

VOTO VISTA

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE) : Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão da 3ª Turma Recursal de Santa Catarina, mediante o qual se reconheceu a prescrição quinquenal e se declarou “incidentalmente, a inconstitucionalidade das Portarias nº 71, de 15.04.2004 e nº 42, de 09.02.2010, ambas do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, no que diz respeito à fixação dos valores devidos a título de auxílio alimentação”.

Interpostos, simultaneamente, recurso extraordinário e o incidente de uniformização de jurisprudência de que trata o art. 18 da Lei nº 12.153/2009, o primeiro foi admitido e o segundo não admitido pelo Presidente da Turma Recursal.

No extraordinário, alega-se violação aos artigos 37, caput e inciso X; 39, § 5º; 61, § 1º, II, a; 63, I; 165 e 169, da Constituição Federal. Sustenta, em síntese, a impossibilidade de o magistrado atuar como legislador positivo, majorando indevidamente a remuneração de servidores públicos com base no princípio da isonomia, por vedação expressa da Súmula 339 do STF.

O tema versado no recurso extraordinário foi submetido ao Plenário Virtual e teve sua repercussão geral reconhecida em 12 de outubro de 2012, conforme ementa que segue:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. REAJUSTE DE AUXÍLIOALIMENTAÇÃO. AFASTADA A INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 339 DO STF. DECLARADA A INCONSTITUCIONALIDADE DAS PORTARIAS Nº 71, DE 15.04.2004, e 42, DE 09.02.2010, DO MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO. APLICAÇÃO DO REAJUSTE POR EQUIPARAÇÃO. PORTARIAS NºS 99, DE 14.03.2007, 44, DE 26.02.2008, 306, DE 10.12.2008, E 145, DE 26.05.2010, DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, E PORTARIAS SEGEDAM NºS 48, 27.05.2010, E 24, DE 04.02.2011. LEI 8.460/92 REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA PELO PLENÁRIO VIRTUAL DESTA CORTE”.

Na sessão de julgamento virtual ocorrida em 20/9/2019, o Ministro Relator **Luiz Fux**, após superar o vício processual consubstanciado na incidência da Súmula 281/STF, deu provimento ao recurso extraordinário e propôs a seguinte tese de repercussão

“Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar qualquer verba de servidores públicos de carreiras distintas sob o fundamento de isonomia, tenham elas caráter remuneratório ou indenizatório”.

Após o voto do Relator, no que foi acompanhado pelos Ministros **Alexandre de Moraes**, **Edson Fachin**, **Ricardo Lewandowski** e **Marco Aurélio**, pedi vista dos autos para melhor análise. Passo então ao exame das questões que o caso dos autos suscita.

Da questão preliminar

Destaque-se, inicialmente, que não se diverge sobre a possibilidade de o Relator de recurso extraordinário tempestivo determinar a correção ou superação de vício formal, desde que não o repute grave, como autoriza o art. 1.029, § 3º do Código de Processo Civil de 2015. Isso é possível **em todo e qualquer recurso extraordinário e não só no processo paradigma da repercussão geral**, de modo a prestigiar o princípio da primazia do julgamento de mérito.

As particularidades surgem nos casos de vícios graves atinentes ao cabimento do recurso extraordinário, os quais, em princípio não são passíveis de correção ou de superação à luz do art. 1.029, § 3º, do CPC de 2015, como entendo ser a ausência do requisito constitucional de esgotamento das instâncias recursais ordinárias.

Com efeito, nos termos do art. 102, inciso III, da Constituição Federal, é competência do Supremo Tribunal Federal “Julgar, mediante recurso extraordinário, as **causas decididas em única ou última instância**”.

Por “ **causa decidida em última ou única instância** ” entenda-se o pronunciamento judicial final das instâncias ordinárias, examinando a questão constitucional, a que ainda se quer ver examinada na estreita via do apelo extremo. Causa efetivamente julgada com pronunciamento judicial final de mérito do órgão competente, sob pena de não seguimento a teor da

Súmula 281/STF, em vigor desde 1963, nos seguintes termos: É inadmissível o recurso extraordinário, quando couber, na justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada.

A jurisprudência da Corte é firme em não superar o vício da ausência de esgotamento de instâncias (Súmula 281/STF), mesmo que a matéria de fundo discutida no recurso extraordinário tenha sido reconhecida como de repercussão geral em outro processo paradigma.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO TRIBUTÁRIO. CRÉDITO PRESUMIDO DE PIS E COFINS. COMPENSAÇÃO COM TRIBUTOS E CONTRIBUIÇÕES ADMINISTRADOS PELA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL. AUSÊNCIA DE EXAURIMENTO DA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 281 DO STF. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A repercussão geral pressupõe recurso admissível sob o crivo dos demais requisitos constitucionais e processuais de admissibilidade (art. 323 do RISTF). Consectariamente, se o recurso é inadmissível por outro motivo, não há como se pretender seja reconhecida a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso (art. 102, III, § 3º, da Constituição Federal). 2. O agravo é inadmissível quando interposto contra decisão monocrática suscetível de impugnação na via recursal ordinária (Súmula 281 do STF). 3. In casu, o recurso extraordinário foi interposto em face de decisão monocrática proferida por relator. 4. Agravo regimental a que se nega provimento." (ARE nº 683.215/RS – AgR, Primeira Turma, Rel. **Min. Luiz Fux**, Dje de 12/9/12)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DIREITO ECONÔMICO. CADERNETA DE POUPANÇA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. NÃO ESGOTAMENTO DAS INSTÂNCIAS. SÚMULA 281/STF. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL. OMISSÃO. CONTRADIÇÃO. OBSCURIDADE. INOCORRÊNCIA. CARÁTER INFRINGENTE. Ausente contradição, omissão e obscuridade, justificadoras da oposição de embargos declaratórios, nos termos do art. 535 do CPC, a evidenciar o caráter meramente infringente da insurgência. Embargos de declaração rejeitados. (AI nº 720.468/SP, Primeira Turma, Rel. **Min. Rosa Weber**, Dje de 6/3/13).

No mesmo sentido o ARE nº 1.149.874/GO, em que o Ministro **Gilmar Mendes** não aplicou o Tema 163, em razão da incidência da Súmula 281 /STF.

Vide também as Rcl nº 34.086/DF e 38.877/SC, Rel. Min. **Edson Fachin** , em que se pretendia cassar decisões da Presidência que obstaram o prosseguimento do recurso extraordinário pela incidência da Súmula 281 /STF, sob o argumento de prevalência da aplicação dos Temas 432 e 1.046.

No que se refere ao recurso paradigma da repercussão geral, é importante lembrar que o art. 1.036 do Código de Processo Civil ao tratar dos procedimentos para afetação de recurso extraordinário para julgamento sob a sistemática da repercussão geral, dispõe no seu § 6º que “ **somente podem ser selecionados recursos admissíveis** que contenham abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida.”

Dessa forma, no recurso paradigma da repercussão geral, a superação de vícios não reputados graves não apresenta maiores dificuldades. Usa-se a regra do art. 1.029, § 3º do CPC/2015. A problemática surge com a superação de **óbices reputados graves** (**v.g.** . ausência de esgotamento das instâncias recursais ordinárias), com o fim de avançar no julgamento do tema em caráter abstrato e na segunda fase do julgamento adentrar no mérito do próprio recurso paradigma.

Começo fazendo exame de alguns julgados, na vigência do CPC/73, pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) e pelo Supremo Tribunal Federal. Como se sabe, a Corte Superior, em 2008 (portanto, na vigência do CPC/73), na paradigmática QO no REsp nº 1.063.343/RS, Tema repetitivo nº 52, decidiu pelo não acolhimento de pedido de desistência de recurso “quando já iniciado o procedimento de julgamento do Recurso Especial representativo da controvérsia”. Anote-se que a ausência de fatos extintivos ou impeditivos é requisito de admissibilidade do recurso. E a desistência do recurso é fato impeditivo de seu conhecimento.

A Relatora, Ministra **Nancy Andrighi** , consignou que aquele pedido de desistência recursal, embora amparado por norma processual, estava em aparente colisão com um interesse coletivo. Sua Excelência, apontou serem duas as perspectivas constitucionais sobre as quais deveria ser analisado o rito dos recursos repetitivos: a garantia à duração razoável do processo e a maximização do direito à isonomia. Adentrando na análise da conjugação dos interesses em aparente conflito, disse que, para a instauração do incidente de processo repetitivo, são praticados “inúmeros atos processuais, de repercussão nacional, com graves consequências”, como, **v.g.** ., a determinação da suspensão de todos os recursos que tratam da mesma matéria. E registrou que, caso fosse homologado o pedido de desistência do recurso representativo, seria atendido o interesse individual, mas não o

coletivo, prejudicando a razoável duração dos outros processos que versam sobre a mesma questão.

Posteriormente, no julgamento de mérito, foi aquele recurso especial conhecido e parcialmente provido, com a aplicação da tese fixada para o tema repetitivo.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, cabe lembrar, primeiramente, a questão de ordem levantada no RE nº 684.261, Relator o Ministro **Luiz Fux**, então paradigma do Tema nº 554, no qual se discute a fixação de alíquota da contribuição ao SAT a partir de parâmetros estabelecidos em regulamentação do Conselho Nacional de Previdência Social.

Logo após ter sido relatado o caso, o Ministro **Marco Aurélio** apontou a ausência de preliminar de repercussão geral naquele recurso extraordinário.

O Relator, Ministro **Luiz Fux**, fez duas observações. Em primeiro lugar, aduziu virem as modernas legislações indicando que, se o mérito do recurso – de um processo com caráter objetivo – contribui para a evolução do direito, qualquer defeito formal pode ser afastado para que seja julgada a tese. Sua Excelência consignou que isso viria no novo Código de Processo Civil.

Em segundo lugar, quanto ao caso concreto, destacou que o recurso já havia sido submetido ao Plenário Virtual, tendo sido reconhecida a repercussão geral da questão constitucional nele debatida. E haveria centenas de processos já sobrestados em razão do tema. Na sequência, o Relator considerou que seria, sim, o caso de se julgar, apoiando-se no princípio **utile per inutile non viciatur** (o inútil não vicia o útil).

Acompanhou o Relator o Ministro Roberto Barroso. O Ministro **Teori Zavascki**, por seu turno, expôs que seria de **lege ferenda** a tese de que se deve julgar o mérito em qualquer circunstância, mesmo não havendo os requisitos para o conhecimento do recurso. E consignou que não seria o caso de repercussão geral implícita.

Para o Ministro **Gilmar Mendes**, seria notória a relevância do tema. Ademais, a Corte já teria atravessado o rubicão: o caso foi submetido ao Plenário Virtual, foi reconhecida a relevância, confirmou-se a pluralidade de processos sobre o assunto. Sua Excelência se posicionou, assim, pela continuidade do julgamento.

As Ministras **Rosa Weber e Cármen Lúcia** votaram acompanhando o Ministro **Marco Aurélio** . O Ministro **Ricardo Lewandowski** , então Presidente da Corte, votou pelo conhecimento do recurso. Para Sua Excelência, a Corte teria certa discricionariedade para conhecer das matérias que lhe são submetidas e extrair da petição a repercussão geral. O Ministro também consignou que a matéria transcenderia o interesse subjetivo das partes e que centenas de processos sobrestados aguardavam o julgamento.

Foram, assim, 4 (quatro) votos pelo conhecimento daquele recurso extraordinário e outros 4 (quatro) votos no sentido contrário. Após outros debates, o Relator, Ministro **Luiz Fux** , indicou o adiamento. Anote-se que, posteriormente, houve a substituição do processo paradigma pelo RE nº 677.725/RS.

Um outro caso, também apreciado à luz do CPC/73 pela Corte, que igualmente merece ser destacado, é a questão de ordem no RE nº 693.456, de minha relatoria (registre-se que, em razão de pedido de vista, o julgamento do mérito do recurso só se findou na vigência do CPC/15).

O recurso, originário de um mandado de segurança, era paradigma do Tema nº 531 de repercussão geral, no qual se discutia o desconto nos vencimentos dos servidores públicos dos dias não trabalhados em razão de greve. Pouco antes do início da sessão de julgamento do mérito do recurso, foi protocolado pelos impetrantes, então recorridos, vencedores no Tribunal de origem, pedido de desistência do mandado de segurança.

Embora, em tese, possam os impetrantes desistir do mandado de segurança a qualquer momento (Tema nº 530), a Corte entendeu ser o caso de não se homologar aquele pedido.

Na ocasião, além de se ter levantado o forte argumento de que, no caso concreto, o comportamento dos recorridos não se compatibilizava com a boa-fé processual, também se aduziu, de maneira convergente com o citado precedente do STJ, ter ocorrido a **objetivação da causa** .

Quanto a esse ponto, vale lembrar que, com o reconhecimento da repercussão geral, a Corte vislumbra que a matéria ultrapassa o interesse subjetivo das partes e tem possui relevância do ponto de vista político, econômico, social ou jurídico.

Naquela questão de ordem, destaquei, em meu voto, a necessidade de se realizarem diversos e complexos trabalhos a partir da submissão do caso

ao Plenário Virtual para apreciação da repercussão geral. Apontei também a existência de variadas greves ocorrendo no setor público. Na sequência, me manifestei no sentido de que, colocado o tema para julgamento, não poderia a parte subtrair da Corte o poder de julgar.

O Ministro **Gilmar Mendes**, também adotando a compreensão de que há a **objetivação do apelo extremo** com o reconhecimento da repercussão geral, chegou a dizer que “quem atua no recurso extraordinário, não o faz como advogado da parte, mas, também, como da Constituição, nesse sentido mais amplo”.

O resultado final foi o provimento daquele recurso extraordinário na parte da qual a Corte conheceu, aplicando-se a ele a tese de repercussão geral fixada.

Em 2016, entrou em vigor o CPC/15, trazendo, em seu art. 998, parágrafo único, de modo a fazer uma adaptação dessa orientação. De um lado, se preservou o entendimento de que existe interesse público e coletivo, prevalecente sobre o interesse individual, de se resolverem questões que se repetem em várias causas. Do outro, o legislador entendeu por bem, num juízo de ponderação, ser possível a desistência do recurso paradigma.

Bem por isso se afirma, atualmente, que, havendo a desistência do recurso paradigma de repercussão geral (ou do paradigma de recursos repetitivos, no âmbito do STJ), a questão será julgada no plano abstrato e a tese que o Tribunal fixar não se aplicará a tal recurso. Isso via de regra.

Sobre o assunto, vide as seguintes lições:

“A função das Cortes Supremas – do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça – não é de controle, mas de interpretação. A função é prospectiva e não propriamente retrospectiva. Daí a razão pela qual os seus julgados têm eficácia de precedente (arts. 926 e 927, CPC). Assim, **o recurso extraordinário e o recurso especial funcionam como meios pelos quais essas Cortes colhem a oportunidade de analisar questões jurídicas controversas a fim de outorgar unidade ao direito. É por essa razão que o art. 998, parágrafo único, CPC, permite que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça se pronunciem sobre questões recursais ainda que a parte tenha desistido do recurso. Nesse caso, obviamente que a pronúncia da Corte não poderá alcançar o recurso da parte. Servirá, porém, para outorgar unidade ao direito, valendo como**

precedente ” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Código de Processo Civil Comentado. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018 – grifo nosso)

À luz desse novo quadro normativo e da teleologia do instituto da repercussão geral, vale citar o RE nº 647.827/PR, Tema nº 571, interposto pelo Estado do Paraná, no qual se discutia a aposentadoria compulsória de titular de serventia judicial não estatizada.

O recurso era originário de um **mandamus**, cuja segurança havia sido concedida pela Corte de origem. Antes do início do julgamento do mérito do apelo extremo, a parte impetrante, então recorrida, peticionou nos autos informando ter havido o reconhecimento administrativo do direito vindicado.

O Relator, Ministro **Gilmar Mendes**, se pronunciou no sentido de que, mesmo sendo reconhecida a perda superveniente do objeto de recurso extraordinário paradigma (o que consubstancia ausência de interesse recursal), ainda assim seria possível o julgamento da tese. Sua Excelência reiterou que, com o reconhecimento da repercussão geral, o processo representativo obtém caráter objetivo e afirmou que “ **a tese deve prevalecer sobre o caso concreto, tendo em vista a relevância da questão constitucional posta em discussão**” .

Ao final, a Corte negou provimento àquele recurso extraordinário, aplicando ao caso paradigma a tese de repercussão geral fixada. Outro caso merecedor de destaque é o ARE nº 1.054.490/RJ-QO. Indo na mesma direção, o Relator, Ministro **Roberto Barroso**, considerou que a perda de objeto do recurso extraordinário, paradigma do Tema nº 974, no qual se debatia a possibilidade de candidaturas avulsas para pleitos majoritários, não impediria o julgamento do próprio tema.

Sua Excelência consignou que a Corte, em outras ocasiões, “admitiu a discussão da questão constitucional em recursos que não preenchiam todos os pressupostos para o julgamento do mérito, justamente em razão da relevância e da transcendência da questão de fundo debatida”. Nesse ponto, lembrou o RE nº 583.523/RS, Tema nº 113, em que houve a superação da extinção da punibilidade pela prescrição para se julgar a recepção ou não do art. 25 da Lei de Contravenções Penais.

Mais à frente, o Relator, após citar o parágrafo único do art. 998 do CPC /15, registrou que, com o reconhecimento da repercussão geral, ocorre a **objetivação “do controle difuso da constitucionalidade, aproximando-o da**

sistemática adotada no julgamento das ações diretas, em que a questão principal é a divergência constitucional e as implicações subjetivas da discussão constituem questão secundária ” . Na sequência, destacou a possibilidade de se substituir o caso paradigma (art. 325-A do RISFT) e complementou: “[e]ventual perda de objeto do paradigma é, por isso, pouco relevante para o prosseguimento no exame da repercussão geral, uma vez que outro paradigma poderá ser oferecido em seu lugar”

Registre-se que ARE nº 1.054.490/RJ foi reatuado para RE nº 1.238.853 /RJ, em razão do provimento do agravo, estando pendente o julgamento de mérito.

Também cumpre ser citado o RE nº 654.718/MG-AgR. O apelo extremo era paradigma do Tema nº 500, no qual se discutia o dever de o Estado fornecer medicamento não registrado pela ANVISA.

Iniciado o julgamento do mérito e havido pedido de vista, veio a falecer a recorrente, razão pela qual o Relator, Ministro Marco Aurélio, declarou extinto o processo sem resolução do mérito e procedeu à substituição do paradigma. Contra a decisão a Defensoria Pública da União interpôs agravo regimental, alegando que a medida provocaria demora na apreciação do tema, por conta de possível recomeço do julgamento.

A Corte concluiu pelo prosseguimento do julgamento, dando provimento ao agravo regimental.

Na oportunidade, o Ministro **Roberto Barroso** aduziu que, a rigor, aquele processo já estaria prejudicado desde o início do julgamento, em razão de o medicamento do caso concreto ter sido registrado na ANVISA. Todavia, “prevaleceu (...) a tese de que, **objetivado o processo com o reconhecimento da repercussão geral, prossegue-se independentemente do interesse subjetivo que esteja em jogo** ”. E registrou não ter o advento da morte da recorrente mudado esse quadro.

O Ministro **Alexandre de Moraes** , na mesma toada, disse que, objetivado o processo, seria possível sua continuidade para que haja a fixação da tese. O Ministro **Luiz Fux** , por sua vez, apontou estar essa colocação em harmonia com o CPC/15, destacando ter esse código estabelecido que “mesmo na desistência, é possível prosseguir porque os interesses são transindividuais e o particular não tem o direito de dispor desses interesses”.

Na ocasião, ressaltei que o Relator havia feito a substituição do paradigma. Não obstante isso, também assinalei que, muitas vezes, não é tão simples se obter um processo substituto e que a Corte entendia ser suficiente a continuidade daquele julgamento, com as sustentações orais realizadas e os votos proferidos.

O julgado foi assim ementado:

Direito Constitucional. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário. Provimento para afastar prejuízo. Objetivação do processo. Reconhecimento da repercussão geral da matéria. 1. Agravo regimental interposto contra decisão monocrática que, após o início do julgamento do recurso extraordinário, declarou extinto o processo sem exame do mérito devido ao falecimento da parte. 2. **O Plenário do Supremo Tribunal Federal assentou o entendimento de que, uma vez objetivado o processo com reconhecimento da repercussão geral, o julgamento deve prosseguir a fim de que seja fixada a tese, independentemente do interesse subjetivo que esteja em jogo** . 3. Agravo regimental provido para entender não prejudicado o recurso extraordinário e determinar o prosseguimento do julgamento” (RE nº 657.718/MG-AgR, Tribunal Pleno, Redator do acórdão o Ministro **Roberto Barroso** , DJe de 25/10/19 – grifo nosso).

Ao apreciar o citado Tema nº 500, a Corte deu parcial provimento ao recurso extraordinário, “para o fim de determinar o fornecimento do medicamento pleiteado, tendo em vista que, no curso da ação, este foi registrado perante a Anvisa e incorporado ao SUS para dispensação gratuita”, aplicando ao caso a tese fixada.

Recentemente, no ARE nº 665.134/MG-QO, Tema nº 520, o Tribunal Pleno concluiu ser possível se homologar a renúncia ao direito sobre o qual se funda a ação, formulada pela parte que interpôs o recurso extraordinário paradigma, e se avançar no julgamento do tema de repercussão geral.

Para chegar a essa conclusão, o Relator, Ministro **Edson Fachin** , citou, dentre outros, como os já citados, mais dois casos.

O primeiro foi o RE nº 566.471/RN, paradigma do Tema nº 6, interposto pelo Estado do Rio Grande do Norte, no qual se discutia o dever de o Estado fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave não possuidor de condições financeiras para adquiri-lo. O recorrente pediu reconhecimento da perda superveniente do objeto do recurso, em razão da

disponibilização do medicamento questionado nos autos no âmbito da assistência farmacêutica do SUS. Diante disso, o Relator, Ministro **Marco Aurélio**, fez considerações sobre o fato de o Tribunal ter reconhecido a repercussão geral da questão constitucional debatida, podendo a **orientação alcançar diversos outros processos**, e sobre a necessidade de se conciliar celeridade e conteúdo. O vice-decano da Corte também registrou que, “por isso mesmo, o Código de Processo Civil de 2015 veio a disciplinar, de forma própria, a desistência, em tal situação, do recurso, mitigando-a em termos de efeitos”.

Registre-se que, 11/3/20, o Tribunal Pleno negou provimento ao citado recurso extraordinário e deliberou fixar a tese de repercussão geral em assentada posterior.

O segundo foi o RE nº 828.040, paradigma do Tema nº 932, em que se debatia sobre a possibilidade de haver responsabilização objetiva do empregador por danos decorrentes de acidentes de trabalho. Nesse caso, o Relator, Ministro **Alexandre de Moraes**, indeferiu pedido de devolução dos autos ao Tribunal de origem formulado sob o argumento de que teria havido cumprimento de acordo celebrado entre as partes. Sua Excelência consignou que Supremo Tribunal Federal havia reconhecido a repercussão geral da questão constitucional debatida, o que recomendava a permanência dos autos na Corte, conforme justamente o parágrafo único do art. 998 do CPC/15.

Ao apreciar aquele tema de repercussão geral, o Plenário negou provimento apelo extremo em alusão e deliberou fixar a tese de repercussão geral em outra sessão.

Tangenciando a questão da ausência de preparo, vale citar o RE nº 888.815/RS, paradigma do Tema nº 822, que versou sobre a possibilidade do ensino domiciliar (homeschooling), ministrado pela família, ser considerado como meio de se cumprir o dever de educação. Ao ser o recurso levado a julgamento, a Corte entendeu por bem superar vício formal conectado com a insuficiência do preparo e avançou no exame do tema de repercussão geral, embora tenha reconhecido existir jurisprudência pacífica de que a falta de preparo adequado do recurso gera a sua inadmissibilidade.

O Relator, Ministro **Roberto Barroso**, levantou três razões para a superação do vício formal. Em primeiro lugar, o Ministro ressaltou que “**a excepcional relevância da matéria de fundo e o interesse público na sua definição [demandavam] um pronunciamento de mérito por parte desse**

tribunal ". Nesse ponto, apontou a natureza constitucional da questão e o fato de a Corte ter reconhecido a repercussão geral da controvérsia, mesmo sem devido preparo do recurso. E complementou: "em hipóteses excepcionais, como a presente, (...) a relevância do tema autoriza a excepcional superação de vícios de forma". Na sequência, lembrou o já citado RE nº 583.523/RS. Note-se que essa primeira argumentação está, ao cabo, fortemente ligada com o caráter objetivo que as causas adquirem com o reconhecimento da repercussão geral.

Em segundo lugar, o Relator esclareceu que a deserção do recurso não havia sido provocada somente pela parte recorrente. Isso porque a parte **não fora devidamente intimada, na instância de origem, a complementar o valor do preparo** , o que era exigido pelo art. 511, § 2º, do CPC/15 (correspondente ao citado art. 1.007, § 2º, do CPC/15). Desse modo, aduziu: "como não houve o procedimento de saneamento do recurso, a pena de deserção não poderia sequer ser aplicada no presente caso, ainda mais quando se verifica o reconhecimento da repercussão geral do recurso".

Por fim, Sua Excelência tratou o óbice como se fosse vício formal irrelevante, aplicando à hipótese o art. 1.029, § 3º, do CPC/15. De fato, não se tratava de manutenção de ausência ou de insuficiência do preparo **após a regular intimação do recorrente** para se regularizar a situação, o que configuraria **óbice grave**. Como se viu, a parte não havia sido devidamente intimada para corrigir o vício.

Julgado o tema de repercussão geral, a Corte negou provimento ao recurso extraordinário, aplicando ao caso concreto a tese fixada.

Pois bem. De tudo quanto foi exposto, não é demais reiterar que, com o reconhecimento da repercussão geral, a **causa ganha caráter objetivo e a questão constitucional debatida deve ser resolvida** . Sobressai desse quadro o **interesse público e coletivo** de se resolver a controvérsia geral, conferindo-se **uniformidade ao direito** , em harmonia com o **direito à razoável duração do processo e com a máxima efetividade do direito à isonomia**.

De acordo com a lição do Professor Alexandre Freire,

[...] nos últimos anos a tendência de objetivação do recurso extraordinário tem se intensificado, tendo como marco legislativo a Emenda Constitucional nº 45/2004, que permitiu a operação de uma incisiva transformação sobre o perfil do recurso extraordinário. Paralelo a isso, a inserção de uma disciplina específica no Código de

Processo Civil de 1973 para a aplicabilidade da súmula vinculante, a verificação da repercussão geral da questão constitucional nos recursos extraordinários individuais, assim como a técnica de exame da repercussão geral nos recursos extraordinários múltiplos, instrumentalizou a objetivação do recurso extraordinário dentro do processo jurisdicional". (FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. **Incidente de resolução dos recursos extraordinários repetitivos: natureza, finalidade e estrutura**. Tese - Doutorado em Direito – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2016, p.58.)

Nesse sentido e, na esteira da jurisprudência da Corte, ainda que o recurso paradigma da repercussão geral possua algum óbice grave, é possível superá-lo a fim de que a Corte avance no julgamento do tema de repercussão geral.

Julgo que essa orientação pode se aplicar ao presente caso . Se a Corte já superou ou indicou a superação, a fim de se avançar na análise de tema de repercussão geral, de óbices conectados com o recurso extraordinário paradigma como o falecimento da parte recorrente, a desistência do recurso, a renúncia ao direito sobre o qual se funda a ação, a perda de objeto e a insuficiência do preparo, entendo ser possível superar a incidência da Súmula nº 281/STF, para que possamos julgar o Tema nº 600.

Aliás, se não houver o julgamento do tema nessa oportunidade, o que ocorrerá será a substituição do paradigma, como bem lembrou o Ministro Roberto Barroso no RE nº 1.054.490/RJ-QO. O resultado disso será, além de outros efeitos deletérios, o atraso na resolução da questão constitucional, afetando, negativamente, aqueles preceitos constitucionais bem como o interesse público e coletivo.

Em suma, tenho, para mim, ser possível a superação de óbices, ainda que graves, presentes em recurso paradigma de repercussão geral para se avançar no julgamento abstrato do tema e que a problemática não se resolve à luz do art. 1.029, § 3º CPC/2015. Por óbvio que, tratando-se de situações excepcionalíssimas, essa orientação deverá ser analisada **cum grano salis** .

Firmado isso, cumpre prosseguir na análise de uma questão subsequente: uma vez julgado o tema de repercussão geral, em caráter abstrato, o que deve ser feito com o recurso paradigma da repercussão geral possuidor do óbice grave? Entendo que **a problemática deve ser resolvida, caso a caso.**

Se esse óbice consistir na desistência do apelo extremo paradigma, já se viu que o próprio parágrafo único do art. 998 do CPC/15 oferece solução: verificado o preenchimento dos requisitos necessários, deve ser ela (a desistência) homologada, sem se aplicar ao recurso a tese fixada pela Corte no julgamento do tema de repercussão geral. Essa é a regra.

Contudo, há exceções. A jurisprudência atual da Corte é no sentido de que, iniciado o julgamento de recurso, não cabe o pedido de desistência. Ou seja, se houve o começo do julgamento do mérito do apelo extraordinário paradigma, não é possível sua desistência. Nesse sentido: ARE nº 1.065.700 /PR-AgR-ED, Segunda Turma, Relator o Ministro **Edson Fachin**, DJe de 27 /11/18; ARE nº 855.605/RJ-AgR, Primeira Turma, Relatora a Ministra **Rosa Weber**, DJe de 17/3/16.

De mais a mais, se se vislumbra, **v.g.**, que o pedido de desistência do recurso paradigma de repercussão geral, realizado antes mesmo do início do julgamento de mérito, viola a boa-fé processual, entendo que será o caso de não se homologar o pedido.

Na hipótese de o óbice grave presente no recurso extraordinário paradigma de repercussão geral consistir na renúncia ao direito sobre o qual se funda a ação, o ARE nº 665.134/MG-QO dá a resposta: homologa-se a renúncia, via de regra.

No presente caso, o **óbice grave** reside na incidência da Súmula nº 281 /STF. Não há um precedente específico indicando o que deve ser feito com o recurso extraordinário paradigma de repercussão geral que possua esse vício.

Nos casos apreciados pelo Supremo Tribunal Federal nos quais houve a superação de óbices graves outros que não a desistência ou a renúncia ao direito sobre o qual se funda a ação, a Corte, após o julgamento (em abstrato) do tema de repercussão geral, adentrou no exame do mérito do apelo extremo paradigma, dando ou negando a ele provimento, integralmente ou em parte.

Não obstante, a análise se deu **caso a caso**, como por exemplo no RE nº 888.815/RS, paradigma do Tema nº 822, em que houve a aplicação da tese ao caso concreto, mesmo diante da insuficiência do preparo. Na Assentada, o Ministro Relator **Roberto Barroso**, esclareceu que a parte não fora devidamente intimada, na instância de origem, a complementar o valor do preparo, o que era exigido pelo art. 511, § 2º, do CPC/73 (correspondente ao

citado art. 1.007, § 2º, do CPC/15). Desse modo, aduziu: “como não houve o procedimento de saneamento do recurso, **a pena de deserção não poderia sequer ser aplicada no presente caso** , ainda mais quando se verifica o reconhecimento da repercussão geral do recurso”.

Bem, no caso concreto houve pronunciamento de mérito da Turma Recursal, com a declaração de inconstitucionalidade de portaria ministerial que estabelece o valor do auxílio alimentação a inúmeros servidores públicos federais e foi afastada a incidência da Súmula 339/STF. A parte sucumbente manejou, simultaneamente, o recurso extraordinário e o incidente de uniformização de jurisprudência de que trata o art. 14 da Lei nº 10.259/2001. O incidente não foi conhecido pelo Presidente da Turma Corte ante a não comprovação da divergência.

Diante das hipóteses estritas de cabimento do incidente de uniformização de jurisprudência no âmbito dos juizados especiais vinculadas à divergência entre decisões sobre **questões de direito material na interpretação da lei** , não resta dúvidas que ao se deparar com acórdão de turma ou colégio recursal ou regional que enfrente questão exclusivamente constitucional ainda não definida pelo Supremo, como ocorreu no caso concreto, a parte sucumbente deve-se valer do recurso extraordinário, e não do incidente de uniformização. Essa é a orientação do enunciado nº 86 da Turma Nacional de Uniformização (TNU):

“ Não cabe incidente de uniformização que tenha como objeto principal questão controvertida de natureza constitucional que ainda não tenha sido definida pelo Supremo Tribunal Federal em sua jurisprudência dominante ” (DJe de 23/01/19).

Não se desconhecem as dificuldades que podem surgir quando há diversos instrumentos processuais à disposição dos litigantes, os quais devem ser manejados corretamente para alcançar o resultado pretendido pela parte interessada. Nesse sentido o Ministro **Gilmar Mendes** , nos autos do ARE nº 1.001.525/SP, alertou para a responsabilidade na utilização dos recursos facultativos, especialmente no que se refere aos ônus e benefícios decorrentes da escolha. É o que demonstra o trecho do voto de Sua Excelência:

“A faculdade recursal dada à parte lhe traz a responsabilidade de utilizá-la sabiamente; qualquer que seja o fim colimado pelo direito para disponibilizar a via recursal, pertence ao litigante optar por

adentrá-la – e por elegê-la, quando plurais – à vista dos ônus e benefícios que pode dela esperar. Por fim, registro que o pedido recursal foi o mesmo no recurso de embargos e no extraordinário. Não houve, no presente caso, dilema para o recorrente quanto a qual capítulo do acórdão se insurgir, pois em ambos os recursos pediu a procedência da reclamação trabalhista e sua reintegração ao emprego. Como já demonstrado na decisão ora agravada, a jurisprudência desta Corte assentou que não pode ser o recurso extraordinário conhecido quando interposto simultaneamente a outra espécie recursal, salvo o recurso especial, para o qual há expressa previsão legal” (ARE nº 1.001.525/SP-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. **Gilmar Mendes**, DJe de de 3/9/19).

As normas previstas no CPC/15 que permitem a superação de óbices presentes em recursos extraordinários “não visam beneficiar a atecnia dos operadores do direito, mas sim, garantir que não sejam criados obstáculos injustificados ao exame do mérito e implementação dos direitos e garantias fundamentais”.

Dessa forma, entendo que objetivado o recurso extraordinário paradigma e fixada a tese que diz respeito à ‘questão de direito’, cuja solução poderá ser levada em consideração em relação ao julgamento de diversos outros recursos extraordinários, na segunda etapa do julgamento a regra deve ser o não conhecimento de recurso extraordinário interposto contra decisão que não seja de última ou única instância, a teor do art. 102, III, da Constituição Federal, ante a ausência de “ **causa decidida**”

Dito isso, como no caso concreto há **acórdão de mérito** julgado pela Turma recursal, com declaração incidental de inconstitucionalidade das Portarias nº 71, de 15.04.2004 e nº 42, de 09.02.2010, do Ministério do Planejamento, o que possibilitaria, inclusive, a interposição do recurso extraordinário com base na letra b do permissivo constitucional, **excepcionalmente**, entendo ser possível avançar na segunda fase do julgamento e superar o óbice da Súmula nº 281/STF, a fim de se aplicar em concreto a tese da repercussão geral. Também levo em consideração a data da interposição do recurso extraordinário e do incidente (2012), em que havia divergência entre as Turmas Recursais e orientação do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria.

Do tema de repercussão geral e o mérito do apelo extremo .

Verifica-se que o Ministro **Luiz Fux** vota pelo provimento do recurso extraordinário, para julgar improcedente a ação ordinária originária, que fora ajuizada pelo ora recorrido. Sua Excelência propõe a seguinte tese para o Tema nº 600 da repercussão geral:

“Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar qualquer verba de servidores públicos de carreiras distintas sob o fundamento de isonomia, tenham elas caráter remuneratório ou indenizatório”.

Desde já, adianto que acompanho integralmente Sua Excelência.

De início, vale registrar ser pacífica na Corte a orientação de que “não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia”. Esse é o próprio teor da Súmula Vinculante nº 37 e também da Súmula nº 339/STF, editada sob o princípio da separação dos Poderes.

No que diz respeito à aplicação dessa orientação quando está em jogo aumento de auxílio-alimentação, tenho, para mim, estar correto o entendimento do eminente Relator, Ministro **Luiz Fux** :

“A atual redação do §1º do artigo 39 da Constituição estabelece que a fixação dos padrões de vencimento e dos demais componentes do sistema remuneratório dos servidores públicos deverá observar determinados requisitos, entre os quais, as peculiaridades de cada cargo. (...) Ademais, de acordo com a atual redação do artigo 37, X, da Carta Magna, a remuneração e subsídio dos servidores públicos somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso. (...) (...) entendo que a mencionada regra do inciso X do artigo 37 tem clara conexão com as regras previstas no caput e no §1º do art. 169 da Constituição, que preveem a existência de um limite para as despesas com pessoal dos Entes Públicos e a necessidade de prévia dotação orçamentária para a concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração a servidores públicos. É de se notar que a Constituição Federal, no transcrito §1º do artigo 169, prescreve a necessidade de prévia dotação orçamentária não apenas para o aumento de remuneração de servidores públicos, exigindo-a também para a concessão de qualquer vantagem aos servidores públicos. (...) (...) Releva notar que o fato de o auxílio-alimentação ter caráter eminentemente indenizatório não

infirmar a conclusão acima adotada, na medida em que o artigo 49 da Lei Federal 8.112/90 estabelece expressamente que indenizações configuram espécie de vantagem pecuniária. Em sendo o auxílio-alimentação, pois, vantagem pecuniária, ressoa inequívoco que acerca de sua concessão ou ampliação deve ser aplicada a disciplina consagrada por este Supremo Tribunal Federal para os vencimentos dos servidores públicos em geral, de modo que não há como se admitir que o Poder Judiciário, com fundamento na isonomia, aumente o valor a ser pago a título de auxílio-alimentação. O entendimento plasmado na Súmula Vinculante 37, portanto, é de ser aplicado a quaisquer verbas pagas aos servidores públicos”.

Quanto ao caso concreto, verifica-se que a instância de origem, ao dar provimento ao recurso inominado interposto pelo ora recorrido, servidor do INSS, acolheu pretensão no sentido de se equiparar o valor de auxílio-alimentação a ele devido ao valor do auxílio-alimentação percebido pelos servidores do Tribunal de Contas da União. Registre-se que isso se deu a partir do princípio da isonomia. Para a Turma Recursal, contudo, a medida não violaria a Súmula nº 339/STF, que, como visto, impede o Poder Judiciário de aumentar vencimentos de servidores públicos com base na isonomia. Isso porque a verba em questionamento se destina “a indenizar as despesas do servidor com sua alimentação”. Ora, é notório que o acórdão recorrido não se encontra em harmonia com a orientação da Corte, razão pela qual merece provimento o recurso extraordinário interposto pelo INSS.

Ante o exposto, por **fundamento diverso** acompanho o ilustre Relator, Ministro **Luiz Fux**, para, **excepcionalmente**, superar o óbice da Súmula 281 /STF, tanto para conhecer do recurso extraordinário e, avançando no mérito, dar-lhe provimento, como também quanto à tese de repercussão geral proposta.

É como voto.