

JOÃO BATISTA DE FIGUEIREDO

*Procurador da Fazenda Nacional
Coordenador de Consultoria Judicial*

EMENTA: Acórdão de tribunal de segundo grau. Duplo fundamento, constitucional e infraconstitucional. Interposição simultânea de RESP e RE. Aplicação das Súmulas 283/STF e 126/STJ. Atuação dos Procuradores da Fazenda Nacional. Como proceder a respeito:

1. *A súmula 283/STF*: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles”.
2. *A súmula 126/STJ*: “É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário”.
3. *Fundamento autônomo, independente ou suficiente do acórdão recorrido*: é o fundamento, constitucional ou infraconstitucional, que, tomado de *per se*, isto é, considerado isoladamente, é capaz de manter intacto o acórdão recorrido, se não infirmado com sucesso.
4. *Acórdão com mais de um fundamento independente, constitucional e infraconstitucional*: é aquele que se encontra estribado em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles, considerado isoladamente, suficiente para manter intacto o julgado, se não infirmado com sucesso, e que, para ser reformado, requer sejam afastados todos os fundamentos que o apóiam.
5. *Fundamento dependente do acórdão recorrido*: é aquele que, considerado isoladamente, não é capaz de manter intacto o acórdão recorrido, necessitando, isto é, dependendo, da manutenção do(s) outro(s) fundamento(s) para sustentar a decisão.
6. *Acórdão com mais de um fundamento dependente, constitucional e infraconstitucional*: é aquele que, para ser mantido intacto, necessita da manutenção de

todos os fundamentos, pois os fundamentos dependem uns dos outros para manter o acórdão, e que, para ser reformado, requer seja afastado apenas um dos fundamentos.

7. *Fundamentos do acórdão independentes ou dependentes, conclusão:* quando os fundamentos do acórdão são independentes, o recorrente necessita atacar todos eles com sucesso, para reformá-lo; por outro lado, quando os fundamentos do acórdão são dependentes, o recorrente, por uma questão de lógica, necessita sagrar-se vencedor em apenas um dos fundamentos para reformar o julgado, pois a manutenção de apenas um fundamento não é capaz de mantê-lo.
8. *Acórdão com fundamentos independentes, constitucional e infraconstitucional, e mesmo capítulo da decisão impugnada:* a questão do duplo fundamento independente, constitucional e infraconstitucional, deve ser examinada com relação ao mesmo capítulo da decisão impugnada, pois, tratando-se de capítulos autônomos, isto é, de “itens” distintos da decisão devolvidos ao conhecimento do órgão julgador *ad quem* -- plano horizontal do efeito devolutivo --, as impugnações também deverão ser autônomas, isto é, distintas, não se aplicando o quanto disposto nas Súmulas 283/STF e 126/STJ.
9. *Acórdão com fundamentos dependentes e a desnecessidade de impugnação a todos eles. A ocorrência de preclusão. Inaplicação das Súmulas 283/STF e 126/STJ:* (i) já se disse que o acórdão com fundamentos dependentes é aquele que, para ser mantido intacto, necessita da manutenção de todos os seus fundamentos, e que, para ser reformado, requer seja afastado apenas um dos fundamentos. Desse modo, por óbvio, e diferentemente de acórdãos com fundamentos independentes, basta afastar qualquer um dos seus fundamentos para que o julgado seja reformado; (ii) assim, a reforma de apenas um dos fundamentos interessa ao recorrente, que pode se sagrar vencedor tão-só com o afastamento de um deles. Disso decorre a conclusão de que, de rigor, não é necessária a impugnação simultânea dos fundamentos constitucional e infraconstitucional do acórdão recorrido; (iii) embora haja interesse do recorrente em combater e afastar apenas um dos fundamentos do acórdão recorrido (interposição apenas de RESP ou de RE), porque, sagrando-se vencedor em apenas um deles o acórdão será reformado, caso o recorrente deixe de impugnar um dos fundamentos do julgado, ocorrerá preclusão quanto a este, de modo que tal questão não poderá mais ser alegada ou suscitada e objeto de cognição no respectivo processo, perdendo o recorrente a oportunidade de reformar o acórdão pelo fundamento não impugnado, em caso de não lograr êxito na impugnação do outro.

Nos casos da espécie, deverá o procurador da fazenda impugnar ambos os fundamentos, evitando assim a ocorrência da preclusão. Por fim, deve-se registrar que não se aplica aos fundamentos dependentes do acórdão recorrido o teor das Súmulas 283/STF e 126/STJ.

10. *Fundamentos independentes, constitucional e infraconstitucional, matéria de fato e interposição de RESP e RE:* em sendo um dos fundamentos independentes do acórdão recorrido baseado em fatos e provas, de nada adiantará a interposição de RESP e/ou RE, pois um dos fundamentos do julgado restará inatacado ou um dos recursos não ultrapassará a barreira de admissibilidade recursal, transitando em julgado um fundamento independente, suficiente, *per se*, para manter a decisão atacada (vide Súmulas 279/STF, 07/STJ e 05/STJ).
11. *Fundamentos independentes, constitucional e infraconstitucional, não impugnação de um deles. Interposição de RESP e RE, inadmissão de um deles na origem e não impugnação dessa decisão ou não provimento do agravo, com trânsito em julgado da decisão:* caso não tenha sido impugnado um dos fundamentos, terá ocorrido inexoravelmente a preclusão para sua impugnação; se interpostos RESP e RE na origem, e um deles sofrer juízo de admissibilidade negativo, e não tendo sido interposto agravo para destrancar o recurso inadmitido, ou, se interposto, o agravo foi julgado improcedente, sem recurso dessa decisão, neste caso terá ocorrido o trânsito em julgado de fundamento independente. Em todos estes casos, precluiu ou transitou em julgado um fundamento independente do acórdão recorrido, capaz, *per se*, para manter intacto o acórdão recorrido, cuja conseqüência lógica é restar prejudicado o julgamento do outro recurso excepcional, por perda superveniente do interesse recursal, na sua vertente utilidade, pois inútil será o seu julgamento, sendo impossível a reforma do julgado tão-só pelo afastamento de um dos seus fundamentos.
12. *Fundamentos independentes, constitucional e infraconstitucional, ofensa reflexa à Constituição e interposição de RESP e RE:* o STF não conhece de RE, quando a alegada ofensa à Constituição é meramente reflexa ou indireta. Assim, nos casos da espécie, deverá ser interposto somente RESP para o STF, atacando o fundamento infraconstitucional do acórdão recorrido.
13. *Fundamentos independentes, constitucional e infraconstitucional, e a inexistência de repercussão geral da matéria constitucional:* (i) o reconhecimento, pelo STF, da inexistência de repercussão geral da matéria constitucional é um óbice legal ao conhecimento do RE. Assim, tratando-se de fundamentos independentes do acórdão recorrido, de nada adiantará a interposição de qualquer dos recursos excepcionais (RESP e/ou

RE), uma vez que, não se impugnando o fundamento constitucional via RE ou sendo este não conhecido, transitará em julgado o fundamento constitucional independente do acórdão recorrido, não sendo mais possível reformá-lo; (ii) ressaltando-se o entendimento do item anterior: (ii.a) quando o STF reconhecer a inexistência da repercussão geral por ser a matéria versada no RE infraconstitucional, deverá ser interposto tão-somente RESP para o STJ; (ii.b) caso o STF já tenha decidido pela inexistência de repercussão geral, em sede de RE com fulcro na alínea “a” do permissivo constitucional, e, ulteriormente, o tribunal de segundo grau venha a declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, nos moldes delineados pelo art. 97 da CF/88, deverá ser interposto, simultaneamente, RE para o STF, pela alínea “b” do permissivo constitucional, defendendo a existência da repercussão geral da matéria objeto de recurso, bem assim RESP para o STJ, com o fim também de afastar o fundamento infraconstitucional do acórdão recorrido; (ii.c) uma vez admitido pelo STF o RE com esteio na alínea “b” do permissivo constitucional, deve-se voltar a interpor, nacionalmente, RE para o STF, inclusive, com esteio na alínea “a” do sobredito permissivo constitucional, e RESP para o STJ, até que o STF se pronuncie sobre o mérito do recurso; (iii) a exigência de interposição de RESP e RE, nos casos em que o acórdão recorrido se assenta em fundamentos independentes, caso das Súmulas 126/STJ e 283/STF, decorre da lógica do sistema processual recursal civil aplicado aos recursos excepcionais, uma vez que, sendo qualquer dos fundamentos (constitucional ou infraconstitucional) suficiente, *per se*, para manter o acórdão recorrido, de nada adiantaria interpor somente um dos recursos, pois apenas o julgamento de um deles não é suficiente para se reformar o acórdão recorrido.

14. *Fundamentos independentes, constitucional e infraconstitucional, interposição de RESP e RE e jurisprudência pacífica do STF ou STJ contrária à Fazenda Nacional:* sendo o caso de fundamentos independentes do acórdão recorrido, e estando pacífica a jurisprudência de um dos tribunais (STF ou STJ), contrariamente aos interesses da Fazenda Nacional, e não sendo possível, porque já tentado sem sucesso, modificar o entendimento do tribunal, o recurso interposto contra essa jurisprudência pacífica estará fadado ao insucesso, e a consequência é o trânsito em julgado desse fundamento capaz, *per se*, de manter intacta a decisão. Nestes casos, recomenda-se a aplicação do quanto disposto na Portaria PGFN 294/2010, que regulamenta as hipóteses de dispensa de contestar e/ou recorrer.
15. *Fundamentos independentes e dependentes, constitucional e infraconstitucional, do acórdão recorrido. Interposição de RESP e RE e a prejudicialidade do*

CPC 543, § 2º. *A preliminar de prejudicialidade*: (i) além dos casos clássicos de prejudicialidade, nos quais o acolhimento da questão dita prejudicial determina o sentido da decisão a ser posteriormente proferida, haverá também prejudicialidade no julgamento do RE em relação ao RESP no específico caso de *fundamentos independentes do acórdão recorrido*, sendo esta, ao que tudo indica, a hipótese mais recorrente na espécie. Por outro lado, é possível afirmar também que não haverá prejudicialidade do julgamento do RE em relação ao RESP no específico caso de *fundamentos dependentes do acórdão recorrido*; (ii) sempre existe a possibilidade de o STJ julgar em primeiro lugar o RESP, mesmo sendo o caso de prejudicialidade da questão constitucional. Recomenda-se aos colegas Procuradores da Fazenda Nacional a, sempre que se virem diante da necessidade de julgamento da questão constitucional em primeiro lugar, alegar, na interposição do RESP e do RE, como preliminar, referida questão; (iii) quando o *acórdão recorrido* contém *fundamentos independentes*, ainda que, sob um enfoque *estritamente técnico-jurídico*, exista *prejudicialidade* no julgamento do RE em relação ao RESP, mas levando em conta que a reforma da decisão somente ocorrerá se afastados ambos os fundamentos, em um exame do ponto de vista *prático*, parece não decorrer prejuízo para o recorrente, no caso de não acolhimento da prejudicial pelo STJ, com o consequente julgamento do RESP antes do RE; (iv) em caso de ocorrência de *prejudicialidade*, no seu conceito clássico, do RE em relação ao RESP, tudo indica que ocorrerá *prejuízo* para o recorrente, se a questão prejudicial (constitucional) não for resolvida em primeiro lugar, posto que condicionará o sentido da decisão a ser proferida no RESP; (v) neste último caso, a medida judicial que mais se afigura adequada a resolver um eventual problema de inversão ilegal do julgamento do RESP e do RE, parece ser a *ação cautelar* para o STF, visando o sobrestamento do RESP, enquanto não decidido o RE, com a concomitante cassação de eventual decisão já proferida pelo STJ.

16. *A aplicação equivocada das Súmulas 283/STF e 126/STJ*: em caso de o STF ou o STJ, no julgamento do RE ou RESP, virem a aplicar, equivocadamente, as Súmulas 283/STF e 126/STJ, deverá o Procurador da Fazenda Nacional recorrer da decisão de inadmissibilidade do respectivo recurso, demonstrando a ocorrência do equívoco, pugnando pelo seu conhecimento e julgamento, conforme disposto neste Parecer.
17. A aplicação do quanto disposto neste Parecer deve-se dar, *sempre*, examinando-se o *específico caso concreto*, ocasião em que se verificará o enquadramento do acórdão recorrido a uma das hipóteses acima transcritas.

(I)

ESCOPO DO PARECER

Trata-se da elaboração de Parecer, visando orientar a atuação dos Procuradores da Fazenda Nacional na representação judicial da União, precipuamente, quando da interposição de Recurso Especial (RESP) para o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Recurso Extraordinário (RE) para o Supremo Tribunal Federal (STF), em face de acórdãos proferidos pelos tribunais inferiores que contêm duplo fundamento, constitucional e infraconstitucional, tendo em vista o que restou consubstanciado, respectivamente, nas Súmulas 283/STF e 126/STJ.

2. A Súmula 283/STF, segundo a qual “*É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles*”, data de 1963 (fundada, portanto, em jurisprudência muito anterior à CF/88) e, por certo, é contemporânea dos idos em que o STF, em sede de RE, cumulava a competência para decidir sobre *matéria de direito* constitucional e infraconstitucional.

3. A seu turno, a Súmula 126/STJ, segundo a qual “*É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário*”, consoante se observa, é contemporânea da Constituição Federal de 1988 e nada mais fez do que transpor para a sistemática atual de interposição do RE e do RESP o conteúdo da Súmula 283, nos moldes como definido pelo STF.

4. Este Parecer se faz necessário em face da *dificuldade* que se tem encontrado na admissibilidade e julgamento dos recursos excepcionais fazendários (RESP e/ou RE), a qual reside no adequado exame do conteúdo do acórdão recorrido e na identificação da existência, ou não, de *duplo fundamento, constitucional e infraconstitucional*, cada qual *suficiente, per se*, para manter o acórdão recorrido, se não impugnado com sucesso, situação que implica decidir, em atenção ao disposto nas sobreditas súmulas, se será interposto, simultaneamente, RESP e RE, ou se será possível e viável a interposição de apenas um deles, nos casos em que *não configurada* a existência do duplo fundamento, ou, ainda que existente, o fundamento eventualmente inatacado *não é suficiente, per se*, para manter o acórdão recorrido.

5. Este trabalho, na verdade, é uma tentativa de traçar, ainda que em linhas gerais, um *norte firme* para que os colegas Procuradores da Fazenda possam atuar com maior segurança e melhor defender os interesses da Fazenda Nacional, quando se depararem com acórdãos de tribunais de segundo grau, contra os quais se tenha que enfrentar a, no mais das vezes, difícil tarefa de examinar e decidir, com relação ao acórdão proferido naquele *específico caso concreto*, se o mesmo possui, verdadeiramente, *duplo fundamento*, constitucional e infraconstitucional, cada qual *suficiente, per se*, para manter íntegro o acórdão objeto de recurso, a desafiar a *interposição simultânea* de RESP e RE.

6. Assim, em face das dificuldades acima relacionadas, pretende-se, ao examinar os temas *infra* colacionados, oferecer respostas satisfatórias para o enfrentamento das questões relativas à aplicação de tais verbetes sumulados pelo STF e STJ:

- a) As Súmulas 283/STF e 126/STJ, apresentação e comentários.
- b) A expressão “mais de um fundamento suficiente, *per se*”, para manter o acórdão recorrido.
- c) Fundamentos independentes e a necessidade de impugnação a todos eles. A lógica do sistema recursal pátrio aplicável aos recursos excepcionais. O duplo fundamento, constitucional e infraconstitucional, e a interposição simultânea de RESP e RE.
- d) O vocábulo “inadmissível”.
- e) Acórdão com fundamentos independentes, constitucional e infraconstitucional, e a aplicação das Súmulas 283/STF e 126/STJ: mesmo capítulo da decisão impugnada.
- f) Acórdão com fundamentos dependentes, constitucional e infraconstitucional. A desnecessidade de impugnação a todos eles. A ocorrência de preclusão. Inaplicação das Súmulas 283/STF e 126/STJ. Como proceder a respeito.
- g) Fundamentos independentes, constitucional e infraconstitucional, matéria de fato e interposição de RESP e RE.
- h) Fundamentos independentes, constitucional e infraconstitucional, não impugnação de um deles. Interposição de RESP e RE, inadmissão de um deles na origem e não impugnação da decisão ou não provimento do agravo com trânsito em julgado da decisão.
- i) Fundamentos independentes, constitucional e infraconstitucional, ofensa reflexa à Constituição e interposição de RESP e RE.
- j) Fundamentos independentes, constitucional e infraconstitucional, e a inexistência de repercussão geral da matéria constitucional. O não conhecimento do RE.

- k) Fundamentos independentes, constitucional e infraconstitucional. Interposição de RESP e RE e jurisprudência pacífica do STF ou do STJ contrária à Fazenda Nacional.
- l) Fundamentos independentes e dependentes, constitucional e infraconstitucional, do acórdão recorrido. Interposição de RESP e RE e a prejudicialidade do art. 543, § 2º, do CPC. A preliminar de prejudicialidade.
- m) A aplicação equivocada das Súmulas 283/STF e 126/STJ.
- n) As alterações legislativas dispostas no PL de Novo CPC e as Súmulas 283/STF e 126/STJ.

7. Delineado o escopo do Parecer, nas linhas acima, passa-se ao exame da questão.

(II)

ANÁLISE

II.1 – As Súmulas 283/STF e 126/STJ, apresentação e comentários

8. O deslinde das questões *supra* referidas passa, por certo, pelo exame do disposto nas sobreditas Súmulas 283/STF e 126/STJ, bem assim dos julgados que lhes serviram de suporte para que fossem editadas, o que, doravante, se passa a fazer.

9. Eis o teor das sobreditas súmulas:

SÚMULA 283/STF:	SÚMULA 126/STJ:
<p><i>“É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles” (Aprovação: Sessão Plenária de 13/12/1963).</i></p>	<p><i>“É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário” (Julgamento: Corte Especial – 09/03/1995).</i></p>

10. Para maior compreensão da matéria, seguem transcritas, *infra*, ementas de alguns julgados que serviram de esteio para edição das súmulas dispostas no parágrafo anterior, seguidas de um resumo do caso e alguns comentários a respeito:

II.1.a – Jurisprudência do STF.

“Ementa: Se o acórdão recorrido tem dois fundamentos, um deles suficiente e calcado no exame da prova, não cabe o recurso extraordinário” (STF, Agravo de Instrumento n. 28.267/SP, Julgado em 06/11/1962).

BREVE SUMA:

- a) Trata-se de ação renovatória de contrato de locação, na qual a sentença considerou o autor carecedor de ação, porque *não provara ter cumprido a cláusula 6ª do contrato, que impunha ao inquilino segurar o prédio por importância não inferior a Cr\$ 400.000,00.*
- b) O tribunal de segundo grau reformou a sentença que julgara o locatário carecedor de ação renovatória de locação, porque *entendeu, ao contrário do juiz, que fora cumprida a obrigação contratual de segurar o imóvel.*
- c) No julgamento do Agravo de Instrumento 28.267/SP, entendeu o STF que o acórdão do tribunal *a quo* tem duplo fundamento e que um deles é suficiente e calcado no exame de prova: 1º) entendeu o tribunal inferior que, *sem notificação do locatário*, não há mora deste no cumprimento da obrigação; 2º) ademais, ainda que assim não fosse, isto é, mesmo que houvesse sido o locatário notificado regularmente, *é verdade que o locatário está cumprindo rigorosamente o contrato de locação*, porque exibiu recibo do prêmio de seguro, juntamente com a inicial, referente ao último período de seis meses da locação.

COMENTÁRIO:

- No caso, o 2º fundamento é calcado em questão de prova, aplicando-se, na espécie, o enunciado da súmula 279 do STF, pois “o reconhecimento de que, *in concreto*, houve exato cumprimento do contrato, é mera questão de fato que, mesmo acaso mal apreciada, não pode constituir questão federal”.
- se um dos fundamentos do acórdão recorrido é, *per se*, suficiente para mantê-lo e não pode ser objeto de conhecimento e julgamento pelo STF, como ocorre no caso (reexame de fato ou prova), torna-se impossível a alteração do julgado recorrido, faltando, assim, interesse recursal na sua vertente utilidade, pois o julgamento do outro fundamento não é capaz de reformar a decisão.

“Ementa:

1 - Se o acórdão recorrido tem dois fundamentos, um independente do outro, e apenas quanto a um existe dissídio jurisprudencial, conhecer do recurso extraordinário, com base em tal dissídio, seria dar-lhe feição acadêmica, para se apreciar tese de direito, sem alcance prático na solução do litígio.

2 - Agravo. Art. 623, II do Código Civil. Incabível ação reivindicatória de condômino contra condômino e não contra terceiro. 2) Dissídio jurisprudencial apenas em relação a um dos fundamentos da decisão recorrida” (STF, Agravo de Instrumento n. 29.766/SP, julgado em 14/10/63).

3 - Locação – Dissídio sobre se a prorrogação da locação imposta pela lei acarreta a prorrogação da fiança. Jurisprudência dominante em sentido negativo. Não contraria a letra da lei o acórdão que entende que, decorrido o prazo para locação e finda a fiança, não tem o locador direito de exigir do locatário a renovação da fiança, pois a prorrogação das locações, determinada pela lei, foi imposta como medida de interesse público, que se sobrepõe à liberdade de contratar” (RE N. 14.826/CE)

BREVE SUMA:

- a) Trata-se de ação cominatória visando compelir o locatário a oferecer ratificação de fiança, sob pena de ser decretada a rescisão do contrato de locação, com as conseqüências jurídicas decorrentes.
- b) O juiz julgou procedente a ação, para compelir o réu a oferecer a ratificação da fiança ou substituí-la por outra, entendendo aplicável ao caso, analogicamente, o disposto no art. 1490 do CC 1916, segundo o qual se o fiador se tornar *insolvente ou incapaz*, poderá o credor exigir que seja substituído.
- c) O acórdão *a quo*, em sede de embargos, julgou a autora carecedora da ação proposta.
- d) Entendeu o STF que o acórdão recorrido tem dois fundamentos: 1) o art. 1490 do Código Civil não autoriza a ação cominatória para obrigar o fiador a renovar a fiança, por não se tratar de fiador insolvente; 2) ainda que assim não fosse, a prorrogação do contrato atingiria a garantia *sem necessidade de nova fiança*, por não ser o caso, como ficou demonstrado. Entretanto, só o primeiro fundamento foi combatido, e o segundo fundamento é independente do primeiro (capaz, *per se*, de sustentar o acórdão recorrido).

COMENTÁRIO:

- De fato, consoante se observa, somente o primeiro fundamento foi combatido, em sede de RE, restando inatacado o segundo fundamento, no sentido de que a prorrogação do contrato, por si só, não acarreta a prorrogação da garantia fidejussória (fiança), sendo o caso de fundamentos independentes. Conhecer do recurso, com base em tal dissídio, seria “*dar-lhe feição puramente acadêmica para se apreciar tese de direito, sem alcance prático na solução do litígio*”.

II.1.b – Jurisprudência do STJ.

“RECURSO ESPECIAL. ADMISSIBILIDADE. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL. NÃO IMPUGNAÇÃO DO FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL, ACOLHIDO PELO ACÓRDÃO, ATRAVÉS DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

- Questão de Ordem acolhida pela Eg. 1ª Seção, aplicável à hipótese dos autos, no sentido da inadmissibilidade do recurso especial quando o acórdão recorrido assenta-se em fundamento constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário.

- Recurso não conhecido.”

(REsp 16604/SP, Rel. Ministro AMÉRICO LUZ, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/04/1992, DJ 11/05/1992, p. 6416)

BREVE SUMA:

- a) A União interpôs RESP e RE contra acórdão do TRF, cuja questão de fundo diz respeito à isenção do imposto sobre operações de câmbio incidente na importação de mercadorias, determinada pelo art. 6º do DL 2.434/88, segundo o qual estariam isentas do tributo as operações de aquisição de bens no exterior amparadas por guia de importação ou documento assemelhado, desde que emitidos após 01/07/88.
- b) Segundo o voto do Relator no STJ, o acórdão *a quo* tem dupla fundamentação, uma constitucional e outra infraconstitucional, a saber: 1) a forma de isenção estabelecida pelo art. 6º do DL 2.434/88 infringe o princípio constitucional da isonomia; 2) a isenção do art. 6º do DL 2.434/88 teria modificado a hipótese de incidência do

imposto, segundo definida no CTN, ou seja, a liquidação do contrato de câmbio (art. 63, II).

COMENTÁRIO:

- O STJ (corretamente, consoante se verá, mais adiante, neste Parecer) inadmitiu o recurso especial, por entender que o acórdão recorrido assenta-se em fundamento constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a União não impugnou a decisão indeferitória do processamento do RE, deixando que o fundamento constitucional acolhido pelo acórdão recorrido transitasse em julgado, tornando ineficaz o RESP que, mesmo provido, não poderia mais reformar a decisão do tribunal *a quo*.

“PROCESSUAL. RECURSO ESPECIAL. CABIMENTO.

- Fundamento inatacado. Aplicação da Súmula 283-STF ao recurso especial.”

(REsp 29.682/SP, Rel. Ministro JOSÉ DANTAS, julgado em 04/08/1993)

BREVE SUMA:

- a) Trata-se de julgamento pelo TJSP de ação rescisória, a qual foi indeferida por *carência de ação*, com fulcro em *dois fundamentos*: 1) *falta do interesse de agir*, pois o impugnado recálculo de vantagens adicionais aos vencimentos dos réus já fora cassado por força da vedação do art. 37, XIV, c.c. o art. 17 do ADCT/88; 2) *aplicação da Súmula 343*, à espécie, pois o discutido recálculo e a questão da prescrição da vantagem eram controvertidos ao tempo da decisão rescindenda;
- b) A recorrente interpôs RESP, atacando somente o fundamento da *falta do interesse de agir*, deixando de atacar o fundamento relativo à *aplicação, no caso, da Súmula 343*.
- c) No STJ, o RESP não foi conhecido, ao fundamento de que “o recurso especial limitou-se a redargüir aquele primeiro fundamento, sem uma mínima infirmação daquele segundo, cuja procedência restou inatacada”, aplicando, por analogia, a Súmula 283/STF.

COMENTÁRIO:

- O caso narrado acima é bastante ilustrativo. Trata-se de *mais de um fundamento infraconstitucional*, sendo que um deles restou *inatacado*, ocorrendo, quanto a este, *preclusão* e conseqüente *trânsito em julgado*. Tendo em conta que o STJ considerou, acertadamente, consoante se verá mais adiante, que o fundamento inatacado é, *suficiente, per se*, para manter o julgado recorrido, o RESP não foi conhecido, por *falta de interesse de agir*; na vertente *utilidade*, pois não havia mais *utilidade prática* no julgamento do recurso, pois o acórdão *a quo* não poderia mais ser reformado, sustentado que se encontra pelo fundamento inatacado.

“RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ACORDÃO RECORRIDO ASSENTADO EM FUNDAMENTOS: CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL, AUTONOMOS E SUFICIENTES. EM TAL HIPOTESE, O RECURSO ESPECIAL SO TEM CABIMENTO QUANDO O RECORRENTE TAMBEM INTERPÔE O RECURSO EXTRAORDINARIO. CASO DE DUPLO FUNDAMENTO, EM QUE O ACORDÃO É MANTIDO PELO FUNDAMENTO NÃO IMPUGNADO, SUFICIENTE POR SI SÓ. PRINCIPIO DA SUMULA 283/STF.

PRECEDENTES DO STJ, ENTRE OUTROS: RESP'S 11.152 E 18.903. RECURSO NÃO CONHECIDO.”

(REsp 36191/SP, Rel. Ministro NILSON NAVES, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/11/1993, DJ 21/02/1994, p. 2162)

BREVE SUMA:

- a) Trata-se de demanda acerca da propriedade dos direitos autorais do hino do Sport Club Corinthians Paulista, objetivando a condenação do presidente do clube pela utilização indevida da obra.
- b) A sentença julgou improcedente o pedido de indenização. A autora teve sua apelação provida pelo tribunal *a quo*, em acórdão com dois fundamentos: 1) aplicável ao caso o art. 5º, incisos XXVII e XXVIII, da CF/88, pelo qual aos autores pertence o direito de utilização, publicação ou reprodução de suas obras; 2) também a Lei 5.988/73 preserva o direito autoral e deixa a critério do autor autorizar ou não o uso de sua obra, mediante critérios de conveniência artística, financeira, etc, e a questão

da inexistência de registro no Cartório de Registro de Títulos e Documentos do contrato de cessão dos direitos autorais fica afastada, pois como preceitua o art. 17 da Lei 5.988/73, é faculdade do titular registrar ou não em cartório ou nos órgãos ali elencados, não havendo falar também em violação ao art. 53 da Lei 5.988/83 e do artigo 129, item 9º, da Lei 6.015/73.

- c) A ré interpôs RESP, alegando tão-somente que o aresto contrariou os arts. 53, § 1º, e 17 da Lei 5.988/73 e 129, item 9º, da Lei 6.015/73, pois sendo a recorrida cessionária do direito da obra musical, somente poderia fazê-lo valer contra terceiro se a respectiva cessão tivesse sido levada ao competente registro.
- d) O STJ não conheceu do RESP por entender que o acórdão recorrido tem duplo fundamento, constitucional e infraconstitucional, sendo que o fundamento de ordem constitucional (art. 5º, incisos XXVII e XXVIII, da CF/88), não foi impugnado por meio do recurso extraordinário, aplicando-se, na espécie, por analogia, a Súmula 283/STF.

COMENTÁRIO:

- Na verdade, embora numa análise perfunctória (não se está de posse dos autos, mas tão-somente do acórdão do Superior Tribunal), há séria dúvida sobre o acerto da decisão do STJ.
- Tudo indica que o fundamento (constitucional) *inatacado* do acórdão recorrido *não é suficiente, per se, para mantê-lo* (conforme se demonstrará mais adiante, tratar-se-ia de *fundamentos dependentes* do acórdão recorrido). Explico: embora pertença ao autor o direito constitucional (CF/88, 5º, XXVII e XXVIII) de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, bem assim a disposição desse direito, isto é, embora a Constituição de 1988 confira ao autor tais direitos, *o que se discute no RESP é a questão da inexistência de registro no Cartório de Registro de Títulos e Documentos do contrato de cessão dos direitos autorais, do autor para a cessionária, bem assim se esta cessão, sem registro, poderia valer contra terceiros, a teor da legislação infraconstitucional vigente.*
- Vê-se, portanto, que pode ocorrer de o STJ (ou o STF) vir a aplicar, *equivocadamente*, sobreditos verbetes sumulares, hipótese que merece atenção especial do Procurador da Fazenda Nacional e que será abordada, mais adiante, neste Parecer.

II.1.c – A expressão “mais de um fundamento suficiente, per se”, para manter o acórdão recorrido.

11. Antes de adentrar, especificamente, na definição do que vem a ser “*fundamento suficiente, per se*”, para manter o julgado, necessário se faz perquirir acerca do verbete *fundamento*. Para o Dicionário Aurélio, *fundamento* são “*razões ou argumentos em que se funda uma tese*”, ou “*razão, justificativa, motivo*”. Para o direito processual pátrio, o significado de *fundamento* não discrepa do acima exposto.

12. Do ponto de vista estritamente técnico-jurídico-processual, os *fundamentos* do pedido, da defesa ou de uma decisão são os *argumentos*, as *razões* que os embasam. Do ponto de vista da cognição de uma decisão judicial, os *fundamentos* se situam no plano do exame, em profundidade (extensão vertical do efeito devolutivo) de uma *questão* (qualquer ponto de fato ou de direito controvertido – seja ela uma questão simples, preliminar, prejudicial ou de mérito). Os fundamentos, portanto, não se situam no plano da extensão horizontal do efeito devolutivo (que transfere ao órgão jurisdicional superior o conhecimento e julgamento dos “itens” do pedido – capítulos de mérito da decisão recorrida).

13. Outra questão relevante que deve ser destacada acerca do(s) fundamento(s) de uma decisão, é a de que da fundamentação deve decorrer logicamente a resolução da questão, pois o(s) fundamento(s) sustenta(m) a decisão, querendo isto dizer que, uma vez alterado(s) o(s) fundamento(s), altera-se a decisão, como resultado lógico do silogismo realizado pelo julgador. O STF e o STJ, quando julgam, resolvem, respectivamente, a *questão de direito* constitucional ou legal a eles transferida pelo RE ou RESP – cuja fundamentação deve ser, respectivamente, a alegação de ofensa a preceito da Constituição ou a dispositivo de lei federal –, e o resultado da cognição acerca da questão constitucional ou infraconstitucional passa a ser o fundamento da decisão principal, com o conseqüente julgamento da causa, operando-se o efeito substitutivo do art. 512 do CPC e, em havendo alteração no fundamento, poderá ocorrer, como de regra ocorre, a reforma, ou mesmo a cassação, do acórdão recorrido.

14. Consoante reza o § 2º do art. 515 do CPC, “Quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais”. Segundo Bernardo Pimentel Souza,¹ por conseguinte, mesmo que o juiz de

1 SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 483 e ss.

primeiro grau tenha acolhido apenas um dos fundamentos suscitados pelo autor ou pelo réu, o tribunal de segundo grau também deve levar em consideração o fundamento remanescente. Trata-se, na espécie, do denominado efeito translativo proporcionado pelo § 2º do art. 515 do CPC. Assim, quando o réu contesta ação de cobrança e suscita *dois ou mais fundamentos* (v.g.: prescrição, compensação, pagamento, remissão da dívida), o tribunal de segundo grau também deve levar em consideração todos os argumentos, e não apenas o veiculado na apelação.

15. Feitas estas considerações acerca do *fundamento*, retorna-se ao exame do que venha a ser “*fundamento suficiente, per se*, para manter o julgado”.

16. Extrai-se da própria jurisprudência do STF e do STJ o caminho a ser seguido para dilucidar a questão. Para alguns julgados, o *fundamento, por si só, suficiente para manter o acórdão recorrido* é um *fundamento autônomo*; para outros, trata-se de um *fundamento independente*.

17. Na doutrina jurídica, não raro, os vocábulos “*autonomia*” e “*independência*” são tratados como sinônimos: “*Autonomia. ... o vocábulo tem significado em todo idêntico ao que expressa independência... Autônomo. Palavra que serve de qualificativo de tudo que possui autonomia ou independência, isto é, de tudo quanto possa funcionar ou manter-se independente de outro fato ou ato*”.²

18. Embora, particularmente, entenda deva haver distinção entre o significado dos vocábulos ora examinados -- bastando, para demonstrar isso, verificar a relação existente entre o processo cautelar e os processos de conhecimento e execução, sendo certo que todos, inclusive o processo cautelar, são tidos como autônomos (princípios e regras próprias, distintas), o processo cautelar é tido como *acessório, dependente e subordinado* àqueles, tidos como *principais e independentes*, na sua existência, em relação ao outro --, para efeito deste trabalho, não vejo nenhum prejuízo em considerar os vocábulos como sendo sinônimos.

19. Desse modo, pode-se afirmar que as expressões *fundamento autônomo, independente* ou *suficiente*, para efeito do disposto nas Súmulas 283/STF e 126/STJ, são sinônimas e equivalentes. Entretanto, para efeito deste Parecer, e por uma questão meramente didática, visando facilitar a compreensão da matéria, passa-se a utilizar, doravante, a expressão *fundamento independente*, para designar aquele fundamento

2 DE PLÁCIDO E SILVA. Vocabulário Jurídico. 27. ed. Forense.

(constitucional ou infraconstitucional) que, tomado *de per se*, isto é, considerado *isoladamente*, é capaz de, se não infirmado com sucesso, manter intacto o acórdão objeto de recurso.

20. Por sua vez, deve-se entender por *acórdão com fundamentos independentes, constitucional e infraconstitucional*, aquele que se encontra estribado em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles, considerado isoladamente, suficiente para manter intacto o julgado, e, para ser reformado, requer sejam afastados todos os fundamentos que o apóiam.

II.1.d – Fundamentos independentes e a necessidade de impugnação a todos eles. A lógica do sistema recursal pátrio aplicável aos recursos excepcionais. O duplo fundamento, constitucional e infraconstitucional, e a interposição simultânea de RESP e RE.

21. Uma vez esclarecido o significado de *fundamento independente*, isto é, aquele que é capaz de, tomado *de per se*, manter intacta a decisão recorrida, resta saber *o porquê da necessidade da impugnação de todos os fundamentos independentes*, para que a decisão da qual se recorre venha a ser reformada, operando-se o efeito substitutivo do CPC 512.

22. Tal situação decorre, na verdade, da lógica da sistemática aplicada ao direito processual civil recursal pátrio. Consoante é cediço, a regra é a de que todos os recursos do nosso sistema processual civil produzem o denominado *efeito devolutivo*. O efeito devolutivo é aquele que *transfere* ao tribunal *ad quem* o conhecimento da *matéria impugnada* pelo recorrente (capítulos autônomos da decisão), e decorre do princípio *tantum devolutum quantum appellatum*, disposto no *caput* do art. 515 do CPC, que delimita a extensão do efeito devolutivo à matéria impugnada pelo vencido/recorrente. Na verdade, os arts. 2º, 128, 460, 505 e 515 do CPC reforçam, no nosso sistema processual civil – inclusive o recursal, já que o recurso nada mais é do que um prolongamento do direito de ação ou de defesa – a idéia de que a tutela jurisdicional deve ser prestada quando requerida pela parte, na exata medida do que requerido.

23. Em oposição ao raciocínio acima exposto, pode-se argumentar que os fundamentos, em especial, os *fundamentos independentes*, se inserem no âmbito da profundidade do efeito devolutivo e não no da sua extensão, querendo isto dizer que, uma vez impugnada a questão (qualquer ponto controvertido de fato ou de direito, preliminar, prejudicial ou de mérito) que constitui *capítulo autônomo* da decisão recorrida, por certo, devolvidos também estariam ao tribunal *ad quem* a apreciação de todos

os fundamentos, em face dos consagrados brocardos jurídico-latinos *iura novit cúria* (o juiz conhece o direito) e *da mihi factum, dabo tibi jus* (dá-me o fato que te darei o direito). Tal entendimento é aplicável, em certa medida, aos recursos ordinários para os tribunais de segundo grau, para os quais o âmbito de devolutividade é, de regra, pleno. Entretanto, por uma série de razões, esta sistemática não se aplica aos recursos excepcionais, como se verá a seguir.

24. É que a extensão e a profundidade do efeito devolutivo dos recursos excepcionais não se guia por inteiro pelo quanto disposto no art. 515, e parágrafos, do CPC. Com efeito, os recursos excepcionais só devem conter impugnação relativa a *questão unicamente de direito* (constitucional ou legal), e, além disso, são denominados *recursos de fundamentação vinculada*.

25. Ao contrário do *recurso de fundamentação livre* (v.g., apelação, agravo, recurso ordinário, embargos infringentes) — no qual o recorrente está livre para, nas razões de seu recurso, deduzir qualquer tipo de crítica em relação à decisão, sem que isto tenha qualquer influência na sua admissibilidade, pois a causa de pedir recursal não se encontra delimitada pela lei, podendo o recorrente impugnar a decisão alegando qualquer vício —, no *recurso de fundamentação vinculada* (RE, RESP, embargos de declaração), o recorrente deverá alegar um dos vícios típicos, isto é, definidos na lei ou na Constituição para que o seu recurso seja admitido. Segundo Fredie Didier Jr.,³ é preciso “encaixar” a fundamentação do recurso em um dos tipos legais, pois o recurso não pode ser utilizado para veicular qualquer espécie de crítica à decisão recorrida. Com relação aos recursos excepcionais, a alegação deverá ser de violação, pelo acórdão recorrido, a preceito da Constituição Federal (RE para o STF) e a preceito de lei federal (RESP para o STJ).

26. Conclui, ainda, Fredie Didier Jr.,⁴ afirmando que, “*nos recursos de fundamentação vinculada, o recorrente deve “alegar” um dos vícios típicos para que o seu recurso seja admissível. Essa alegação é indispensável para que o recurso preencha o requisito da regularidade formal. Afirmando pelo recorrente um dos vícios que permitem a interposição do recurso, o recurso, por esse aspecto, deve ser conhecido; a verificação da procedência ou improcedência das alegações é um problema atinente ao juízo de mérito recursal*”.

3 DIDIER JR., Fredie. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 3. ed. Jus Podvm, 2010. p. 29 e ss.

4 *Idem*.

27. O Ministro Luiz Fux,⁵ do STJ, ao tratar do efeito devolutivo no RE e no RESP, observa que, sob esse ângulo, tanto o STF quanto o STJ não são de terceira instância, *strictu sensu*, e destaca que, primariamente, o cabimento desses recursos deriva de uma *sucumbência* caracterizada pela *violação da ordem jurídica federal*, e que *somente se devolve ao tribunal a questão federal* consistente na *violação normativa, na parte em que ocorreu a alegada violação* (entenda-se: no capítulo da decisão em que ocorreu a alegada violação), e não qualquer injustiça que tenha sido perpetrada no julgado, e a *causa petendi* da *impugnação* tem que ser necessariamente essa infração, sendo certo que este aspecto caracteriza essa espécie de impugnação como sendo *recursos de efeito devolutivo limitado*, uma vez que, em contraposição à amplitude do princípio *tantum devolutum quantum appellatum*, o RE e o RESP limitam a devolução da cognição ao tribunal, não sendo devolvidas todas as questões suscitadas e discutidas na causa, mas somente a questão federal (constitucional ou legal). Assim, conclui que, “*se a parte suscitou dois fundamentos de defesa e ambos foram desacolhidos e apenas quanto a um deles ocorreu a violação de lei federal, somente este pode ser levado ao conhecimento do Superior Tribunal de Justiça através do recurso especial, malgrado se tenha cometido grave injustiça quanto ao fundamento remanescente, pela má apreciação da prova que se produziu*”.

28. A seu turno, Bernardo Pimentel Souza,⁶ depois de destacar que, por força do artigo 542, § 2º, do CPC, os recursos excepcionais também produzem efeito devolutivo, com a *transferência*, ao STJ e ao STF, do conhecimento da *matéria de direito federal* (constitucional ou infraconstitucional) *impugnada* pelo recorrente, salienta, ao examinar o *requisito de admissibilidade recursal da regularidade formal*, que o recorrente de RESP ou RE deve indicar com precisão o permissivo constitucional e o preceito constitucional ou legal tido por contrariado, pois “*não serão conhecidos recursos que não contiverem as respectivas razões, ou que não indicarem expressamente o dispositivo legal federal violado, ou mesmo o permissivo constitucional*”.

29. Desse modo, quer seja porque o RESP e o RE são *recursos de fundamentação vinculada*, quer seja porque são *recursos de efeito devolutivo limitado*, não se aplicando, em relação aos demais fundamentos do acórdão recorrido não impugnados, o efeito translativo amplo disposto nos parágrafos do art. 515 do CPC, o RESP e o RE somente serão conhecidos e julgados na parte da decisão impugnada cujo fundamento

5 FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. Forense, RJ, 2004. p. 1208 e ss.

6 SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 4. ed. atualizada – São Paulo: Saraiva, 2007. p. 435.

seja a alegação de violação a preceito de lei federal ou da Constituição, respectivamente.

30. Ademais, em reforço a todo o exposto acima, com a bipartição da competência absoluta, definida pela Constituição Federal em seus arts. 102-III e 105-III, no sentido de que questões de direito constitucional se encontram afetas ao STF e questões de direito federal estão no âmbito de competência do STJ, em não havendo relação de *dependência* entre um fundamento e outro, sendo o caso de *fundamentos independentes* (constitucional e infraconstitucional), deixando-se de impugnar um deles – ou, mesmo tendo sido impugnado o fundamento, deixou-se a decisão eventualmente proferida no RESP, no RE ou no Agravo interposto para destrancar um deles transitar em julgado –, de nada adianta insistir no julgamento do recurso com relação ao *outro fundamento independente*, posto que o acórdão recorrido não mais poderá ser reformado, porquanto transitou em julgado um fundamento suficiente, *per se*, para manter intacto o acórdão recorrido.

31. Por fim, conclui-se este tópico afirmando que, em caso de existência de duplo fundamento, constitucional e infraconstitucional, cada qual, *per se*, suficiente para manter o acórdão recorrido, necessária se faz a interposição simultânea de RESP e RE, obtendo-se sucesso em ambas as impugnações, para que o acórdão recorrido seja reformado. Caso contrário, na hipótese de preclusão ou trânsito em julgado de um dos fundamentos independentes, o acórdão recorrido será mantido, não se operando a substituição de que cuida o art. 512 do CPC.

II.1.e – O vocábulo “inadmissível”.

32. Chama a atenção, logo de início, o vocábulo “*inadmissível*”, constante das sobreditas súmulas, querendo isto dizer que, quando não satisfeitos os requisitos ali enumerados, é caso de *não conhecimento* do recurso pelo órgão julgador, seja ele o Especial ou o Extraordinário, não sendo ultrapassada a barreira da admissibilidade recursal, não havendo, portanto, julgamento do mérito.

33. O caso é mesmo de *inadmissibilidade recursal* porque, na lógica do entendimento jurisprudencial acima exposto, havendo mais de um fundamento, sendo qualquer deles suficiente para manter o acórdão recorrido, e não tendo sido esse fundamento impugnado, isto é, transferido ao conhecimento do tribunal competente para conhecer dele e julgá-lo, terá ocorrido inexoravelmente a *preclusão* da matéria de direito nele contida, caracterizando, assim, a *falta de interesse recursal*,

na sua vertente *utilidade*, pois o recurso deixou de ser *útil* do ponto de vista *prático*, sendo certo que o seu julgamento não mais poderá trazer uma *situação mais vantajosa* para o recorrente, pois restou inatacado um fundamento capaz, *per se*, de manter intacto o julgado recorrido.

II.2 – Acórdão com fundamentos independentes, constitucional e infraconstitucional, e a aplicação das Súmulas 283/STF e 126/STJ: mesmo capítulo da decisão impugnada.

34. Neste ponto do presente trabalho, cabível se mostra um esclarecimento de grande importância, com relação à aplicação das sobreditas súmulas, pois elas somente devem ser aplicadas quando se tratar do mesmo capítulo da decisão impugnada sustentado, a um só tempo, por *fundamentos independentes*, constitucional e infraconstitucional.

35. De fato, a questão do *duplo fundamento independente* deve ser examinada com relação ao *mesmo capítulo do julgado impugnado*, pois, tratando-se de capítulos autônomos, isto é, de “*itens*” *distintos da decisão* devolvidos (*rectius*: transferidos) ao conhecimento do órgão julgador *ad quem* – plano horizontal do efeito devolutivo –, as impugnações também deverão ser autônomas, isto é, distintas, não se aplicando o quanto disposto nas Súmulas 283/STF e 126/STJ.

36. Assim, caso existam capítulos distintos da decisão recorrida (correspondentes a capítulos ou “*itens*” distintos do pedido, objeto de cognição e decisão), um decidido com fundamento constitucional e o outro com fundamento infraconstitucional, o exame da impugnação a cada um desses capítulos deve-se dar de modo absolutamente independente, não se apresentando o problema enfrentado neste Parecer, referente a sobreditas súmulas do STF e STJ.

37. Tome-se, como exemplo, um acórdão de segundo grau, no qual se tenha decidido duas questões, cada qual se apresentando como capítulo autônomo da decisão: (1) o primeiro trata de uma questão principal, decidida com fundamentação constitucional, sobre ser ou não devido o creditamento do crédito presumido de IPI, nos tributos sujeitos a alíquota zero ou isenção; (2) o segundo trata de uma questão acessória, decidido com fundamentação infraconstitucional, sobre ser ou não devida correção monetária, nos casos de injustificada oposição, pelo Fisco, do creditamento a que o contribuinte venha a ter direito.

38. No exemplo dado, claro está que se trata de “*itens*” ou capítulos distintos da decisão (correspondentes a capítulos ou “*itens*” distintos

do pedido apreciado), que compõem a extensão horizontal do efeito devolutivo, aplicando-se, *in casu*, em toda a sua plenitude, o brocardo jurídico-latino *tantum devolutum quantum appellatum*, querendo isto dizer que o ônus da impugnação de cada um dos capítulos da decisão cabe ao recorrente, não em face do quanto disposto nas sobreditas súmulas, mas em face de que, no plano da extensão horizontal do efeito devolutivo, o *órgão julgador do recurso* está, de regra, limitado ao conhecimento e julgamento tão-só do *capítulo ou “item” da decisão* impugnado pelo recorrente e, portanto, a ele devolvido (transferido), para seu conhecimento e julgamento.

39. Desse modo, em complementação ao ora exposto, e tomando como referência o exemplo acima exposto, caso o recorrente deixe de impugnar o fundamento constitucional, via RE para o STF, impugnando tão-somente o fundamento infraconstitucional, via RESP para o STJ, transitará em julgado o fundamento constitucional do acórdão recorrido, com todos os seus consectários, não em razão da aplicação das referidas súmulas, mas em face da ausência de impugnação, pelo recorrente, de um capítulo da decisão, em relação ao qual se sucumbiu, sem demonstrar irresignação, isto é, sem dele recorrer.

II.3 – Acórdão com fundamentos dependentes, constitucional e infraconstitucional. A desnecessidade de impugnação a todos eles. A ocorrência de preclusão. Inaplicação das Súmulas 283/STF e 126/STJ. Como proceder a respeito.

40. Consoante explicitado no subtítulo II.1.c, o *fundamento independente*, para efeito do disposto nas Súmulas 283/STF e 126/STJ, é aquele que, considerado isoladamente, é capaz de manter intacto o acórdão recorrido, se não infirmado com sucesso pela parte vencida.

41. Por outro lado, no referido subtítulo, restou a conclusão de que, em caso de *acórdão com fundamentos independentes, constitucional e infraconstitucional*, necessária se faz a interposição simultânea de RESP e RE, sendo certo que a parte vencida/recorrente deve-se sagrar vencedora em ambos os fundamentos, para que o acórdão recorrido seja reformado e se opere o efeito substitutivo do CPC 512, pois, caso contrário, isto é, restando pelo menos um, o acórdão será mantido.

42. Isto é assim porque, de rigor, o acórdão que contém mais de um fundamento independente só necessita de um deles para se manter íntegro, funcionando o outro como uma espécie de “*soldado de reserva*”, para o caso daquele ser atacado com sucesso.

43. A par da existência de acórdão com *fundamentos independentes* (cada qual suficiente para manter o acórdão recorrido, se não infirmado com sucesso), em contrapartida, há acórdão também com mais de um fundamento, mas que, para ser mantido intacto, necessita da *manutenção de todos os fundamentos*. Pode-se dizer, então, que, em tal hipótese, os fundamentos *dependem* uns dos outros para manter o acórdão. Caso contrário, isto é, afastado um dos fundamentos, o acórdão será *reformado*. Assim, fazendo-se uma dicotomia com os fundamentos independentes, podem ser denominados *fundamentos dependentes*.

44. Desse modo, conclui-se que *fundamento dependente* é aquele que, considerado isoladamente, *não* é capaz de manter intacto o acórdão recorrido, necessitando (isto é, dependendo) da manutenção do(s) outro(s) fundamento(s) para sustentar o julgado.

45. Vendo-se a questão pela ótica da *parte vencida*, que recorre, quando os fundamentos do acórdão são *independentes*, necessita atacar todos eles com sucesso, para reformá-lo; por outro lado, quando os fundamentos são *dependentes* (dependem um do outro para manter o acórdão recorrido), a parte que recorre, por uma questão de lógica, necessita sagrar-se vencedora em *apenas um* dos fundamentos para *reformar* o julgado, pois a manutenção de apenas um fundamento *não* é capaz de sustentar o julgado.

46. Visando facilitar o entendimento da questão, seguem *infra* transcritos exemplos hipotéticos de acórdãos com mais de um fundamento *dependente*, isto é, que dependem um do outro para manter o acórdão recorrido:

II.3.a – Exemplo 1.

RELATÓRIO:

- Em recurso de apelação, o contribuinte alega que o tributo que está sendo cobrado pelo Fisco é inconstitucional, pois: (1) fere o princípio da isonomia tributária; (2) alega também que, ainda que constitucional a cobrança do tributo, inexistente a relação jurídica tributária que o imponha o dever de recolher o tributo, pois não integra o “rol” de sujeitos passivos da exação tributária dispostos no artigo “x” da lei “y”.
- Por seu turno, o tribunal de segundo grau profere acórdão, favorável à Fazenda Nacional (contrário ao contribuinte), condenando-o ao pagamento do tributo, estribado em dois

fundamentos: (1) a lei que instituiu o tributo é constitucional, pois não fere o princípio da isonomia tributária; (2) além disso, o contribuinte é sujeito passivo da exação tributária, consoante descrito no artigo “x” da lei “y”.

- O contribuinte interpõe, simultaneamente: (1) RE – alegando ofensa, pelo acórdão recorrido, ao princípio constitucional da isonomia tributária; 2) RESP – alegando ofensa, pelo acórdão recorrido, ao artigo “x” da lei “y”, pois não integra o “rol” dos sujeitos passivos da exação tributária.

COMENTÁRIO:

- O acórdão contém *fundamentos dependentes*, constitucional e infraconstitucional, pois *não basta*, para manter o acórdão recorrido, que apenas um dos fundamentos seja mantido, sendo necessário que ambos sejam mantidos (um fundamento depende da manutenção do outro, para manter íntegro o acórdão). Caso um dos fundamentos seja *afastado*, o acórdão será *reformado*.
- Desse modo, forçoso é concluir que basta, para reformar o acórdão recorrido: (1) que o STF revise o fundamento constitucional do acórdão recorrido e *declare a lei inconstitucional*; (ou) 2) ainda que o STF reconheça a constitucionalidade da lei, que o STJ, interpretando a lei federal, entenda que *o contribuinte não é sujeito passivo da exação tributária*.
- Em conclusão, qualquer um dos fundamentos do acórdão, sendo afastado, *interessa* ao contribuinte para reformar o acórdão, que somente se mantém com a manutenção de ambos os fundamentos.

II.3.b – Exemplo 2.

RELATÓRIO:

- Em recurso de apelação, o tribunal de segundo grau decide em favor do contribuinte, (contrário à Fazenda Nacional), julgando procedente a ação de repetição de indébito, estribado nos seguintes fundamentos: (1) a lei que instituiu o tributo é *inconstitucional* (o tributo não é devido, deverá ser repetido); (2) *não* ocorreu *prescrição* para repetição do indébito (haverá restituição).
- A Fazenda Nacional interpõe, simultaneamente: (1) RE – alegando ofensa, pelo acórdão recorrido, à Constituição Federal, pois *a lei é constitucional* (o tributo é devido); 2) RESP – alegando ofensa, pelo acórdão recorrido, à lei federal, pois, ainda que inconstitucional a lei, *ocorreu a prescrição para repetição do indébito* (não haverá restituição).

COMENTÁRIO:

- O acórdão contém fundamentos, constitucional e infraconstitucional, *dependentes*, pois *não basta*, para manter o acórdão recorrido, que apenas um dos fundamentos seja mantido, sendo necessário que ambos sejam mantidos. Caso um dos fundamentos seja *afastado*, o acórdão será *reformado*.
- Desse modo, forçoso é concluir que, para reformar o acórdão recorrido: (1) basta que o STF revise o fundamento constitucional do acórdão recorrido e *declare a lei constitucional* (o tributo é devido, não há falar em repetição); (*ou*) 2) ainda que o STF entenda que a lei é inconstitucional (o tributo não é devido, deve ser repetido) – basta que o STJ, interpretando a lei federal, entenda que *ocorreu a prescrição* da pretensão para repetição do indébito.
- Em conclusão, qualquer um dos fundamentos do acórdão, sendo afastado, interessa ao recorrente para reformar o acórdão, que somente se mantém com a manutenção de ambos os fundamentos.

47. Uma vez definido o que vem a ser *fundamentos dependentes*, passa-se ao exame da questão sob a ótica do acórdão de segundo grau que contém fundamentos dependentes, constitucional e infraconstitucional, bem assim da necessidade de impugnação a todos eles.

48. Conforme restou demonstrado acima, a parte vencida, que tem contra si um acórdão com duplo fundamento dependente, constitucional e infraconstitucional, não precisa sagrar-se vencedora em ambos os fundamentos, para reformar o acórdão recorrido, basta afastar apenas um deles, pois, nestes casos, a manutenção do acórdão recorrido *depende* da manutenção de ambos os fundamentos. Desta constatação decorre a conclusão de que, de rigor, *não é necessária a impugnação simultânea dos fundamentos constitucional e infraconstitucional do acórdão recorrido*, pois o julgamento e provimento de qualquer um dos apelos extremos *interessa* ao recorrente. Impugnando-se apenas o fundamento infraconstitucional e sendo este afastado (provido o RESP), o acórdão será reformado, restando prejudicado o julgamento do RE eventualmente interposto. De igual modo, impugnando-se somente o fundamento constitucional, e sendo este afastado (provido o RE), nesta hipótese também o acórdão será reformado, operando-se em qualquer das hipóteses a substituição do acórdão objeto de recurso.

49. O processualista José Theóphilo Fleury,⁷ ao abordar a questão, cita o seguinte exemplo: no caso da isenção do IOF, se, ao invés de o

⁷ FLEURY, José Theóphilo. *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*. Coordenação de Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 325 e ss.

tribunal local decidir pela *inconstitucionalidade* do art. 6º do DL 2.434/88, vier a decidir contra o contribuinte, ou seja, pela *constitucionalidade* de referido dispositivo, assim como aplicar ao caso as disposições do art. 111 do CTN, no sentido de que as isenções deverão de ser interpretadas restritivamente, o fundamento constitucional da decisão local não é suficiente para mantê-la, pois, não obstante constitucional o Decreto-Lei, nem por isso a decisão deixará de poder contrariar dispositivo de lei, sendo o caso, então, de fundamentos dependentes (constitucional e infraconstitucional), concluindo que, “*se o Tribunal local declara constitucional uma determinada lei, este fundamento não é suficiente para manter a decisão recorrida, se a parte também alega, v.g., a sua má aplicação na espécie (fundamento infraconstitucional). Neste caso, poderá ser interposto tão-somente recurso especial ou recurso extraordinário*”.

50. A situação descrita no parágrafo anterior decorre da supremacia da Constituição Federal sobre a lei federal, que viabiliza a aplicação da máxima de direito constitucional, segundo a qual “*nem tudo que é legal é constitucional, mas tudo que é inconstitucional é ilegal*”, pois, via de regra, discute-se, em sede de RE para o STF, a constitucionalidade da mesma lei em relação à qual se discute, via RESP para o STJ, sua boa ou má aplicação ao caso concreto pelo acórdão recorrido. Assim, mesmo havendo decisão pela constitucionalidade da lei, esta decisão poderá ser reformada se alegada e reconhecida a má aplicação da lei federal na espécie.

51. Neste ponto, retoma-se a questão da necessidade de impugnação a todos os fundamentos dependentes do acórdão recorrido, para concluir que, consoante visto acima, isto não é necessário, pois basta que se afaste um dos fundamentos para que o acórdão seja reformado, restando *interesse suficiente* ao recorrente na interposição de *apenas um* dos recursos extremos (RESP ou RE).

52. Entretanto, há que se ater à questão da ocorrência da *preclusão*. Consoante é cediço, ainda que se trate de fundamentos dependentes (constitucional e infraconstitucional), mas em caso de não impugnação de ambos, quando dos respectivos recursos, configurada estará a *preclusão* para a prática do ato processual, de modo que tal questão não poderá mais ser alegada ou suscitada e objeto de cognição no respectivo processo, a teor do quanto disposto no art. 541 do CPC.

53. A *preclusão* liga-se à idéia de *ônus processual*, consistente em que a parte deve, no processo, praticar determinados atos em seu próprio benefício: conseqüentemente, se ficar inerte, possivelmente esse

comportamento acarretará efeitos danosos para ela. Os *ônus processuais*, uma vez não cumpridos pelos interessados, fazem nascer as *preclusões*. A figura do *ônus*, aliada à da *preclusão*, faz com que a parte saia da sua inércia e atue utilmente no processo, resultando daí uma colaboração forçada da parte com a própria autoridade judiciária.⁸

54. Desse modo, quando a parte recorre de acórdão com fundamentos dependentes, constitucional e infraconstitucional, embora não necessite interpor simultaneamente RESP e RE, posto que o *afastamento de apenas um* fundamento do acórdão recorrido *lhe interessa*, tem contra si o *ônus processual* da impugnação a todos os fundamentos e, não o fazendo, operar-se-á a *preclusão* quanto ao fundamento não impugnado, perdendo o recorrente a oportunidade de reformar o acórdão pela impugnação a tal fundamento, em caso de não lograr êxito no combate àqueloutro.

55. Por fim, resta esclarecer que, com relação a acórdãos que contêm fundamentos, constitucional e infraconstitucional, dependentes, não se aplica o teor das Súmulas 283/STF e 126/STJ, até mesmo pela literalidade de tais verbetes sumulares, que apregoam a inadmissibilidade do RESP ou do RE, quando o acórdão recorrido se assenta em fundamentos independentes, e a parte vencida não impugna todos eles, hipótese na qual se opera a preclusão e o conseqüente trânsito em julgado do acórdão cujo fundamento suficiente para mantê-lo não é atacado, devendo o Procurador da Fazenda Nacional, mesmo nos casos de fundamentos dependentes, constitucional e infraconstitucional, do acórdão recorrido, impugnar todos eles, para evitar a ocorrência da *preclusão*, a não ser, é claro, na hipótese em que a jurisprudência de um dos tribunais já tiver sido pacificada em desfavor da Fazenda Nacional.

II.4 – Fundamentos independentes, constitucional e infraconstitucional, matéria de fato e interposição de RESP e RE.

56. Tomando como pressuposto tudo que já foi dito acerca do *fundamento independente*, suficiente, por si só, para manter o acórdão recorrido, torna-se necessário examinar a hipótese em que um desses fundamentos independentes diz respeito única e exclusivamente à *matéria de fato ou questão de prova*, não objeto de conhecimento e julgamento em sede de recursos excepcionais.

57. O exame da questão é relevante porque, sendo um dos fundamentos independentes relativo a fatos ou provas, incidirá na espécie o quanto

⁸ Vide, sobre a matéria, Arruda Alvim.

disposto nas Súmulas 279/STF, segundo a qual “*Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário*” e 07/STJ, pela qual “*A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial*”.⁹

58. Desse modo, tendo em vista o óbice jurisprudencial sumulado pelo STF e STJ, do ponto de vista estritamente técnico-jurídico-processual, em sendo um dos fundamentos independentes baseado em fatos e provas, de nada adiantará a interposição de RESP e/ou RE, pois este fundamento, ainda que se impugnado, não ultrapassará a barreira da admissibilidade recursal, transitando em julgado um fundamento independente suficiente, *per se*, para manter o acórdão recorrido.¹⁰ É em tudo coadunante com esse

9 Simples reexame de prova é diferente de valoração da prova: (1) *Reexame de prova*: (i) em sede de recursos excepcionais, não se faz ou refaz prova de fatos alegados; (ii) a atividade probatória deve-se dar no âmbito das instâncias ordinárias, pois o tribunal superior analisa os fatos e as provas, como *retratados* pelo acórdão do tribunal *a quo*, isto é, como *descritos* no acórdão do tribunal de origem; (iii) em outras palavras: *o contexto fático-probatório a ser analisado nos recursos excepcionais é o delimitado pelo acórdão recorrido e a modificação deste conteúdo fático-probatório é inviável em sede de recursos extremos*; (iv) por isto é que não se admite a interposição de RESP e/ou RE para simples revisão de matéria de fato. (2) *Valoração da prova*: (i) no entanto, é possível a interposição de recurso excepcional por *violação às regras do direito probatório*, notadamente quando tratam da *valoração e da admissibilidade da prova*, pois a valoração da prova, no âmbito do RESP e do RE, pressupõe *contrariedade a um princípio ou regra jurídica no campo probatório*; (ii) por isso é que *atribuir aos fatos já constatados, pelo tribunal a quo, conseqüências jurídicas diferentes das que foram por ele determinadas no acórdão recorrido não caracteriza reexame do conjunto fático-probatório e, tampouco, interpretação de cláusula contratual, não atraindo os óbices das Súmulas 279/STF, 07/STJ e 05/STJ*; (iii) se o tribunal *a quo* entendeu que tal fato aconteceu, isto é, restou provado, o tribunal superior não pode, em sede de recursos excepcionais, modificar essa premissa, mas pode atribuir ao fato conseqüências jurídicas distintas da definida no acórdão recorrido. (3) *O Tribunal não se manifesta ou se omite quanto a prova constante dos autos*: há casos, entretanto, em que o tribunal de segundo grau, ao proferir o acórdão objeto de RESP e/ou RE, afirma não haver prova nos autos de determinado fato, ou não emite juízo de valor sobre determinada prova constante dos autos. Nestes casos, de nada adianta o recorrente interpor, de imediato, RESP e/ou RE, impugnando o fundamento constitucional ou infraconstitucional do acórdão recorrido sem, primeiramente, opor embargos de declaração, visando suprir a omissão (se houver), posto que, de regra, os recursos excepcionais sofrerão juízo de admissibilidade negativo, em face do contido, respectivamente, nas Súmulas 279/STF e 07/STJ. Na espécie, deverá, primeiramente, serem opostos embargos de declaração, visando sanar a omissão quanto ao exame ou valoração da prova constante dos autos para, somente então: (1) se suprida a omissão, interpor RESP e/ou RE, alegando violação, pelo acórdão recorrido, de princípio ou regra de direito probatório, ou (2) se não suprida a omissão, interpor RESP, alegando ofensa ao art. 535, inciso II, do CPC, solicitando o retorno dos autos à origem, para que seja suprida a omissão apontada.

10 Deve-se ressaltar, por oportuno, que de modo semelhante ao disposto no subtítulo II.4, acima, ocorre quando o acórdão *a quo* se omite quanto a um fundamento independente, constitucional ou infraconstitucional, a ele regularmente transferido por meio do recurso cabível. Neste caso, de nada adiantará a interposição de RESP ou RE, insistindo na questão de mérito objeto da omissão (constitucional ou infraconstitucional) no acórdão do tribunal de segundo grau, posto que a omissão configura ausência de prequestionamento da matéria impugnada, que leva, automaticamente, à inadmissão do recurso que combate um fundamento independente, acarretando o trânsito em julgado desse fundamento e a conseqüente impossibilidade de se reformar a decisão inferior. Em se tratando de omissão de questão constitucional, necessário se faz, primeiramente, interpor embargos de declaração para, somente depois, integrado o acórdão recorrido com o acórdão proferido nos embargos de declaração, e não suprida a omissão, interpor RE para o STF. Por sua vez, em se tratando de omissão de questão infraconstitucional, deverá o recorrente, após a interposição dos embargos de declaração, e permanecendo o tribunal inferior na omissão, interpor RESP para o STJ, mas, desta feita, alegando ofensa ao art. 535, II, do CPC, evitando-se, assim, o não conhecimento do recurso, cuja

entendimento o disposto na Súmula 5/STJ, segundo a qual “*A simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial*”.

59. Entretanto, como sói acontecer com toda a matéria tratada neste Parecer, a questão sobre recorrer ou não deverá sempre ser examinada observando-se o *específico caso concreto*.

II.5–Fundamentos independentes, constitucional e infraconstitucional, não impugnação de um deles. Interposição de RESP e RE, inadmissão de um deles na origem e não impugnação da decisão ou não provimento do agravo, com trânsito em julgado da decisão.

60. Questão de igual modo relevante é saber -- no caso de o acórdão recorrido conter fundamentos constitucional e infraconstitucional independentes, cada qual suficiente, *per se*, para sustentá-lo, e, não tendo sido impugnado um deles ou, interposto RESP e RE na origem, um deles (ou os dois) sofreu juízo de admissibilidade negativo -- qual procedimento deverá adotar a Fazenda Nacional.

61. Sendo o caso de fundamentos independentes, constitucional e infraconstitucional, e não tendo sido impugnado um deles, terá inexoravelmente ocorrida a *preclusão* para a sua impugnação. Se interposto RESP e RE, na origem, e um deles sofrer juízo de admissibilidade negativo, e não tendo sido interposto agravo para destrancar o recurso inadmitido, ou, se interposto, o agravo foi julgado improcedente, sem recurso dessa decisão, também neste caso terá ocorrido o *trânsito em julgado* de fundamento independente, situação na qual restará caracterizada a ausência do pressuposto de admissibilidade recursal do interesse em recorrer, na sua vertente utilidade, pois inútil será, do ponto de vista da obtenção de uma vantagem prática, o julgamento do outro recurso excepcional.

II.6–Fundamentos independentes, constitucional e infraconstitucional, ofensa reflexa à Constituição e interposição de RESP e RE.

62. Consoante é cediço, o STF não conhece de RE, quando a alegada ofensa à Constituição é meramente *reflexa ou indireta*,¹¹ pois entende

conseqüência é também o trânsito em julgado de um fundamento infraconstitucional suficiente para manter a decisão recorrida. Esclareça-se, por oportuno, que a alegada ofensa ao art. 535 do CPC não pode ser feita de forma genérica, sem a especificação das teses ou dispositivos legais sobre as quais o acórdão recorrido teria deixado de se manifestar, bem assim deve ser demonstrada a relevância de supostas omissões para o deslinde da controvérsia, viabilizando-se o pleno conhecimento e julgamento do recurso (V. REsp 1.122.858/ES).

11 Em linhas gerais, e sem o propósito de exaurir o tema, pode-se afirmar que se dá a denominada “ofensa reflexa ou indireta” à Constituição quando a questão apreciada no acórdão recorrido se resolve

aquele Pretório Excelso que, nestes casos, a ofensa é da lei e não da Constituição, diretamente. Em tais casos, de nada adianta impugnar o *suposto* fundamento constitucional do acórdão recorrido, pois o RE não ultrapassará a barreira de admissibilidade recursal, não se podendo falar de fundamento constitucional, propriamente dito, do acórdão recorrido.

63. Assim, sempre que, no caso concreto, se verificar que o *suposto* fundamento constitucional do acórdão recorrido caracteriza, na verdade, *ofensa reflexa* à constituição, deverá o Procurador da Fazenda Nacional interpor somente o RESP para o STJ, impugnando tão-somente o fundamento infraconstitucional da decisão.

64. Em tais casos, revela-se de suma importância que se esclareça, em preliminar ao RESP, que o fundamento constitucional do acórdão recorrido se encontra exposto como mero *obiter dictum* e não como *ratio decidendi*, posto que a questão, de rigor, encontra-se solucionada no âmbito do regramento infraconstitucional, sem a necessidade de se recorrer, diretamente, ao texto da Constituição, faltando densidade constitucional suficiente a ensejar a interposição concomitante de recurso extraordinário.

II.7 – Fundamentos independentes, constitucional e infraconstitucional, e a inexistência de repercussão geral da matéria constitucional. O não conhecimento do RE.

65. A Lei 11.418/2006 acrescentou ao CPC o art. 543-A, o qual passou a exigir o requisito de admissibilidade recursal da repercussão geral, para a questão constitucional versada no RE, sem a qual o recurso, em decisão irrecurável, não será conhecido.

66. Dispõe, ainda, o § 5º do CPC 543-A que, uma vez negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese.

67. Assim, sendo a ausência de repercussão geral da matéria constitucional um óbice legal ao conhecimento do RE (e já lhe tendo sido negada a repercussão geral), sempre que o acórdão recorrido

toda ela no âmbito do regramento infraconstitucional, sem a necessidade de se recorrer, diretamente, ao texto da Constituição, sendo certo afirmar que a eventual menção a preceito da Constituição, se deu apenas em *obiter dictum* ou reforço do fundamento infraconstitucional, podendo-se afirmar, em tais casos, a ausência de densidade constitucional suficiente à interposição de recurso extraordinário. Deve-se destacar, ainda, que este tema (ofensa reflexa ou indireta à Constituição), até mesmo por fugir ao escopo do presente Parecer, será examinado com maior profundidade quando da revisão do Manual de Recursos Cíveis, ocasião em que será expedida uma orientação mais segura à Carreira acerca de sua aplicação.

contiver fundamento constitucional independente (suficiente, *per se*, para manter o acórdão recorrido), de nada adiantará a interposição de RESP e/ou RE, uma vez que, certamente, o RE não será conhecido e, por via de conseqüência, ocorrerá o trânsito em julgado do fundamento constitucional independente, não sendo possível, no caso, reformar o acórdão tão-só com a interposição de RESP para o STJ, atacando apenas o fundamento infraconstitucional da decisão.

II.7.a – Matéria infraconstitucional e o reconhecimento, pelo STF, de inexistência de repercussão geral.

68. Sem invalidar o quanto definido acima sobre o reconhecimento da inexistência de repercussão geral pelo STF, merece ser ressaltado um entendimento que vem sendo adotado naquele tribunal, quando a matéria objeto de RE é *infraconstitucional*. É que, nestes casos, embora, ao que tudo indica, de modo atécnico, o STF tem decidido que, por ser a *matéria objeto do RE infraconstitucional, inexistente repercussão geral*.¹²

69. Ora, sendo a matéria infraconstitucional, não deve ser ela objeto de RE, mas sim de RESP, e o Extraordinário equivocadamente interposto não deve ser conhecido por *incabível*, no caso, e *não por inexistência de repercussão geral*, consoante vem procedendo o tribunal, pois o exame da existência, ou não, de repercussão geral tem como pressuposto lógico, constitucional e legal (*vide art. 102, § 3º, da CF/88 e art. 543-A, do CPC*) que a matéria objeto do recurso seja *constitucional*.

70. Em tais casos, quais sejam, em que a repercussão geral é negada pelo STF em face de a matéria tratada no Extraordinário ser *infraconstitucional*, de rigor, não há falar em *fundamento constitucional*, mas sim *infraconstitucional*, a desafiar tão-somente RESP para o STJ e, nestes casos, o *Especial, e somente ele, deve ser interposto*, ainda que o STF tenha manifestado o entendimento de que a matéria, por ser infraconstitucional, não tem repercussão geral, posto que reconhecido, pelo próprio tribunal, que a matéria ali tratada é de competência do STJ.

II.7.b – Reconhecimento, pelo STF, da inexistência de repercussão geral e RE pela alínea “b” do inciso III do art. 102 da CF/88.

71. Outra questão que também merece ser enfrentada neste Parecer é aquela que ocorre quando o RE é interposto com esteio na alínea “b”

¹² V., a propósito: AI 825.675 RG, Min. Gilmar Mendes; RE 628.002 RG, Min. Ellen Gracie; AI 738.444 RG, Min. Dias Tóffoli; RE 627.637 RG, Min. Ricardo Lewandowski; RE 583.327 RG, Min. Ayres Britto.

do permissivo constitucional, em face de o tribunal de segundo grau ter declarado a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, na forma definida pelo art. 97 da CF/88, não obstante tenha o STF decidido pela inexistência de repercussão geral da matéria, em sede de RE com fulcro na alínea “a” do permissivo constitucional.

72. Na hipótese, deve ser ressalvado o entendimento no sentido de não interposição de RESP e/ou RE, por inexistência da repercussão geral da matéria, devendo ser respeitadas as que circundam a declaração de inconstitucionalidade de tratado ou lei federal pelo plenário de tribunal de segundo grau, em observância à denominada “cláusula de reserva de plenário”. Tais circunstâncias exigem que o exame da existência de repercussão geral, no caso de RE interposto com fulcro na alínea “b”, seja distinto do realizado em sede de RE com esteio na alínea “a” do mesmo permissivo constitucional.

73. Sobre o tema, a propósito, o Consultivo desta CRJ elaborou o Parecer PGFN/CRJ n. 104/2010, no qual restou asseverado que “*A declaração de inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal por um tribunal estadual ou regional federal gera um desequilíbrio mais drástico na Federação, pois enseja, no espaço de abrangência desse tribunal, a inaplicabilidade de uma lei que, por sua natureza, deve vigorar sobre todo o território nacional*”, bem assim que esse quadro “*tem a potencialidade de acarretar grave violação a princípios basilares de Direito, como o da isonomia e o da segurança jurídica*”, suficiente para justificar a mitigação do entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da inexistência de repercussão geral sobre a matéria constitucional considerada, pois a não admissão de RE, no caso, “*propiciará a continuidade de uma situação intolerável dentro do sistema federativo*” pátrio, caracterizada pela vigência da norma em todo o território nacional, exceto no Estado da federação abrangido pelo tribunal que a declarou inconstitucional, sem que o Supremo Tribunal Federal, guardião último da Constituição, tenha podido apreciar a matéria.

74. Registre-se que o Parecer referido no parágrafo anterior, por ocasião de sua edição, colacionara o entendimento do Ministro Gilmar Mendes e da Ministra Cármen Lúcia, exarado, respectivamente, nos RREE 567.932 e 559.943, que já reconheciam a existência de repercussão geral, na hipótese.

75. A partir desse entendimento, a Coordenação de Atuação no Supremo Tribunal Federal-CASTF, desta PGFN, atuou junto ao STF, nas Questões de Ordem nos Agravos Regimentais nos Recursos Extraordinários de n. 614.232 e 614.406, obtendo daquele tribunal

o reconhecimento da existência de repercussão geral da questão constitucional veiculada por intermédio de RE com fulcro na alínea “b” do permissivo constitucional.¹³

76. Desse modo, diante das considerações ora expostas, é possível concluir que, caso cabível a interposição de RE pela alínea “b” do permissivo constitucional, este deverá ser interposto, defendendo a existência de repercussão geral na hipótese, em face do que restou esclarecido neste subtítulo, ainda que o STF, ao examinar a existência de repercussão geral sobre a questão, em sede de RE interposto pela alínea “a”, tenha decidido por sua inexistência. De igual modo, nos casos da espécie, deverá ser interposto também o RESP para o STJ, com o fim de afastar o fundamento infraconstitucional do acórdão recorrido, sem o que, transitará em julgado este fundamento, e o efeito substitutivo do CPC 512 não se operará.

77. Por outro lado, “*caso se obtenha sucesso com essa estratégia, sendo admitido pelo STF um RE nessa matéria, com o conseqüente afastamento do óbice do não reconhecimento da repercussão geral*”¹⁴, isto é, uma vez interposto RE com base na alínea “b” do inciso III do art. 102 da CF/88, e tendo sido admitido o recurso, com o afastamento da ausência de repercussão geral da matéria, tudo indica que, aí sim, deve-se voltar a interpor, nacionalmente, RE para o STF, inclusive, com esteio na alínea “a” do sobredito permissivo constitucional, e RESP para o STJ, até que o STF se pronuncie sobre o mérito do recurso.

II.7.c – A repercussão geral da matéria constitucional e a possível ineficácia da Súmula 126/STJ.

78. Com a introdução, pela Lei n. 11.418/2006, do art. 543-A ao Código de Processo Civil, criou-se, como já dito acima, um *novo requisito de admissibilidade recursal do RE*, qual seja, a necessidade de a questão versada no recurso oferecer *repercussão geral*.

79. Ato contínuo, alguns doutrinadores pátrios passaram a defender a necessidade de revogação da Súmula 126/STJ, considerando o novo

13 De notar, entretanto, que, tanto numa como noutra Questão de Ordem, o STF reviu seu posicionamento acerca da existência, ou não, da repercussão geral, em face de que, no primeiro exame, entendeu-se tratar de matéria infraconstitucional, não havendo falar, desse modo, em repercussão geral. Entretanto, o julgamento do incidente de inconstitucionalidade, no tribunal de segundo grau, e a declaração de inconstitucionalidade do art. 12 da Lei 7.713/88, passou a constituir, nos dizeres do STF, “*circunstância nova suficiente para justificar, agora, seu caráter constitucional*” propiciando, assim, um reexame da existência (ou não) da repercussão geral da matéria, agora, constitucional.

14 V. despacho proferido no Parecer PGFN/CRJ/N. 104/2010, da lavra do Dr. Fabrício da Soler.

requisito de admissibilidade do RE, qual seja, a demonstração da *repercussão geral* da matéria constitucional.

80. Alegam que não tem mais sentido referida súmula, uma vez que, tendo o STF reconhecido que a matéria constitucional não tem repercussão geral, deveria ser *dispensada a interposição do RE, bastando, para a reforma do acórdão a quo, a interposição de RESP para o STJ*, pois seria paradoxal exigir que o RESP só fosse conhecido se a parte também manejasse RE, *não tendo a matéria qualquer relevância*, pois a exigência de interposição de RE seria por *mero apego ao formalismo*, negando-se vigência aos princípios da celeridade e do acesso à justiça.

81. Com a devida vênia aos que assim pensam, a exigência de interposição de RESP e RE, nos casos em que o acórdão recorrido se assenta em *fundamentos independentes* (constitucional e infraconstitucional), qualquer deles suficiente, *per se*, para manter o acórdão recorrido (caso das Súmulas 283/STF e 126/STJ), *não se encontra atrelada a mero apego ao formalismo, ou mero capricho jurisprudencial*, para conhecimento do recurso. Antes, pelo contrário, e consoante já se disse alhures, decorre da *lógica do sistema processual recursal aplicado aos recursos excepcionais*, pois, sendo qualquer dos fundamentos (constitucional ou infraconstitucional) suficiente, *per se*, para manter o acórdão recorrido, de nada adiantaria interpor somente um dos recursos, no caso, o RESP para o STJ, pois tão-só o seu julgamento e afastamento do fundamento infraconstitucional é insuficiente para se reformar o acórdão recorrido e, no caso, também o Especial não será conhecido por evidente *ausência de interesse recursal*, na sua vertente *utilidade*, pois seja qual for o resultado do julgamento, o efeito substitutivo do CPC 512 não se operará, tendo restado sem ataque um fundamento constitucional capaz, por si só, de sustentar a decisão do tribunal inferior, notadamente, levando-se em conta que o STJ não pode conhecer de e reformar fundamento constitucional do acórdão recorrido, sem que isso caracterize usurpação da competência do STF para a matéria. Esclareça-se, por oportuno, que a recíproca também é verdadeira: de igual modo, o STF não pode conhecer de e reformar fundamento infraconstitucional do acórdão recorrido, sem que isto caracterize usurpação da competência do STJ para a matéria.

82. Consoante várias vezes já se disse, quando da existência de fundamentos independentes, constitucional e infraconstitucional, necessária se faz a impugnação de ambos os fundamentos, por intermédio de RE para o STF e RESP para o STJ, para se manter acesa a possibilidade de reforma do julgado recorrido, que somente se operará com o afastamento de ambos os fundamentos da decisão atacada.

83. Vendo-se a questão por este prisma, percebe-se, desde logo, que a solução apregoada, de permitir a interposição somente de RESP para o STJ, jamais poderia solucionar o dilema, porque esse tribunal é (*in*) *competente* para, em sede de RESP, conhecer e julgar acerca de matéria constitucional a ele transferida – pois “*não é dado àquela Corte, em recurso especial, rever a decisão da mesma questão constitucional do tribunal inferior; se o faz, de duas uma: ou usurpa a competência do STF, se interposto paralelamente o extraordinário, ou, caso contrário, ressuscita matéria preclusa*”¹⁵.

84. Por outro lado, a abertura de uma *exceção* à regra (inadmissibilidade de RE quando a matéria constitucional versada no recurso não tiver repercussão geral), seja por meio de alteração legislativa, seja por intermédio de alteração jurisprudencial, de modo a permitir, nos casos da espécie, isto é, *ainda que ausente a repercussão geral*, o conhecimento e julgamento do RE (pelo STF, naturalmente), parece bastante salutar, pois a aplicação das Súmulas 283/STF e 126/STJ, em tais casos, impedirá, *sempre*, que o acórdão do tribunal de segundo grau venha a ser apreciado em sede de tribunais superiores, hipótese que, ao que parece, interfere com a garantia constitucional do acesso à justiça.

85. Tendo estas preocupações em mente, este Consultivo da CRJ elaborou o Parecer PGFN/CRJ N. 2426/2010, no qual sugere alteração do art. 989 do PL 166 (Novo CPC), com a inclusão de um inciso IV no seu § 3º, cuja redação, para maior clareza, segue transcrita, *infra*:

Art. 989. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecurável, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo.

[...]

§ 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso:

[...]

IV – *debater acórdão com mais de um fundamento autônomo suficiente para manter o julgado.*

[...].

15 STF – AG.REG. no RE 609.072/SC, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 04 de maio de 2010.

86. Desse modo, caso acolhida a inserção do sobredito inciso IV ao § 3º do art. 989 do PL 166/2010, tal exceção legislativa ao não conhecimento do RE, pela simples falta de repercussão geral da matéria constitucional, que inviabiliza também o conhecimento e julgamento do RESP, é de se supor, resolveria definitivamente a questão ora em debate, de modo favorável a todos os jurisdicionados, e não apenas à Fazenda Nacional.

87. Entretanto, por tudo que se falou anteriormente sobre esta questão, e levando em conta a dicção dos multicitados verbetes sumulares do STF e STJ, sempre que o acórdão de segundo grau se encontrar apoiado em duplo fundamento independente, constitucional e infraconstitucional, caso venha o STF a reconhecer a inexistência de repercussão geral da matéria constitucional versada no RE, de rigor, de nada adiantará a interposição dos recursos extremos, posto que sabido qual o destino do RE, fadado a não ser conhecido no STF, acarretando o trânsito em julgado de fundamento suficiente, *per se*, para manter o julgado do tribunal inferior.

II.8 – Fundamentos independentes, constitucional e infraconstitucional. Interposição de RESP e RE e jurisprudência pacífica do STF ou STJ contrária à Fazenda Nacional.

88. De todo o já exposto neste Parecer, restou evidenciado que, sempre que o acórdão recorrido se assenta em fundamentos independentes (constitucional e infraconstitucional), qualquer deles suficiente, *per se*, para manter o acórdão recorrido, necessária se faz, para a reforma do julgado do tribunal *a quo*, a impugnação, *com sucesso*, de ambos os fundamentos. Caso contrário, isto é, subsistindo pelo menos um dos fundamentos, o acórdão será mantido íntegro e o efeito substitutivo do CPC 512 não se operará.

89. Assim, sendo o caso de fundamentos independentes e estando pacífica a jurisprudência de um dos tribunais (STF ou STJ), de modo contrário aos interesses da Fazenda Nacional, necessário se faz indagar se haverá interesse, do ponto de vista prático, em recorrer para o respectivo tribunal. Isto porque, em caso de ser remota a probabilidade de alteração do entendimento do tribunal quanto à matéria de direito que poderá ser objeto de recurso, muito provavelmente o recurso será, ao final, improvido e, tendo sido esgotadas as vias recursais, ocorrerá inevitavelmente o trânsito em julgado de um dos fundamentos independentes, *capaz*, *per se*, para manter íntegro o acórdão recorrido, não sendo mais possível a sua reforma.

90. Na verdade, a solução da presente questão, creio, passa pela aplicação, no caso, do quanto disposto na Portaria PGFN 294/2010.

Caso a matéria pacificada contrariamente à tese da Fazenda Nacional conste de uma das listas de *dispensa de recorrer* ou de *contestar e recorrer*, não haverá *utilidade*, do ponto de vista *prático*, na interposição de recurso para aquele tribunal e, *sob uma análise estritamente técnica*, não mais será possível reformar o acórdão recorrido, estando o Procurador da Fazenda Nacional dispensado de interpor quaisquer dos recursos.

II.9 – Fundamentos independentes e dependentes, constitucional e infraconstitucional, do acórdão recorrido. Interposição de RESP e RE e a prejudicialidade do art. 543, § 2º, do CPC. A preliminar de prejudicialidade.

II.9.a – Considerações iniciais sobre o tema.

91. Segundo a sistemática de interposição e julgamento dos recursos excepcionais, sempre que o acórdão recorrido se assentar em duplo fundamento, um constitucional e outro infraconstitucional, necessária será a interposição simultânea de RESP e RE, sob pena de *preclusão* da matéria de direito relativa ao fundamento inatacado.

92. Reza o § 2º do art. 543 do CPC que, “*Na hipótese de o relator do recurso especial considerar que o recurso extraordinário é prejudicial àquele, em decisão irrecorrível sobrestará o seu julgamento e remeterá os autos ao Supremo Tribunal Federal, para o julgamento do recurso extraordinário*”.

93. Isto é assim porque, de regra, consoante preconiza o § 1º do mesmo artigo, em primeiro lugar se julga o recurso especial para, somente então, remeter-se os autos ao STF, para apreciação do RE, se este não estiver *prejudicado*, ou seja, se o RESP não tiver sido *provido*, hipótese em que terá ocorrido perda superveniente do interesse recursal (não há mais necessidade nem utilidade no julgamento do RE).

94. De fato, consoante ressalta José Theóphilio Fleury,¹⁶ o § 1º do art. 543 do CPC explicita claramente a *preferência* do legislador de se julgar o RESP em primeiro lugar, e isto decorre da *razão de ser da própria criação do STJ*, que foi *desafogar o STF* dos inúmeros recursos a ele dirigidos anualmente, situação que gerou a denominada *crise do Supremo*.

95. Portanto, sempre que *possível*, o RESP deverá ser julgado primeiro e, sendo *provido*, estará *prejudicado* (desnecessidade, inutilidade) o

¹⁶ *Idem*.

juízo de julgamento do RE. Assim, o Extraordinário somente será julgado em primeiro lugar caso o seu julgamento seja *prejudicial* ao do Especial, atendendo-se ao *princípio da economia processual*, bem assim à *política jurídica de criação do STJ*.

96. Ao que tudo indica, esta filosofia deverá nortear o exame da ocorrência de prejudicialidade, na sistemática de julgamento do RESP e RE.

II.9.b – Questões prévias (preliminares e prejudiciais).

97. Antes de se adentrar ao exame da prejudicialidade disposta no CPC 543, § 2º, necessário se faz realizar um breve estudo sobre as questões prévias (preliminares e prejudiciais), trazendo à colação o entendimento doutrinário mais abalizado sobre a matéria.

98. Conforme José Carlos Barbosa Moreira¹⁷, as *questões prévias* podem ser classificadas como *questões preliminares* ou *questões prejudiciais*, de acordo com o tipo ou o teor de influência exercido sobre as questões posteriores do processo.

99. Afirma, com precisão, Barbosa Moreira¹⁸ que a solução de determinada questão *pode* influenciar a de outra: (*a*) tornando *dispensável* ou *impossível* a solução dessa outra (questões preliminares); ou (*b*) determinando o *sentido* em que a outra há de ser resolvida (questões prejudiciais).

100. Quanto à solução das *questões prévias*, pode-se afirmar que: (1) o *acolhimento* da *questão preliminar* condiciona a apreciação da questão posterior (no sentido de tornar dispensável ou impedir o exame da questão posterior), mas não influencia no teor da decisão da questão posterior; (2) o *acolhimento* da *questão prejudicial* influencia no teor da decisão da questão posterior, mas jamais condiciona a apreciação da questão posterior (não torna dispensável nem impede a apreciação da questão posterior).

101. Em resumo, pode-se dizer que, quando as *questões preliminares* são *acolhidas*, impedem ou tornam desnecessária a continuação da atividade jurisdicional; ao passo que, quando as *questões prejudiciais* são *acolhidas*, não impedem que a decisão seguinte seja proferida, mas determinam o sentido da decisão seguinte.

17 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Coisa julgada e declaração. Temas de direito processual*: primeira série. São Paulo: Saraiva, 1988.

18 *Idem*.

II.9.c – A necessidade de mitigar o conceito de prejudicialidade do julgamento do RE em relação ao do RESP.

102. Consoante dito anteriormente, quando o acórdão do tribunal *a quo* contém duplo fundamento, constitucional e infraconstitucional, com a interposição simultânea de RESP e RE, de regra, a teor do § 1º do art. 543 do CPC, o Especial deverá ser julgado primeiro. Entretanto, excepcionalmente, prescreve o § 2º do referido artigo que, em caso de prejudicialidade do Extraordinário em relação ao Especial, aquele será julgado em primeiro lugar.

103. Desse modo, e aplicando-se o consagrado conceito de prejudicialidade, acima exposto, sempre que a decisão a ser proferida no RE for capaz de condicionar, isto é, determinar o sentido da decisão a ser proferida no RESP, o Extraordinário deverá ser julgado em primeiro lugar para, somente depois, ser julgado o Especial.

104. Na verdade, tudo indica que o conceito de *prejudicialidade* aplicável ao julgamento do RE em relação ao RESP, quando interpostos simultaneamente, deve ser mitigado ou temperado, pois, *no mais das vezes*, o que ocorre na sistemática de julgamento dos dois recursos não é a *prejudicialidade*, no seu conceito tradicional, conforme disposto no parágrafo anterior. A problemática da interposição simultânea de RESP e RE envolve sempre questões constitucionais e legais e, tendo em conta a *supremacia da constituição em face da lei federal*, a decisão do STF, pela *inconstitucionalidade* da lei, cuja boa ou má aplicação também está sendo questionada via RESP para o STJ, *prejudica*, mas no sentido de tornar *desnecessário* ou *inútil*, o julgamento do recurso pelo STJ, pois, de rigor, não há sentido em o STJ decidir em primeiro lugar pela boa ou má aplicação, pelo acórdão recorrido, de determinada lei, a qual poderá vir a ser declarada inconstitucional pelo STF, tendo o STJ, neste caso, exercido a jurisdição inutilmente. É essa espécie de prejudicialidade que, de regra, ocorre, com relação aos dois recursos e, por isso, deve ser especialmente examinada.

105. Outra razão para se mitigar o conceito de prejudicialidade aplicável ao julgamento do RESP e RE parece ser de cunho político-jurídico, pois tem a ver com a opção do legislador de, sempre que *possível*, julgar o RESP em primeiro lugar, atendendo-se ao princípio da economia processual e visando desafogar o STF dos inúmeros recursos a ele dirigidos anualmente, e isto tem a ver com a razão de ser da própria criação do STJ.

106. Por outro lado, deve-se esclarecer que, quando o STF decide pela *constitucionalidade* de determinada lei federal, que também está sendo

objeto de exame, pelo STJ, acerca de sua boa ou má aplicação no caso concreto, essa decisão do STF *não prejudica nem condiciona* o julgamento a ser proferido pelo STJ, que poderá decidir tanto pela boa aplicação da lei como por sua má aplicação, pelo acórdão recorrido, exercendo eficazmente a jurisdição.

107. Desse modo, examinando-se a questão do ponto de vista estritamente *técnico-jurídico*, de rigor (sempre que o tribunal *a quo* enfrenta o problema da constitucionalidade de lei, cuja boa ou má aplicação pelo acórdão recorrido também está sendo questionada em sede de RESP para o STJ), o STF deveria julgar primeiramente o RE, decidindo pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei, antes de o STJ examinar sua boa ou má aplicação no caso concreto, uma vez que, caso o STF decida pela *inconstitucionalidade*, esta decisão *prejudica* (torna desnecessário, inútil) o julgamento do RESP, e eventual decisão que já tenha sido proferida pelo STJ fica sem eficácia. Assim, para que o STJ não venha a prestar a jurisdição inutilmente (*inutiliter data*), proferindo decisão *ineficaz*, o RE deveria ser julgado *sempre* em primeiro lugar. Mas isto não é o que ocorre na prática, e nem é o que recomenda a lei (art. 543, *caput*, e § 1º, do CPC).

108. A jurisprudência do STJ parece confirmar o entendimento acima exposto, no sentido de julgar, sempre que possível, o RESP em primeiro lugar. Veja-se a ementa dos seguintes julgados:

“Se o acórdão recorrido apóia-se em fundamento constitucional e fundamento infraconstitucional, o trânsito em julgado do primeiro suficiente por si só para mantê-lo, prejudica o exame do outro. Sobrestamento, no caso, do julgamento do recurso especial, até que o STF decida o agravo de instrumento da subida de recurso extraordinário interposto pela União” (RSTJ 32/425).

“O acórdão impugnado acha-se apoiado, basicamente, em fundamento constitucional (inocorrência de violação ao princípio da isonomia) e fundamento infraconstitucional (interpretação restritiva ao art. 6º do Dec. Lei n. 2.434, de 1988). Nessa hipótese, só se o Supremo entender que não houve ofensa ao princípio da isonomia, com o desprovimento do agravo de instrumento ou não conhecimento ou desprovimento do recurso extraordinário, é que aflora a oportunidade desta Corte julgar de forma eficaz o recurso especial: dando-lhe provimento, decide a favor do contribuinte; negando-lhe provimento, em prol da União. Sobrestamento, no caso, do julgamento do recurso especial, até que o STF decida o agravo de instrumento, interposto do despacho denegatório da subida do recurso extraordinário manifestado pelo contribuinte” (STJ – 2ª T., REsp 28.735-6-RJ, rel. Min. Pádua Ribeiro).

“O sobrestamento não é uma obrigação que se impõe ao julgador, mas sim uma faculdade que lhe é atribuída, ficando a seu exclusivo critério decidir sobre a prejudicialidade do recurso extraordinário em relação ao especial” (STJ-Corte Especial, ED no REsp 697.964-EDcl, Min. João Otávio, j. 22.5.06. DJU 25.9.06)

109. O processualista José Theóphilo Fleury,¹⁹ ao examinar a questão da *prejudicialidade* disposta no § 2º do art. 543 do CPC, manifesta entendimento *mais restritivo* sobre a matéria, pois apregoa sua *ocorrência* apenas na seguinte hipótese: sempre que o *acórdão recorrido* afirmar, *incidenter tantum*, a *inconstitucionalidade* de uma determinada lei, ou artigos de lei (*fundamento independente*), a matéria constitucional objeto de RE (decisão acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei), será *prejudicial* à matéria legal objeto de RESP (decisão acerca da boa ou má aplicação, pelo acórdão recorrido, da lei federal), pois de nada adiantará o provimento do recurso especial, dando pela não afronta (boa aplicação) de determinada lei federal, se esta lei foi declarada inconstitucional pela decisão recorrida. Primeiramente, há que ser julgado o RE para, só então, se pela *constitucionalidade* da lei o julgamento, julgar o RESP, no qual se decidirá pela afronta ou não pelo acórdão recorrido à lei federal. Porém, caso desprovido o RE, mantido o acórdão do tribunal *a quo*, que afirma a *inconstitucionalidade* da lei, *prejudicado* (desnecessidade, inutilidade) estará o julgamento do RESP, que não poderá decidir pela boa ou má aplicação de uma lei declarada inconstitucional.

110. Arremata seu entendimento no sentido de que o contrário (inexistência de prejudicialidade) ocorre caso o tribunal inferior declare, *incidenter tantum*, a *constitucionalidade* da lei, tida por afrontada no RESP interposto para o STJ, pois, nessa hipótese, não há fundamento suficiente para manter a decisão (no caso, os fundamentos são dependentes), uma vez que a sorte do RESP, para reformar o julgado, não depende do julgamento do RE. A parte interessada, neste caso, por óbvio, poderia recorrer ao STF, alegando inconstitucionalidade da lei, mas este seria apenas *mais um fundamento suficiente para reformar* o acórdão do tribunal inferior, não para mantê-lo, pois se trata de *fundamentos dependentes*. Isto é assim porque a declaração da constitucionalidade da lei pelo STF possibilita ao STJ proferir decisão eficaz no julgamento do RESP, no sentido da boa ou má aplicação da lei pelo acórdão recorrido.

111. É de se dar razão ao ilustre processualista quanto às suas conclusões sintetizadas nos dois parágrafos anteriores, notadamente, quando se tem

¹⁹ FLEURY, José Theóphilo. *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*. Coordenação de Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 325 e ss.

em mente a dita preferência do legislador, no sentido de se julgar o RESP em primeiro lugar, sempre que possível, e desafogar o STF dos inúmeros recursos a ele dirigidos anualmente. Conforme já dito, esta parece ser a filosofia que norteia o STF e o STJ, quando examinam a questão da prejudicialidade no julgamento dos respectivos recursos extremos.

112. Com efeito, repisando-se o que, de outro modo, já foi dito por FLEURY,²⁰ a supremacia da Constituição em face da lei federal parece confirmar a máxima jurídico-constitucional de que “*nem tudo que é legal é constitucional, mas tudo que é inconstitucional é ilegal*”, e isto reflete diretamente na sistemática de julgamento do RESP e do RE, em caso de o fundamento constitucional do *acórdão recorrido* ser no sentido da *inconstitucionalidade da lei*, pois *tudo que é inconstitucional é ilegal*. Quando assim ocorre, isto é, o *acórdão a quo* julga a lei *inconstitucional*, o julgamento do acerto ou desacerto da aplicação de uma lei federal pelo STJ sempre se subordina à definição acerca da constitucionalidade da lei federal pelo STF, pois *de nada adianta o STJ decidir pela boa ou má aplicação da lei pelo acórdão recorrido, se ela já foi declarada inconstitucional pelo mesmo acórdão, retirando qualquer eficácia da decisão do STJ, caso o STF não afaste o fundamento de inconstitucionalidade da lei do julgado de segundo grau*. Somente se o STF, julgando primeiramente o RE, der pela constitucionalidade da lei, é que o STJ poderá proferir uma decisão útil e eficaz no julgamento do RESP, decidindo por sua boa ou má aplicação; de modo contrário, confirmado o fundamento da *inconstitucionalidade da lei*, prejudicado (dispensável, desnecessário, inútil) estará o exame do acerto ou desacerto da aplicação da lei. Tome-se a seguinte hipótese como exemplo ilustrativo: o tribunal *a quo* decide, a um só tempo, que (1) a lei é inconstitucional e que (2) ademais, se assim não fosse, houve má aplicação da lei. Caso inatacado o fundamento de inconstitucionalidade da lei, via RE para o STF, transitará em julgado este fundamento, de nada adiantando o STJ se manifestar acerca do acerto ou desacerto da aplicação da lei federal declarada inconstitucional. Por outro lado, inatacado o fundamento de que a lei foi mal aplicada, via RESP, para o STJ, de nada adiantará a revisão do fundamento constitucional pelo STF, pois, mesmo que a lei seja constitucional, o fundamento de que ela foi mal aplicada, no caso, transitará em julgado.

113. Entretanto, caso o *acórdão* do tribunal inferior contenha duplo fundamento, constitucional e infraconstitucional, mas decida, *incidenter tantum*, pela *constitucionalidade da lei*, de regra, não há falar em fundamentos independentes do *acórdão recorrido*, mas sim em *fundamentos dependentes*

20 *Idem*.

(e, neste caso, tudo indica que se deve aplicar a regra geral do § 1º do art. 543 do CPC, no sentido da prejudicialidade do RESP em relação ao RE), julgando-se, em primeiro lugar, o RESP para, somente depois, em caso de não provimento deste, julgar-se o RE eventualmente interposto, pois, frise-se, a regra é, sempre que for *possível*, o RESP será julgado em primeiro lugar. Isto porque os fundamentos, no caso, são *dependentes*, sendo necessária para a manutenção do acórdão a manutenção de ambos os fundamentos, sendo certo que a reforma de qualquer um deles aproveita ao recorrente. Veja-se o mesmo exemplo dado no parágrafo anterior, mas, agora, em sentido contrário, pela *constitucionalidade* da lei e pela *correta aplicação da lei*: caso o recorrente ataque somente o fundamento da constitucionalidade da lei, via RE para o STF, deixando de atacar o fundamento da correta aplicação da lei, via RESP para o STJ, ainda assim, lhe interessa o julgamento do RE, pois, em caso de provimento do RE, no sentido da *inconstitucionalidade* da lei, haverá substituição do acórdão recorrido. Por outro lado, caso o vencido ataque somente o fundamento da correta aplicação da lei, deixando de atacar o fundamento da constitucionalidade da lei, também neste caso lhe interessa o julgamento do RESP, pois caso o STJ entenda pela má aplicação da lei ao caso, isto será suficiente para reformar o acórdão recorrido.

II.9.d – Considerações finais sobre o tema.

114. Do exposto, *retro*, sobre a prejudicialidade do julgamento do RE em face do RESP, é possível concluir que:

- r) Sempre que a decisão a ser proferida no RE for capaz de condicionar, isto é, determinar o sentido da decisão a ser proferida no RESP, haverá prejudicialidade no julgamento do RE em relação ao RESP, e o Extraordinário deverá ser julgado em primeiro lugar para, somente depois, ser julgado o Especial (conceito clássico de prejudicialidade);
- s) De rigor -- sempre que o tribunal *a quo* enfrenta o problema da constitucionalidade de lei, cuja boa ou má aplicação pelo acórdão recorrido também está sendo questionada em sede de RESP para o STJ --, o STF deveria julgar primeiramente o RE, decidindo pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei, antes de o STJ examinar sua boa ou má aplicação no caso concreto, uma vez que, caso o STF decida pela *inconstitucionalidade*, esta decisão *prejudica* (torna desnecessário, inútil) o julgamento do RESP ou eventual decisão que já tenha sido proferida pelo STJ. Assim, para que o STJ não venha a prestar a jurisdição inutilmente (*inutiliter data*), proferindo decisão *inefcaz*, o RE deveria ser julgado *sempre* em primeiro lugar. Mas isto não é o

que ocorre na prática, e nem é o que recomenda a lei (art. 543, *caput*, e § 1º, do CPC).

- t) Desse modo, adotando-se o entendimento de FLEURY,²¹ sempre que o *acórdão a quo* afirmar a *inconstitucionalidade* da mesma lei também tida por ofendida pelo mesmo julgado, não faz nenhum sentido o STJ, em sede de RESP, decidir em primeiro lugar pela boa ou má aplicação da lei, no caso concreto, se a decisão do tribunal *a quo*, já é pela *inconstitucionalidade* da lei, e isto *prejudica*, no sentido de dispensável ou desnecessário, o julgamento do RESP, a não ser que o STF, julgando o RE em primeiro lugar, decida pela *constitucionalidade* da lei, pois somente assim o STJ poderá proferir uma decisão eficaz, podendo decidir pela boa ou má aplicação da lei. Na verdade, nestes casos, isto é, quando o tribunal *a quo* decide pela *inconstitucionalidade* da lei, trata-se de *fundamentos independentes* (qualquer um deles suficiente, *per se*, para manter o acórdão recorrido), sendo certo que, caso o STF mantenha o fundamento constitucional do acórdão recorrido, pela *inconstitucionalidade* da lei, *prejudicado* estará o julgamento do RESP pelo STJ, que não poderá proferir decisão útil para o caso;
- u) Em sentido contrário, isto é, sempre que o acórdão recorrido afirmar a *constitucionalidade* da mesma lei cuja boa ou má aplicação também tenha sido apreciada pelo mesmo julgado, tal não impede que o STJ julgue em primeiro lugar a matéria infraconstitucional, podendo proferir decisão útil e eficaz, tanto pela boa, quanto pela má aplicação da lei, no caso concreto. Ademais, trata-se de *fundamentos dependentes*, e a decisão que for proferida no RE *não condiciona nem prejudica* eventual decisão a ser proferida no RESP, pelo STJ, não se aplicando a regra excepcional da prejudicialidade do RE em relação ao RESP, definida no § 2º do art. 543 do CPC, mas sim a regra ordinária da prejudicialidade do RESP em relação ao RE, disposta no § 1º do art. 543 do CPC.

115. Por fim, é possível afirmar que, além dos *casos clássicos de prejudicialidade*,²² nos quais o acolhimento da questão dita prejudicial determina o sentido da decisão a ser posteriormente proferida, *haverá também prejudicialidade* no julgamento do RE em relação ao RESP no específico caso de *fundamentos independentes* do acórdão recorrido, sendo esta, ao que tudo indica, a hipótese mais recorrente na espécie. Por outro lado, é possível afirmar também que *não haverá prejudicialidade* do

²¹ *Ibidem*.

²² Trata-se, aqui, da aplicação do conceito clássico de prejudicialidade, no sentido de que a decisão a ser proferida no julgamento do RE, pelo STF, realmente é capaz de determinar ou condicionar o sentido da decisão a ser proferida no julgamento do RESP, pelo STJ.

juízo de julgamento do RE em relação ao RESP no específico caso de *fundamentos dependentes* do acórdão recorrido.

II.9.e – A preliminar de prejudicialidade no RESP.

116. Na forma do que ficou definido nos parágrafos anteriores, a regra é que o RESP seja julgado em primeiro lugar. A exceção se dá com a ocorrência de *prejudicialidade* da questão constitucional em relação à questão infraconstitucional, consoante já visto.

117. Levando-se em conta que sempre existe a possibilidade de o STJ julgar em primeiro lugar o RESP, mesmo sendo o caso de prejudicialidade da questão constitucional, recomenda-se aos colegas Procuradores da Fazenda Nacional a, sempre que se virem diante da necessidade de julgamento da questão constitucional em primeiro lugar, alegar, na interposição do RESP, como preliminar, referida questão, pois, consoante alerta Costa Machado,²³ “o relator do recurso não dispõe de faculdade alguma, mas o dever de sobrestar o julgamento na hipótese ventilada, isto é, desde que fique convencido da presença de prejudicialidade”.

118. Recomenda-se também que esta circunstância (prejudicialidade da matéria objeto de julgamento no RE, em face daquela sob julgamento no RESP) seja noticiada, em preliminar, também no RE que será interposto para o STF, visando evitar eventual alegação de preclusão quanto a este ponto.

119. Outra questão que merece ser enfrentada neste tópico é a seguinte: tendo sido alegada pela Fazenda Nacional a *preliminar de prejudicialidade* do RE em relação ao RESP e, caso o STJ venha a rejeitá-la, deverá ser adotada alguma providência processual e, caso a resposta seja afirmativa, qual *medida* deverá ser adotada, se tais decisões são *irrecorríveis*, por força de lei (§ 2º do art. 543 do CPC)? A resposta adequada a esta questão passa pelo exame da ocorrência de *prejuízo* para a Fazenda Nacional, do ponto de vista *prático* (e não apenas teórico), caso a questão prejudicial não venha a ser julgada em primeiro lugar, o que se passa a fazer a seguir.

120. Quando o acórdão recorrido, além de afastar a aplicação da lei no caso concreto, declara, *incidenter tantum*, a *inconstitucionalidade* da lei (*fundamentos independentes*), ainda que, sob um enfoque *estritamente técnico*, exista *prejudicialidade* no julgamento do RE em relação ao RESP,

23 MACHADO, Antônio Claudio da Costa. Código de processo civil interpretado – Barueri, SP: Manole, 2006.

mas levando em conta que a reforma da decisão somente ocorrerá se afastados ambos os fundamentos, isto é, se julgados, com êxito, ambos os recursos, em um exame do ponto de vista *prático*, parece não decorrer prejuízo para o recorrente, no caso de não acolhimento da prejudicial pelo STJ, com o conseqüente julgamento do RESP antes do RE. Veja-se o exemplo do acórdão *a quo* que decide pela *inconstitucionalidade* da lei e, indo mais além, manifesta o entendimento de que, ainda que assim não fosse, a lei não se aplica ao contribuinte:

- a) Trata-se de fundamentos independentes;
- b) É preciso afastar os dois fundamentos para se reformar o julgado, com provimento do RESP e RE;
- c) Mesmo em se tratando de fundamentos independentes (existência de prejudicialidade), parece não importar para o recorrente qual deles seja julgado em primeiro lugar, pois o recorrente somente logrará êxito na demanda com o julgamento favorável dos dois recursos.

121. Por outro lado, em caso de ocorrência de prejudicialidade, no seu conceito clássico, do RE em relação ao RESP, isto é, nos casos em que o acolhimento da prejudicial determina o sentido da decisão a ser proferida posteriormente, tudo indica que ocorrerá prejuízo para o recorrente, se a questão prejudicial (constitucional) não for resolvida em primeiro lugar, posto que condicionará o sentido da decisão a ser proferida no RESP.

122. Assim, *neste último caso*, levando-se em conta que a decisão que resolve a prejudicial é irrecorrível, retoma-se o questionamento outrora formulado, qual seja, saber qual a providência processual a ser adotada. Dentre as possibilidades aventadas (petição avulsa para o STF (PET); Mandado de Segurança para o STJ; Reclamação para o STF, Ação Cautelar para o STF), a que mais se afigura adequada a resolver um eventual problema de inversão ilegal do julgamento do RESP e do RE, parece ser a *ação cautelar* para o STF, visando o sobrestamento do RESP, enquanto não decidido o RE, com a concomitante cassação de eventual decisão já proferida pelo STJ.

123. Na cautelar, deverá ser noticiado ao STF o equívoco que está sendo cometido pelo STJ, de modo que possa sobrestar o julgamento do RESP e requerer a remessa dos autos para julgamento do RE, em primeiro lugar. O *fumus boni iuris* reside na expressa previsão legal de julgamento primeiro do RE, em caso de prejudicialidade deste em relação àquele; por outro lado, o *periculum in mora* reside no fato de que, caso o STF não venha a sobrestar o julgamento do RESP, perpetrada estará a lesão ao interesse do recorrente.

II.10 – A aplicação equivocada das Súmulas 283/STF e 126/STJ.

124. Consoante se verificou no exemplo dado no subtítulo “II.1.b – Jurisprudência do STJ”, tratado alhures (RESP 36191/SP), pode ocorrer de o STF e/ou o STJ, no julgamento do RE ou RESP, virem a aplicar, equivocadamente, suas respectivas Súmulas 283/STF e 126/STJ.

125. No exemplo acima referido, o STJ não conheceu de RESP por entender que o acórdão recorrido tinha duplo fundamento, constitucional e infraconstitucional, e que o fundamento constitucional não impugnado era suficiente, *per se*, para manter o julgado, quando, ao que tudo indica, não o era. Isto é, entendeu o STJ que se tratava de *fundamentos independentes* quando, na verdade, os *fundamentos* eram *dependentes*.

126. Na eventualidade de tal hipótese vir a ocorrer, deverá o Procurador da Fazenda Nacional recorrer da decisão de inadmissão do recurso, demonstrando que, naquele específico caso, não se trata de fundamento inatacado capaz, *per se*, de manter intacto o julgado recorrido, mas, sim, de *fundamento dependente*, qual seja, aquele que, considerado isoladamente, não é capaz de manter a decisão do tribunal *a quo*, demonstrando também que, no caso, o afastamento de *apenas* um dos fundamentos do acórdão recorrido é *suficiente para reformá-lo*, requerendo, por fim, a reforma da decisão de inadmissibilidade do recurso com o seu conseqüente julgamento e provimento.

II.11 – As alterações legislativas dispostas no PL de Novo CPC e as Súmulas 283/STF e 126/STJ.

127. Consta do projeto de Lei do Senado n. 166, de 2010, relativo ao Novo Código de Processo Civil, com as alterações apresentadas no relatório-geral do Senador Valter Pereira que, ao que tudo indica, foi aprovado no Senado e remetido à Câmara, o art. 988, do seguinte jaez:

Art. 988. Sendo o recurso extraordinário ou especial decidido com base em uma das causas de pedir ou em um dos fundamentos de defesa, o Superior Tribunal de Justiça ou o Supremo Tribunal Federal examinará as demais ainda não julgadas, independentemente da interposição de outro recurso, desde que tratem de matéria de direito.

§ 1º Se a competência for de outro Tribunal Superior, haverá remessa, nos termos dos arts. 986 e 987.

§ 2º Se a observância do caput deste artigo depender do exame de prova já produzida, os autos serão remetidos de ofício ao tribunal de origem, para decisão; havendo necessidade da produção de provas, far-se-á a remessa ao primeiro grau.

128. Ante o teor do referido artigo, consoante acima descrito, em sendo ele aprovado com essa redação, ao que tudo indica, haverá necessidade de revogação, ainda que parcial, ou de se dar nova interpretação às Súmulas 283/STF e 126/STJ, pois os fundamentos deduzidos pelo autor ou pelo réu, ainda não julgados, desde que se tratem de matéria de direito, serão examinados quando do julgamento do RESP ou RE eventualmente interpostos.

129. Ademais, consoante dispõe o § 1º do sobredito artigo, caso a competência para conhecimento e julgamento da matéria (constitucional ou infraconstitucional) seja de outro tribunal (STF ou STJ), haverá remessa dos autos, para que ali seja julgada.

130. Examinando a redação atual dos §§ 1º e 2º do art. 515 do CPC, conclui-se que há muita semelhança entre a redação sugerida para o art. 988, e seus parágrafos, acima transcrito, e o teor dos sobreditos parágrafos do art. 515, a sugerir que os *recursos excepcionais*, doravante, contêm também o denominado *efeito translativo*, que transfere ao conhecimento e julgamento do órgão jurisdicional superior *matérias ou questões não impugnadas* no recurso e, por isso, não transferidas pela extensão do efeito devolutivo (*tantum devolutum quantum appellatum*).

(III)

CONCLUSÃO

131. Em breve síntese, é possível extrair as seguintes conclusões do presente Parecer:

- a. Este Parecer visa orientar a atuação dos Procuradores da Fazenda na representação judicial da Fazenda Nacional, quando da interposição de RESP e RE, em face do quanto disposto nas Súmulas 283/STF e 126/STJ, segundo as quais é inadmissível RE ou RESP, quando o acórdão recorrido assenta em mais de um fundamento constitucional e/ou infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta um dos recursos excepcionais, deixando de impugnar um dos fundamentos da decisão.
- b. Para efeito do disposto nas Súmulas 283/STF e 126/STJ, passa-se a utilizar da expressão *fundamento independente*, para designar aquele que, tomado de *per se*, isto é, considerado isoladamente, é capaz de, se não infirmado com sucesso pela parte vencida/recorrente, manter intacto o acórdão recorrido. Conseqüentemente, *acórdão com fundamentos*

- independentes*, constitucional e infraconstitucional, é aquele que, para ser mantido, basta a manutenção de apenas um dos seus fundamentos e, para ser reformado, operando-se o efeito substitutivo do CPC 512, requer sejam afastados ambos os fundamentos.
- c. O RESP e o RE são institutos de direito processual constitucional, tratando-se de modalidades excepcionais de impugnação recursal, com domínios temáticos próprios, que lhes foram conferidos pela Constituição Federal, e somente serão conhecidos e julgados na parte da decisão impugnada cujo fundamento seja a alegação de violação, respectivamente, a preceito de lei federal ou da Carta Maior, constituindo recursos de fundamentação vinculada e de efeito devolutivo limitado, não se aplicando a eles o efeito translativo amplo disposto nos parágrafos do art. 515 do CPC.
- d. Em caso de existência de fundamentos independentes, constitucional e infraconstitucional, cada qual, *per se*, suficiente para manter o acórdão recorrido, necessária se faz a interposição simultânea de RESP e RE, obtendo-se sucesso em ambas as impugnações, para que o acórdão recorrido seja reformado. Caso contrário, na hipótese de preclusão ou trânsito em julgado de um dos fundamentos independentes, o acórdão recorrido será mantido, não se operando a substituição de que cuida o art. 512 do CPC.
- e. Por sua vez, ocorrida a preclusão quanto à impugnação ou o trânsito em julgado de um dos fundamentos independentes, é caso de inadmissibilidade do recurso eventualmente interposto contra o outro fundamento da decisão, por *falta de interesse recursal*, na sua vertente *utilidade*: o recurso deixou de ser *útil* do ponto de vista prático, sendo certo que o seu julgamento não mais poderá trazer uma *situação mais vantajosa* para o recorrente, tendo restado inatacado ou transitado em julgado um fundamento capaz, *per se*, de manter intacto o julgado recorrido.
- f. A questão do duplo fundamento independente deve ser examinada com relação ao mesmo capítulo da decisão impugnada, pois, tratando-se de capítulos autônomos, isto é, de “itens” distintos da decisão devolvidos ao conhecimento do órgão julgador *ad quem* -- plano horizontal do efeito devolutivo --, as impugnações também deverão ser autônomas, isto é, distintas, não se aplicando o quanto disposto nas Súmulas 283/STF e 126/STJ, pois em tais casos não se apresenta o problema enfrentado neste Parecer.
- g. A par da existência de acórdão com fundamentos independentes (cada qual suficiente para manter o acórdão recorrido, se não infirmado com sucesso), em contrapartida, há acórdão também com mais de um fundamento, mas que, para ser mantido intacto, necessita da manutenção de todos os fundamentos. Pode-se dizer, então, que, em tal hipótese,

os fundamentos dependem uns dos outros para manter o acórdão. Caso contrário, isto é, afastado um dos fundamentos, o acórdão será reformado. Assim, fazendo-se uma dicotomia com os fundamentos independentes, podem ser denominados *fundamentos dependentes*.

- h. Desse modo, pode-se afirmar que o *fundamento dependente* é aquele que, considerado isoladamente, *não* é capaz de manter intacto o acórdão recorrido, necessitando, isto é, *dependendo*, da manutenção do(s) outro(s) fundamento(s) para sustentar o julgado, sem o que ele será reformado.
- i. Se o acórdão do tribunal de segundo grau se apóia em dois fundamentos, um constitucional (declaração, *incidenter tantum*, da *constitucionalidade* da lei) e outro infraconstitucional (entende que a lei federal foi bem aplicada, na espécie), ditos fundamentos não são suficientes, *per se*, para manter a decisão recorrida e, por isso mesmo, são denominados *fundamentos dependentes*. Neste caso, poderá ser interposto contra o acórdão tão-somente RESP ou RE, pois basta afastar um dos fundamentos para que o acórdão recorrido seja reformado, operando-se a substituição do CPC 512. Isto ocorre em face da *supremacia da Constituição sobre a lei federal* que, quando declarada constitucional, *incidenter tantum*, pelo acórdão recorrido, abre a possibilidade de o STJ decidir, no caso concreto, tanto pela violação como pela não violação da lei. Decidindo o STJ pela violação ou má aplicação da lei pelo acórdão recorrido, essa decisão interessa ao contribuinte, pois, embora constitucional a lei, o acórdão recorrido violou a lei. Por outro lado, poderá o STF, em sede de RE, decidir pela inconstitucionalidade da lei, e essa decisão também interessa ao recorrente, pois, segundo a máxima de direito constitucional de que “*nem tudo que é legal é constitucional, mas tudo que é inconstitucional é ilegal*”, se a lei é inconstitucional, não pode incidir no caso concreto.
- j. Considerando-se o exposto acerca de acórdão estribado em fundamentos dependentes, tem-se que, de rigor, não é necessária a impugnação simultânea dos fundamentos dependentes, constitucional e infraconstitucional, do acórdão recorrido, pois o julgamento e provimento de qualquer um dos apelos extremos é capaz de reformar a decisão, sendo necessária a manutenção de ambos os fundamentos para a manutenção do julgado.
- k. Embora não seja necessária a impugnação de todos os fundamentos dependentes do acórdão recorrido para reformá-lo, não sendo necessário interpor simultaneamente RESP e RE, posto que o afastamento de apenas um fundamento do acórdão recorrido interessa ao recorrente, tem ele contra si o ônus processual da impugnação a todos os fundamentos e, não o fazendo, operar-se-á a preclusão quanto ao fundamento não impugnado, perdendo o recorrente a oportunidade de reformar o acórdão pelo fundamento não impugnado, em caso de não lograr êxito na impugnação do outro fundamento.

- l. Não se aplica aos acórdãos que contêm fundamentos dependentes, constitucional e infraconstitucional, o teor das Súmulas 283/STF e 126/STJ, pois tais verbetes sumulares somente se aplicam quando o acórdão se assenta em fundamentos independentes, cada qual suficiente, *per se*, para manter o acórdão recorrido, e a parte vencida não impugna todos eles.
- m. Sendo um dos fundamentos independentes do acórdão recorrido baseado em fatos e provas, de modo a atrair a aplicação das Súmulas 279/STF e 07/STJ, do ponto de vista estritamente *técnico-jurídico-processual*, de nada adiantará a interposição de RESP e/ou RE, pois um deles não ultrapassará a barreira da admissibilidade recursal, transitando em julgado um fundamento independente suficiente, *per se*, para manter o acórdão recorrido. De modo *semelhante* ocorrerá também nas seguintes hipóteses: 1) o fundamento constitucional do acórdão recorrido caracteriza ofensa reflexa à Constituição, caso em que o RE, se vier a ser interposto, também não logrará ultrapassar a barreira da admissibilidade recursal, devendo ser interposto, neste caso, somente o RESP, pois a “verdadeira” ofensa, neste caso, é à lei federal; 2) interposto RESP e RE na origem, um dos recursos não é admitido e a parte vencida não interpõe agravo nos próprios autos para destrancar o recurso, ou o agravo não é provido com trânsito em julgado da decisão, pois, no caso, veio a ocorrer a preclusão e o trânsito em julgado do fundamento independente não atacado ou cuja decisão contrária não foi objeto de recurso ou este não foi provido; 3) o acórdão recorrido possui fundamentos independentes, constitucional e infraconstitucional, a jurisprudência reiterada e pacífica do STJ ou do STF é contrária à tese defendida pela Fazenda Nacional, aplicando-se ao caso o disposto na Portaria PGFN 294/2010; neste caso, e sempre do ponto de vista *técnico-jurídico-processual*, de nada adiantará à Fazenda Nacional interpor RE ou RESP, combatendo apenas um dos fundamentos independentes, deixando inatacado, precluso ou trânsito em julgado o outro fundamento independente, *per se* suficiente para manter o julgado recorrido, posto que sabido, de antemão, qual será o seu destino (não conhecimento pelo STF ou STJ).
- n. O reconhecimento, pelo STF, da inexistência de repercussão geral da matéria constitucional é um óbice legal ao conhecimento do RE. Assim, tratando-se de fundamentos independentes, constitucional e infraconstitucional, do acórdão recorrido, de nada adiantará a interposição de qualquer dos recursos excepcionais (RESP e/ou RE), uma vez que, não se impugnando o fundamento constitucional via RE ou sendo este não conhecido, transitará em julgado o fundamento constitucional independente do acórdão recorrido, não sendo mais possível reformá-lo. Deve-se ressaltar esse entendimento sempre que:

- (1) o STF reconhecer a inexistência da repercussão geral por ser a matéria versada no RE infraconstitucional, ocasião em que deverá ser interposto tão-somente RESP para o STJ; (2) o STF já tenha decidido pela inexistência de repercussão geral, em sede de RE com fulcro na alínea “a” do permissivo constitucional, e, posteriormente, o tribunal de segundo grau venha a declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, nos moldes delineados pelo art. 97 da CF/88, hipótese em que deverá ser interposto, simultaneamente, RE para o STF, pela alínea “b” do permissivo constitucional, defendendo a existência da repercussão geral da matéria objeto de recurso, bem assim RESP para o STJ, com o fim também de afastar o fundamento infraconstitucional do acórdão recorrido; (3) admitido pelo STF o RE com esteio na alínea “b” do permissivo constitucional, situação na qual se deve voltar a interpor, nacionalmente, RE para o STF, inclusive, com esteio na alínea “a” do sobredito permissivo constitucional, e RESP para o STJ, até que o STF se pronuncie sobre o mérito do recurso.
- o. A exigência de interposição de RESP e RE, nos casos em que o acórdão recorrido se assenta em fundamentos independentes (constitucional e infraconstitucional), qualquer deles suficiente, *per se*, para manter o acórdão recorrido (caso das Súmulas 126/STJ e 283/STF), não se encontra atrelada a mero apego ao formalismo, ou mero capricho jurisprudencial, para conhecimento do recurso. Antes, pelo contrário, decorre da *lógica* do sistema processual recursal civil aplicado aos recursos excepcionais, pois, sendo qualquer dos fundamentos (constitucional ou infraconstitucional) suficiente, *per se*, para manter o acórdão recorrido, de nada adiantaria interpor somente um dos recursos, pois apenas o julgamento de um deles não é suficiente para se reformar o acórdão recorrido e, no caso, o recurso não é conhecido por evidente ausência de interesse recursal, na sua vertente utilidade, pois seja qual for o resultado do julgamento, o efeito substitutivo do CPC 512 não se operará, posto que restou inatacado um fundamento independente, capaz, por si só, de sustentar o acórdão recorrido.
- p. Conforme preceitua o § 1º do art. 543 do CPC, quando interpostos simultaneamente RESP e RE, de regra, primeiro se julga o RESP para, só então, se não provido este (hipótese em que prejudicado estará o julgamento daquele), remeter-se os autos ao STF, para julgamento do RE. Entretanto, reza o § 2º do art. 543 do CPC que, na hipótese em que RE se mostrar *prejudicial* ao RESP, aquele será julgado em primeiro lugar.
- q. Além dos casos clássicos de prejudicialidade, nos quais o acolhimento da questão dita prejudicial determina o sentido da decisão a ser posteriormente proferida, haverá também prejudicialidade no julgamento do RE em relação ao RESP no específico caso de

fundamentos independentes do acórdão recorrido, sendo esta, ao que tudo indica, a hipótese mais recorrente na espécie. Por outro lado, é possível afirmar também que não haverá prejudicialidade do julgamento do RE em relação ao RESP no específico caso de fundamentos dependentes do acórdão recorrido.

- r. A par do exposto no parágrafo anterior, sempre existe a possibilidade de o STJ julgar em primeiro lugar o RESP, mesmo sendo o caso de prejudicialidade da questão constitucional. Recomenda-se aos colegas Procuradores da Fazenda Nacional a, sempre que se virem diante da necessidade de julgamento da questão constitucional em primeiro lugar, alegar, na interposição do RESP e do RE, como preliminar, referida questão.
- s. Quando o acórdão recorrido contém *fundamentos independentes*, ainda que, sob um enfoque estritamente técnico, exista prejudicialidade no julgamento do RE em relação ao RESP, mas levando em conta que a reforma da decisão somente ocorrerá se afastados ambos os fundamentos, em um exame do ponto de vista *prático*, parece *não* decorrer *prejuízo* para o recorrente, no caso de não acolhimento da prejudicial pelo STJ, com o conseqüente julgamento do RESP antes do RE.
- t. Em caso de ocorrência de prejudicialidade, no seu conceito clássico, do RE em relação ao RESP, tudo indica que ocorrerá *prejuízo* para o recorrente, se a questão prejudicial (constitucional) não for resolvida em primeiro lugar, posto que condicionará o sentido da decisão a ser proferida no RESP.
- u. Neste último caso, a *medida judicial* que mais se afigura adequada a resolver um eventual problema de inversão ilegal do julgamento do RESP e do RE, parece ser a *ação cautelar* para o STF, visando o sobrestamento do RESP, enquanto não decidido o RE, com a concomitante cassação de eventual decisão já proferida pelo STJ.
- v. Pode ocorrer de o STF ou o STJ, no julgamento do RE ou RESP, virem a aplicar, equivocadamente, as Súmulas 283/STF e 126/STJ. Em tal hipótese, deverá o Procurador da Fazenda Nacional recorrer da decisão de inadmissibilidade do respectivo recurso, demonstrando a ocorrência do equívoco, pugnando pelo seu conhecimento e julgamento, na forma do exposto no presente Parecer.
- w. Ante o teor do referido artigo 988 do PL 166, do novo CPC, em sendo ele aprovado com essa redação, ao que tudo indica, haverá necessidade de revogação, ainda que parcial, ou de se dar nova interpretação às Súmulas 283/STF e 126/STJ, pois os fundamentos deduzidos pelo autor ou pelo réu, ainda não julgados, desde que se tratem de matéria de direito, serão examinados quando do julgamento do RESP ou RE eventualmente interpostos. Ademais, consoante dispõe o § 1º do

- sobredito artigo, caso a competência para conhecimento e julgamento da matéria (constitucional ou infraconstitucional) seja de outro tribunal (STF ou STJ), haverá remessa dos autos, para que ali seja julgada.
- x. Por último, deve-se ressaltar que a aplicação do quanto disposto neste Parecer deve-se dar, sempre, examinando-se o *específico caso concreto*, ocasião em que o Procurador da Fazenda Nacional deverá verificar o correto enquadramento do acórdão recorrido a uma das hipóteses tratadas ao longo da presente peça opinativa.

PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL, em
abril de 2011.

JOÃO BATISTA DE FIGUEIREDO
Coordenador de Consultoria Judicial

De acordo. À consideração superior.
PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL, em
abril de 2011.

CLAUDIO XAVIER SEEFELDER FILHO
Coordenador-Geral da Representação Judicial da Fazenda Nacional

Aprovo. Divulgue-se o presente Parecer a todas as Unidades da
Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL, em
maio de 2011.

FABRÍCIO DA SOLLER
Procurador-Geral Adjunto de Consultoria e Contencioso Tributário