

Abboud e Kroschinsky: Nova arguição de relevância em REsp

A Constituição Federal foi emendada. Novamente. Trata-se da EC nº 125/2022 que, incluindo os §§2º e 3º no artigo 105 da CF, criou um novo requisito de admissibilidade de recursos especiais que podemos chamar de *arguição de relevância*.



Georges Abboud
professor e advogado

A *arguição* funcionará, na prática, como um filtro praticamente idêntico à

repercussão geral nos recursos extraordinários (artigo 102, III, §3º da CF), o que significa que ela trará, muito provavelmente, as mesmas dificuldades que sua irmã mais velha.

No momento em que a sempre célere doutrina processual civil brasileira se agita com o tema é bom termos cuidado. O presente texto pretende esboçar algumas reflexões iniciais sobre o assunto.

Logo de início, vê-se que o constituinte reformador incorreu no mesmo erro do CPC: atribuiu ao STJ competência para tratar de questões *infraconstitucionais* (CPC, artigo 927, IV), e não *federais*, como deflui naturalmente de uma leitura literal da CF, artigo 102, III, "a" e da própria lógica do Judiciário no modelo federalista brasileiro. Ou seja, ao STJ não cabe a última palavra sobre a interpretação de lei estadual ou municipal [1]. Ultrapassada essa questão menor, facilmente superável pela via interpretativa, incumbe analisarmos o cerne da questão.

Pois bem. Tendo em vista que se trata de um paralelo praticamente perfeito com a *repercussão geral*, valem aqui todas as cautelas já apontadas para aquele filtro: não se pode converter a *arguição de relevância* em filtro discricionário [2]. Hoje, ainda mais do que à época da EC 45/2004 — que criou a *repercussão geral* em RE — o julgador brasileiro tem parâmetros normativos de fundamentação muito mais rígidos, a saber, o CPC, artigo 489, §1º e a Lindb 20/30, que deverão ser estritamente observados nas análises de relevância [3].

Nesse ponto, o brilhante Lenio Streck foi, como de costume, certo em artigo [aqui](#) na **ConJur**: o artigo 489, §1º do CPC — a maior conquista do CPC, diga-se de passagem, tanto que foi transposto ao processo penal na figura do artigo 315, §2º do CPP pelo pacote "anticrime" — encontra-se praticamente ignorado. Ou a PEC da relevância resgata o bom nome da fundamentação ou a sepulta de vez.

A arguição de relevância deve ser entendida como um conceito legal indeterminado cuja interpretação é sempre contextual. Isso significa dizer, para os fins a que nos propomos neste texto, que sua interpretação vai além da relação entre *texto* e *norma* típica de uma teoria pós-positivista da norma jurídica; a relevância da questão federal deve levar em consideração também a natureza regulatória que o Poder Judiciário deve exercer em certas ocasiões, mormente em casos complexos ou que dependam da atuação conjunta dos Poderes da República [\[4\]](#).

Ademais, a instituição de um filtro de relevância não pode servir de reforço à autocompreensão institucional do STJ como *Tribunal de Teses*. Relembremos: não é esse o papel que a Constituição dedicou ao STJ no artigo 105, II e III. A formação de teses é sempre e inequivocamente um produto do julgamento concreto de casos [\[5\]](#).

Noutras palavras, a eventual formulação de uma orientação jurisprudencial, eventualmente até sumulada, é sempre uma atividade *a posteriori* condicionada à possibilidade de generalização das questões de fato e de direito envolvidas na controvérsia. Não se pode querer fazer de cada caso uma tese. Aliás, se cada caso fosse uma tese nem faria sentido a referência ao termo jurisprudência ou à sua modalidade específica de jurisprudência dominante.

Prosseguindo, lê-se no artigo 105 §2º da CF a expressão "nos termos da lei". Ou seja: falta regulamentação legal dos ônus processuais e argumentativos dos litigantes, bem como os critérios de análise aos quais deve se submeter o STJ, que deverão ser fixados em lei de modo que, antes da tal lei, o filtro não deve incidir, ao menos para diversas hipóteses, sob pena de juízo discricionário.

Nos parece que essa é uma excelente possibilidade de o legislador resolver dois problemas de uma só vez; afinal, poderia regulamentar simultaneamente a arguição de relevância e a repercussão geral na mesma lei, dialogando até mesmo com a jurisprudência do STF em matéria de reconhecimento de repercussão geral.

Por óbvio, caso o legislador trate somente da arguição de relevância, o STF certamente poderá utilizar analogicamente com proveito as balizas que de lá sairão, certo de que o legislador não deve à sociedade critérios menos rígidos dos que aqueles previstos nos recentes CPC, artigo 489, §1º, Lindb, artigos 20/30 e CPP, artigo 315, §2º.

O §3º do artigo 105 da CF trata das exceções à necessidade de demonstração de relevância da questão federal, ou seja, casos em que tal requisito é presumido. Novamente, sem novidades. O CPC, no artigo 1.035, §3º, igualmente prevê hipóteses em que a repercussão geral é presumida.

Num primeiro momento, interessa-nos especialmente a presunção prevista pela CF em seu artigo 105, §3º, V: "hipóteses em que o acórdão recorrido contrariar jurisprudência dominante no Superior Tribunal de Justiça". Aqui, novamente o legislador recorre a um conceito — "jurisprudência dominante" — um tanto incômodo e que, por parecer inequívoco, nos parece não ter recebido a atenção devida da doutrina até o momento.

É evidente que a dominância da jurisprudência não pode ser aferida de modo puramente quantitativo; a verdadeira importância que uma orientação adquire no seio de um tribunal decorre da sua possibilidade de traduzir uma posição efetivamente madura a respeito de certo assunto.

De nossa parte, entendemos que a conformação de uma verdadeira jurisprudência dominante depende de alguns critérios mínimos e cumulativos: (1) ao menos duas decisões de um órgão efetivamente representativo da posição institucional daquele tribunal; (2) tratarem da mesma questão jurídica; (3) discussão técnica a respeito da questão; e (4) exposição clara dos fatos e razões que levaram o tribunal a adotar esta ou aquela posição [6].

Num diálogo com o artigo 927 do CPC, nos parece, num primeiro momento, que os provimentos judiciais tidos pelo Código como vinculantes possuem legitimidade para servir de parâmetro: Súmulas sobre matéria federal, acórdãos em REsp repetitivo e posição do Órgão Especial ou Plenário. Esse último é sem dúvidas o mais controverso, já que uma questão pode ter sido apreciada de forma pouco detida no bojo do Órgão Especial, ser uma questão meramente incidental a uma questão maior de que tratou o *decisum* ou, noutra giro, ter sido apreciada somente uma vez, mas com a profundidade adequada.

Vale dizer: no que diz respeito à jurisprudência dominante, o STJ ver-se-á inequivocamente forçado a realizar um exercício reflexivo: fixar, *jurisprudencialmente*, quando sua própria jurisprudência é dominante.

Paul Ricoeur anotou que "*compreender não é apenas repetir o evento do discurso num evento semelhante, é gerar um novo acontecimento, que começa com o texto em que o evento inicial se objetivou*" [7]. A jurisprudência só compreende a si mesmo o suficiente para entender-se dominante (ou não) se gera novos acontecimentos a partir do discurso anterior, se dialoga de forma construtiva com si mesma. Dominância é maturidade institucional, não quantidade.

É bem verdade que a definição de "jurisprudência dominante" já era um desafio que se impunha ao STF por força do artigo 1.035, §3º, I do CPC. Contudo, o STF dispõe de mais mecanismos de vinculação do que o STJ (súmulas vinculantes e controle abstrato de constitucionalidade), de sorte que a jurisprudência dominante passa a ser um critério secundário em relação à vinculação formal realizada pela CF e CPC.

A bem da verdade, as presunções fixadas pela PEC são, de certo modo, arbitrárias. A hipótese aberta prevista no artigo 105, §3º, VI da CF não nos parece suficiente: uma presunção relativa à tutela dos direitos fundamentais era também necessária, bem como uma previsão acerca de temas de elevado interesse regulatório que envolvam atuações heterárquicas entre Estado e particulares.

Discordamos da edição de uma regulamentação provisória por parte do STJ. Num primeiro momento ela poderia parecer positiva, afinal, talvez pudesse diminuir o ambiente de incerteza que cerca o "novo" instituto. Contudo, a PEC é expressa ao delegar a regulamentação à lei. Tal regulamentação provisória pelo STJ seria, nesse momento, formalmente inconstitucional — sem prejuízo, é claro, de uma regulamentação

interna corporis mais detalhada após a edição da lei respectiva — e poderia muito bem retardar a atividade legislativa de modo a manter a arguição de relevância num fundamento normativo precário.

Outra questão é saber se a discussão jurídica subjacente à relevância permanecerá imune à desistência do recurso, tal como já ocorre com a repercussão geral e REsp e RE repetitivos (CPC, artigo 998, parágrafo único). Por falta de previsão legal, a resposta nos parece negativa.

Além disso, o legislador terá o dever de explicitar se adotará solução semelhante ou não àquela do artigo 1030, I, "a" do CPC, a saber, um "efeito cascata" que impedirá o conhecimento de recursos especiais com base no não reconhecimento da relevância do mesmo "assunto" em outro caso semelhante. Nessa hipótese, será crucial que o STJ revise sua percepção restritiva acerca do cabimento da reclamação.

Ao cabo, a relevância do REsp será um pouco como o homem que acreditava ser um grão de milho e recebeu alta após um período de internação num hospital psiquiátrico. Pouco tempo depois, o homem encontra uma galinha e volta assustado aos médicos com medo de ser devorado pela ave.

Os médicos prontamente perguntam: "do que você tem medo? Você sabe que não é um grão de milho, mas sim um homem!" Ao que o homem respondeu: "Claro que eu sei! Mas será que a *galinha* sabe que eu não sou mais um grão de milho?" [8]

Nós, advogados e jurisdicionados, sabemos que o recurso *é* relevante. Afinal, nada mais relevante que o caso concreto de cada litigante. A questão é: o legislador infraconstitucional e o STJ também sabem? De nossa parte, consideramos que o sucesso da arguição de relevância passa por uma formação jurisprudencial não discricionária acerca do tema. Enfim, existem muitas questões em aberto e a legislação regulamentadora deverá adaptar a arguição de relevância ao intrincado protagonismo que o CPC deu aos Tribunais Superiores. Incumbe-nos vigiar sua aplicação e dialogar com a jurisprudência para juntos produzir a melhor aplicação da arguição de relevância.

[1] Não é nem um pouco tormentosa a questão de a emenda constitucional poder ser objeto de controle de constitucionalidade, até mesmo porque, em última análise, a interpretação que conferisse ao STJ a competência para analisar toda e qualquer matéria infraconstitucional esbarraria no limite material da CF 60 §4º I. Cf. Georges Abboud, *Processo Constitucional Brasileiro*, 5ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 560.

[2] Georges Abboud, *Processo Constitucional Brasileiro*, cit., pp. 1.095 e ss.

[3] Cf. Georges Abboud, Maira Scavuzzi e Matthäus Kroschinsky, "Consequencialismo, teoria da decisão e jurisdição constitucional", in: *Revista dos Tribunais*, v. 1038, abril/2022, pp. 249-279; Georges Abboud, *Processo Constitucional Brasileiro*, cit., pp. 345 e ss.

[4] Cf. Gunther Teubner, "Substantive and reflexive elements in modern law", in: *Law & Society Review*, v. 17, nº 2, 1983, pp. 239-286; Georges Abboud, *Direito Constitucional Pós-Moderno*, 1. Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021; Maira Scavuzzi, Pedro França Aires e Matthäus

Kroschinsky, "O Direito em busca de qualidades: o constitucionalismo pós-moderno", in: *Consultor Jurídico*, 27.4.2021. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2021-abr-27/direito-busca-qualidades-constitucionalismo-pos-moderno>; Ricardo Campos, "A transformação da jurisdição constitucional e o perigo do consequencialismo", in: *Consultor Jurídico*, 11/2/2020. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-fev-11/ricardo-campos-jurisdicao-constitucional-perigo-consequencialismo>.

[5] Georges Abboud, *Processo Constitucional Brasileiro*, cit., pp. 1.095 e ss. Cf. Júlio Cesar Rossi, *Precedente à Brasileira: A Jurisprudência Vinculante no CPC e no Novo CPC*, atlas, 2015.

[6] Georges Abboud, *Processo Constitucional Brasileiro*, cit., pp. 1.249.

[7] Paul Ricoeur, *Teoria da Interpretação: O Discurso e o Excesso de Significação*, trad. Artur Morão, Lisboa: Edições 70, 2019, p. 106.

[8] Cf. Slavoj Žižek, *The Sublime Object of Ideology*, Londres-Nova Iorque: Verso, 2008, p. 33.

Date Created

20/07/2022