

VOTO - VISTA

A Senhora Ministra Cármen Lúcia:

1. Embargos de declaração opostos contra acórdão do Plenário Virtual por meio do qual, este Supremo Tribunal examinou a repercussão geral da questão tratada nestes autos, qual seja, a “ *incidência de contribuição previdenciária sobre os valores pagos pelo empregador ao empregado nos primeiros quinze dias de auxílio-doença* ”.

No julgado embargado, o Ministro Ayres Britto propôs a rejeição da repercussão geral, afirmando tratar-se de matéria infraconstitucional. Naquela data, os Ministros deste Supremo Tribunal manifestaram-se da seguinte forma:

Ministro

Questão Constitucional Repercussão Geral Reafirmação de Jurisprudência MIN. AYRES BRITTO Não há Não há Sim MIN. LUIZ FUX Não há Não há Sim MIN. RICARDO LEWANDOWSKI Não há Não há Sim MIN. MARCO AURÉLIO Há Há Não MIN. CELSO DE MELLO Não há Não há Sim MIN. DIAS TOFFOLI Há Há Não MIN. GILMAR MENDES Há Há Não MIN. CEZAR PELUSO --- MIN. JOAQUIM BARBOSA --- MIN. CÁRMEN LÚCIA ---

Em 30.9.2011, o sistema do Supremo Tribunal Federal lançou andamento processual de “ *Decisão pela inexistência de repercussão geral por se tratar de matéria infraconstitucional* ”, acompanhada da seguinte observação:

“O Tribunal, por maioria, recusou o recurso ante a ausência de repercussão geral da questão, por não se tratar de matéria constitucional, vencidos os Ministros Min. Marco Aurélio, Min. Dias Toffoli e Min. Gilmar Mendes. Não se manifestaram os Ministros Min. Cezar Peluso, Min. Joaquim Barbosa e Min. Cármen Lúcia”.

O Ministro Ayres Britto, relator originário do processo, submeteu o processo ao Plenário, em questão de ordem, antes mesmo da publicação do acórdão. O processo foi retirado de mesa em 19.12.2012, ante a aposentadoria desse Ministro.

2. Em 1º.2.2013, foi juntada aos autos petição da União em 26.10.2011, na qual se alega “ *não ter sido respeitado, pela decisão tomada pelo Plenário Virtual, o quórum qualificado, exigido pelo art. 102, § 3º, da Constituição,*

de manifestação de ao menos 8 ministros (2/3 dos 11 membros do tribunal) no sentido da ausência de repercussão geral da questão jurídica veiculada pelo recurso extraordinário".

Aduz que " ainda que se considerasse a regra do art. 324, § 2º, do Regimento Interno do STF, e, por conseguinte, se contabilizasse a ausência de manifestação de certo Ministro como se manifestação de ausência de repercussão geral fosse, nem assim se teria atingido, na deliberação do Plenário Virtual, o quórum de 8 ministros favoráveis à declaração de inexistência de repercussão geral".

3. *Por determinação do Presidente do Supremo Tribunal Federal na ocasião, Ministro Joaquim Barbosa, os autos foram encaminhados à Secretaria de Tecnologia da Informação para que informassem " sobre os critérios adotados pelo sistema quanto à contagem dos votos ocorrida nos presentes autos e os motivos do andamento processual de 30.09.2011, do qual consta a seguinte informação: 'Decisão pela inexistência de repercussão geral por se tratar de matéria infraconstitucional'".*

A Secretaria de Tecnologia da Informação prestou os seguintes esclarecimentos:

"2) À época, de acordo com as regras implementadas no sistema, a matéria era considerada constitucional se ocorresse o seguinte: a) não existisse mais de oito votos pela opção 'Não há questão constitucional' e b) se a quantidade de votos para a opção 'Há questão constitucional' fosse maior que a soma da quantidade de votos para a opção 'Não há questão constitucional' adicionada à quantidade de ministros que não se manifestaram. Logo, considerando o quadro de votos e as regras vigentes à época, o sistema apurou que a matéria não era constitucional, visto que existiam apenas três votos favoráveis à constitucionalidade da matéria e sete votos contrários (quatro votos para a opção 'Não há questão constitucional' e três ministros que não se manifestaram).

3) Por fim, o sistema gera os andamentos, com o resultado de cada julgamento submetido ao Plenário Virtual, automaticamente após a finalização do julgamento. Para isso, ele utiliza textos pré-configurados que são complementados com os nomes dos ministros que foram contrários ao relator, não se manifestaram, votaram de forma divergente ou que se manifestaram impedidos. Portanto, considerando o quadro de votos e as regras vigentes à época, foi

gerado o texto 'O Tribunal, por maioria, recusou o recurso ante a ausência de repercussão geral da questão, por não se tratar de matéria constitucional, vencidos os Ministros Min. Marco Aurélio, Min. Dias Toffoli e Min. Gilmar Mendes. Não se manifestaram os Ministros Min. Cezar Peluso, Min. Joaquim Barbosa e Min. Cármen Lúcia'."

4. Prestadas as informações, em 24.6.2014, o Ministro Presidente encaminhou os autos ao gabinete do Ministro Luiz Fux, substituto do caso do Ministro Ayres Britto, nos termos do art. 38, inc. IV, al. b, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

O Ministro Fux declarou-se impedido para atuar no feito. Participara do julgamento da causa no Superior Tribunal de Justiça. Os autos foram, então, encaminhados ao Ministro Ricardo Lewandowski, que lavrou acórdão assim ementado, publicado em 28.10.2014:

"REPERCUSSÃO GERAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INCIDÊNCIA SOBRE VALORES PAGOS PELO EMPREGADOR NOS PRIMEIROS QUINZE DIAS DE AUXÍLIO-DOENÇA. AUSÊNCIA DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. INEXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.

I – A discussão sobre a incidência, ou não, de contribuição previdenciária sobre valores pagos pelo empregador nos primeiros quinze dias de auxílio-doença situa-se em âmbito infraconstitucional, não havendo questão constitucional a ser apreciada.

II – Repercussão geral inexistente".

5. Em 10.11.2014, a União reiterou os fundamentos da petição apresentada em 2011, solicitando fosse ela recebida como embargos de declaração, caso se entendesse tratar-se de matéria própria desse recurso.

Em 10.6.2016, o Ministro Edson Fachin, novo relator da causa, determinou a intimação do embargado para manifestar-se sobre os embargos de declaração.

Em atendimento ao despacho, a parte embargada apresentou petição na qual defendeu que " a decisão está de acordo com o quórum estabelecido pelo artigo 143 do Regimento Interno do STF".

Afirma que, nos termos do art. 324, § 2º do mesmo Regimento, " a ausência de pronunciamento (como no presente caso) será considerada como manifestação de inexistência de repercussão geral, autorizando o não conhecimento do recurso se alcançada a maioria de dois terços de seus membros ".

6. Na sessão de 29.6.2017, o Ministro Edson Fachin proferiu voto " acolhendo os embargos de declaração, com efeitos infringentes, para reconhecer o efeito inverso da repercussão geral por ausência do quorum no sentido da afirmação negativa ".

Entendendo que a questão demandava análise aprofundada, até para que fosse verificada eventual necessidade de alteração no sistema informatizado deste Supremo Tribunal, pedi vista dos autos.

7. Como relatado, a Embargante sustenta que, embora conste do acórdão embargado que a repercussão geral da matéria debatida no recurso extraordinário teria sido rejeita, não havia quórum para tanto. Deve-se registrar que o julgamento ocorreu entre 9.9.2011 e 30.9.2011, após a aposentadoria da Ministra Ellen Gracie, em 5.8.2011, e antes da posse da Ministra Rosa Weber, em 19.12.2011, período no qual este Supremo Tribunal Federal contava com apenas dez cargos providos.

Informações constantes do Plenário Virtual dão conta que o Ministro Relator, Carlos Ayres Britto, manifestou-se no sentido da ausência de questão constitucional e de repercussão geral, no que foi expressamente acompanhado pelos Ministros Luiz Fux, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello. Pronunciaram-se pela existência de questão constitucional e de repercussão geral os Ministros Marco Aurélio, Dias Toffoli e Gilmar Mendes.

Não me pronunciei sobre o caso, nem assim os Ministros Cezar Peluso e Joaquim Barbosa. Pela regra do § 2º do art. 324 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, incluído pela Emenda Regimental n. 31/2009, a ausência de pronunciamento foi computada como manifestação pela inexistência de repercussão geral. Deve-se registrar que, em 3.7.2014, o Ministro Luiz Fux declarou seu impedimento, pois havia participado do julgamento da causa no Superior Tribunal de Justiça.

Havia, assim, seis votos pela inexistência de repercussão geral, por se tratar de matéria infraconstitucional, e três votos no sentido da configuração desse requisito de admissibilidade. Ao contrário do que sustenta a Embargante, os seis votos eram, na ocasião, suficientes para a recusa do recurso extraordinário.

8. Com a instituição do Superior Tribunal de Justiça pela Constituição de 1988, foi atribuída a esse Tribunal parte da competência recursal do Supremo Tribunal Federal. Assim, ao Supremo Tribunal Federal “ ficou reservada a suscitação de questões relativas à própria Constituição Federal (art. 102, n^o III, letras a, b e c), enquanto as restantes passaram a ser suscetíveis por meio do recurso especial, cujo julgamento se incluiu na competência do então criado Superior Tribunal de Justiça (art. 105, n^o III, letras a, b e c)” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de processo civil: Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Volume V (arts. 476 a 565). Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 581).

As hipóteses de cabimento dos recursos extraordinário e especial constam, respectivamente, dos arts. 102, inc. III, e 105, inc. III, da Constituição da República:

“Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

(...)

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;*
 - b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;*
 - c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.*
 - d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.*
- (Incluída pela Emenda Constitucional n^o 45, de 2004)”*

“Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

(...)

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;*
- b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional n^o 45, de 2004)*

c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal”.

Desde o advento da Constituição de 1988, não mais compete a este Supremo Tribunal Federal, em recurso extraordinário, examinar questão de direito federal, como, por exemplo, a contrariedade a lei federal ou mesmo a ofensa indireta a norma constitucional.

À luz do desenho institucional delineado pela Constituição do Brasil de 1988 é competente o Superior Tribunal de Justiça para interpretar o direito federal. Sobre esse tema, vale conferir o que assentou o Ministro Sepúlveda Pertence em precedente deste Supremo Tribunal:

“ (...) se a Constituição, explícita ou implicitamente, remete o trato de determinada matéria à lei ordinária, não cabe o recurso extraordinário por contrariedade à Carta Fundamental, se a aferição desta pressupõe a revisão da inteligência e da aplicação dadas à norma inferior interposta.

Cuida-se de verdadeiro axioma da nossa jurisprudência. Afirmou-o o Tribunal, sem vacilações, desde quando, a partir da EC 16/65, se iniciou, nas áreas da Justiça Eleitoral (onde os textos anteriores eram ainda mais restritivos; CF 34, art. 83, § 1º; CF 46, original, art. 120) e da Justiça do Trabalho, a tendência – universalizada pelo regime atual –, de circunscrever o recurso extraordinário à hipótese de contrariedade à Constituição.

(...)

Nenhum temperamento tem merecido o requisito da imediatidade da violação à norma constitucional invocada, sob a Constituição de 1988, que a estendeu – salvo as hipóteses específicas das alíneas b e c do art. 102, III – ao conhecimento da generalidade dos recursos extraordinários – v.g., AgRg 125.934, 27.3.90, Celso de Mello, RTJ 132/455:

‘A ofensa oblíqua da Constituição, inferida de prévia vulneração da lei, não oferece trânsito ao recurso extraordinário. O desrespeito ao texto constitucional, que enseja a interposição do apelo extremo, é aquele direto e frontal, invocado em momento procedimentalmente adequado.’

Parece, ao contrário, que, sob a Lei Fundamental de 1988, a estrita observância dos limites constitucionais do recurso extraordinário se tornou ainda mais imperativa, na medida em que, com a criação do Superior Tribunal de Justiça e do recurso especial – salvo os casos enumerados taxativamente no rol de nossa competência –, a palavra definitiva sobre a inteligência do direito infraconstitucional foi

subtraída, em princípio, da órbita da Corte Suprema e confiada, em cada área, ao respectivo Tribunal Superior” (RE 147.684, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ 2.4.1993).

No mesmo sentido, consignou o Ministro Sydney Sanches:

“ (...) se o Supremo Tribunal Federal tivesse de interpretar as normas infraconstitucionais, inclusive de caráter processual, para só então poder concluir, eventualmente, pela violação de norma constitucional, estaria usurpando a competência que a Constituição reserva ao Superior Tribunal de Justiça, para, em Recurso Especial, decidir se o acórdão recorrido contrariou, ou não, lei federal, infraconstitucional, ou lhe negou vigência (art. 102, III, ‘a’) ou lhe deu interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal (art. 102, III, ‘c’) ” (AI 142.062-AgR, Relator Ministro Sydney Sanches, Primeira Turma, DJ 20.2.1998).

Nesse contexto, a existência de questão de direito constitucional configura requisito de admissibilidade do extraordinário, sem o qual não há de ser conhecido o recurso.

É pacífica, nesse sentido, a jurisprudência deste Supremo Tribunal: AI 137.201-AgR, Relator Ministro Ilmar Galvão, Primeira Turma, DJ 4.12.1992; RE 214.289, Relator Ministro Nelson Jobim, Segunda Turma, DJ 27.3.1998; AI 171.020-AgR, Relator Ministro Celso de Mello, Primeira Turma, DJ 19.10.2001; RE 436.764-ED, Relator Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJ 30.6.2006; RE 467.462-AgR, Relatora Ministra Ellen Gracie, Segunda Turma, DJe 7.2.2011; ARE 910.691-AgR, Relator Ministro Dias Toffoli, Segunda Turma, DJe 7.3.2016; ARE 939.434-ED, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe 13.6.2016.

9. Com a Emenda Constitucional n. 45/2004, foi criado mais um requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, qual seja, a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, possibilitando a este Supremo Tribunal a sua recusa por manifestação de dois terços de seus membros:

“Art. 102. (...)

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso,

somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)”.

Ao regulamentar essa norma constitucional, o legislador dispôs que o Supremo Tribunal Federal teria de considerar, para efeito de repercussão geral, “ *a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa* ” (art. 543-A, § 1º, do Código de Processo Civil de 1973). A norma manteve-se praticamente inalterada no Código de Processo Civil de 2015 (art. 1.035, § 1º).

O legislador optou, como apontam Marinoni e Mitidiero, por indicar o binômio relevância e transcendência como parâmetros para fins de reconhecimento da repercussão geral da controvérsia pelo Supremo Tribunal Federal (MARINONI, Luiz Guilherme; Mitidiero, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 38).

10. Embora a existência de questão de direito constitucional e a repercussão geral da matéria configurem requisitos de admissibilidade do recurso extraordinário, decorre da literalidade do art. 102, § 3º, da Constituição da República ser aquele requisito pressuposto para o exame deste, pois essa norma constitucional refere-se à demonstração da “ *repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso* ”.

Ao comentarem o art. 102, § 3º, da Constituição em sede doutrinária, o Ministro Gilmar Mendes e Lênio Luiz Streck defendem que, ainda que determinada matéria apresente relevância econômica, política ou social, não pode o Supremo Tribunal Federal sobre ela se debruçar, em recurso extraordinário, se não tratar de ofensa direta a normas constitucionais:

“ (...) *adverte-se que, ainda que uma questão jurídica possa ser relevante do ponto de vista econômico, político ou social, caso ela não configure primeiro uma infração imediata a dispositivos constitucionais (lembremos que o STF já não vinha admitindo recursos extraordinários com base em violação dita reflexa à Constituição), ela não deverá chegar ao Supremo. Pelo menos não via recurso extraordinário* ” (MENDES, Gilmar Ferreira; STRECK, Lênio

Luiz. Comentário ao Art. 102, § 3º. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; et al. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 1.409).

Assim, o exame da existência ou não da existência de questão constitucional no recurso extraordinário é logicamente antecedente à análise da repercussão geral da matéria. Constatando-se que o recurso trata de matéria infraconstitucional ou de ofensa indireta à norma constitucional, sequer se pode cogitar de apreciação da repercussão geral.

São expressas, nesse sentido, a norma do art. 323 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, alterada pelas Emendas Regimentais ns. 21 /2007 e 42/2010:

“Art. 323. Quando não for caso de inadmissibilidade do recurso por outra razão, o(a) Relator(a) ou o Presidente submeterá, por meio eletrônico, aos demais ministros, cópia de sua manifestação sobre a existência, ou não, de repercussão geral. (Redação dada pela Emenda Regimental n. 42, de 2 de dezembro de 2010)”.

Como assentado pela Primeira Turma deste Supremo Tribunal, em julgamento no qual acompanhei o Relator, a repercussão geral pressupõe recurso extraordinário admissível com relação às demais condições de admissibilidade:

“ PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. EQUIPARAÇÃO SALARIAL. DELEGADOS DE POLÍCIA E PROCURADORES ESTADUAIS. LEI ESTADUAL N. 9.696/95. ANÁLISE DE LEGISLAÇÃO LOCAL. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO DA SÚMULA N. 280 DO STF. DECISÃO QUE SE MANTÉM POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.

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 CF).

2. O direito local acaso violado por decisão judicial não autoriza a interposição de recurso extraordinário. Precedentes: ARE 669.395-AgR, decisão monocrática, Rel. Min. Ayres Britto, DJe 11.4.2012 e o RE 441.036-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 15.5.2005.

(...)

4. *Agravo Regimental desprovido* ". (ARE 682.601-AgR, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 21.8.2012)

Nesse mesmo sentido, Araken de Assis sustenta que a repercussão geral situa-se, quanto à admissibilidade do recurso extraordinário, como o último dos requisitos passíveis de controle antes do julgamento de mérito:^{#8220px}; *Inconfundível que seja a repercussão geral com as demais condições, quer com as hipóteses de cabimento do art. 102, III, a até d, da CF/1988, quer com as da lei ordinária, poderosas razões de economia recomendam que tal juízo aconteça após o relator declarar preenchidos tais requisitos. E, realmente, de modo algum a melhor opção localizará a repercussão geral como requisito prévio às demais condições de admissibilidade. É preciso conjugá-la com o princípio da economia, que exige obtenção de resultados máximos com o mínimo de esforço e, principalmente, com as peculiaridades da mecânica do julgamento dos recursos, hoje afeta ao relator (art. 557). Assim declara o art. 323 do RISTF, na redação da ER 21, de 30.04.2007: 'Quando não for o caso de inadmissibilidade do recurso...'. Assim, o relator só levará a questão vertida no extraordinário ao tribunal, para avaliar a repercussão geral – competência exclusiva do órgão colegiado –, após o exame das condições gerais de admissibilidade, e mesmo na Turma (ou no plenário) tal verificação precederá aquela – nada impede que a falta de algum requisito escape à atenção do relator. Por outro lado, pouco adiantaria o órgão colegiado manifestar-se positivamente quanto à repercussão geral da questão ventilada no recurso para, ato contínuo, deixar de conhecê-lo, por intempestivo. O paradoxal desfecho aponta o acerto da solução aqui defendida. Em síntese, a repercussão geral situa-se, no terreno da admissibilidade do extraordinário, não como o primeiro, mas como o último dos requisitos passíveis de controle antes de o STF passar ao julgamento do mérito do recurso* " (ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos* . 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 771-772).

11. Desenvolveu-se na jurisprudência deste Supremo Tribunal a orientação de que, constatada a ausência de questão constitucional no recurso extraordinário, legítima é a aplicação dos efeitos da inexistência de repercussão geral, pois esta pressupõe ser matéria constitucional. Esse entendimento firmou-se no julgamento da Repercussão Geral no Recurso Extraordinário n. 584.608 (Relatora Ministra Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJe 13.3.2009, Tema 144 da repercussão geral), cuja ementa é a seguinte:

“Rescisão do contrato de trabalho. Diferença decorrente da incidência dos expurgos inflacionários reconhecidos pela LC 110/2001 na multa de 40% sobre os depósitos do FGTS. Responsabilidade do empregador. Prescrição. Matéria infraconstitucional. Precedentes. Inexistência de repercussão geral em face da impossibilidade de exame de alegação de ofensa indireta à Constituição Federal em recurso extraordinário”.

A Ministra Ellen Gracie observou, então, que a criação da repercussão geral se deu *“ em face de um preocupante crescimento do já há muito desumano volume de recursos extraordinários interpostos ”*, com a finalidade de *“ que esta Corte não fosse mais obrigada a se manifestar centenas de vezes sobre uma mesma matéria (...) ”*.

Afirmou ser objetivo da sistemática verificar *“ no universo de temas constitucionais existentes, quais deles poderão ser analisados no controle difuso (...) ”*, pelo que, com relação às demais matérias, pode-se, por exclusão, reconhecer-se a ausência de repercussão geral das questões constitucionais discutidas.

Enfatizou que, *“ se se chega à conclusão de que não há questão constitucional a ser discutida, por estar o assunto adstrito ao exame da legislação infraconstitucional, por óbvio falta ao caso elemento de configuração da própria repercussão geral ”*.

O requisito instituído pela Emenda Constitucional n. 45/2004, continuou a Ministra Ellen, *“ não exige apenas uma ‘repercussão geral’ num sentido amplo e atécnico da expressão, mas uma repercussão geral juridicamente qualificada pela existência de uma questão constitucional a ser dirimida ”*.

Concluiu *“ ser possível aplicar os efeitos da ausência da repercussão geral tanto quando a questão constitucional debatida é de fato desprovida da relevância exigida como também em casos como o presente, no qual não há sequer matéria constitucional a ser discutida em recurso extraordinário ”*.

Nos termos dessa fundamentação, este Supremo Tribunal, por maioria, recusou, no caso, o recurso extraordinário pela inexistência de repercussão geral, vencido o Ministro Marco Aurélio.

Desde então, este Supremo Tribunal tem concluído, em inúmeros casos, ausente repercussão geral em recursos extraordinários nos quais não se debatia questão constitucional, como decidido na Repercussão Geral no Recurso Extraordinário n. 584.608.

Confirmam-se, por exemplo, os seguintes precedentes: RE 944.250-RG, Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 2.6.2017; RE 944.245-RG, Relator Ministro Edson Fachin, Tribunal Pleno, DJe 20.2.2017; RE 983.765-RG, Relator Ministro Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe 10.2.2017; ARE 881.383-RG, Relator Ministro Teori Zavascki, Tribunal Pleno, DJe 21.5.2015; RE 655.466-RG, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe 1º.8.2014; ARE 777.373-RG, Relator Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJe 28.4.2014; RE 608.379-RG, Relatora Ministra Rosa Weber, Tribunal Pleno, DJe 7.6.2013; ARE 699.362-RG, Relator Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe 6.6.2013; RE 688.984-RG, Relator para o acórdão Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJe 26.4.2013; RE 631.444-RG, Relator Ministro Ayres Britto, Tribunal Pleno, DJe 8.11.2012; RE 686.143-RG, Relator Ministro Cezar Peluso, Tribunal Pleno, DJe 11.9.2012; RE 599.903-RG, de minha relatoria, Tribunal Pleno, DJe 11.9.2009.

12. O posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Repercussão Geral no Recurso Extraordinário n. 584.608 acarretou a alteração do art. 324 de seu Regimento Interno. Esse dispositivo regulamentava, na norma da Emenda Regimental n. 21/2007, o procedimento adotado pelo Tribunal para o exame da repercussão geral de determinado recurso extraordinário, prevendo que, decorrido o prazo de vinte dias sem manifestações suficientes para a recusa do apelo, reputar-se-ia existente a repercussão geral:

“Art. 324. Recebida a manifestação do(a) Relator(a), os demais ministros encaminhar-lhe-ão, também por meio eletrônico, no prazo comum de 20 (vinte) dias, manifestação sobre a questão da repercussão geral. (Redação dada pela Emenda Regimental n. 21, de 30 de abril de 2007)

Parágrafo único. Decorrido o prazo sem manifestação suficientes para recusa do recurso, reputar-se-á existente a repercussão geral. (Incluído pela Emenda Regimental n. 21, de 30 de abril de 2007)“.

A Emenda Regimental n. 47/2009 incluiu no art. 324 o § 2º, que dispunha que, quando o Ministro Relator declarasse ser a matéria infraconstitucional, a ausência de pronunciamento dos demais ministros no prazo de vinte dias seria considerada como manifestação pela inexistência da repercussão geral:

“Art. 324. (...)

§ 2º Não incide o disposto no parágrafo anterior quando o Relator declare que a matéria é infraconstitucional, caso em que a ausência de pronunciamento no prazo será considerada como manifestação de inexistência de repercussão geral, autorizando a aplicação do art. 543-A, § 5º, do Código de Processo Civil. (Incluído pela Emenda Regimental n. 31, de 29 de maio de 2009)”.

Em 2012, a norma do § 2º foi alterada pela Emenda Regimental n. 47, passando a dispor que, quando o Ministro Relator declarasse que a matéria era infraconstitucional, a inexistência de repercussão geral da matéria seria pronunciada somente se alcançada a maioria de dois terços dos membros do Tribunal:

“Art. 324. (...)

§ 2º Não incide o disposto no parágrafo anterior quando o Relator declare que a matéria é infraconstitucional, caso em que a ausência de pronunciamento no prazo será considerada como manifestação de inexistência de repercussão geral, autorizando a aplicação do art. 543-A, § 5º, do Código de Processo Civil, se alcançada a maioria de dois terços de seus membros. (Redação dada pela Emenda Regimental n. 47, de 24 de fevereiro de 2012)”.

13. Na espécie, a manifestação de inexistência de repercussão geral em razão da natureza infraconstitucional da matéria foi submetida pelo Ministro Ayres Britto aos demais membros do Tribunal em 9.9.2011. Vigorava, então, a norma do art. 324, § 2º, do Regimento Interno incluída pela Emenda Regimental n. 31/2009, que não exigia o quórum qualificado de dois terços.

Esse quórum também não decorria ou decorre da interpretação da norma do art. 102, § 3º, da Constituição da República, pois o quórum qualificado previsto nesse dispositivo respeita às hipóteses de inexistência de repercussão geral, isto é, quando este Supremo Tribunal entende que

determinada controvérsia constitucional não preenche os requisitos de relevância ou transcendência.

Situação diversa é aquela em que o Supremo Tribunal Federal manifesta-se pela ausência de questão constitucional no recurso extraordinário e assenta, no caso, incidirem os efeitos da inexistência de repercussão geral. Não há, então, análise da repercussão geral da matéria, pois o recurso extraordinário sequer trata de questão constitucional.

14. Nessa mesma linha de entendimento foi a decisão tomada por este Supremo Tribunal ao rejeitar, por unanimidade, os embargos de declaração opostos contra o acórdão proferido no Recurso Extraordinário 607.607 (Relator Ministro Marco Aurélio, Relator para o acórdão Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJe 3.5.2013, Tema 347).

No acórdão embargado, este Supremo Tribunal, por sete votos, reconsiderou decisão anterior do Plenário Virtual que reconheceu a repercussão geral da matéria para não conhecer do recurso extraordinário, por tratar de “ *matéria afeta à interpretação da legislação infraconstitucional e do direito local, cuja discussão revela-se incabível na instância extraordinária* ”.

Nos embargos de declaração, o Embargado alegou a violação do quórum qualificado previsto no art. 102, § 3º, da Constituição, tese rechaçada pelo Ministro Luiz Fux sob o argumento de que o não conhecimento do recurso extraordinário por inexistência de ofensa constitucional direta não exige manifestação de dois terços dos membros do Tribunal:

“ (...) não se exige a observância do quórum de 2/3, consoante defendido pelo Recorrente, porquanto não se negou, na hipótese vertente, a repercussão geral contrariamente ao que anteriormente decidido. O fundamento do não conhecimento do Recurso Extraordinário foi outro, qual seja, o da inexistência de ofensa direta ao texto constitucional, na medida em que o recurso reclamaria a análise da legislação infraconstitucional e do direito local ” (RE 607.607-ED, Relator Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJe 12.5.2014).

O Ministro Fux sustentou, ademais, que, embora o caso não se enquadrasse nas previsões dos §§ 2º e 3º do art. 543-B do Código de Processo Civil de 1973, o art. 543-B incidiria de forma a impedir que novos recursos extraordinários sobre a mesma matéria fosse admitidos pelo Supremo Tribunal Federal:

“(...) o decisum recorrido não se subsume ao que previsto nos §§2º e 3º do art. 543-B do CPC com o alcance pretendido pelo Embargante, porquanto não foi negada a existência de Repercussão Geral outrora reconhecida. Ao revés, a repercussão foi reconhecida pelo Plenário Virtual desta Corte, sem que o contrário tivesse sido afirmado pelo Plenário físico. A despeito de se tratar de tema relevante do ponto de vista econômico, político, social e jurídico que ultrapassa os interesses subjetivos da causa, o não conhecimento do recurso extraordinário interposto pelo Recorrente decorreu de outro fundamento, qual seja, a ofensa reflexa.

Sob outro enfoque, diante do reconhecimento da existência de repercussão geral, acompanhado do entendimento de que, no caso apreciado pelo Plenário físico, se está diante de ofensa reflexa, o art. 543-B incidirá de modo a impedir que novos recursos extraordinários sobre o mesmo tema sejam admitidos por esta Corte. Trata-se de um corolário lógico e necessário decorrente do reconhecimento de que o thema decidendum está adstrito a controvérsia em nível infraconstitucional”.

Esclarecedora, ainda, a manifestação do Ministro Roberto Barroso nesse mesmo julgamento:

“(...) é inteiramente impertinente a invocação do art. 102, § 3º, da Constituição Federal. O quórum de dois terços nele previsto incide apenas nos casos de rejeição do recurso extraordinário por inexistência de repercussão geral, sendo inaplicável às outras causas de inadmissibilidade do recurso. No caso, o recurso extraordinário não foi conhecido porque a questão debatida seri ‘afeta à interpretação da legislação constitucional e do direito local’ – motivo que autoriza uma negativa de seguimento até mesmo por decisão monocrática. Se o próprio relator pode inadmitir o recurso em decisão singular nessas hipóteses, é evidente que o quórum qualificado do art. 102, § 3º, não incide aqui”.

15. Observo que, no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo n. 672.411 (de minha relatoria, Tribunal Pleno, iniciado em 21.10.2016),

manifestei-me no sentido da higidez da votação na qual se assentou a inexistência de repercussão geral no processo agora examinado, tendo sido, então, acompanhada pelos Ministros Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, Edson Fachin, Luiz Fux e Gilmar Mendes. Pediu vista dos autos o Ministro Roberto Barroso.

16. Pelo exposto, peço vênia para **rejeitar os embargos de declaração**, considerando irreparável a decisão deste Supremo Tribunal que assentou inexistente repercussão geral na matéria debatida no recurso extraordinário.

Plenário Virtual - minuta de voto - 21/08/20 00:00