

3. COMENTÁRIOS À JURISPRUDÊNCIA

3.1 A INCONSTITUCIONALIDADE DA SÚMULA 735 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

GREGÓRIO ASSAGRA DE ALMEIDA

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais
Assessor Especial da Procuradoria-Geral de Justiça
Mestre em Direito Processual Civil – PUC/ SP
Doutor em Direito Difusos e Coletivos – PUC/ SP
Coordenador Editorial do MPMG Jurídico
Membro do Conselho Editorial da Revista *De Jure*
Coordenador e membro do corpo docente do
Mestrado em Direito da Universidade de Itaúna (MG)

WELLINGTON PEREIRA

Estudante de Direito
Estagiário do Ministério Público de Minas Gerais

1. Introdução

Escolheu-se comentar a súmula 735 do STF, a qual tem a seguinte redação: *Não cabe recurso extraordinário contra acórdão que defere medida liminar*. Tendo em vista que o tema proposto trata de questão diretamente relacionada com a natureza jurídica da liminar, indaga-se: liminar é ou não matéria constitucional?

Sendo matéria constitucional e, portanto, tendo seu fundamento na Constituição Federal, questiona-se: é possível que o Supremo Tribunal Federal estabeleça súmula no sentido de negar o cabimento de recurso extraordinário contra acórdão que defere medida liminar? Não se pode esquecer que o recurso extraordinário possui natureza constitucional e se destina a tutelar exatamente a Constituição, sendo que o referido recurso objetiva-se, também, a viabilizar o acesso à justiça, constituindo-se em um dos instrumentos eleitos pela Lei Maior para impugnar as decisões que contrariem as suas orientações.

Tecidas essas considerações iniciais, introdutórias e reflexivas, passa-se à apresentação dos fundamentos que irão demonstrar a inconstitucionalidade da Súmula 735 do Supremo Tribunal Federal.

2. Natureza jurídica da liminar

Apesar da polêmica existente, em doutrina e jurisprudência, em torno da natureza

jurídica da liminar, a melhor orientação é no sentido de que liminar constitui-se em garantia constitucional fundamental. Nesse sentido, são as orientações de Nery Junior e Nery (2003, p. 127):

XXXV: 19. Direito de ação. Todos têm acesso à justiça para postular tutela jurisdicional preventiva ou reparatória de um direito individual, coletivo ou difuso. Ter direito constitucional de ação significa poder deduzir pretensão em juízo e também poder dele defender-se. O princípio constitucional do direito de ação garante ao jurisdicionado o direito de obter do Poder Judiciário a 'tutela jurisdicional adequada'. Por tutela adequada entende-se a que é provida da efetividade e eficácia que dela se espera. Caso o jurisdicionado necessite de atuação pronta do Poder Judiciário, como, por exemplo, concessão da medida liminar, pelo princípio constitucional do direito de ação tem ele direito de obter essa limitar. Restrições impostas pela lei à concessão de liminares não podem obstar a incidência do preceito constitucional aqui examinado. Assim, a ouvida do representante da Fazenda Pública antes de decidir-se sobre liminar (art. 2º LMC 2º) ou restrição pura e simples ao cabimento de liminares (LMC 1º) denotam ofensa ao princípio constitucional do direito de ação. Esses dispositivos legais infraconstitucionais devem receber 'interpretação conforme' à CF para que sejam compatíveis com o princípio da CF 5º XXXV. Portanto, haja ou não lei prevendo e regulando concessão de liminares, haja ou não lei limitando ou restringindo a concessão de liminares, se o jurisdicionado dela necessitar, deve ser concedida pelo Poder Judiciário, em atendimento ao fundamento constitucional ora analisado. Isto é tutela jurisdicional 'adequada', corolário e desdobramento indissociável do princípio constitucional do direito de ação. A facilitação do acesso do necessitado à justiça, com a assistência jurídica integral (CF 5º LXXIV), é manifestação do princípio do direito de ação. Todo expediente destinado a impedir ou dificultar sobremodo a ação ou a defesa no processo civil, como por exemplo o elevado valor de custas judiciais, constitui ofensa ao princípio constitucional do direito de ação [...].

A respeito da natureza jurídica da liminar, também escreveu Zavaski (2005, p. 59):

No direito brasileiro, o poder do juiz de conceder medidas provisórias (o 'poder geral de cautela' ou 'poder geral acautelatório', nele incluídas medidas cautelares e antecipatórias) tem sua origem, sua fonte de legitimidade e seu âmbito de eficácia demarcados diretamente pela Constituição. É, em suma, um fenômeno de estrutura constitucional e não simplesmente legal. Em nosso direito, caracterizado pela supremacia da Constitui-

ção e pela viabilidade ampla de controle difuso dessa supremacia, todo e qualquer preceito normativo sofre inafastável relação de coordenação e de subordinação para com os preceitos constitucionais. É a Constituição que dá unidade ao sistema, que estabelece seus princípios basilares, que fixa as diretrizes e os limites do conteúdo da legislação ordinária.

Na linha dos ensinamentos de Nery Junior e Nery (2003), entendemos que as medidas liminares em geral (cautelares ou de antecipação dos efeitos da tutela final pretendida), além de estarem fundamentadas na Constituição, decorrem da garantia constitucional do acesso à justiça prevista no art. 5º, XXXV, do texto constitucional. Esse não é, todavia, o posicionamento de Zavascki. Para esse jurista, a legitimidade das liminares em geral não está restrita a um único dispositivo, mas é o resultado do próprio sistema constitucional (2005, p. 61):

É comum afirmar-se que a tutela cautelar, e, por certo, também a antecipatória, é espécie de tutela *preventiva*, cuja matriz constitucional estaria no inciso XXXV do art. 5º da Carta, que assegura proteção jurisdicional não apenas em caso de lesão, mas também em caso de *ameaça a direito*.

[...] Na verdade, a função jurisdicional acautelatória – chamo-la assim para englobar as várias espécies de tutela provisória – justifica-se constitucionalmente como mecanismo de concretização e de harmonização de direitos fundamentais em conflito. Sua origem, sua importância, sua indispensabilidade, sua legitimidade enfim, decorrem, não de um ou outro dispositivo específico, e sim do próprio sistema constitucional organicamente considerado, conforme já sustentamos em outros estudos, por fundamentos a seguir sintetizados.

Apesar das divergências quanto à fundamentação constitucional, o melhor entendimento sustenta a natureza constitucional da liminar, constituindo-se direito fundamental que deve ser respeitado e cumprido para garantir a própria utilidade da prestação jurisdicional final (BARROSO, 2003, p. 143), de sorte que não é cabível, no que tange a esse direito constitucional fundamental, interpretação restritiva ou que limite o seu campo de aplicabilidade.

3. A Inconstitucionalidade da Proibição de Recurso Extraordinário por Súmula ou Lei Infraconstitucional

A orientação fixada na Súmula 735 do STF, no sentido de limitar o cabimento de recurso extraordinário contra acórdão que defere liminar, deve ser objeto de reflexão e contextualização em razão da própria complexidade e dinâmica das relações sociais, sendo certo que é perfeitamente possível que, no mundo da casuística, a complexidade social poderá demonstrar situações em que um acórdão concessivo de liminar possa gerar situação de grave injustiça social.

Outro aspecto que não pode deixar de ser mencionado é o fato de que, com a proibição do cabimento do recurso supracitado, haverá a supressão do princípio do duplo grau de jurisdição em hipótese em que a Constituição o admite expressamente, como é o caso do recurso extraordinário (art. 102, III, da CF/88). Apesar de o duplo grau de jurisdição não ser garantia constitucional absoluta, nas hipóteses em que a Constituição admite recurso expressamente, tais como o recurso extraordinário, o especial e o recurso ordinário constitucional, não pode o legislador ordinário ou a jurisprudência estabelecer limites não previstos constitucionalmente. Nesse sentido, esclarece Nery Junior (2000, p. 40):

E, no Brasil, é a própria Constituição Federal que dá a tônica, os contornos e os limites do duplo grau de jurisdição. Assim, para que se efetive o binômio segurança-justiça, os litígios não poderiam perpetuar-se no tempo, a pretexto de conferirem maior segurança àqueles que estão em juízo buscando a atividade jurisdicional substituidora de suas vontades. O objetivo do duplo grau de jurisdição é, portanto, fazer adequação entre a realidade no contexto social de cada país e o direito à segurança e à justiça das decisões judiciais, que todos têm de acordo com a Constituição Federal.

Como bem salientado pelo jurista, o princípio do duplo grau de jurisdição tem o condão de fazer a adequação entre a realidade social e a segurança jurídica. Nesses termos, fica explícito que, ao tornar defeso o cabimento de recurso extraordinário, como previsto na Súmula 735 do STF, graves injustiças sociais poderão ocorrer.

A limitação recursal estabelecida pela orientação do STF é uma violação explícita à Constituição. Ora, se o recurso extraordinário está na Constituição para permitir, principalmente, o exercício do controle difuso e incidente da constitucionalidade de decisões judiciais finais ou de outros tribunais pelo STF, não é razoável que esse Tribunal estabeleça limites ao cabimento do mencionado recurso constitucional contrariamente ao texto constitucional (arts. 5º, XXXV, e 102, III, da CF/88). Mais uma vez, convém transcrever as lições de Nery Junior (2004, p. 213):

Hoje não há nenhuma previsão constitucional ensejadora de limitação ou vedação ao cabimento quer do recurso especial, quer do extraordinário, de sorte que o legislador infraconstitucional não tem autorização para restringir o acesso ao STF e STJ, impondo barreiras ao cabimento dos recursos extraordinário e especial.

A circunstância que faz nascer o direito aos recursos especiais e extraordinário é a simples alegação da parte de que o acórdão do tribunal inferior violou a lei federal ou a Constituição. A efetiva violação da Lei Maior ou da Federal é o *mérito* dos

recursos especial e extraordinário.

Somente por emenda constitucional é que se poderia estabelecer restrições ao cabimento dos recursos extraordinário e especial, a exemplo do que ocorreria no sistema revogado com o expediente de relevância da questão federal.

No mesmo sentido é o entendimento de Mancuso, que esclarece que só a Constituição pode determinar os pressupostos para o recurso extraordinário, sendo que a *excepcionalidade* está justamente nas suas hipóteses de admissibilidade constitucional.

Outra circunstância reveladora de que os recursos extraordinário e especial pertencem à classe dos 'excepcionais', reside em que seus pressupostos não são dados pela lei processual, e sim pela Constituição Federal. O que, bem examinado, não deveria causar espécie, já que ambos não são recursos *comuns*, desses a que a simples sucumbência basta para legitimar o exercício: exigem um *plus*, que, respectivamente, vem a ser a questão constitucional e a questão federal. Corolarianamente, mais do que *recursos*, são meios de possibilitar ao STF o controle da constitucionalidade, e ao STJ o controle da *validade, inteireza positiva*, da expressiva terminologia de Pontes de Miranda. (MANCUSO, 2001, p. 144).

Portanto, a vedação, firmada em súmula pelo STF, não é prevista na Constituição. Se a própria lei poderá limitar o cabimento de recurso extraordinário, em situações não previstas na Constituição, com muito mais razão uma súmula não poderia assim fazê-lo. O Poder Judiciário não tem competência para limitar o exercício de recurso constitucionalmente previsto, o que somente seria admissível por Emenda Constitucional.

4. Algumas Hipóteses de Grave Dano Social que Poderão ser Geradas pela Aplicação Literal da Súmula 735 do STF

É possível vislumbrarmos algumas hipóteses concretas em que a concessão de liminar pode gerar grave lesão social, contrariando frontalmente a Constituição. Logo, podemos citar, como exemplos: uma decisão liminar concedida em acórdão que julgou agravo de instrumento proibindo o acesso à justiça em determinados casos, desrespeitando a garantia constitucional do acesso à justiça prevista expressamente no art. 5º, XXXV, da CF/88; uma decisão liminar concedida pelo Tribunal em julgamento de agravo de instrumento proibindo o Ministério Público de instaurar inquérito civil para apurar danos ao meio ambiente, violando assim os arts. 127, *caput*, e 129, III, da CF/88.

É certo que a liminar geralmente pressupõe urgência, além de possuir caráter provisorio. Todavia, uma decisão liminar também tem o condão de violar e desrespeitar a Constituição e gerar graves danos individuais ou coletivos, inclusive a direitos fundamentais. Outra situação que podemos vislumbrar é aquela de deferimento de uma

liminar que venha impedir instituições constitucionais como a OAB, o Ministério Público, a Defensoria Pública e outros de exercerem livremente suas funções. Ora, essas entidades têm suas atribuições garantidas constitucionalmente, atuam na defesa do interesse social. Não é razoável que sejam criados obstáculos ao exercício de suas funções constitucionais.

A súmula comentada acaba fomentando a utilização de outras medidas que atuariam como sucedâneos recursais, como o mandado de segurança e as ações cautelares inominadas. Isso faz com que se desrespeite uma das vias constitucionais eleitas (art. 102, III, da CF/88) para a proteção da Constituição Federal pelo STF, principalmente em sede de controle difuso.

5. Conclusões

Diante do exposto, conclui-se:

- a) liminar, cautelar ou de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional final pretendida, tem natureza constitucional, fundamentando-se no art. 5º, XXXV, da CF/88;
- b) o cabimento de recurso extraordinário contra acórdão que defere medida liminar tem amparo no art. 102, III, c/c o art. 5º, XXXV, ambos da CF/88;
- c) é inconstitucional a orientação estabelecida pela Súmula 735 do STF.

6. Bibliografia

BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 7. ed. São Paulo: RT, 2001.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: RT, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*. 5. ed. São Paulo: RT, 2000.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.