

VOTO

O Senhor Ministro Dias Toffoli (Relator):

Os presentes embargos de declaração têm o fito de rever a proclamação de julgamento levado a cabo pelo Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal, de modo a reverter acórdão em que restou consignada a existência de repercussão geral. Após detida análise do tema e revisitação a posicionamentos recentes, não apenas pessoais, mas também de outros integrantes da Corte, encontro-me convencido de que o recurso aclaratório merece prosperar. E explico o porquê, não sem antes proceder a uma breve contextualização.

Trata-se, na hipótese, de recurso extraordinário em que se controverte acerca do momento em que deve ser suspenso o pagamento do abono de permanência a servidores que pleiteiam a aposentadoria voluntária: se no momento do protocolo do requerimento de jubilação ou se no aperfeiçoamento do ato de aposentadoria.

Vislumbrando, na questão, densidade constitucional, extrapolação dos interesses subjetivos das partes, significativo impacto sobre as finanças públicas atuais e futuras, relevância para a Administração Pública brasileira e para os servidores públicos em geral e tendo em conta, ainda, que o tema do abono de permanência já havia sido alvo de exame desta Corte, ainda que sob outra perspectiva, entendi por bem submeter o presente processo ao crivo do Plenário Virtual, a fim de que se consultasse o Colegiado quanto à presença de repercussão geral.

E assim foi feito. Disponibilizada manifestação para exame em 20/5/16, o julgamento pelo Plenário Virtual encerrou-se em 10/6/16, sendo este o resultado da votação:

“O Tribunal, **por maioria**, reputou constitucional a questão, **vencidos os Ministros Teori Zavascki, Celso de Mello, Gilmar Mendes, Edson Fachin, Rosa Weber e Roberto Barroso**. Não se manifestou a Ministra Cármen Lúcia. O Tribunal, **por maioria**, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, **vencidos os Ministros Teori Zavascki, Celso de Mello, Gilmar Mendes, Edson Fachin, Rosa Weber e Roberto Barroso**. Não se manifestou a Ministra Cármen Lúcia” (destaques nossos).

O panorama é portanto, de forma sintética, o seguinte: exposta a proposta de reconhecimento de repercussão geral, esta foi considerada aprovada, numa leitura equivocada, em meu entender, do que efetivamente julgou esta Suprema Corte, visto que seis (6) Ministros votaram, expressamente, pela ausência de questão constitucional, quatro (4), existência de questão constitucional e um (1) quedou-se silente, tendo-se aplicado a previsão do art. 324 do RISTF vigente à época, inferindo-se que o silêncio deve ser compreendido como manifestação pela ocorrência de transcendência e relevância.

É certo que a sistemática da repercussão geral da questão constitucional foi implementada por força do art. 102, § 3º, da Constituição da República, que estabelece quórum qualificado de oito (8) votos para o afastamento de sua presunção.

O referido dispositivo constitucional, ao dispor sobre o mínimo de votos necessário para afastar a presunção em comento, faz expressa menção apenas à repercussão geral, nada aduzindo, de forma explícita, acerca de uma condição que, a meu ver lhe é anterior: a ocorrência de tema dotado de envergadura constitucional.

Penso que a questão é de clareza solar. Todo recurso extraordinário somente pode ser julgado em seu mérito se houver questão constitucional a ser decidida, pois suas hipóteses de cabimento estão expressamente estabelecidas na alínea III do art. 102 da Carta da República. Como bem assentou o eminente Ministro **Roberto Barroso** no RE nº 607.607/RS-ED,

“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 seria *‘afeta à interpretação da legislação infraconstitucional e do direito local’* - motivo que autoriza uma negativa de seguimento até mesmo por uma 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.”

O julgado do Plenário Virtual, sem dúvida, configura uma situação curiosa e, de certa forma, paradoxal, mas não exatamente nova para esta Corte.

Por ocasião do julgamento do RE nº 729.884/RS, também submetido à sistemática da repercussão geral, inquietação semelhante foi colocada ao Colegiado. Naquela oportunidade, propus aos colegas o exame da repercussão geral do seguinte assunto: “imposição ao INSS, nos processos em que figure como parte ré, do ônus de apresentar cálculos de liquidação do seu próprio débito”.

Referida proposta foi aprovada pelo Plenário Virtual em circunstâncias deveras assemelhadas às do presente caso: seis Ministros posicionaram-se pela carência de questão constitucional e cinco pela inexistência de questão constitucional.

Ocorre que essa peculiaridade não passou despercebida na deliberação de mérito, em sessão realizada em 23 de junho de 2016. Em verdade, o Colegiado não só retomou tal discussão como, após longo debate - do qual resultou inclusive proposta de alteração do Regimento Interno desta Corte – reformou a proclamação anterior anterior, decidindo-se pela inexistência de questão constitucional e, por conseguinte, de repercussão geral da matéria, do que resultou o não conhecimento do apelo extremo sob apreço naquele momento.

Estas as ponderações por mim tecidas em voto proferido naquela oportunidade, na parte que interessa:

“Ocorre que, após melhor reflexão, cheguei à conclusão de que não há fundamentos para a manutenção do entendimento de que se trata de questão constitucional que exige o julgamento do mérito da repercussão geral por esta Corte Suprema. Essa reflexão se deu, em especial, pelo resultado da votação no plenário virtual, concluído o julgamento em 27 de setembro de 2012. Observei que votaram pela ausência de questão constitucional os ministros **Celso de Mello, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Luiz Fux, Rosa Weber e Ayres Brito**, não tendo se manifestado na oportunidade sobre essa questão os Ministros **Gilmar Mendes, Joaquim Barbosa e Cármen Lúcia**, o que nos faz concluir que a maioria dos Ministros desta Corte (6) votaram expressamente pela ausência de questão constitucional (**vide** acórdão).

Parece-me correto, após detida análise dos autos, afirmar que a decisão objurgada apenas realizou interpretação sobre regras infraconstitucionais, quais sejam, o art. 17 da Lei nº 10.259/2001, de dispositivos da Lei nº 9.099/95 e do Código de Processo Civil, e sobre a aplicação do Enunciado nº 52 das Turmas Recursais Seção Judiciária do Rio de Janeiro.

(...)

Concluo, portanto, que, se não há controvérsia constitucional a ser dirimida nesse recurso extraordinário, é patente a ausência de repercussão geral, uma vez que essa, indubitavelmente, pressupõe a existência de matéria constitucional passível de análise por esta Corte.

Ante o exposto, firme no entendimento de que a pretensão deduzida repousa apenas na esfera da legalidade, sem prejuízo das razões jurídicas e teses que venham a ser analisadas e decididas na ADPF nº 219, manifesto-me pela inexistência de questão constitucional e, por conseguinte de repercussão geral. Não conheço, portanto, do recurso extraordinário. ”

Alguns pares externaram idêntica convicção:

“ O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Presidente, se me permite, estou de pleno acordo. Eu concordo.

Eu até já tinha circulado lá atrás, e posso mandar para Vossas Excelências – se estiverem de acordo, até propomos em conjunto -, que é apenas trocar dois terços por simples. O artigo 324, § 2º, do nosso Regimento, que cuida da Repercussão Geral, diz assim (o *caput* disciplina a Repercussão Geral):

‘§ 2º Não incide o disposto no parágrafo anterior quando o Relator declare que matéria é infraconstitucional, caso em que a ausência de pronunciamento no prazo será considerada como manifestação de inexistência de repercussão geral, ..., se alcançada a maioria e dois terços de seus membros.’

O problema, como disse o Ministro Toffoli, e eu estou de acordo, é que só é preciso o *quorum* de dois terços, pela Constituição, para recusar repercussão geral de matéria constitucional. Se a matéria não é constitucional, pode-se recusar por maioria simples. Portanto, acho que é só trocar dois terços por simples.

(...)

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Não, não, tem um efeito prático relevante: se você diz que é infraconstitucional por maioria e em repercussão geral, aquela matéria não sobe mais; tem um efeito prático.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Pois é, isso é que eu ia dizer. Pode-se dar repercussão geral ao não conhecimento, porque, então, não subiria mais. Mas, para se dar repercussão geral ao não conhecimento ...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Não, a gente nega a repercussão geral, porque, na medida em que você diga que é infraconstitucional, você negou repercussão geral.

(...)

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Mas, no Plenário Virtual, votaram por não considerar a matéria infraconstitucional. O Ministro Celso de Mello...

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Pois é, mas, não raro, Ministro Barroso, eu também me pronunciei.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Vossa Excelência também. Então, seis Ministros consideraram que não é constitucional.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Mas, muitas vezes, nós, aqui no Plenário presencial, dizemos que não estamos vinculados ao que decidimos no Plenário Virtual.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR): Sim, tanto é que eu mesmo estou mudando de posição.”

Consoante se nota, lá, como aqui, em que pese a maioria absoluta dos colegas tenha votado pela ausência de questão constitucional, em virtude do regramento contido no Regimento Interno do STF passou-se à contagem dos votos quanto à existência ou não da repercussão geral. E por não terem sido contabilizados os oito votos necessários para afastá-la, a proposta acabou sendo aprovada.

Posteriormente, ao examinar a questão de maneira mais minuciosa, a Corte entendeu por bem retificar sua proclamação reconhecendo a existência de uma relação de prejudicialidade entre um requisito e outro, **bem como a inadequação de se aplicar à exigência da questão constitucional o quórum qualificado previsto expressamente apenas para a repercussão geral.**

O que esse julgamento deixou transparecer foi não só um incômodo da Corte com aquela dinâmica, como o efetivo reconhecimento de que esta necessita ser revista, por revelar-se incoerente e contrária à vontade constitucional. Esse incômodo voltou a se repetir no RE nº 584.247/RO e, agora, neste recurso extraordinário. É por isso que, lastreado na convicção externada no mencionado RE nº 729.884/RS e ante a evidente identidade com a hipótese que ora se aprecia, estou a acolher estes embargos declaratórios.

Como é de todos conhecido, o recurso extraordinário é de fundamentação vinculada e exige uma série de requisitos de

admissibilidade, como o prévio exaurimento das instâncias ordinárias, a indicação de ofensa direta à Constituição, o prequestionamento de seus temas e dos dispositivos constitucionais pretensamente violados.

Não foi por outro motivo que o art. 323, **caput** do RISTF dispôs que “[q]uando 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.”

Penso que a primeira coluna do Plenário Virtual, em que se colhem os votos dos Ministros sobre a existência ou não de “[q]uestão [c]onstitucional”, merece ser prestigiada, devendo seu resultado ser levado em consideração de forma apropriada, a partir de uma leitura constitucional. Decidindo expressamente a **maioria absoluta** dos Ministros da Corte, ou seja, havendo **no mínimo seis votos pela inexistência de questão constitucional e, portanto, por se tratar de matéria infraconstitucional, os efeitos jurídicos devem ser os mesmos do § 2º do art. 324 do RISTF, na redação vigente à época:**

“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” (destaque nosso).

Acentue-se, também, que o art. 102, § 3º, apregoa que “ **o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais** ”; a premissa da repercussão geral é, portanto, o envolvimento de matéria constitucional. Conforme explicitou a Ministra **Ellen Gracie**,

“[s]e 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. Não é demais lembrar que o requisito introduzido pela Emenda 45 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” (RE nº 606.607/RS).

Nessas situações, diante da sistemática da repercussão geral insculpida pela Constituição Federal, a qual exige o afastamento da repercussão geral pela maioria de dois terços dos votos dos Ministros desta Suprema Corte para gerar os efeitos constitucionais que impedem a subida de novos recursos sobre o mesmo tema julgado e para garantir os efeitos **erga omnes** da decisão do Tribunal sobre o tema – ainda que seja para afirmar que a questão posta é infraconstitucional –, a solução há de ser a do dispositivo acima indicado.

Conforme entendimento reiterado desta Suprema Corte, uma vez decidida pela ausência de natureza constitucional, **há que se concluir, portanto, que, com a votação expressa da maioria absoluta dos Ministros pela ausência de questão constitucional ou quando eventual ofensa à Constituição Federal se der de forma indireta ou reflexa, é cabível a atribuição dos efeitos da declaração de ausência de repercussão geral e, por consequência, dos efeitos do art. 1.035, § 8º, do Código de Processo Civil em vigor** (revogado art. 543-A, § 5º, do CPC/1973).

Quanto à viabilidade do acolhimento destes embargos de declaração para modificação do resultado da decisão do Plenário Virtual, registro que o Supremo Tribunal Federal, em oportunidades anteriores, decidiu que, mesmo admitida a repercussão geral por deliberação eletrônica, o Tribunal Pleno, em sessão presencial ou virtual, pode deliberar pelo não conhecimento do recurso extraordinário caso vislumbre a ocorrência de óbice não superado a sua admissibilidade. Foi o que consignou o Ministro **Luiz Fux** na relatoria do RE nº 607.607/RS-ED:

“Entretanto, o fato de o STF ter reconhecido, através do Plenário Virtual, a repercussão geral da matéria debatida nestes autos não fossiliza a compreensão da Corte sobre o tema, e muito menos impede que, no julgamento do conflito, se reconheça que outro obstáculo não foi superado, qual seja, o fato de a matéria exigir a interpretação de legislação infraconstitucional e direito local.”

Semelhante opinião esboçou o Ministro **Celso de Mello**, para quem,

“o Tribunal está a esclarecer que a deliberação do Plenário *virtual* **não impede** que o Plenário *presencial*, dispondo em sentido contrário, **reconheça inexistente** o *caráter constitucional* da questão jurídica posta em julgamento. **Ou, em outras palavras, a anterior** manifestação do Plenário *virtual* **não** condiciona **nem** configura hipótese de

preclusão consumativa, de tal modo que inexist obstáculo processual a que esta Suprema Corte delibere, *aqui e agora*, em sentido diverso daquele que resultou de sua anterior manifestação em Plenário *virtual*” (RE nº 607.607/RS-ED).

Como elucidado, é plenamente possível a revisitação do conhecimento do recurso extraordinário para o qual já se tenha reconhecido a repercussão geral. Isso se deve ao fato de a deliberação eletrônica reconhecidamente não vincular os Plenários Presencial ou Virtual, no julgamento em lista, para fins de reanálise de pressupostos de admissibilidade do apelo extremo.

O reconhecimento da repercussão geral não implica, nem poderia implicar, a obrigação irreatável de se proceder ao exame do mérito da irresignação – isso não só porque a Corte pode alterar seu posicionamento relativamente a algum óbice formal, mas também pela própria forma como ocorre a análise da proposta pelos Ministros.

Conforme sabiamente pontuou o saudoso Ministro **Teori Zavascki** no já mencionado RE nº 607.607/RS-ED,

“[o] juízo sobre a existência de repercussão geral, realizado no âmbito do chamado ‘Plenário Virtual’, deve ser compreendido como primeira etapa do juízo de admissibilidade do recurso extraordinário e, portanto, como etapa preliminar de seu julgamento que se completa: **a)** com o exame dos demais requisitos de admissibilidade, ainda não examinados pelo Plenário; e **b)** com o exame de mérito do recurso”.

Ou seja, o reconhecimento da repercussão geral é o início do julgamento do recurso extraordinário e sua ida ao Plenário presencial ou sua ulterior submissão a sistemática ao julgamento de processos em lista nas sessões virtuais nos termos da resolução 642/2019, a continuidade de seu julgamento. Dessa forma – como se extrai dos precedentes da Corte – , até sua final deliberação, os votos já proferidos podem ser revistos e modificados.

Demonstrada, portanto, a não vinculatividade do Plenário Virtual e reconhecida a possibilidade de modificação **a posteriori** da deliberação nele ocorrida – contanto que fundamentada – , entendo que este recurso é de ser acolhido, a fim de que o resultado do julgamento não só guarde racionalidade, como também se descortine consentâneo tanto com a vontade constitucional como com a decisão dos Ministros dessa Suprema

Corte, os quais, por maioria absoluta de votos, entenderam que a matéria **sub judice** não envolve questão constitucional.

Pois bem. Em suma, reitero que, constatado ter a maioria absoluta dos membros da Corte votado no sentido de não haver questão constitucional no tema em alusão, isso é suficiente para se reconhecer que se aplicam a ele os efeitos da ausência de repercussão geral.

Registre-se que esse entendimento foi agasalhado nas recentes alterações do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Na sessão administrativa que se findou em 1º/07/2020, foi aprovada proposta de emenda regimental do Ministro **Roberto Barroso**, com acréscimo por mim sugerido, Processo SEI 008517/2020, para que o art. 324 do RISFT passe a vigorar com os seguintes §§ 1º, 2º, 3º e 4º:

“Art. 324 (...)

§ 1º Somente será analisada a repercussão geral da questão se a maioria absoluta dos ministros reconhecerem a existência de matéria constitucional.

§ 2º A decisão da maioria absoluta dos ministros no sentido da natureza infraconstitucional da matéria terá os mesmos efeitos da ausência de repercussão geral, autorizando a negativa de seguimento aos recursos extraordinários sobrestados na origem que versem sobre matéria idêntica .

§ 3º O ministro que não se manifestar no prazo previsto no caput terá sua não participação registrada na ata do julgamento.

§ 4º Não alcançado o quórum necessário para o reconhecimento da natureza infraconstitucional da questão ou da existência, ou não, de repercussão geral, o julgamento será suspenso e automaticamente retomado na sessão em meio eletrônico imediatamente seguinte, com a coleta das manifestações dos ministros ausentes.

§ 5º No julgamento realizado por meio eletrônico, se vencido o relator, redigirá o acórdão o ministro sorteado dentre aqueles que dele divergiram ou não se manifestaram, a quem competirá relatar o caso para o exame do mérito ou de eventuais incidentes processuais”.

De mais a mais, reafirmo a orientação prevalecente no RE nº 607.607/RS-ED de que o reconhecimento da repercussão geral da matéria no Plenário Virtual não impede o “superveniente julgamento pelo Pleno desta Corte no sentido do não conhecimento do Recurso extraordinário com fundamento na exigência de interpretação de legislação infraconstitucional e do direito local”.

Por fim, anote-se que questão similar a esta será objeto de julgamento por este Plenário no RE nº 611.505/SC-ED.

Posto isso, conheço destes embargos de declaração e a eles dou provimento para reconhecer que o Tribunal, por maioria de votos, reputou infraconstitucional a questão posta, do que decorre a ausência de repercussão geral da questão suscitada, nos termos do art. 1.035 do CPC. Por conseguinte, não conheço do extraordinário.

Plenário Virtual - minuta de voto - 14/08/2020 00:00