussão geral, mas optar por não reafirmar a jurisprudência na via Virtual, para que fosse resolvida, antes, a questão da admissibilidade do RE, pelo julgamento do agravo.

O Min. Fux, em 28/8/2013, fazendo reserva quanto ao seu entendimento pessoal sobre o procedimento, analisou, monocraticamente, o recurso de agravo e, como “o próprio Plenário Virtual reconheceu a existência de questão constitucional e a repercussão geral da matéria”, entendeu impor-se, por isso mesmo, o provimento do agravo, “a fim de que o Recurso Extraordinário seja julgado pelo Plenário”. Com o julgamento do ARE, o processo foi reatuado como RE 768.494/GO.

Em 19/09/2013, o Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, deu provimento ao recurso extraordinário. Eis a ementa:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ART. 543-B DO CPC. REPERCUSSÃO GERAL. ART. 5º, XL, DA CONSTITUIÇÃO. ESTATUTO DO DESARMAAMENTO (LEI Nº 10.826/03). CRIME DE POSSE DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. PRAZO PARA REGULARIZAÇÃO. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 417/2008. NATUREZA JURÍDICA. APLICABILIDADE AOS FATOS PRATICADOS NO PERÍODO EM QUE VEDADO O REGISTRO

DA ARMA DE FOGO. ABOLITIO CRIMINIS TEMPORÁRIA. NÃO CONFIGURAÇÃO. IRRETROATIVIDADE. PRECEDENTES. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO. 1. O Estatuto do Desarmamento (Lei nº 10.826/03) favoreceu os possuidores e proprietários de arma de fogo com duas medidas: (i) permitiu o registro da arma de fogo (art. 30) ou a sua renovação (art. 5º, § 3º); e (ii) facultou a entrega espontânea da arma de fogo à autoridade competente (art. 32). 2. A sucessão legislativa prorrogou diversas vezes o prazo para as referidas medidas, a saber: (i) o Estatuto do Desarmamento, cuja publicação ocorreu em 23 de dezembro de 2003, permitiu aos proprietários e possuidores de armas de fogo tanto a solicitação do registro quanto a entrega das armas no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, após a publicação do diploma; (ii) após a edição das leis 10.884/2004, 11.119/2005 e 11.191/2005, o prazo final para solicitação do registro de arma de fogo foi prorrogado para 23 de junho de 2005, enquanto o termo final para entrega das armas foi fixado em 23 de outubro de 2005; (iii) a Medida Provisória nº 417 (convertida, posteriormente, na Lei nº 11.706/08), cuja publicação ocorreu em 31 de janeiro de 2008, alargou o prazo para registro da arma de fogo até a data de 31 de dezembro de 2008, bem como permitiu, *sine die*, a entrega espontânea da arma de fogo como causa de extinção da punibilidade; (iv) por fim, a Lei nº 11.922/2009, cuja vigência se deu a partir de 14 de abril de 2009, tornou a prolongar o prazo para registro, até 31 de dezembro de 2009. 3. A construção jurisprudencial e doutrinária, conquanto inexistente previsão explícita de *abolitio criminis*, ou mesmo de que a eficácia do delito previsto no art. 12 do Estatuto do Desarmamento estaria suspensa temporariamente, formou-se no sentido de que, durante o prazo assinalado em lei, haveria presunção de que o possuidor de arma de fogo irregular providenciaria a normalização do seu registro (art. 30). 4. O art. 12 do Estatuto do Desarmamento, que prevê o crime de posse de arma de fogo de uso permitido, passou a ter plena vigência ao encerrar-se o interstício no qual o legislador permitiu a regularização das armas (até 23 de junho de 2005, conforme disposto na Medida Provisória nº 253, convertida na Lei nº 11.191/2005), mas a Medida Provisória nº 417, em 31 de janeiro de 2008, reabriu o prazo para regularização até 31 de dezembro do mesmo ano. 5. No caso *sub judice*, a vexata *quaestio* gira em torno da aplicabilidade retroativa da Medida Provisória nº 417 aos fatos anteriores a 31 de janeiro de 2008, à luz do art. 5º, XL, da Constituição, que consagra a retroatividade da *lex mitior*, cabendo idêntico questionamento sobre a retroeficácia da Lei nº 11.922/2009 em relação aos fatos ocorridos entre 1º de janeiro de 2009 e 13 de abril do mesmo ano. 6. Consectariamente, é preciso definir se a novel legislação deve ser considerada *abolitio criminis* temporária do delito previsto no art. 12 da Lei nº 10.826/03, caso em que impor-se-ia a sua eficácia retro-operante. 7. O possuidor de arma de fogo, no período em que vedada a regularização do registro desta, pratica conduta típica, ilícita e culpável, porquanto cogitável a atipicidade apenas quando possível presumir que o agente providenciaria em tempo hábil a referida regularização, à míngua de referência expressa, no Estatuto do Desarmamento e nas normas que o alteraram, da configuração de *abolitio criminis*. 8. A jurisprudência desta Corte é assente no sentido de que, *verbis*: “I - A *vacatio legis* de 180 dias prevista nos artigos 30 e 32 da Lei 10.826/2003, com a redação conferida pela Lei 11.706/2008, não tornou atípica a conduta de posse ilegal de arma de uso restrito. II – Assim, não há falar em *abolitio criminis*, pois a nova lei apenas estabeleceu um período de *vacatio legis* para que os possuidores de armas de fogo de uso permitido pudessem proceder à sua regularização ou à sua entrega mediante indenização. III – Ainda que assim não fosse, a referida *vacatio legis* não tem o condão de retroagir, justamente por conta de sua eficácia temporária” (RHC

111637, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 05/06/2012). Em idêntico sentido: HC 96168, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 09/12/2008. 9. O Pretório Excelso, pelos mesmos fundamentos, também fixou entendimento pela irretroatividade do Estatuto do Desarmamento em relação aos delitos de posse de arma de fogo cometidos antes da sua vigência (HC 98180, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 29/06/2010; HC 90995, Relator(a): Min. MENEZES DIREITO, Primeira Turma, julgado em 12/02/2008). 10. *In casu*: (i) o Recorrido foi preso em flagrante, na data de 27 de dezembro de 2007, pela posse de arma de fogo e munição (um revólver Taurus, calibre 22, nº 97592, com seis munições intactas do mesmo calibre; uma cartucheira Rossi, calibre 28, nº 510619; um Rifle CBC, calibre 22, nº 00772; uma espingarda de fabricação caseira, sem marca visível; uma espingarda Henrique Laport, cano longo; uma espingarda de marca Rossi, calibre 36, nº 525854; nove cartuchos, sendo cinco de metal e cheios, calibre 28, e quatro de plástico, calibre 20, intactos), bem como por ocultar motocicletas com chassis adulterados; (ii) o ora Recorrido foi condenado, em primeira instância, à pena de 08 (oito) anos de reclusão pela prática dos crimes previstos no art. 12 da Lei nº 10.826/03, no art. 180, §§ 1º e 2º, e no art. 311, ambos do Código Penal; (iii) o Tribunal de Justiça de Goiás reformou em parte a sentença para absolver o Recorrido das imputações do art. 12 da Lei nº 10.826/03, com base no art. 386, V, do CPP. 11. *Ex positis*, dou provimento ao Recurso Extraordinário do Ministério Público para restabelecer a sentença condenatória de primeira instância, ante a irretroatividade da norma inserida no art. 30 da Lei nº 10.826/03 pela Medida Provisória nº 417/2008, considerando penalmente típicas as condutas de posse de arma de fogo de uso permitido ocorridas após 23 de junho de 2005 e anteriores a 31 de janeiro de 2008.

Acórdão publicado no DJe de 08/04/2014. Trânsito em julgado em 28/04/2014. Tese enunciada: “É incabível a aplicação retroativa do art. 30 da Lei 10.826/2003, inserido pela Medida Provisória 417/2008, para extinguir a punibilidade do delito de posse de arma de fogo de uso permitido cometido antes da sua entrada em vigor”.

Não houve sobrestamentos, nem representativos, mas 2 processos foram devolvidos pelo STF à origem (ARE 1108259 e RE 1091831 ao TJDFT).

6.30.3. Análise.

O ponto mais importante desse julgamento, certamente, é a adequação do procedimento do julgamento dos agravos interpostos para a admissão de recurso extraordinário (atual art. 1.042 do CPC). Não havia cabimento legal para o julgamento do RE e nem de sua repercussão geral antes da definição do preenchimento de seus outros requisitos ordinários de admissibilidade

(cabimento, tempestividade, interesse, preparo, regularidade formal etc.)¹³⁷³, que constituem o mérito do agravo. O pior disso nem era o atropelo do julgamento do AI ou do ARE, mas a submissão de tema de mais alta relevância e transcendência a um julgamento em ambiente virtual e sem que se conhecesse o teor dos votos de boa parte dos ministros, já que a votação no Plenário Virtual é um simples “clique” em “sim” ou “não”, relativamente a três campos: “Questão Constitucional”, “Repercussão Geral” e “Reafirmação de jurisprudência”.¹³⁷⁴ Andaram muito bem os ministros, portanto, em não reafirmar a jurisprudência pela via eletrônica, simplesmente, a fim de que os debates ocorressem no Tribunal Pleno, presencialmente, de forma a ser acompanhada pelas partes e pelo público em geral (inclusive de forma televisionada).

Quanto aos efeitos da decisão de mérito, restou pacificada a questão da irretroatividade das sucessivas leis relativas ao Estatuto do Desarmamento, dada a sua eficácia temporária, e a tipicidade penal (art. 12 da Lei 10.826/03) das condutas praticadas fora do período de expressa atipicidade legal, ou seja, entre 23 de junho de 2005 e 31 de janeiro de 2008. Além disso, a referida consolidação da jurisprudência do STF, sob o regime de repercussão geral, produziu efeitos vinculantes para todos os processos que versaram, versem ou versarão sobre idêntica controvérsia.

Finalmente, na identificação de critérios de repercussão geral criminal, ressaltou a presença do princípio da retroatividade da lei penal benéfica e da irretroatividade da lei que agrava o direito penal, ambos decorrente do art. 5º, XL, em tema indubitavelmente relativo à *abolitio criminis* de certas condutas, em tese amoldáveis ao tipo penal do art. 12 da Lei 10.826/03. O caso concreto em si trazia relevância própria, por se tratar de apreensão de armamento pesado e em quantidade não desprezível. Contudo, pensamos que o critério de definição da existência da repercussão geral, nesse caso, foi, novamente, a existência de jurisprudência dominante do STF, de modo a presumir-se a presença do requisito de admissibilidade do art. 102, §3º, da CF, nos termos do art. 1.035, §3º, I, do CPC. A contrariedade do acórdão recorrido à jurisprudência pacífica do Supremo sobre o tema foi, portanto, o que definiu a existência de repercussão geral. O fato de o Plenário Virtual ter rejeitado a votação, também virtual, da reafirmação da jurisprudência, não refuta essa assertiva, já que, à unanimidade, se reconheceu a repercussão geral, nos

¹³⁷³ Sobre o momento para a apreciação da repercussão geral dever ser posterior ao exame dos demais requisitos de admissibilidade do RE, cf. tópico 5.5.3.

¹³⁷⁴ Sobre o assunto, cf. tópico 5.5.4.

termos do voto do Relator, que justamente apontava a consolidação do entendimento do STF em sentido contrário ao do acórdão recorrido.¹³⁷⁵

Digno de nota, também, foi o prazo recorde de julgamento do mérito, depois de reconhecida a repercussão geral: apenas 4 meses.

6.31. TEMA 712 – POSSIBILIDADE, EM CASO DE CONDENAÇÃO PELO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS, DE VALORAÇÃO DA QUANTIDADE E DA NATUREZA DA DROGA APREENDIDA, TANTO PARA A FIXAÇÃO DA PENA-BASE QUANTO PARA A MODULAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006.

Caso paradigma Recurso Extraordinário com Agravo
666.334/AM

Questão constitucional

A possibilidade, ou não, à luz do art. 5º, XLVI, da Constituição Federal, em caso de condenação pelo delito de tráfico ilícito de entorpecentes, de valoração da quantidade e da qualidade da droga apreendida, tanto na primeira fase de fixação da pena, como circunstância judicial desfavorável, quanto na terceira fase, para modular a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.

Ramo do direito

Direito Penal

Resultado

Repercussão geral com reafirmação de jurisprudência

¹³⁷⁵ A tese firmada pelo STF coincide, em sua fundamentação, com a posição doutrinária de que a lei temporária somente possui ultratividade, nos termos do art. 3º do CP, não retroagindo, nem mesmo para beneficiar o réu; nesse sentido: SILVA FRANCO, Alberto. **Código penal e sua interpretação jurisprudencial**: parte geral. São Paulo: RT, 1997, v. I, t. I, p. 93; CAPEZ, Fernando. **Estatuto do desarmamento**: comentários à lei 10.826, de 22.12.2003. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 66-70; JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; FULLER, Paulo Henrique Aranda. **Legislação penal especial**. 5. ed. São Paulo: Premier Maxima, 2008, v. 1, p. 494-496; VENTURA, André. **Lições de direito penal**. Portugal: Chiado, 2013, v. 1, p. 181-183; DELMANTO et. al., 2010, p. 89-90; JESUS, 2013, v. 1, p. 136-141; MARQUES, p. entre outros. Em sentido contrário, inclusive apontando a não recepção do art. 3º do CP em face do art. 5º, XL, da CF/88: BATISTA, Nilo et al. **Direito Penal Brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, vol. I, p. 217; GRECO, R., 2014, v. I p. 121; entre outros.

Tese enunciada

As circunstâncias da natureza e da quantidade da droga apreendida devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases do cálculo da pena.

6.31.1. O caso.

A.F.F. foi condenado, em 10/02/2011, pelo juiz da 3ª Vara Especializada em Crimes de Uso e Tráfico de Entorpecentes (VECUTE) da comarca de Manaus/AM, como incurso no art. 33 da Lei 11.343/06, à pena de 4 anos e 8 meses de reclusão, em regime fechado, e multa, por estar, em 17/08/2008, na posse ilegal 162,57g de cocaína. A dosimetria da pena-base foi feita “[e]m análise à regra fixada pelo art. 59 do CP e 42 da Lei 11.343/06”, verificando o juiz de primeira instância serem neutros todos os elementos do art. 59 do CP, exceto as consequências do crime que entendeu como graves face:

[...]aos danos à saúde pública e, por via oblíqua, dos dissabores que seriam causados às famílias que padecem com os problemas gerados pelo uso de droga por um de seus membros, que em sua maioria são pessoas jovens, as quais dificilmente conseguem escapar da dependência física ou psíquica.

Assim, concluiu:

Com base no estudo destes elementos, os quais foram analisados individualmente, atribuindo-se a cada um o seu devido peso, e, em especial, a quantidade de droga apreendida, autorizam a fixação da pena-base em 7 (sete) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa.

Não há agravante e atenuante. Sem causas de aumento de pena.

Reconheço o preenchimento dos requisitos da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, aplicando-a na fração de 1/3 (um terço), em razão da natureza e quantidade da droga apreendida.

A defesa constituída interpôs recurso de apelação perante o Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, pedindo, entre outros pontos, a redução da pena, alegando que “apesar do preenchimento dos requisitos, o benefício do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 foi concedido no patamar mínimo, 1/3 (um terço), isso com base na natureza e quantidade de droga apreendida”. Salientou que “a quantidade e natureza da droga já foram levadas em consideração para exacerbação da pena”, não podendo, sob pena de *bis in idem*, “servir para fixar o benefício no patamar mínimo”. A 2ª Câmara Criminal do TJAM, em 01/08/2011, negou provimento à apelação, mantendo a sentença por seus próprios fundamentos e, quanto à dosimetria da pena, limitou-se a afirmar que “foi realizada segundo os critérios legais, portanto, não se constata qualquer irregularidade”.

No recurso extraordinário, interposto com fundamento no art. 102, III, *a*, da Constituição Federal, alegou a defesa que o acórdão impugnado teria violado o princípio constitucional da individualização da pena (art. 5º, inciso XLVI, CF). Aduziu a desproporcionalidade na fixação da pena-base, uma vez que teria sido majorada muito acima do mínimo legal apenas em virtude da quantidade e da qualidade da droga apreendida, haja vista a inexistência de qualquer outra circunstância judicial desfavorável. Sustentou ainda a ocorrência de *bis in idem*, pois a quantidade e a natureza da droga apreendida teriam sido valoradas tanto na primeira fase de fixação da pena, como circunstância judicial desfavorável, quanto na terceira fase, por ocasião da aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, no patamar mínimo de 1/3. Quanto à repercussão geral, salientou que ao tratar de matéria relacionada à dosimetria e à individualização da pena, o recurso trataria de direito fundamental do homem, “fato este que por si só já constitui matéria de suma importância no plano jurídico e que ultrapassa o limite subjetivo do interesse do Recorrente, interessando a toda sociedade”. O Tribunal *a quo* inadmitiu o recurso extraordinário, aos fundamentos de ausência de prequestionamento e de ofensa meramente reflexa ao texto constitucional. Contra referida decisão de inadmissibilidade foi interposto agravo, autuado como ARE 666.334/AM e distribuído, em 12/12/2011, ao Relator, o Min. Gilmar Mendes.

6.31.2. A repercussão geral e o resultado do julgamento.

O Relator do ARE 666.334/AM proferiu seu voto e submeteu-o ao demais membros do Tribunal, no ambiente do Plenário Virtual, nos seguintes termos:

Cumprido destacar que, em sessão realizada no dia 19.12.2013, o Pleno do STF, ao julgar os HCs 112.776 e 109.193, ambos da relatoria do Min. Teori Zavascki, firmou orientação no sentido de que, em caso de condenação por tráfico ilícito de entorpecentes, a natureza e a quantidade da droga apreendida apenas podem ser levadas em consideração em uma das fases da dosimetria da pena, sendo vedada sua apreciação cumulativa. Na ocasião, ficou consignado que cabe ao juiz escolher em qual momento da dosimetria essa circunstância vai ser levada em conta, seja na primeira, seja na terceira, observando sempre a vedação ao *bis in idem*.

No presente caso, o Juiz de 1º grau, ao realizar a fixação da pena, levou em consideração a quantidade e a natureza da droga tanto na primeira quanto na terceira fase da dosimetria para elevar a pena do recorrente, o que é vedado nos termos da jurisprudência desta Corte.

Assim, manifesto-me pela existência de repercussão geral da questão constitucional debatida e pela reafirmação da jurisprudência desta Corte, de modo a

fixar o entendimento no sentido de que as circunstâncias da natureza e da quantidade da droga apreendida devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases do cálculo da pena.

Ante o exposto, conheço do agravo e dou provimento ao recurso extraordinário para determinar ao Juízo da 3ª V. E. C. U. T. E. da Comarca de Manaus/AM que proceda a nova dosimetria da pena, observando o entendimento firmado pelo STF.

O Min. Marco Aurélio manifestou-se pela necessidade de aguardar o desfecho do Recurso Especial interposto perante o STJ, a atecnia do provimento do RE antes do julgamento do agravo e a falta de prequestionamento da matéria constitucional pelo TJ/AM.

Em 03/04/2014, apurou-se o resultado da votação no Plenário Virtual: o Tribunal, por maioria (9 a 1 votos), reputou constitucional a questão, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada e, no mérito, reafirmou a jurisprudência dominante sobre a matéria, dando provimento ao agravo e ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Luiz Fux e Marco Aurélio em todos os quesitos. A ementa restou assim redigida:

Recurso extraordinário com agravo. Repercussão Geral. 2. Tráfico de Drogas. 3. Valoração da natureza e da quantidade da droga apreendida em apenas uma das fases do cálculo da pena. Vedação ao *bis in idem*. Precedentes. 4. Agravo conhecido e recurso extraordinário provido para determinar ao Juízo da 3ª VE-CUTE da Comarca de Manaus/AM que proceda a nova dosimetria da pena. 5. Reafirmação de jurisprudência.

Acórdão publicado em 06/05/2014. Trânsito em julgado em 19/05/2014. Tese enunciada: “As circunstâncias da natureza e da quantidade da droga apreendida devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases do cálculo da pena”¹³⁷⁶. Ocorreram 26 sobrestamentos e 2 devoluções (ARE 1071039 e ARE 1079533), todos do TJSP.

6.31.3. Análise.

A primeira curiosidade deste caso é a votação de todos os membros do Tribunal, no Plenário Virtual, algo inédito nos casos que analisamos. Não se registrou nenhuma abstenção, tendo

¹³⁷⁶ Redação da tese aprovada nos termos do item 2 da Ata da 12ª Sessão Administrativa do STF, realizada em 09/12/2015. O entendimento do STF encontra amparo doutrinário, cf.: GRECO FILHO; RASSI, 2009, p.110-111; SOUZA, 2015, p. 121-122; MOREIRA, Rômulo de Andrade. **A aplicação da pena no tráfico de drogas – non bis in idem**. 2014. Disponível em: <<https://romulomoreira.jusbrasil.com.br/artigos/121938892/a-aplicacao-da-pena-no-traffic-de-drogas-non-bis-in-idem>>. Acesso em: 24 mar. 2018. Em sentido contrário (pela possibilidade de utilização da natureza e da quantidade da droga como critério tanto na primeira quanto na terceira fase da dosimetria da pena): BALTAZAR JUNIOR, 2014, p. 1226.

todos registrado seu voto, sendo o único, além do relator a externar os motivos, como sempre, o Min. Marco Aurélio. O eminente ministro, aliás, estava com a razão ao menos quanto a um ponto: a ausência completa de prequestionamento da matéria constitucional nas instâncias ordinárias, pois nem o juiz da 3ª VECUTE, nem o TJAM sequer tangenciaram o fundamento constitucional do RE, isto é, o princípio da individualização da pena insculpido no art. 5º, XLVI. Nesse ponto, correta a decisão da Presidência do TJ de não admitir o RE, por falta de prequestionamento (também não houve oposição de embargos de declaração pela defesa, para tentar sanar a omissão), o que deveria ter resultado no não provimento ao agravo. Veja-se que se tratava de requisito de admissibilidade, na modalidade de cabimento, do RE, portanto, a ser averiguado antes da repercussão geral.¹³⁷⁷ O enfoque do voto do Relator e do Plenário Virtual, porém, passou ao largo dessa questão, atendo-se à contrariedade do acórdão com a jurisprudência dominante do STF sobre a matéria, para, assim, conhecer do agravo e dar provimento ao RE, para anular as decisões ordinárias e determinar ao juiz de primeira instância ao recálculo da pena.

Esse caso pode parecer evidenciar que o STF – ao menos em matéria criminal, que é o que examinamos – está ainda preso a alguns aspectos de uma Corte de Cassação, preocupada com o controle casuístico da atividade judicial. Isso também poderia servir de reforço ao que afirmamos acima sobre não ser possível apontar, com segurança, em que modelo de Corte se enquadra atualmente a nossa Corte de Vértice: se em uma Corte de Interpretação e de Precedentes ou se em uma Corte de Revisão/Cassação¹³⁷⁸. Neste caso, poderíamos destacar novamente ver algo de híbrido na atuação do STF. De um lado, uma preocupação em se julgar o caso com os efeitos da repercussão geral, para formar um precedente vinculante (mais forte do que a jurisprudência dominante do Tribunal). De outro lado, ignorando-se, por completo, o exame dos requisitos de admissibilidade básicos do recurso (em especial, o prequestionamento), na ânsia de se corrigir um erro praticado pelos juízos ordinários, algo bem típico do modelo de controle da atividade judicial pelas Cortes Superiores.¹³⁷⁹ Ademais, optou-se por não corrigir o erro – aplicando a fração máxima de diminuição da pena em 2/3, nos termos do art. 33, §4º, da Lei

¹³⁷⁷ Sobre o momento propício de análise da repercussão geral ser depois do exame do preenchimento dos demais requisitos de admissibilidade do RE, cf. tópico 5.5.3.

¹³⁷⁸ Cf. tópico 2.3.4.

¹³⁷⁹ Nesse sentido, cf. tópico 2.3.2.

11.343/06 – mas por anular as decisões ordinárias, no ponto controvertido, para que o juiz de primeira instância recalculasse a pena, em típico provimento de uma Corte de Cassação.¹³⁸⁰

Em que pesem essas constatações, que parecem apenas aproximar o STF do modelo de Corte de Cassação, é necessário relembrar que faz parte do modelo de Cortes Supremas mais modernas a tutela dos direitos e garantias fundamentais, entre as quais se insere com clareza a dignidade da pessoa humana e a sua liberdade de locomoção. O caso julgado, por sua vez, denota um caso claro de violação a esses direitos, o que pode militar em favor da tese de que o STF reúne os três aspectos da nomofilaquia do século XXI: correção reativa da aplicação da lei (constitucional, no seu caso), interpretação proativa da lei e tutela dos direitos e garantias fundamentais. Toda a crítica à ausência de prequestionamento etc., portanto, seria suplantada pela função de proteção às normas fundamentais constitucionais, quando violadas, como se deu no caso em relação à liberdade de ir e vir do recorrente. Não se pode perder de vista, por exemplo, que esse caso seria adequado para a concessão de uma ordem de *habeas corpus* de ofício (art. 654, §2º, do CPP), que é provimento típico, em remédio próprio, da função garantidora dos direitos individuais fundamentais contra qualquer espécie de violação, em qualquer grau de jurisdição penal; e ninguém poderia falar na impossibilidade de o STF concedê-lo; ao menos, não há fundamento para que a RG seja um empecilho à expedição da ordem, de ofício, quando identificada a ilegalidade ou o abuso de poder. Temos, assim, que esse critério de identificação moderna de uma Corte Suprema também está ligado à postura do STF perante as causas criminais, sem que isso possa ser entendido como uma resistência à implantação de um modelo de Corte Suprema para a sua atuação; pelo contrário, confirma-a segundo as concepções mais modernas desse tipo de Corte. O único traço realmente relevante da cassação, nesse caso, remanesceria no resultado do julgamento não ser dado, logo, pelo STF, optando-se pela anulação dos julgados inferiores, para a readequação da pena em primeira instância, a partir da premissa fixada pela Corte. Fora isso, pensamos que a superação de óbices formais do RE e da RG para a tutela das liberdades é postura própria de uma verdadeira Corte Suprema.

Quanto a elementos de identificação dos critérios de repercussão geral, apenas repetiu-se a presunção legal de existência desse requisito, por afronta à jurisprudência dominante do STF, não havendo, portanto, nada de novo.

¹³⁸⁰ Cf. também no tópico 2.3.2.

6.32. TEMA 713 – NECESSIDADE DE REPRESENTAÇÃO DA OFENDIDA, COMO CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE DA AÇÃO PENAL, EM CASO DE CRIME DE LESÃO CORPORAL PRATICADO CONTRA A MULHER NO ÂMBITO DOMÉSTICO E FAMILIAR.

Caso paradigma	Recurso Extraordinário com Agravo 773.765/PR
Questão constitucional	A natureza da ação penal em caso de crime de lesão corporal de natureza leve praticado contra a mulher no âmbito das relações domésticas e familiares, se pública condicionada à representação da vítima ou pública incondicionada, à luz dos arts. 1º, III, 5º, caput e I, e 226, § 8º, da Constituição Federal.
Ramo do direito	Direito Processual Penal
Resultado	Repercussão geral com reafirmação de jurisprudência
Tese enunciada	Os crimes de lesão corporal praticados contra a mulher no âmbito doméstico e familiar são de ação penal pública incondicionada.

6.32.1. O caso.

A.D. foi absolvido, em primeira instância, por falta de provas da acusação de, em 02/07/2009, empurrar sua esposa contra uma porta de vidro, causando-lhe lesões corporais; conduta capitulada no art. 129, § 9º, do Código Penal¹³⁸¹ c/c os arts. 5º e 7º, I, da Lei 11.340/2006¹³⁸².

¹³⁸¹ “**Lesão corporal.** Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:[...] **Violência Doméstica** (Incluído pela Lei nº 10.886, de 2004) §9º Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 3 (três) anos. (Redação dada pela Lei nº 11.340, de 2006)

¹³⁸² “Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: [...] Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras: I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal”.

O Ministério Público do Estado do Paraná interpôs recurso de apelação. O TJPR, ao apreciar o apelo, julgou-o prejudicado e declarou a extinção da punibilidade do acusado. A Corte Estadual consignou que o delito de lesão corporal cometido contra a mulher no âmbito das relações doméstica e familiar era de ação penal pública condicionada à representação. Assim, tendo em vista a declaração expressa da vítima em não representar contra o acusado, teria se operado a decadência. Houve oposição de embargos de declaração, conhecidos, mas rejeitados.

No recurso extraordinário, interposto com fundamento alínea “a” do permissivo constitucional, o *Parquet* estadual alegou, preliminarmente, a repercussão geral da matéria em discussão. No mérito, apontou violação aos arts. 1º, inciso III; 5º, *caput* e inciso I; e 226, §8º, da Constituição Federal e aduziu, em síntese, que condicionar o exercício da ação penal à representação de ofendida extremamente fragilizada pela reiterada violência sofrida e emocionalmente comprometida pelas relações de afeto até então existentes, implica manter, por ausência de resposta penal adequada, o quadro de impunidade dos agressores. Citou jurisprudência do STF (HC 106.212/MS) contrária ao entendimento exposto no acórdão recorrido.

O Tribunal *a quo* negou trânsito ao recurso extraordinário, em virtude da ausência de prequestionamento e por entender que a ofensa à Constituição Federal, se existente, dar-se-ia de forma indireta, o que não daria ensejo à abertura da via excepcional. Contra referida decisão de inadmissibilidade foi interposto agravo, distribuído, em 24/09/2013, ao Relator, Min. Gilmar Mendes.

6.32.2. A repercussão geral e o resultado do julgamento.

Após o relatório, a decisão de análise da repercussão geral do tema versado no ARE 773.765/PR, apontou o seguinte:

Observados os demais requisitos de admissibilidade do presente recurso, submeto a matéria à análise de repercussão geral, tendo em vista que a discussão possui relevância do ponto de vista jurídico e ultrapassa os interesses subjetivos das partes, já que a orientação firmada por esta Corte balizará o julgamento de inúmeras ações referentes à violência doméstica contra as mulheres.

Destacou-se que “a questão constitucional discutida nos autos refere-se à natureza da ação penal no crime de lesão corporal leve praticado contra mulher no âmbito doméstico e familiar, se pública condicionada à representação da vítima ou pública incondicionada” e que, quanto a isso, o STF já havia decidido, no julgamento do HC 106.212/MS (Rel. Min. Marco Aurélio, Pleno, DJe 13.6.2011), a constitucionalidade do art. 41 da Lei 11.340/06 – no sentido de afastar a aplicação da Lei dos Juizados Especiais (Lei 9.099/95) relativamente aos crimes cometidos

com violência doméstica e familiar contra a mulher – no julgamento da ADI 4.424/DF, em 09/02/2012, para “assentar a natureza incondicionada da ação penal em caso de crime de lesão corporal, praticado mediante violência doméstica e familiar contra a mulher”. Como o acórdão do TJPR seria contrário ao entendimento do STF, nesses precedentes, manifestou-se o Relator pela

[...]existência de repercussão geral da questão debatida e pela reafirmação da jurisprudência desta Corte, de modo a fixar entendimento no sentido de que os crimes de lesão corporal praticados contra a mulher no âmbito doméstico e familiar são de ação penal pública incondicionada.

Ante o exposto, conheço do agravo e dou provimento ao recurso extraordinário para cassar o acórdão proferido pela 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, determinando a apreciação do mérito da apelação interposta pelo Ministério Público Estadual.

O Plenário Virtual registrou, em 03/04/2014, que o Tribunal, por maioria (10 votos contra 1), reputou constitucional a questão, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada e reafirmou a jurisprudência dominante sobre a matéria, vencido o Ministro Marco Aurélio.¹³⁸³

A decisão foi publicada no DJe de 28/04/2014 e transitou em julgado em 12/05/2014. Tese enunciada: “Os crimes de lesão corporal praticados contra a mulher no âmbito doméstico e familiar são de ação penal pública incondicionada”¹³⁸⁴. Não se registrou sobrestamento, devolução ou remessa.

6.32.3. Análise.

¹³⁸³ Na doutrina, colhemos posicionamentos conformes com o entendimento do STF, no sentido de que os crimes de lesão corporal praticados contra a mulher no âmbito doméstico e familiar são de ação penal pública incondicionada: CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte especial, arts. 121 a 212. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.192-193; ESTEFAM; GONÇALVES, 2013, p. 680-682; NUCCI, 2010, p. 1273; LIMA, R. B., 2014, p. 257; entre outros. Em sentido contrário, de que as ações penais por tais crimes dependem de representação, podemos citar: GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte especial. 9. ed. Niterói: Impetus, 2007, v. IV, p. 279-280; JESUS, Damásio. **Lei dos juizados...** 2007, p. 100-101; NOGUEIRA, 2006, p. 180; SOUZA, Luiz Antônio de; KÜMPPEL, Vitor Frederico. **Violência doméstica e familiar**. São Paulo: Método, 2007, p. 126-127; entre outros.

¹³⁸⁴ Redação da tese aprovada nos termos do item 2 da Ata da 12ª Sessão Administrativa do STF, realizada em 09/12/2015.

Mais um caso da relatoria do Min. Gilmar Mendes que consegue colher os votos de todos os ministros, no Plenário Virtual, e com manifestação do Min. Marco Aurélio no sentido do esvaziamento da análise da repercussão geral, ante o provimento monocrático do agravo e do RE pelo Relator, embora concordasse que o acórdão recorrido contrariou a jurisprudência pacífica do STF sobre o tema. O critério de confirmação da repercussão geral, aliás, foi novamente o do art. 543-A, §3º, do CPC/73 (atual art. 1.035, §3º, I), não se podendo concluir, por exemplo, que o fato de tratar de violência doméstica contra a mulher ou de extinção da punibilidade – temas que poderiam ser reputados de relevantes e transcendentais, por si, se o STF assim quisesse – tenha sido o mote da repercussão geral. Foi a pura simples contrariedade à jurisprudência dominante mesmo, de modo que nada acrescentaremos, daqui ao nosso rol de elementos de concretização do conceito de repercussão geral.

Por outro lado, esse caso, tal como o anterior (Tema 712), pode demonstrar um perfil ainda remanescente de Corte de Cassação do STF. Novamente se conhece e dá provimento a um recurso de agravo, sem um mínimo de fundamentação acerca dos requisitos de admissibilidade do recurso extraordinário e, assim, dos motivos do desacerto da Corte de Justiça em negar seguimento ao último. Veja-se que o TJ/PR afirmou não ter havido prequestionamento e que a ofensa à Constituição seria reflexa. O STF, por sua vez, não disse que os dispositivos constitucionais teriam sido enfrentados no acórdão, nem que haveria ofensa direta à CF¹³⁸⁵; simplesmente julgou o caso para adequá-lo à jurisprudência dominante do STF, isto é, para a pura e simples uniformização da jurisprudência, postura comum às Cortes de Revisão/Cassação, em sua perseguição pela univocidade normativa e pelo controle mais abrangente possível das decisões dos juízes ordinários. Tanto é que, ao final, decidiu-se (também como no caso do Tema 712), por “cassar o acórdão proferido pela 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, determinando a apreciação do mérito da apelação interposta pelo Ministério Público Estadual”. Ora, decisão mais simbólica de uma Corte de Cassação, *à la française*, que essa impossível. Veja-se que, nesse caso, a decisão foi contrária ao réu, não havendo como evocar a mesma analogia do tema anterior com a possibilidade de concessão de *habeas corpus* de ofício. É de se destacar, no entanto, que o STF não deixou de tutelar direitos fundamentais, sob o

¹³⁸⁵ Como esse processo correu em segredo de justiça, não conseguimos acesso ao seu inteiro teor, como de praxe, de modo que não podemos afirmar se o acórdão do TJ/PR – indisponível no processo eletrônico do STF – enfrentou a matéria constitucional no acórdão original ou no dos embargos de declaração, nem que as razões do extraordinário tenham demonstrado a ofensa direta à CF/88.

prisma dos direitos à vida, à dignidade e à proteção efetiva da mulher vítima de violência doméstica. Mesmo que não tenhamos subsídios suficientes para superar a “crise de identidade” de nossa Corte Suprema, é de notar que os direitos e garantias fundamentais têm dado a tônica de vários temas de repercussão geral, para superar óbices materiais ou formais à sua apreciação e julgamento.

De todo modo, poderíamos dizer que o caso produziu o efeito vinculante do entendimento do STF sobre o mesmo tema, a partir de seu julgamento no regime de repercussão geral. Entretanto, pode-se, também, argumentar que esse efeito já decorria do julgamento da ADI 4.424/DF, por força do art. 102, §2º, da CF, e art. 28, parágrafo único, da Lei 9.868/99, sendo, inclusive, fator motivador de reclamação, nos termos do art. 988, III, do CPC¹³⁸⁶, não havendo necessidade de novo pronunciamento da Corte, em regime de repercussão geral, para que esses efeitos se fizessem presentes no ordenamento jurídico. O julgamento do mérito do RE seria, então, totalmente dispensável, bastando o simples provimento monocrático do Relator, na forma do art. 544, §4º, II, “c”, do CPC/73. Ocorre que, por alguma razão, o NCPC não previu o entendimento sufragado pelo STF em controle concentrado de constitucionalidade, como hipótese de inadmissibilidade do RE ou de retratação do órgão prolator da decisão recorrida. Essas hipóteses se restringem à jurisprudência do STF formada em julgamento de recursos repetitivos ou com repercussão geral, nos termos do art. 1.030, I, “a” e “b”, e II. Ou seja, em que pese o art. 927, I, dizer que “Os juízes e os tribunais observarão as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade”, no caso de o acórdão recorrido contrariar entendimento firmado em julgamento de ADI, ADIO, ADC ou ADPF, não há previsão de juízo de retratação pelo órgão julgador (art. 1.030, II) e, em caso de o acórdão recorrido estar de acordo com o entendimento do STF proferido em controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, também não há previsão de negativa de seguimento (art. 1.030, I), mas apenas de reclamação (art. 988, III); em verdade, se houver negativa de seguimento, caberá o agravo do art. 1.042, já que a única ressalva para o seu não cabimento diz respeito ao entendimento firmado em regime de repercussão geral ou em julgamento de recursos repetitivos. Disso se pode extrair a utilidade – embora sistematicamente esdrúxula – de o STF reiterar em controle difuso o que

¹³⁸⁶ “Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para: III – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade” (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016).

já havia dito em controle concentrado de constitucionalidade para, pasme-se, dar efeito vinculante ao seu entendimento, no que se refere à admissibilidade de RE sobre a mesma matéria.

6.33. TEMA 811 – CABIMENTO DE AÇÃO PENAL PRIVADA SUBSIDIÁRIA DA PÚBLICA APÓS O DECURSO DO PRAZO PREVISTO NO ART. 46 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, NA HIPÓTESE DE O MINISTÉRIO PÚBLICO NÃO OFERECER DENÚNCIA, PROMOVER O ARQUIVAMENTO OU REQUISITAR DILIGÊNCIAS EXTERNAS NO PRAZO LEGAL E PREJUDICIALIDADE DA QUEIXA SE ESTAS PROVIDÊNCIAS FOREM TOMADAS, NO CURSO DA AÇÃO PRIVADA, PELO *PARQUET*.

Caso paradigma Recurso Extraordinário com Agravo 859.251/DF

Questão constitucional

O cabimento, à luz do art. 5º, LIX, da Constituição Federal, de ação penal privada subsidiária da pública após o decurso do prazo previsto no art. 46 do Código de Processo Penal, na hipótese de o Ministério Público não oferecer denúncia, promover o arquivamento ou requisitar diligências externas no prazo legal.

A ocorrência, ou não, de prejudicialidade da queixa quando o Ministério Público, após o prazo legal para propositura da ação penal (art. 46 do CPP), oferecer denúncia, promover o arquivamento do inquérito ou determinar a realização de diligências externas.

Ramo do direito

Direito Processual Penal

Resultado

Repercussão geral com reafirmação de jurisprudência

Tese enunciada

I - O ajuizamento da ação penal privada pode ocorrer após o decurso do prazo legal, sem que seja oferecida denúncia, ou promovido o arquivamento, ou requisitadas diligências externas ao Ministério Público. Diligências internas à instituição são irrelevantes;

II - A conduta do Ministério Público posterior ao surgimento do direito de queixa não prejudica sua propositura. Assim, o oferecimento de denúncia, a promoção do arquivamento ou a requisição de diligências externas ao Ministério Público, posterior ao decurso do prazo le-

gal para a propositura da ação penal não afastam o direito de queixa. Nem mesmo a ciência da vítima ou da família quanto a tais diligências afasta esse direito, por não representar concordância com a falta de iniciativa da ação penal pública.

6.33.1. O caso.

M.D., menor e filho de F.D.C.C. e D.M.F.C.C., faleceu, em 14/02/2012, nas dependências do Hospital Santa Lúcia, no Distrito Federal. Foi instaurado inquérito policial para apurar a morte, sendo ao final indiciadas I.C.R.E. e L.C.S.R.C, pela prática do crime de homicídio culposo, resultante de inobservância de regra técnica de profissão art. 121, §§3º e 4º. Em 17/05/2012, o inquérito, já relatado, foi recebido na secretaria do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios e, na mesma data, remetido a perito médico que atuava na própria promotoria. Entre 24/05/2012 e 14/06/2012, o pai da vítima peticionou, ao MP, por juntada de cópia ao inquérito de representação protocolada junto à Anvisa, cópia de laudo médico de seu assistente técnico e de auto de infração lavrado pela Anvisa, bem como manifestação pedindo o oferecimento de denúncia. Contudo, de 17/05 a 12/07/2012, os autos estiveram no Ministério Público sem promoção do arquivamento ou pela baixa em diligências externas ao *Parquet* ou mesmo oferecimento de denúncia, superando, assim, o prazo de 15 dias do art. 46 do CPP¹³⁸⁷, o que levou os pais da vítima, em 31/08/2012, a ajuizarem ação penal privada subsidiária da pública, sendo a queixa recebida em 24/10/2012.

Foi, então, impetrado *habeas corpus* perante a 1ª Turma do TJ/DFT, sendo a ordem concedida para trancar a ação penal privada subsidiária, sob o fundamento de que não restou configurada inércia do Ministério Público.

Diante do não cabimento de recurso ordinário, já que concessório da ordem o acórdão do TJDF (art. 102, II, “a”; art. 105, II, “a”), os querelantes interpuseram recursos especial e extraordinário, este com fulcro no art. 102, III, “a”, e alegando que o aresto que determinou o trancamento da ação penal privada subsidiária da pública, violava o disposto no art. 5º, LIX, da

¹³⁸⁷ “Art. 46. O prazo para oferecimento da denúncia, estando o réu preso, será de 5 dias, contado da data em que o órgão do Ministério Público receber os autos do inquérito policial, e de 15 dias, se o réu estiver solto ou afiançado. No último caso, se houver devolução do inquérito à autoridade policial (art. 16), contar-se-á o prazo da data em que o órgão do Ministério Público receber novamente os autos”.

CF¹³⁸⁸, pois os autos do inquérito relatado permaneceram com a promotoria por mais de 15 (quinze) dias, sem que fosse tomada qualquer providência. O RE, porém, foi rejeitado na origem, sob o fundamento de que a pretensão nele deduzida demandaria reexame de fatos e provas, além de contrariar a jurisprudência desta Corte. Seguiu-se, contra essa decisão, recurso de agravo, nos quais os agravantes sustentaram não haver necessidade de incursão no conjunto fático-probatório, mas apenas a sua reavaliação. Destacaram, ainda, que, ao contrário do que assentou a decisão ora agravada, o acórdão do tribunal de origem não estava em perfeita sintonia com a jurisprudência do STF. Os agravados, por sua vez, afirmaram que o recurso perdeu o objeto, visto que o Ministério Público promoveu o arquivamento do inquérito. Acrescentaram que os recorrentes teriam admitido que buscavam usurpar a competência do Ministério Público para propor a ação penal pública, visto que previam a promoção de arquivamento da investigação. Afirmaram que os recorrentes não têm legitimidade recursal, porque não foram parte na ação de *habeas corpus*. Defenderam que eventual ofensa à Constituição Federal seria meramente reflexa. Pugnaram pelo não conhecimento ou pela negativa de provimento ao recurso. No STF, o processo foi autuado como ARE 859.251/DF e distribuído, em 18/12/2014, ao Relator, Min. Gilmar Mendes.

6.33.2. A repercussão geral e o resultado do julgamento.

Na decisão de análise do agravo e, portanto, de admissibilidade do recurso extraordinário, o Min. Gilmar Mendes, salientou que os agravantes, embora não fossem parte na ação de *habeas corpus*, tinham legítimo interesse processual na causa, na forma do art. 6º do CPC, não havendo que se falar em falta de legitimidade recursal. Colacionou julgado do STF nesse sentido (Pet 423 AgR, Relator Min. CELSO DE MELLO, Relator p/ Acórdão Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 26.4.1991).

Quanto ao arquivamento do inquérito pelo MP, o Relator destacou não afetar tal fato o andamento da ação penal privada subsidiária e, por isso, não haver perda do objeto do recurso. Quanto ao alegado objetivo da ação penal de usurpar a competência do Ministério Público, porque os querelantes previam a promoção de arquivamento da investigação, o Relator frisou que a propositura da ação penal privada se legitima pelo decurso legal do prazo para a acusação, sendo o propósito dos querelantes irrelevante.

¹³⁸⁸ “LIX - será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal”.

Destacou que as questões aduzidas no RE se resumiam, a primeira, a saber “se a ausência de movimentação externa ao Ministério Público por prazo superior a 15 (quinze) dias autorizaria a propositura da ação penal privada”; a segunda, “se as diligências do Ministério Público posteriores à queixa têm o condão de torná-la prejudicada”. Para análise desses pontos, julgou não ser necessário revolver fatos e provas, pois os fatos podiam ser aceitos tal como fixados na instância de origem.

Em relação aos precedentes do STF invocados pelos recorridos (notadamente HC 74.276, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 3.9.1996, Primeira Turma; RE 274.115-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 12.8.2003, Segunda Turma; HC 68.540, Rel. Min. Octavio Gallotti, julgamento em 21.5.1991, Primeira Turma; HC 67.502, Rel. Min. Paulo Brossard, julgamento em 5.12.1989, Segunda Turma), salientou sua distinção e conseqüente imprestabilidade para incidir sobre o caso em julgamento. Assim, entendeu que o agravo merecia provimento, para que o recurso extraordinário fosse analisado.

Prosseguindo, identificou que a instância recorrida invocou situações que não estavam na hipótese de incidência da norma constitucional: “o fato de o Ministério Público estar analisando o inquérito por seu assistente técnico no período da inércia e posterior produção de diligências com conhecimento dos pais da vítima para afastar a sua sanção”. Salientou, porém, que “[e]ssa exceção à regra não tem base expressa na Constituição ou na lei. Eventualmente, pode ser deduzida do sistema. Isso, no entanto, é a matéria de fundo da questão constitucional”.

Com relação à existência de questão constitucional e de repercussão geral, destacou:

É relevante a tese de que a invocação de circunstâncias não presentes na regra constitucional para afastar sua consequência viola de forma direta a Constituição. Assim, a questão é constitucional.

No que se refere à repercussão geral, as ações penais privadas subsidiárias não são numerosas em nosso direito. No entanto, está em jogo o direito da vítima e sua família à aplicação da lei penal, inclusive tomando as rédeas da ação criminal, se o Ministério Público não agir em tempo. Esse direito foi elevado à qualidade de direito fundamental pela Constituição art. 5º, LIX. Interessa não apenas às partes, mas ao sistema jurídico como um todo, marcar os limites do instituto da ação penal privada subsidiária da pública em casos como o presente. Assim, a questão tem a necessária relevância jurídica para passar pelo controle da repercussão geral.

Com relação aos precedentes do Tribunal, identificou vários “afastando a legitimidade para propositura da ação penal privada subsidiária se o Ministério Público, ao receber o inquérito

relatado ou representação, promover o arquivamento da investigação ou requerer diligências externas” (HC 74.276, Relator Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 3.9.1996; HC 84.659, Relator Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 29.6.2005; Inq 1939, Relator Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 3.3.2004). Por outro lado, havia precedente do STF (RHC 68.430, Relator Min. PAULO BROSSARD, Segunda Turma, julgado em 24.3.1992) que afirmava que “se decorrido o prazo legal sem oferecimento da denúncia, promoção pelo arquivamento ou sequer pedido de diligência dirigido a outro órgão do sistema de justiça, surge o direito à ação penal subsidiária prevista no mencionado comando legal”.

Em outras palavras, o texto constitucional não exige a desídia ou culpa por parte do órgão acusador, mas o simples decurso de prazo, independentemente de sua justificativa ou razão, para conferir o direito de propor a ação penal subsidiária. Logo, diligências internas ao Ministério Público, ou outras considerações puramente afetas à instituição, são irrelevantes para efeito do art. 5º, LIX, da CF/1988.

De outro lado, também identificou que “a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal afirma que a conduta do Ministério Público posterior ao surgimento do direito de queixa não prejudica sua propositura” (como no caso do RHC 68.430, Relator Min. PAULO BROSSARD, Segunda Turma, julgado em 24.3.1992).

Diante disso, concluiu que a jurisprudência do STF era no sentido de:

[...] apenas a propositura da ação penal pública ou a promoção do arquivamento do inquérito, anteriores ao oferecimento da ação penal privada, prejudicariam seu andamento.

Fora dessas hipóteses, não há razão para afastar o direito devidamente exercido. Assim, a baixa em diligências, posterior ao decurso do prazo legal para a propositura da ação penal pelo Ministério Público não obsta o direito de queixa, ainda que a vítima ou sua família tenham ciência de tais providências.

A ciência não representa concordância com a falta de ação da acusação pública.

E propôs aos demais ministros que a questão constitucional fosse resolvida no sentido de que:

(i) o ajuizamento da ação penal privada pode ocorrer após o decurso do prazo legal, sem que seja oferecida denúncia, ou promovido o arquivamento, ou requisitadas diligências externas ao Ministério Público. Diligências internas à instituição são irrelevantes. Além disso, (ii) a conduta do Ministério Público posterior ao surgimento do direito de queixa não prejudica sua propositura. Assim, o oferecimento de denúncia, a promoção do arquivamento ou a requisição de diligências externas ao Ministério Público, posterior ao decurso do prazo legal para a propositura da ação penal, não afastam o direito de queixa. Nem mesmo a ciência da vítima ou da família quanto a tais diligências afasta

esse direito, por não representar concordância com a falta de ação penal pública.

Ante o exposto, votou pelo “provimento do agravo de instrumento e do recurso extraordinário, reafirmando a jurisprudência desta Corte, para reformar o acórdão recorrido e denegar a ordem de *habeas corpus*, a fim de que a ação penal privada prossiga, em seus ulteriores termos”.

A votação no Plenário Virtual se encerrou em 16/04/2015, tendo o Tribunal, por maioria, reputado constitucional a questão, reconhecido a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, e, no mérito, reafirmou a jurisprudência dominante sobre a matéria, dando provimento ao recurso extraordinário, vencidos os Ministros Rosa Weber e Celso de Mello. Não se manifestou a Ministra Cármen Lúcia. Impedidos os Ministros Teori Zavascki, Marco Aurélio e Roberto Barroso.

Acórdão publicado no DJe de 21/05/2005. Foram interpostos embargos de declaração pelas quereladas e pelo MP/DFT. Quanto ao cabimento dos embargos de declaração, o Relator salientou que embora o STF registre precedentes no sentido de que as decisões do Plenário Virtual não podem ser impugnadas por embargos de declaração (ARE ED 694.294, relator min. Luiz Fux, julgado em 18.9.2014), em razão da irrecorribilidade da decisão que trata da repercussão geral, decidiu-se, no entanto, “que a irrecorribilidade é restrita à análise da repercussão geral. Nas hipóteses em que o acórdão embargado julga o mérito da causa, o dispositivo em questão não se aplica”. Destacou que “o julgamento pelo Plenário Virtual tem suficiente publicidade”, não havendo que se falar em violação ao art. 93, IX, da CF. Quantos aos demais pontos, salientou que a reafirmação de jurisprudência não demanda quórum qualificado, apenas maioria simples e com a presença de pelo menos 6 ministros (art. 143 do RISTF), o que foi atendido. Embargos não providos, em 22/10/2015.

DJe de 09/11/2015. Trânsito em julgado em 17/11/2015. Tese enunciada: “I - O ajuizamento da ação penal privada pode ocorrer após o decurso do prazo legal, sem que seja oferecida denúncia, ou promovido o arquivamento, ou requisitadas diligências externas ao Ministério Público. Diligências internas à instituição são irrelevantes; II - A conduta do Ministério Público posterior ao surgimento do direito de queixa não prejudica sua propositura. Assim, o oferecimento de denúncia, a promoção do arquivamento ou a requisição de diligências externas ao Ministério Público, posterior ao decurso do prazo legal para a propositura da ação penal, não

afastam o direito de queixa. Nem mesmo a ciência da vítima ou da família quanto a tais diligências afasta esse direito, por não representar concordância com a falta de iniciativa da ação penal pública”. 1 Sobrestamento no TJSP e nada mais.

6.33.3. Análise.

O primeiro ponto a se destacar desse caso é o que diz respeito à “invocação de circunstâncias não presentes na regra constitucional” como fundamento para o recurso extraordinário e a conclusão de que a “questão é constitucional”. O relator referia-se, nesse trecho, de um lado, à regra do art. 5º, LIX, que prevê como única condição expressa para a ação penal privada subsidiária da pública a perda do prazo legal, pelo Ministério Público, para o oferecimento da denúncia; de outro lado, às circunstâncias da realização de diligências internas e pedido posterior de arquivamento como fatores impeditivos do direito de ação privada. A interpretação de uma garantia constitucional fundamental da vítima de crime, buscando-se fatores não expressos no texto para restringi-la, foi o que deu relevância e natureza constitucional ao tema. O resultado, como vimos, foi uma interpretação temperada acerca da restrição de um direito fundamental.¹³⁸⁹

Outro ponto, agora relativo à transcendência, foi a constatação de que “as ações penais privadas subsidiárias não são numerosas em nosso direito”. Isto é, a resolução da controvérsia constitucional posta não teria um alcance tão grande. No entanto, estava “em jogo o direito da vítima e sua família à aplicação da lei penal”, direito esse que “foi elevado à qualidade de direito fundamental pela Constituição art. 5º, LIX. Interessa não apenas às partes, mas ao sistema jurídico como um todo, marcar os limites do instituto da ação penal privada subsidiária da pública em casos como o presente”. Sob esses aspectos reputou-se que “a questão tem a necessária relevância jurídica para passar pelo controle da repercussão geral”. Veja-se que a qualidade de direito individual fundamental suplantou a carência de transcendência da questão constitucional, mostrando que, no controle difuso de constitucionalidade, a primeira circunstância dá um tônica especial ao papel de nossa Corte Suprema.

¹³⁸⁹ Redação da tese aprovada nos termos do item 2 da Ata da 12ª Sessão Administrativa do STF, realizada em 09/12/2015. Da doutrina, colhemos posicionamentos mais ou menos coincidentes com o enunciado pelo STF em: RANGEL, 2014, p. 313-316; LIMA, R. B., 2014, p. 241-244; PACELLI, 2014, p. 164-168; DEZEM, 2016, p. 99-100; NUCCI, 2015a, p. 167-169; MARCÃO, 2014, p. 206-207; BRITO; FABRETTI; LIMA, 2015, p. 119-122; LOPES JR, 2016, p. 183-184; TÁVORA, 2014, p. 225-227; MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 110-111; entre outros. Para, ao contrário, uma análise crítica da ação penal privada subsidiária da pública, cf.: JARDIM, 2000, p. 293-306.

Como vimos na parte introdutória do trabalho¹³⁹⁰ e no Tema 712¹³⁹¹, o conceito de legalidade e a função nomofilática das Cortes Supremas possui três vertentes, a terceira e mais moderna delas ligada aos direitos fundamentais. A doutrina destaca entre os fenômenos mais importantes das recentes evoluções do direito na maior parte dos ordenamentos, inclusive em escala supranacional, o surgimento dessa categoria de direitos¹³⁹². Desde o plano internacional mais amplo, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão e os Pactos Internacionais sobre Direitos Civis e Políticos e sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, passando pelos tratados regionais, como a Convenção Europeia de Direitos Humanos, a Convenção Americana de Direitos Humanos e a Carta Africana de Direitos Humanos, até o nível nacional, com a inserção de numerosas normas nas constituições democráticas do segundo pós-guerra, esse fenômeno tem se difundido com muita proeminência, acarretando uma modificação substancial da função das Cortes Supremas.

Tal mudança qualitativa do papel das Cortes de Vértice, decorre, sobretudo, da valorização da jurisdição como garantia necessária para a atuação do direito em geral, especialmente, para a efetiva realização dos direitos fundamentais. Como devidamente colocado por Ferrajoli¹³⁹³, qualquer enunciação não meramente retórica dos direitos fundamentais implica inevitável referência à jurisdição, sem o que a afirmação desses direitos reduzir-se-ia a um vazio demagógico¹³⁹⁴. É bem por isso que as constituições democráticas, que se ocupam, precipuamente, de enunciar um extenso catálogo de direito fundamentais, ocupam-se, de igual maneira, de elencar os principais remédios jurisdicionais para a tutela efetiva de tais direitos¹³⁹⁵.

Nessa linha, a proteção dos direitos fundamentais não pode ser afastada das funções das Cortes Supremas, que, nesse caso, têm um papel de suma importância para a congregação dos valores fundamentais de um Estado, na medida em que operam tanto na função reativa, quanto proativa

¹³⁹⁰ Cf. tópico 2.3.1.

¹³⁹¹ Cf. 6.31.3.

¹³⁹² TARUFFO, 2013, p. 127

¹³⁹³ FERRAJOLI, 2015, p. 236-244. Nesse sentido, também: MATOS, 2014, p. 40-42.

¹³⁹⁴ TARUFFO, 2013, p. 128.

¹³⁹⁵ Como vimos no capítulo anterior, é o caso da Constituição Federal brasileira de 1988, que se ocupa, de plano, com a primazia da dignidade da pessoa humana e do rol de garantias e direitos fundamentais inerentes a esse fundamento, prevendo, também, os remédios constitucionais de proteção jurisdicional de tais direitos, a exemplo do *habeas corpus*, do mandado de segurança, do *habeas data*, do mandado de injunção e da ação popular. São exemplos desse mesmo tipo de preocupação concomitante entre direitos fundamentais e jurisdição, a *acción de tutela* colombiana e o *recurso de amparo* na Espanha e na Argentina (TARUFFO, 2013, p. 128).

dos direitos e garantias fundamentais. No primeiro caso, quando a corte outorga algum remédio jurisdicional para violação de um direito fundamental já perpetrada em um caso específico (muito comum, no julgamento, pelo STF de *habeas corpus*, inclusive de ofício), deixa com seu pronunciamento evidente que, embora a violação se refira a um caso em particular, a importância do direito é tamanha para o ordenamento jurídico, que é impossível à estabilidade deste a convivência e a tolerância com a sua violação. No caso da função proativa, embora a tutela possa se voltar para um caso concreto e individualizado, a atuação da Corte se converte, igualmente, em fator de evolução progressiva do direito, ao declarar e atuar os direitos fundamentais com vistas à prevenção contra contestações e violações futuras desses mesmos direitos¹³⁹⁶.

A ideia de legalidade ligada aos direitos fundamentais refere-se, portanto, à sua importância intrínseca e permite trazer à tradicional concepção de nomofilaquia (de aplicação pontual e uniforme, tipicamente formalista, do direito objetivo nacional) uma acepção de legalidade como proteção e promoção dos valores essenciais do sistema democrático, subjetivamente enraizados na cultura jurídica de um povo. Nesse sentido, a doutrina assinala que “[é] sobre esses valores, mais do que sobre a aplicação analítica e pontualmente uniforme da lei ordinária em todos os casos concretos, que ora se orienta a principal função das cortes supremas como órgãos de tutela e atuação dos princípios basilares do ordenamento”¹³⁹⁷. A função nomofilática das Cortes de Vértice só pode ser assim chamada, portanto, se carregada de seu significado moderno de nomofilaquia, que inclui a função interpretativa do direito, sob o seu aspecto proativo e evolutivo, com primazia da função de tutela dos valores fundamentais. É nos princípios fundamentais constitucionais, portanto, que as Cortes de Vértice e Constitucionais – no nosso caso, funções concentrada num mesmo tribunal, o STF – encontram sua importância nomofilática máxima, seja no desempenho de sua função reativa a violações das normas jurídicas fundamentais e no controle da atividade judicial de aplicação dessas normas, seja no desempenho de sua função proativa de interpretação dos direitos e garantias constitucionais que fundamentam o Estado constitucional, definindo o seu sentido inclusive para futuras aplicações, numa espiral evolutiva das bases do ordenamento jurídico interno.¹³⁹⁸ O julgamento do Tema 811, ao lado de outros já analisados, para nós, deixa essa inerência de relevância e transcendência dos direitos fundamentais mais evidente do que nunca, demonstrando que questões constitucionais sobre essa categoria de direitos postas em julgamento pela via do recurso extraordinário necessariamente

¹³⁹⁶ TARUFFO, 2013, p. 129.

¹³⁹⁷ *Ibidem*.

¹³⁹⁸ TARUFFO, 2005, p. 170.

merecerão a análise do Supremo Tribunal Federal. Como a maioria das questões constitucionais inseridas em recursos extraordinários criminais estão ligadas a direitos e garantias fundamentais é possível perceber a razão pela qual a repercussão geral é reconhecida em praticamente todos os casos julgados pelo STF; e quando não há esse reconhecimento (Temas 182, 183 e 205, até aqui), é porque, na verdade, não havia questão constitucional a ser solucionada pela Corte. É possível, cada vez mais, por isso, convencer-se de que a relevância e a transcendência são atributos ínsitos e inafastáveis das questões penais e processuais penais de cunho constitucional.

Por fim, é digna de nota a questão do cabimento dos embargos de declaração contra as decisões do Plenário Virtual. A primeira concepção do STF era no sentido do não cabimento dos aclaratórios, em razão da irrecorribilidade da decisão que trata da repercussão geral, pontuando-se que “o julgamento pelo Plenário Virtual tem suficiente publicidade”, não havendo que se falar em violação ao art. 93, IX, da CF e não demanda quórum qualificado, apenas maioria simples. Decidiu-se, no entanto, “que a irrecorribilidade é restrita à análise da repercussão geral. Nas hipóteses em que o acórdão embargado julga o mérito da causa, o dispositivo em questão não se aplica”. Quanto à hipótese em que se julga o mérito, como no caso de reafirmação de jurisprudência, a decisão é recorrível, cabendo, contra esses pontos da decisão o recurso de embargos de declaração.

6.34. TEMA 925 – POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE ACÓRDÃO PENAL CONDENATÓRIO PROFERIDO EM GRAU RECURSAL, AINDA QUE SUJEITO A RECURSO ESPECIAL OU EXTRAORDINÁRIO.

Caso paradigma	Recurso Extraordinário com Agravo 964.246/SP
Questão constitucional	O direito de ninguém ser considerado culpado, nem preso, até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, com base no art. 5º, inc. LVII, da Constituição da República.
Ramo do direito	Direito Processual Penal
Resultado	Repercussão geral com reafirmação de jurisprudência

Tese enunciada

A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

6.34.1. O caso.

M.R.D. foi condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime fechado, e multa, pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal (roubo majorado pelo uso de arma de fogo e concurso de pessoas)¹³⁹⁹. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou provimento à apelação do réu e determinou expedição imediata de mandado de prisão, para início da execução da pena.

A defesa constituída interpôs recurso extraordinário contra o acórdão do TJSP, no qual apontou ofensa ao art. 5º, LVII, da Constituição Federal, dispositivo constitucional que garante o direito de ninguém ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, de onde decorreria o direito de não ser preso antes do trânsito em julgado, quando apenas então se poderá realizar a execução da pena imposta. Sustentou, ademais, que ainda que os recursos cabíveis contra o acórdão da apelação (recursos Especial e Extraordinário) sejam despidos de eficácia suspensiva, certo é que há presunção constitucional de inocência até o trânsito em julgado da decisão condenatória. Afirmou a existência de repercussão geral da matéria, porquanto claramente extrapola os interesses subjetivos das partes, atingindo todos os cidadãos que têm o direito de ver respeitados todos os direitos e garantias fundamentais estabelecidos em nossa Constituição. Requereu, por fim, o provimento do recurso extraordinário para que a execução aguardasse o trânsito em julgado. O RE foi inadmitido na origem, sendo aviado recurso de agravo, autuado como ARE 964.246/SP e distribuído, em 19/04/2016, ao Relator, Min. Teori Zavascki, por prevenção com o HC 126.292/SP.

¹³⁹⁹ “Art. 157 - Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência: Pena - reclusão, de quatro a dez anos, e multa. [...]§2º - A pena aumenta-se de um terço até metade: I - se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma; II - se há o concurso de duas ou mais pessoas”

6.34.2. A repercussão geral e o resultado do julgamento.

Em sua manifestação, de 21/10/2016, o Min. Relator destacou que o RE 964.246/SP trataria do mesmo caso e com os mesmos pedido e causa de pedir do HC 126.292/SP, o qual havia sido julgado, sob sua relatoria, pelo Tribunal Pleno, em 17/02/2016, para, por maioria, retomar entendimento que manteve até o ano de 2009 e assentar que “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou recurso extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal”. Também destacou que:

Submetida a matéria novamente à apreciação do Pleno, desta vez sob a perspectiva da constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, o Tribunal, por maioria, reafirmando o que decidira no HC 126.292, indeferiu liminares pleiteadas em Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC 43 e ADC 44), em julgamento ocorrido em 5/10/2016.

Repisando as fundamentações expostas nesses julgamentos (HC 126.292/SP e ADC 43 e 44) e em outros¹⁴⁰⁰, no sentido da (a) impossibilidade da revisão de fatos e provas nas instâncias extraordinárias; (b) da possibilidade da tutela de constrangimentos ilegais por outros meios processuais mais eficazes, nomeadamente mediante *habeas corpus*; (c) da ausência de efeito suspensivo dos recursos excepcionais; (d) da baixa porcentagem de êxito dos pedidos deduzidos em RE, sendo bem maior em HC; (e) do intuito meramente procrastinatório dos recursos às últimas instâncias e do alcance da prescrição; (f) da aproximação do Brasil com o regramento da presunção de inocência no direito comparado; e (g) de que o “estado de coisas inconstitucional” reconhecido na ADPF 347 decorre, em boa parte, da prisão provisória decretada antes da sentença ou do acórdão confirmatório da condenação e não da execução provisória da pena após a confirmação da culpa nessas instâncias; propôs:

¹⁴⁰⁰ HC 68.726, Rel. Min. Néri da Silveira, julgado em 28/6/1991; HC 74.983, Rel. Min. Carlos Velloso, julgado em 30/6/1997; HC 72.366/SP, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 26/1/1999; HC 71.723, Rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, DJ 16/6/1995; HC 79.814, Rel. Min. Nelson Jobim, Segunda Turma, DJ 13/10/2000; HC 80.174, Rel. Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, DJ 12/4/2002; RHC 84.846, Rel. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 5/11/2004; RHC 85.024, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ 10/12/2004; HC 91.675, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe de 7/12/2007; e HC 70.662, Rel. Min. Celso de Mello, Primeira Turma, DJ 4/11/1994; HC 134.814, Rel. Dias Toffoli, Dje 6/6/2016; HC 134.545, Rel. Min. Luiz Fux, Dje 2/6/2016; HC 133.862, Rel. Min. Rosa Weber, Dje 31/5/2016; HC 131.610, Rel. Min. Celso de Mello, Dje 19/5/2016; HC 134.285, Rel. Min. Edson Fachin, Dje 17/5/2016; ARE 948.738, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, Dje 3/5/2016; e HC 125.708, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, Dje 6/6/2016.

[...]a reafirmação da atual jurisprudência desta Corte, fixando, para efeitos de repercussão geral, a tese de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

6. Diante do exposto, manifesto-me pela existência de repercussão geral da questão suscitada e pela reafirmação da jurisprudência sobre a matéria, negando provimento ao recurso extraordinário.

O Min. Celso de Mello foi o primeiro a se manifestar no Plenário Virtual, em 03/11/2016 (sem os grifos do original):

Entendo, como o faz o eminente Relator, que a controvérsia ora em exame reveste -se de perfil constitucional e dispõe de irrecusável transcendência jurídica.

Não reconheço, contudo, que esse entendimento constitua expressão de diretriz jurisprudencial prevalecente no Supremo Tribunal Federal, pois, a tal respeito, somente há uma decisão proferida em “habeas corpus ” (HC 126.292/SP) e duas outras, sem efeito vinculante, proferidas, em sede meramente cautelar, em ações declaratórias de constitucionalidade (ADC 43-MC/DF e ADC 44-MC/DF).

Desse modo, com expressa ressalva pessoal da orientação por mim perfilhada no julgamento plenário do HC 126.292/SP, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, cujos fundamentos reiterarei nos votos que proferi no julgamento conjunto da ADC 43-MC/DF e da ADC 44-MC/DF, manifesto-me pela existência de repercussão geral, embora entendendo não se tratar de reafirmação de jurisprudência.

Em 27/10/2016, também se manifestou expressamente o Min. Luís Roberto Barroso, reiterando os fundamentos do relator.

Finalmente, em 28/10/2016, manifestou-se o Min. Marco Aurélio:

2. Cabe indagação: a que visa a inserção deste agravo no Plenário Virtual? A resposta é única: ter-se pronunciamento, preconizado pelo Relator, a extravasar as balizas do incidente alusivo à repercussão geral, sob o ângulo desta última, atropelando-se, até mesmo, processos objetivos – ações declaratórias, em andamento, nº 43 e nº 44. A organicidade e a dinâmica do Direito implicam segurança jurídica e não podem, a qualquer título, ser afastadas.

De início, há de frisar-se que o instituto da repercussão geral, verdadeiro filtro, tal como previsto no artigo 102, § 3º, da Constituição Federal, diz respeito ao recurso extraordinário. Até aqui, este último não mereceu prosseguimento, tendo-se, para apreciação, no âmbito do Supremo, o agravo. Em segundo lugar, se é certo que a matéria de fundo envolve direito fundamental – de o cidadão não ser tido como culpado antes do trânsito em julgado do título condenatório –, descabe, sem a indispensável troca de ideias proporcionada pelo Plenário físico, julgar no sistema virtual o próprio mérito do recurso extraordinário. Permanece hígido o disposto no artigo 283 do Código de Processo Penal, a revelar:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

Como tive a oportunidade de ressaltar quando preconizei implemento de liminar nas ações declaratórias referidas, o preceito é de clareza maior, não encerrando qualquer distinção considerada pendência de recurso. Apanha não só o recurso por excelência – a apelação – como também os de natureza extraordinária.

3. Pronuncio-me:

3.1. pela inadequação do instituto da repercussão geral no que envolvido, até aqui, agravo interposto com a finalidade de imprimir sequência ao recurso extraordinário;

3.2. pela impropriedade de julgar-se no denominado Plenário Virtual conflito de interesses, mérito do recurso extraordinário.

As demais manifestações no Plenário Virtual não foram fundamentadas. O Tribunal, então, em 10/11/2016, por unanimidade, reputou constitucional a questão, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada e, no mérito, por maioria (6 votos a 4), reafirmou a (nova) jurisprudência dominante sobre a matéria, vencidos os Ministros Celso de Mello, Dias Toffoli, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski. Não se manifestou a Ministra Rosa Weber. Eis a ementa do julgado:

CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). ACÓRDÃO PENAL CONDENATÓRIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. JURISPRUDÊNCIA REAFIRMADA. 1. Em regime de repercussão geral, fica reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. 2. Recurso extraordinário a que se nega provimento, com o reconhecimento da repercussão geral do tema e a reafirmação da jurisprudência sobre a matéria.

Acórdão publicado no DJe de 25/11/2016. Trânsito em julgado em 07/02/2017. Tese enunciada: “A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal”. Houve 3

sobrestamentos (no TJSP), 2 devoluções pelo STF (ARE 1.057.458 ao TRF3 e RE 1.106.465 ao TJSP) e nenhuma remessa de representativo.

6.34.3. Análise.

Não entraremos na seara do acerto ou do desacerto da decisão de mérito do STF no julgamento do caso¹⁴⁰¹, como definimos na metodologia do presente trabalho, cujo escopo é analisar as decisões acerca da repercussão geral, buscando traçar critérios de definição desse instituto na esfera do Direito Criminal, e, em alguns casos, o procedimento adotado para tanto e os efeitos gerados pelo mesmo sobre outros processos. Neste caso, o que mais impacta é o procedimento adotado, de votação do mérito em Plenário Virtual para reafirmação da jurisprudência, partindo de uma premissa: que a questão constitucional posta pelo recorrente (impossibilidade de execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, à luz do 5º, inc. LVII) já havia sido dirimida por jurisprudência dominante do Tribunal. Essa premissa, pensamos, foi equivocada e o julgamento deveria ter-se dado na forma tradicional e legalmente correta, no Plenário presencial.

Com bem pontuou o Min. Celso de Mello, não havia, nem há, jurisprudência dominante no STF acerca do tema. Com efeito, pode-se apontar, como feito nos próprios votos vencedores, que existiu um grupo de decisões num sentido até 05/02/2009 e que passou a existir, a partir do julgamento, nessa data, do HC 84.078/MG, um grupo de decisões de alguns ministros em sentido contrário, até a divergência provocada pelo julgamento do HC 126.292/SP, em 17/06/2016. Cada uma dessas orientações prevaleceu, como jurisprudência dominante, ao seu período (até 05/02/2009, uma; de 05/02/2009 até 17/06/2016, outra). O entendimento perfilhado no julgamento do HC 126.292/SP, contudo, passava a ser um entendimento isolado, não se podendo evocar em reforço à ideia de sua natureza de jurisprudência dominante o julgamento das ADC 43 e 44, em razão de se tratar de um julgamento cautelar, caracterizado pela pouca profundidade

¹⁴⁰¹ Isso não nos impede de relacionar a doutrina favorável ao entendimento do STF: MARCÃO, 2014, p. 865 e 869; COÊLHO, Yuri Carneiro. **Curso de direito penal didático**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 306-307. Em sentido contrário, ou seja, pela inconstitucionalidade da execução provisória da pena como efeito automático da condenação em segunda instância (por falta de efeito suspensivo do recurso extraordinário), em razão de sua natureza essencialmente cautelar, a reclamar, sempre, os mesmos requisitos da prisão preventiva (arts. 282, 283 e 312 do CPP) para sua decretação: LIMA, R. B., 2014, p. 955-957; PACHECO, 2005, p. 1025-1032; RANGEL, 2014, p. 23-26 e 833-834; MIRABETE, 2006, p. 22-24; CAPEZ; COLNAGO, 2015, p. 314; LOPES JR., 2006, p. 184-212; Idem, 2016, p. 549; DEZEM, 2016, p. 291 e 475-476; BADARÓ, 2016, p. 924-926; TÁVORA; ALENCAR, 2014, p. 1437-1439; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Prática de processo penal**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 506-508; GRINOVER, 2010, p. 276-277; entre outros.

ínsita a esse tipo de cognição. Tanto o entendimento do HC 126.292/SP se refletia apenas em si mesmo, que, na evocação de outros julgados no mesmo sentido, o Relator só conseguiu indicar acórdãos anteriores ao julgamento do próprio HC 126.292/SP, demonstrando que após este não houve nenhuma outra decisão no mesmo sentido. Ademais, importante lembrar que o HC 126.292/SP e o ARE 964.246/SP trataram exatamente do mesmo caso (mesmas partes, mesma acusação, mesmo processo de origem), do mesmo contexto fático-jurídico, de modo que se quis extrair a natureza de “jurisprudência dominante” de um único caso julgado duas vezes, o que se revela deveras insuficiente.

Com isso queremos demonstrar que o procedimento adotado para o julgamento do mérito do ARE 964.246/SP não podia ser o de reafirmação de jurisprudência, que pressupunha, nos termos do art. 323-A do RISTF, jurisprudência dominante¹⁴⁰². O Plenário Virtual teria de se limitar a decidir a existência de questão constitucional e de repercussão geral (obviamente presentes), remetendo-se ao Plenário comum o julgamento do mérito, na forma legalmente prevista para o julgamento de um recurso extraordinário, com repercussão geral, isto é: com designação de dia para julgamento (art. 934 do CPC), em Plenário físico (art. 935, §2º), com votação aberta e fundamentada dos ministros (art. 941), tanto dos vencedores quanto dos vencidos (art. 941, §3º), e possibilidade de modificação de todo voto à vista do teor de outros votos (art. 941, §1º), assegurando-se a oportunidade de sustentação oral pelas partes (art. 937, IV; mesmo o ARE tem essa garantia, cf. art. 1.042, §5º) entre outros aspectos do devido processo legal.

Entendemos que a observância do rito legal não é mero preciosismo formalista, mas, em verdade, apresenta-se como requisito formal de validade da decisão da Corte Suprema para valer como precedente¹⁴⁰³. Isso porque um dos pressupostos da formação de um precedente, no modelo das Cortes de Interpretação e Precedentes, é a ampla discussão, como corolário de um

¹⁴⁰² De qualquer forma, é preciso dizer que mesmo que se entenda que o tema já tinha jurisprudência dominante, isso não autorizava, no caso concreto a presunção de repercussão geral. Esse foi o segundo erro procedimental do caso. É que o art. 1.035, §3º, I, do CPC apenas presume tal requisito, dispensando a análise da relevância e da transcendência da questão, se o acórdão impugnado pelo RE contrariar a jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal. Não era esse o caso, já que o acórdão do TJ/SP ia exatamente na mesma linha do que se entendeu como jurisprudência dominante do STF. O caso, portanto, demandava, por um ou por outro fundamento, a análise tradicional da repercussão geral, sem presunções.

¹⁴⁰³ Nesse sentido, cf. tópico 2.3.4.

Estado Democrático Constitucional, a qual se dá, tanto internamente, pela própria Corte Suprema, por seu órgão Pleno, com a participação e discussão entre todos os ministros, quanto externamente, com a possibilidade de sustentação oral, de participação da sociedade em audiências públicas ou com a intervenção de terceiros (*amicus curiae*). Enfim, a ampla discussão do tema é a base de um julgamento que se propõe democrático e ao mesmo tempo vinculante; não que seja obrigatória sempre a abertura a terceiros e ou a realização e audiências públicas, mas algumas premissas são inarredáveis, como a garantia de participação das partes, mediante sustentação oral, da sociedade, pelo conhecimento da opinião expressa dos ministros e dos próprios ministros, em discussão aberta interna, em Plenário físico. Essa é a regra, a exceção é a mitigação dessa discussão mais ampla, como ocorre nesses casos de reafirmação de jurisprudência. Como exceção a uma premissa maior, demanda certa cautela, que se consubstancia na exigência de “jurisprudência dominante”, que, de todo modo, não se fazia presente no caso¹⁴⁰⁴. Ao contrário, o julgamento se revestia de caráter modificativo da jurisprudência dominante (que vinha desde 2009), demandando ainda mais a participação da sociedade e a ampla discussão, como prescrevem os §2º e §4º do art. 927 do CPC:

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a re-discussão da tese.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

Com isso queremos demonstrar, se não a nulidade do julgamento do ARE 964.246/SP, por violação às normas legais apontadas, ao menos a sua invalidade como precedente vinculante. O vício da decisão do STF é, portanto, de natureza formal, invalidando sua eficácia *extra partem*. Em outras palavras, por não ter observado as formalidades necessárias ao julgamento do mérito do recurso extraordinário com repercussão geral, não emanam desse julgamento os efeitos vinculantes de uma decisão de repercussão geral, notadamente sua capacidade de orientar outros julgamentos (arts. 927) ou de fundamentar decisão negativa de seguimento a RE (art.

¹⁴⁰⁴ Isso não significa que o ARE 964.246/SP não poderia ser julgado pelo regime de repercussão geral. Como vimos antes (tópicos 5.8 e 5.9), a existência de repercussão geral prescinde de existência de vários processos com a mesma controvérsia, sendo perfeitamente possível o seu reconhecimento em um caso singular, desde que o mesmo apresente, por si só, relevância e transcendência suficiente a demandar o pronunciamento da Corte Suprema¹⁴⁰⁴. O que não poderia ocorrer era a não observância do procedimento legal estabelecido para o julgamento de um recurso extraordinário, com repercussão geral admitida.

1.030, I) ou de retratação do órgão recorrido (II). Essa qualidade somente será alcançada se, em outro RE sobre o mesmo tema, o STF julgar o mérito de acordo com o devido processo legal (as regras do art. 934 e ss. do CPC). Por enquanto, fica apenas como um elemento de persuasão.

Por fim, importante destacar que se a intenção do STF, com o julgamento do ARE 964.246/SP era diminuir o número de processos em sua pauta, barrando a entrada de novos RE/AI/ARE sobre o tema, a própria decisão aponta o efeito inverso que isso terá ao indicar as petições de efeito suspensivo e de *habeas corpus* como solução para eventuais riscos à liberdade e dignidade do recorrente. Em verdade, com a proliferação de pedidos de efeito suspensivo e, em número muito maior, de impetração de *habeas corpus*, o que antes era impugnado por recurso, o será por ação, com prioridade de julgamento sobre todos os outros feitos e com espectro muito mais amplo de discussão fática, jurídica e probatória do que o do recurso extraordinário. Sob o aspecto da solução da “crise do STF”, o julgamento do ARE 964.246/SP parece ter coberto um flanco para descobrir outro ou, nas palavras do Min. Ricardo Lewandowski, em seu voto no HC 126.292/SP, “vamos trocar seis por meia dúzia”. A correção desse erro, contudo, dá sinais de vir no julgamento do mérito das ADCs 43 e 44.

6.35. TEMA 929 – POSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA, COM BASE NO DISPOSTO NO ART. 67 DO CÓDIGO PENAL.

Caso paradigma	Recurso Extraordinário 983.765/DF
Questão constitucional	A interpretação do art. 67 do Código Penal, à luz dos arts. 2º; 5º, inc. XLVI; e 22, inc. I; da Constituição da República, quanto à possibilidade de compensação entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea.
Ramo do direito	Direito Penal
Resultado	Não há repercussão geral (questão infraconstitucional)

Tese enunciada

Não tem repercussão geral a controvérsia relativa à possibilidade ou não de compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea.

6.35.1. O caso.

D.V.R. foi condenado, em 14/02/2014, a 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime fechado, e multa, pelo juiz da 1ª Vara Criminal de Samambaia/DF, como incurso no crime do art. 157, §2º, I, do CP, pelo roubo de um automóvel com uso de arma de fogo, em 22/12/2013, na localidade de Recanto das Emas/DF. Na segunda fase da dosimetria da pena, o juiz reconheceu a presença tanto da agravante de reincidência (art. 61, I), quanto da atenuante de confissão (art. 65, III, “d”), procedendo à compensação entre as duas circunstâncias.

Irresignado com essa compensação, o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios apelou, alegando violação ao art. 67 do CP e pedindo que fosse reconhecida a preponderância da reincidência sobre a confissão, para aumentar a pena do apelado. A 1ª Turma Criminal do TJDF, em 10/07/2014, citando precedente do STF (RHC 106514/MS, 1ª Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 17/02/2011), entendeu pela preponderância da reincidência sobre a confissão, nos termos do art. 67 do CP, e, à unanimidade, deu provimento ao apelo acusatório, aumentando a pena para 5 anos e 8 meses.

A defesa, exercida pela Defensoria Pública do DFT, interpôs contra o acórdão do TJ/DFT, recurso especial, alegando violação ao art. 67 do CP, na forma interpretada pelo Superior Tribunal de Justiça, inclusive em recurso especial repetitivo, sobre a matéria (Embargos de Divergência no Recurso Especial 1.341.370/MT, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, julgado em 10/03/2013, DJe de 17/04/2013). No STJ, o processo foi autuado como REsp 1.524.408/DF e tendo Presidente do Tribunal, Min. Francisco Falcão, em decisão monocrática de 09/09/2015, com fundamento no art. 557, § 1.º-A, do CPC, c/c art. 1.º da Resolução STJ n.º 17/2013, dado provimento ao recurso especial, por estar o acórdão recorrido em confronto com o entendimento firmado pelo STJ. Contra essa decisão, o Ministério Público Federal interpôs agravo regimental, ao qual foi negado provimento, à unanimidade, pela 5ª Turma do STJ, em 10/11/2015, por aplicação do precedente firmado no REsp Repetitivo 1.341.370/MT. O MPF opôs embargos de declaração, alegando omissão do julgado em se pronunciar sobre a alegação de violação aos arts. 2º, 5º, XLVI, e 22, I, da CF. Embargos conhecidos, mas não providos, em 15/12/2015, sob o entendimento de que “a violação a dispositivos constitucionais há de ser suscitada em sede

de recurso extraordinário e não por meio de embargos de declaração, ainda que para fins de prequestionamento”.

O MPF interpôs, então, recurso extraordinário contra o acórdão do STJ, com fundamento no art. 102, III, “a”, sustentando violação aos arts. 2º, 5º, XLVI, e 22, I, da CF. Quanto à repercussão geral, alegou que a questão da possibilidade de compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência transcenderia interesses meramente particulares e individuais das partes, devendo ser reconhecido o interesse geral no seu desfecho, dada sua aptidão para fazer surtir efeitos no panorama jurídico e também social. Também que a correta interpretação do art. 5º, XLVI, e do art. 22, I, (princípio da individualização da pena e competência privativa do Congresso Nacional para legislar sobre direito penal), acerca da preponderância defendida, seria de interesse de toda a sociedade, na busca da justa aplicação da sanção penal, para atender os anseios de justiça. Em decisão de 14/06/2016, a Vice-Presidente do STJ, Min. Laurita Vaz, admitiu o RE como representativo da controvérsia, apontando divergência no STF quanto ao tema, posto que havia decisões no sentido de que a questão da compensação entre reincidência e confissão não possuía densidade constitucional (RE 740.576/DF, Rel. Ministro TEORI ZAVASCKI, DJe de 02/09/2014; RE 826.709/DF, Rel. Ministro ROBERTO BARROSO, DJe de 29/08/2014; AI 796.208/SP, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI, DJe de 21/03/2012) e, de outro lado, decisão no sentido da preponderância da reincidência (ARE 873289, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 13/03/2015, DJe de 17/03/2015). O recurso da acusação foi autuado como RE 983.765/DF e distribuído ao Presidente, Min. Roberto Barroso, em 01/08/2016.

6.35.2. A repercussão geral e o resultado do julgamento.

A manifestação do Relator, externada em 24/11/2016, deu-se nos seguintes termos:

[...]7. Em síntese, a tese do recurso é a de que o Superior Tribunal de Justiça, ao reduzir a pena do réu com suposta negativa de vigência do art. 67 do Código Penal, teria legislado em lugar do Congresso, violando assim a separação de Poderes e a competência da União para legislar sobre direito penal, além da garantia da individualização da pena (CRFB/1988, arts. 2º, 5º, XLVI e 22, I).

8. No entanto, a controvérsia foi decidida exclusivamente com base na interpretação correta ou não do art. 67 do CP, sem invocação de norma constitucional. A lógica do recorrente transformaria em questão constitucional toda e qualquer interpretação judicial alegadamente inadequada de norma legal, o

que não pode ser acolhido. Trata-se da mesma *ratio* da Súmula 636/STF, segundo a qual “não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida”.

9. Em caso semelhante, no qual também se alegava violação à garantia da individualização da pena, o Tribunal não reputou constitucional e negou repercussão geral à controvérsia sobre valoração das circunstâncias judiciais previstas no art. 59, do Código Penal, na fundamentação da fixação da pena-base pelo juízo sentenciante (AI 742.460, Rel. Min. Cezar Peluso).

10. Para dissentir do entendimento do acórdão recorrido, seria necessário discutir a interpretação correta do art. 67 do CP, para o que não se presta o recurso extraordinário. Nessa linha, vejam-se, entre outros: REs 740.576 e 817.400, Rel. Min. Teori Zavascki; RE 826.709, de minha relatoria; ARE 855.469, Rel. Min. Cármen Lúcia; RE 972.199, Rel. Min. Dias Toffoli; RE 972.982, Rel. Min. Gilmar Mendes; RE 920.764, Rel. Min. Luiz Fux; e RE 774.285-AgR, Rel. Min. Marco Aurélio.

11. Deixo de remeter os autos ao Superior Tribunal de Justiça (art. 1.033 do CPC), por se tratar de recurso extraordinário interposto de acórdão já proferido em sede de recurso especial.

12. O Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que é possível a atribuição dos efeitos da declaração de ausência de repercussão geral quando não há matéria constitucional a ser apreciada ou quando eventual ofensa à Constituição Federal ocorra de forma indireta ou reflexa (RE 584.608-RG, Min. Ellen Gracie). Tal possibilidade foi prevista no art. 324, § 2º, do RI/STF.

13. Assim, nego provimento ao recurso e proponho a fixação da seguinte tese: não tem repercussão geral a controvérsia relativa à possibilidade ou não de compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea.

No Plenário Virtual, o Tribunal, por maioria (10 votos), reconheceu, em 15/12/2016, a inexistência de repercussão geral da questão, por não se tratar de matéria constitucional. Impedido o Ministro Marco Aurélio. A ementa restou assim lavrada, com afirmação de tese:

DIREITO PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. COMPENSAÇÃO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. 1. O Tribunal de origem, ao interpretar o art. 67 do Código Penal, entendeu ser possível a compensação entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, por considerá-las, em tese, igualmente preponderantes. 2. Inexistência de matéria constitucional a ser apreciada. Questão restrita à interpretação de norma infraconstitucional. 3. Afirmação da seguinte tese: não tem repercussão geral a controvérsia relativa à possibilidade ou não de compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea.

Decisão publicada no DJe de 10/02/2017. Trânsito em julgado em 18/03/2017. Sobrestado 1 processo (no TJGO), devolvidos 4 pelo STF (RE 983.765 ao STJ, RE 1.072.512, RE 1.089.006 e RE 1.082.072 ao TJSE); nenhum representativo remetido pelos tribunais ao STF.

6.35.3. Análise.

A decisão do STF, nesse caso, teve por efeito pacificar a jurisprudência do Tribunal sobre a existência de ofensa direta ou reflexa da Constituição Federal, no tema da compensação ou preponderância entre a agravante de reincidência e a atenuante de confissão¹⁴⁰⁵, posto que, como registrado pela Vice-Presidência do STJ, na decisão de admissão do RE, o STF possuía decisões em ambos os sentidos. Ocorre que essa pacificação se deu de um modo bastante inusitado, pois, ao invés de se superar a controvérsia no Plenário físico, como ordinariamente se faz, superou-se por meio da votação virtual, com a votação do quesito da “Questão Constitucional” com 10 votos “Não há”. Ficou, desse modo, sedimentado que a controvérsia posta no RE 983.765/DF não tem repercussão geral, por não ofender diretamente a Constituição, ao menos no que se refere aos arts. 2º, 5º, XLVI, e 22, I. Frisamos esses dispositivos, porque não há impedimento de arguição de interpretação do art. 67 do CP à luz de outros dispositivos constitucionais, sobre os quais a *ratio decidendi* não se estende de forma automática, embora torne o ônus argumentativo um pouco mais difícil, obviamente.

Outro ponto inusitado, nesse caso, é a pretensa fixação de uma tese negativa de repercussão geral. Veja-se que nenhum dos casos precedentes fez algo semelhante, mas a tese constou do voto do Relator e consta, também, da ementa do julgado. Entretanto, não consta do “banco de teses de repercussão geral” do Tribunal¹⁴⁰⁶, dando a entender que somente teses proferidas em julgamentos em que reconhecida a repercussão geral seriam aptas a gerar efeitos vinculantes.

¹⁴⁰⁵ Embora não tenha pacificado a controvérsia em torno da preponderância ou da compensação entre a agravante de reincidência e a atenuante de confissão. Da doutrina, colhemos, como exemplo da possibilidade da compensação, os ensinamentos de: COELHO, 2015, p. 343; entre outros. Em sentido contrário: NUCCI, 2015b, p. 465; ESTEFAM; GONÇALVES, 2013, p. 562-563; GOMES; MOLINA, 2007, p. 734; entre outros.

¹⁴⁰⁶ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/abrirTemasComTesesFirmadas.asp>>. Acesso em: 24 mar. .2018.

6.36. TEMA 937 – CONSTITUCIONALIDADE DO TIPO PENAL PREVISTO NO ART. 2º, INC. II, DA LEI N. 8.137/1990 EM FACE DA VEDAÇÃO À PRISÃO CIVIL POR DÍVIDA.

Caso paradigma	Recurso Extraordinário com Agravo 999.425/SC
Questão constitucional	Constitucionalidade, ou não, do tipo penal do art. 2º, inc. II, da Lei 8.137/90, à luz do art. 5º, inc. LXVII, da Constituição da República, que veda a prisão civil por dívida.
Ramo do direito	Direito Penal
Resultado	Repercussão geral com reafirmação de jurisprudência (mas sem trânsito em julgado)
Tese enunciada	Os crimes previstos na Lei nº 8.137/1990 não violam o disposto no art. 5º, inc. LXVII, da Constituição da República.

6.36.1. O caso.

C.A.B., M.F.S e O.P. foram denunciados, pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, pelo cometimento do crime tipificado no art. 2º, II, da Lei 8.137/1990, sob acusação de terem, na qualidade de sócios-proprietários da empresa O.F.M.I.L., deixado de recolher o valor de R\$77.140,80 a título de Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, durante certos meses de 2009 a 2012. Os três acusados foram condenados a 10 meses de detenção, em regime inicial aberto, substituída pela pena restritiva de direito de limitação de fim de semana pelo tempo da condenação, bem como ao pagamento de multa.

Em apelação criminal a defesa de C.A.B. e M.F.S, exercida pela Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina, alegou a inconstitucionalidade do art. 2º, II, da Lei 8.137/1990, em face da norma constitucional do art. 5º, LXVII, que proíbe a prisão civil por dívida¹⁴⁰⁷. A 1ª Câmara

¹⁴⁰⁷ “LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

Criminal do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em 02/02/2016, conheceu, mas negou provimento ao recurso, decidindo quanto à alegação de inconstitucionalidade da norma penal o seguinte:

A tese suscitada preliminarmente pela defesa, de reconhecimento da inconstitucionalidade do artigo 2º, inciso II, da Lei 8.137/90, não merece prosperar.

Assim se diz porque, diferentemente do que afirma a defesa em suas razões recursais, a conduta descrita pelo tipo penal em apreço não se subsume a simples débito fiscal. Ao tipificar como ilícito penal a conduta de deixar de recolher tributo ou contribuição social, descontado ou cobrado, no prazo legal, o legislador pátrio pretendeu reprimir a sonegação fiscal, conduta extremamente reprovável, que contraria os interesses do Estado e de toda a sociedade, uma vez que, reduzindo a receita pública, inviabiliza a prestação de serviços públicos e a execução da regular atividade administrativa estatal. Referida norma, portanto, não pode ser considerada como simples instrumento de arrecadação tributária, objetivando, em verdade, a proteção do erário e da ordem econômica.

Dessa forma, a constitucionalidade do artigo 2º, inciso II, da Lei 8.137/90 é reconhecida de forma unânime por esta Corte [...].

Contra essa decisão manejou-se recurso extraordinário, com fundamento no art. 102, III, “a”, repetindo-se o pedido de reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 2º, II, da Lei 8.137/90 e anulação do acórdão confirmatório da condenação, por violação ao art. 5º, LXVII, da Constituição Federal. O recorrente alegava que toda a conformação jurídica do referido crime, levando-se em conta a disciplina da extinção da punibilidade pelo pagamento do débito (Lei 10.684/03), evidenciavam o intuito do legislador de “fazer do processo penal um meio coativo ao pagamento de tributos, vinculando-o ao adimplemento da dívida” e, por isso, revelavam a ausência de relevância penal dos crimes tributários e a sua mera relevância patrimonial, ferindo “de morte o princípio de não prisão por dívida”. Os recorrentes apresentaram preliminar formal de repercussão geral, na forma do art. 543-A, § 2º, do Código de Processo Civil de 1973. O RE não foi admitido na origem, o que foi contornado pela interposição de agravo, que, no STF, foi registrado sob o n. ARE 999.425/SC e distribuído ao Relator, Min. Ricardo Lewandowsky, em 30/09/2016.

6.36.2. A repercussão geral e o resultado do julgamento.

Em decisão de análise do agravo, proferida em 10/02/2017, o Relator julgou preenchidos os pressupostos de admissibilidade e deu provimento ao agravo para admitir o recurso extraordinário. Passou, então, a examinar o requisito da repercussão geral, o qual entendeu satisfeito, no caso, nos seguintes termos:

O tema debatido nos autos apresenta relevância jurídica, econômica e social, porquanto versa sobre a constitucionalidade de delito que visa combater a sonegação fiscal, com reflexos diretos na arrecadação de recursos para a manutenção do Estado e para promoção do bem-estar social. Além disso, transcende os limites subjetivos da causa, na medida em que é de interesse das Fazendas Públicas e dos contribuintes.

Na mesma decisão, salientou que a jurisprudência deste Supremo Tribunal já era “pacífica no sentido de que os delitos previstos na Lei 8.137/1990 não violam o disposto no art. 5º, LXVII, da Lei Maior, em virtude de terem caráter penal e não se relacionarem com a prisão civil por dívida”, citando os seguintes precedentes confirmatórios desse entendimento: ARE 820.993-AgR/ES, Rel. Min. Gilmar Mendes; RE 630.495-AgR/SC, Rel. Min. Dias Toffoli; AI 566.225/RS e RE 408.363/SC, Rel. Min. Marco Aurélio; ARE 839.787/DF, Rel. Min. Rosa Weber; ARE 978.675/SC, Rel. Min. Teori Zavascki, e ARE 993.201/SP, Rel. Min. Celso de Mello; e RE 753.315/MG, de sua própria relatoria). Em razão disso, votou “pelo reconhecimento da repercussão geral da matéria debatida [...], para reafirmar a jurisprudência [da] Corte, no sentido de que os crimes previstos na Lei 8.137/1990 não violam o disposto no art. 5º, LXVII, da Constituição”, e, em consequência, conheceu do recurso extraordinário, mas desde já, negou-lhe provimento.

Colheu-se manifestação expressa apenas do Min. Marco Aurélio, no seguinte sentido:

[...]2. Tem-se questionamento sobre a configuração do tipo penal e a individualização da pena. Está-se diante de tema a merecer o crivo do Supremo. Quanto ao julgamento do recurso extraordinário no Plenário dito virtual, sob a argumentação de reafirmar-se a jurisprudência, surge a impropriedade. Há de observar-se o devido processo legal, viabilizando-se a atuação das partes. 3. Pronuncio-me, unicamente, no sentido da configuração da repercussão geral, sem adentrar a matéria de fundo.[...]

Submetido o tema ao Plenário Virtual em 10/02/2017, venceu-se o prazo para manifestação em 02/03/2017, ao final do que se colheu o seguinte resultado: o Tribunal, por unanimidade, reputou constitucional a questão, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada e, no mérito, por maioria, reafirmou a jurisprudência dominante sobre a matéria, vencido o Ministro Marco Aurélio. Não se manifestaram os Ministros Gilmar Mendes e Cármen Lúcia. Decisão publicada no DJe de 16/03/2017, com a seguinte ementa:

PENAL E CONSTITUCIONAL. CRIMES PREVISTOS NA LEI 8.137/1990. PRISÃO CIVIL POR DÍVIDA. OFENSA AO ART. 5º, LXVII, DA CONSTITUIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. CONFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. I - O Tribunal reconheceu a existência de repercussão geral da matéria debatida nos presentes autos, para reafirmar a jurisprudência desta Corte, no sentido de que a os crimes previstos na Lei 8.137/1990 não violam o disposto no art. 5º, LXVII, da Constituição. II - Julgamento de mérito conforme precedentes. III - Recurso extraordinário desprovido. (ARE 999425 RG, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 02/03/2017, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-050 DIVULG 15-03-2017 PUBLIC 16-03-2017)

Em 23/03/2017, a DPE/SC interpôs embargos de declaração, alegando contradição existente entre a fundamentação e a parte dispositiva, em razão de a primeira conter dicção que conduziria à declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução do texto legal, por afirmar que a simples dívida tributária sem fraude, não configuraria a hipótese penal em voga e que seria justamente o caso do recorrente, como afirmaram as instâncias ordinárias. O recurso ainda não foi julgado.

Em 21/07/2017, a OAB/SC peticionou pelo seu ingresso como *amicus curiae*, o que também ainda não foi apreciado. Houve sobrestamento de 8 processos, na origem, com base no mesmo tema¹⁴⁰⁸. Não houve remessa de processos representativos da controvérsia por nenhum tribunal. Não houve devolução de processos, pelo STF, à origem, com base nesse recurso. O julgamento do mérito se deu juntamente com a decisão de reconhecimento da repercussão geral (20 dias), em razão da reafirmação de jurisprudência; no entanto, em razão da interposição de embargos de declaração, já computa mais de um ano, sem um julgamento definitivo.

6.36.3. Análise.

Uma peculiaridade procedimental desse caso chama atenção de imediato: não foi sugerido, durante o julgamento, um enunciado de tese de repercussão geral, não obstante o mérito tenha sido julgado. Não obstante consta no sítio eletrônico o seguinte enunciado de tese: “Os crimes previstos na Lei nº 8.137/1990 não violam o disposto no art. 5º, inc. LXVII, da Constituição da República”. Quem o redigiu, contudo, permanece um mistério. De qualquer modo, enquanto não resolvida a celeuma provocada pelos embargos de declaração, a tese não tem qualquer

¹⁴⁰⁸ TJDF: 2, TJGO: 1 e TJSC: 5.

aplicação, salvo como jurisprudência persuasiva (para o que os precedentes citados no acórdão já cumprem o papel).¹⁴⁰⁹ Precisamos apenas registrar nosso apoio a que o STF, de fato, não produza mais um enunciado, a fim de que, ao menos em algum caso, o enfoque se dê sobre as razões de decidir (*ratio decidendi*) e não sobre um mero enunciado geral abstrato atestando a constitucionalidade do dispositivo legal penal. Aliás, o julgamento dos embargos de declaração não só pode, como deve, provocar a modificação da fundamentação da decisão (ainda que para manter a mesma parte dispositiva), porquanto, de fato, restam dúvidas quanto à extensão (e constitucionalidade) do tipo penal a condutas de mero inadimplemento tributário, sem fraude, dissimulação, apropriação indevida, sonegação ou falsificação de informações ou outros fatores penalmente relevantes que extrapolam a mera ausência de recolhimento de tributo, como alega a defesa ser o caso do recorrente.

Por fim, importante salientar que esse parece ter sido mais um caso de baixíssima efetividade filtradora de recursos extraordinário, diante da inexistência de processos devolvidos pelo STF e de apenas 8 sobrestados. A ausência de processo remetidos como exemplificativos da controvérsia também continuou seguindo a praxe de ser igual a zero, demonstrando que não há uma sinergia do Judiciário em prover o STF de pluralidade fática e argumentativa para seus julgamentos de repercussão geral.

6.37. TEMA 946 – LEGITIMIDADE DOS MINISTÉRIOS PÚBLICOS DOS ESTADOS E DO DISTRITO FEDERAL PARA PROPOR E ATUAR EM RECURSOS E MEIOS DE IMPUGNAÇÃO DE DECISÕES JUDICIAIS EM TRÂMITE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, ORIUNDOS DE PROCESSOS DE SUA ATRIBUIÇÃO, SEM PREJUÍZO DA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL.

Caso paradigma

Recurso Extraordinário 985.392/RS

Questão constitucional

Legitimidade dos Ministérios Públicos dos Estados e do Distrito Federal, à luz dos arts.

¹⁴⁰⁹ Da doutrina, colhe-se posicionamento favorável à tese até então sufragada pelo STF, de constitucionalidade dos crimes tributários, cf, por exemplo: EISELE, Andreas. **Apropriação indébita e ilícito penal tributário**. São Paulo: Dialética, 2001, p. 133-162; BALTAZAR JUNIOR, 2014, p. 149-150. Em sentido contrário: DOBROWOLSKI, Silvio. Considerações sobre o crime de omissão de recolhimento de tributos e contribuições. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: RT, n. 737, p. 461; CLÈVE, Clèmerson Merlin. Contribuições previdenciárias. Não recolhimento. Art. 95, d, da Lei 8.212/91. Inconstitucionalidade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: RT, n. 736, p. 503; DARIVA, Paulo. **O delito de apropriação indébita previdenciária**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 77-82; SLOMP, Rosângela. **A inconstitucionalidade do crime de apropriação indébita previdenciária**: art. 168-A, §1º, inc. I do Código Penal. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 139-152.

	5º, inc. XXXV, 127 e 129 da Constituição da República, para propor e atuar em recursos e meios de impugnação de decisões judiciais em trâmite no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, oriundos de processos de sua atribuição, sem prejuízo da atuação do Ministério Público Federal
Ramo do direito	Direito Processual Penal
Resultado	Repercussão geral com reafirmação de jurisprudência (sem trânsito em julgado)
Tese enunciada	Os Ministérios Públicos dos Estados e do Distrito Federal têm legitimidade para propor e atuar em recursos e meios de impugnação de decisões judiciais em trâmite no STF e no STJ, oriundos de processos de sua atribuição, sem prejuízo da atuação do Ministério Público Federal.

6.37.1. O caso.

Em decisão proferida nos autos do HC 315.220, o Superior Tribunal de Justiça não conheceu nem das razões, nem dos embargos de declaração, apresentados pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, sob o fundamento de que este não teria legitimidade para atuar em *habeas corpus* perante o Tribunal Superior, dado se tratar de atribuição exclusiva do Ministério Público Federal. O *habeas corpus* fora impetrado contra ato do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que, em investigação criminal originária, deferira a quebra de sigilo de dados dos investigados.

O MPE/RS interpôs recurso extraordinário, com fundamento na alínea “a” do permissivo constitucional, alegando que a decisão violou os arts. 5º, XXXV, 127 e 129 da Constituição Federal. O recurso foi admitido na origem e remetido a STF, onde foi autuado como RE 985.392/RS e distribuído ao Relator, Min. Gilmar Mendes, em 22/07/2016, por prevenção.

6.37.2. A repercussão geral e o resultado do julgamento.

No exame da repercussão geral, o Relator consignou o seguinte:

A avaliação da legitimidade dos Ministérios Públicos dos Estados, para pleitear perante o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, é relevante do ponto de vista político, jurídico e social. Avalia-se o grau de autonomia de instituições locais em disputa com o similar nacional, questão relevante do ponto de vista federativo. Nossa estrutura constitucional confere aos Ministérios Públicos dos Estados e do Distrito Federal legitimidade para atuar perante as justiças estaduais das unidades da federação. Os casos em trâmite perante os tribunais de justiça convergem para tribunais nacionais, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. Perante os Tribunais nacionais, tem assento o Ministério Público Federal. Em última análise, trata-se de decidir se os Ministérios Públicos Estaduais perdem o poder de atuar na causa, depois que ela sobe para as instâncias nacionais. O Ministério Público é função essencial à justiça, tendo grande impacto jurídico a definição da esfera de atuação de seus ramos. Trata-se de questão constitucional com aptidão para repetir-se em inúmeros processos nos quais Ministério Público de Estado atua perante Cortes locais, que, em fase de recurso, incidente ou meio de impugnação, tramitam em Cortes nacionais. Reconheço a repercussão geral da controvérsia.

Outrossim, identificou que “a jurisprudência do STF firmou-se no sentido de que os Ministérios Públicos dos Estados e do Distrito Federal e Territórios podem postular diretamente nesta Corte, em recursos e meios de impugnação oriundos de processos nos quais o ramo Estadual tem atribuição para atuar” (como na Reclamação 7.358/SP, Rel. Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgada em 24.2.2011; MS 28.827/SP, rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 28.8.2012; QO-RE 593.727/MG, Rel. Min. Cezar Peluso, Redator para acórdão Min. Gilmar Mendes, julgado em 21.6.2012; ARE 859.251 ED-segundos, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 22.10.2015), possibilitando, por isso, o julgamento do RE, com repercussão geral presumida (art. 1.035, §3º, I, CPC), e reafirmação de jurisprudência (art. 323-A do RISTF). No caso, o acórdão do STJ divergia do entendimento do STF, porque “fez um *distinguishing*, com base no fato do Ministério Público local não ser parte na ação de *habeas corpus*, supostamente atuando como *custus legis*”; no entanto, “no mencionado ARE 859.251 ED-segundos, a decisão recorrida também fora tomada em ação de *habeas corpus*” não havendo, portanto, uma distinção propriamente dita do precedente

Diante do exposto, propôs a reafirmação da jurisprudência da Corte, com a fixação da seguinte tese: “Os Ministérios Públicos dos Estados e do Distrito Federal têm legitimidade para propor e atuar em recursos e meios de impugnação de decisões judiciais em trâmite no STF e no STJ, oriundos de processos de sua atribuição, sem prejuízo da atuação do Ministério Público Federal”.

O Tribunal, em 25/05/2017, por maioria, reputou constitucional a questão, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional e, no mérito, por maioria, reafirmou a

jurisprudência dominante sobre a matéria, vencido o Ministro Marco Aurélio. Não se manifestou o Ministro Ricardo Lewandowski. Ementa lavrada, com tese:

Recurso extraordinário. 2. Repercussão Geral. Reconhecimento. Reafirmação da jurisprudência dominante. 3. Constitucional. Ministério Público dos Estados e do Distrito Federal e Territórios. Legitimidade para postular perante o STF e o STJ. 4. Preliminares. Argumentos do Ministério Público Estadual não considerados pelo STJ, e embargos de declaração não conhecidos. A falta de prequestionamento e a intempestividade do recurso extraordinário decorreriam da recusa do Tribunal em conhecer das razões do MPE. A legitimidade do MPE depende da interpretação das regras constitucionais sobre o Ministério Público art. 127, § 1º, e art. 128, art. 129, CF. Questão que prescinde da apreciação de matéria de fato. Preliminares rejeitadas. 5. Repercussão geral. A avaliação da legitimidade dos Ministérios Públicos dos Estados para pleitear perante o STF e o STJ é relevante dos pontos de vista político, jurídico e social. Repercussão geral reconhecida. 6. Legitimidade de MPE para postular no STF e no STJ. Os Ministérios Públicos dos Estados e do Distrito Federal e Territórios podem postular diretamente no STF e no STJ, em recursos e meios de impugnação oriundos de processos nos quais o ramo Estadual tem atribuição para atuar. Precedentes. 7. Jurisprudência consolidada do STF no sentido da legitimidade do MPE. Reafirmação de jurisprudência. Precedentes: Rcl 7.358, Rel. Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, j. 24.2.2011; MS 28.827, Rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, j. 28.8.2012; RE-QO 593.727, Rel. Min. Cezar Peluso, Redator para acórdão Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno j. 21.6.2012; ARE-ED-segundos 859.251, de minha relatoria, Tribunal Pleno, j. 22.10.2015. 8. Fixação de tese: Os Ministérios Públicos dos Estados e do Distrito Federal têm legitimidade para propor e atuar em recursos e meios de impugnação de decisões judiciais em trâmite no STF e no STJ, oriundos de processos de sua atribuição, sem prejuízo da atuação do Ministério Público Federal. 9. Caso concreto. Legitimidade do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul para oferecer razões e embargos de declaração em habeas corpus afastada pelo STJ. Cassação da decisão. 10. Recurso extraordinário a que se dá provimento. Determinação de retorno dos autos ao STJ, para que prosiga no julgamento do habeas corpus, considerando as razões do MPRS.

Acórdão publicado no DJe de 10/11/2017. Opostos embargos de declaração em 14/11/2017, ainda não julgados e que fazem com que o julgamento definitivo do mérito já se estenda por mais de 10 meses desde o reconhecimento da repercussão geral. 1 processo sobrestado no STJ, nenhum representativo da controvérsia remetido ao STF, nenhum devolvido.

6.37.3. Análise.

Muito embora o apontamento de que o acórdão recorrido divergia da jurisprudência dominante do STF já conferisse a presunção legal de repercussão geral (art. 1.035, §3º, I), a decisão do Plenário Virtual, nos termos da manifestação do relator, apontou alguns indicativos da definição do instituto, em matéria processual penal.

Assim, questões afetas à legitimidade do Ministério Público para recorrer ou opinar em processos criminais seriam relevantes do ponto de vista político, jurídico e social. Esse critério pode ser transposto para outras vertentes da legitimidade processual, inclusive para pessoas ou entidades diversas do *Parquet* e para atos diversos dos recursos, como para a própria propositura de ações penais e incidentes processuais. Ampliando ainda mais o foco, questões relativas aos demais pressupostos processuais e condições da ação também teriam o mesmo tipo de relevância e transcendência, o que já se demonstrou exaustivamente relacionado à natureza pública das normas de direito processual penal.

Outro ponto de relevo foi a avaliação do grau de autonomia de instituições locais em disputa com o similar nacional, questão relevante do ponto de vista federativo. Essa questão pode ser aproveitada em relação a outras instituições essenciais à administração da justiça, como a Advocacia Pública e a Defensoria Pública, ou mesmo em relação às entidades com funções investigativas ou com poder de polícia judiciária ou administrativa. A própria autonomia do Poder Judiciário pode entrar nesse grupo, que, de qualquer modo, abrange questões tão essenciais que a presunção de repercussão geral é praticamente absoluta.

Quanto aos efeitos desse julgamento sobre outros processos, temos que não se fazem incidir, pela falta de trânsito em julgado da decisão do Colegiado Maior, que ainda terá de julgar os embargos de declaração opostos.

6.38. TEMA 959 – CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA A PRESO EM FLAGRANTE PELA PRÁTICA DOS CRIMES DESCRITOS NOS ARTS. 33, CAPUT E § 1º E 34 A 37 DA LEI N. 11.343/2006.

Caso paradigma	Recurso Extraordinário 1.038.925/SP
Questão constitucional	Inconstitucionalidade, ou não, à luz dos arts. 5º, inc. II e 52, inc. X, da Constituição Federal, da vedação legal à liberdade provisória contida no art. 44 da Lei n. 11.343/2006.
Ramo do direito	Direito Processual Penal
Resultado	Repercussão geral com reafirmação de jurisprudência

Tese enunciada

É inconstitucional a expressão "e liberdade provisória", constante do *caput* do artigo 44 da Lei 11.343/2006.

6.38.1. O caso.

J.R.R.R. foi preso, em 25/11/2013, por suposta infração ao artigo 33, “caput” da Lei 11.343/06, porque surpreendido com 10 invólucros de cocaína (8,5g) e a importância de R\$ 2,00. Em 27/11/2013, o juiz da 8ª Vara Criminal da comarca de São Paulo/SP converteu o flagrante em prisão preventiva, sob o fundamento de que “a Lei 11.343/06, em seu art. 44, estabelece a insuscetibilidade de concessão de liberdade provisória aos acusados de praticarem o delito de tráfico. Dessa forma, por expressa vedação legal, o benefício não poderia ser concedido[...]”. Denúncia ofertada em 13/12/2013 e recebida em 19/12/2013.

Em 17/12/2013, a advogada do preso impetrou *habeas corpus* perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, para cassação da decisão que decretou a prisão preventiva, alegando violação aos princípios constitucionais da presunção de inocência (art. 5º, LVII) e da motivação das decisões judiciais (art. 93, IX, da CF), e ao art. 315 do CPP. A 15ª Câmara de Direito Criminal do TJ/SP, porém, em 13/03/2014, denegou a ordem, sob o entendimento de que “[t]rata-se de crime equiparado aos hediondos, a desmerecer qualquer tratamento ameno”. Também se registrou que “embora a Lei nº 11.464/07 tenha revogado parcialmente o artigo 2º da Lei 8.072/90, excluindo a vedação de liberdade provisória nos crimes hediondos, permanece a exclusividade do Juiz de Direito analisar cada caso concreto e decidir por conceder ou não a benesse”. Afastou-se a violação ao princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII), em razão de ser a prisão em flagrante autorizada pela própria Constituição (art. 5º, LXI). Por fim, corroborou-se a imprescindibilidade da custódia cautelar “não só para a manutenção da ordem pública e no interesse da instrução criminal, como, ainda, para a garantia da eventual aplicação da lei penal”.

Em 19/03/2014, a advogada impetrou outro *habeas corpus*, desta vez perante o Superior Tribunal de Justiça, contra o acórdão denegatório do TJ/SP, em substituição ao recurso ordinário constitucional (art. 105, II, a), sustentando as mesmas violações arguidas na origem; processo autuado como HC 290.843/SP. Em 10/06/2014, a 5ª Turma do STJ, à unanimidade, não conheceu do *writ*, mas concedeu a ordem, de ofício, para substituir a prisão preventiva pelas medidas

cautelares dos incs. I a V do art. 319 do CPP, fundamentando sua decisão no fato de o Plenário do Pretório Excelso ter declarado “a inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, da vedação legal à liberdade provisória constante do art. 44 da Lei n.º 11.343/06 (*Caso paradigma*: HC 104.339/SP, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJe de 06/12/2012.)”¹⁴¹⁰, passando o STJ a “considerar necessária a presença de ao menos um dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, demonstrado no caso concreto, também em relação à prisão cautelar por crime de tráfico ilícito de drogas”. Na hipótese dos autos, registrou-se que:

[...]o Juízo processante, em *decisum* confirmado pelo Tribunal de origem, converteu a prisão em flagrante do Paciente em preventiva mediante considerações genéricas acerca dos pressupostos do retrocitado art. 312. Além disso, amparou-se na vedação legal à liberdade provisória ao crime de tráfico de drogas, prevista no art. 44 da Lei de Tóxicos. Esta Corte Superior não pode referendar tais fundamentos, o que determina a revogação da constrição cautelar *sub judice*.

O Ministério Público Federal opôs embargos de declaração, alegando que a Turma se omitira em apreciar a questão à luz do art. 52, X, da CF, conforme havia sido arguido no parecer ministerial, como vedação à atribuição de efeitos vinculantes à decisão do STF no 104.339/SP, sem o necessário decreto de suspensão da execução do art. 44 da Lei 11.343/06, pelo Senado Federal. Em 19/08/2014, a 5ª Turma conheceu e negou provimento aos embargos, sem, contudo, se pronunciar sobre o art. 52, X, da CF.

Seguiu-se a interposição de recurso extraordinário, pelo MPF, com fundamento no art. 102, inciso III, alínea “a”, da Constituição Federal, apontando-se violação aos arts. 5º, inciso II, e 52, inciso X, do texto constitucional. Nas razões recursais, alegou-se que, não obstante o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por intermédio do HC 104.339/SP, tivesse declarado inconstitucional a vedação de liberdade provisória ao acusado por crime de tráfico, não se observou o procedimento previsto no art. 52, inciso X, da CF, que determina ser da competência privativa do Senado Federal a suspensão da execução de lei declarada inconstitucional pelo Pretório Excelso, em manifesto confronto ao sistema de controle de constitucionalidade vigente no ordenamento jurídico-constitucional pátrio. Sustentou o recorrente que dar efeito vinculante em controle difuso, seria ferir de morte o sistema misto de controle de constitucionalidade brasileiro, além de aniquilar o princípio da separação dos Poderes decorrente de um ativismo exacerbado. Aduziu ser flagrante a repercussão geral da questão constitucional, cuja relevância, do ponto de vista jurídico, seria demonstrada pela presença de interesse público a se sobrepor aos

¹⁴¹⁰ Grifos do original.

interesses subjetivos envolvidos. Ademais, sob o ponto de vista social, a sociedade brasileira, constantemente agravada com a criminalidade, agora sofreria “consequências nefastas do alastramento das vendas de substâncias entorpecentes, gerando um clima de incerteza e insegurança pelo sentimento de impunidade, notadamente com a possibilidade real de se colocar em liberdade milhares de condenados em tráfico de drogas”.

Em 10/11/2014, o Presidente do STJ determinou o sobrestamento do RE, nos termos do art. 328-A do RISTF, até o julgamento pelo STF do RE 601.384/RS, no qual fora reconhecida a repercussão geral do Tema 192, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 29/10/2009.

Ocorre que o Tema 192 foi cancelado, em razão da decisão do Relator do RE 601.384/RS, em 27/09/2016, nestes termos (DJe de 13/10/2016):

1. O Pleno, na apreciação do habeas corpus nº 104.339, relator o ministro Gilmar Mendes, em 10 de maio de 2012, com acórdão publicado no Diário da Justiça de 6 de dezembro seguinte, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do óbice à liberdade provisória no caso de prisão em flagrante por tráfico de entorpecentes, previsto no artigo 44 da Lei nº 11.343/2006. 2. Ante o quadro, considerado o fato de o processo veicular a mesma matéria, tendo sido admitida a repercussão geral em momento anterior – 29 de outubro de 2009 –, desprovejo o recurso.

Diante disso, em 23/03/2017, o Min. Vice-Presidente do STJ cancelou o sobrestamento do RE nos EDcl no HC 290.843/SP, admitiu o recurso e determinou seu envio ao STF, onde foi autuado como RE 1.038.925/SP e distribuído ao Relator, Min. Gilmar Mendes, em 30/05/2017.

6.38.2. A repercussão geral e o resultado do julgamento.

Sobre a repercussão geral do tema, decidiu-se que:

[...]a discussão possui relevância do ponto de vista jurídico e ultrapassa os interesses subjetivos das partes, como já havia decidido esta Corte quando da análise do tema 192, posteriormente cancelado RE-RG 601.384/RS já que a orientação firmada por esta Corte balizará todos os casos de prisão por tráfico de drogas em que se discute o cabimento da liberdade provisória, em face da previsão do art. 44 da Lei 11.343/2006.

Destacou-se que, embora o Pleno do STF, ao julgar o HC 104.339/SP, por maioria, tivesse declarado *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade da expressão "e liberdade provisória", constante do *caput* do artigo 44 da Lei 11.343/2006, e embora também tenha autorizado aos Ministros decidirem monocraticamente os *habeas corpus* quando o único fundamento da im-

petração fosse o artigo 44 da mencionada lei, havia a “necessidade de reafirmar-se, via sistemática de repercussão geral, a referida decisão, a fim de que se evite questionamento quanto à observância do 52, inciso X, do texto constitucional”.

O Tribunal, em 18/08/2017, por maioria, reputou constitucional a questão, reconheceu a existência de sua repercussão geral e, no mérito, por maioria, reafirmou a jurisprudência dominante sobre a matéria, de modo a fixar o entendimento no sentido da inconstitucionalidade da vedação legal à liberdade provisória contida no artigo 44 da Lei 11.343/2006. Vencido o Ministro Marco Aurélio, que se pronunciava “no sentido da inadequação da inserção do processo no citado Plenário. O caso seria de simples negativa de sequência do recurso extraordinário”. Não se manifestou a Ministra Cármen Lúcia. Decisão publicada no DJe de 19/09/2017, com a seguinte ementa, contendo a tese enunciada:

Recurso extraordinário. 2. Constitucional. Processo Penal. Tráfico de drogas. Vedação legal de liberdade provisória. Interpretação dos incisos XLIII e LXVI do art. 5º da CF. 3. Reafirmação de jurisprudência. 4. Proposta de fixação da seguinte tese: É inconstitucional a expressão e liberdade provisória, constante do caput do artigo 44 da Lei 11.343/2006. 5. Negado provimento ao recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público Federal.

Trânsito em julgado em 05/10/2017.¹⁴¹¹ Nenhum processo sobrestado, 4 devolvidos pelo STF (ARE 707.275 ao TJGO e RE 609.424, RE 1.038.925 e RE 1.039.700 ao STJ); nenhum representativo enviado pelos tribunais.

6.38.3. Análise.

Esse último caso tem uma peculiaridade consistente na “ressurreição” de um tema cancelado: o de número 192. Em verdade, tal tema era mais abrangente, tratava da “concessão de liberdade provisória a preso em flagrante pela prática de crimes hediondos e equiparados” e não apenas do tráfico de drogas. Ocorre que o artigo reputado como inconstitucional no primeiro tema era o art. 2º, II, da Lei 8.072/90, revogado pela Lei 11.464/07. Não obstante, persistia a vedação à liberdade provisória no art. 44 da Lei 11.343/06, mantendo-se, assim, a pertinência do tema quanto ao tráfico de drogas. No entanto, o recurso extraordinário paradigma em que se discutia

¹⁴¹¹ O entendimento firmado pelo STF foi ao encontro do da doutrina majoritária, podendo-se citar os exemplos de: NUCCI, 2006, p. 307-308 e 801; CARVALHO, S., 2010, p. 233-237; LIMA, R. B., 2014, p. 1012-1021; SOUZA, 2015, p. 124-125; CAPEZ, 2006, p. 214-215; CUNHA, 2007, p. 232-233; BALTAZAR JUNIOR, 2014, p. 1259-1260; entre outros. Em sentido contrário, cf.: MORAES; SMANIO, 2005, p. 73-74; GUIMARÃES, 2008, p. 156; GRECO FILHO; RASSI, 2009, p. 163.

a questão, RE 601.384/RS, já com repercussão geral admitida, foi desprovido, monocraticamente, pelo Relator, em vista do julgamento, pelo Pleno, do HC 104.339, em que se declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do óbice à liberdade provisória no caso de prisão em flagrante por tráfico de entorpecentes, previsto no artigo 44 da Lei nº 11.343/2006. Com isso, os processos que haviam sido sobrestados em razão da repercussão geral admitida no RE 601.384/RS, como o do caso presente, voltaram a tramitar, sendo esse o motivo pelo qual o RE 1.038.925/SP aportou tardiamente no STF.

Viu-se, então, nova oportunidade de se retomar o tema cancelado no RE 601.384/RS e de se fixar o entendimento já pacificado do Tribunal, sob o regime de repercussão geral e, assim, dotar as razões decisórias da Corte de efeito vinculante sobre as demais instâncias do Judiciário, o que foi feito. Nesse sentido, inclusive, são os termos da decisão de repercussão geral quanto à importância de fixar a orientação do STF para balizar “todos os casos de prisão por tráfico de drogas em que se discute o cabimento da liberdade provisória, em face da previsão do art. 44 da Lei 11.343/2006”. Nota-se, assim, em mais um caso, a preocupação com a função proativa da Corte Suprema, a partir do julgamento do caso concreto e como fonte interpretativa do Direito Constitucional e Processual Penal. Aliás, o critério da liberdade volta a ser manifestado como indicador da repercussão geral para a interpretação constitucional de normas processuais penais (de disposição constitucional ou infraconstitucional), com especial destaque para aquelas que se liguem à concreta privação da liberdade individual, como no caso. É inevitável concluir que, senão todas, a maior parte das normas processuais penais lida direta ou indiretamente com a liberdade de ir e vir, que sempre corre o risco de ser atingida com a aplicação da lei penal e que é o resultado buscado (pretensão) pelo autor da ação. Em mais esse caso, essa imbricação entre a liberdade, o processo penal e a repercussão geral fica evidente e serve de matriz para nossa conclusão sobre os critérios de identificação da relevância e transcendência das questões constitucionais criminais.

7. CONCLUSÕES

De tudo quanto exposto no presente trabalho, afinal, podemos esboçar as conclusões acerca do nosso tema de estudo: a repercussão geral das questões constitucionais objeto de recursos extraordinários em matéria criminal, segundo a interpretação do Supremo Tribunal Federal.

Primeiramente, a partir da matéria abordada no primeiro capítulo, sobre a interpretação jurídica, pudemos perceber que tratar de recurso extraordinário e da repercussão geral das questões constitucionais nele debatidas é tratar da competência do Supremo Tribunal Federal para interpretar a Constituição Federal, como órgão por ela erigido à condição de guardião das normas constitucionais, nos termos do artigo 102, *caput*, do texto magno. Nesse campo, também pudemos demonstrar que, no atual estágio das teorias do direito, não se concebe mais a unidade entre texto de lei e norma jurídica, nem se vê mais a lei como única fonte do direito, com significado estanque e que apenas se revela ao intérprete porque anterior à atividade humana de interpretação do texto legislado. Ao contrário, percebemos que texto de lei e norma jurídica não se confundem e que as teorias normativas mais modernas colocam a norma jurídica como resultado de um necessário processo de interpretação e atribuição de sentido ao texto de lei, assim como, via de consequência, promovem uma significativa alteração do papel da jurisdição e do processo no Estado Democrático Constitucional de Direito, para a reconstrução do ordenamento jurídico a partir da prática interpretativa, o que, por certo, inclui o texto de nosso documento normativo mais importante: a Constituição Federal. Definimos, para isso, com ajuda da melhor doutrina sobre o tema, os elementos da linguagem, notadamente da linguagem prescritiva do direito (signo, significado e significação; enunciado prescritivo e proposição jurídica). Distinguimos, em seguida, os modelos teóricos lógico-dedutivo e lógico-argumentativo da linguagem jurídica, para assentar a prevalência, nos dias atuais, deste último, mesmo nos países de tradição positivista romano-germânica, num verdadeiro imbricamento dos modelos civilista e consuetudinário; característica ainda bastante peculiar ao sistema brasileiro, que, de um lado, possui fortes influências do direito norte-americano em sua matriz constitucional e, de outro, adotou o modelo europeu-continental codificador no âmbito infraconstitucional, em especial no campo do direito processual. Sem prejuízo dessa inicial compreensão do direito, salientamos, ainda, a necessidade de um controle da atividade interpretativa do ordenamento jurídico, a partir do consenso que caracteriza qualquer tipo de linguagem e que inclui a linguagem prescritiva do direito; também, a importância de mecanismos que garantam a unidade dessa linguagem, de modo a torná-la o mais estável, íntegra e coerente, evitando-se ambiguidades e falta de concordância na atribuição de significados e na sua aplicação em casos concretos, o que, no campo do

direito, consistiu, em regra, na atribuição, pelo próprio ordenamento jurídico, a determinados órgãos jurisdicionais da função de unificar a interpretação e consolidar certas atribuições de sentidos às normas jurídicas, mediante procedimentos e instrumentos próprios a esse fim.

Entram em cena, para isso, as Cortes Supremas (Superiores ou de Vértice), assunto de que cuidamos no segundo capítulo, com o estudo direcionado ao papel do Supremo Tribunal Federal, em suas funções precípua de guardião e intérprete maior das normas constitucionais. Nesse capítulo, vimos as funções mais tradicionais das cortes judiciais no âmbito internacional e de nosso ordenamento constitucional, atual e anterior, situando-as em comparação com as diversas atribuições constitucionais do STF, dando, contudo, primazia ao desempenho de suas funções inerentes ao controle de constitucionalidade difuso, concreto e incidental no qual se inserem o recurso extraordinário e a repercussão geral. Nesse sentido, foi possível concluir que a adoção de uma teoria lógico-argumentativa do direito, em superação ao modelo lógico-dedutivo, também importa na mudança do papel das Cortes Supremas, no que se refere à sua função nomofilática, isto é, de tutela do direito objetivo. Passa-se, nessa mudança, da primazia do papel de uma Corte Superior, idealizado como órgão de controle de legitimidade da atividade judicial e de correção de vícios procedimentais e de julgamento, homogeneizador da jurisprudência, completamente subordinado à ideia de que à atividade judicial incumbe apenas revelar o exato sentido da lei ou da “vontade do legislador” e de direito irrestrito das partes de acesso à sua jurisdição; para as funções de uma verdadeira Corte Suprema, que, se coloca no topo da atividade jurisdicional não simplesmente para controlá-la em todo e qualquer caso no qual se alegue violação ao ordenamento jurídico, mas, para ter como função principal unificar a interpretação jurídica inerente a tal atividade, com autonomia para selecionar os casos mais relevantes e dignos de sua apreciação com base em critérios que ela mesma ou o legislador podem definir e mediante a fixação de precedentes jurisprudenciais atribuidores de sentido aos textos legislativos, com vistas à sua aplicação atual e futura e de forma vinculante a todas as esferas jurisdicionais a ela subordinadas. Entra também na definição dos modelos de Cortes Supremas modernas, o papel das mesmas, dentro do Estado Constitucional, na tutela dos direitos e garantias fundamentais, tanto no aspecto reativo da correção de erros na aplicação das normas fundamentais, quanto no aspecto proativo de interpretação e evolução desses direitos, que envolvem todos os demais ramos jurídicos. Com base nisso, analisamos em que modelo situar-se-ia o STF, em sua atual configuração normativa e prática, do que concluímos estar a nossa Corte Suprema

Constitucional a meio caminho entre o modelo das Cortes Superiores do direito lógico-dedutivo e o modelo das Cortes Supremas de interpretação e fixação de precedentes e que isso se dá em razão de a atuação do STF ainda guardar diversas características do primeiro, não obstante já tenha mecanismos jurídicos e traços de atuação do segundo.

Entre as características mais marcantes de um modelo de Corte Superior ainda muito ligado à teoria lógico-dedutiva, sem dúvida, o que mais se destaca no nosso ordenamento e na atuação do STF é a sua vocação para estar, em diferentes períodos de sua centenária história, sempre envolto em uma “crise” quantitativa de processos, em sua maioria esmagadora de recursos extraordinários (e seus pares, os agravos), o que redundava em uma crise qualitativa de seus provimentos jurisdicionais, muito criticáveis quanto à falta de profundidade e segurança no exame e na resolução das controvérsias constitucionais que lhe são apresentadas, acompanhadas de uma jurisprudência nada estável, coerente e íntegra, às vezes, por isso, apelidada de “lotérica”. Tais conclusões foram expostas no terceiro capítulo, em que também demonstramos que esse tipo de crise nunca foi uma exclusividade do Brasil e do nosso Supremo Tribunal Federal, mas uma constante em ordenamentos jurídicos em todo o mundo, tanto em países de *common law*, quanto de *civil law*. Sem dúvida, entretanto, mais sentida nestes (civilistas), em razão de uma histórica desconfiança em relação aos juízes e da consequente adoção de um sistema em que prevalecia a ideia de necessidade de um amplo controle da atividade judicial pela Corte Suprema. Tal característica, por outro lado, foi menos duradoura nos países de tradição consuetudinária, que viram mais cedo que esse controle se revelava muito contraproducente em relação à ideia de nomofilaquia interpretativa, isto é, de unificação dos sentidos atribuídos aos textos normativos. Também vimos, no mesmo capítulo, que, como tantos países, o Brasil instituiu diversos mecanismos de controle de acesso à jurisdição de sua Corte Suprema, o STF, tanto no âmbito legal, quanto regimental e jurisprudencial, e até mesmo, ao longo da história de seu direito constitucional. Um desses mecanismos que se revelou eficiente no plano do direito comparado foi a institucionalização de um filtro recursal baseado, primordialmente, em critérios de relevância e transcendência do provimento jurisdicional da Corte, assim como na ideia de que a definição desses critérios deveria estar, em sua maior parte, a cargo do próprio Tribunal de cúpula, com ampla autonomia para selecionar os casos em que reputasse necessário sedimentar certo sentido normativo. Nesse modelo, a Corte deve partir da relação fático-jurídica objeto do recurso/processo, mas com os olhos também voltados para os casos futuros, de modo a ter condições de entregar à sociedade, mediante precedentes jurisprudenciais, os sentidos possíveis das normas

jurídicas, como uma forma de garantir integridade e bom funcionamento do sistema jurídico como um todo.

Em nosso ordenamento, semelhante mecanismo de seleção de causas adveio da inserção, por meio da Emenda Constitucional 45/2004, da repercussão geral da questão constitucional como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, no art. 102, §3º do texto constitucional. Após uma breve passagem, no quarto capítulo, sobre os aspectos mais importantes dessa nossa espécie recursal, quase tão antigo quanto o órgão incumbido de seu julgamento, o Supremo Tribunal Federal, e instrumento principal de sua função uniformizadora do direito constitucional, passamos ao estudo do instituto da repercussão geral, no capítulo cinco. Ali, traçamos os principais aspectos desse novo e importante filtro de acesso à jurisdição de nossa Corte Suprema, em matéria de controle difuso de constitucionalidade, a partir de seu regramento constitucional, legal e regimental, valendo-nos, ainda, da base (bastante vasta) de dados estatísticos disponibilizados pelo STF em seu sítio eletrônico para analisar a situação quantitativa de processos e recursos do tribunal antes e depois da instituição da repercussão geral e ao longo dos 10 últimos anos de sua vigência, regulamentação e aplicação. Vimos que, não obstante tenha havido algumas mudanças no quadro caótico de entrada e de julgamento de recursos extraordinários e agravos no STF, a situação ainda está longe do ideal, o que não permite concluir, porém, desse panorama, que o instituto da repercussão geral tenha falhado completamente no seu mister. Antes, que ainda não é aplicado da melhor forma ou da maneira para a qual foi idealizado, muito em razão da própria fase de transição que ainda atravessa o STF, de um modelo teórico-jurídico para outro, bem como da própria autoconcepção de Corte que têm os seus membros e da concepção que os operadores do direito têm do papel que desempenha ou deve desempenhar a sua Corte Suprema dentro do sistema de direito em que está inserida. Vimos, inclusive em outra parte do trabalho, que o advento de um novo Código de Processo Civil, em 2015, como mais recente evento entre as mudanças iniciadas com a EC 45/04, busca traçar um novo modelo de sistema jurídico, muito focado no papel dos Tribunais Superiores como órgãos de interpretação e formação de precedentes, mas que tal ideia tem de ser compartilhada pelos operadores do direito, sob pena de não passar de uma breve aspiração teórica e de nos mantermos ainda presos a um modelo que todas as recentes mudanças buscam superar.

Importante, aqui, frisar que a maior parte ou quase todo o estudo feito até esse ponto do trabalho se deu com base em doutrinas muito mais ligadas ao direito civilista (ou não-criminal), em

razão da quase ausência de estudos sobre o tema no âmbito das Ciências Jurídicas Criminais, tendo sido mencionadas as raras e preciosas exceções a essa regra. Importante dizer que isso não nos permitiu concluir pelo acerto ou desacerto da eventual importação de toda a base teórica civilista apresentada para o campo do direito penal e processual penal, justamente porque se trabalha, em cada uma delas, com premissas muito diversas. Assim, enquanto a técnica legislativa aberta e esparsa, com conseqüente ampliação da margem de interpretação do jurista, é apontada pela doutrina civilista como uma tendência moderna e necessária no campo das relações jurídicas civis e de seu regramento processual, é certo que essa mesma premissa não pode ser transportada, sem sérias ressalvas, para o campo das relações jurídicas penais, onde incidem muito fortemente os princípios da estrita legalidade (incluindo o da codificação), da taxatividade, da proteção da liberdade individual, da intervenção mínima, da dignidade da pessoa humana, do *in dubio pro reo* e do *favor rei*, apenas para citar alguns dos postulados mais importantes. Registramos, nesse ponto, apenas para não deixar passar em branco, nosso pensamento de que, no campo do direito criminal a abordagem da teoria dos precedentes vinculantes tenha de passar por um filtro, dogmaticamente bastante severo, para se traçar os rumos constitucionalmente adequados de uma eventual aplicação da referida teoria no campo criminal, tendo por base, acima de tudo, os princípios fundamentais de interpretação do direito penal e processual penal e as garantias constitucionais fundamentais do indivíduo acusado de um crime. Com isso não queremos dizer que não haja margem para a interpretação dos textos legislativos de matéria penal – pois, como vimos, a interpretação é inerente a todo tipo de linguagem, em especial a jurídica – mas apenas que os mecanismos e formas de interpretação, a nosso ver, não são os mesmos usados para a atribuição de sentido das normas que regem as relações jurídicas de natureza civil, especialmente as de natureza estritamente privada. Isso certamente tem reflexos, também, no papel de Corte Constitucional Suprema do STF, tanto na forma de interpretar as cláusulas constitucionais ligadas ao direito criminal e as leis penais e processuais penais à luz da Constituição, quanto na necessidade de ainda manter-se o Supremo, em maior ou menor escala, na função de controlar a atividade judicial das instâncias ordinárias, em razão da natureza de direitos e garantias fundamentais da pessoa humana que caracteriza a maior parte dos dispositivos constitucionais que tratam dessa temática jurídica. Em outras palavras: antes de assumir a importação do modelo apontado pela doutrina como o mais moderno e eficaz no âmbito civil de interpretação das normas jurídicas, incluindo o papel nomofilático interpretativo, integrador e proativo das Cortes, é preciso assentar as bases de um modelo ideal e garantista de interpretação das normas penais, processuais penais e, principalmente, dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo acusado da prática de um delito. A partir dessa base é que

uma verdadeira teoria dos precedentes jurisprudenciais criminais deve ser moldada. Veja-se que a definição desses critérios e dessa forma de atuação não é o objeto do presente trabalho, mas trata-se de indagação que dele surge e que apenas deixamos como apontamento para futuras pesquisas que pretendam enveredar por essa seara e como ponto de distinção daquilo sobre o qual nos debruçamos na análise do nosso objeto de estudo.

Assim, passadas as partes introdutórias do presente trabalho, chegamos finalmente à sua parte central: a repercussão geral em matéria criminal. No sexto e último capítulo da dissertação, relacionamos os 58 temas de repercussão geral objetos de recursos extraordinário ou de agravos, em matéria criminal, até então avaliados pelo STF e, destes, analisamos detidamente os 34 casos que tiveram reconhecida a repercussão geral e o mérito julgado pelo Supremo Tribunal Federal, além dos 4 casos em que a repercussão geral foi rejeitada pela Corte. Mais uma vez a pesquisa na doutrina criminalista trouxe poucos subsídios para essa análise – ressalvada a quase exclusiva, mas muito pertinente análise do Prof. Dr. Marcellus Polastri Lima sobre o tema – o que, de qualquer forma, pensamos, reflete a quase inexistência de parâmetros constitucionais ou legais de definição do que seja uma questão constitucional com repercussão geral. De fato, concluímos, na própria análise do instituto, de maneira geral, que os conceitos legais (relevância econômica, política, social e jurídica das questões constitucionais e sua transcendência aos interesses subjetivos das partes processuais) a ele inerentes são de natureza vaga, assim estabelecida propositadamente para dar ao STF a mais ampla liberdade de definição do conteúdo semântico desses critérios. É por isso que, para desvendar o que é a repercussão geral em matéria criminal (assim como nos outros ramos do direito), é necessário ater-se, como nos ativemos, muito mais às decisões do Supremo do que a qualquer outra coisa. Em suma, tendo sido outorgado pelo legislador, ao STF, a atribuição de definir os critérios de seleção das causas que entende relevantes e transcendentais, não havia como fugir da necessidade de análise primordial das suas decisões sobre a repercussão geral, em recursos extraordinários interpostos em processos penais, para se alcançar alguma margem de identificação dos parâmetros de definição desse instituto, no âmbito do direito criminal. A partir daí a análise das decisões do STF permitiu-nos tirar algumas conclusões, das quais destacamos as que julgamos mais importantes.

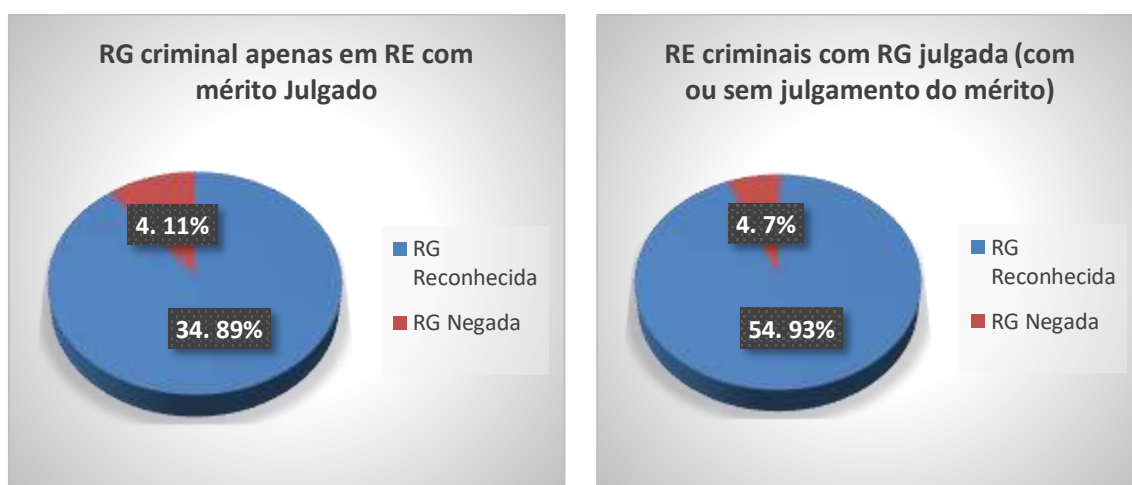
7.1. A “SUPERPRESUNÇÃO” DE REPERCUSSÃO GERAL DAS QUESTÕES CONSTITUCIONAIS CRIMINAIS

De início, é importante lembrar da impressão inata, ou mais imediata, intuitiva ou natural, ao intérprete do direito constitucional, penal e processual penal no sentido de que a disciplina constitucional do direito criminal estaria sempre coberta de repercussão geral, dada a natureza pública e indisponível dos direitos envolvidos (o *ius puniendi* ou *punitiois* do Estado e o *ius libertatis* do indivíduo) e o plexo de garantias fundamentais atinentes (mormente previstas no art. 5º), o que tornaria, em princípio, despicienda e pleonástica a demonstração da relevância ou transcendência dos temas. Essa premissa, contudo, foi, logo no início da regulamentação infraconstitucional e vigência da repercussão geral, completamente rechaçada pelo Supremo, no julgamento de Questão de Ordem no AI 664.567/RS (Tribunal Pleno, Relator Min. Sepúlveda Pertence, julgada em 18/06/2007, publicado no DJe de 06.09.2007), seguido, rapidamente de várias outras decisões no mesmo sentido¹⁴¹². Para além da perplexidade causada pela decisão e do sentimento de que se tratou de mais uma mas muitas teses de “jurisprudência defensiva” – de que, há tempos, valia-se a Corte para afunilar mais a porta de entrada de recursos (mas ainda sob o manto da velha técnica formalista: filtragem de recursos por questões meramente formais e não pelo seu conteúdo) – restou uma constatação seguida de uma enorme interrogação (ou duas): se existe a necessidade de demonstrar a repercussão geral de um tema constitucional penal é porque existem, obviamente, temas que não têm essa característica, caso contrário não faria sentido em se exigir a sua demonstração; se isso é assim, então, quais seriam essas questões constitucionais penais imbuídas de relevância e transcendência e, talvez o mais intrigante, quais seriam as questões constitucionais criminais despidas dessas mesmas relevância e transcendência? Foram essas questões que inspiraram o presente trabalho, como dissemos no seu início, e que nos moveram durante toda a sua elaboração, em busca de respostas.

A nossa pesquisa, como demonstramos acima, constatou que, dos 38 temas de repercussão geral criminal analisados, apenas 4 não tiveram a repercussão geral reconhecida pelo STF; quanto aos outros 20 temas não analisados, por não terem tido o seu mérito julgado ainda, não se registrou nenhuma rejeição. Isso demonstra, logo de início, que uma quantidade muito baixa de temas penais não teve reconhecida a sua relevância e transcendência. Em termos relativos temos, no grupo de 38 casos analisados, 1 caso/tema de não reconhecimento de repercussão geral

¹⁴¹² Cf. tópico 6.

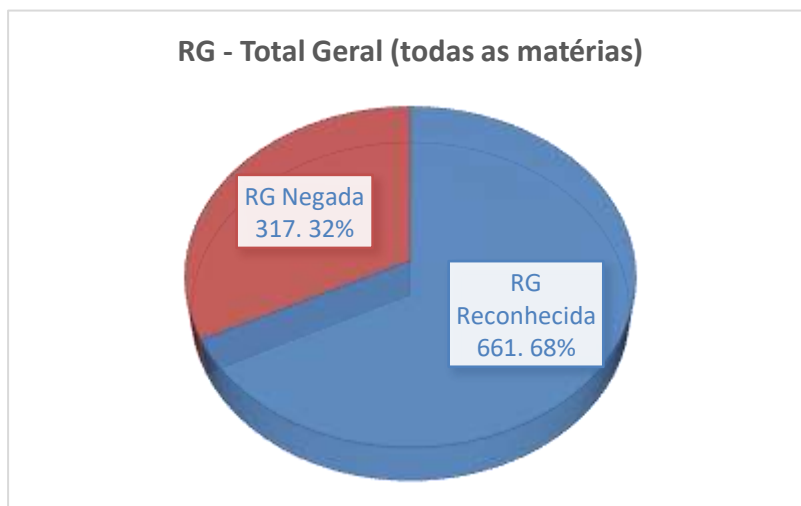
para cada 8,5 casos/temas em que houve esse reconhecimento, em matéria criminal; em termos percentuais: 11% de RG negada contra 89% de RG reconhecida. Se acrescentarmos à conta os outros 20 temas criminais que já tiveram a repercussão geral expressamente reconhecida no Plenário Virtual, mas ainda não tiveram o mérito julgado (os quais propositadamente excluimos da nossa análise minudente), totalizando 58 temas, essa relação salta para 1 caso de rejeição para cada 13,5 casos de reconhecimento de repercussão geral da questão constitucional em RE interposto em processo penal ou 7% de RG negada contra 93% de RG reconhecida. Eis alguns desses números em forma ilustrada:



De se notar o quanto esses percentuais diferem do total geral de julgamentos de RE, AI e ARE (cíveis e criminais¹⁴¹³) em repercussão geral, os quais, como vimos,¹⁴¹⁴ ostentam um quantitativo de 317 temas com RG negada e de 661 com RG reconhecida (978 casos/temas de RG julgados, até hoje, pelo STF); uma relação de quase 1 caso de RG negada para cada 2 de RG reconhecida; ou de 32% da primeira categoria e 68% da segunda:

¹⁴¹³ Quando nos referimos às matérias cíveis, o fazemos (usando a divisão feita pelo próprio STF) em relação a: direito administrativo e outras matérias de direito público, direito civil, direito do consumidor, direito do trabalho, direito eleitoral e processo eleitoral, direito internacional, direito previdenciário, direito processual civil e do trabalho, direito tributário e registros públicos; quando nos referimos às matérias criminais, a: direito penal, direito processual penal e direito processual penal militar. Todas essas, segundo a base de dados do STF, formam o conjunto total de matérias apreciadas em RE com RG, até hoje.

¹⁴¹⁴ Cf. tópico 5.3.4.



Em que pese a doutrina admitir a existência de uma “presunção geral de repercussão geral”¹⁴¹⁵ – especialmente em razão do quórum qualificado para rejeição e do procedimento de votação virtual que dá à ausência de manifestação dos ministros o valor de reconhecimento da existência de RG – nota-se a diferença brutal dessa presunção no âmbito geral, com aproximadamente 2/3 (68%) de reconhecimento contra 1/3 (32%) de rejeição, para os percentuais respectivos no âmbito criminal: 94% de reconhecimento contra 6% de rejeição. Cremos, por isso, poder dizer que estamos diante de uma “superpresunção” de repercussão geral das questões constitucionais criminais, pelo STF. Nesse ponto, que leva em conta apenas os números de reconhecimento e negativa de repercussão geral, em uma comparação quantitativa e relativa entre o espectro geral de todas as matérias constitucionais (cíveis e penais) e o espectro apenas das matérias penais, nossa primeira conclusão é a de que: **existe, por parte do Supremo Tribunal Federal, uma presunção quase absoluta (93%) de relevância e transcendência das questões constitucionais, em matéria criminal, tratadas em recursos extraordinários (e agravos), a que chamamos de “superpresunção” de repercussão geral.**

7.2. QUESTÕES CONSTITUCIONAIS CRIMINAIS QUE RECEBERAM O EXPRESSO RECONHECIMENTO DA REPERCUSSÃO GERAL E O PROGRESSIVO AUMENTO DA PRESUNÇÃO DA INAFASTABILIDADE DE SUA RELEVÂNCIA E TRANSCENDÊNCIA.

A análise meramente numérica das decisões do Supremo Tribunal Federal é, por óbvio, uma análise pouco aprofundada porque não avaliativa do conteúdo de tais decisões e, por isso, insuficiente, embora tenha sua própria importância no caminho que traçamos de pesquisa. Cumpre-

¹⁴¹⁵ Cf. tópico 5.3.4..

nos, portanto, prosseguir, agora, no exame qualitativo e conteudístico dos pronunciamentos da Corte para verificar se a (super)presunção que ora concluímos se sustenta ou se esvai; mais do que isso, se ela se reforça ao ponto de se tornar absoluta ou se enfraquece e se relativiza, diante dos critérios de atribuição e de rejeição de relevância e transcendência que se pode extrair das decisões do STF.

Tendo em mente a conclusão inicial apresentada, portanto, reputamos importante fazer um apanhado das questões constitucionais expressamente reconhecidas pelo STF como exemplos de repercussão geral criminal. Esta análise tende a ultrapassar a análise meramente quantitativa de reconhecimento da repercussão geral, para identificar possíveis critérios qualitativos de atribuição de relevância e transcendência dos temas analisados pela Corte Suprema e, com isso, progredir na busca de uma resposta sobre a questão central do trabalho acerca da existência de uma presunção relativa ou absoluta desses atributos da matéria criminal constitucional.

A fim de sistematizar melhor esses critérios de identificação da repercussão geral criminal, dividimo-los em 5 grandes grupos temáticos: direito penal, processual penal, execução penal, controvérsia jurisprudencial e princípios, direitos e garantias fundamentais.

7.2.1. Direito penal

A privação da liberdade em decorrência de uma condenação criminal, mesmo que ainda no campo da mera possibilidade, dá a tônica da relevância dos temas de direito penal. A interpretação e o alcance das normas que regem os direitos públicos objetivos e subjetivos envolvidos, do Estado acusador e dos indivíduos acusados, dá o valor da sua transcendência. A seguir, destacamos alguns subgrupos temáticos, relativos aos Temas 113, 114, 129, 158, 169, 187, 239, 371, 478, 626, 647, 650, 712, 929 e 937, assim como alguns dos demais temas de RG criminal, que podem confirmar essas concepções iniciais e apontar, de forma geral, aspectos comuns de identificação dos elementos de repercussão geral penal.

7.2.1.1. Inconstitucionalidade em abstrato de tipos penais

No campo do direito material, destacam-se as decisões que reputaram importantes as questões atinentes à constitucionalidade de determinadas tipificações penais como a do art. 25 da Lei de Contravenções Penais (Tema 113) e a do art. 2º, II, da Lei 8.137/90 (Tema 937), já julgadas e nas quais consignou-se que questões dessa natureza merecem “reflexão da Corte, [...]a respeito

dos limites constitucionais da noção de crime em abstrato[...]” além de possuírem “profundo reflexo no ‘ius libertatis’, bem jurídico fundamental, [que] transcende os limites subjetivos da causa”. Entre as cujo julgamento de mérito está pendente, temos: a dos arts. 19 (tema 857) e 50 (tema 924), ambos também da LCP; do art. 28 da Lei 11.343/06 (tema 506), do art. 47 da Lei 6.880/1980 (Tema 703) e do art. 305 do Código de Trânsito Brasileiro (tema 907).

Podemos apontar, a partir desses casos, que a discussão que envolve o controle de constitucionalidade da tipificação penal em abstrato é um forte indicativo de repercussão geral. Impossível não notar a semelhança que tais pronunciamentos têm com os provenientes do controle concentrado de constitucionalidade, exercido sempre em face das normas em abstrato. Como as decisões de controle em abstrato possuem “eficácia contra todos e efeito vinculante” ou *erga omnes* (art. 102, 2º, da CF; art. 28, parágrafo único, da Lei 9.868/99), é natural que os pronunciamentos em controle difuso que visem à declaração de inconstitucionalidade de tipos penais se aproximem de tais efeitos (especialmente diante da regra do art. 52, X, CF), o que gera um também natural efeito transcendente dessas decisões. De outro lado, é interessante lembrar que a lei processual (art. 1.035, §3º, III, do CPC) presume a repercussão geral dos recursos extraordinários que impugnem acórdãos que tenham declarado a inconstitucionalidade de lei federal; não é difícil concluir que o contrário – RE que pede a declaração de inconstitucionalidade de lei federal contra acórdão que rejeitou tal pedido – também possui o mesmo grau de relevância e transcendência, dados os efeitos que essa decisão do Supremo tende a produzir.

Quanto à relevância, a mesma se dá em razão da sempre presente possibilidade de privação de liberdade no caso de aplicação de normas penais incriminadoras, ainda que digam respeito a infrações penais de baixa gravidade – nesses casos, todas as infrações contavam com penas máximas menores ou iguais a 1 ano. É na potencialidade de intervenção sobre a liberdade individual que – pensamos – reside a importância que permite a análise constitucional pela Corte Suprema da necessidade de se descriminalizar certas condutas. Isso, sempre, como os casos confirmam, por não se amoldarem certas previsões de imputação penal a princípios constitucionais fundamentais, como o da dignidade da pessoa humana, da ofensividade ou da intervenção mínima. Não é, portanto, a importância da conduta penalmente tipificada que conta, mas a dos princípios constitucionais que delimitam a atividade legislativa de definir ilícitos penais, aliados ao potencial de privação de liberdade que toda imputação penal carrega. São esses princípios, aplicáveis às espécies penais para ab-rogá-las do ordenamento jurídico, que, segundo as decisões do STF, conferem repercussão geral à temática da declaração de inconstitucionalidade dos tipos penais.

7.2.1.2. *Aplicação da pena*

Outro tipo de questão recorrente na temática da repercussão geral criminal diz respeito à aplicação da pena. Nessa esfera, tivemos temas compreendendo tanto a quantidade imposta, como nos de n. 114, 129, 158, 169 e 712, quanto a qualidade da pena, como no tema 626, revelando o “profundo reflexo no ‘ius libertatis’, bem jurídico fundamental, [qu]e, como tal, transcende os limites subjetivos da causa, revestindo-se de repercussão geral” (Tema 114)¹⁴¹⁶ ou no qual “é possível vislumbrar-se grande número de processos, mas uma vez apreciada a questão, a eficácia vinculante do pronunciamento propicia a racionalização do trabalho judiciário” (Tema 129). Entre os temas com repercussão geral reconhecida, mas ainda sem o julgamento do mérito, que tratam da aplicação da pena, temos o Tema 150, sobre a constitucionalidade da consideração de condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos como maus antecedentes para efeito de fixação da pena-base,

Esse ponto de convergência de vários temas de RG chama atenção porque, via de regra, a aplicação da pena é entendida como atividade judicial que conta com ampla liberdade de apreciação e que envolve diretamente a apreciação e valoração da prova dos autos. Isso, em tese, deveria tornar muito difícil a sua discussão em sede extraordinária, haja vista a (correta) vedação à reapreciação de provas, bem como a ideia que restringe (equivocadamente), nesse nível, reapreciar fatos. Contudo, o que se vê nos temas julgados é a apreciação constitucional da interpretação das normas de aplicação das penas, o que demonstra que mesmo uma atividade com tamanha discricionariedade judicial e tão ligada às questões fáticas também pode sofrer a devida intervenção da Corte Suprema para delimitar suas balizas interpretativas.

A aplicação da pena, por envolver-se com tantos direitos e garantias fundamentais do indivíduo e por dizer respeito a todo processo criminal cujo resultado seja uma condenação, também é uma área temática do direito penal que enseja fácil reconhecimento de sua repercussão geral e que, por isso, serve de critério de identificação da relevância e transcendência dos recursos extraordinários que questionem seus critérios.

¹⁴¹⁶ Cf. tópico 6.4.2.

7.2.1.3. *Extinção da punibilidade*

A extinção da punibilidade foi outro tema recorrente nas decisões de repercussão geral criminal. A principal delas, a prescrição, está diretamente ligada ao direito de perseguir e de punir penalmente o autor de um crime, por um lado, e ao direito ao esquecimento, como corolário da dignidade humana (art. 1º, III) e da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII). Ademais, a prescrição, como forma de extinção da punibilidade, toca a praticamente todas as infrações penais (à exceção das constitucionalmente imprescritíveis: art. 5º, XLII e XLIV), o que revela sua relevância e transcendência.

O STF enfrentou a questão prescricional de forma direta no julgamento do tema 239 (prescrição em perspectiva), afirmando sua repercussão geral. Entre os casos ainda sem o mérito julgado, mas com a repercussão geral já admitida, sobre aspectos da prescrição, destacam-se os temas 438 (limite temporal para a suspensão do processo e do prazo prescricional previstos no art. 366 do CPP) e 788 (termo inicial para a contagem da prescrição da pretensão executória do Estado: a partir do trânsito em julgado para a acusação ou a partir do trânsito em julgado para todas as partes).

Vê-se que o tema da prescrição penal está constantemente na pauta de julgamento de repercussão geral do STF, assim como outros de extinção da punibilidade, que também foram objeto de reconhecimento do requisito e julgamento do mérito, como os Temas 187 (cumprimento da transação penal e seus efeitos), 371 (indulto a medida de segurança), 650 (*abolitio criminis* temporária no estatuto do desarmamento) e 713 (decadência do direito de representação da ofendida em crime de lesão corporal no âmbito doméstico), o que demonstra sua assentada relevância e transcendência.

7.2.2. **Direito processual penal**

Dos temas 50, 154, 170, 184, 237, 238, 240, 280, 393, 451, 453, 613, 648, 713, 811, 925, 946 e 959, todos com maior ênfase em normas de direito processo penal, extraímos que questões relativas a regras – ainda que meramente regimentais (Tema 50) – e princípios processuais possuem repercussão geral por terem o condão de afetar “um número elevado de demandas submetidas àquela Corte Superior”¹⁴¹⁷, por “transcender os limites subjetivos da causa”¹⁴¹⁸ ou

¹⁴¹⁷ Cf. tópico 6.1.2.

¹⁴¹⁸ Cf. tópico 6.12.2.

por revelar-se “tema com manifesta relevância social e jurídica, que ultrapassa os interesses subjetivos da causa e que depende da manifestação desta Corte para a pacificação da matéria”¹⁴¹⁹, por exemplo.

7.2.2.1. *Publicidade e fundamentação das decisões*

Pudemos perceber, a repercussão geral das questões constitucionais ligadas à publicidade (art. 5º, LX) e à fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX), como no caso dos temas 50 (em que salientada a “importância do caso pela aparente restrição indevida às partes do conhecimento quanto aos limites da decisão”) e 451 (em que discutida a possibilidade da fundamentação *per relationem* nas decisões recursais juizados especiais criminais).

A publicidade e a necessidade de fundamentação também foram analisadas com relação aos atos investigativos, nos temas 184 (poder de investigar do MP) e 280 (invasão de domicílio por policiais, por suspeita de flagrante delito). Esses casos revelam que questões recursais que envolvam a publicidade e a fundamentação das decisões das autoridades públicas em processos penais possuem extrema relevância e amplo alcance, implicando na necessidade de apreciação pelo STF em sede de RE.

7.2.2.2. *Devido processo legal, contraditório e ampla defesa*

Nessa mesma linha, podemos ressaltar a importância que as garantias fundamentais do contraditório (art. 5º, LV), da ampla defesa (*idem*) e do devido processo legal (LIV), tão caras ao direito processual penal, impõem ao reconhecimento da repercussão geral dos temas que versem sobre essa matéria no âmbito criminal.

É o que se observa na fundamentação das decisões sobre tais garantias nos temas 50 (em que destacada a relevância da “restrição indevida às partes do conhecimento quanto aos limites da decisão”), 240 (falta de requisição do preso para participar de oitiva de testemunha), 613 (citação ficta por hora certa), entre outros. Com efeito, essas três garantias fundamentais são os fundamentos mais utilizados pelos recorrentes, perante o STF (Temas 50, 158, 183, 184, 187,

¹⁴¹⁹ 6.24.2.

237, 238, 239, 240, 280 e 613; ou seja, em 11 dos 38 temas), que também reconhece a repercussão geral na maioria dos temas com tais dispositivos constitucionais: em 10 dos 11 temas em que arguidas (exceção apenas ao Tema 183).

7.2.2.3. *Estado de inocência*

Entre as garantias processuais fundamentais da pessoa acusada de crime, ganha destaque a presunção de inocência (art. 5º, LVII), que foi tema de mais de um julgamento com repercussão geral, revelando a importância e transcendência “da admissibilidade constitucional da punição criminal de alguém pelo fato de já ter sido anteriormente condenado”¹⁴²⁰ (Temas 113 e 129) ou para antecipar-se a sua punição antes do trânsito em julgado (Tema 925). Entre os temas com repercussão geral reconhecida, mas sem o mérito julgado que também giram em torno da interpretação da garantia da presunção de inocência, temos os de n. 150 e 758 (respectivamente: consideração de condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos como maus antecedentes para efeito de fixação da pena-base; necessidade de condenação com trânsito em julgado para se considerar como falta grave, no âmbito administrativo carcerário, a prática de fato definido como crime doloso). Trata-se, portanto, de garantia fundamental de certo reconhecimento de repercussão geral.

7.2.2.4. *Provas ilícitas*

A arguição de ilicitude de determinados meios de prova também foi objeto de arguição em pelo menos três oportunidades, entre as que examinamos: o Tema 237, das gravações clandestinas, o Tema 240, sobre o direito do réu preso a participar da oitiva das testemunhas em precatória, e o Tema 280, sobre as provas colhidas em invasão de domicílio, por policiais, em razão de suspeita de flagrante de crime permanente (no caso, de tráfico, na modalidade de depósito). Entre as questões que ficaram de fora de nossa análise mais minuciosa, por ausência de julgamento do mérito, temos, ainda, o Tema 661, que trata da possibilidade de prorrogações sucessivas do prazo de autorização judicial para interceptação telefônica, os Temas 905 e 977, em que se questiona a constitucionalidade, no primeiro, da inclusão e manutenção de perfil genético de condenados por crimes violentos ou por crimes hediondos em banco de dados estatal e, no segundo, do acesso, sem autorização judicial, a registros e informações contidos em aparelho de telefone celular, relacionados à conduta delitiva e hábeis a identificar o agente do crime.

¹⁴²⁰ Cf. tópico 6.3.2.

Percebe-se que a temática do regramento probatório e sua conformidade constitucional é algo que o STF entende como algo relevante e que supera o interesse subjetivo das partes processuais, e não haveria como ser diferente. A produção da prova é um dos temas centrais do processo penal. Praticamente todo ele gira em torno da formação da prova das alegações das partes (art. 156 do CPP), em especial da acusação, já que não há, no processo penal a possibilidade de condenação sem provas, confissão ficta ou outra modalidade de “verdade formal” dos fatos. A prova deste tem de estar amparada em elementos concretos de convicção, sendo totalmente insuficientes, por exemplo, os elementos colhidos na investigação ou a confissão do acusado para se entender pela veracidade das alegações acusatórias e para a procedência do pedido condenatório, consoante expressas previsões legais (arts. 155 e 197 do CPP).

É também no processo penal que o tema da prova ilícita, que possui estatura constitucional (art. 5º, LVI), ganha maior amplitude de aplicação e maior quantidade de arguições, haja vista a existência, além do CPP, de legislações específicas sobre meios de obtenção de prova (a exemplo das Leis 9.296/96 – interceptação telefônica, 9.807/99 – proteção à testemunha, 11.343/06 – ação controlada na investigação do tráfico de drogas, 12.654/12 – identificação genética, 12.850/13 – colaboração premiada etc). A definição dos limites da busca e da produção da prova é, portanto, algo que atinge, inevitavelmente, diversos processos investigativos e judiciais, findos, em tramitação e futuros e, ao mesmo tempo, diversas pessoas envolvidas com esses processos. Daí a inevitabilidade de praticamente qualquer pronunciamento do STF, em controle difuso de constitucionalidade, sobre regramento probatório, possuir repercussão geral.

7.2.2.5. *Competência*

A competência jurisdicional para processar e julgar determinado crime e seu autor também foi objeto de vários recursos extraordinários com repercussão geral, como vimos no exame dos temas 154, 170, 393, 453 e 648. Entre os temas com RG reconhecida, mas sem o mérito julgados, temos: 358 (competência dos TJs para decidir sobre questão previdenciária, no bojo de processo autônomo de perda de posto e patente de militar), 580 (competência para processar e julgar crime de violação de direito autoral – § 2º do art. 184 do CP), 649 (competência da Justiça Federal para processar e julgar crime de violação de sigilo de informações contidas em bancos de dados de órgãos federais, ainda que os fatos atinjam apenas a esfera jurídica de particulares).

Essa recorrência, pensamos, se deve a três fatores: primeiro, o fato de que a maioria das regras de competência criminal está prevista no texto constitucional (nos casos analisados, nos arts. 5º, XXXVIII, “d”; 105, I, “a” e 109, V, da CF); segundo, porque o descumprimento de tais regras implica em nulidade absoluta dos atos processuais praticados pelo juízo incompetente (art. 564, I, do CPP); terceiro, porque a garantia de somente poder ser processado e sentenciado pela autoridade competente é outra garantia individual fundamental inafastável (art. 5º, LIII). Tudo isso coloca a competência judicial como altamente relevante, para efeitos de admissibilidade do RE. Além disso, o fato de regras processuais serem aplicáveis em inúmeros processos, passados, presentes e futuros, confere a transcendência necessária ao reconhecimento da repercussão geral da sua interpretação.

7.2.2.6. *Direito de ação*

Não se pode deixar de destacar também, na esfera dos temas processuais penais de clara repercussão geral, o direito de ação. Tal assunto foi objeto dos julgamentos dos temas 154 (relativamente ao requisito da justa causa), 238 (descumprimento de transação e possibilidade de oferecimento de denúncia), 713 (ação penal pública incondicionada em caso de violência doméstica) e 811 (caracterização da inércia do MP para legitimação à ação penal privada subsidiária da pública). Como temas relacionados ao direito de ação, tivemos: em sede pré-processual, com relação ao poder de investigação do titular da ação penal, o tema 184; em sede recursal, perante os tribunais superiores, tivemos, ainda, o tema 946, com a legitimidade dos MP estaduais para atuar nas instâncias federais superiores; ambos, contudo, ainda sem o crivo da coisa julgada.

Por tratar-se a ação de direito público subjetivo presente em todas as espécies de ações penais, públicas ou privadas, o reconhecimento da repercussão geral das questões a ele inerentes, como ocorreu, era medida imperativa, sendo, portanto, correta a decisão do STF de atribuir relevância e transcendência aos temas a ela relacionados.

7.2.3. **Execução penal e prisão**

Se as discussões sobre a aplicação ou não das normas penais, ainda no processo de conhecimento, já não afastam a repercussão geral, sem dúvida, a sua efetiva, atual e concreta execução sobre a pessoa condenada não poderia ter tratamento diverso. Por isso, a interpretação constitucional das normas jurídicas sobre execução penal, que se constituem em desdobramento direto do direito penal, além de possuir suas próprias peculiaridades processuais penais, são um tema recorrente no STF, tendo tido a sua repercussão geral admitida em 4 dos 5 casos que

trataram diretamente do assunto: temas 59 (progressão de regime em crime hediondo), 371 (indulto à pessoa submetida a medida de segurança), 423 (regime menos gravoso por falta de vagas) e 925 (execução imediata de acórdão penal condenatório). A única rejeição foi a do tema 205 (exame criminológico para progressão de regime), por se tratar de análise, em primeiro plano, segundo o STF, do art. 112 da LEP, e não de preceito constitucional. Dos temas com repercussão geral reconhecida, mas sem o mérito julgado, também tratam de execução penal os de n. 477 (revisão de Súmula Vinculante sobre perda de até 1/3 do tempo da pena remido em razão de falta grave), 758 (necessidade de condenação com trânsito em julgado para se considerar como falta grave, no âmbito administrativo carcerário, a prática de fato definido como crime doloso), 788 (termo inicial da prescrição executória), 941 (possibilidade de afastar-se o prévio procedimento administrativo disciplinar – PAD, ou suprir sua eventual deficiência técnica, na hipótese de oitiva do condenado em audiência de justificação no juízo da execução penal, realizada na presença do ministério público ou defensor) e 972 (possibilidade de fixação de regime inicial fechado para cumprimento de pena, com base unicamente na natureza hedionda do delito).

Desses casos, extrai-se uma constante: a relevância de se definir a interpretação constitucional das normas jurídicas relativas à privação da liberdade já efetivada, ou seja, da execução penal, definitiva ou provisória; e mais ainda, de que nada, em matéria criminal, poderia ser mais relevante do que a conformidade da lei penal com os direitos constitucionais da pessoa presa – valendo lembrar que não houve nenhum caso, entre esses temas, que não tratasse de alguém que já estivesse cumprindo a pena em estabelecimento prisional ou de internação manicomial; enfim, de alguém já privado de sua liberdade. Em todos eles, tratou-se de questões relativas à execução de pena privativa de liberdade em regime semiaberto ou fechado (incluindo-se a prisão preventiva, que equivale ao regime fechado), ou de medida de segurança de internação, isto é, das mais graves hipóteses de privação da liberdade de ir e vir a que o Estado pode submeter o indivíduo. Se se pode falar em grau de relevância da discussão das questões penais, certamente estas que envolvem o efetivo cumprimento das penas são, sem dúvida, as de mais alto nível. Tanto é assim que todos esses temas tiveram somente votos de reconhecimento da repercussão geral¹⁴²¹.

¹⁴²¹ Com uma pequena exceção do tema 59, que teve 1 voto pela rejeição – não fundamentado. Cf. tópico 6.2.2.

Outra constante é a automática transcendência da resolução das questões constitucionais objeto dos recursos relativos às normas de execução penal. Em um país com 726.712 pessoas presas, segundo o último Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN¹⁴²², e, com isso, a 3ª maior população carcerária do mundo¹⁴²³, é notório que qualquer decisão da Corte Suprema sobre tais normas terá repercussão sobre uma enorme quantidade de processos e sobre a situação jurídica, social, política e econômica de milhares de pessoas¹⁴²⁴. Essa transcendência ganha ainda maior abrangência nos temas relacionados à execução das penas impostas pelo crime de tráfico de substância entorpecente, como a possibilidade de progressão de regime e de redução da pena por ultra/retroatividade da lei penal mais benéfica (temas 59, 169 e 205), posto que refletem sobre a vida de nada mais nada menos que 26% (155.669 pessoas) da população carcerária masculina e 62% (21.022 pessoas) da população carcerária feminina.¹⁴²⁵ Nesses casos se entendeu, por exemplo, que “A discussão em torno do requisito temporal para progressão de regime quanto aos crimes hediondos praticados antes da Lei nº 11.464/07 extrapola os interesses subjetivos presentes nas causas, mostrando-se relevante para um grande número de apenados no país” (Tema 59) ou que “a decisão acerca da possibilidade de aplicação retroativa do parágrafo 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006 sobre a pena cominada com base na Lei 6.368/76 afetará um número elevado de demandas” (Tema 169) ou, ainda, “que a orientação firmada por esta Corte balizará todos os casos de prisão por tráfico de drogas em que se discute o cabimento da liberdade provisória, em face da previsão do art. 44 da Lei 11.343/2006” (Tema 959).

O mesmo se diga a respeito da transcendência da decisão tomada no julgamento do tema 423, que estabeleceu que estabeleceu regras para solução do grave problema de déficit de vagas no sistema prisional, para o cumprimento das penas no regime adequado e a que faz jus o condenado, por cumprir os requisitos de progressão. O relatório INFOPEN informa que o déficit de vaga no sistema prisional brasileiro é de 358.663 mil vagas, com uma taxa de ocupação média

¹⁴²² SANTOS, Thandara (Org.); ROSA, Marlene Inês da (Colab.) [et al.]. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**: INFOPEN atualização junho de 2016. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN, 2017, p. 7 e 11. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>. Acesso em: 24 mar.2018.

¹⁴²³ Cf. World Prison Brief. Disponível em: <<http://www.prisonstudies.org/world-prison-brief-data>>. Acesso em: 24 mar. 2018.

¹⁴²⁴ Se computarmos os familiares dos presos, essa cifra pode chegar a milhões de pessoas sob o espectro de alcance das decisões em matéria de execução penal.

¹⁴²⁵ SANTOS; ROSA, 2017, p. 42-43.

de 197,4% em todo o país¹⁴²⁶, de modo que a decisão desse tema, em específico, também tem repercussão extremamente relevante e abrangente sobre o caótico e inconstitucional estado de coisas da política carcerária nacional. A relevância e o alcance do objeto desse julgamento eram tamanhos que também resultou na edição da Súmula Vinculante nº 56, que prescreveu de forma cogente que: “A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS”.

De outro lado, tivemos, também em matéria de execução penal, o julgamento do tema 925, em que o Tribunal concluiu que: “A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal”. Sem dúvida trata-se de decisão que transcendental impacto sobre o antes anunciado – pelo próprio STF – “estado de coisas inconstitucional” em que se encontra o sistema prisional brasileiro, especialmente no que se refere à execução provisória da pena. Isso porque o mesmo relatório INFOPEN de 2017 aponta que 40% das pessoas privadas de liberdade (292.450) estão presas provisoriamente¹⁴²⁷, servindo o precedente como fundamento para se jogar mais gente no já combalido sistema carcerário brasileiro. De outro lado, temos as estatísticas das Defensorias Públicas dos Estados de São Paulo e Rio de Janeiro, que demonstram índices de reversão das decisões dos respectivos tribunais de justiça, em matéria criminal, no STJ e no STF, via HC, REsp, RE e agravos, em torno de 50% de êxito em favor do réu¹⁴²⁸. É

¹⁴²⁶ Ibidem, p. 7 e 8.

¹⁴²⁷ SANTOS; ROSA, 2017, p. 13-14.

¹⁴²⁸ Cf. noticiou o Jota, em 31 ago. 2016: “Os dados da Defensoria Pública de São Paulo, relativos aos meses de fevereiro, março e abril de 2015, indicam que aproximadamente 60% dos recursos especiais e 25% dos agravos em recursos especiais obtiveram resultados positivos no Superior Tribunal de Justiça. ‘Foram analisados 635 processos. Dos 302 recursos especiais, 177 tiveram resultado positivo, mesmo que parcialmente ou por concessão de ordem de habeas corpus de ofício, em questões relativas à dosimetria da pena, aplicação de regime e até mesmo absolvição. Dos 333 agravos em recursos especiais, 84 também tiveram resultados positivos sobre as mesmas questões’, informa a defensoria em memorial entregue ao Supremo nesta quarta-feira.

Os dados colhidos pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro mostram que, de 1.476 processos protocolados no STJ entre março de 2014 e dezembro de 2015, 896 requeriam a absolvição, redução de pena, atenuação do regime inicial de cumprimento de pena e/ou substituição por uma pena restritiva de direitos. Destes 896 processos, 42% eram recursos especiais ou agravos em recursos especiais. O restante referia-se a habeas corpus ou recursos em habeas corpus. O resultado do julgamento desses 896 processo: – 49% dos habeas corpus e recursos em habeas corpus tiveram resultado positivo, com impacto, portanto, na liberdade dos paciente/recorrentes; – 41% dos recursos especiais e agravos em recursos especiais, tiveram resultado positivo; – 53% dos REsps e AREsps tiveram resultado positivo e levaram à absolvição, redução de pena ou reconheceram a ilegalidade do regime fixado pelo

por isso que esse tema, em tão pouco tempo, já entrou na pauta de revisões das decisões proferidas em regime de repercussão geral, coisa que deverá ocorrer com o julgamento de mérito das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44¹⁴²⁹. Tudo isso, portanto, para demonstrar que os temas de execução penal estão entre os reiteradamente considerados de repercussão geral, pelo STF.

7.2.4. Controvérsia jurisprudencial ou jurisprudência consolidada

Também foi apontada como elemento de repercussão geral a controvérsia jurisprudencial sobre determinada interpretação jurídica, como vimos nos temas 129, 170, 451, 478 e 650, por “diversidade de entendimentos existente nos Tribunais do País quanto à existência ou não de nulidade, à luz dos princípios constitucionais”¹⁴³⁰, algumas vezes existindo esse dissenso entre as turmas ou membros do próprio STF, como nos temas 169, 423, 648 e 925. Trata-se de um dos mais basilares e antigos escopos da nomofilaquia recursal a pacificação ou unificação da jurisprudência, de modo que não é difícil concluir que a controvérsia jurisprudencial acerca do alcance e da interpretação de uma garantia constitucional, portanto, é um forte elemento de reconhecimento da repercussão geral do recurso extraordinário que verse sobre ela, de acordo com a decisão de admissibilidade da repercussão geral. A própria existência da controvérsia traz em si o requisito da transcendência e dela surge também a relevância do tema e a necessidade de pacificação mediante uma definição do Supremo, ao qual incumbe a guarda maior da Lei Básica da República.

De outro lado, uma vez fixada a interpretação constitucional pela Corte, temos a necessidade de manter esse entendimento e de fazê-lo ser cumprido, para o que se presta, com muita constância, a presunção legal de repercussão geral contida no art. 1.035, §3º, I, do CPC, em relação

Tribunal de Justiça; – em 7% dos casos, a pena privativa de liberdade foi substituída por restritiva de direitos. ‘Assim, é possível concluir que o início da execução da pena a partir do acórdão do tribunal local, que condene ou confirme a condenação de primeira instância, causará danos irreversíveis para parcela considerável dos condenados recorrentes’, argumentam Thaís dos Santos Lima, defensora pública do RJ, e Rafael Muneratti, defensor público de SP. ‘Esse quadro revela que a presunção de não culpabilidade não deve restringir-se ao binômio absolvição/condenação, pois questões outras, sobretudo as que se referem à quantidade da pena, ao regime inicial de cumprimento desta e/ou sua substituição por outra restritiva de direitos, também causam impacto direto na liberdade dos condenados’, acrescentaram”. Disponível em: <<https://www.jota.info/justica/efeitos-da-execucao-provisoria-pelos-numeros-das-defensorias-publicas-de-sp-e-rj-31082016>>. Acesso em: 24 mar. 2018.

¹⁴²⁹ Conforme vem sendo noticiado na imprensa, cf., por exemplo, aqui: <<https://www.istoedinheiro.com.br/turma-do-stf-envia-ao-plenario-acoes-sobre-condenacao-em-segunda-instancia/>>. Acesso em: 24 mar. 2018. Os dados também podem ser conferidos em: <<https://www.jota.info/wp-content/uploads/2016/08/Dados-DPSP.pdf>> e <<https://www.jota.info/wp-content/uploads/2016/08/DADOS-ANALISADOS-DPRJ.pdf>>. Acessos em: 24 mar. 2018.

¹⁴³⁰ Cf. tópico 6.9.2.

à contrariedade à jurisprudência dominante do Tribunal. Essa constatação se fez presente em 11 dos 34 temas com RG reconhecida que analisamos (temas 158, 237, 238, 239, 240, 451, 478, 626, 712, 713, 811, 925, 937 e 946), ou seja, quase 1/3 do total. Em que pese se possa questionar a legalidade e conveniência do procedimento regimental adotado (plenário virtual, RISTF, art. 323, *caput*)¹⁴³¹, o fato é que o STF o usa sempre que se vê diante da contrariedade à sua jurisprudência dominante.

7.2.5. Princípios, direitos e garantias fundamentais

Sem dúvida nenhuma, a evocação de direitos e garantias fundamentais serviu de fundamento para a maioria esmagadora dos recursos extraordinários com repercussão geral. Com efeito, o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) foi invocado 4 vezes, o da separação de poderes (art. 2º) 2 vezes e o da não-discriminação (art. 3º, IV) uma vez; já os direitos e garantias individuais fundamentais (art. 5º), foram invocados nada menos que 58 vezes, com destaque para os princípios da irretroatividade da lei penal (inc. XL – 3 vezes), da individualização da pena (XLVI – 7 vezes), do devido processo legal (LIV – 9 vezes), do contraditório e da ampla defesa (LV – 9 vezes) e da presunção de inocência (LVII – 5 vezes). O princípio da motivação e da publicidade das decisões judiciais foi fundamento constitucional de 2 recursos extraordinários e o da proteção da família pelo Estado uma vez. Outros fundamentos sem essa natureza foram utilizados apenas 14 vezes (com destaque para as atribuições do MP, art. 129 – 4 vezes), o que demonstra a total prevalência dos princípios, direitos e garantias fundamentais como fundamento dos recursos extraordinários com repercussão geral em matéria criminal e o imbricamento praticamente indissociável entre as normas constitucionais dessa natureza e a relevância e transcendência da matéria penal e processual penal. Também é indicativo de que o STF vem adotando, nesses casos, a concepção de Corte Suprema tuteladora dos princípios e regras mais basilares de nosso ordenamento.

¹⁴³¹ Cf. tópico 5.3.5.

7.3. OS “PONTOS FRACOS” DA REPERCUSSÃO GERAL E SUA SUPERACÃO PELO STF. OUTRAS EVIDÊNCIAS DA INAFSTABILIDADE DA REPERCUSSÃO GERAL EM MATÉRIA CRIMINAL.

Vimos que diversos temas penais e processuais penais tiveram a repercussão geral reconhecida, abrindo um amplo leque de questões constitucionais criminais com atribuição de relevância e transcendência. Foram tantas as questões dessa natureza que tiveram reconhecida a repercussão geral, que praticamente fica difícil identificar um ou mais parâmetros seguros de incidência do instituto nessa seara. Esse panorama, para além da primeira impressão meramente numérica, serve de reforço qualitativo, isto é, de conteúdo, da ideia de que a repercussão geral é um atributo intrínseco à matéria criminal. cremos, com isso, que, depois desse apanhado do que o STF considerou relevante e transcendente nos temas criminais, que rumamos para um pouco mais próximos da confirmação dessa tese.

Se de um lado buscamos confirmar isso com a demonstração da alta importância e do amplo alcance das questões constitucionais criminais debatidas, no tópico anterior, de outro lado, neste ponto, trataremos dos “pontos fracos” das decisões de reconhecimento da repercussão geral. Por pontos fracos, referimo-nos a critérios, características ou peculiaridades dos casos e dos temas julgados que poderiam servir de indicativo da falta de relevância ou de transcendência da questão criminal respectiva, mas que, ao contrário do esperado, foram confirmadas como possuidoras de repercussão geral. Isto é, alguns aspectos dos casos apresentados poderiam, em princípio, ser considerados irrelevantes ou limitados às partes, dado se tratarem de casos de ínfima importância factual ou jurídica, ou de casos em que a singularidade da controvérsia era quase que restrita ao caso julgado. Não obstante, os recursos extraordinários nesses processos foram considerados admissíveis, pelo STF, sob o prisma da repercussão geral, demonstrando que mesmo casos de aparentes mínimas relevância e transcendência, na seara criminal, mantêm e confirmam a regra geral da característica da inerência da repercussão geral dessa matéria. Assim, não bastassem as evidências apresentadas até aqui, outras há, ainda, para confirmar, à exaustão, a premissa invocada da inafastabilidade da repercussão geral da matéria constitucional criminal. Vejamos então esses aspectos dos casos que analisamos que sepultam qualquer dúvida de que o STF considera toda e qualquer questão criminal constitucional relevante e transcendente.

7.3.1. Contravenções penais e crimes de menor potencial ofensivo.

Podemos iniciar, por exemplo, pela citação dos temas relacionados às contravenções penais, infrações penais de reduzidíssima importância e ocorrência muito menor de processos e de apenamento em relação às demais espécies penais. Além disso, são casos que dificilmente resultam em penas corporais (no caso, de prisão simples, cf. art. 5º, I, da LCP), o que, na prática, se não afasta, reduz a patamares ínfimos a possibilidade de privação da liberdade¹⁴³². Não obstante, não foi o que entendeu o STF em mais de uma oportunidade. Com efeito, no julgamento dos temas 113, 187, 239 e 240, a acusação contra os réus era de cometimento de infrações previstas na Lei de Contravenções Penais (Decreto-lei 3.688/41, arts. 25; 50, §3º, “a”; 58 e 61), o que, nem por isso, levou a Corte a entender pela ausência de repercussão geral.

Justiça seja feita ao caso (tema 113) em que o Supremo entrou no mérito da recepção constitucional da própria tipificação penal, para declarar, ao final, a não recepção do dispositivo legal, no caso, o art. 25 do Decreto-lei 3.688/41, em vista da violação dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da isonomia, previstos nos artigos 1º, inciso III; e 5º, *caput* e inciso I, da CF. Desde a decisão sobre a existência da repercussão geral do tema¹⁴³³, não obstante a existência de um caso concreto subjacente, salientou-se o exame, em abstrato, da admissibilidade constitucional “da punição criminal de alguém pelo fato de já ter sido anteriormente condenado”, bem como da noção de crime de perigo (também) em abstrato, o que revela uma decisão muito semelhante à que seria proferida em controle concentrado de constitucionalidade e, por isso, tipicamente transcendente ao processo e cuja relevância vem justamente da declaração da irrelevância penal do fato em abstrato e não apenas no caso concreto, como vimos em tópico conclusivo anterior.¹⁴³⁴

Não é o que ocorreu com os outros temas de contravenções penais, em que nem sequer se tangenciou a recepção constitucional dos tipos contravencionais. Com efeito, nos demais temas, foram analisadas questões relativas à restituição de coisa apreendida como instrumento ou pro-

¹⁴³² Tanto é assim que o último relatório do DEPEN (SANTOS; ROSA, 2017) não informa nenhum preso por contravenção penal no INFOPEN-2017.

¹⁴³³ Cf. tópico 6.3.2.

¹⁴³⁴ Esse caso, porém, apresenta outras duas características bem peculiares de sua reduzidíssima relevância concreta – a pena aplicada era exclusivamente pecuniária (multa substitutiva) e já estava prescrita a pretensão punitiva – que, mesmo assim, não foram hábeis a refutar a repercussão geral do tema e serão abordadas mais adiante. Cf. 7.4.4 e 7.4.7.

veito do crime (tema 187), prescrição em perspectiva (239) e requisição do réu preso para comparecer à audiência de oitiva de testemunhas (240) e dos quais reuniremos suas próprias conclusões oportunamente. Por ora, é possível questionar – não obstante as questões constitucionais, todas processuais, desses 3 temas realmente pudessem ser reputadas de relevantes e transcendentes – se o exame das mesmas deveria se dar em casos concretos de tão baixa relevância e de tão pouca ocorrência prática, como são os casos relativos às contravenções penais. Queremos dizer que, se o intuito da repercussão geral é evitar que o STF dispenda seu precioso tempo para resolver questões penais pouco relevantes e de rara repetição, tais casos poderiam ser rejeitados, por falta de repercussão geral, podendo-se deixar o exame dos mesmos temas, para serem resolvidos em algum processo de maior importância ou a partir da reunião de um número maior de casos análogos. O STF, contudo, em mais de uma vez, demonstrou não pensar na repercussão geral a partir dos fatos em julgamento, mas da questão constitucional isolada e em abstrato, o que serve para confirmar nossa tese, mas que certamente não fica totalmente imune a críticas acerca do juízo de oportunidade que a Corte faz para exercer suas funções mais importantes.

Se as contravenções penais escaparam ao filtro da repercussão geral, não havia motivo para que isso também não se desse, do mesmo modo, em relação aos crimes de menor potencial ofensivo. Foi o que ocorreu no julgamento da admissibilidade dos temas 129 (28 da Lei 11.343/06, posse de droga para uso próprio), 237 (art. 331 do CP – desacato), 238 (também uso de droga), 451 (art. 129, *caput*, do CP – lesão corporal leve), 478 (art. 307 do CP – falsa identidade), 613 (art. 309, *caput*, do CTB – dirigir sem permissão), 648 (art. 29, § 1º, III, e § 4º, I, ambos da Lei nº 9.605/98 – crimes ambientais¹⁴³⁵) e 937 (art. 2º, inc. II, da Lei n. 8.137/1990 – sonegação). O STF pareceu não se importar com o fato de os crimes processados serem todos crimes definidos como de menor potencial ofensivo (com penas máximas cominadas em abstrato inferiores a 2 anos; em alguns casos, como o do art. 28 da Lei de Drogas, sequer apenados com pena privativa de liberdade), o que poderia ter sido um fundamento plausível para se afastar a necessidade de pronunciamento da Corte Suprema nesses casos. Em verdade, não houve nenhuma menção a isso como um fator impeditivo do reconhecimento da repercussão geral, atendo-se o STF, novamente, à relevância e transcendência das questões constitucionais levantadas pelos recorrentes.

¹⁴³⁵ Nesse caso, houve concurso material com um crime comum, o do art. 299 do CP. No entanto, incluímos o caso no rol dos crimes de menor potencial ofensivo porque foi justamente o crime ambiental que provocou a celeuma constitucional acerca da competência para processar e julgar o feito. Cf. 6.29.

tes, sem nenhuma preocupação com os fatores penais singulares dos casos concretos subjacentes. Opção do STF que, agora o vincula, ou, ao menos, provoca, para uma eventual mudança de entendimento, uma justificação muito mais trabalhosa.

É preciso, neste ponto, fazer uma ressalva entre os temas 183 e 238. Ambos tiveram como espécie penal o art. 28 da Lei 11.343/06 (posse de droga para consumo próprio), sendo que em um caso foi negada a existência de repercussão geral (183) e no outro reconhecida (238). Ocorre que, no caso da negativa da RG (183), pretendia-se discutir a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas, à luz do princípio constitucional implícito da insignificância (alegado no RE como inerente ao art. 5º, incs. XXXV, LIV e LV). A rejeição da repercussão geral desse tema se deu – como em todos os demais casos de rejeição – sob o fundamento da ausência de violação direta à Constituição, mas meramente reflexa, já que a análise da questão perpassaria, em primeiro plano, pela violação à norma infraconstitucional. A perplexidade da afirmação de que o princípio da insignificância não possui assento constitucional, pelo STF (que tantas vezes reconheceu o dito princípio em seus julgados) dispensa comentários e, para aumentá-la ainda mais, mas, em contrapartida, tecer um fio de esperança por uma jurisdição constitucional progressista e garantista, o STF, no exame do tema 506 (RE 635.659/SP, interposto pela DPE/SP), em 08/12/2011, entendeu que possui repercussão geral a alegação de que o crime previsto no artigo 28 da Lei 11.343/2006 ofende os princípios da intimidade e vida privada (art. 5º, X) e da lesividade (implícito). Em suma, em pouco mais de 2 anos¹⁴³⁶, o STF (para nossa sorte) voltou atrás para entender pela possibilidade de enfrentamento da questão da inconstitucionalidade da criminalização da posse de substância entorpecente para uso próprio.

Para completar o raciocínio deste tópico, necessário destacar que, de outro lado e do mesmo modo que a imputação de infrações penais menores não exclui a repercussão geral, não é possível extrair-se das decisões do STF qualquer menção à gravidade, em abstrato ou em concreto, do crime imputado, como um fator de indução da relevância ou transcendência da questão constitucional. Ou seja: nem o reduzido grau de reprovabilidade das pequenas infrações penais afasta a repercussão geral, nem a gravidade mais alta de certas categorias penais a determina de

¹⁴³⁶ A decisão no AI 747.522/RS (tema 183), de rejeição da RG, foi proferida em 28/08/2009, enquanto a decisão no RE 635.659/SP, pelo reconhecimento da RG, se deu em 08/12/2011.

maneira explícita. Veja-se que mesmo nos casos de crimes hediondos, como homicídio qualificado (Temas 59 e 154), ou equiparados, como tráfico de drogas (Temas 169, 280, 626, 647, 712 e 959), não se colhe das manifestações nada no sentido de que a natureza do crime, ou sua configuração em concreto, tenha contribuído com o juízo de relevância da questão recursal. O mesmo se diga de crimes de roubo qualificado (Temas 114, 158, 423, 925 e 929) e de crimes contra a administração pública (Temas 50 e 182).

É bem verdade que, no caso do tráfico de drogas e de roubo, o fato de que boa parte dos processos criminais, no Brasil, tratem dessas espécies delitivas foi lembrado como um fator determinante da transcendência da resolução da controvérsia constitucional apontada nos recursos. No entanto, se levarmos em conta os crimes imputados nos 4 casos de rejeição, veremos que crimes graves, como peculato (CP, art. 312; tema 182) e roubo qualificado pelo emprego de arma e fogo (art. 157, §2º, I; tema 929) não fizeram com que o STF superasse a alegada violação à legislação federal, para adentrar o tema sob o prisma constitucional (pois sabemos que assim o faria se quisesse, pela comparação entre os Temas 59 e 205¹⁴³⁷). cremos, por isso, que a gravidade em abstrato ou em concreto dos crimes não determina o resultado da análise da repercussão geral.

Como conclusão deste tópico, portanto, podemos afirmar que nem a gravidade dos crimes, em abstrato ou em concreto, condiciona a repercussão geral, nem a imputação de infrações penais de menor importância – contravenção penal ou crime de menor potencial ofensivo – possa ser um fator de exclusão da repercussão geral. Nesse último caso, o reconhecimento da relevância e transcendência dos temas atinentes aos delitos menores é um fator de confirmação da conclusão de que toda questão constitucional criminal, ainda que levantada em processos penais cujo objeto é uma infração penal de menor importância, possui sempre repercussão geral, na visão do Supremo Tribunal Federal.

7.3.2. Penas baixas.

Do mesmo modo que a baixa ou alta gravidade do delito, em abstrato ou em concreto, não definem a relevância da questão recursal, as penas cominadas ou aplicadas, também não parecem fazê-lo. Trata-se de outra conclusão que se pode extrair da admissão da repercussão geral

¹⁴³⁷ Cf. tópico 6.14.3.

para as contravenções penais e para os crimes de menor potencial ofensivo, todas com penas muito baixas.

Com efeito, em todos esses temas (113, 183, 187, 238, 239, 240, 451, 613 e 648), as penas cominadas, obviamente, eram inferiores a 2 anos, algumas até mesmo com a multa como pena alternativa (arts. 25 e 61 da LCP nos Temas 113 e 240) e como pena mais grave aplicável (Temas 183 e 238); em concreto ainda, foram fixadas penas privativas de liberdade de 2, 4, 6 e 8 meses, além de pena de multa substitutiva (Tema 113), sendo que na maioria desses casos, a impugnação era exclusiva da defesa, impedindo a piora da situação do condenado, por força do princípio *non reformatio in pejus* (art. 617 do CPP).

De outro lado, a gravidade da pena em abstrato ou o seu *quantum in concreto* em nenhum momento foram mencionados nas decisões como elementos configuradores da repercussão geral. Nesse caso, tivemos imputações de crimes apenados em abstrato com penas máximas de 4 a 30 anos (temas 50, 59, 114, 154, 158, 169, 170, 182, 280, 393, 423, 453, 478, 626, 647, 712, 811, 925, 929 e 959) e penas fixadas concretamente de 4 anos e 6 meses a 16 anos de reclusão (temas 158, 169, 280, 423, 647, 712, 925, 929). Nem por isso, em suas manifestações, os ministros teceram qualquer comentário sobre a quantidade de pena aplicada como elemento que fizesse a diferença na decisão sobre a relevância do caso ou do tema.

Temos, portanto, que a quantidade de pena, seja em abstrato, seja em concreto, não são, para o STF, elementos de aferição da repercussão geral e, com isso, podemos apontar, como reforço à nossa conclusão principal do trabalho, que nem mesmo penas extremamente baixas e sem possibilidade de aumento são fatores de afastamento da relevância e transcendência da questão constitucional criminal.

7.3.3. Penas alternativas e substitutivas da prisão e regime aberto.

Se a quantidade de pena pouco importa ao STF para a decisão de repercussão geral, a espécie de pena aplicada tampouco.

Com efeito, tivemos nos casos em que foi aplicada alguma pena, a imposição de detenção e de reclusão, a fixação dos três tipos de regime – aberto, semiaberto e fechado – assim como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, dentre as quais a prestação

pecuniária, a de serviços à comunidade e a limitação de fim de semana, além de multas substitutivas e cumulativas. Veja-se que os casos transitaram por todas as possibilidades de apenamento de nosso ordenamento, de modo que nem a severidade da espécie de pena (reclusão em regime fechado), nem a sua brandura (regime aberto e penas alternativas) podem ser apontados como indicadores da existência ou da ausência de repercussão geral, já que o STF entendeu todas as variações representadas nos casos concretos como possuidoras de questão constitucional relevante e transcendente.

Nosso enfoque para confirmação da tese principal do trabalho se dá sobre os casos em que fixado o regime aberto com a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos ou por multa, caso dos Temas 113, 182, 613 e 937, pois em todos eles, a ausência de risco imediato de privação de liberdade poderia ter sido adotado pelo STF como critério de ausência de repercussão geral, mas não foi, tendo resultado admissível o apelo extremo (com exceção do tema 182, cuja rejeição, porém, nada teve que ver com a espécie ou regime de pena aplicados, mas com a ausência de ofensa direta à CF).

É certo que, à exceção do tema 113 (no qual aplicada pena exclusivamente de multa)¹⁴³⁸, em todos os casos havia um risco remoto, mas existente, de conversão das penas restritivas de direitos em privativa de liberdade (se presentes as hipóteses do art. 44, §§4º e 5º), no caso, para o regime aberto, e de posterior regressão a regimes efetivamente prisionais (semiaberto e fechado) se ocorresse alguma das hipóteses do art. 118 da Lei de Execuções Penais (Lei 7.210/84). Em suma, todos esses casos guardavam em si um risco possível e futuro, ainda que remoto, de restrição à liberdade, o que, por si só, já seria um motivo de extrema relevância da relação fático-jurídica para a admissão do recurso extraordinário. O Supremo, ainda que não explicitamente, confirmou essa premissa, de modo que nem mesmo temas relativos a questões jurídicas sobre penas diversas da prisão ou aplicação concreta dessas espécies punitivas mais leves escapam à regra da inafastabilidade da repercussão geral criminal.

7.3.4. Crime prescrito

Já vimos que o tema da prescrição acende o alerta de repercussão geral no STF e isso tem razão de ser, tanto pela ótica do direito público estatal de punir, quanto pelo direito público individual ao esquecimento e à razoável duração do processo. No entanto, achamos importante destacar a

¹⁴³⁸ Como veremos no tópico 7.4.7.

decisão tomada no julgamento do tema 113, em que, não obstante restar constatada a ocorrência da prescrição, pela pena fixada, levantou-se questão de ordem para ultrapassar tal questão preliminar, adentrar o mérito e resolver a questão de fundo, qual fosse, a da não recepção do art. 25 da Lei de Contravenções Penais. Entendeu o STF, nesse caso, que a interpretação da legislação penal à luz das normas constitucionais e fixação do precedente era mais importante do que a resolução do caso concreto e da situação pessoal e específica do recorrente (que nem por isso saiu prejudicado). A mesma superação da prejudicialidade da prescrição ocorreu no julgamento dos Temas 129 e 613, para se julgar a constitucionalidade da consideração de ações penais em curso como maus antecedentes para fins de dosimetria da pena e de citação por hora certa.

Trata-se, portanto, de decisões que confirmam plenamente a conclusão de que o STF entende todas as questões constitucionais criminais como portadoras de repercussão geral, ao ponto de se desvencilhar completamente do resultado em concreto do caso, para julgar o tema, em sua abstratividade, quando isso lhe parecer mais relevante e oportuno. Fica assim assentado que nem mesmo a prescrição penal *in concreto* afasta o reconhecimento da repercussão geral em matéria criminal, prevalecendo o interesse público na resolução da controvérsia constitucional (*ius constitutionis*) sobre a simples resolução do litígio penal.

7.3.5. Procedimento sumaríssimo e fase investigativa

A repercussão geral, em especial a sua ausência, também poderia ser analisada em face do procedimento legal a ser seguido, de modo que, por exemplo, infrações penais processadas sob o rito sumaríssimo poderiam ser presumidas como de pequena repercussão. Do mesmo modo, processos criminais em fase ainda inquisitorial (inquéritos policial e procedimentos investigativos análogos) e, portanto, extrajudicial, poderiam ser um critério de exclusão da repercussão geral. Novamente, não parece ser essa a interpretação do STF. Todos os casos de contravenções penais e de crimes de menor potencial ofensivo (Temas 113, 187, 238, 239, 240, 451 e 613), tramitaram sob o rito processual mais simplificado e, nem por isso, foi afastada a repercussão geral – em verdade isso nem foi cogitado nas manifestações. Igualmente ocorreu com as questões surgidas ainda na fase de investigação e no bojo de inquéritos policiais (Temas 50, 184 e 453), em que não foi indicado nenhum esboço, por parte do STF, de rejeição da repercussão geral temática ou do caso concreto.

Do mesmo modo, o fato de o procedimento ser especial também não pareceu influenciar a conclusão de existência de repercussão geral, como no caso do procedimento do Tribunal do Júri (Tema 154), da legislação antidrogas (Temas 169, 280, 626, 647, 712 e 959) ou de crime praticado por funcionário público (Tema 182).

Pensamos que o caso dos ritos sumaríssimos e dos inquéritos policiais são emblemáticos da total irrelevância do procedimento adotado para a aferição da repercussão geral; ou seja, se nem sob os procedimentos mais simples, que correm nos juizados de pequenas causas, ou sob a fase extrajudicial, que contam (em tese) com a possibilidade de controle na eventual e posterior fase judicial, há ausência de repercussão geral, isso significa que, no campo processual, o procedimento adotado não faz a menor diferença para efeitos da decisão do STF acerca do requisito de admissibilidade do art. 102, §3º, da CF/88. Essa conclusão de inafastabilidade da repercussão geral decorre, como de regra, do fato que, mesmo em procedimentos simplórios e ritos abreviados ou mesmo extrajudiciais, podem surgir atos, fatos e questões jurídicas que reflitam diretamente sobre a liberdade e dignidade humanas, assim como sobre vários dos direitos e garantias fundamentais penais e processuais penais previstos na Constituição, de modo que não se pode afastar *a priori* a ocorrência de sua violação ou má interpretação e a consequente necessidade de correção desses fatores, apenas em razão do procedimento em que ocorridas. Nesse sentido, é totalmente coerente não se afastar a repercussão geral com base nesse tipo de critério.

7.3.6. Composição civil, transação penal e suspensão condicional do processo

Outro fator que poderia ser manejado como impeditivo do reconhecimento da repercussão geral seria a adoção de medidas alternativas ao processamento criminal tradicional e de resolução consensual da causa criminal, como as previstas na Lei 9.099/95: composição civil dos danos (art. 74), a transação penal (art. 76) e a suspensão condicional do processo (art. 89). Tanto a formalização desses institutos quanto o seu questionamento constitucional poderiam ser reputados para a ausência de relevância e transcendência do tema. Mais uma vez, não parece ser uma linha argumentativa que vença a forte presunção de repercussão geral criminal criada pelo Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, em pelo menos dois casos (Temas 187 e 238) não só houve transação penal como a questão jurídica apresentada se referiu integralmente ao regramento do instituto à luz de preceitos constitucionais. Isso, contudo, não impediu o STF de reconhecer a existência de repercussão geral nos casos que, apesar da aplicação e questionamento dessa medida alternativa ao processo criminal comum, chegaram ao seu conhecimento. Desse modo, parece-nos que não há

como alegar que a possibilidade ou concreta aplicação de medidas despenalizadoras, nem a arguição de seus limites constitucionais fatores de afastamento da repercussão geral, ao menos com base nos precedentes do Supremo.

Embora, não tenha havido nenhum caso de composição civil dos danos ou de suspensão condicional do processo entre os casos aqui analisados, pensamos que a mesma premissa que vale para a transação penal, vale para os institutos dos arts. 74 e 89 da Lei 9.099/95, dado não haver diferenças tão grandes entre os mesmos e considerando a predisposição do STF em aceitar como portador de repercussão geral tudo que venha dos juizados especiais criminais e do rito sumaríssimo, sem distinção.

7.3.7. Questões exclusivamente patrimoniais ou não privativas de liberdade

Se há questões que poderiam ser imaginadas como sujeitas à retenção no filtro da repercussão geral, seriam as relativas aos efeitos exclusivamente patrimoniais de uma condenação criminal, já que ao menos nesses casos não se faria, em princípio, presente a gravidade da possível privação da liberdade. Casos de cominação em abstrato ou condenação em concreto a pena exclusivamente de multa ou o questionamento constitucional de outros efeitos estritamente patrimoniais da condenação, como indenização, perda ou expropriação de bens (art. 91 do CP), ou, ainda, de cingir-se a discussão nos recursos apenas ao *quantum* de uma pena pecuniária, poderiam ser exemplos de uma possível irrelevância para efeitos de admissibilidade do recurso extraordinário.

Penas de multa, sabemos, mesmo que inadimplidas, não podem ser mais convertidas em pena privativa de liberdade, mas sujeitas a cobrança como dívida de valor, aplicando-se-lhes as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, consoante previsão contida no art. 51 do Código Penal (com redação dada pela Lei 9.268/96). Essa previsão também se aplica à pena de multa das contravenções penais, conforme art. 9º do DL 3.688/41. Assim, um caso em que houvesse condenação apenas à pena de multa não ofereceria risco à liberdade do condenado e, por isso, poderia, em princípio, ser reputado de carente de relevância suficiente para garantir

o acesso à Corte Suprema do país. Não foi isso, porém, o que entendeu o STF ao conferir repercussão geral ao Tema 113, no RE 583.523/RS¹⁴³⁹.

No referido recurso, a condenação do recorrente pela contravenção penal do art. 25 da LCP já havia sido reformada, em apelação defensiva, para substituir a pena de 4 meses de detenção por multa. Não houve recurso da acusação, mas apenas da defesa, pleiteando a não recepção da norma penal pela CF/88¹⁴⁴⁰, de modo que o resultado mais grave seria, em qualquer circunstância, a manutenção da multa – vale lembrar que a multa substitutiva do art. 60, §2º, do CP (que foi a aplicada), não pode ser reconvertida em privativa de liberdade, por inadimplemento. Não obstante, o STF entendeu haver repercussão geral no tema da não recepção constitucional da tipificação da contravenção, passando ao largo de qualquer análise da irrelevância concreta da condenação. Para piorar, ainda sobrepujou a questão preliminar da prescrição, já inquestionavelmente configurada, para debruçar-se sobre o objeto principal do recurso¹⁴⁴¹. Esse caso, portanto, dá mostras claras – ainda que sujeitas a críticas – de que o STF não exclui nem mesmo as penas exclusivamente pecuniárias (em que não há o risco nem remoto de privação da liberdade) da categoria da repercussão geral criminal.

Não fosse isso o bastante, outros 3 casos julgados em regime de repercussão geral trataram exclusivamente de questões patrimoniais. Foram elas as enfrentadas nos Temas 170, 187 e 647. O Tema 170 tratou da questão do julgamento proferido por órgão fracionário de tribunal composto majoritariamente por juízes convocados, mas tudo isso para resolver a legalidade ou não do bloqueio de R\$ 12.374,05 de uma das contas bancárias do recorrente¹⁴⁴². O tema 187 versou sobre a possibilidade de imposição de efeitos próprios de sentença penal condenatória à transação penal, no caso o efeito da perda de um dos instrumentos do crime (art. 91, II, *b*, do CP): uma moto Honda CG 125 Fan, com valor atual de cerca de R\$ 3.000,00¹⁴⁴³. Por fim, o tema 647, cujo recurso extraordinário tratou exclusivamente da perda de um automóvel (confisco) GM ômega, imposta ao réu condenado por tráfico de drogas, por ter-se entendido como usado para fins de cometimento do ilícito¹⁴⁴⁴.

Casos, portanto, que, pelo valor dos bens em discussão, não deveriam, em tese, chegar à mais alta Corte do país, se de fato a intenção da inclusão da repercussão geral no texto constitucional

¹⁴³⁹ Cf. tópico 6.3.

¹⁴⁴⁰ Cf. 6.3.1.

¹⁴⁴¹ Cf. 6.3.2.

¹⁴⁴² Cf. tópico 6.9.

¹⁴⁴³ Cf. 6.13.

¹⁴⁴⁴ Cf. 6.28.

(art. 102, §3º) fosse diminuir a quantidade de processos em sua pauta e fazer com que o Supremo somente se debruce sobre casos de real relevância. Com efeito, se a discussão da restituição dos mesmos fosse feita no âmbito civil, esses casos estariam abarcados no valor de processamento nos juizados especiais cíveis estaduais, sem necessidade de advogado (até 20 salários-mínimos), nos termos do art. 9º da Lei 9.099/95¹⁴⁴⁵. Quer dizer que casos em que sequer seria necessário o patrocínio de um advogado para a discussão da posse/propriedade do bem na esfera cível, conseguem, na esfera criminal, contraditoriamente, provocar a atuação da mais alta Corte nacional. O fato de essas questões terem sido levantadas em processos criminais, em princípio, não mudaria a pequenez da celeuma, já que a discussão, de nenhuma maneira repercutiria sobre bens ou direitos indisponíveis – como a liberdade do acusado ou o direito de punir do Estado – mas sobre direitos patrimoniais disponíveis, pura e simplesmente, e o mais interessante: relativos a bens de baixo valor.

Entre os temas com RG reconhecida, mas sem o julgamento do mérito, temos outros casos de efeitos não-penais (sem risco de privação de liberdade), como os do Tema 370, que trata da suspensão dos direitos políticos de condenado a pena privativa de liberdade substituída por pena restritiva de direito, e do Tema 486, que versa sobre a suspensão de habilitação para dirigir de motorista profissional condenado por homicídio culposo na direção de veículo automotor. Tudo a confirmar que até mesmo questões que não impliquem diretamente na privação de liberdade, quando levantadas em processos criminais têm a repercussão geral admitida pelo STF.

7.4. OS CASOS DE REJEIÇÃO DA REPERCUSSÃO GERAL E A CONFIRMAÇÃO DA RELEVÂNCIA E DA TRANSCENDÊNCIA COMO FATORES INERENTES À QUESTÃO CONSTITUCIONAL CRIMINAL

Aquela ideia inicial e quase intuitiva de que toda matéria criminal constitucional, em razão da natureza pública e fundamental dos direitos envolvidos, possui repercussão geral inerente a si, parece, ao longo do exame caso-a-caso das decisões do STF, angariar diversos pontos fortes a seu favor. Sigamos em nossa análise, a fim de verificar, em definitivo, a verdade ou falsidade dessa premissa com os últimos dados que levantamos e que reputamos da mais alta importância: os casos em que houve rejeição de repercussão geral, em matéria criminal.

¹⁴⁴⁵ “Art. 9º Nas causas de valor até vinte salários mínimos, as partes comparecerão pessoalmente, podendo ser assistidas por advogado; nas de valor superior, a assistência é obrigatória”.

Vimos que dos 58 temas sobre os quais o STF já proferiu sua decisão acerca da repercussão geral, 38 dos quais também já contam com julgamento do mérito (faltando o trânsito em julgado a 3 desses apenas)¹⁴⁴⁶, somente 4 tiveram a repercussão geral negada: são eles os temas 182 (valoração das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal na fundamentação da fixação da pena-base pelo juízo sentenciante), 183 (aplicação do princípio da insignificância a crime de posse de substância entorpecente para uso próprio), 205 (requisitos para a concessão de progressão de regime à luz da nova redação dada ao art. 112 da Lei de Execução Penal pela Lei nº 10.792/2003) e 929 (possibilidade de compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, com base no disposto no art. 67 do Código Penal).

Partindo da ideia de presunção quase absoluta de repercussão geral das questões criminais de cunho constitucional (primeira conclusão), esses 4 casos deveriam ser as principais fontes de elementos, características, balizas e limites do instituto em referência na seara criminal, aos olhos do STF, justamente a partir da indicação do que não teria essa qualidade. Isso porque qualquer conceituação minimamente sustentável de um conceito jurídico indeterminado – como é o caso da RG – pressupõe duas zonas de construção semântica: uma de clara inclusão, acerca do que a coisa a ser definida é, completada por outra de clara exclusão acerca do que ela certamente não é; entre as duas sempre haverá uma zona cinzenta que, no entanto, se busca diminuir a partir de novas inclusões ou exclusões nas duas zonas principais, com casos concretos, o que, no caso da repercussão geral, deveria se dar a partir da jurisprudência do STF sobre o assunto. Por isso, é quase automático que qualquer pesquisador desse mesmo objeto, ao saber da existência de 4 temas (especialmente em um universo de 58) nos quais o Supremo reputou inexistente a repercussão geral, dirija-se imediatamente aos mesmos para saber, afinal de contas, que casos/temas/questões constitucionais são esses, em matéria criminal, que a Corte julgou totalmente carentes de relevância e transcendência – nós deixamos isso para o presente momento apenas por uma questão de fechamento conclusivo do trabalho.

Essa ânsia pelo conhecimento é, contudo, logo frustrada e substituída pela perplexidade causada pela falta de resposta objetiva. Os 4 temas criminais com repercussão geral rejeitada simplesmente não tratam de questões constitucionais. O motivo da rejeição, em todos eles, é o mesmo: ausência de ofensa direta à Constituição¹⁴⁴⁷. Isto é, a, ofensa alegada pelo recorrente, nesses

¹⁴⁴⁶ C. tópico 6.

¹⁴⁴⁷ MADRUGA (2015, p. 117-118) aponta que, do total de decisões do STF que rejeitam recursos extraordinários por ausência de repercussão geral, 83% o fazem sob o fundamento de que os recursos tratariam de matéria infraconstitucional. É de longe o fundamento mais utilizado, portanto, para a inadmissão de Reno exame da preliminar

casos, se dá, na ótica do STF, contra norma(s) infraconstitucional(is), havendo, no máximo, ofensa meramente reflexa às normas constitucionais, o que, como vimos, não autoriza sequer o manejo do apelo extremo¹⁴⁴⁸, inviabilizando o exame da sua repercussão geral – eis o motivo da frustração. A perplexidade advém do fato de que a ofensa meramente indireta ou reflexa à Constituição, embora seja realmente causa para a inadmissibilidade do recurso extraordinário, não se confunde com a repercussão geral; são requisitos de admissibilidade distintos, ainda que possam ser classificados na mesma categoria do cabimento recursal¹⁴⁴⁹. Com efeito e como vimos, a necessidade de ofensa direta Constituição é uma exigência de uma das principais hipóteses constitucionais de cabimento do recurso extraordinário: a do art. 102, III, “a”, a mesma, aliás, e não por acaso, invocada como fundamento em todos os 38 recursos extraordinários que analisamos¹⁴⁵⁰ (e provavelmente nos outros 20 temas criminais também).

A ausência do pressuposto de cabimento deveria conduzir, portanto, à inadmissibilidade do recurso extraordinário, pelo seu não cabimento entre as hipóteses constitucionais¹⁴⁵¹, notadamente a da alínea “a” do permissivo constitucional. Esse exame de admissibilidade, também vimos, deve anteceder o exame da repercussão geral (e não se sobrepor ou confundir com ele), como o exame de todos os requisitos “ordinários” de admissibilidade do recurso extraordinário¹⁴⁵². Em outras palavras, o que o STF fez em relação ao requisito (comum) do cabimento da contrariedade (direta) à Constituição (art. 102, III, a) foi misturá-lo, completamente, com o requisito (especial) de admissibilidade da repercussão geral (art. 102, §3º).

Lembremos que a repercussão geral, nos termos do art. 1.035, §1º, do CPC, trabalha com dois conceitos fundamentais de sentido indeterminado: a relevância, que pode ser de natureza econômica, política, social ou jurídica; e a transcendência, que pressupõe a ultrapassagem dos interesses subjetivos do processo. Esses conceitos, como vimos, são propositadamente indeterminados para que o guardião e intérprete máximo da Constituição preencha o seu significado

em questão. A pesquisa da autora é baseada em informações colhidas em 18.01.2015, a partir dos dados disponíveis em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=numeroRepercussao>>; atualmente disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoBOInternet/anexo/RG/Numeros/Total_RG_Geral.mhtml>. Acesso em 24 mar. 2018.

¹⁴⁴⁸ Cf. tópico 3.4.1.

¹⁴⁴⁹ Cf. tópico 5.1.2.

¹⁴⁵⁰ Alexandra Francisco (2011, p. 160) registrou que, no âmbito geral de todos os fundamentos alegados em RE com RG, 85% se deu na alínea “a”, 9% na “b”, 5% na “c” e 1% na “d”.

¹⁴⁵¹ Cf. tópico 3.4 e 3.4.1.

¹⁴⁵² Cf. tópico 5.3.3.

empiricamente, isto é, a partir dos casos que julga¹⁴⁵³. Entretanto, ao dizer, nos 4 temas negativos, que neles não está em debate qualquer questão constitucional, mas apenas infraconstitucional, o STF ceifa, na origem, toda possibilidade de ele mesmo examinar qualquer elemento da repercussão geral desses temas, seja a sua relevância, seja a sua transcendência. Tudo o que o STF diz nessas decisões é, na verdade, que estava ausente o requisito do art. 102, III, “a”, jamais o do §3º do mesmo dispositivo, já que, diante da prejudicialidade do primeiro requisito de cabimento em face do segundo, não é possível sequer iniciar o exame da repercussão geral de um questão não-constitucional, quantos mais concluí-lo como paradigma de uma questão sem relevância ou sem transcendência.

De outro lado, nos 38 casos que analisamos em que o STF reconheceu a repercussão geral do tema criminal, muitos fatores foram apontados como indicativos da relevância e/ou da transcendência dos mesmos; de se observar, contudo, que a maioria das decisões sobre esse requisito de admissibilidade é bastante sucinta e não permite aferir com muita precisão o ponto delimitador da repercussão geral (em que pese nosso esforço nesse sentido no tópico 7.2). Cada caso desses, portanto, pode ter adicionado mais um ponto de certeza ao campo da relevância e transcendência das questões constitucionais criminais (aquilo que é), mas deixou carente de parâmetros a zona de identificação das questões constitucionais irrelevantes e não transcendententes (aquilo que não é). Em outras palavras, em um cenário em que já há uma presunção de repercussão geral e que é ainda mais acentuada no campo criminal, as decisões mais importantes para o entendimento e a atribuição de sentido ao instituto seriam as que negassem essa qualidade às questões constitucionais penais, traçando-lhe os devidos limites semânticos negativos. Quando o STF, após 10 anos de vigência do instituto e 58 casos de sua aplicação, porém, não consegue apontar nenhum caso de questão constitucional criminal que não tenha relevância ou transcendência, ou seja, que não tenha repercussão geral *stricto sensu*, a presunção deixa de ser uma presunção para tornar-se uma certeza absoluta ou uma presunção *iuris et de iure*.

Para se chegar a essa conclusão, basta pensar nos temas cuja repercussão geral foi rejeitada e perguntar que questão constitucional foi considerada irrelevante ou não transcendente neles. Por exemplo, no tema 183 (aplicação do princípio da insignificância a crime de posse de substância entorpecente para uso próprio), alegou-se ofensa ao art. 5º, incs. XXXV (inafastabilidade do controle judicial), LV (ampla defesa e contraditório) e LIV (devido processo legal), da Constituição da República, na criminalização da posse para uso de 0,35g de crack. Pergunta-se: o

¹⁴⁵³ Cf. tópico 5.1.1.1.

STF afirmou que a questão constitucional era irrelevante? Não. Afirmou que a questão não era nem constitucional e, implicitamente, que, por isso, sua relevância não poderia sequer ser analisada pelo Supremo. Afirmou o STF que a resolução dessa questão não teria a capacidade de suplantar os interesses subjetivos das partes? Não. Afirmou que a resolução dessa questão não teria cabimento em um recurso extraordinário, por implicar em interpretação de norma infraconstitucional. *Mutatis mutandi* é o que se extrai das decisões relativas aos temas 182, 205 e 929. Veja-se que essas decisões, portanto, não trazem nenhum elemento de aferição dos elementos definidores da repercussão geral criminal – nem poderiam mesmo, se não há questão constitucional a ter a relevância/transcendência analisada – sendo, por isso, completamente despidas de caráter interpretativo do instituto e delimitador de seus aspectos conceituais.

De fato, dizer que falta repercussão geral à questão recursal, por se tratar, na verdade, de uma questão infraconstitucional, não contribui em absolutamente nada para a definição do que seja constitucionalmente relevante e transcendente, em matéria criminal. O que o STF diz com isso é pura e simplesmente que a questão alegada pelo recorrente não era constitucional, o que cai, inexoravelmente, na ausência de preenchimento do requisito do art. 102, III, “a” da CF. Não há, nessas decisões, nenhuma afirmação da Corte no sentido de que a questão debatida no recurso não seria econômica, política, social ou juridicamente relevante ou que não ultrapassaria os interesses subjetivos do processo. A questão posta na impugnação bem pode ter altíssima relevância, assim como podem ser amplos os efeitos de objetivação do direito (como de fato o eram), mas isso sequer entra em análise, porque o fundamento não seria constitucional e, logo, não caberia o recurso extraordinário; o problema é dizer isso afirmando outra coisa completamente diferente: a inexistência de repercussão geral. Noutros termos: o STF está dizendo não haver repercussão geral em temas nos quais não analisa nem a relevância, nem a transcendência da questão, o que se revela paradoxal e, por isso, completamente avesso à lógica do instituto.

A rejeição da repercussão geral por falta de ofensa direta à Constituição, portanto, passa ao largo de qualquer discussão e análise da relevância e transcendência da questão posta no recurso. Por isso afirmamos que essas decisões não servem, de nenhuma maneira, à definição do que seja a repercussão geral criminal; na verdade, nem tratam de tal instituto, mas – insistimos – do instituto do cabimento do recurso extraordinário, na hipótese da alínea “a” do inc. III do art. 102 da CF/88. O problema é que isso deixa, simplesmente, um imenso vazio na definição do que seja repercussão geral em matéria criminal, já que as únicas hipóteses jurisprudenciais

que tínhamos para entender e definir o que não possui repercussão geral e, com elas (se é que existe alguma), definir os limites conceituais do instituto, são inservíveis a tal propósito.

Esse vazio conceitual deixado pela impropriedade dos 4 temas de “rejeição” da RG para a sua definição faz com que as decisões a ele referentes não possam ser computadas como autênticas decisões de negativa de repercussão em matéria criminal, simplesmente porque não se valem dos critérios legais de identificação desse requisito: a relevância e transcendência da questão constitucional. Essas 4 decisões são, para esse fim neutras, porquanto negaram não a repercussão geral, mas o cabimento constitucional dos respectivos RE, por falta de adequação ao disposto no art. 102, III, “a”, da CF/88. Em outras palavras trataram de recursos que deveriam ter sido negados pela simples falta de cabimento e nada mais.

Com a devida desconsideração dos 4 temas de “rejeição” da RG, voltamos aos números e à conclusão anterior: como 94% (58 temas) dos RE criminais têm a repercussão geral e 6% (4) não a tem, havíamos concluído por uma “superpresunção” de repercussão geral dessa matéria recursal; ou seja, havia uma regra amplamente majoritária de existência de relevância e transcendência das questões constitucionais criminais, que era delimitada por algumas exceções minoritárias em que se decidira pela ausência desses requisitos. A exceção aparentemente confirmava a regra, impedindo, porém, que se tornasse uma regra absoluta por haver casos, ainda que poucos, em que não se confirmava a sua ocorrência.

Contudo, quando percebemos que os 4 casos de rejeição, ou 6%, que compõem a exceção, de fato, não fazem nenhum juízo acerca da relevância ou da transcendência das questões constitucionais criminais – por inexistir questão constitucional a ser examinada – descobrimos que esses casos, na verdade, não tratam de repercussão geral e, por isso, não podem ser computados como hipóteses ou exemplos de ausência desse requisito em matéria criminal. Nesse sentido, excluindo-se esses 4 casos do grupo das decisões que examinaram a relevância/transcendência dos temas criminais de repercussão geral – porque eles efetivamente não examinaram esses quesitos do instituto – o que temos é a confirmação da regra da existência de repercussão geral das matérias constitucionais criminais de forma absoluta, ou seja, sem nenhuma exceção. A aparente exceção à regra das sempiternas relevância e transcendência das questões constitucionais criminais é, antes, uma exceção ao próprio cabimento do recurso extraordinário com fundamento na alínea “a” do permissivo constitucional (art. 102, III), não se confundindo, por isso, com o requisito específico da necessidade de demonstração do recorrente da repercussão geral de seu recurso à Corte Suprema. Em resumo, das 58 decisões que disseram tratar de repercussão geral, descobrimos que temos de excluir 4 que não o fizeram efetivamente, por que não trataram

dos seus requisitos essenciais: a relevância e a transcendência das questões constitucionais, mas simplesmente do seu cabimento, que exigia, nos casos julgados, a ofensa constitucional direta. Das 54 questões que sobram (porque, para além de reconhecerem o pleno cabimento do recurso extraordinário, efetivamente analisaram os requisitos da repercussão geral – relevância e transcendência) todas concluíram pela presença dos mesmos, não havendo, portanto, nenhuma exceção à regra da presunção de repercussão geral da matéria criminal constitucional.

Desse modo, podemos concluir que, na verdade: **toda (100%) questão criminal que seja de natureza constitucional, na visão do Supremo Tribunal Federal, possui repercussão geral** ou que **toda questão constitucional em matéria criminal possui relevância e transcendência intrínsecas**, já que não há registro de nenhuma hipótese empírica na jurisprudência do STF que refute essa hipótese. Essa é a conclusão principal e final de nosso trabalho, com base nos dados obtidos das decisões do Supremo Tribunal Federal proferidos em recursos extraordinário com matéria criminal.

7.5. POR QUE AS QUESTÕES CONSTITUCIONAIS CRIMINAIS SEMPRE POSSUEM REPERCUSSÃO GERAL.

A noção natural de que toda matéria criminal constitucional possui repercussão geral, a nosso ver, portanto, se confirma, ao menos no cenário desenhado pelo STF no exame dos casos que lhes foram apresentados até agora. Resta questionar porque isso é assim, ou seja, que aspectos do direito constitucional penal e processual penal contribuem para que não se afaste, nunca, a relevância e a transcendência dessas matérias, no julgamento, pelo STF, dos recursos extraordinários que delas tratem. Nesse ponto, concordamos integralmente com a doutrina que defende que é a natureza pública, indisponível e fundamental dos direitos envolvidos nessas matérias jurídicas constitucionais criminais que lhes confere relevância política, econômica, social ou jurídica e transcendência, para além das partes processuais, do resultado do processo, em todos os casos. A pesquisa apresentada, a nosso ver, serve para demonstrar a veracidade dessa intelecção.

De nossa parte, pensamos ainda que o poder-dever público do Estado de tutelar os bens jurídicos protegidos pelas normas penais e de prevenir e punir a sua ofensa tornam todo e qualquer caso de ocorrência e processamento de uma infração penal relevante. Do contrário, a se concluir pela ausência de relevância de determinada figura típica criminal, a única solução juridicamente

possível seria a declaração de inconstitucionalidade de sua criminalização, seja em abstrato, haja vista a natureza de *ultima ratio* do direito penal, seja em concreto, haja vista o princípio da ofensividade, e seu contraponto, o princípio da insignificância. Enquanto não declarada tal inconstitucionalidade, para se tirar a norma incriminadora inconstitucional do sistema ou para cassar a decisão contrária aos citados princípios fundamentais, a relevância da questão permanece, afinal a ilicitude de sua aplicação, como possibilidade em abstrato ou como ocorrência em concreto, continua existindo e, por isso, continua demandando a intervenção do Supremo Tribunal Federal para dar a melhor interpretação sobre a questão constitucional ou para sanar o vício existente.

De outro lado, tem-se, em praticamente todas as hipóteses normativas definidas como crime, a possibilidade, mais ou menos remota ou próxima, de privação da liberdade individual de ir e vir. Trata-se de direito fundamental da mais alta importância, alçado à categoria não só de direito individual fundamental (art. 5º, *caput*), como de cláusula constitucional irrevogável (art. 60, §4º). A simples possibilidade de a pessoa acusada de crime poder vir a ser privado de sua liberdade de locomoção – mediante aplicação de pena de detenção, reclusão ou prisão simples, de fixação de regime semiaberto ou fechado, se não de início, mas em regressão de regime, ou de prisão cautelar – autorizam concluir pela relevância da preocupação estatal legítima e justificada de dar a maior atenção possível aos temas penais. Como bem aponta Lenio Streck acerca da repercussão geral em matéria criminal: “[...]deverão estar garantidos os juízos de admissibilidade para os casos que digam respeito à violação de direitos humanos, descumprimento de direitos fundamentais e das temáticas relativas às cláusulas pétreas”¹⁴⁵⁴ o que, para nós, se faz presente em todas as hipóteses de interpretação/aplicação das normas constitucionais sobre direito penal ou processual penal.

Não fosse a natureza de direito fundamental da liberdade o suficiente, é notório que diversos outros direitos e garantias ligados ao direito penal possuem a mesma natureza, haja vista sua previsão no mesmo rol do art. 5º constitucional, a exemplo dos incisos II, XXXIX, XL, XLI, XLII, XLIII, XLIV, XLV, XLVI, XLVII, XLVIII, XLIX, L, LI e LII, sem prejuízo de outras disposições contidas no mesmo artigo constitucional que possam ter reflexos no âmbito penal,

¹⁴⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz. A “repercussão geral das questões constitucionais” e a admissibilidade do recurso extraordinário: a preocupação do constituinte com as “causas irrelevantes”. In: AGRA, Walber de Moura, coordenador. Comentários à reforma do poder judiciário. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 140.

além de outros dispositivos espalhados pela Constituição Federal que também podem se estender à matéria penal. Isso, sem prejuízo, claro dos direitos e garantias fundamentais previstos em tratados internacionais, dos quais o Brasil seja signatário, nos termos do art. 5º, §§2º e 3º.

No campo processual penal nada se difere. Muitas das garantias processuais dadas por nossa Carta Constitucional à pessoa acusada de um crime estão também previstas no inafastável rol de direitos e garantias fundamentais do art. 5º, a exemplo dos seus incisos XXXVIII, LIII, LIV, LV, LVI, LVII, LVIII, LXI, LXXI, LXIII, LXIV, LV, LVI, LVII, LVIII, LXXV e LXXVII. Diga-se, sobre esses direitos e garantias fundamentais, o mesmo dito acima acerca da sua não exaustão no art. 5º. Acrescente-se, por fim, a natureza pública e indisponível do direito de ação do Estado, privativo do Ministério Público, nos termos do art. 129, I, acrescido da garantia dada ao particular, no caso do art. 5º, LIX, como confirmadoras do interesse público das normas processuais constitucionais.

Por fim, importante destacar que toda e qualquer possibilidade de aplicação de uma pena privativa de liberdade toca diretamente o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana, sobre o qual se assenta a própria existência do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III). Desse modo, não há mesmo como recusar relevância a nenhuma questão constitucional penal, sob pena de negar relevância à dignidade humana, conclusão que se fortalece ainda mais diante do “estado de coisas inconstitucional” em que mergulhado o sistema penitenciário brasileiro e reconhecido pelo próprio Supremo Tribunal Federal¹⁴⁵⁵.

¹⁴⁵⁵ CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIAS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATORIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão (ADPF 347 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-031 DIVULG 18-02-2016 PUBLIC 19-02-2016).

Em suma, diante da natureza jurídica de direito público e indisponível do poder-dever do Estado à persecução e execução dos autores de infrações penais, e dos direitos e garantias fundamentais inafastáveis da pessoa humana que envolvem toda a matéria penal e processual penal, temos como correta a concepção até agora externada pela Corte Suprema brasileira de que toda e qualquer questão constitucional em matéria criminal possui, *in re ipsa*, relevância e transcendência, isto é, repercussão geral.

7.6. A POSSIBILIDADE DE CRÍTICA À ATUAÇÃO DO STF PARA DEFINIÇÃO DA REPERCUSSÃO GERAL

Por fim, importante dizer que, embora julgamentos como os analisados podem servir para cristalizar a tese de que o Supremo, em matéria criminal, considera tudo relevante e transcendente – e realmente o faz – também podem servir para colocar sob questionamento, pela qualificação do seu acerto ou desacerto, os critérios adotados pelo STF para reconhecer a repercussão geral das questões constitucionais criminais. Assim, ainda que a conclusão geral do presente trabalho esteja bem assentada nas premissas da dogmática criminal e na jurisprudência do STF sobre a repercussão geral, nem por isso o enfoque da Corte não merece algumas críticas, já que parece não levar em conta, principalmente, os aspectos dos fatos e do resultado concreto da causa em julgamento, mas tão somente a questão puramente jurídica e o resultado em abstrato de seu pronunciamento. Em que pese a aparente aproximação dessa forma de atuação com uma pretensa postura de viés interpretativo e formador de precedentes, com o fim de gerar efeitos para além dos interesses subjetivos do processo, parece-nos que se trata de uma análise incompleta do contexto fático-jurídico da causa, em vários casos. O viés que se destaca dessas decisões acaba por separar completamente a questão fática da questão jurídica, o que, em verdade, como vimos, é uma característica das Cortes Superiores de cassação/revisão do modelo lógico dedutivo e não de Cortes Suprema de interpretação jurídica e de formação de precedentes jurisprudenciais¹⁴⁵⁶.

Ademais, mesmo que as questões constitucionais tenham a mais forte presunção de relevância e transcendência de todas as matérias que chegam ao STF, se a Corte de fato quiser reformular-se numa verdadeira Corte Suprema de interpretação e precedentes, provavelmente vai ter de selecionar melhor os casos sobre os quais pretende basear a reconstrução das normas jurídicas. Caso contrário, sua autonomia, conquistada com a repercussão geral, não servirá ao propósito

¹⁴⁵⁶ Cf. tópicos 2.3.2 e 2.3.3.

de lhe permitir trabalhar menos para trabalhar melhor, nem de se aprofundar nas questões mais importantes para entregar uma tutela efetiva, adequada e tempestiva dos direitos e garantias constitucionais de que é guardião¹⁴⁵⁷.

Não se trata de afirmar, com isso, a ausência de repercussão geral dos temas enfrentados sobre efeitos patrimoniais penais ou sobre contravenções penais e crimes de menor potencial ofensivo ou qualquer outro tema entre os julgados; pelo contrário, eram todos temas importantes, sem dúvida e, mais cedo ou mais tarde, teriam de ser resolvidos pela Corte. A questão é se deveriam ter sido enfrentados no julgamento de certos casos tão singelos, envolvendo valores tão ínfimos ou mesmo procedimentos e institutos de baixo risco aos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, em primeiro plano, e do Estado, em segundo. Em casos, assim, pensamos, o STF até poderia rejeitar o recurso, não pela ausência de relevância do tema ou da questão jurídica, mas pela irrelevância e insuficiência do caso concreto para solução da controvérsia constitucional, deixando para dirimi-la a partir de outros casos em que a questão estivesse melhor representada, em um caso mais complexo ou num grupo de casos que reunisse mais dados e argumentos mais elaborados, ou simplesmente em um momento de maior amadurecimento da comunidade jurídica ou do próprio Tribunal acerca das possíveis interpretações do texto constitucional. Trata-se, portanto, de um juízo de oportunidade para a interpretação constitucional e para entrega da prestação jurisdicional vinculante própria das Cortes Supremas e que, por isso, merece uma reflexão mais cautelosa sobre o momento e o contexto adequado para concretizá-la.

Fica, portanto, essa última reflexão crítica sobre a atuação do STF nesses casos, mas fica também ratificada nossa conclusão central do trabalho diante do que tomamos como evidências empíricas da premissa defendida, pelo que cremos que, com tudo quanto antes exposto, conseguimos sedimentar de forma razoável que a repercussão geral é ínsita às questões constitucionais criminais, segundo a interpretação de sua relevância e transcendência, pelo Supremo Tribunal Federal, órgão soberano na definição do significado, do conteúdo e dos limites desse já decano instituto de filtragem dos recursos extraordinários.

¹⁴⁵⁷ Cf. tópicos 2.3.2 e 2.3.3.

REFERÊNCIAS

ABREU, Florêncio. **Comentários ao CPP**. Rio de Janeiro: Forense, 1945, v. 5.

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

ALVES, César Henrique. **Consequências do descumprimento da proposta de transação penal**: art. 76 da Lei nº 9.099/95. abr. 1998. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/1118/consequencias-do-descumprimento-da-proposta-de-transacao-penal-art-76-da-lei-9099-95>>. Acesso em 24 mar. 2018.

AMARAL NETO, Aluisio Gurgel do. Inovações e limitações ao recurso extraordinário no novo Código de Processo Civil. In: AMARAL JÚNIOR, Aluisio Gurgel; SILVA, Maria de Fátima Neves da (Org.). **Recursos especial e extraordinário no novo Código de Processo Civil**: estudos em homenagem ao Prof. Dr. José de Albuquerque Rocha. Fortaleza: TJCE, 2013, p. 21-65.

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Ministério Público e sua investigação criminal**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Verbatim, 2012.

ARRUDA, Antônio Carlos Matties. **Recursos no processo civil**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

ARRUDA ALVIM, Eduardo. O recurso especial na Constituição Federal de 1988 e suas origens. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário**. São Paulo: RT, 1997, p. 46.

_____. Notas a respeito dos aspectos gerais e fundamentais da existência dos recursos – Direito brasileiro. **Revista de processo**. N. 48. São Paulo: RT, out-dez, 1987.

_____. A EC n. 45 e o instituto da repercussão geral. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e outros (coord.). **Reforma do Judiciário**. São Paulo: RT, 2005.

_____. **A arguição de relevância no recurso extraordinário**. São Paulo: RT, 1988.

ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. 5. ed. em e-book baseada na 9. ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

AVENA, Norberto. **Processo penal esquematizado**. 6. ed. São Paulo: Método, 2014.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios jurídicos**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

_____. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. São Paulo: Malheiros, 2011.

AZEM, Guilherme Beux Nassif. **Repercussão geral da questão constitucional no recurso extraordinário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

AZEVEDO, Filadelfo. A crise do recurso extraordinário. **Arquivo Judiciário**, n. LXII, abr-jun, 1942.

AZZONI, Clara Moreira. **Recurso especial e extraordinário: aspectos gerais e efeitos**. São Paulo: Atlas, 2009.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**. 4. ed. São Paulo: RT, 2016.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Inconstitucionalidade do requisito da repercussão geral do recurso extraordinário e da técnica de julgamento por pinçamento. **Revista dos Tribunais**, vol. 911. São Paulo: RT, set. 2011, p. 243-258.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes federais**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARBOSA, Manoel Messias. **Inquérito policial**. 7. ed. São Paulo: Método, 2009.

BARBOSA, Rui. **Os actos inconstitucionaes do Congresso e do Executivo antes a justiça federal**. Rio de Janeiro: 1893, Companhia Impressora.

_____. **Comentários à Constituição Federal Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1934, v. 5.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos cíveis. **Revista de direito da Procuradoria Geral do Estado da Guanabara**, n. 31, Rio de Janeiro: 1968.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 5.

_____. Regras de experiência e conceitos indeterminados. **Revista Forense**, n. 261, jan-mar. 1978.

_____. **Temas de direito processual**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BARROSO, Luís Roberto; REGO, Frederico Montedonio. **Balanco de dez anos da repercussão geral**. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/especiais/balanco-de-dez-anos-da-repercussao-geral-07022018>>. Acesso em: 24 mar. 2018.

BASILEU GARCIA. **Instituições de direito penal**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1972, v. I, t. 1.

BASTOS, Marcelo Lessa. **A investigação nos crimes de ação penal de iniciativa pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BATISTA, Nilo et al. **Direito Penal Brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, vol. I.

BERMUDES, Sérgio. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: RT, 1977, v. 7

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BRAVO-HURTADO, Pablo. Two ways to uniformity: recourse to the Supreme Court in the civil law and the common law world. In: UZELAC, Alan; VAN RHEE, Cornelis Hendrik (ed.). **Nobody's perfect. comparative essays on appeals and other means of recourse against judicial decisions in civil matters**. Cambridge: Intersential, 2014, p. 319-335.

BRENNER, Saul. Granting certiorari by the United States Supreme Court: an overview of the Social Science studies. **Law Library Journal**, n. 193. American Association of Law Libraries: 2000.

BRITO, Alexis Couto de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira. **Processo penal**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BUENO, Francisco da Silveira. **Dicionário escolar da língua portuguesa**. 10. ed. Rio de Janeiro, Fename, 1976.

CALAMANDREI, Piero. **La casación civil: historia e legislaciones**. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1945, tomo I, vol. I.

_____. **La casación civil: historia e legislaciones**. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1945, tomo I, vol. II.

CALDERÓN, Guillermo Oliver Calderón. **Retroactividad e irretroactividad de las leyes penales**. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015.

CANÍBAL, Carlos Roberto Lofego. Pena aquém do mínimo legal: uma investigação constitucional-penal. **Revista Ajuris**, Porto Alegre, v. 77, p. 82.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Curso de direito penal: parte especial, arts. 121 a 212**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Curso de direito penal: legislação penal especial**. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 4; 3. ed. 2008.

_____. **Estatuto do desarmamento: comentários à lei 10.826, de 22.12.2003**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006

CAPEZ, Fernando; COLNAGO, Rodrigo Henrique. **Código de processo penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARNEIRO, Levi. Ainda a crise no Supremo. **Arquivos do Ministério da Justiça e dos Negócios Interiores**, n. 2, ago, 1943.

CARVALHO, Salo de. **A política de criminal de drogas no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010.

CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de. **Processo penal e Constituição: princípios constitucionais do processo penal**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Direito tributário, linguagem e método**. 6. ed. São Paulo: Noeses, 2015.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão; BRITO, Luiz Navarro de; BALEEIRO, Aliomar. **Constituições brasileiras: 1967**. Brasília: Senado Federal, 1999.

CEARENSE, Catullo da Paixão. A resposta do Géca-Tatú. **Sertão em flor**. Rio de Janeiro: Bedeschi, 1939.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JÚNIOR, Paulo José. **Direito penal na Constituição**. 3. ed. São Paulo: RT, 1995.

CHIARLONI, Sergio. Um singolare caso di eterogenesi dei fini, irremediabile per via di legge ordinaria: la garanzia costituzionale del ricorso in cassazione contro le sentenze. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al (Coord.). **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier**. São Paulo: RT, 2008, p. 846-903.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Contribuições previdenciárias. Não recolhimento. Art. 95, *d*, da Lei 8.212/91. Inconstitucionalidade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: RT, n. 736.

COÊLHO, Yuri Carneiro. **Curso de direito penal didático**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

COLEMAN JR., William T. The Supreme Court of the United States: managing its caseload to achieve its constitutional purposes. **Fordham Law Review**, Oct. 1983.

COSTA JUNIOR, Paulo José da. **Comentários ao código penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro; BELLO FILHO, Ney Barros; COSTA, Flávio Dino de Castro. **Crimes e infrações administrativas ambientais**. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes García. **Derecho penal: parte general**. 6. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

CRUZ, Márcia da Rocha; FONSECA, Flávio Fernando da; RAPOSO, Giselle Rocha. Encontro sobre descumprimento da transação penal. **Revista dos Juizados Especiais**, ano I, n. V, set-dez/1998, pub. TJDF.

CRUZ, Rogério Schiatti Machado. **O descumprimento da transação penal**. 1996. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/21810/descumprimento_transacao_penal.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2018;

CUNHA, Rogério Sanches. Art. 42. In: GOMES, Luiz Flávio. **Lei de drogas comentada: Lei 11.343/2006**. 2. ed. São Paulo: RT, 2007.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

DANTAS, Bruno. **Repercussão geral**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Direito processual constitucional**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DANTAS, Rodrigo Dorio. **Novo Código de Processo Civil: o “novo” mecanismo de filtragem dos Recursos Especiais**. 2016. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2016/04/04/novo-codigo-de-processo-civil-o-novo-mecanismo-de-filtragem-dos-recursos-especiais/>>. Acesso em: 24 mar. 2018.

DARIVA, Paulo. **O delito de apropriação indébita previdenciária**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

DELGADO, José Augusto. A súmula vinculante e a administração pública. **Boletim de Direito Administrativo**, n. 6, jun. 1998.

DELMANTO, Celso. **Tóxicos**. São Paulo: Saraiva, 1982.

DELMANTO, Celso et al. **Código Penal Comentado**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. **Inatividade no Processo Penal Brasileiro**. São Paulo, RT, 2004.

DEMO, Roberto Luis Luchi. Competência penal originária da Justiça Federal: desenho constitucional na jurisprudência e a novidade da Reforma do Judiciário. **Revista de Doutrina do Tribunal Regional Federal da 4ª Região**. 6. ed. 2005.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. 2. ed. em *e-book*. São Paulo: RT, 2016.

DIDIER JR., Fredie, CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2014, vol. 3.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. A função das cortes supremas na América Latina. **RF**, v. 342.

_____. **A reforma do Código de Processo Civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. O relator, a jurisprudência e os recursos. In: Teresa Arruda Alvim Wambier e Nelson Nery Jr. (coord.), **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis, de acordo com a Lei 9.756/98**. São Paulo: RT, 1999.

_____. **A reforma da reforma**. 4. ed. São Paulo: Malheiro, 2003.

_____. **O processo civil na reforma constitucional do poder judiciário**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15273-15274-1-PB.pdf>>. Acesso em: 24 mar. 2018.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998, vol. II.

DIVAN, Gabriel Antinolfi. **Processo penal e política criminal: uma reconfiguração da justa causa para a ação penal**. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015.

DOBROWOLSKI, Silvio. Considerações sobre o crime de omissão de recolhimento de tributos e contribuições. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: RT, n. 737.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DYMOND, Glenn. **The appellate jurisdiction of the house of Lords**, 2009. Disponível em: <<http://www.parliament.uk/documents/lords-library/ljn2009-010appellate.pdf>>. Acesso em: 24 mar. 2018.

EISELE, Andreas. **Apropriação indébito e ilícito penal tributário**. São Paulo: Dialética, 2001.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Trad. J. Batista Machado. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

ENTERRIA, Eduardo Garcia de. **Democracia, jueces y control de la administración**. 4. ed. ampl. Madrid: Civitas, 1998.

ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FALCÃO, Djaci. O Poder Judiciário e a nova Carta Constitucional. **RePro** 53.

FAVOREU, Louis; MASTOR, Wanda. **Les cours constitutionnelles**. Paris: Dalloz, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político**. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2015.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

_____. **Minidicionário da língua portuguesa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2009; 39. ed, 2014.

FISCHER, Douglas. A competência para julgar delitos de “pedofilia” praticados por intermédio da internet. In: OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Direito e processo penal na justiça federal: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 96-105.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FRANCISCO, Alexandra. **Repercussão geral da questão constitucional no recurso extraordinário: aspectos processuais – uma perspectiva de análise sob o prisma do Supremo Tribunal Federal**. 2011. 231 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Programa de Pós-graduação em Direito Processual, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2011.

FUX, Luiz. Repercussão geral e o recurso extraordinário: lei 11.418/06 com entrada em vigor em 21.02.2007. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antonio Celso Alves (Coord.). **Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Celso D. de Albuquerque Mello**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Rio de Janeiro: Vozes, 2008.

GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal**. 6.ed. São Paulo: Max Limonad, 1982, v. 1, t. 1.

GIACOMOLI, Nereu José. Função garantista do princípio da legalidade. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, n. 78, jun., 2000, p. 231-245. Disponível também em: <<http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/Infobase/3c265/3c2c2/3cb1f?f=templates&fn=document-frame.htm&2.0>>. Acesso em: 24 mar. 2018.

GODOY, Arion Escorsin de; COSTA, Domingos Barroso da. **Desconstruindo mitos: sobre os abusos nas buscas domiciliares ao pretexto de apuração do delito de tráfico de droga**. 2013. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigos/288-247—junho-2013>. Acesso em 24 mar. 2018.

GOLDSTEIN, Stephen. Common Law Countries. In: YESSIOU-FALTSI, Pelaya (ed.). **The role of the Supreme Courts at the national and international level: reports for the Thessaloniki International Colloquim**, 21-25 May. Thessaloniki: Sakkoulas, 1998.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: RT, 2007, v. 2.

GOMES, Luiz Flávio. DONATI, Patricia. **Convocação de juiz de primeira instância (para atuar na segunda). Princípio do Juiz Natural**. 13 dez. 2009. Disponível em: <<https://lfg.jus-brasil.com.br/noticias/2034387/convocacao-de-juiz-de-primeira-instancia-para-atuar-na-segunda-principio-do-juiz-natural>>. Acesso em: 24 mar. 2018.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. A repercussão geral da questão constitucional no recurso extraordinário. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 30, n. 119, p. 91-116, jan. 2005.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito processual civil esquematizado**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Dos crimes contra os costumes aos crimes contra a Administração**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

GRAU, Eros Roberto, **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 2.

_____. **Tóxicos: prevenção-repressão**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **Lei de drogas anotada: Lei n. 11.343/06**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014, v. I.

_____. **Curso de direito penal: parte especial**. 9. ed. Niterói: Impetus, 2012, v. II.

_____. **Curso de direito penal:** parte especial. 3. ed. Niterói: Impetus, 2007, v. IV.

GRINOVER, Ada Pellegrini et alii. **As nulidades no processo penal.** 11. ed. São Paulo: RT, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini et. alii. **Juizados especiais criminais:** comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995. 5. ed. São Paulo: RT, 2005.

GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas.** Trad. Edson Bini. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2005.

_____. **Interpretar y argumentar.** Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2014.

GUIBOURG, Ricardo; GUIGLIANI, Alejandro; GUARINONI, Ricardo. **Introducción al conocimiento científico.** Buenos Aires: Eudeba, 1985.

GUIMARÃES, Isaac Sabbá. **Nova lei antidrogas comentada.** 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

HÄBERLE, Peter. Elementos teóricos de un modelo general de recepción jurídica. In: Antonio-Henrique Perez Luño (Coord.). **Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio.** Madrid: Marcial Pons, 1996.

HAMILTON, Sérgio Demoro. **Temas de processo penal.** Rio de Janeiro: Lumens Juris, 1998.

HARTNETT, Edward A. Questioning certiorary: some reflections sevtny-five years after the Judge's Bill. **Columbia Law Review**, v. 10, n. 7, nov, 2000.

HENKE, Horst-Eberhard. **La cuestión de hecho:** el concepto indeterminado en el derecho civil y su casacionabilidad. Trad. Tomas A. Banzhaf. Buenos Aires: EJEJA, 1979.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. **Dicionário Houaiss:** sinônimos e antônimos. 2 ed. São Paulo: Publifolha, 2008.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários do código penal.** 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. v. 1.

_____. **Comentários do código penal.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 9.

ISHIDA, Válter Kenji. **Processo penal.** São Paulo: Atlas, 2009.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal.** 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

JESUS, Damásio de. **Código de processo penal anotado.** 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Lei Antidrogas anotada.** 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Direito penal:** parte geral. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 1.

_____. **Lei dos juizados especiais criminais anotada.** 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

JAKOBS, Günther. **Derecho Penal:** parte general, fundamentos y teoria de la imputación. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 125

JOLOWICZ, John Anthony. The role of the Supreme Court at the national and international level. In: YESSIOU-FALTSI, Pelaya (ed.). **The role of the Supreme Courts at the national and international level: reports for the Thessaloniki International Colloquim, 21-25 May.** Thessaloniki: Sakkoulas, 1997.

JORGE, Flávio Cheim. **Teoria geral dos recursos cíveis.** 6. ed. São Paulo: RT, 2013.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; FULLER, Paulo Henrique Aranda. **Legislação penal especial.** 5. ed. São Paulo: Premier Maxima, 2008, v. 1.

KARAM, Maria Lúcia. **Juizados especiais criminais: a concretização antecipada do poder de punir.** São Paulo: RT, 2004.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional.** 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

_____. **Teoria geral das normas.** Tradução e revisão de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986.

KNIJNIK, Danilo. **O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça.** Rio de Janeiro: Forense, 2005.

LAMY, Eduardo de Avelar. Repercussão geral no recurso extraordinário: a volta da arguição de relevância? In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (coord.). **Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional 45/2004.** São Paulo: RT, 2005.

LEAL, Victor Nunes. Aspectos da reforma judiciária. **Revista de Informação Legislativa**, n. 7/15, set. Senado Federal: 1965.

LEITE, Evandro Gueiros. O recurso extraordinário e a emenda 2/85 do RISTF. **Jurisprudência brasileira, cível e comércio**, n. 125, 1987, p. 11-36. Disponível também em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/36546>>. Acesso em: 24 mar. 2018.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.** 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Perspectivas do recurso extraordinário. **Revista forense**, v. 85, jan. 1941.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal.** 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

LIMA, Marcellus Polastri. **Curso de processo penal.** 9. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

_____. **Ministério Público e persecução criminal: na forma da Constituição de 1988, da Lei Federal n. 8.625/93, da Lei Complementar n. 75, da Lei n. 9.099/95 (Juizados Especiais Criminais) e da Lei n. 9.503/97 (crimes de trânsito).** 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

LIMA, César de Barros. Do processamento e julgamento dos recursos extraordinários repetitivos. In: AMARAL JÚNIOR, Aluisio Gurgel; SILVA, Maria de Fátima Neves da (Org.). **Recursos especial e extraordinário no novo Código de Processo Civil**: estudos em homenagem ao Prof. Dr. José de Albuquerque Rocha. Fortaleza: TJCE, 2013, p. 107-130.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história**: lições introdutórias. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

LOPES JR., Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. **Direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. **Introdução crítica do processo penal**: fundamentos da instrumentalidade constitucional. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

LUHMAN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

LYRA, Roberto. **Comentários ao código penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955, v. 2.

_____. **Introdução ao estudo do direito criminal**. Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1946.

MACIEL, Adhemar Ferreira. Restrição à admissibilidade de recursos da Suprema Corte dos Estados Unidos e no Supremo Tribunal Federal do Brasil. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado (Coord.). **Meios de impugnação ao julgado civil**: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 33-45. Disponível também em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/3068>>. Acesso em: 24 mar. 2018.

MADRUGA, Tatiana Cláudia Santos Aquino. **O filtro da repercussão geral nos recursos extraordinários por meio da análise dos temas julgados pelo Supremo Tribunal Federal**. 2015. 253 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Programa de Pós-graduação em Direito Processual, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2015.

MAGALHÃES, Hugo de Carvalho Ramos. O recurso extraordinário no cível, seus pressupostos, condições e juízo de admissibilidade. **RePro** 53.

MAGALHÃES NORONHA, Edgard. **Direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1985, v. I.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário e recurso especial**. 11. ed. São Paulo: RT, 2010.

_____. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 4. ed. São Paulo: RT, 2010.

MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto Corte de Precedentes**. 2. ed. São Paulo: RT, 2014.

_____. **Precedentes obrigatórios**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 4. ed. São Paulo: RT, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil** [livro eletrônico]: teoria do processo civil, volume 1. 2. ed. em e-book. São Paulo: RT, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão geral no recurso extraordinário**. 3. ed. São Paulo: RT, 2012.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1964, v. 4.

_____. **Tratado de direito penal**. Campinas: Bookseller, 1997. vol. 1.

_____. **Elementos de direito processual penal**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

MARTINS, Patrick Salgado. Equívocos interpretativos dos tribunais superiores sobre o princípio da insignificância nos crimes federais. In: OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Direito e processo penal na justiça federal**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2011, p. 233-247.

MARTINS FILHO, Ives Gandra. Critério de transcendência no recurso de revista: Projeto de Lei 3.267/2000. **Revista LTr**, v. 65, n. 8, ago. 2001.

MATOS, Carla Maia. **A justiça processual no cenário do recurso extraordinário com sua exigência de repercussão geral**. 2014. 127 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Programa de Pós-graduação em Direito Processual, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2014.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MAY, Artur. **Die Revision in den zivil und verwaltungsgerichtlichen Verfahren**. 2. ed. Köln/Berlin/Bonn/München: Carl Heymanns Verlag KG, 1997.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Questões criminais controvertidas**. São Paulo: Saraiva, 1999.

MEDINA, José Miguel Garcia. **O questionamento nos recursos extraordinário e especial**. 6. ed. São Paulo: RT, 2012.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recursos e ações autônomas de impugnação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Nova reforma do código de processo penal**. São Paulo: Método, 2008.

MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. **Lei de Drogas:** Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006 comentada artigo por artigo. São Paulo: Método, 2007.

MESTIERI, João, **Teoria elementar do direito criminal:** Rio de Janeiro: Sedegra, 1971.

MIR, José Cerezo Mir. **Curso de derecho penal español:** parte general. 6. ed. Madrid: Tecnos, 2004.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Juizados especiais criminais:** comentários jurisprudência, legislação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2000

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Código Penal interpretado.** 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. **Execução penal:** comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-1984. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. **Manual de direito penal:** parte geral, arts. 1º a 120 do CP. São Paulo: atlas, 2010, v. 1.

_____. **Processo penal.** 11. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

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

MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Legislação penal especial.** 8. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de direito constitucional.** 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MORAES, Maurício Zanoide. crimes contra o meio ambiente. In: FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coord.). **Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial.** São Paulo: RT, 2001, v. 1, p. 703-818.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **A aplicação da pena no tráfico de drogas – non bis in idem.** 2014. Disponível em: < <https://romulomoreira.jusbrasil.com.br/artigos/121938892/a-aplicacao-da-pena-no-trafico-de-drogas-non-bis-in-idem>>. Acesso em: 24 mar. 2018.

MOREIRA ALVES, José Carlos. Poder Judiciário. **A Constituição brasileira de 1988:** interpretações. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988.

_____. O Poder Judiciário e a nova Carta Constitucional. **RePro**, 53.

_____. O Supremo Tribunal Federal em face da nova Constituição: questões e perspectivas. **Arquivos do Ministério da Justiça.** Brasília: jun-set, 1989.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas:** do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 3. ed. São Paulo: RT, 2017.

MORELLO, Augusto Mario. **La nueva etapa del recurso extraordinario:** el certiorari. Buenos Aires: Platense/Abeledo-Perrot, 1990.

MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Fontes do direito tributário.** 2. ed. São Paulo: Noeses, 2006.

NEGRÃO, Theotônio. Técnica do recurso extraordinário no cível. **RT** 602/11.

_____. Uma nova estrutura para o Poder Judiciário. **RT** 639/244.

NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto Ferreira. **Código de processo civil e legislação processual em vigor**. 46. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NEQUETE, Lenine. **O Poder Judiciário no Brasil a partir da independência**. Porto Alegre: Sulina, 1973, v. 2 (República).

NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria geral dos recursos**. 7. ed. São Paulo: RT, 2014.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. 14. ed. São Paulo: 2014.

NOGUEIRA, Otaviano. **Constituições brasileiras: 1824**. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Comentários à lei de execução penal: Lei n. 7.210, de 11-7-1984**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. **Contravenções penais controvertidas**. 2. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1980.

NOGUEIRA, Fernando Célio de Brito. **Temas centrais da lei do juizado especial criminal**. Leme: J.H. Mizuno, 2006.b

NOJIRI, Sergio. **O dever de fundamentar as decisões judiciais**. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Método, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e de execução penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. **Manual de direito penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. **Código Penal Comentado**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Código de Processo Penal comentado**. 11. ed. São Paulo: RT, 2012.

_____. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 5. ed. São Paulo: RT, 2010.

NUNES, Bárbara Vieira. Ensaio sobre a repercussão geral. In: AMARAL JÚNIOR, Aluisio Gurgel; SILVA, Maria de Fátima Neves da (Org.). **Recursos especial e extraordinário no novo Código de Processo Civil: estudos em homenagem ao Prof. Dr. José de Albuquerque Rocha**. Fortaleza: TJCE, 2013, p. 97-106.

OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes. **Recurso especial**. São Paulo: RT, 2002.

OLIVEIRA, Alvaro de. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-Valorativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

OLIVEIRA, H. Maia (Org.). **Grande dicionário enciclopédico Rideel**. São Paulo: Rideel, 1980, vol. 6.

OTEIZA, Eduardo. A Função das Cortes Supremas na América Latina. História, Paradigmas, Modelos, Contradições e Perspectivas. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, n. 187.

PACHECO, Denilson Feitosa. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. 3. ed. Niterói: Impetus, 2005.

PALACIO, Lino Enrique. **El recurso extraordinario federal: teoria y técnica**. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 12. ed. São Paulo: Método, 2014.

PAZZAGLINI FILHO, Marino et al. **Juizado especial criminal: aspectos práticos da Lei nº 9.099/95**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

PEIXOTO, J.C. Matos. **Recurso extraordinário**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1935.

PENNA, Carlos Robichez. O recurso extraordinário e a crise do Supremo Tribunal Federal. **Estudos de Direito Público**, n. 8. Associação dos Procuradores do Município de São Paulo: 1985/1986.

PERRINI, Raquel Fernandez. **Competências da justiça federal comum**. São Paulo: Saraiva, 2001.

PHILIPS, J. Henry. **A Constituição dos Estados Unidos da América**. Curitiba: 1994. Disponível em: <<http://www.braziliantranslated.com/eacon01.html>>. Acesso em 24 mar. 2018.

PICARDI, Nicola. La Vocazione del Nostro Tempo per la Giurisdizione. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano: Giuffrè, 2004.

PINHO, Wesley Sanches. **A natureza permanente da infração penal, por si só, não autoriza a invasão do domicílio, sendo ilícita a prova assim obtida**. Tese 03/13 – VI Encontro Estadual dos Defensores Públicos do Estado de São Paulo. 2013. Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Default.aspx?idPagina=5719>>. Acesso em 24 mar. 2018.

POLETTI, Ronaldo. **Constituições brasileiras: 1934**. Brasília: Senado Federal, 1999.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários a constituição de 1967**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, v. 6.

_____. **Comentários a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934**. Rio de Janeiro: Guanabara, 1936, v. 1.

_____. **Comentários à Constituição de 1946: art. 129-141, §14**. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960, v. 4.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1975, t. VII e VIII.

POPPER, Karl Raimund. A lógica da Investigação Científica. In: CIVITA, Victor. **Os Pensadores**. São Paulo: Abril Cultural, 1975.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis penais. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 3. ed. São Paulo: RT, 2002.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito penal**: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2001.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

RAGONE, Alvaro Javier D. Pérez. El nuevo processo civil alemán: principios y modificaciones al sistema recursivo. **Revista Genesis**, n. 32, abr-jun, 2004.

REALE JUNIOR, Miguel. **Fontes e modelos do direito**. São Paulo: Saraiva, 1994.

REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues. **Curso de direito processual civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1959, vol. III.

RIBEIRO, Édila Lima Serra. **Súmula vinculante e repercussão geral**: uma coexistência (des)necessária. 2014. 106 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Programa de Pós-graduação em Direito Processual, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2014.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de direito processual civil**. 5. ed. São Paulo: RT, 2010.

ROENICK, Herman Homem de Carvalho. **Recursos no Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Aide, 1997.

ROSA, Alexandre Morais da. **Mantra do crime permanente entoado para legitimar ilegalidades nos flagrantes**. 1 ago. 2014. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2014-ago-01/limite-penal-mantra-crime-permanente-entoado-legitimar-ilegalidades-flagrantes>>. Acesso em: 24 mar. 2018.

ROSENBERG, Leo. **Tratado de derecho procesal civil**. Trad. Angela Romera Vera. Buenos Aires: EJE, 1995, t. II.

ROXIN, Claus. **Política criminal y sistema del derecho penal**. Trad. Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1972.

_____. **Derecho penal**: fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y Garcia Conlledo y Javier de Vicente Remensal. Madrid: Civitas, 1997, v. I.

RÜHL, Giesela. Preparing Germany for the 21st century: the reform of the Code of Civil Procedure. **German Law Journal**, vol. 6, issue 6, jun, 2005, p. 909-942. Disponível em: <<http://www.germanlawjournal.com/volume-06-no-06>>. Acesso em: 24 mar. 2018.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. **Derecho procesal constitucional: recurso extraordinario**. 4. ed. Buenos Aires: Astrea, 2002, v. 2.

SALAZAR, Alcino. **A crise do Supremo Tribunal Federal: suas causas, seus efeitos, e como dirimi-la**. Fortaleza: Imprensa universitária do Ceará, 1959.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de. **Lançamento tributário**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

SANTIN, Valter Foletto. **O Ministério Público na investigação criminal**. Bauru: Edipro, 2001.

SANTOS, Francisco Claudio de Almeida. Recurso especial: visão geral. **Revista da Procuradoria-geral do Estado de São Paulo**, jun. 1989.

SANTOS, Moacyr Amaral dos. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SANTOS, Thandara (Org.); ROSA, Marlene Inês da (Colab.) [et al.]. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN atualização junho de 2016**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN, 2017. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>. Acesso em: 24 mar.2018.

SANTOS, Maurício Cirino dos. **A Busca Domiciliar de Drogas e a Apreensão de Direitos Fundamentais**. 2015. Disponível em: <<http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2015/10/A-busca-domiciliar-de-drogas-e-a-apreens%C3%A3o-de-direitos-fundamentais.pdf>>. Acesso em 24 mar. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional** [livro eletrônico]. 4. ed. amp. incluindo novo capítulo sobre princípios fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SAVIGNY, Carl Friedrich von. **Vom Beruf unser Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft**. Heidelberg: Mohr und Zimmer, 1814.

_____. **Sistema del derecho romano actual**. Trad. Jacinto Mesía e Manuel Poley. Tomo I. Madrid: Góngora y companhia, 1878.

SCAVINO, Dardo. **La filosofia actual: pensar sin certezas**. Santiago Del Estero: Paidós Postales, 1999.

SILVA, Oscar Joseph de Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. **Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro**. São Paulo: RT, 1963.

_____. Em face da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público pode realizar e/ou presidir investigação criminal, diretamente? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 12, n. 49, p. 368-388, jul.-set. 2004.

SILVA, António de Moraes; MORENO, Augusto; JUNIOR, Cardoso; MACHADO, José Pedro. **Grande dicionário da língua portuguesa**. 10. ed. Lisboa: Confluência, 1949, vol. 10.

SILVA, Marciley Boldrini da. **Uma análise sobre a constitucionalidade da citação por hora certa aplicada ao processo penal**. 2017. 135 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Programa de Pós-graduação em Direito Processual, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2017.

SILVA FRANCO, Alberto. **Código penal e sua interpretação jurisprudencial: parte geral**. São Paulo: RT, 1997, v. I, t. I.

SLOMP, Rosângela. **A inconstitucionalidade do crime de apropriação indébita previdenciária: art. 168-A, §1º, inc. I do Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SOUSA, Pedro Ivo de. **Legitimidade do controle judicial brasileiro de políticas de segurança pública**. 2009. 249 f. Dissertação (Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais) – Curso de Pós-graduação da Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2009.

SOUZA, Sergio Ricardo de. **Lei antidrogas (Lei nº 11.343/2006): aspectos penais e processuais**. Rio de Janeiro, Lumen Iuris, 2015.

SOUZA, Luiz Antônio de; KÜMPEL, Vitor Frederico. **Violência doméstica e familiar**. São Paulo: Método, 2007.

STERN, Robert L.; GRESSMAN, Eugene; SHAPIRO, M. GELLER, Kenneth S. **Supreme Court practice: for practice in the Supreme Court of the United States**. 8. ed. Washington: The Bureau of National Affairs, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no Direito brasileiro: eficácia, poder e função; a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. **A “repercussão geral das questões constitucionais” e a admissibilidade do recurso extraordinário: a preocupação do constituinte com as “causas irrelevantes”**. In: AGRA, Walber de Moura, coordenador. **Comentários à reforma do poder judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto - o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. **O que é isto — o sistema (sic) de precedentes no CPC?** 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc#_ftnref4>. Acesso em: 24 mar. 2018

STRECK, Lenio Luiz e FELDENS, Luciano. **Crime e Constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público.** Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TAFT, William Howard. The attacks of courts and legal procedure. **Kentucky Law Journal** n. 5. Kentucky: 1916.

TARELLO, Giovanni. **La interpretación de la ley.** Tradução de Dieggo Dei Vecchi. Lima: Palestra Editores, 2013.

TARUFFO, Michele. **El vértice ambíguo: ensayos sobre la casación civil.** Tradução de Juan J. Monroy Palacios e Juan F. Monroy Gálvez. Lima: Palestra, 2005.

_____. As funções das cortes supremas. Aspectos gerais. **Processo civil comparado: ensaios; apresentação, organização e tradução de Daniel Mitidiero.** São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 117-139.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional.** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal.** 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil.** 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, v. III.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal.** 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2013 (2010), vol. 1 a 4.

_____. **Prática de processo penal.** 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **Juizados especiais federais cíveis e criminais: comentários à Lei 10.259, de 10.07.2001.** São Paulo: RT, 2002

TRACTATUS LOGICO-PHILOSOPHICUS. In: WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. Flórida: Wikimedia Foundation, 2017. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Tractatus_Logico-Philosophicus&oldid=50657174>. Acesso em: 24 mar. 2018.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito.** São Paulo: RT, 2004.

_____. Anotações sobre a repercussão geral como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário: lei 11.418/08. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, n. 16, jan/fev, 2007.

UNITED KINGDOM. **A guide to bringing a case do The Supreme Court.** Registry of The Supreme Court of the United Kingdom, 2009, revised in 2016. Disponível em: <<https://www.supremecourt.uk/docs/a-guide-to-bringing-a-case-to-the-supreme-court.pdf>>. Acesso em: 24 mar. 2018.

ULLMANN, Stephen. **Semántica**: introducción a la ciência del significado. 2. ed. Tradução de Juan Martín Ruiza-WERNER. Marid: Aguilar, 1972.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. O Superior Tribunal de Justiça na Constituição de 1988. **O Poder Judiciário e a nova Constituição**. São Paulo: Lex, 1990.

VENTURA, André. **Lições de direito penal**. Portugal: Chiado, 2013, v. 1.

VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

VILLELA, José Guilherme. Recurso extraordinário. **RePro** 41, 49.

WACH, Adolf. **Handbuch des deutschen Civilprozessrechts**. Leipzig: Duncker & Humblot, 1885.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Da integração dos subsistemas recursal e cautelar nas hipóteses de recurso especial e recurso extraordinário. In: Teresa Arruda Alvim Wambier e Nelson Nery Jr. (coord.) **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais**. São Paulo: RT, 2001.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 14. ed. São Paulo: RT, 2014.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) Juizado Especial de Pequenas Causas. São Paulo: **RT**, 1985.

WATANABE, Kazuo. Filosofia e características básicas do Juizado Especial de Pequenas Causas. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) **Juizado Especial de Pequenas Causas**. São Paulo: RT, 1985.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Estructura basica del derecho penal**. Buenos Aires: Ediar, 2009.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. 8. ed. Tradução de Marina Gascón. Madri: Trotta, 2008.

ZANETI JR., Hermes. **A Constitucionalização do Processo**: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

_____. Aplicação supletiva, subsidiária e residual do CPC ao CPP. Precedentes normativos formalmente vinculantes no processo penal e sua dupla função. Pro futuro *in malam partem*

(matéria penal) e *tempus regit actum* (matéria processual penal). In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogerio Schiatti (Coord.). **Processo penal**: coleção repercussões do novo CPC, v. 13. Salvador: Juspodivm, 2016, cap. 16, p. 453-467.

ZANETI JR., Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. **Teoria da Decisão no Código de Processo Civil**: uma Ponte entre Hermenêutica e Analítica. In: Revista de Processo, v. 412, n. 259, setembro, p. 21 e ss. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.