

ano 19 - n. 77 | julho/setembro – 2019
Belo Horizonte | p. 1-310 | ISSN 1516-3210 | DOI: 10.21056/aec.v19i77
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional
www.revistaaec.com

A&C

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

**A&C – ADMINISTRATIVE &
CONSTITUTIONAL LAW REVIEW**

FORUM

FÓRUM

Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 – 15º andar – Savassi – CEP 30130-012 – Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo &
Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar.
2003) - . – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN: 1516-3210

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada
pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico: Walter Santos

Periódico classificado no Estrato A2 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Qualis – CAPES (Área de Direito)

Na avaliação realizada em 2017, a revista foi classificada no estrato A2 no Qualis da CAPES (Área de Direito).

Entidade promotora

A *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, é um periódico científico promovido pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar com o apoio do Instituto Paranaense de Direito Administrativo (IPDA).

Foco, Escopo e Público-Alvo

Foi fundada em 1999, teve seus primeiros 10 números editorados pela Juruá Editora, e desde o número 11 até os dias atuais é editorada e publicada pela Editora Fórum, tanto em versão impressa quanto em versão digital, sediada na BID – Biblioteca Digital Fórum. Tem como principal objetivo a divulgação de pesquisas sobre temas atuais na área do Direito Administrativo e Constitucional, voltada ao público de pesquisadores da área jurídica, de graduação e pós-graduação, e aos profissionais do Direito.

Linha Editorial

A linha editorial da *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, estabelecida pelo seu Conselho Editorial composto por renomados juristas brasileiros e estrangeiros, está voltada às pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no Direito comparado, enfatizando o campo de interseção entre Administração Pública e Constituição e a análise crítica das inovações em matéria de Direito Público, notadamente na América Latina e países europeus de cultura latina.

Cobertura Temática

A cobertura temática da revista, de acordo com a classificação do CNPq, abrange as seguintes áreas:

- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

Indexação em Bases de Dados e Fontes de Informação

Esta publicação está indexada em:

- Web of Science (ESCI)
- Ulrich's Periodicals Directory
- Latindex
- Directory of Research Journals Indexing
- Universal Impact Factor
- CrossRef
- Google Scholar
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)
- MIAR - Information Matrix for the Analysis of Journals
- WorldCat
- BASE - Bielefeld Academic Search Engine
- REDIB - Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico
- ERIHPLUS - European Reference Index for the Humanities and the Social Sciences
- EZB - Electronic Journals Library
- CiteFactor
- Diadorim

Processo de Avaliação pelos Pares (Double Blind Peer Review)

A publicação dos artigos submete-se ao procedimento *double blind peer review*. Após uma primeira avaliação realizada pelos Editores Acadêmicos responsáveis quanto à adequação do artigo à linha editorial e às normas de publicação da revista, os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas *ad hoc* portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são sempre Professores Doutores afiliados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

A garantia ao recurso e a repercussão geral: conciliação ou negação?

The right to appeal and the general repercussion: conciliation or denial?

Gustavo Osna*

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (Brasil)
gustavomosadvocacia.com.br

Recebido/Received: 27.05.2019/May 27th, 2019

Aprovado/Approved: 17.10.2019/October 17th, 2019

Resumo: Embora o direito ao recurso tenha sido tradicionalmente visto como uma garantia central do processo civil brasileiro, as mudanças recentes da matéria atingiram de forma sensível esse elemento. Com especial importância, impactou-se a possibilidade de se recorrer, extraordinariamente, ao Supremo Tribunal Federal – limitando-a pela cláusula da “repercussão geral”. O presente artigo sustenta que esse requisito procura viabilizar as novas expectativas atribuídas à Corte, mas que, por outro lado, limita discricionariamente a atividade recursal. Por meio dele, procura-se conciliar o inconciliável – valendo-se de um conceito indeterminado como fator de legitimação retórica.

Palavras-chave: Processo civil. Recurso extraordinário. Repercussão geral. Garantias fundamentais do processo. Corte Suprema.

Abstract: Even though traditionally the right to appeal has been recognized as a central guarantee of Brazilian civil procedure, recent changes have significantly affected this element. With special importance, the possibility of, extraordinarily, appealing to the Supremo Tribunal Federal was impacted – since it was limited by the ‘general repercussion’ clause. This article argues that this element intends to make the new expectations attributed to the Court achievable, but that it also discretionary limits the right to appeal. Through it, one tries to reconcile the irreconcilable - handling an indeterminate concept as a factor of rhetorical legitimation.

Keywords: Civil litigation. Extraordinary appeal. General repercussion. Procedural fundamental rights. Supreme Court.

Como citar este artigo/*How to cite this article:* OSNA, Gustavo. A garantia ao recurso e a repercussão geral: conciliação ou negação?. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 19, n. 77, p. -, jul./set. 2019. DOI: 10.21056/aec.v19i77.1129.

* Professor dos Programas de Graduação e de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da PUCRS (Porto Alegre-RS, Brasil). Doutor em Direito das Relações Sociais pela UFPR. Mestre em Direito das Relações Sociais e Bacharel em Direito pela UFPR. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Advogado. *E-mail:* gustavo@mosadvocacia.com.br.

Sumário: **1** Introdução – **2** A garantia ao recurso em perspectiva – **3** Repercussão geral, direito ao recurso e Corte Suprema: conciliação ou negação? – **4** Considerações finais – Referências

1 Introdução**

Seja pela natureza essencialmente hierárquica de nossa estrutura jurisdicional, seja pelos valores ideológicos subjacentes à sua formação, é certo que a visão do recurso como uma *prerrogativa* assegurada às partes tem se feito tradicionalmente presente em nossa teoria. Sob esse viés, costuma-se estabelecer que esse aspecto representaria uma *garantia* (ou mesmo um *direito*) dos litigantes, devendo ser preservado na estrutura procedimental.

Não obstante, a proteção desse aspecto certamente poderia colidir com outros interesses ou valores inerentes ao processo. A partir disso, algumas questões poderiam ser prontamente suscitadas: qual a extensão da tutela a ser dada à possibilidade recursal? Que tipo de elemento poderia legitimamente limitar esse cânone? A partir de quais fundamentações essa minoração de conteúdo seria válida?

O presente ensaio pretende investigar, de maneira particular, um elemento inserido nesse campo: a ideia de *repercussão geral*. Como sabido, trata-se de requisito específico trazido pela Constituição e pela lei para a admissibilidade do recurso extraordinário. E, em nossa visão, a devida compreensão do seu conteúdo e da sua utilização desvela que, na realidade, a cláusula pode representar uma tentativa de *conciliar o inconciliável*.

Qual o conteúdo assumido pela ideia de repercussão geral em nosso ambiente normativo? Como ela dialoga com a garantia ao recurso? Quem assume o ônus argumentativo ligado a essa questão? De que modo se pode ou não reconhecer a existência de repercussão geral em determinada circunstância?

O caminho formado por essas provocações viabiliza a análise do problema geral que é aqui posto. Nesse sentido, enfrentaremos, primeiramente, a visão tradicionalmente dada à garantia ao recurso e a sua relação com o recurso de viés extraordinário. Na sequência, colocaremos em perspectiva a temática da repercussão geral, investigando sua condição legislativa e material em nossa realidade. Por fim, indagaremos como essas pontas podem (ou não) entrar em diálogo.

** Agradeço a Luiz Henrique Krassuski Fortes pelos valiosos comentários que levaram à versão final deste artigo.

2 A garantia ao recurso em perspectiva

2.1 Hierarquia e controle: o recurso no processo civil brasileiro

Para iniciar esta jornada, então, o primeiro ponto a ser enfrentado é dado pela própria ideia de *garantia* ao recurso, assim como pelo papel por ela desempenhado em nosso contexto processual. Por maior que seja a amplitude do tema e por mais variados que sejam os seus desdobramentos, consideramos possível, ao menos, firmar aqui uma importante premissa: de maneira geral, a possibilidade de *recorrer* vem sendo concebida como uma pedra angular em nosso direito processual. Em verdade, não é incomum que essa prerrogativa seja entendida como uma verdadeira *garantia fundamental* do processo.

Uma primeira peça para a composição desse quebra-cabeça é a percepção de que, historicamente, nosso processo civil se desenhou de maneira essencialmente *hierarquizada*. Partindo da tipologia clássica de Damaska, entram em seu bojo, com protagonismo, aspectos como o *controle* da instância superior sobre os atos dos degraus inferiores da seara judiciária.¹ Nessa moldura, a caracterização de um sistema recursal provido de *amplitude* desempenharia um importante papel.

Partindo dessa perspectiva, central à formação de nosso pensamento jurídico, Egas Moniz de Aragão chega a conceber o “recurso” como um componente essencial da jurisdição – verificando na ideia de *duplo grau* uma garantia constitucional explícita.² Também é assim que, radicalizando a postura, Cândido Rangel Dinamarco defende que a possibilidade de recorrer integraria o conteúdo da própria noção de

¹ Assim, *passim*, DAMASKA, Mirjan. *The faces of justice and state authority*. New Haven: Yale University Press, 1986. p. 67.

² Essa aproximação é explicitamente defendida, por exemplo, por Egas Moniz de Aragão. Em suas palavras: “Penso que a existência de recursos, além de regra geral nas nações civilizadas, tem, no Brasil, apoio singular não só na tradição jurídica, como, mais especificamente, na tradição constitucional. Desde a Carta Imperial de 1824, sempre fez parte de nossas constituições (que não são poucas) o capítulo destinado a regular o Poder Judiciário, no qual é mencionada expressamente a existência de tribunais de segunda instância, com a finalidade de julgar recursos dos atos dos juízes de primeiro grau, bem como a existência de tribunais superiores, que revêem os julgamentos das cortes inferiores (...) essa tradição e a minúcia na disciplina das competências recursais parece-me indicar tendência já arraigada, que deve orientar o pensamento e a conduta, não só dos que operam com a matéria jurídica, como, também, dos que trabalham com a produção legislativa. Mas isso, atualmente, ainda é pouco; acrescem as garantias asseguradas no art. 5.º, LIV e LV, da CF/1988, que conferem aos litigantes direito ao devido processo, ao contraditório e à ampla defesa, ‘com os meios e recursos a ela inerentes’. Embora o vocábulo ‘recurso’ possa comportar mais de uma acepção, a leitura dos textos - por se tratar do elenco dos direitos e garantias fundamentais - não admite exclusão do significado que, tecnicamente, lhe é peculiar no campo do devido processo”. ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Demasiados Recursos?* 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. 186-187.

“devido processo legal”.³ Em qualquer dos casos, reconhece-se que o acesso ao recurso seria um elemento de rigorosa pertinência no processo.

Em termos funcionais, essa defesa seria sustentada por diferentes pilares, em ampla medida consistentes com alguns dos valores liberais ligados à *previsibilidade*, *calculabilidade* e *segurança* da atuação processual.⁴ Exemplificando esse diálogo, veja-se que Frederico Marques sustenta que – pela lógica hierarquizada atribuída ao modelo processual – seria factível supor que a instância recursal seria a mais preparada para a análise do caso e para a tutela da coerência jurisdicional.⁵ Indo além em seus próprios dizeres, “o sistema de recursos possui ação catalítica e preventiva, porquanto obriga o juiz de primeiro grau a maior cuidado e exação na sua tarefa julgadora”.⁶ Como consequência, a própria potência de recurso seria o bastante para aprimorar a atividade jurisdicional.

Na mesma direção, também chancelando de algum modo a relação entre o sistema de recursos e a preservação da *qualidade* e da *segurança* do julgamento, há quem argumente que a possibilidade de revisão de decisões por meio de um amplo sistema recursal configuraria um importante filtro para evitar possíveis “erros” judiciais.⁷ Em síntese, se a atuação do julgador é *falível*, o remédio recursal poderia

³ Dinamarco, por exemplo, afirma que “sem que haja uma autêntica *garantia* do duplo grau de jurisdição, poder-se-ia pensar na compatibilidade constitucional de disposições legais que o excluíssem, criando bolsões de irrecorribilidade. Casos assim extremos transgrediriam o essencial *fundamento político* do duplo grau, que em si mesmo é projeção de um dos pilares do regime democrático, abrindo caminho para o arbítrio do juiz não sujeito a controle algum (...) além disso, uma disposição dessa ordem seria incompatível com os padrões do *devido processo legal* – esse, sim, *garantido* constitucionalmente”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. 1. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 260-261.

⁴ Sobre o tema, ver, *passim*, OSNA, Gustavo. *Processo civil, cultura e proporcionalidade: análise crítica da teoria processual*. São Paulo: Ed. RT, 2017.

⁵ Afirma José Frederico Marques, por exemplo, que “não há dúvida de que o sistema do duplo grau de jurisdição é um fator de maior segurança na aplicação da lei pelos órgãos judiciários. Foi o que bem salientou Seabra Fagundes, mostrando que por êle se reapura a jurisdicção da decisão recorrida. Ao demais, na organização dos quadros judiciários, os magistrados que funcionam no Juízo do recurso têm maior experiência e se encontram em melhores condições para um exame bem refletido e sereno da questão decidida em primeiro grau. Cumpre salientar, além disso, que o sistema de recursos possui ação catalítica e preventiva, porquanto obriga o juiz de primeiro grau a maior cuidado e exação na sua tarefa julgadora. O temor de censura – diz Francisco Morato – e o zelo de não ver patenteada a própria ignorância ou negligência, despertam o desejo de acertar e forçam os juizes inferiores a maior circunspeção e estudo, tornando a justiça mais segura, mantendo mais uniformes as interpretações e preparando as bases para a constituição da jurisprudência”. Assim, MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. 4, Rio de Janeiro: Forense, 1969. p.19-20 .

⁶ Idem. *Ibidem*.

⁷ A noção de “erro” é aqui propositalmente referida entre aspas na medida em que, como notado por Schauer, o reconhecimento da abertura interpretativa faz com que um mesmo suporte possa ser compreendido de modo substancialmente diverso por diferentes atores. Problematicando a questão, o autor assim pontua: “*Under what circumstances will which officials be given the freedom to exercise their own judgment and make their own choices, and under what circumstances will that freedom be constrained or even mostly eliminated? When a judge is determining which custody decision is in the best interests of the child, for example, she might be faced with a choice between a wealthy mother who can provide the child with high-quality education, housing, recreation, and culture and a less wealthy father who appears to understand the child better than the mother. Under these circumstances, some judges would prefer the mother and others the father, but the basic idea of discretion is that neither of these decisions, given the*

evitar a materialização dessa falha;⁸ sob essa perspectiva, a sujeição do caso a uma segunda análise reduziria a chance de que o equívoco da primeira perdurasse.

Em relação a esse último ponto, o argumento favorável aos recursos seria ainda reforçado pela atuação *colegiada* usualmente dada a essa instância. O modal da deliberação poderia permitir decisões mais maduras e viabilizar que, devido ao debate, se atingisse uma análise capaz de compreender de forma mais ampla a totalidade de aspectos ligados à situação. Seriam, com isso, atenuadas hipóteses como o mau uso de um precedente ou a má-compreensão do próprio suporte fático litigioso.⁹

Enfim, a partir dessas diferentes linhas argumentativas, tornou-se constante em nossa academia jurídica a defesa intransigente da necessidade de que, para conferir higidez à resposta atribuída a determinado processo, viabilizasse-se em sua tramitação o exercício recursal. A questão se alicerçou como um importante

'best interests of the child' standard, would be legally incorrect. People might criticize one or the other decision for being morally wrong, psychologically ignorant, or based on erroneous factual premises, and so it would not be correct to say that the two decisions are equally right. But it would be correct to say that the two decisions are equally legally right, and thus that either decision would, in the ordinary course of things, be upheld on appeal. Corroborando a questão e valendo-se do próprio pensamento de Schauer, também Bruno Torrano percebe que a abertura de caminhos é consequência lógica da porosidade, afirmando que “é tarefa fácil imaginar situações em que, a despeito de a discussão envolver uma situação juridicamente *regulada*, há, de um lado, cuidado excessivo na argumentação, mas, de outro, continuam existindo possibilidades decisórias igualmente bem fundamentadas, que apontam para lado diverso. Eis, aí, outra ideia central da discricionariedade, que recomenda que esse termo seja utilizado em *sentido amplo*: a completa e fatal inexistência de critérios seguros para dizer que uma das decisões possíveis em um caso regulado é *legalmente incorreta*”. SCHAUER, Fredericks. *Thinking like a Lawyer – A new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009. p. 190; TORRANO, Bruno. *Do fato à legalidade: introdução à teoria analítica do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 167.

⁸ Esse tipo de abordagem pode ser exemplificativamente visto no pensamento de Dinamarco. É que, em um primeiro momento, o autor parte de premissa similar àquela aqui trazida, afirmando que “o risco de erro é inerente a qualquer processo e a obsessão pela verdade é utópica. Ainda quando se prescindisse por completo do valor *celeridade* e se exacerbasse as salvaguardas para a completa segurança contra o erro, ainda assim o acerto não seria uma certeza absoluta. Por isso, ao estabelecer o equilíbrio entre as exigências de acelerar e de ponderar, o legislador e o juiz devem estar conscientes da inevitável falibilidade do sistema (projeção da própria falibilidade humana), convivendo racionalmente com o risco e dando força aos meios de sua correção”. E na sequência, procurando conformar a situação, estabelece que “o importante, para segurança do sistema, é que se ofereçam mecanismos suficientes para neutralizar e corrigir os possíveis *erros* a que a calculada aceitação de seus riscos pode conduzir. Entre esses mecanismos ocupa lugar de destaque o sistema de *duplo grau de jurisdição*, destinado a corrigir desvios de perspectiva do juiz, seja na valoração da prova, seja na interpretação do direito, seja na compreensão da própria causa em julgamento”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Ob. cit.*, p. 162-164.

⁹ Como já percebido por Moacyr Amaral Santos, porém, o benefício da colegialidade poderia ser contraposto por uma possível dispersão de responsabilidade também atribuível a esse modelo. Nas palavras do autor, “na composição dos órgãos jurisdicionais, estabelecido o duplo grau de jurisdição, distinguem-se três sistemas: juiz único em ambos os graus de jurisdição, juízes colegiados em ambos os graus, juiz único em primeiro e juízo colegiado em segundo grau. Qualquer dos sistemas é doutrinariamente sustentável. O primeiro – o do juiz único em ambos os graus – tem a virtude de imprimir aos juízes maior responsabilidade pelas sentenças que proferem, responsabilidade essa que se dilui, nos juízos colegiados, entre os juízes que os compõem. O segundo – o de juízos colegiados em ambos os graus – se justifica especialmente pela possibilidade das questões serem ventiladas e apreciadas por vários juízes para se chegar à decisão, o que redunde em garantia da boa justiça. O terceiro sistema procura conjugar as virtudes dos anteriores”. SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. v. 1. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 95.

elemento em nosso discurso teórico, desempenhando um papel de destaque em sua composição – por mais que diferentes críticas, hoje, possam ser direcionadas a cada uma dessas premissas.

Afinal, a ideia de que o julgamento da instância superior é mais qualificado realmente possui embasamento? Há fundamento em se afirmar que, com isso, seria reduzido o risco de erro judicial? Nos moldes exercidos no Brasil, a colegialidade efetivamente atua como um filtro orientado a esse fim?

Identificando essa série de itens, notamos que os méritos do sistema recursal não são tão cristalinos quanto se costuma supor. Primeiramente porque, como já reconhecido em doutrina, os níveis mais altos da estrutura judiciária podem estar mais distanciados das peculiaridades do debate, majorando os riscos de que as desconsiderem.¹⁰ Além disso, tendo em vista que, se a colegialidade seria um dos benefícios agregados pelos recursos, sua concretização em nossa realidade parece ser, em alguma medida, deficitária.¹¹

Em qualquer dos casos, então, o que se vê é que a fixação de um sistema recursal mais ou menos amplo é, acima de tudo, uma *opção política e legislativa*; uma escolha, passível de debate e de desconstrução. Nesse jogo, defender mais ou menos recursos possuirá relação direta com a possibilidade de *controle burocrático* existente no Judiciário¹² – trazendo, como consequências procedimentais, a dispersão

¹⁰ *Initial decisionmakers are closer to the messy details of life, including human drama, and therefore can less readily be immunized from individual aspects of cases. Meanwhile, higher officials face realities prepackaged or edited by their subordinates; individual destinies are less visible. Because of this mediation, higher-ups can more easily disregard the “equities” of the cases they must decide (...) it is in this sense that, as some students of bureaucracy have claimed, “the top understands universals; the lowers echelons understands particulars”.* DAMASKA, Mirjan. *Ob. cit.*, p. 20.

¹¹ Afinal, como já alertado por Leonardo Greco, vivenciamos no Brasil um contexto de “falsa colegialidade”, “em que todos acompanham o voto do relator, sem saber o que estão decidindo e sem uma análise cuidadosa dos fatos, provas e alegações apresentados pelas partes”. Nesse sentido, é necessário indicar o risco de que a natureza “deliberativa” dos tribunais seja mera teoria e aparência, sem lastro na realidade. A questão é lembrada na realidade norte-americana por Maya Sen, levando-a a afirmar que “when it comes to the courts, a number of theorists have argued or assumed that the judiciary operates as a deliberative institution, or, at the very least, as an institution more deliberative than its counterparts in the legislative and executive branches”, mas que “the existing scholarship on the issue has, however, made this assumption largely without delving deeply into either the structure of the courts or into doctrinal considerations. The end result has been a persistent belief among many scholars that judges deliberate more than they do, and that the judiciary fundamentally differs from the other branches of government in its adherence to the tenets of deliberative democracy. Political and legal philosophers, in other words, have a tendency to trust in the courts more than in other branches of government”. GRECO, Leonardo. A falência do sistema de recursos. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 1, São Paulo: Editora Dialética, 2003, p. 103. SEN, Maya. Courting deliberation: an essay on deliberative democracy in the American judicial system. In: *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*, n. 27, Notre Dame: University of Notre Dame, 2013, p. 310.

¹² Conforme Ovídio Baptista da Silva, “o sentido burocrático, inerente à ideia de recurso, revela-se muito claro quando consideramos que, no direito romano clássico, não havia recursos. Embora este fenômeno tenha muito pouco a ver com a cultura moderna, a comparação é útil para dar-nos uma ideia do grau de legitimidade de que gozam os juízes dos escalões inferiores, medida pela extensão do sistema recursal. No ponto mais elevado da escala, encontra-se uma magistratura altamente legitimada, contra a qual o sistema política abre mão dos recursos. À medida que descemos na escala hierárquica, reduz-se a legitimidade dos magistrados e avolumam-se os recursos, até atingirmos a jurisdição de primeiro grau,

de responsabilidade pelo julgamento¹³ e a redução do papel da oralidade.¹⁴ Mais que isso, a definição sempre passará pela própria dimensão de confiança depositada nas instâncias inferiores. Nas palavras de Posner, “*what is involved in appellate review is, at bottom, simply confidence or lack thereof in another person’s decision. That is an intuitive response informed by experience in similar decisions*”.¹⁵

2.2 Recurso extraordinário e requisito da repercussão geral

Foi visto no tópico anterior que a utilização de diferentes vias recursais dentro de um mesmo sistema processual representa, antes de tudo, uma escolha ideológica, uma opção fortemente condicionada por valores que precedem e permeiam a própria formação da estrutura processual.

É a partir disso que o atual ambiente do processo civil brasileiro foi construído de modo a se colocar a garantia de recursos como um importante pilar. Não raramente se defende a essencialidade de que a matéria, para ser legítima, possua esse componente em seu âmago, e essa ideologia geral também influenciou a construção do *recurso extraordinário*, passando de maneira sensível pela sua conformação.

Em linhas gerais, enquadrando o problema, podemos notar que a medida recursal em questão possui assento constitucional – constituindo uma porta explicitamente aberta para garantir que o jurisdicionado conduza sua pretensão recursal ao Supremo Tribunal Federal.¹⁶ Isso, desde que a decisão recorrida preencha

que o sistema literalmente destruiu, sufocando-a com uma infernal cadeira recursal que lhe retira a própria ilusão, de que ela poderia alimentar-se, de dispor de algum poder decisório. A legitimidade da jurisdição de grau inferior diminui na medida em que aumentam os recursos”. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e Ideologia: o Paradigma Racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 239-240.

¹³ *Bureaucracy is a term often used with pejorative connotations because of the pathologies or dysfunctions connected with complex organizations, but I use it descriptively. I will use the term bureaucracy to refer to a complex organization with three features: (1) a multitude of actors; (2) a division of functions or responsibilities between them; and (3) reliance on a hierarchy as the central device to coordinate their activities (...) for the most parts (...) the hierarchical control over judges is exercised through review of the work product of those below. Granted, the conscientious do not take such review lightly, but it must be seen as a rather weak and indirect form of control.* FISS, Owen M. *The Bureaucratization of the Judiciary*. In: *The Law as it could be*. New York: New York University Press, 2003. p. 69-70.

¹⁴ *A multistage hierarchical process needs a mechanism to integrate all its segments into a meaningful whole. Material gathered over time by various officials must be assembled for decision making, and traces of official activity must be preserved for future audits. Officials in charge of procedural stages are therefore expected to maintain files to ensure completeness and authenticity of documentation. Like tributaries of an even larger river, files kept by lower officials are incorporated into the evermore encompassing files of their superiors. In order not to confuse the file of the case with its false cognates, it is important to realize that hierarchical officials prefer to decide on the basis of written records (...) it will be claimed that modern recording technologies which minimize mediation (e.g., videotapes) may soon replace old-fashioned dossiers (...) but in judicial organizations where superior review is at once regular and comprehensive, the hierarchical summit may be expected to develop new instruments of condensation to protect itself against the danger of drowning in the sea of details generated by proceedings before lower courts.* DAMASKA, Mirjan. *Ob. cit.*, p. 50-51.

¹⁵ POSNER, Richard. *How Judges Think*. Cambridge: Harvard University Press, 2008. p. 114.

¹⁶ Embora os recorrentes o interponham com o indissimulável propósito de satisfazer suas pretensões, os chamados recursos extraordinários foram criados pela Constituição com a finalidade primordial de

alguma das hipóteses causais previstas pelo constituinte (art. 102, inc. III), a saber: (i) contrarie dispositivo constitucional; (ii) declare a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal; (iii) julgue válida lei ou ato de governo local contestado em face da própria Constituição Federal; (iv) julgue válida lei local contestada em face de lei federal.

De modo geral, podemos então notar que referido recurso, de fato (e não apenas pela sua própria nomenclatura), ocupa posição *extraordinária* em nosso ambiente normativo. Isso, tanto pelos seus propósitos quanto pelos seus requisitos. Em resumo, se é correto conceber como recurso a impugnação voluntária a determinada decisão judicial, dentro do próprio processo em que ela é proferida, aqui são trazidos novos elementos que devem ser incorporados a essa classificação.¹⁷

Primeiramente, quanto ao aspecto funcional, é comum afirmar-se que o recurso extraordinário não tutela apenas o interesse subjetivo do litigante de ver reformada a decisão que lhe é contrária, mas, também, a unidade do próprio direito objetivo em seu *perfil constitucional*.¹⁸ É sob essa perspectiva que se agrega como seu requisito *específico* o preenchimento de alguma das hipóteses fáticas acima descritas, elencadas pelo art. 102 da Constituição Federal. Em todas elas se persegue a proteção da própria integridade do sistema positivo constitucional, adotando as providências necessárias para uniformizá-lo a partir de nosso arranjo federativo.¹⁹ Não basta, então, que a decisão seja vista pelo interessado como

assegurar a hegemonia dela própria e do direito positivo federal. Mediante o julgamento desses recursos, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, se terminam revendo pronunciamentos contrários aos recorrentes, exercem a jurisdição com o transcendental objetivo de indicar aos demais órgãos do Judiciário e à nação o sentido, o alcance, a vontade das normas constitucionais e de direito federal, assegurando-lhes interpretação e a conseqüente aplicação, tanto quanto possível, uniformes. BERMUDEZ, Sérgio. *Introdução ao Processo Civil*. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 185.

¹⁷ Pode-se definir o recurso como o meio de impugnação de decisões judiciais, voluntário, interno ao processo em que se forma o ato judicial atacado, apto a obter a sua reforma, anulação ou o seu aprimoramento. O direito ao recurso é uma posição jurídica que contém tanto direito a prestações – como o direito à tutela jurisdicional – como direitos potestativos – como o direito de desistir do próprio recurso. Note-se, ainda, ser irrelevante que a reapreciação da questão se dê por órgão distinto. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. v. 2. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2019. p. 516-517.

¹⁸ 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 quanto 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. 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. No particular, além de corrigir a ofensa a dispositivos da Constituição, o STF cuida de uniformizar a jurisprudência nacional quanto à interpretação das normas constitucionais. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 3. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 322-323.

¹⁹ Nesse ponto, veja-se que, embora pudesse haver dúvidas quanto ao enquadramento constitucional do permissivo do art. 102, inc. III, *d* (referente à decisão que “*julgar válida lei local contestada em face de lei federal*”), é certo que também aqui o fundo constitucional é inequívoco. E isso porque “não há hierarquia entre lei local e lei federal. O conflito que porventura houver entre elas dirá respeito tão-somente

flagrantemente *injusta* ou *equivocada*, sendo igualmente imprescindível a existência desse *plus*. Sem que isso ocorra, o inconformismo pode ser *materialmente* legítimo, mas procedimentalmente não o será.

Como consequência dessa premissa, constata-se que o mecanismo recursal em questão possui *fundamentação vinculada*. Para sua admissibilidade, não basta que a parte demonstre eventual equívoco ou distorção da decisão recorrida. Em acréscimo, é necessário que esse ponto possua aptidão para forjar a incidência de algum dos permissivos constitucionais. A possibilidade recursal conferida à parte é, em alguma medida, condicionada.

Essa tipificação, porém, não iria na contramão da noção tradicional de garantia ao recurso existente em nosso sistema? Se a construção liberal, hierárquica e vertical do nosso processo fez com que a *possibilidade de recorrer* fosse vista como um dogma, como sustentar sua devida flexibilização?

A resposta a essas indagações nem sempre foi clara. Nesse sentido, não foi por acaso que, primeiramente por meio do seu regimento interno, o próprio Supremo Tribunal Federal criou um permissivo mais *amplo* e *abstrato* para viabilizar a interposição de recurso extraordinário *fora* das hipóteses então tipificadas.²⁰ Para tanto, afirmou que seria possível à parte arguir a existência de *questão federal relevante* no debate, sendo o preenchimento desse filtro o bastante para permitir o processamento da medida. Não obstante e especialmente pelo fato de a decisão afeta a ser ponto ser administrativa e não fundamentada, foram inúmeras as críticas direcionadas a esse regime – levando à sua revogação.²¹

Por fim, trazendo mais um tempero para esse caldo, ao longo da última década o texto constitucional passou a incorporar mais um requisito indispensável ao processamento do recurso extraordinário, especialmente pertinente para o presente ensaio. Trata-se da ideia de *repercussão geral*. Por meio desse conceito flagrantemente aberto, procura-se, em nossa visão, consolidar ainda mais a natureza *objetiva* e *seletiva* de referido meio de impugnação – tentando harmonizá-lo a uma tentativa de realinhamento do papel da Corte.

à competência legislativa, que é determinada por normas constitucionais (arts. 22 e 24). No bojo da discussão sobre a aplicação da lei local em detrimento de lei federal, há, sempre, a questão constitucional da competência legislativa”. Idem. p. 328.

²⁰ “Primeiramente” tendo em vista que, na sequência, referido elemento foi inserido no texto constitucional. Sobre o tema, ver MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário*. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 30.

²¹ Dispunha o art. 308 do regimento da Corte, nesse particular, que “salvo nos casos de ofensa à Constituição ou relevância da questão federal, não caberá recurso extraordinário, a que alude o seu artigo 119, parágrafo único, das decisões proferidas (...)” em diferentes circunstâncias posteriormente enumeradas. Como consequência, por meio da técnica de redação empregada, a eventual “relevância da questão federal” seria um *óbice* ao *óbice*; uma *barreira* à *barreira*. Por mais que o referido dispositivo previsse inúmeras circunstâncias em que o recurso extraordinário não seria cabível, a arguição da relevância de questão federal poderia impedir a incidência desses entraves.

No que consistiria, porém, essa noção de repercussão geral? Qual o sentido a ser dado a esse conceito *amplo, aberto e maleável*? A quem incumbiria fixar de maneira adequada esse conteúdo?

Para investigar cada uma dessas questões, é valioso dar um passo atrás. Nesse sentido, recorda-se que referido requisito foi incluído no texto constitucional por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004. Nessa oportunidade, ao mesmo tempo em que foram estabelecidas outras providências de algum modo relacionadas com a *gestão* da atividade jurisdicional, inseriu-se nesse bojo a indispensabilidade de que os recursos extraordinários preenchessem o pressuposto em questão.

Como consequência, passaria a haver em seu âmbito um juízo de admissibilidade provido de diferentes níveis: (i) como já ocorria previamente, para ter seu mérito apreciado, a medida deveria se justapor a alguma das circunstâncias elencadas no art. 102 da Constituição Federal; (ii) cumulativamente, porém, deveria preencher ainda o filtro da repercussão geral – evidenciando a satisfação dessa baliza. No entendimento de Fachin e de Krassuski Fortes, residiria aí uma via para a articulação entre a possibilidade de recorrer (trazida à parte) e a função inerente ao recurso (a ser preservada pela Corte).²²

Uma vez mais, todavia, as indagações trazidas acima poderiam entrar em cena: no que consistiria essa repercussão geral? Como conferir efetividade e densidade a esse conceito, atribuindo-lhe operacionalização?

Para enquadrar ao menos os parâmetros mais básicos ligados a esses problemas, a Lei nº 11.418/2006 fez constar que, “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”. Estabeleceu ainda, na mesma oportunidade, que seria ônus argumentativo do recorrente a exposição do preenchimento desse requisito e que a decisão que não o considerasse satisfeito seria irrecorrível.²³ Em síntese, tendo em vista que o

²² Assim, torna-se possível recompreender como, no recurso extraordinário, reconciliam-se o interesse subjetivo do recorrente (*ius litigatoris*), voltado ao passado, de um lado, e, de outro, o interesse de tutela objetiva da ordem jurídica constitucional em sua transcendência e relevância (*ius constitutionis*), voltado ao futuro, do qual, por sua vez, o recorrente, na perspectiva do dever de demonstração da repercussão geral, em que o recorrente encontra a legitimidade para provocação de manifestação do Supremo Tribunal Federal, investido que é de tal legitimidade pelo sistema constitucional e legal. Há, dessa forma, uma clara passagem do caso em si para o caso além de si mesmo. Seguindo por esta senda, conclui-se inexistir um direito à cognoscibilidade do recurso extraordinário em razão da mera sucumbência. Caso o recorrente queira fazer prevalecer o seu interesse mediante a impugnação recursal extraordinária, há, em contrapartida, o dever de demonstrar a repercussão geral. FACHIN, Luiz Edson; FORTES, Luiz Henrique Krassuski. Repercussão geral do recurso extraordinário: dever de demonstração da transcendência e relevância da questão constitucional. *Revista de Processo Comparado*, v. 7, São Paulo: Ed. RT, 2018.

²³ Essa lógica é mantida pelo Código de Processo Civil de 2015, segundo o qual “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” (art. 1.035).

preenchimento desse elemento *condicionaria* a possibilidade recursal, procurou-se conferir uma imagem mais translúcida a essa condição.

3 Repercussão geral, direito ao recurso e Corte Suprema: conciliação ou negação?

3.1 O Supremo Tribunal Federal, a repercussão geral e o STF como Corte Suprema

Se no capítulo anterior foi visto que o recurso extraordinário se insere em um contexto marcado por uma noção ampla da garantia ao recurso, mas que seu conteúdo é particularizado pela presença de requisitos bastante próprios, no presente momento o objetivo central é enquadrar funcional e estruturalmente essa questão. Por meio dessa postura, consideramos que o papel da repercussão geral em nosso atual sistema pode ser mais bem compreendido, entendendo-se o porquê de, em nossa visão, a figura poder ser mais *retórica* do que *concreta*; poder se mostrar, precipuamente, uma *legitimação argumentativa*.

Para chegar a essa constatação, uma vez mais formulamos algumas breves indagações: por qual motivo, ao falarmos no recurso extraordinário, enfatizamos sua íntima relação com uma *atuação objetiva* de controle da adequação constitucional? De que modo esse aspecto dialoga com a função que se procura atualmente atribuir ao Supremo Tribunal Federal?

A resposta a esses dilemas encontra um importante ponto de partida na construção recentemente trazida em nossa doutrina por Daniel Mitidiero a respeito da segmentação existente entre *cortes superiores* e *cortes supremas*.²⁴ Por meio dela, os requisitos particularmente postos para o recurso extraordinário e, especialmente, a repercussão geral parecem encontrar seu melhor enquadramento. Em última análise, eles aparentam caracterizar um processo de transição do Supremo Tribunal Federal entre as duas realidades.

Em síntese, o dilema posto por Mitidiero dialoga em ampla medida com o *design* que, dentro de um sistema de precedentes vinculantes, deve ser assumido pelo órgão de vértice responsável pela sua fixação.²⁵ É que, de modo geral, a dinâmica

²⁴ Ver, sobre o tema, MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*. 2. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2014.

²⁵ Nas palavras do autor, "por debaixo da questão ligada ao precedente judicial pulsa o problema de radical importância atinente ao apropriado delineamento do papel das cortes judiciárias, isto é, ao dimensionamento das adequadas funções que devem ser por elas desempenhadas no Estado Constitucional. E é exatamente por essa razão que não é possível teorizar frutiferamente o processo civil longe dos problemas atinentes à organização judiciária. Para que o processo civil tenha condições de ser um instrumento idôneo para a tutela dos direitos tanto em uma dimensão particular como geral, é imprescindível o exame do papel das cortes judiciárias no Estado Constitucional". Idem. p. 31.

própria da tutela da unidade do direito imporia novos modais e novos olhares ao próprio Judiciário. Sob esse fundamento, seria justificado que tribunais providos dessa atribuição deixassem de agir como *cortes superiores*, tornando-se, para melhor desempenho dessa função, verdadeiras *cortes supremas*.

Aprofundando a questão, Mitidiero indica que, de maneira tradicional, diferentes tribunais de vértice acabaram estruturando sua atuação como instâncias de *revisão* de decisões judiciais. Sob esse viés, agiriam de maneira predominantemente *responsiva* e com um olhar coerentemente limitado ao próprio *caso revisto*. O ponto principal a ser enfrentado seria a decisão ali proferida, fazendo com que a Corte não mais fizesse do que oportunizar uma reanálise de seu conteúdo; do que agir, nas palavras do autor, como uma *corte superior*.²⁶

Não obstante, a teoria dos precedentes exigiria uma alteração significativa nesse modal. E isso porque, para permitir seu pleno funcionamento, seria preciso ter em mente que o tribunal de vértice, ao apreciar determinada disputa, passaria a irradiar efeitos que a ela não se limitam. Sua atuação disporia de maior destaque e protagonismo, assumindo papel relevante na regulação da sociedade (ao enriquecer o ordenamento jurídico) e possuindo impacto mais acentuado. Por força disso, deveria se valer de um olhar provido de natureza mais *prospectiva*, fazendo com que a singela revisão do caso, na melhor das hipóteses, fosse apenas um caminho para o exercício de outras funções pelo órgão. Somente assim seria possível agir como uma verdadeira *corte suprema*.²⁷

Partindo dessa antípoda teórica, é ainda certo que, para atuar de maneira compatível com essa segunda figura, o órgão jurisdicional se veria obrigado a adaptar suas próprias dinâmicas internas. É que, diante da complexidade do novo modelo de conduta desejado, seria pertinente repensar a *performance deliberativa* existente em seu funcionamento;²⁸ redesenhar a maneira como os seus membros

²⁶ A Corte Superior – tomada como um modelo de corte de vértice da organização judiciária – caracteriza-se por pressupor, do ponto de vista da teoria do direito, a identificação entre texto, norma e regra jurídica (...) sendo competente para controlar a legalidade de todas as decisões a ela submetidas. A função que a Corte Superior desempenha é reativa, de modo que visa a controlar a aplicação da legislação caso a caso realizada pelos juízes ordinários, preocupando-se apenas com o passado (...) a jurisprudência uniforme serve como meio pelo qual a Corte pode desempenhar a função de controle de legalidade da decisão recorrida. A eficácia das decisões da Corte Superior é restrita às partes do caso concreto. Idem. p. 35.

²⁷ A Corte Suprema – seja como corte de vértice da organização judiciária, seja como corte constitucional alocada pra fora da estrutura do Poder Judiciário – caracteriza-se por pressupor, do ponto de vista da teoria do direito, a dissociação entre texto e norma jurídica (...) é competente para orientar a aplicação do Direito mediante precedentes formados para a consecução da unidade do Direito. A função da Corte Suprema é proativa, de modo que via a orientar a interpretação e aplicação do Direito por parte da sociedade civil, por parte de seus próprios membros e por parte de todos os órgãos jurisdicionais, tendo a sua atuação direcionada para o futuro (...) a eficácia das decisões da Corte Suprema vincula toda a sociedade civil e todos os órgãos do Poder Judiciário, constituindo o precedente fonte primária do Direito. Idem. p. 54.

²⁸ Sobre o tema, ver, por todos, MENDES, Conrado Hübner. O projeto de uma corte deliberativa. In: VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Motta; GORZONI, Paula; SOUZA PINTO, Rodrigo Pagani (Org.). *Jurisdição constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2012. Ainda, MENDES, Conrado Hübner. *The Deliberative Performance of Constitutional Courts*. London: Oxford University Press, 2014.

dialogam entre si, assim como a própria abertura cognitiva para argumentos trazidos por terceiros interessados ou pela sociedade civil.²⁹ Torna-se imprescindível uma revisão *estrutural* ampla, de modo a dar conta dessa nova função.

Colocando olhares panorâmicos sobre a nossa realidade, consideramos que, ao longo dos últimos anos, essa guinada teórica vem progressivamente ganhando maior espaço material. De fato, tem sido crescente a tentativa de conferir uma atuação mais *objetiva* e *prospectiva* aos nossos tribunais de vértice – como demonstram os diferentes posicionamentos que procuram reduzir o âmbito de cognição e de cabimento dos recursos especial e extraordinário. Embora haja quem identifique aí indícios de uma *jurisprudência defensiva*, por vezes relacionada apenas a uma tentativa de redução de volume de trabalho, consideramos que o *leitmotiv* elementar é outro: a redução de demandas não é um *fim*, mas um *meio* para que as cortes possam desempenhar satisfatoriamente seu feixe atual de atribuições; para que lhes seja viável, paulatinamente, passar a dialogar e a agir como *cortes supremas*, deixando em segundo plano o seu papel de *revisão*.³⁰

É nesse contexto que consideramos que a previsão da *repercussão geral* se insere. Por decorrência, se Nelson Nery Junior, por exemplo, afirma que “a intenção clara da introdução do critério da repercussão geral é reduzir a carga de trabalho do STF”, acreditamos que, na realidade, o que se dá é uma *substituição* da carga de trabalho.³¹ Não se trata de fazer com que o órgão atue menos, mas, sim, de viabilizar que, para alcançar suas atuais finalidades, faça-o de maneira mais qualificada.

²⁹ Entram em jogo com especial vigor, aqui, mecanismos como o uso de audiências públicas ou a valorização da figura processual do *amicus curiae*. E isso porque a amplitude e a complexidade das questões trazidas à apreciação jurisdicional tornam necessário que os interesses inseridos no jogo sejam verdadeiramente representados. Nesse tipo de hipótese, correlacionando-se constitucionalismo e democracia, torna-se possível sustentar que “todo indivíduo tem igual direito de intervir na resolução dos assuntos que afetam a sua comunidade; vale dizer, todos merecem participar do processo decisório em pé de igualdade (...) se preservam os direitos fundamentais que permitem a cada um levar sua vida conforme seus ideais preservando, ainda, uma estrutura de decisão democrática na qual a opinião de cada sujeito vale o mesmo que a do outro”. GODOY, Miguel Gualano de. *Constitucionalismo e Democracia – Uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella*. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. p. 66.

³⁰ Sobre o impacto trazido pela imposição do requisito em questão à atividade do órgão, lembra-se que “o crescimento do Supremo Recursal verificado a partir de 1997 chegou a ponto de pôr em xeque a capacidade do próprio Supremo de se auto-gerir. Os recursos chegaram às centenas de milhares e continuavam a crescer até 2007. Em outras palavras (...) se fossem julgar todos esses processos na mesma proporção em que entravam, cada um dos 11 ministros teria de julgar mais de 10 mil recursos por ano, ou aproximadamente um recurso a cada 10 minutos. Diante desse cenário, tornou-se imperiosa uma nova política de direito processual capaz de conter o acesso ao Supremo. A título de comparação, a Suprema Corte norte-americana recebe cerca de 7 mil processos ao ano e julga aproximadamente 100. O Supremo Tribunal Federal, até 2007, estava recebendo e julgando mais de 100 mil. Fica claro que a agilidade decisória do Supremo não se resolve apenas imprimindo maior velocidade dos processos, mas pressupõe, antes, maior seleção dos casos que ali podem chegar (...) nestes casos os números falam. A Emenda Constitucional nº 45 de 2004 criou alguns diques de contenção com a repercussão geral e a súmula vinculante”. FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. *I Relatório Supremo em Números: o Múltiplo Supremo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2011. p. 58.

³¹ Ver, NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 392.

Ainda nesse viés, deve-se constatar que os parâmetros inseridos na base da ideia da repercussão geral poderiam servir exatamente para *filtrar* as medidas judiciais mais propícias para que essa atuação complexa e prospectiva fosse desempenhada. É que, como descrito, estaria inserida nessa cláusula a preocupação com os *impactos* da decisão e com a sua pertinência social; a atenção, enfim, a elementos caros para uma *corte* que se propõe *suprema*.³²

3.2 Direito ao recurso e Corte Suprema – a repercussão geral e o inconciliável

De maneira esquemática e sintética, as considerações trazidas até aqui podem ser apresentadas nos seguintes termos: (i) em nosso sistema processual, tradicionalmente, costumou-se oferecer papel de destaque à *garantia de recurso*, reconhecendo-a como prerrogativa fundamental conferida às partes; (ii) esse cenário também influenciou a composição de nossos órgão de vértice superior, razão pela qual se construiu o *recurso extraordinário* como técnica apta a permitir, de maneira vinculada, a revisão de atos de algum modo lesivos à coerência constitucional; e (iii) recentemente passou-se a também exigir que referida medida recursal se fizesse revestida de *repercussão geral* – inserindo em seu âmbito conceito aberto que parece condizer com o incremento da atuação *ampla e prospectiva* do órgão.

Por outro lado, esse cenário desperta algumas interrogações que nos parecem centrais. A partir delas, consideramos que se forma a trilha necessária para concluir que a *repercussão geral* pode ser uma tentativa de *conciliar o inconciliável*; uma cláusula de *negação*, evitando-se reconhecer explicitamente que a nova atuação desejada do Supremo Tribunal Federal não condiz com a plena abertura das suas portas para a análise recursal.

Quem determina a presença ou não, em determinado caso, do critério da repercussão geral? Qual a amplitude dessa moldura e como atribuir densidade à sua aplicação? Qual o papel por ela ocupado na estrutura do processo e do arranjo institucional hoje buscado pelo Judiciário?

³² Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni, “sabe-se que o Supremo Tribunal Federal, para poder desempenhar a sua função, deve examinar apenas as questões que lhe pareceram de maior impacto para a obtenção da unidade do direito. A simples ‘intenção da justiça quanto à decisão do caso jurídico concreto – e, com ela, também o interesse das partes na causa’ -, por si só, não justifica a abertura de uma terceira (e, eventualmente, quarta) instância judiciária. O que está por detrás da repercussão é o interesse na concreção da unidade do direito: é a possibilidade que se adjudica à Corte Suprema de ‘*clarifier ou orienter le droit*’ em função ou a partir de determinada questão levada ao seu conhecimento. Daí a necessidade e a oportunidade de instituir-se a repercussão geral da controvérsia constitucional afirmada no recurso extraordinário como requisito para a sua admissibilidade”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 471-472.

É precisamente aqui que o debate se coloca. Basicamente, compreendemos que a indeterminação da ideia de repercussão geral faz com que, por meio dela, a Corte possa *definir, por conta própria, aquilo que deseja ou não julgar*, possa, enfim, exercer um juízo discricionário a respeito dos processos compatíveis com a sua atuação – limitando, para isso, a possibilidade de recorrer conferida às partes.

Essa questão não encontraria maiores problemas ao identificarmos a atribuição política e prospectiva que se procura atribuir ao órgão. Contudo, certamente, ela não dialogaria de maneira plena com uma visão ampla e irrestrita da possibilidade recursal. A repercussão geral nos parece surgir então como uma ferramenta de legitimação retórica: ao mesmo tempo em que se procura fazer crer à parte que ela *tem o direito* de recorrer à Corte Suprema, estabelecesse-se uma *trava* para que a própria Corte iniba voluntariamente essa garantia; para que decida, por seus próprios critérios, o que deseja apreciar.

Sob esse viés, consideramos existir hoje uma *incongruência* entre o papel que se espera que o Supremo Tribunal Federal desempenhe e a prerrogativa tradicionalmente dada às partes de a ele recorrer. A repercussão geral, em teoria, procuraria *conciliar* esses dois campos (inconciliáveis). Contudo, por meio dela, o que verdadeiramente ocorre parece ser outro fenômeno: *a possibilidade de recorrer ao Supremo se torna um simulacro a ser balizado pelo próprio Supremo*. Excetuado eventual benefício à isonomia,³³ então, acreditamos que permitir ao Tribunal que não admita o recurso por ausência de *repercussão geral* seria (materialmente) o mesmo que lhe permitir que não o admitisse *sem qualquer motivação*. A alteração central se relaciona, apenas, com a aparência de cada um desses atos.

Na contramão desse aspecto, poder-se-ia alegar que a discricionariedade do órgão julgador seria em alguma medida atenuada pelo fato de incumbir à parte expor a existência de repercussão geral,³⁴ assim como pela necessidade de que

³³ Não obstante, esse ponto não parece advir da existência do filtro da repercussão geral, mas, sim, da construção de técnicas de coletivização de recursos (*recursos repetitivos*) que se prestam a, diante de situações isonômicas, analisar conjuntamente a existência desse requisito. Em última análise, trata-se de mais uma ferramenta inserida no bojo da ideia de *coletivização parcial de direitos*. Sobre o tema, ver OSNA, Gustavo. Coletivização total e coletivização parcial: aportes comparados e o processo civil brasileiro. *Revista de Processo Comparado*, v. 1, São Paulo: Ed. RT, 2015.

³⁴ Sustentando a importância desse ponto, Fachin e Krassuski Fortes chegam a reconhecer a existência de um verdadeiro *dever*, atribuído ao recorrente, de demonstrar a presença de repercussão geral na sua medida recursal. Indo além, esmiuçando a questão, destacam que “a previsão de conceitos jurídicos indeterminados pelo legislador para a definição do que sejam as questões relevantes e transcendentais aptas a caracterizar a repercussão geral, em vez de mostrar um afastamento da concretude do caso, acaba por evidenciar com ainda maior nitidez não apenas a importância do caso, mas, especialmente, o papel significativo confiado à atuação do recorrente na demonstração sobre a forma como o julgamento da questão pelo Supremo Tribunal Federal está em harmonia com o preenchimento de tais conceitos indeterminados. Vale dizer, a previsão de tais conceitos evidencia que o recorrente é verdadeiro protagonista na demonstração sobre o modo como o julgamento da questão que se pretende ver discutida no recurso extraordinário impactará de forma transcendente em uma questão relevante em dimensão econômica, política, social ou jurídica”. FACHIN, Luiz Edson; FORTES, Luiz Henrique Krassuski. *Ob. cit.*

o não reconhecimento desse elemento ocorresse de maneira *fundamentada* e por meio de *quórum qualificado*.³⁵ Entretanto, acreditamos que esses aspectos não alteram a conclusão acima exposta. E isso, por diferentes motivos.

De fato, sabidamente a porosidade conceitual da ideia de *repercussão geral* oportuniza diferentes caminhos para o seu preenchimento. E, embora a fundamentação pudesse servir como um possível suporte, há um ponto a ser enfatizado: por previsão legislativa expressa, a decisão da Corte que *declara inexistir* repercussão geral em determinado caso é *irrecorrível*. Em outros termos, por mais que as razões dadas pelo Tribunal para afastar o preenchimento do requisito possam ser *questionáveis*, não será possível *questioná-las*; incumbirá a ele a última e definitiva palavra sobre a questão. A questão é inevitável; porém, ao mesmo tempo, demonstra a função precipuamente retórica a que a repercussão geral pode se prestar.

Assim, entendemos que, se a já mencionada *arguição de relevância* se prestava a ampliar as portas do Supremo Tribunal Federal conforme sua análise própria e casuística, o requisito da repercussão geral exerce rigorosamente a mesma função – mas para fechá-las. Graças a ele se limita de maneira frontal a possibilidade de recurso à Corte Suprema.

Em nossa visão, esse ponto não é negativo ou ruim. Trata-se, unicamente, de uma adaptação estrutural às novas funções esperadas do órgão. Com efeito, o que a repercussão geral parece fazer é adiar uma definição central: para que uma corte seja suprema, é preciso escancarar que *nem toda circunstância poderá ser a ela recorrível*; que a garantia ao recurso, ali, possuirá aplicabilidade diametralmente oposta daquela que historicamente se forjou. Somente com esse sacrifício sua estruturação se torna viável.

4 Considerações finais

O processo civil brasileiro tem passado por sucessivas modificações ao longo das últimas décadas, vendo-se obrigado a readequar suas estruturas e funções. Em ampla medida, essas transformações refletem as próprias modificações mais amplas vividas no contexto social, permitindo que o campo jurídico possa exercer de maneira suficiente sua atuação.

O presente ensaio procurou enfrentar uma circunstância específica em que esse fluxo é identificado: o direito ao recurso para o Supremo Tribunal Federal e a sua

³⁵ Afinal, além de referido *decisum* dever ser objeto de fundamentação (como, aliás, toda decisão atualmente tomada em juízo), vale lembrar que a própria Constituição Federal prevê que “no recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros” (art. 102, §3º).

limitação pela cláusula da repercussão geral. Sustentou-se que essa condicionante específica, capaz de vincular ainda mais a fundamentação da medida recursal, serve como um elemento para viabilizar as novas expectativas atribuídas à Corte; para permitir que o órgão aja de maneira mais complexa nas hipóteses que, no seu entendimento, justificam essa postura.

Com isso, porém, consideramos que seu conteúdo e sua operacionalização, mais do que simplesmente ressignificarem a possibilidade de recorrer à Corte Suprema, reduzem de forma amplíssima seu conteúdo. Embora não discordemos desse elemento, procurar sustentar o contrário nos parece, em larga medida, *conciliar o inconciliável*.

Referências

- ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Demasiados Recursos? In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado (Coord.). *Meios de impugnação ao julgado civil: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- BERMUDES, Sérgio. *Introdução ao Processo Civil*. 5 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- DAMASKA, Mirjan. *The faces of justice and state authority*. New Haven: Yale University Press, 1986.
- DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 3. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2010.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. 1. São Paulo: Malheiros, 2005.
- FACHIN, Luiz Edson; FORTES, Luiz Henrique Krassuski. Repercussão geral do recurso extraordinário: dever de demonstração da transcendência e relevância da questão constitucional. *Revista de Processo Comparado*, v. 7, São Paulo: Ed. RT, 2018.
- FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. *I Relatório Supremo em Números: o Múltiplo Supremo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2011.
- FISS, Owen M. The Bureaucratization of the Judiciary. In: *The Law as it could be*. New York: New York University Press, 2003.
- GODOY, Miguel Gualano de. *Constitucionalismo e Democracia – Uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella*. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.
- GRECO, Leonardo. A falência do sistema de recursos. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 1, São Paulo: Editora Dialética, 2003.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Ed. RT, 2010.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. v. 2. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2019.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário*. São Paulo: Ed. RT, 2007.
- MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. 4. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

- MENDES, Conrado Hübner. O projeto de uma corte deliberativa. In: VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Motta; GORZONI, Paula; SOUZA PINTO, Rodrigo Pagani (Org.). *Jurisdição constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2012.
- MENDES, Conrado Hübner. *The Deliberative Performance of Constitutional Courts*. London: Oxford University Press, 2014.
- MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*. 2 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2014.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2014.
- OSNA, Gustavo. *Processo civil, cultura e proporcionalidade: análise crítica da teoria processual*. São Paulo: Ed. RT, 2017.
- OSNA, Gustavo. Coletivização total e coletivização parcial: aportes comparados e o processo civil brasileiro. *Revista de Processo Comparado*, v. 1, São Paulo: Ed. RT, 2015.
- POSNER, Richard. *How Judges Think*. Cambridge: Harvard University Press, 2008.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. v. 1. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- SCHAUER, Fredericks. *Thinking like a Lawyer – A new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009.
- SEN, Maya. Courting deliberation: an essay on deliberative democracy in the American judicial system. *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*, n. 27, Notre Dame: University of Notre Dame, 2013.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e Ideologia: o Paradigma Racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- TORRANO, Bruno. *Do fato à legalidade: introdução à teoria analítica do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

OSNA, Gustavo. A garantia ao recurso e a repercussão geral: conciliação ou negação?. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 19, n. 77, p. 229-246, jul./set. 2019. DOI: 10.21056/aec.v19i77.1129.
