



SENADO FEDERAL
UNIVERSIDADE DO LEGISLATIVO BRASILEIRO
UNILEGIS

ELÍSIO DE AZEVEDO FREITAS

**A MUDANÇA DE PERFIL DO CONTROLE DIFUSO COM O ADVENTO DA
REPERCUSSÃO GERAL**



ELÍSIO DE AZEVEDO FREITAS

**A MUDANÇA DE PERFIL DO CONTROLE DIFUSO COM O ADVENTO DA
REPERCUSSÃO GERAL**

Trabalho final apresentado para aprovação no curso de pós-graduação lato sensu em 2008 realizado pela Universidade do Legislativo Brasileiro e Universidade do Mato Grosso do Sul como requisito para obtenção do título de especialista em Direito Legislativo

Orientador: Bruno Dantas

BRASÍLIA

2008

**A MUDANÇA DE PERFIL DO CONTROLE DIFUSO COM O
ADVENTO DA REPERCUSSÃO GERAL**

Trabalho de Conclusão do Curso de Especialização em Direito Legislativo realizado pela Universidade do Legislativo Brasileiro no 2º semestre de 2008.

Aluno: Elísio de Azevedo Freitas

Banca Examinadora:

Bruno Dantas

Luiz Fernando Bandeira de Mello

Brasília, 08 de dezembro 2008.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
1. HISTÓRICO	
1.1 Constituição de 1824	6
1.2 Constituição de 1891 – A introdução do Controle de Constitucionalidade ..	7
1.3 Constituição de 1934 – Inovações.....	8
1.4 A Constituição de 1937.....	10
1.5 A Constituição de 1946.....	12
1.6 Emenda Constitucional n.º 16, de 1965.....	15
1.7 Constituição de 1967 – Novidades no Sistema.....	16
1.8 A Atual Constituição de 1988.....	17
2. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E O DIREITO COMPARADO	
	22
3. FUNDAMENTOS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	
3.1 A Constituição – Lei das Leis.....	36
3.2 Hierarquia das Leis – Superioridade das Normas Constitucionais.....	38
3.3 Inconstitucionalidade das Leis.....	40
3.4 O Controle de Constitucionalidade	43
4. O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE	
4.1 Objeto.....	46
4.2 Vias de Atuação.....	48
4.3 Controle Difuso e o Senado.....	49
4.4 Competência para a Declaração da inconstitucionalidade pelo meio difuso.....	50
4.5 Controle Difuso no Sistema Civil Law – Inconvenientes.....	51
4.6 Efeitos da Declaração de inconstitucionalidade Incidental.....	52
 5. RECURSO EXTRAORDINÁRIO E REPERCUSSÃO GERAL	
5.1 Aspectos Gerais do Recurso Extraordinário.....	54
5.2 Da repercussão Geral – Objetivação do Controle Difuso.....	67
CONCLUSÃO	87
REFERÊNCIAS	89

INTRODUÇÃO

O objetivo desse trabalho é promover um estudo sobre o controle de constitucionalidade no Brasil, abordando os aspectos relacionados com sua evolução histórica e direito comparado, para, a partir do entendimento de nosso sistema, destacar a mudança de perfil do controle difuso de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal por meio de recurso extraordinário, desde a entrada em nosso sistema do instituto da repercussão geral.

Com essa pesquisa pretendemos propor algumas soluções relacionadas aos questionamentos abaixo, no que tange a “crise” pela qual passa o STF, decorrente do enorme número de recursos extraordinários que chega até nosso tribunal de cúpula e a possível criação de “filtros” que limitem a competência recursal de nossa Corte de Cúpula – inspirados em experiências de outros países.

As questões que nos dispomos a enfrentar são as seguintes: - se o STF está em “crise” em razão da grande quantidade de RE que precisa julgar, então devem ser criados “filtros” para limitar a competência recursal dessa corte; - se é necessária a criação de “filtros”, então ela deve ser pautada pelo *interesse público*, permitindo a chegada ao STF apenas das questões mais caras à coletividade; - se criamos limitação de acesso ao STF com a repercussão geral, na qual o interesse das partes só será apreciado se trazer – juntamente – a solução de algo importante para toda a coletividade, então o processo de controle difuso perante o STF passa por uma objetivação.

Buscaremos no presente trabalho soluções para as hipóteses ora lançadas, com o fito de buscar meios seguros para o enfrentamento da “crise” que “emperra” o STF a décadas, com arrimo nas lições da história, dos direito comparado e das reflexos dos especialistas na matéria.

1. HISTÓRICO

1.1 A Constituição de 1824

Na primeira Constituição brasileira, ainda no tempo do império, inexistia forma de controle de constitucionalidade. Embora em 1824 já existisse sistema de controle de constitucionalidade nos Estados Unidos da América, a Constituição do império não possibilitou a implantação entre nós de tal sistema.

Nesta época a Constituição brasileira, sob influência francesa, atribuía ao próprio Poder Legislativo, em seu artigo 15, nºs 8º e 9º, “velar na guarda da Constituição”.

Um dos principais estudiosos do controle de constitucionalidade no Brasil, Gilmar Ferreira Mendes diz: “A constituição de 1824 não contemplava qualquer sistema assemelhado aos modelos hodiernos de controle de constitucionalidade. A influência francesa ensejou que se outorgasse ao Poder Legislativo a atribuição de ‘fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las’ bem como ‘velar na guarda da Constituição’”. A Constituição imperial teve forte influência do constitucionalismo francês, assim, era considerada inaceitável a interferência de um Poder sobre o outro. As idéias revolucionárias que defendiam a Separação dos Poderes iam de encontro à possibilidade de controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário¹.

O mais alto Tribunal da época era o Supremo Tribunal de Justiça, formado pelos juízes letrados. Entretanto, para Levi Carneiro aquela corte é responsável pela omissão e o atraso histórico na evolução do controle de constitucionalidade das Leis. Sustenta, referido autor, que o Judiciário à época era dependente do Executivo, controlado pelo Legislativo e subordinado ao Poder Moderador, não podendo desta forma efetivar a supremacia constitucional, nem proteger os direitos².

Existia outro motivo que tornava impossível a implantação do sistema de controle de constitucionalidade no Brasil dos tempos do império – a existência do Poder Moderador. Conforme ensina Celso Ribeiro Bastos: “A existência do Poder Moderador, que, segundo o disposto no artigo 98 daquela Constituição, desfrutava de uma posição, na verdade, de

¹ Cf. Ronaldo Poletti, Controle de Constitucionalidade das Leis, 2ª Edição, Forense.

² Cf. Levi Carneiro, Federalismo e Judicialismo, Rio de Janeiro, Alba, 1930.

superpoder, de um poder acima dos poderes por critérios outros que o da legalidade ou constitucionalidade³”.

Destaca Gilmar Mendes, que Pimenta Bueno lecionava que o conteúdo da lei somente poderia ser definido pelo órgão legiferante⁴.

1.2 Constituição de 1891: A introdução do Controle de Constitucionalidade

O decreto n.º 1, de 15 de novembro de 1889, estabeleceu em seu artigo 1º : “Fica proclamada provisoriamente e decretada como forma de Governo na nação brasileira – a República Federativa”.

Trata-se da primeira Constituição Republicana, fortemente influenciada pelas lições de Rui Barbosa, confessadamente adepto da doutrina norte-americana, por isso chamada de Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, que pronunciava:

A "inconstitucionalidade não se aduz como alvo da ação, mas apenas como subsídio à justificação do direito, cuja reivindicação se discute"⁵, haja vista que "o remédio judicial contra os atos inconstitucionais, ou ilegais, da autoridade política não se deve pleitear por ação direta ou principal"⁶

Dispunha a Constituição de 1891 que: “Os juízes e tribunais das leis e regulamentos deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição”.

Conforme salienta Gilmar Mendes “Não havia mais dúvida quanto ao poder outorgado aos órgãos jurisdicionais para exercer o controle de constitucionalidade”, entretanto

³ Cf. Celso Ribeiro Bastos, Curso de Direito Constitucional, Editora Saraiva, 20ª edição, atualizada em 1999. “O Poder Moderador era definido no artigo 98 da Constituição Federal de 1824 como: “O Poder Moderador é a chave de toda a organização política, e é delegado privativamente ao Imperador como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos mais poderes políticos”.

⁴ Gilmar Ferreira Mendes, op. cit., p. 87, “Só o poder que faz a lei é o único competente para declarar por via da autoridade ou por disposição geral obrigatória o pensamento, o preceito dela. Só ele exclusivamente ele é quem tem o direito de interpretar o seu próprio ato, suas próprias vistas, sua vontade e seus fins. Nenhum outro poder tem o direito de interpretar de igual modo, já porque nenhuma lei lhe deu essa faculdade, já porque seria absurda que lhe desse”.

⁵ Cf. Rui Barbosa, *Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo*, in: *Trabalhos jurídicos*, Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1962, p. 82.

⁶ Cf. Rui Barbosa, op. cit., p. 81

tal controle somente ocorreria se houvesse provocação nesse sentido e a norma inconstitucional não era retirada do ordenamento jurídico, apenas deixaria de ser aplicada ao caso concreto.

Surge então, entre nós, “uma das mais eminentes criações do direito constitucional e da ciência política do mundo moderno”⁷.

Nasce, dessarte, o controle difuso de constitucionalidade, também denominado de concreto e incidental. Apenas algumas décadas depois aparece o controle abstrato de constitucionalidade, como veremos a seguir.

1.3 Constituição de 1934 – Inovações

A Constituição de 1934 trouxe importantes inovações no controle de constitucionalidade pátrio. O artigo 76 da Constituição Federal de 1934 repetiu a orientação da Constituição de 1891, nos seguintes termos:

Artigo 76. À Corte Suprema compete:

2) julgar:

III – em recurso extraordinário, as causas decididas pelas justiças locais em única ou última instância:

(...)

b) quando se questionar sobre a vigência ou validade de lei federal em face da Constituição, e a decisão do tribunal local negar aplicação à lei impugnada;

c) quando se questionar a validade de lei ou ato dos governos locais em face da Constituição, ou de lei federal, e a decisão do tribunal julgar válido o ato ou a lei impugnada.

Entretanto, o artigo 179 introduziu uma grande novidade (o *quorum* especial):

Artigo 179. Só por maioria absoluta de votos da totalidade de seus juízes, poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei do poder público.

⁷ Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, Curso de Direito Constitucional, 2ª Edição, Editora Saraiva.

E ainda conforme lembra o professor Ronaldo Poletti⁸, trouxe grande e revolucionária repercussão, o seguinte dispositivo:

Artigo 91. Compete ao Senado Federal:

(...)

IV – suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário”.

Houve, assim, uma grande evolução no sentido de implantação do controle de constitucionalidade por via de ação no sistema brasileiro. Surgia a possibilidade de se atribuir efeito *erga omnes*, a uma decisão no caso concreto. A partir de então, as decisões judiciais que julgassem a inconstitucionalidade de determinada lei, poderiam suspender a vigência desta, se desta forma se pronunciasse o Congresso Nacional. É bem verdade que o texto magno não explicita o órgão judicial competente para tanto, o que poderia causar certa imprecisão, mas isto não tira o mérito do espírito de vanguarda do legislador constitucional⁹.

Segundo a doutrina de Celso Ribeiro Bastos:

O sistema defendido pela Constituição de 1934 já permitia o alargamento dos defeitos da decisão judicial, após intervenção do Senado Federal, que passou desse maneira a suspender para todos os casos os efeitos do ato inconstitucional, e não apenas naquele *sub judice*¹⁰.

Outra inovação importantíssima, trazida pelo texto constitucional em estudo, foi à intervenção preventiva confiada ao Procurador-Geral da República, em casos de ofensa a determinados princípios esculpidos no artigo 7, I, *a a h*, desta Constituição¹¹. O artigo 12, § 2º, da Constituição de 1934, estabelecia que o Supremo Tribunal Federal seria competente para declarar a inconstitucionalidade de lei estadual, uma vez que provocado pelo Procurador-Geral da República.

⁸ Cf. Ronaldo Poletti, op. cit., p. 79

⁹ Cf. Ronaldo Poletti, op. cit., p. 80

¹⁰ Cf. Celso Ribeiro Bastos, op. cit., p. 401.

¹¹ Bandeira de Mello, Oswaldo Aranha, Teoria das Constituições Rígidas, 2ª ed, bushudev, p. 155.

O controle então esculpido na Constituição, no artigo supracitado, constituía-se de um híbrido entre o controle difuso e o controle concentrado. Pelas palavras de Celso Agrícola Barbi:

Essa hipótese como se percebe, contém um processo de controle de constitucionalidade que difere alguma coisa do sistema de declaração por via de 'exceção', mas sem constituir alguma coisa do sistema de declaração por via de 'ação'. Não é por via de ação, porque lhe faltam algumas características desta: a declaração da Suprema Corte não anula a lei, a ação não tem como objetivo anular a lei. Mas difere da declaração por via de exceção, porque não surge no curso de uma demanda jurídica qualquer, nem é simples fundamento do pedido; o pedido é a própria declaração de inconstitucionalidade, e não a intervenção, pois esta não compete ao Supremo Tribunal, e nenhuma relação jurídica surge como objeto da demanda, como é o normal nas ações comuns.¹²

Embora o controle outorgado pela Constituição fosse, e é importante que se frise isto, apenas um **controle jurídico e não político** (o controle político era conferido exclusivamente ao Poder Legislativo), tem-se que admitir que o texto constitucional de 1934 foi de importância fundamental, para o desenvolvimento do controle de constitucionalidade por via de ação no ordenamento jurídico.

1.4 A Constituição de 1937

Muitos autores afirmam que a Constituição de 1937 trouxe um inequívoco retrocesso no sistema de controle de constitucionalidade. Isto porque o parágrafo único do artigo 96 consagrou princípio segundo o qual sendo declarada a inconstitucionalidade de determinada lei, o Presidente da República poderia apresentá-la novamente para o Congresso e, caso este a aprovasse por 2/3 dos votos de cada um de suas Casas, a decisão do Tribunal perderia efeito.

Criava-se, então, um sistema *sui generis*, pois a lei ratificada nos moldes supra citados tornaria a forma de verdadeira Emenda Constitucional. Nas palavras de Celso Bastos:

¹² Celso Agrícola Barbi. Evolução do Controle da Constitucionalidade das Leis no Brasil, RDP cit. op. 38

In casu, houve realmente uma modificação constitucional, na parte em que a lei confirmada conflita com a constituição. A primeira passa a ter, na verdade, a força de uma emenda à Constituição. Quanto à norma constitucional modificada, se não o foi no seu todo, permanece válida no resto, isto é, na parte em que não foi contrariada pela norma modificadora.¹³

Como é comum na seara jurídica, existem opiniões conflitantes sobre a importância do artigo 96. Existem doutrinadores que enxergam no dispositivo um legítimo meio de efetivação da separação dos Poderes. Cândido Mota Filho, *verbi gratia*, classifica o dispositivo de – inovação de extraordinário alcance. Entende Mota Filho, o qual era contemporâneo da norma em análise, que:

Se o presidente é o supervisor dos negócios políticos do Estado e colabora na obra legislativa, ele deve, no caso de uma lei ser declarada inconstitucional, obter meios para que o assunto definitivamente se esclareça, no benefício dos superiores interesses do Estado, por isso, a constituição confere ao parlamento a faculdade de remover a inconstitucionalidade, pela nova votação da lei.¹⁴

Defende, ainda, Ronaldo Poletti, que esta era a maneira de harmonizar as fórmulas jurídicas com a vida nacional, aproximando o país legal do país real¹⁵.

Entretanto, se fizer uma leitura mais minuciosa do dispositivo, e tendo como pano de fundo o momento político do país, a conclusão mais razoável é a de que o escopo da norma era, conforme assevera Castro Nunes “validar a lei e cassar os julgados, desprestigiando-se assim o Poder Judiciário”¹⁶.

Mister se faz ressaltar que, o artigo 94 da Constituição de 1937 vedava, expressamente, ao Poder Judiciário conhecer das questões exclusivamente políticas e o mandado de segurança perdeu a qualidade de garantia constitucional, passando a ser disciplinado, apenas, pela legislação ordinária. O Código de Processo Civil de 1939 excluiu da apreciação judicial, na via mandamental, os atos do Presidente da República, dos Ministros dos Estados, dos Governadores e interventores dos Estados, conforme se vê do artigo 319, verbis:

¹³ Cf. Celso Ribeiro Bastos, op. cit. p. 402

¹⁴ Cf. Cândido Mota Filho; A Evolução do Controle de Constitucionalidade das Leis no Brasil; Revista Forense.

¹⁵ Cf. Ronaldo Poletti; op. cit.; p. 83.

¹⁶ AJ, 85:83

Art. 319. Dar-se-á mandado de segurança para defesa e direito certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional, ou ilegal de qualquer autoridade, salvo do Presidente da República, dos Ministros de Estado, Governadores e Interventores.

Outro ponto a ser explicitado refere-se a competência do Senado Federal para suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo STF que também deixou de constar do texto constitucional.

1.5 A Constituição de 1946

A Magna Carta de 1946 restabeleceu o costume republicano de 1934, mantendo o controle por via de exceção, conservando os casos de recurso extraordinário e, restaurando, destarte, a tradição do controle de constitucionalidade do direito brasileiro.

A apreciação dos recursos extraordinários foi disciplinada no artigo 101, inciso III, da seguinte forma:

- III - julgar em recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros Tribunais ou Juízes
- a) quando a disposição for contrária a dispositivo desta Constituição ou à letra de tratado ou lei federal;
 - b) quando se questionar sobre a validade de lei federal em face desta Constituição, e a decisão recorrida negar aplicação à lei impugnada;
 - c) quando se contestar a validade de lei ou ato do governo local em face desta Constituição ou lei federal, e a decisão recorrida julgar válida a lei ou ato.

Em todos estes casos o recurso extraordinário era o caminho idôneo para se seguir. É importante salientar, por oportuno, que a esta época o recurso extraordinário servia tanto para a defesa da ordem jurídica constitucional, quanto para infraconstitucional. Ainda não existia o Superior Tribunal de Justiça, nem, conseqüentemente, o recurso especial, para tutelar a legislação federal infraconstitucional. Assim, cabia ao Supremo Tribunal Federal e ao recurso extraordinário, a defesa de dispositivo da Constituição e a letra de tratado ou lei federal.

Renovou-se, com a Constituição de 1946, a exigência do *quorum* de maioria absoluta dos membros do Tribunal para a declaração de inconstitucionalidade, garantindo o

poder dos juízes e tribunais de julgarem a constitucionalidade ou não da norma, conforme se vê do artigo 200, nas seguintes letras:

Art. 200 - Só pelo voto da maioria absoluta dos seus membros poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Poder Público.

O artigo 96 manteve a atribuição do Senado Federal para suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal, deixando claro, então, que a suspensão de execução poderia ocorrer, apenas, nas declarações do Supremo e não de qualquer órgão do Poder Judiciário, como o Texto de 34 poderia sugerir. Entretanto, restou a dúvida quanto à competência do Senado Federal nas searas estaduais e municipais. A competência do Senado se estendia, também às leis estaduais e municipais? O entendimento firmou-se no sentido de que essas leis seriam, igualmente suspensas, desde que declaradas inconstitucionais pelo Supremo¹⁷.

A Constituição de 1946 foi muito importante para o desenvolvimento da ação interventiva, introduzida, inicialmente, no texto constitucional de 1934, ainda em estado embrionário. Conforme ensina, a respeito do tema, Gilmar Mendes:

A argüição de inconstitucionalidade direta teve ampla utilização no regime constitucional instituído em 1946. A primeira ação direta, formulada pelo Procurador-Geral da República, na qual se argüia a inconstitucionalidade de disposições de índole parlamentarista contidas na Constituição do Ceará, tomou o n.º 93. A denominação emprestada ao novo instituto – representação – segundo esclarece Themístocles Cavalcanti, se deu uma escolha entre a reclamação e a representação, ‘processos conhecidos pelo Supremo Tribunal Federal.’ Análise do sentido de cada uma teria conduzido à escolha do termo representação’, já porque tinha de se originar de uma representação feita ao Procurador-Geral, já porque a função deste era o seu encaminhamento ao Tribunal com o seu parecer¹⁸.

Destarte o sistema de controle de constitucionalidade das leis amadureceu, chegando, cada vez mais, perto do modelo dos dias de hoje.

¹⁷ Cf. Ronaldo Poletti, op. cit.

¹⁸ Cf., Gilmar Ferreira Mendes, op. cit.

A Constituição de 1946 previa que o Procurador-Geral da República teria a titularidade da representação de inconstitucionalidade, para os efeitos de intervenção federal, nos casos de violação aos seguintes princípios: a) forma republicana representativa; b) independência e harmonia entre os poderes; c) temporariedade das funções eletivas, limitada à duração destas à das funções federais correspondentes; d) proibição da reeleição de governadores e prefeitos para o período imediato; e) autonomia municipal; f) prestação de contas da administração; g) garantias do Poder Judiciário (art. 8º, parágrafo único, c/c o art. 7º, VII).

De acordo com Gilmar Mendes “A intervenção federal subordinava-se, nesse caso, à declaração de inconstitucionalidade do ato pelo Supremo Tribunal Federal (artigo 8º, parágrafo único)”.

A respeito do tema em tela, vale a pena registrar a seguinte passagem do voto proferido por Castro Nunes na Rp. n.º 94:

Consiste a intervenção, nas hipóteses do nº VII, na suspensão, importa dizer, na decretação pelo Congresso da não-vigência do ato legislativo. São duas atribuições distintas, de índole diversa, mas articuladas: a decisão do Supremo Tribunal situa-se no terreno jurídico, a do Congresso, no plano político, mas a título de sanção daquela. Vem aqui, a propósito, esclarecer que, nos termos do assento constitucional e dos motivos de sua inspiração, o Supremo Tribunal não é provocado como órgão meramente consultivo, o que contraria à índole do Judiciário; não se limita a opinar, *decide*, sua decisão é um arresto, um acórdão; põe fim à controvérsia como árbitro final do contencioso da inconstitucionalidade. É nessa função de árbitro supremo que ele intervém, se provocado, no conflito aberto entre a Constituição, que lhe cumpre resguardar, e a deliberante do poder estadual. Daí resulta que, declarada a inconstitucionalidade, a intervenção sancionadora é uma decorrência do julgado¹⁹.

É muito importante se ressaltar que o controle de constitucionalidade ainda não havia alcançado a sua plenitude. O controle por via da exceção, apenas ocorria quando existia ameaça ou agressão a direito subjetivo. E a propositura de representação argüindo diretamente a inconstitucionalidade de qualquer texto normativo subsumia-se a apenas algumas hipóteses. Ou seja, o controle abstrato das normas era restrito, e, apenas poderia ocorrer no campo do

¹⁹ AJ, 85:83.

Estado-membro, ficando de fora a possibilidade dos casos de inconstitucionalidade perpetrados pela União.

1.6 Emenda Constitucional n.º 16, de 1965

Com a Emenda Constitucional n.º 16, de 1965, surge para o ordenamento jurídico brasileiro o julgamento da norma em tese, ou seja, o controle abstrato de normas sem a necessidade da vinculação a um caso concreto, e, ainda, sem outra finalidade senão a de preservar o próprio ordenamento jurídico, a hierarquia das leis e a supremacia constitucional.

Conforme Celso Ribeiro Bastos

A introdução pela Emenda n. 16, no seu art. 2º, dentre as competências do Supremo Tribunal Federal, daquela de processar e julgar originariamente representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, desvinculou o exercício da via de ação de certos pressupostos que o restringiam anteriormente²⁰.

Agora, existia uma ação cujo sentido, cujo escopo, era, unicamente, a perquirição do ajustamento da lei às disposições constitucionais. Tendo, destarte, fundamentos diferenciados da outra forma de controle de constitucionalidade, a saber: do controle pela via de exceção.

Todas as construções doutrinárias e jurisprudenciais da época foram importantíssimas para se chegar ao atual sistema de controle de constitucionalidade que temos no Brasil. Neste sentido, obtempera, com rara maestria, Ronaldo Poletti:

A ação direta de constitucionalidade, para fins de intervenção, foi passo importantíssimo para a doutrina brasileira, pois a partir daquela ação foi possível construir toda uma dogmática que acabou por desaguar no atual sistema brasileiro de controle de constitucionalidade das leis, ajudando a resolver os seus problemas²¹.

²⁰ Bastos, Celso Ribeiro, op. cit.

²¹ Cf. Ronaldo Poletti, op. cit.

Celso Bastos, procurando delimitar o entendimento do objetivo do instituto, esclarece que “Na verdade, é a preocupação de defesa do sistema judiciário, do direito objetivo, enfim, que se encontra na base de tal instituto”²².

A verdade é que com a Emenda Constitucional n.º 16, a ação direta acaba se desvinculando dos fins de intervenção federal, conforme os textos constitucionais anteriores²³.

1.7 Constituição de 1967 – Novidades no Sistema

A Constituição em tela absorveu a Emenda Constitucional n.º 16/65, trazendo, também, importantes novidades a respeito do direito constitucional.

Princípios importantes estavam ressaltados como, *verbi gratia*, alguns direitos e garantias individuais, como que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, leia-se de conformidade com a Lei Maior, do contrário lei não será; e o de que “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual” (art. 153, §§ 2º e 4º)²⁴.

Mas, na seara do controle de constitucionalidade, a única modificação trazida pela Constituição em estudo²⁵, foi na matéria relativa à intervenção nos Estados por inobservância de princípios contidos no artigo 10, VII: transferiu do Congresso para o Presidente da República o poder de suspender ato ou lei declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, quando essa suspensão for suficiente para estabelecer a normalidade no Estado.

A Emenda Constitucional n.º 1 à Constituição de 1967 não trouxe nenhuma modificação no sistema de controle de constitucionalidade existente até então. A única alteração trazida por tal Emenda foi na numeração dos artigos referentes ao tema em estudo. No caso do artigo 114, I, “i”, foi ele deslocado para o artigo 119, sendo mantido o inciso e, também, a alínea.

²²Bastos, Celso Ribeiro, op. cit., p 403

²³Barbi, Celso Agrícola. “Evolução do Controle de Constitucionalidade das Leis do Brasil”. Revista de Direito Público, Vol. 1, n.º 4, os. 34-43, abr., jun., 1968.

²⁴Ronaldo Poletti, op. cit.

²⁵Bastos, Celso Ribeiro, op. cit p 404

A Emenda nº 7, de 1977, como leciona Gilmar Mendes:

...introduziu, ao lado da representação de inconstitucionalidade, a representação para fins de interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual, outorgado ao Procurador-Geral da República e legitimidade para provocar o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal (artigo 119, I, “e”). E além disso, segundo este mesmo autor, aquela Emenda pôs fim à controvérsia sobre a utilização de liminar em representação de inconstitucionalidade. Ficou decidido, assim, a competência do Supremo Tribunal Federal para deferir pedido de cautelar, formulado pelo Procurador-Geral da República (Constituição Federal 1967/69, artigo 119, I, “p”)²⁶.

A Emenda Constitucional n.º 7 acabou com qualquer controvérsia a respeito da competência do Supremo Tribunal Federal, para deferir pedido de cautelar, em representação de inconstitucionalidade, pelo Procurador-Geral da República.

1.8 A Constituição de 1988

Na nova ordem constitucional, trazida pela Carta de 88, houve significativa ampliação do direito de propositura da ação direta.

O Procurador-Geral da República continuou legitimado para propor a ação direta, mas, ao lado de diversos outros órgãos ou entes legitimados.

Ao considerar, conforme mencionado anteriormente, que é a preocupação de defesa do sistema jurídico, do direito-objetivo, o que se encontra na base do instituto do controle de constitucionalidade, pode-se afirmar que, com a Constituição de 1988, o sistema jurídico ficou muito mais protegido e seguro.

A legitimação ativa para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade teve seu espectro extremamente ampliado. Assim, segundo o artigo 103 da Constituição Federal (já com as modificações introduzidas pela Emenda Constitucional n. 45/2004), podem propor a ação de inconstitucionalidade:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

²⁶ Gilmar Mendes, op., cit.

- I - o Presidente da República;
 - II - a Mesa do Senado Federal;
 - III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
 - IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
 - V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;
 - VI - o Procurador-Geral da República;
 - VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
 - VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;
 - IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.
- § 1º - O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal.
- § 2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.
- § 3º - Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado.

No parágrafo segundo, encontra-se disciplinada a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, que será dissecada mais adiante neste trabalho.

O parágrafo quarto foi acrescido pela Emenda Constitucional n.º 3, de 17 de março de 1993. Esta mesma Emenda Constitucional alterou a redação dos artigos 102 e 103 da Constituição de 1988, para o efeito de instituir a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, de competência do Supremo Tribunal Federal.

Parece que, com a ampliação dos legitimados a propor a ação direta de constitucionalidade, o constituinte pretendeu reforçar o controle abstrato das normas no ordenamento jurídico brasileiro, como peculiar instrumento de correção do sistema geral incidente²⁷.

Importante ressaltar que, o constituinte de 1988, manteve o controle de constitucionalidade difuso por via de exceção inalterado. Porém, considerando-se a grande ampliação na legitimação para propositura da ação direta de inconstitucionalidade, é intuitivo que houve uma redução no significado do controle de constitucionalidade incidental ou

²⁷ Gilmar Ferreira Mendes, op., cit.

difuso, ante a permissão que praticamente todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal, mediante processo de controle abstrato de normas.

A atual Carta Política permitiu, também, a instituição pelos Estados-membros, de ação direta para declarar a inconstitucionalidade de ato normativo estadual ou municipal ou municipal em face da Constituição Estadual, conforme o artigo 125, § 2º, *in verbis*:

Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.

Também foi instituído o mandado de injunção, pelo artigo 102, I, “q”, *in verbis*:

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

q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal.

Vale conceituar, por oportuno, o significado desta nova garantia instituída no artigo 5º, LXXI, da Constituição de 1988, da seguinte forma: “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.”

O mandado de injunção é instituto que se originou na Inglaterra, tendo nascido do juízo de equidade. José Afonso da Silva assevera sobre o mandado de injunção, o que se segue:

Constitui um remedido ou ação constitucional posto à disposição de quem se considere titular de qualquer daqueles direitos, liberdades ou prerrogativas inviáveis por falta de norma regulamentadora exigida ou suposta pela Constituição. Sua principal finalidade consiste assim em conferir imediata aplicabilidade à norma constitucional portadora

daqueles direitos e prerrogativas, inerte em virtude de ausência de regulamentação. Revela-se, neste quadrante, como um instrumento de realização prática da disposição do artigo 5º, § 1º.²⁸

Retornado ao que nos é afeto e continuando o estudo da atual Lei Fundamental, pode-se afirmar que ela não atribuiu ao Supremo Tribunal Federal competência para julgar representação para fins de interpretação, instrumento que foi, portanto, **suprimido** pela nova Constituição.

No caso de controle concreto, analisando os elementos da ação (ou da demanda), observamos que – na hipótese de vício quanto à constitucionalidade apresentada pelo autor em sua petição inicial – não há **pedido** de declaração de inconstitucionalidade, mas a **causa de pedir** próxima (fundamentos jurídicos da demanda) é que traz a demonstração de inconstitucionalidade de uma norma.

Ademais, não podemos olvidar que, mesmo se as partes não se manifestarem sobre a inconstitucionalidade da norma, o juiz ou tribunal pode afastar-lhe a aplicação, no caso de afronta à *Lex Mater*.

É certo que nossa atual Constituição conferiu mais relevância ao controle abstrato do que ao denominado de incidental ou concreto, contudo o assunto que mais nos interessa nesse trabalho é o controle concreto, principalmente aquele realizado pelo STF por meio de recurso extraordinário, bem como as inovações trazidas – **em 2004** – pelo instituto da **repercussão geral**.

Uma controvérsia constitucional concreta pode ser levada ao Supremo Tribunal Federal por meio de recurso extraordinário.

Entretanto, em face da grande quantidade de recursos dessa natureza que chega à mais alta Corte, ocorre, a muito tempo, o fenômeno denominado de *crise* do Supremo, tratado pelo professor Bruno Dantas em sua obra como *crise* do recurso extraordinário²⁹:

²⁸ Da Silva, José Afonso, Curso de Direito Constitucional, Ed. Malheiros, 18ª edição, p. 450/451

²⁹ Bruno Dantas, Repercussão Geral, Ed. Revista dos Tribunais, p. 78.

No Brasil, as discussões sobre a *crise* do RE são quase tão antigas quanto o próprio meio de impugnação. Os registros históricos noticiam que, embora o extraordinário tenha sido instituído entre nós pelo Decreto 510, de 1890, já na década de 1920 operadores do direito e os Poderes Legislativo e Executivo discutiam formas de solucionar o crescente número de recursos que se avolumavam no STF.

O mencionado autor demonstra, em minuciosa passagem de seu livro, que – por exemplo – no ano de 2006 foram distribuídos 54.575 recursos extraordinários, número extremamente grande, principalmente quando consideramos que a Corte Suprema possui onze magistrados.

Nesse diapasão, é criado o instituto da repercussão geral, verdadeiro **requisito de admissibilidade** do recurso extraordinário, o qual visa – claramente – limitar a chegada ao Supremo de impugnações dessa espécie.

Foi a Emenda Constitucional n. 45 de 2004 que incorporou à nossa Constituição a repercussão geral, promovendo alteração na redação de seu § 3º, do inciso III, do art. 102, nos seguintes termos:

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

(...)

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

(...)

§ 3º **No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.** (destaque nosso)

No próximo capítulo será feita uma abordagem do controle de constitucionalidade e o direito comparado, buscando todas as características que influenciaram a formação do nosso atual sistema de controle, principalmente no que diz respeito ao controle difuso – em

especial o realizado por meio de recurso extraordinário –, finalizando com estudo de direito comparado ligado a institutos assemelhados à repercussão geral, que também possuem o escopo de limitar a chegada de recursos aos tribunais de cúpula, funcionando como filtros – que apenas permitem a chegada dos assuntos mais relevantes a estas cortes.

2. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E O DIREITO COMPARADO

É evidente que a supremacia das Leis Constitucionais, tidas como Leis das Leis deve ser assegurada pelo Estado. Assim, é necessário que o Estado se arme de instrumentos garantidores da hierarquia das leis, para poder expurgar do seu sistema jurídico as leis inconstitucionais.

Cada Estado resolve o problema de sua forma. Residindo aí a grande importância do estudo do direito comparado. Ao analisar o direito comparado na seara constitucional é preciso tomar certos cuidados, uma vez que, a Constituição é uma Carta Política e, por isso, está profundamente ligada às individualidades daquele Estado. Cada Estado tem sua origem e desenvolvimento histórico, sua própria cultura, sua realidade econômica e social e, por ser a Constituição a Lei Fundamental do Estado que deve espelhar toda esta realidade local, faz-se necessário muito cuidado quando for estudá-la sob a ótica do direito comparado.

Daí a colocação de Ronaldo Poletti de que “se a importação de uma idéia constitucional não estiver compatibilizada com a realidade nacional, o Direito comparado pode prejudicar, ao invés de aprimorar a ordem constitucional”³⁰.

Conforme se expôs, quando foi tratado o assunto do posicionamento histórico das Constituições brasileiras, a Constituição do Império, a qual se inspirou nos modelos europeus, mereceu aplauso da maioria de seus contemporâneos, em face de sua adaptabilidade à realidade imperial brasileira.

É inegável que o controle de constitucionalidade representa uma garantia da constituição rígida³¹, a qual é adotada pelo Brasil, que ao lado da hierarquia das leis, indica

³⁰ Ronaldo Poletti, op., cit., p. 52.

uma das conseqüências da existência de uma Carta escrita, a exemplo da maioria, ou quase totalidade dos países, com exceção de uns poucos como a Grã-bretanha, o Canadá e a Nova Zelândia, por exemplo.

Este sistema de constituições rígidas e escritas está estruturado em cima de Estados onde a produção legislativa é extremamente fértil, o que resulta na necessidade do princípio da legalidade e da constitucionalidade, com todos os instrumentos garantidores de sua hierarquia.

Existem dois sistemas de controle de constitucionalidade repressivo das leis, a saber: difuso e concentrado, ambos exercido pelo Poder Judiciário. O controle difuso é exercido por qualquer juiz ou tribunal, quando se deparam com leis que entendem inconstitucionais, tendo a decisão quanto à constitucionalidade ou não efeito apenas *inter partes*. Já no controle concentrado, exercido exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal mediante a ação competente, a decisão será *erga omnes* e com efeito vinculante, ou seja, terá efeito para todos.

Além do Brasil, outros países como a Austrália e o Canadá, utilizam o sistema difuso de controle de constitucionalidade. Entretanto, o país que tem maior influência sobre o sistema é os Estados Unidos da América, cujo surgimento se deu com o célebre caso *MARBURY X MADISON* em 1803, sob o comando do magistrado americano John Marshall³².

Marshall, em um de seus memoráveis arestos, definiu firmes bases do sistema de constitucionalidade, com as seguintes idéias:

Ou havemos de admitir que a Constituição anula qualquer medida legislativa, que a contrarie, ou anuir que a legislatura possa alterar a Constituição por medidas ordinárias. Não há por onde se contestar o dilema. Entre as duas alternativas não se descobre meio termo. Ou a Constituição é uma lei superior, soberana, irreformável mediante processos comuns, ou se nivela com os atos da legislação usual, e, como estes, é reformável à vontade da legislatura. Se a primeira é

³¹ Ronaldo Poletti, op., cit. p. 53.

³² Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino, Controle de Constitucionalidade, Editora Impetus, 6ª ed., Revista e Atualizada, Niterói, RJ 2007.

verdade, então o ato legislativo contrário à Constituição não será lei; se é verdadeira a segunda, então as Constituições escritas são esforços inúteis do povo para limitar um poder pela sua própria natureza ilimitável. Ora, com certeza, todos os que têm formulado Constituições escritas, sempre o fizeram no objetivo de determinar a lei fundamental e suprema da nação; e conseqüentemente, a teoria de tais governos deve ser a da nulidade de qualquer ato da legislatura ofensiva da Constituição. Esta doutrina está essencialmente ligada às Constituições escritas, e assim, deve-se observar como um dos princípios fundamentais da nossa sociedade (cf. *The Writings of John Marshall, late chief-justice of the United States, upon the Federal Constitution*, Boston, 1839, p. 24-25, apud Pinto Ferreira).³³

No caso supracitado, John Marshall entendeu que o magistrado deveria, sempre, ao encontrar um conflito entre duas normas, negar vigência a que seja inferior hierarquicamente. E, toda vez, que uma norma entrar em conflito com a Constituição, esta deverá prevalecer sobre a legislação ordinária.

Paulo Bonavides considerou a respeito das idéias de Marshall que:

Os Poderes do Legislativo são definidos e limitados, sendo essa limitação a causa das Constituições escritas. Se não fossem eles definitivos e limitados, por que reduzi-los à forma escrita, se a cada passo poderiam esses poderes serem alterados por aqueles cuja competência se pretende restringir?³⁴

Embora a Constituição americana não traga, expressamente, a existência de uma função de controle de constitucionalidade deferida aos Tribunais, Marshall ³⁵conseguiu esta construção jurisprudencial, defendendo que o princípio das constituições rígidas implica necessariamente a supremacia da Constituição, sobre a legislação infraconstitucional.

Segundo ensina Celso Ribeiro Bastos, acerca da doutrina de Marshall:

Os pontos capitais dessa doutrina são: sendo a lei inconstitucional nula, a ninguém obriga, e muito menos vincula o Poder Judiciário à sua aplicação; por outro lado, diante de um conflito entre a lei ordinária e a Constituição, ao Poder Judiciário incumbe inelutavelmente preferir uma em desfavor de outra. Diante de tal dilema, espousa a teoria que inevitavelmente deve ser dada à Lei

³³ Ferreira, Pinto, *Princípios Gerais de Direito Constitucional*, p. 97

³⁴ Bonavides, Paulo, *op. cit.*, p. 276-277

³⁵ Ronaldo Poletti, *op. cit.*

Constitucional, que é superior a qualquer outro praticado sob sua vigência”³⁶.

O sistema americano se desenvolveu muito, após a citada decisão de John Marshall. O sistema de controle de constitucionalidade utilizado nos Estados Unidos da América é o de constitucionalidade difusa, no qual toda vez que a norma em questão deva ser aplicada pelo magistrado, o controle é por ele exercido. Acontece por via incidental, através por exemplo, de uma preliminar oposta na resposta do réu, tendo efeito apenas no caso decidido.

Sustenta Rui Barbosa, a respeito do tema em tela, que:

...ante a sentença nulificativa o ato legislativo imediatamente perde sua sanção moral, e se expira em virtude da lei anterior, com que colidia. E, se o julgamento foi pronunciado pelo mais alto tribunal de recursos, ‘a todos os cidadãos se estende, imperativo e sem apelo, no tocante aos princípios constitucionais, sobre que versa’ (Ordronnaux). Nem a legislação “tentará contrariá-lo; por quanto a regra do *state decisis* exige que todos os Tribunais, daí em diante, o respeitem como *res judicata*; e, enquanto a Constituição não sofrer reforma, que lhe altere os fundamentos, nenhuma autoridade judiciária o infringiria.”³⁷

Tanto nos Estados Unidos da América quanto no Brasil, especificamente no controle concentrado, a decisão da mais alta Corte Constitucional, gera para aquela norma uma ineficácia válida *erga omnes*, conforme já afirmado anteriormente.

Já em outras culturas do Oriente, como nas chamadas democracias marxistas, o direito não era imposto aos governantes. Assim, os governantes eram, por doutrina, o escalão avançado do partido político do proletariado, não tendo sentido submetê-los a norma que eles, pela sua condição de classe, se encarnavam naturalmente. A idéia de um direito diferente do direito positivo é rechaçada, vale dizer que o direito natural (fundamento da origem do controle) não é admitido. Na ditadura do proletariado, o direito era um instrumento a serviço da política dos governantes.³⁸

³⁶ Bastos, Celso Ribeiro, op. cit., p. 39

³⁷ Cf. Rui Barbosa, in Anistia Inversa, p. 9

³⁸ Ronaldo Poletti, op. cit. p. 53/54

Ao contrário do que acontecia nos países do leste europeu das chamadas “democracias” marxistas, a legalidade ocidental é exterior dos governantes.

Na visão de Ronaldo Poletti:

A explicação está na teoria marxista do Estado, na concepção materialista da história e no materialismo dialético. O Estado é sempre um mal e decorre invariavelmente das relações de produção. Do Estado burguês, cheio de defeitos, se passa, pela revolução, ao Estado do proletariado, com os mesmos problemas, apenas que, ao invés de ser instrumento de uma classe minoritária (a burguesia), passa às mãos da majoritária (o proletariado), até o desaparecimento da luta de classes, pela derrota completa da burguesia. O Estado no regime marxista é um mal necessário, mas pertence ao proletariado. Logo, é um Estado objeto. Ele não é sujeito de direitos ou de deveres, simplesmente pertence ao povo. Assim, não tem sentido a existência de direitos públicos subjetivos contra ele oponíveis.³⁹

Pode-se afirmar que a idéia de Constituição escrita é uma conquista da liberal-democracia. Nelas o poder dos governantes é limitado pela sua subordinação à lei, que é expressão da vontade geral.

Dividir-se-ão em três grupos, os países de democrática clássica: os de tradição da Revolução francesa, os do modelo americano do norte e os de jurisdição concentrada (as Cortes Constitucionais).

Existe, também, a classificação como controle político, jurisdicional e misto de acordo com o sistema de controle utilizado. O controle político é exercido através do Poder Legislativo ou através da Chefia do Estado, ou ainda, por um órgão especial. No controle jurisdicional, o modelo seguido é o americano. Já, no controle misto, algumas leis são submetidas ao Poder Judiciário, outras ao controle político; outros extremam os sistemas em dois, o difuso do tipo americano e o de jurisdição concentrada, cujo o protótipo é o da Constituição Austríaca⁴⁰. O sistema brasileiro serve de exemplo de sistema misto em que a par do sistema difuso, há a jurisdição concentrada exercida pela provocação da ação direta de inconstitucionalidade.

³⁹ Ronaldo Poletti, op., cit.

⁴⁰ Cappelletti, Mauro. II. Contolo Giudiziario di Costituzione.

Os países que seguem a tradição da Revolução francesa, como modelo para o sistema de controle de constitucionalidade das leis, assim como era na Constituição do Império, primam pelo princípio da divisão de Poderes. Destarte, não é aceito, por tais países, a interferência de um Poder em outro. O controle do ato legislativo só pode caber ao próprio Poder Legislativo, não sendo admitido o controle pelo Judiciário; a idéia de um órgão político tem, como é intuitivo, sua fonte na Revolução francesa. Esta solução tem, entretanto, “o defeito de identificar os controlados com os controladores, à parte com o juiz”.⁴¹

Ademais, obriga o juiz a utilizar, indiscriminadamente a norma legislativa, o que, não raro, enseja graves injustiças.

A França oferece os exemplos mais fortes de “controle político, de caráter não judiciário”⁴². As influências da Revolução Francesa, ainda são muito fortes no Estado francês. Nas diversas constituições francesas, têm sido esculpidos dispositivos que impedem o controle judiciário sobre a produção legislativa. O motivo desta proteção à separação dos poderes é muito mais histórica, conforme já foi afirmado, do que ideológica.

É salientado por Ronaldo Poletti que “Essas duas ordens de motivos, a ideológica e a histórica, exemplificam o afastamento de qualquer controle judiciário, bem como a própria existência da jurisdição administrativa na França”⁴³.

A Holanda tem positivado no artigo 124 de sua Carta política, a inviolabilidade das leis. A Constituição de Weimar, na Alemanha, dava poderes à lei para criar Tribunal de Justiça Constitucional para toda a República Alemã. No mesmo caminho, a Constituição Federal da Suíça de 1874, obriga o Tribunal Federal a aplicar todas as leis federais regularmente aprovadas, mas estabelecendo o controle no confronto com as leis cantonais. Somente na Noruega, entre todos os Estados continentais, conseguiu-se obter atuação (no silêncio do texto constitucional) por parte dos magistrados, nos casos em que o contraste fosse realmente pleno e ineliminável⁴⁴.

⁴¹ Ronaldo Poletti, op., cit. p 56

⁴² Idem, ibidem.

⁴³ Cf. Ronaldo Poletti, op., cit., p. 57

⁴⁴ Idem, ibidem.

Merece destaque, pela influência que teve na Constituição Brasileira de 1988, a Carta Portuguesa de 1976.

A referida Constituição de Portugal possui um sistema misto muito parecido ao que, posteriormente, foi adotado no Brasil, e traça uma disciplina pormenorizada do controle de constitucionalidade.

O texto constitucional português dedica uma parte exclusivamente à garantia da Constituição (parte IV), tratando mesmo dos limites à sua revisão. Existe no sistema português, a fiscalização da constitucionalidade pela via de jurisdição difusa e pela concentrada, através da exceção e da ação, à posterior ou na via preventiva, em concreto e abstrato. Há disposição sobre os efeitos da decisão e a inconstitucionalidade por omissão⁴⁵.

Existe, na Carta de Portugal, um dispositivo (artigo 52) que estende o direito de petição e a ação popular à defesa da Constituição, das leis ou do interesse geral. No Brasil tal dispositivo não foi repetido, não sendo deferida ação popular para fim de defesa da Constituição.

Assevera Ronaldo Poletti, acerca do controle de constitucionalidade português, que:

A Constituição portuguesa proclama solenemente serem inconstitucionais as normas que infringam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados (artigo 277, 1). Mas acautela: nos tratados internacionais somente haverá inconstitucionalidade se houver violação de uma disposição fundamental (?) (artigo 277, 2).

E continua:

Tanto os tratados como as leis e atos normativos podem ser abjetos de solicitação de Presidente da República ou dos Ministros da República, dirigida ao Tribunal Constitucional para um exame prévio de sua Constitucionalidade (controle preventivo) (artigo 278).⁴⁶

⁴⁵ Cf. Ronaldo Poletti, op., cit.

⁴⁶ Cf. Ronaldo Poletti, op., cit.,

Existe, além de todas as distinções de sistemas apresentadas, a seara referente ao controle formal e controle material da constitucionalidade, importante nas questões da jurisdição concentrada e da jurisdição difusa, do controle político e do controle jurídico.

Pode-se dizer que o controle formal é estritamente jurídico. Importando-se, unicamente, em perquirir sobre a conformidade das leis com a Constituição, do ponto de vista de observância das formas estatuídas. Este controle é técnico. Não se atende ao conteúdo ou substância da lei em exame.

Já o controle material, transcende aos aspectos meramente formais, mostrando-se como um controle mais efetivo. Com substância política, esse controle incide sobre o conteúdo da norma, visando a conformá-la com o texto constitucional e também com seu espírito e sua filosofia, com os princípios, enfim, informadores de seu texto. A Jurisdição constitucional passa a substituir a vontade do parlamento e do Governo. O juiz julga de *legibus* e não, como o juiz dos moldes da Revolução Francesa, *secundum legis*⁴⁷.

No que tange ao objeto de aprofundamento deste estudo dentro do amplo tema – controle de constitucionalidade – não podemos deixar de destacar que o *writ of error* do direito norte-americano é a fonte de inspiração do nosso **recurso extraordinário**.

O denominado *writ of error* foi criado pela primeira lei orgânica que o Congresso dos EUA – Estados Unidos da América editou para seu Poder judiciário; essa lei se chamava *Judiciary Act*, sendo certo que sua seção 25 disciplinava o *writ of error*⁴⁸.

Esse instrumento permitia que a Suprema Corte Norte-Americana revisse as decisões finais das cortes supremas estaduais, em um mecanismo muito parecido ao que temos com o nosso recurso extraordinário.

O *writ of error* foi substituído pelo *writ of certiorari*, o qual, nos dias de hoje, em direito comparado – quando o parâmetro de comparação é o direito norte-americano –, “faz às

⁴⁷ Cf. Paulo Bonavides, op. cit., p. 224.

⁴⁸ Bruno Dantas, Repercussão Geral, Ed. Revista dos Tribunais, p. 42.

vezes” de recurso extraordinário, neste país que tanto influenciou nosso controle de constitucionalidade, desde a época de Rui Barbosa ⁴⁹.

Cumpra ressaltar, que o RE – Recurso Extraordinário, assim com o *writ of certiorari*, possui função **nomofilática** (é dizer, visa **preservar a norma** – no caso – a norma constitucional), como leciona, mais uma vez, o douto Bruno Dantas, na obra sempre citada.

Ora, considerando que o RE tem como escopo a preservação da norma, podemos concluir que ontologicamente ele não se difere do **recurso de cassação dos franceses**, que também merece menção neste estudo de direito comparado.

Passemos agora a analisar o próprio instituto da **repercussão geral** a partir do direito alienígena, cabendo destacar – *ab initio* – que a limitação para o acesso de recursos aos tribunais que se encontram no ápice do Poder Judiciário, não é exclusividade de nosso ordenamento, constituindo em verdadeira tendência mundial, principalmente quando reconhecemos que nos encontramos em um momento instrumentalista da evolução científica do direito processual – como veremos de forma mais detida alhures.

O mundo moderno, principalmente em face da revolução industrial, presencia uma verdadeira massificação das relações jurídicas, o que é sentido em vários ramos do direito, como o civil e o processual.

Apenas para acentuar a massificação dessas relações – e sua influência em outras searas do mundo jurídico –, destacamos a crise de massificação ocorrida no âmbito contratual, segundo a lição da professora Cláudia Lima Marques⁵⁰:

Crise de massificação: está ligada ao surgimento dos contratos de massa, especialmente os de adesão, como consequência do processo econômico de industrialização; seria mais uma crise do dogma da autonomia da vontade do que propriamente uma crise do contrato;

⁴⁹ Bruno Dantas, op. cit., p. 43.

⁵⁰ Cláudia Lima Marques, Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais, Ed. Revista dos Tribunais, p. 163.

representou uma crise de transformação positiva do contrato, seu verdadeiro renascimento (...).

Essa massificação contratual também tem como origem a revolução industrial, sendo certo que influencia o processo, haja vista que existem instrumentos processuais que visam proteger, *exempli gratia*, o aderente.

Na esfera processual-constitucional, verificamos – em todo o globo – a multiplicação das demandas levadas ao Poder Judiciário, tornando imperiosa a criação de filtros para que matérias “menos importantes” não cheguem aos tribunais de cúpula.

A súmula impeditiva de recursos e a exigência de comprovação de repercussão geral para a admissão de recurso extraordinário inserem-se nesse contexto.

Conforme leciona Bruno Dantas, existiria outro motivo para a verdadeira *crise* pela qual passam os tribunais de cúpula por todo o mundo, senão vejamos⁵¹:

(...) o movimento mundial pelo acesso à justiça, deflagrado na segunda metade do século XX, vem contribuindo sobremaneira para o assoberbamento dos tribunais em todos os quadrantes do globo.

Já analisamos, em outro momento, o *writ of certiorari* do **direito norte-americano**, por meio do qual se leva à Suprema Corte daquele país os julgamentos dos tribunais de cúpula dos Estados Federados.

Em verdade, nos Estados Unidos da América o parlamento confere à Suprema Corte – a mais de um século – certa liberdade para apenas prestar tutela jurisdicional, **na esfera recursal** (não em se tratando de competência originária), quando repute relevante o caso concreto que lhe é apresentado a dirimir.

Legislação aprovada pelo Congresso norte-americano em 1925, que teve origem nos esforços de Wiliam Howard Taft – presidente da Suprema Corte dos EUA à época –,

⁵¹ Bruno Dantas, op. cit., p. 90.

limitou extremamente a jurisdição recursal daquele tribunal de cúpula, além de conferir ampla discricionariedade à corte, que poderia analisar a conveniência e oportunidade de julgar a matéria⁵².

Posteriormente, em 1988, foi aprovada a *Supreme Court Case Selection Act*, legislação que limitou – ainda mais – os casos apreciados pela Suprema Corte dos EUA, como demonstrado abaixo⁵³:

A partir da aprovação dessa lei, em sede recursal, um processo só pode chegar à Suprema Corte por meio do *certiorari* ou da *certification of questions*. Cabe salientar que, desde longa data, por obra da Suprema Corte, a *certification of questions* fora esvaziada, de modo que, na prática, apenas por *writ of certiorari*, vale dizer, mediante exercício da discricionariedade judicial da Corte, é que um assunto pode ser levado a seu conhecimento.

Percebemos, então, que nos EUA cabe à Suprema Corte a decisão acerca das questões que seriam mais importantes, onde deveria ocorrer intervenção da jurisdição constitucional daquela Casa – o que se convencionou chamar de discricionariedade judicial.

Ademais, não podemos deixar de anotar que há grande subjetividade por parte da Corte sobre o momento no qual deve se pronunciar acerca da constitucionalidade de determinada questão, a qual apenas será enfrentada quando estiver devidamente amadurecida, e desde que o assunto não esteja superado.

Evita-se, com isso, um fenômeno comum que ocorre no Brasil, onde o STF é chamado – diversas vezes – a se pronunciar sobre o mesmo assunto, mesmo quando sua posição relativamente à matéria já é pacífica, acarretando a chegada de um volume enorme de recursos extraordinários a este tribunal.

Por óbvio que isso decorre do regime do *stare decisis* presente nos EUA, reflexo da origem do direito anglo-saxão, no qual as decisões dos tribunais possuem força vinculante

⁵² Cf. Bruno Dantas, op. cit., p. 96.

⁵³ Idem, p. 97.

– e um pronunciamento açodado da corte de cúpula poderia provocar o engessamento do direito, com base, talvez, em uma corrente menos justa sobre o assunto.

Passemos, agora, a investigar o tratamento do **direito alemão** sobre o tema aqui versado, valendo salientar que o recurso de revisão é o instrumento utilizado para conduzir determinada matéria à corte de cúpula deste país, isto é, à Corte Federal de Justiça (Bundesgerichtshof – BGH).

Com supedâneo no escólio de Dantas, verifica-se como funcionavam os filtros para o recurso de revisão (*Revision*) até 2002⁵⁴:

Até 2002, existiam na Alemanha duas espécies distintas de filtros para admissibilidade da revisão: i) quando, em causas patrimoniais, seu valor superasse uma *summa revisibilis*, estimada em 60.000 marcos alemães, hoje equivalente a aproximadamente € 30.500 (*Wertrevision*); e ii) quando as OLG concedessem uma licença para recorrer (*Zulassungsrevision*), o que era feito em dois casos: a) quando existisse discussão sobre questão jurídica dotada de significação fundamental (*Rechtssache grundsätzliche Bedeutung*); ou b) quando o julgamento das OLG divergisse da jurisprudência da BGH.

As citadas OLG são as *Oberlandesgericht*, é dizer, as cortes regionais de recurso, valendo destacar que no caso destas impedirem a “subida” do *Revision* seria cabível um recurso semelhante ao nosso agravo do art. 544 do CPC, por meio do qual a Corte Federal de Justiça alemã (BGH) poderia intervir, abrindo as portas desta corte de cúpula para o recurso de revisão.

O recurso de revisão do direito alemão visava tanto à proteção do interesse das partes quanto do interesse público na unidade da jurisprudência. Entretanto, em casos como a *summa revisibilis* há claro predomínio do interesse das partes, pois o valor da causa pode ser inversamente proporcional à relevância da tese jurídica discutida na causa.

⁵⁴ Cf. Bruno Dantas, op. cit., p. 110.

A reforma de 2001 entra em vigor no ano seguinte, tornando mais rigoroso o filtro que permite a passagem de recursos de revisão para a Corte Federal de Justiça, na linha de vários outros países, e que também foi seguida pelo Brasil com a Emenda Constitucional n. 45 de 2004.

A Corte Constitucional Federal da Alemanha já foi chamada a se pronunciar sobre a constitucionalidade desta norma, uma vez que se questionava possível afronta ao direito de acesso à jurisdição, tendo firmado entendimento no sentido de sua constitucionalidade, destacando que – caso haja necessidade de estabelecer um precedente ou uniformizar a jurisprudência a revisão deve ser admitida, mesmo que a matéria não possua significação fundamental.

Com base nisso defende-se que o recurso de revisão passou a ser voltado – de forma especial – para a uniformização e racionalização do direito ⁵⁵.

No **direito argentino** a Lei 23.774 de 1990 tornou mais difícil o acesso do recurso extraordinário à Corte Suprema, estabelecendo uma discricionariedade judicial ao seu tribunal de cúpula – parecido com o criado no direito norte-americano –, o qual poderá rechaçar o recurso extraordinário.

Observamos que na Argentina a competência recursal da mais alta corte é provocada por uma impugnação que recebe o nome de recurso extraordinário, o mesmo nome adotado em nosso país.

Ademais, a Argentina – assim como o Brasil – é fortemente influenciada pelo direito norte-americano e, também à nossa semelhança, passou por problemas sérios decorrentes da grande quantidade de recursos que batiam à porta de sua mais alta corte.

A mencionada lei alterou o art. 280 do CPCN (*Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*) conferindo à “discricionariedade *sã*” (*sana discreción*) da corte suprema a admissibilidade ou rejeição dos recursos extraordinários.

⁵⁵ Cf. Gisele Rühl, citada por Bruno Dantas em sua obra, que serve de suporte para nosso estudo de direito comparado sobre o tema.

Na Argentina um recurso extraordinário será rejeitado: - ante a ausência de lesão federal suficiente (a questão tem que ter envergadura suficiente para demandar apreciação pela mais alta corte); - caso a questão versada seja insubstancial (“teses que vão de encontro a linhas jurisprudenciais consolidadas sem utilização de argumentos suficientemente sólidos”⁵⁶); - não exista a transcendência das questões discutidas no recurso (segundo a Suprema Corte Argentina, segundo citação de Dantas, são questões que ultrapassam o simples interesse individual das partes, afetando de modo imediato a coletividade).

Com relação à experiência inglesa, observamos a existência de competência recursal da Câmara dos Lordes sobre os Tribunais de Recursos da Inglaterra, bem como Irlanda, País de Gales e Escócia.

Para a *Appeal Comitee* (Comissão de Recursos) formada por doze lordes analisar a matéria é necessária a demonstração do *general public importance* (**relevância pública geral**), sobre o qual não há parâmetros objetivo de definição, cabendo à Câmara dos Lordes completa discricionariedade quanto a sua ocorrência.

Observa-se que, tanto países do *comow law* (Inglaterra e EUA) quanto do *civil law* (Alemanha e Brasil), preocupam-se com a instituição de filtros para restringir a chegada de recursos a seus tribunais de cúpula.

Por derradeiro, no Japão – país que também tem tradição do *civil law* –, a Suprema Corte tem competência infraconstitucional e constitucional (como ocorria no Brasil até 1988) e, embora exista instituto semelhante à repercussão geral, ele se destina apenas à competência recursal infraconstitucional, pois “os erros de índole constitucional continuam a receber jurisdição recursal obrigatória da Corte Suprema”⁵⁷.

Depois de finalizar a análise do direito comparado quanto ao controle de constitucionalidade – dando ênfase ao instituto da repercussão geral –, o próximo ponto a ser destacado refere-se aos fundamentos do controle de constitucionalidade, verificando seus requisitos formais e materiais.

⁵⁶ Cf. Bruno Dantas, op. cit., p. 120.

⁵⁷ Idem, p. 131.

3. FUNDAMENTOS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

3.1 A Constituição – Lei das Leis

Existem diversos conceitos de Constituição, vez que, o tema pode ser encarado por diversos ângulos. Constituição é, segundo grande parte da doutrina, o conjunto fundamental de leis e princípios, que se encontram no ápice da pirâmide jurídica de um determinado Estado, local onde podemos encontrar o norte da política estatal – motivo pelo qual também é denominada de Carta Política.

Quanto aos diversos ângulos pelos quais a Constituição pode ser encarada, defende Konrad Hesse, que:

...esta questão não pode ser resolvida recorrendo a um conceito de Constituição de aceitação geral ou, pelo menos, majoritariamente admitido. A teoria atual do Direito Constitucional, por mais que nela se encontrem amplas coincidências, não chegou a aclarar o conceito e a qualidade da Constituição até o ponto de alcançar um consenso suficientemente amplo para poder ser tido por uma ‘opinião dominante’. A compreensão em cada caso subjacente do que é Estado e as Constituições atuais é com frequência algo dado de antemão ou pressuposto e não algo explicitamente fundamento.

Na lição de Alexandre de Moraes, *apud*, J.J. Gomes Canotilho:

Constituição deve ser entendida como a lei fundamental e suprema do Estado, que contém normas referentes à estruturação do Estado, à formação dos poderes públicos, forma de Governo e aquisição do poder de governar, distribuição de competências, direitos garantias e deveres dos cidadãos. Além disso, é a Constituição que individualiza os órgãos competentes para a edição de normas jurídicas, legislativas ou administrativas.⁵⁸

⁵⁸ Moraes, Alexandre de, *Direito Constitucional*, 7ª ed., São Paulo 2000, p. 34

Mister se faz ressaltar a supremacia da Constituição em relação às demais normas integrantes do sistema jurídico. A norma constitucional é fruto do poder constituinte originário, assim é conceituada como norma-origem⁵⁹.

Ainda, para J.J. Gomes Canotilho:

A Constituição é ainda uma ordem fundamental noutra sentido: no sentido de construir a pirâmide de um sistema normativo que nela encontra fundamento. Nesse sentido, a Constituição aspira, como se viu, à natureza norma das normas (cfr. artigo 112), pois é ordenamento jurídico (das leis, dos tratados, dos regulamentos, das convenções coletivas de trabalho, etc.)⁶⁰

Conforme destaca Alexandre de Moraes, é interessante, academicamente falando, mencionar o chamado conceito ideal de Constituição, imposto a partir do triunfo do movimento constitucional no início do século XIX. Conforme ensina Canotilho:

...este conceito ideal identifica-se fundamentalmente com os postulados políticos-liberais, considerando-os como elementos matérias caracterizadores e distintivos os seguintes: (a) a Constituição deve consagrar um sistema de garantias da liberdade (esta essencialmente concebida no sentido do reconhecimento de direitos individuais e da participação dos cidadãos nos atos do poder legislativo através do parlamento); (b) a Constituição contém o princípio da divisão de poderes, no sentido de garantia orgânica contra abusos dos poderes estaduais; (c) a Constituição deve ser escrita (documento escrito).⁶¹

Vários fatores classificam uma Constituição, diferenciando um sistema constitucional do outro.

Quanto ao conteúdo a Constituição pode ser material ou formal; quanto à forma os sistemas se dividem em escritas e não escritas; quanto ao modo de elaboração a Constituição é dogmática ou histórica; já quanto à origem existem constituições que foram promulgadas e outras que foram outorgadas; quanto à estabilidade, então, existem quatro possibilidades: imutáveis, rígidas, flexíveis e semi-flexíveis; finalizando as formas de classificação, existe o

⁵⁹ Diniz, Maria Helena, Norma Constitucional e seus Efeitos, 2ªed., São Paulo, Saraiva, 1992, p. 14

⁶⁰ Canotilho, J.J. Gomes, Direito Constitucional e Teorias da Constituição, 3ª ed., Coimbra: Almedina, 1998, p. 1336

⁶¹ Canotilho, J.J. Gomes. Direito Constitucional. Coimbra: Almeida, 1993.

critério de classificação quanto à extensão e finalidade, podendo a Constituição ser analítica ou sintética⁶².

Vários dos critérios de classificação apresentados são importantes na determinação das características do sistema de controle de constitucionalidade adotado pelo Estado, conforme demonstraremos posteriormente neste trabalho.

Impende ressaltar que nossa atual Constituição se classifica como: formal, escrita, legal, dogmática, promulgada (democrática e popular), rígida e analítica.

3.2 Hierarquia das Leis – Superioridade das Normas Constitucionais

Os preceitos constitucionais, por sua posição de fundamentos basilares do Estado, possuem uma posição de prevalência e de superioridade no sistema jurídico de qualquer nação, onde a ordem jurídica e a democracia prevaleçam. É por este motivo jurídico e político, que o sistema de controle de constitucionalidade das leis tem tanta importância para Estados que primem pela ordem em suas instituições.

Nesse sentido Celso Bastos defende que:

Dizer que existe tutela específica da Constituição significa afirmar que a Lei Fundamental se beneficia de um regime jurídico diferente. Com efeito, as normas competentes de um ordenamento jurídico encontram-se dispostas segundo uma hierarquia e formando uma espécie de pirâmide, sendo que a Constituição ocupa o ponto mais alto, o ápice da pirâmide legal, fazendo com que todas as demais normas que lhe vem abaixo a ela se encontrem subordinadas. Estar juridicamente subordinada implica que uma determinada norma prevalece sobre a inferior em qualquer caso em que com ela conflite.

⁶³

Todas as normas jurídicas do Estado encontram embasamento na Constituição Federal, assim, mas do que um conceito de hierarquia, as outras normas procuram sua própria validade na Lei Maior.

A respeito do tema, Hans Kelsen considera o seguinte:

⁶² Cf. Alexandre de Moraes, op. cit., p. 35

⁶³ Cf. Celso Ribeiro Bastos. Op. cit. p. 46/47

A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é o produto da relação de dependência que resulta do facto de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outras normas, se apoiar sobre essas outras normas, cuja produção, por seu turno, é determinada por outro; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental – pressuposta. A norma fundamental – hipotética, nestes termos – é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora.⁶⁴

De acordo com esta hierarquia, pode-se dizer que qualquer ato jurídico de natureza infraconstitucional que afronte a Magna Carta, padecerá do supremo vício de legalidade, o qual, no caso, em razão de ser praticado contra a Lei Maior, denomina-se inconstitucionalidade.

Pinto Ferreira leciona, a respeito da supremacia constitucional, que “é reputado como uma pedra angular, em que assenta o edifício do moderno direito político”⁶⁵.

Relacionado o controle de constitucionalidade diretamente com a noção de hierarquia das leis e de supremacia da Constituição, Ronaldo Poletti assevera o seguinte:

... o tema do controle de constitucionalidade das leis, baseado no princípio da supremacia da Constituição, implica colocar a Carta Magna acima de todas as outras manifestações de Direito, as quais, ou são com ela compatíveis ou nenhum efeito devem produzir. Se a lei ordinária, o estatuto privado, a sentença judicial, o contrato, o ato administrativo etc. não se conformarem com a Constituição, devem ser fulminados por uma unidade incomum, qual seja, aquela proveniente da Lei Maior, com base no princípio da supremacia da Constituição.⁶⁶

Continuando a tratar da supremacia constitucional, defende Zeno Veloso, que as normas constitucionais são:

...dotadas de preeminência, supremacia em relação às demais leis e atos normativos que integram o ordenamento jurídico estatal. Todas as

⁶⁴ Kelsen, Hans. Teoria Pura do Direito Trad. João Baptista Machado, p. 310

⁶⁵ Ferreira, Pinto. Curso de Direito Constitucional, 6ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2000

⁶⁶ Cf. Ronaldo Poletti, op. cit., p. 03

normas devem se adequar, têm de ser pertinentes, precisam se conformar com a Constituição, que é o parâmetro, o valor supremo, o nível mais elevado do direito positivo, o *lex legum* (a Lei das leis).⁶⁷

E assevera Veloso sobre o assunto:

Não adianta a rigidez constitucional, a soberania (*paramountcy*) da Carta Magna, a natural e necessária ascendência de suas regras e princípios, se não fosse criado um sistema eficiente defesa da Constituição, para que ela prevalecesse sempre, vencesse qualquer embate, diante de leis e atos normativos que a antagonizem.⁶⁸

Defendendo esta idéia, Maria Helena Diniz, assim se posiciona:

O Controle de constitucionalidade significa impedir a subsistência da eficácia de norma contrária à Constituição, pressupondo, necessariamente, a idéia de supremacia constitucional, pois na existência de um escalonamento normativo, onde é a Constituição a norma-origem, encontra o legislador seu limite, devendo obedecer à forma prevista e ao conteúdo anteposto.⁶⁹

Daí a necessidade de um eficaz sistema de controle de constitucionalidade das leis, para fazer efetivamente a proteção da Lei Fundamental do Estado, impedindo a prevalência dos atos normativos que lhe são inferiores e contrários e da imposição de obstáculos maiores quando se desejar modificar dispositivos constitucionais.

3.3 Inconstitucionalidade das Leis

Todas as situações jurídicas devem se conformar com os princípios e preceitos da Constituição, pela posição de supremacia desta. No sistema da Constituição de 1988, temos, ao lado da inconstitucionalidade por ação, a inconstitucionalidade por omissão (artigo 102, I *a* e III, *a*, *b* e *c*, e artigo 103 e seus parágrafos 1º e 3º). Destarte, além da atuação positiva de acordo com a Constituição, exige-se mais, pois omitir a aplicação de normas constitucionais, quando a Constituição assim a determina, também constitui conduta inconstitucional, conforme analisaremos mais adiante.

⁶⁷ Veloso, Zeno. Controle Jurisdicional de Constitucionalidade. 2ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2000

⁶⁸ Idem, *ibidem*.

⁶⁹ Diniz, Maria Helena, *op. cit.* p. 14

A inconstitucionalidade de uma lei, de um ato executivo ou jurisdicional, é um caso particular de invalidade dos atos jurídicos em geral, conforme nos ensina Celso Ribeiro Bastos, particulariza-se por ocorrer na espécie um conflito com a própria norma Constitucional.

Ainda segundo Celso Ribeiro Bastos:

A ascendermos a escala das normas jurídicas, deparamos num dado momento com um conjunto de normas que, ao contrário das demais, não vão buscar seu fundamento jurídico em outras regras de direito; fundam-se em si mesmas. São as normas constitucionais. Elas fornecem os pressupostos mínimos para a existência do ordenamento jurídico.⁷⁰

E continua mais adiante em sua exposição:

A inconstitucionalidade de uma lei é, pois, a circunstância de uma determinada norma infringir a Constituição, quer quanto ao processo a ser seguido pela elaboração legislativa, quer pelo fato de, embora tendo a norma respeitado a forma de criação da lei, desrespeitar a Constituição quanto ao conteúdo adotado.⁷¹

Segundo a técnica jurídica, é possível afirmar que a lei inconstitucional é inexistente, embora exista uma certa ambigüidade. Pois, ao mesmo tempo em que se admite que só adquire a condição de lei aquela que for elaborada em conformidade com a norma constitucional, por outro lado admite-se que algo, embora padecendo do vício gravíssimo de inconstitucionalidade, em razão da infringência do Texto Maior, ainda assim exista⁷².

O que acontece é que a lei inconstitucional existe no ordenamento jurídico até que seja declarada a sua inconstitucionalidade pelo Supremo, tendo esta decisão efeito *ex tunc*. Assim, embora tenha existido não pode gerar efeitos; sabe-se, entretanto, da dificuldade de se excluir os efeitos daquela norma que, “constitucionalmente falando”, nunca existiu.

⁷⁰ Bastos, Celso Ribeiro. Op. cit., p. 388

⁷¹ Idem, ididem.

⁷² Cf. Hans Kelsen, Teoria, cit. p. 149

É por esse motivo que Celso Ribeiro Bastos diz que “em nome do princípio da validade da norma em função da sua adequação à norma hierarquicamente superior, conclui-se que toda norma infringente da Constituição é nula, irrita, inválida e inexistente”⁷³.

Ora, no controle concentrado – no qual se busca a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em tese, independentemente de um caso concreto – os efeitos da decisão que declara essa inconstitucionalidade são *ex tunc* (retroagem), bem como *erga omnes* (em relação a todos). Assim, se desfaz, desde sua edição, o ato declarado inconstitucional, e todas as conseqüências advindas dele.

Entretanto, desde 1999, em face do teor da Lei 9.868/99, o Supremo Tribunal Federal pode, por maioria de 2/3 de seus membros, em razão de circunstâncias de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, **modular os efeitos daquela declaração** ou, ainda, decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. A doutrina denomina isso de inconstitucionalidade de efeitos *pro futuro*.

De outro lado, no que diz respeito ao controle incidental, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal – que declare a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo – gera efeitos apenas entre as partes do processo e *ex tunc*, embora, excepcionalmente, o STF possa declarar a inconstitucionalidade *pro futuro* na via incidental – isso é – concreta.

Com tal decisão, pela via difusa, também se desfaz desde sua origem o ato declarado inconstitucional, com todas as conseqüências dele derivadas, entretanto apenas para as partes e no processo em que houve a declaração de inconstitucionalidade.

Sobre a cláusula de reserva de plenário, para o julgamento pelos tribunais, por controle difuso, da constitucionalidade das leis, cumpre citar a seguinte súmula vinculante:

SÚMULA VINCULANTE Nº 10

VIOLA A CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO
(CF, ARTIGO 97) A DECISÃO DE ÓRGÃO FRACIONÁRIO DE
TRIBUNAL QUE, EMBORA NÃO DECLARE EXPRESSAMENTE A

⁷³ Bastos, Celso Ribeiro. Op. cit., p. 389.

INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI OU ATO NORMATIVO DO
PODER PÚBLICO, AFASTA SUA INCIDÊNCIA, NO TODO OU EM
PARTE.

3. 4. O Controle de Constitucionalidade

A Constituição Federal estabelece técnica especial para a defesa da supremacia constitucional, a teoria do Direito Constitucional chama esta técnica de controle de constitucionalidade.

Este controle pode ser preventivo, conforme doutrina de Alexandre de Moraes, quando impede que alguma norma maculada pela eiva de inconstitucionalidade ingresse no ordenamento jurídico. Já o controle repressivo procura expurgar do ordenamento jurídico norma inconstitucional já editada⁷⁴

Para Alexandre de Moraes:

Tradicionalmente e em regra, no direito constitucional pátrio, o Judiciário realiza o controle repressivo de constitucionalidade, ou seja, retira do ordenamento jurídico uma lei ou ato normativo contrário à Constituição. Por sua vez, os poderes Executivo e Legislativo realizam o chamado controle preventivo, evitando que uma espécie normativa inconstitucional passe a ter vigência e eficácia no ordenamento jurídico.⁷⁵

Em relação ao órgão controlador, o controle repressivo pode ser: político, jurídico ou misto; conforme já foi exposto ao tratar do direito comparado. Vale salientar que, ocorre o controle político quando a verificação da inconstitucionalidade é feita por órgãos de natureza política, como, v.g., o próprio Poder Legislativo; é a forma de controle utilizada pela França. O controle judiciário ou jurídico é adotado pelo Brasil e ocorre quando a verificação da adequação de atos normativos com a Constituição é feita pelos órgãos integrantes do Poder Judiciário. Já no controle misto algumas categorias de leis são submetidas ao controle político e outras ao controle jurisdicional, como ocorre, por exemplo, na Suíça.

⁷⁴ Moraes, Alexandre. Op. cit., p. 558

⁷⁵ Idem, ibidem.

O controle preventivo pode ser realizado pelas comissões permanentes de constituição e justiça, uma vez que, a função destas comissões é, justamente, analisar a compatibilidade do projeto de lei ou proposta de emenda constitucional apresentados com o texto da Constituição Federal. Pode, também, ser realizado controle preventivo por meio de veto jurídico, realizado pelo chefe do Poder Executivo, no processo legislativo.

Desta forma, conforme salienta Alexandre de Moraes: “o Brasil o controle preventivo de constitucionalidade é realizado sempre dentro do processo legislativo, em uma das hipóteses pelo Poder Legislativo (comissões de constituição e justiça) e em outra pelo Poder Executivo (veto jurídico)”⁷⁶.

Tem-se como regra, no Brasil, o sistema de controle repressivo jurídico de constitucionalidade. Esse sistema realizado pelo próprio Poder Judiciário sobre as leis e atos normativos, já editados, se divide em dois sistemas. O primeiro denomina-se reservado ou concentrado (via de ação) e o segundo, difuso ou aberto (via de exceção ou defesa).

⁷⁶ Moraes, Alexandre. Op. cit., p. 559

4 – O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

Controle difuso, por via de exceção ou defesa; são na realidade sinônimos, para, no âmbito do controle de constitucionalidade, se qualificar a forma de controle realizada no decorrer do processo, por todo e qualquer juiz ou tribunal, sobre a compatibilidade do ordenamento jurídico com a Lei Maior do Estado.

Retornando um pouco à parte histórica e ao direito comparado, linhas atrás delineados, pode-se afirmar que, esta idéia de controle de constitucionalidade realizado por qualquer órgão do Judiciário, nasceu do caso Madison X Malbury, no ano de 1803, ainda no século XIX, citado anteriormente.

Neste caso o juiz da Suprema Corte Americana, John Marshall afirmou ser próprio da atividade jurisdicional interpretar e aplicar a lei. E, neste trabalho diário, o magistrado ao se deparar com um caso de contradição entre a legislação e a Constituição, deve sempre aplicar a Constituição, por ser superior a qualquer lei ordinária do Poder Legislativo.

Ao retomar o assunto da evolução histórica, importante relembrar que o sistema incidental ou difuso do controle de constitucionalidade perdeu muito de sua importância com a nova ordem constitucional estatuída pela Constituição Federal de 1988. Uma vez que, o alargamento dos legitimados e das possibilidades de se questionar a constitucionalidade dos atos normativos infraconstitucionais, permitiu que, praticamente todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao STF, mediante processo de controle abstrato de normas.

Gilmar Mendes observa que;

Convém salientar que, tal como já observado por Anschütz ainda no regime de Weimar, toda vez que se outorga a um Tribunal especial atribuição para decidir questões constitucionais, limita-se, explícita ou implicitamente, a competência da jurisdição ordinária para tais controvérsias.⁷⁷

⁷⁷ Cf. Gilmar Mendes. Op. cit.

Neste caminho de raciocínio, Celso Ribeiro Bastos, tratando da diferenciação entre o controle difuso e o concentrado, observa que:

Em conclusão, embora tanto a via de ação como a de defesa sejam processos de controle de constitucionalidade, nesse ponto apresentando um denominador comum que os unifica em vista de um objeto, não há negar, entretanto, que apresentam particularidades que os distanciam, quer segundo a finalidade de controlar a constitucionalidade apenas pela subtração dos interessados, em cada caso particular, aos mandamentos injurídicos de um ato inconstitucional, quer segundo a preocupação de restabelecer a harmonia do sistema constitucional, ferida pela manutenção de lei produzida em desrespeito à Constituição.⁷⁸

No período anterior a 1988, os “holofotes” estavam no sistema difuso, que era amplo e dominante. O controle direto era algo acidental e episódio dentro do sistema difuso.

4.1 Objeto

Chama-se esta forma de controle, entre outros nomes, de incidental, pois ocorre no caso concreto *sub judice*, não sendo objeto principal da lide. O que se pretende é um pronunciamento por parte do órgão julgador sobre questão prévia, indispensável ao julgamento do mérito. Assim, aquele que consegue o pronunciamento da inconstitucionalidade exime-se do cumprimento da norma. Entretanto, a norma incidental declarada inconstitucional continua incidindo e sendo aplicada nos demais casos.

Paulo Bonavides sobre o assunto considera que;

O controle por via de exceção é de sua natureza o mais apto a promover a defesa do cidadão contra os atos normativos do Poder, porquanto em toda demanda que suscite controvérsia constitucional sobre lesão de direitos individuais estará sempre aberta uma via recursal á parte ofendida.⁷⁹

O fato é que, o interessado no pronunciamento da inconstitucionalidade pela via difusa, pretende apenas ser subtraído da incidência de uma norma viciada ou do ato

⁷⁸ Idem, ibidem. P. 399

⁷⁹ Bonavides, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 294

inconstitucional, que um caso concreto apresentado ao Judiciário de alguma forma, o prejudica.

É de se ver que o debate judicial nesses casos não será feito sobre a lei, mas, sim, sobre os seus reflexos concretos sobre o pedido posto em julgamento. Ataca-se, assim, o ato, fato, conduta ou determinação lastreados em lei, e a discussão versa sobre aqueles, não sobre esta.

Segundo ensina Alexandre de Moraes, na via da exceção, a pronúncia do Judiciário sobre a inconstitucionalidade, como já foi dito, não é feita como objeto principal do processo, mas, sim, sobre questão indispensável ao julgamento do mérito.

Seguindo este raciocínio, Celso Ribeiro Bastos observa que a via de exceção:

Ataca o vício de validade da lei no caso concreto (diverso da apreciação em tese), ou seja, a argüição deve ser no curso do processo comum.

Qualquer órgão judicante tem competência para conhecer e decidir da inconstitucionalidade.

O objeto da ação não é o próprio de validade, mas sim a reparação de um direito lesão ou prevenir a ocorrência desta lesão. O lesado quer subtrair-se dos efeitos da lei considerada inconstitucional. São menos hábeis: em princípio qualquer ação, mais comumente o mandado de segurança, o habeas corpus e as defesas judiciais. No processo a questão de inconstitucionalidade é chamada de ‘incidental’ e ‘prejudicial’ e pode chegar ao Supremo através de recurso ordinário (artigo 102, II, “a”) ou do extraordinário (artigo 102, III, “a”, “b” e “c”).

A decisão judicial faz coisa julgada apenas entre as partes, não vinculando outras decisões, inclusive do próprio Supremo Tribunal Federal, enquanto a lei não tiver suspensa a sua executoriedade, o que compete ao Senado Federal (artigo 52, X).⁸⁰

Rodrigo Lopes Lourenço afirma que, se o autor pedir pela inconstitucionalidade em tese da lei, deverá ser declarado carecedor de ação, por não ter legitimidade para o debate da lei pela via abstrata. Se o juiz ou tribunal não reconhecer a impossibilidade dessa ação, estará usurpando a competência do Supremo Tribunal Federal (no caso de o parâmetro ser a Constituição Federal de 1988) ou do Tribunal de Justiça (sendo parâmetro a Constituição Estadual).

⁸⁰ Bastos, Celso Ribeiro. Op. cit., p. 498

4.2 Vias de Atuação

O interessado em suscitar o debate de matéria constitucional em concreto poderá fazê-lo em dois momentos:

1) de maneira ativa, atacando o ato que se pretende praticar contra ele a partir da permissão de uma norma tida por inconstitucional;

2) de maneira passiva, esperando que seja praticado ato contra si e, então, quando cobrado judicialmente pela sua negativa em curvar-se a tal ato, alegar que o fez a partir da constatação do vício de inconstitucionalidade na norma que o autoriza.⁸¹

Com relação a estas duas possibilidades e suas peculiaridades, Zeno Veloso diz:

Quando se fala em exceção, o que se indica é a defesa oposta pelo réu. Essa nomenclatura, no entanto, não é adequada ao controle de constitucionalidade pelo sistema difuso, por via da denominada exceção, porque nem sempre será o réu quem levantará a questão da inconstitucionalidade.⁸²

Destarte, fica evidente que, quer seja assumida uma posição defensiva, quer ofensiva, em nenhum momento será posta em discussão a própria lei, mas sim uma relação jurídica sobre a qual, em dado momento, ocorre ato ou fato lastreado em lei presumivelmente contrária à Constituição. Como ao juiz não é dado escusar-se de decidir, sob qualquer alegação, como a questão da inconstitucionalidade lhe será posta e, como, nos tempos da Constituição todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade, terá o julgador que enfrentar a questão da inconstitucionalidade ao julgar e, fazendo-o, pronunciar a conformidade ou desconformidade da lei impugnada, como razão de decidir. Essa é a essência do controle difuso de inconstitucionalidade.

O controle concreto de constitucionalidade, então, se dá durante um processo judicial, no qual o órgão julgador (juiz ou tribunal), mediante provocação de uma das partes

⁸¹ Bastos, Celso Ribeiro. Op. cit., p. 498

⁸² Veloso, Zeno. Op. cit., p. 40

ou dos intervenientes, ou do Ministério Público ou de ofício, analisa a constitucionalidade da lei ou norma que incide sobre o caso e, decidindo sobre isso, garante uma aplicação (se inconstitucional).

A decisão sobre a inconstitucionalidade pelos tribunais está submetida ao princípio da reserva de plenário (Constituição Federal, artigo 97), pelo qual essa decisão depende de maioria absoluta do Tribunal Pleno ou do Órgão Especial.

4.3 Controle Difuso e o Senado

O Supremo Tribunal Federal, ao decidir o caso concreto, poderá declarar incidentalmente a inconstitucionalidade de uma lei ou ato do Poder Público, passando então a competência para o Senado Federal para retirá-lo do ordenamento jurídico.

Dispõe o artigo 52, X, da Constituição:

“Artigo 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

.....
X – suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;”

Existe na doutrina a discussão sobre a natureza dessa atribuição do Senado Federal ser discricionária ou vinculada. Entretanto, tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Senado Federal, entendem que esse não está obrigado a proceder à edição da resolução suspensiva do ato estatal cuja inconstitucionalidade, em caráter irrecorrível, foi declarada *in concreto* pela Corte Suprema. Desta forma, os órgãos contemplam a tese dos que defendem ser tal ato discricionário do Poder Legislativo, classificando como deliberação essencialmente política, de alcance normativo.

Alexandre de Moraes salienta sobre o tema que:

A declaração de inconstitucionalidade é do Supremo, mas a suspensão é função do Senado. Sem a declaração, o Senado não se movimenta, pois não lhe é dado suspender a execução de lei ou decreto não

declarado inconstitucional, porém a tarefa constitucional de ampliação desses efeitos é sua, no exercício de sua atividade legiferante⁸³.

Já Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino perfilham o que se segue sobre a matéria e questão:

O Senado Federal dispõe de plena discricionariedade para suspender, ou não, a execução da lei declarada definitivamente inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Entretanto, se o fizer, não poderá posteriormente revogar o seu ato de suspensão. Com efeito, não se admite que, uma vez aprovada a resolução que efetue a suspensão da execução da lei, o Senado Federal a revogue por outra resolução⁸⁴.

O Senado Federal possui esta competência tanto para a suspensão de lei federal, quanto de leis estaduais, distrais ou municipais, declaradas, incidentalmente, inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.

4.4 Competência para a declaração da inconstitucionalidade pelo meio difuso

A questão incidental, como já se colocou, será decidida por todo e qualquer juiz que julgar a causa principal, quer originariamente, quer em grau de recurso.

Seguindo este raciocínio, Ronaldo Poletti defende que: “Hoje é pacífico na doutrina e na jurisprudência que qualquer órgão jurisdicional, singular ou coletivo, pode examinar a constitucionalidade de lei e, portanto, declará-la inconstitucional, ao fito de afastá-la de aplicação a um caso concreto.”⁸⁵

Aos Tribunais, a Constituição impõe um *quorum* mínimo de maioria absoluta de seus membros, ou dos membros do respectivo órgão especial, para se pronunciar pela inconstitucionalidade (**artigo 97**). Esse *quorum* mínimo é condição de eficácia da decisão do tribunal sobre essa matéria. Não sendo atingido, a lei continua sendo tida por constitucional e, portanto, aplicável ao processo em que debatida. A doutrina classifica esse dispositivo como **princípio da reserva de plenário**. Entretanto, o Supremo Tribunal Federal reconhece duas

⁸³ Moraes, Alexandre de. Op. cit., p. 564

⁸⁴ Paulo, Vicente e Alexandrino, Marcelo. Controle de Constitucionalidade. Ed. Impetrus. 6ª ed., Revista e Atualizada, Niterói, RJ 2007, op. cit. p. 54.

⁸⁵ Poletti, Ronaldo. Op. cit., p. 109

hipóteses de decisão pela inconstitucionalidade de lei pelo tribunal com dispensa desse *quorum* especial. A primeira ocorre quando exista, previamente à decisão do tribunal, uma decisão de plenário do Supremo Tribunal Federal dando pela inconstitucionalidade da lei. A segunda, quando houver decisão em outro processo, no tribunal inferior, dando à mesma lei ou norma, agora novamente atacada, por inconstitucional, tendo sido atendido no julgamento anterior o *quorum mínimo* constitucional.⁸⁶

Importante ressaltar que não é necessária a maioria imposta pelo princípio da reserva de plenário quando o Tribunal, Turma, Câmara ou outro órgão fracionário reconhecer a revogação por não recepção, já que não se fala, neste caso, em inconstitucionalidade.

Já quando a legitimidade para requerer a atuação do julgador, posicionando-se quanto à constitucionalidade ou não de determinada norma, pode-se dizer que, cabe a qualquer interessado suscitar a questão, desde que dentro de um processo, seja qual for a sua natureza.

Frise-se, ainda, que para o órgão jurisdicional pronunciar acerca da constitucionalidade, basta que o interessado exerça seu direito de ação, provocando a atuação do Poder Judiciário sobre o assunto. Mas, o Poder Judiciário jamais poderá se pronunciar sem que haja provocação do interessado pelo princípio da inércia.

4.5 Controle difuso no sistema *civil law* – inconvenientes

No sistema do *civil law*, que é adotado pelo Brasil, não há o princípio característico dos sistemas do *common law*, do *stare decisis*. Ou seja, no sistema do *civil law* a influência da jurisprudência é muito menor do que em países como os Estados Unidos da América, onde as decisões da Justiça têm força de lei, a tal ponto do Estado ser guiado mais pela jurisprudência do que pela lei. Já no Brasil, que é um país de característica romanista, a lei é sempre suprema. O Estado é guiado pelas leis e os magistrados têm que seguir a legislação. Assim, parece inconveniente até mesmo pelo princípio da presunção de constitucionalidade que todas as leis possuem, que em um caso concreto a norma aprovada pelo órgão competente seja afastada por qualquer juiz ou tribunal.

⁸⁶ Art. 481, parágrafo único, do CPC prevê tal hipótese, nas letras seguintes: “Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão”.

É por este motivo que Ronaldo Poletti tratando do assunto da presunção da legalidade e de constitucionalidade da lei defende que:

Na dúvida o juiz não declara a inconstitucionalidade.

A inconstitucionalidade não se presume. Há de resultar de manifesta à Lei Magna.

Presumem-se compatíveis com a Constituição as normas legais. Entre duas exegeses prefere-se a que não infirma o ato da autoridade.

Presumem-se constitucionais os atos do Congresso. Na dúvida, decidir-se-á pela constitucionalidade. O juiz deve abster-se de se manifestar sobre a inconstitucionalidade, toda vez que, sem isso, possa julgar a causa e restaurar o direito violado.

Sempre que possível, adotar-se-á a exegese que torne a lei compatível com a Constituição.

Conclui-se, assim, que no sistema *civil law* a lei positivada é a fonte principal, devendo sempre ser aplicada ao caso concreto para as soluções dos litígios, vez que somente a lei pode obrigar uma pessoa a fazer ou deixar de fazer alguma coisa (CF, art. 5º, inciso II), em total obediência ao princípio da presunção de constitucionalidade das leis, onde o juiz ou tribunal somente poderá deixar de aplicá-la, quando esta for declarada inconstitucional por um órgão competente para fazê-lo.

No Brasil, isso decorre também do fato de vivermos em um Estado democrático e republicano, onde o poder emana do povo, que o exerce diretamente ou através de seus representantes eleitos, por isso o povo tem o poder de criar as regras jurídicas do Estado, repita-se, tornando, assim, a lei sempre suprema.

4.6 Efeitos da Declaração de inconstitucionalidade incidental

A declaração de inconstitucionalidade pela via incidental leva à não aplicação da norma impugnada no caso concreto em debate do processo. Como já foi dito diversas vezes no decorrer deste trabalho, esta decisão apenas tem eficácia *inter partes*.

Para as partes envolvidas no processo em que for declarada incidentalmente a inconstitucionalidade, a decisão terá efeitos *ex tunc*, isto é, retroativos.

Interessante é a constatação de que a decisão judicial de mérito acerca do caso concreto produz coisa julgada. Entretanto, por ter sido a matéria constitucional atacada pela via incidental, tendo sido, assim, apurada a inconstitucionalidade da norma por declaração incidental ao processo, tal declaração não produz efeito de coisa julgada. Destarte, a lei não será definitivamente inconstitucional, pois, os efeitos desse tipo de declaração incidental são exclusivamente intraprocessuais, de acordo inclusive, com o artigo 469, III, do Código de Processo Civil.

Por outro lado, para as demais pessoas não envolvidas no processo, o artigo 52, inciso X, da Constituição Federal de 1988, previu um mecanismo de ampliação dos efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, pois permitiu ao Senado Federal editar uma resolução suspendendo a execução, no todo ou em parte, da lei ou ato normativo declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, cujos efeitos serão *erga omnes* e *ex nunc*, ou seja, a partir da publicação da citada resolução senatorial.

5. RECURSO EXTRAORDINÁRIO E REPERCUSSÃO GERAL

5.1 Aspectos Gerais do Recurso Extraordinário

A nomenclatura recurso extraordinário (excepcional ou extraordinário *lato sensu*) é gênero que possui duas espécies: recurso extraordinário em sentido estrito (de competência do STF) e recurso especial (para o STJ).

Tanto o recurso especial quanto o extraordinário têm como desiderato direto a uniformização da jurisprudência nacional, sendo certo que suas hipóteses de cabimento são previstas na Constituição Federal, não sendo possível à legislação infraconstitucional ampliar ou reduzir sua aplicação.

Vale destacar que, antes da Constituição de 1998, o recurso extraordinário podia versar sobre afronta à Constituição e à legislação federal. Todavia, a partir da criação do Superior Tribunal de Justiça (STJ) pela Constituição Cidadã, repartiu-se entre essas duas cortes as hipóteses de cabimento do antigo recurso extraordinário.

Destarte, a violação à legislação federal (infraconstitucional) foi transferida para o STJ, por meio da impugnação denominada de recurso especial. De outro lado, o STF continuou com competência recursal para matéria constitucional – por meio do RE (recurso extraordinário).

O recurso extraordinário (em sentido estrito, isso é, aquele que se dirige ao STF) será o objeto de estudo e aprofundamento deste trabalho.

Mister destacar, que o recurso extraordinário tem por escopo levar ao nosso tribunal de cúpula (STF) questões ligadas à afronta aos dispositivos constitucionais, uma vez que cabe a este tribunal a função de guardião da Constituição Federal, preservando as suas normas e indicando a sua correta hermenêutica.

Assim, não podemos deixar de ressaltar que o recurso extraordinário é um instrumento para que a Corte Suprema efetive sua função de guardião, assegurando a inteireza

do sistema jurídico, bem como a validade e uniformidade de entendimento no que concerne à matéria constitucional.

Segundo Misael Montenegro filho⁸⁷:

O recurso extraordinário apresenta âmbito de interposição limitado, prestando-se à uniformização da matéria constitucional, atuando o STF como *guardião* da Constituição Federal, num sistema de *contra-freios* da atuação da instância ordinária na aplicação do Texto Constitucional.

Impende salientar, desde já, que se trata de recurso por meio do qual nosso tribunal de cúpula, ou seja, o Supremo Tribunal Federal, realiza controle concreto de constitucionalidade, visando afastar violações aos dispositivos constitucionais.

O recurso extraordinário é de fundamentação vinculada – isto é – suas hipóteses de cabimento estão expressamente previstas no art. 102, III, da Constituição. Deve, ademais, versar apenas sobre questões de direito, pois não se admite a interposição de RE para reexame de provas ou de fatos (não tratar sobre reexame de fatos constitui requisito intrínseco, ligado a sua admissibilidade).

Sobre o assunto, interessa registrar a seguinte colocação de Luís Roberto Barroso⁸⁸:

Como já assinalado, não se trata aqui de um “terceiro grau” de jurisdição, no qual possa haver rediscussão dos fatos e reexame da prova. Cuida-se, tão somente, da reapreciação de questões de direito – em princípio, apenas de direito constitucional – que hajam sido discutidas e apreciadas na instância de origem, vale dizer, que tenham sido objeto de *prequestionamento*.

⁸⁷ Montenegro Filho, Misael. Curso de Direito Processual Civil, Vol. II, 4ª Ed., São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 192.

⁸⁸ Barroso, Luís Roberto, Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro, 2ª Ed., São Paulo: Savaiva, 2006.

O enunciado 279 da jurisprudência predominante do STF é claro ao dispor que: “Para simples reexame de provas não cabe recurso extraordinário”.

Dizemos que o recurso extraordinário tem efeito devolutivo restrito (isto se liga à sua fundamentação vinculada), ou seja, restringe-se às hipóteses do art. 102, III da CF, que são as seguintes:

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

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

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Na citação feita acima, do escólio de Luís Roberto Barroso, vimos que é necessário o prequestionamento da para a admissão do RE, mas exatamente em que ele se constituiu?

Pquestionamento “é exigência antiga para a admissibilidade dos recursos extraordinários, segundo o qual se impõe que a questão federal/constitucional objeto do recurso excepcional tenha sido suscitada/analísada na instância inferior”⁸⁹.

Há possibilidade de a matéria constitucional ter sido suscitada pela parte, porém não enfrentada pelo tribunal. Nesse caso cabe a oposição dos embargos de declaração, para que o tribunal supra a omissão e, mesmo que esse recurso não obtenha êxito, entende o STF que terá ocorrido o prequestionamento – essa é a melhor interpretação da Súmula 356 do Supremo.

⁸⁹ Didier Júnior, Fredie; Da Cunha, Leonardo José Carneiro, Curso de Direito Processual Civil, V. 3, 5. Ed., Salvador: Juspodivm, 2008, p. 254.

O prequestionamento não deixa de ser uma forma de limitação à impugnação por meio de recurso extraordinário, razão pela qual Didier Júnior/Cunha (2008, p. 260) ressaltam que se trata de uma “válvula de escape dos tribunais superiores, que se valem dele para deixar de julgar o mérito dos recursos, em diversas oportunidades”.

Para interposição do recurso extraordinário há exigência de prévio esgotamento das instâncias ordinárias, haja vista que ele é cabível de decisões de última ou única instância. Isso não quer dizer que apenas as decisões proferidas por tribunais abrem ensejo ao RE, pois existe possibilidade de interposição desse recurso em face de acórdãos de Turmas Recursais, isto é, segunda instância dos Juizados Especiais, e de decisões proferidas em sede de embargos infringentes de alçada (primeira instância) nas execuções fiscais (na forma do art. 34, Lei n.º 6.830/80).

Não podemos olvidar, nesse contexto, o conteúdo do enunciado 640 da súmula da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal, que assevera o seguinte: “É cabível recurso extraordinário contra decisão proferida por Juiz de primeiro grau nas causas de alçada, ou por turma recursal de juizado especial cível ou criminal”.

A regra – ora sob estudo – estabelece que não poderá ser aviado recurso extraordinário enquanto existir recurso na instância de origem; sobre o tema há outra posição sumulada do STF: “Súmula 281 – é inadmissível o recurso extraordinário, quando couber, na Justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada”.

É admissível recurso extraordinário contra decisão proferida em sede de agravo de instrumento, que tenha decidido questão incidente. Hoje se encontra superada a divergência doutrinária e jurisprudencial, por meio da qual alguns defendiam que o termo *causas* julgadas em *única* ou *última* instância, referia-se apenas à oportunidade na qual se extinguia o processo com ou sem resolução de mérito.

Tanto é assim que o § 3º do artigo 542 do Código de Processo Civil, com redação dada pela Lei n.º 9.756/1998, passou a prever o seguinte:

Art. 542. Recebida a petição pela secretaria do tribunal, será intimado o recorrido, abrindo-se-lhe vista, para apresentar contra-razões.

(...)

§ 3º O recurso extraordinário, ou o recurso especial, **quando interpostos contra decisão interlocutória** em processo de conhecimento, cautelar, ou embargos à execução **ficará retido nos autos** e somente será processado se o reiterar a parte, no prazo para a interposição do recurso contra a decisão final, ou para as contra-razões. (destaque nosso)

Não cabe recurso extraordinário contra acórdão que defere liminar, uma vez que se trata de juízo de cognição sumária – que não é definitivo. Destarte, tratando-se de provimento oriundo dessa espécie, ante a inexistência de decisão definitiva a desafiar o extraordinário, pertinente é o teor da recente Súmula n.º 735 do STF: “Não cabe recurso extraordinário contra acórdão que defere medida liminar”.

Segundo já decidiu o STF ⁹⁰:

Quer se trate de liminar em mandado de segurança, quer em ação cautelar, a decisão proferida não se enquadra na previsão do artigo 542, § 3º, do Código de Processo Civil, considerada a redação imprimida pela Lei nº 9.756/98. A razão é muito simples: respeitado o preceito, o recurso extraordinário interposto, uma vez julgada a própria ação cautelar, ficará prejudicado. Por isso, declarei-o inadequado à espécie. A prevalecer a óptica do agravante e presente o predicado “utilidade”, determinar-se-á, de imediato, o processamento, se for o caso, do recurso extraordinário. A liminar é decisão precária e efêmera que não desafia a recorribilidade extraordinária.

Ademais, vale destacar que a ofensa à Constituição precisa ser direta e frontal, pois ofensa indireta ou reflexa não abre a estreita porta da impugnação excepcional ora em estudo.

⁹⁰ Trecho do voto do Ministro Marco Aurélio, do STF, no AI 245.703 AgR/SP, j. 16/12/1999, DJ de 25/02/2000, citado por Didier Júnior, Fredie; Da Cunha, Leonardo José Carneiro, Curso de Direito Processual Civil, V. 3, 5. Ed., Salvador: Juspodivm, 2008, p. 265.

A ofensa é reflexa quando a averiguação da afronta à *Lex Mater* depender de prévia análise da violação à legislação infraconstitucional. Bernardo Pimentel Souza apresenta o seguinte exemplo⁹¹:

Basta imaginar a seguinte hipótese: diante do provimento dos embargos infringentes, o embargado que não foi intimado para apresentar impugnação interpõe embargos declaratórios para fim de prequestionamento. Desprovidos os declaratórios, o derrotado interpõe recuso extraordinário por ofensa ao artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, ao argumento de que não foram “assegurados o contraditório e a ampla defesa”, já que não houve a intimação para a apresentação de impugnação aos embargos infringentes.

Na hipótese, a verificação de ofensa ao preceito constitucional passa obrigatoriamente pela averiguação de contrariedade ao **caput** do art. 534 do Código de Processo Civil. Antes de desrespeitar a Constituição Federal, o tribunal de origem contrariou a lei federal. Então, houve ofensa direta à lei federal, sendo simplesmente indireta em relação à Constituição Federal. Portanto, o recurso cabível na hipótese é o especial, e não o extraordinário.

Entretanto, essa lição doutrinária e jurisprudencial deve ser aplicada *cum granu salis*, pois, em muitos casos concretos, a norma infraconstitucional é claramente inspirada em princípios constitucionais, assim sendo, a aplicação “automática” da doutrina da ofensa direta pelo STF pode gerar uma inversão de valores.

Por essa razão, o Ministro Marco Aurélio de Mello levanta divergência sobre o tema, muito bem sintetizada por Bruno Dantas na seguinte passagem, na qual cita julgado do STF, de relatoria do mencionado ministro, e na seqüência o analisa:

(...) rel. Min. Marco Aurélio, DJ 17.12.2004: “Não se coaduna com a missão precípua do Supremo Tribunal Federal, de guardião maior da Carta Política da República, alçar a dogma a assertiva segundo a qual a violação à Lei Básica, suficiente a impulsionar o extraordinário, há de ser frontal e direta. Dois princípios dos mais caros

⁹¹ Souza, Bernardo Pimentel. Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

nas sociedades democráticas, e por isso mesmo contemplados pela Carta de 1988, afastam esse enfoque, no que remetem, sempre, ao exame do caso concreto, considerada a legislação ordinária – os princípios da legalidade e do devido processo legal”.

Boa doutrina endossa as palavras do Ministro Marco Aurélio de Mello, ao fundamento de que haveria clara inversão de valores se o STF deixasse de conhecer questões relativas a princípios constitucionais que, de tão importantes, inspiraram normas infraconstitucionais que os esmiuçaram e amplificaram.

Parece-nos, realmente, que a aplicação da doutrina da ofensa direta não pode ser automática e cega. Antes, o STF deve verificar, caso a caso, se a gravidade da violação não é tal que acaba por infirmar o próprio texto constitucional. Nessa linha de raciocínio, o ponto fulcral, segundo pensamos, deveria residir na *intensidade* da ofensa reflexa, inadmitindo-se aqueles recursos em que se verificar um baixo grau de intensidade.

Importante destacar, ainda, que há um **juízo de admissibilidade bipartido** no recurso extraordinário, também denominado de sistema de admissibilidade desdobrado, por meio do qual o extraordinário é interposto perante o Presidente ou Vice-Presidente do Tribunal de origem, o qual realiza juízo de admissibilidade (trata-se de juízo provisório).

Perante o STF realiza-se o juízo definitivo de admissibilidade, no qual – por óbvio – não há vinculação ao entendimento do tribunal de origem. No caso do tribunal local não admitir o recurso extraordinário, o recorrente poderá levar a questão ao STF por meio de agravo de instrumento fundamentado no artigo 544 do Código de Processo Civil.

No que tange aos efeitos do recurso, a regra é a inexistência de efeito suspensivo, razão pela qual sua interposição não impede a execução provisória da decisão. Entretanto, é possível o ajuizamento – pelo recorrente – de demanda cautelar com o fito de atribuir efeito suspensivo ao recurso extraordinário (devendo, obviamente, demonstrar a presença dos requisitos da cautelar), para com isso impedir a produção dos efeitos da decisão vergastada.

Afirmamos, alhures, que o RE tem fundamentação vinculada. Logo, o efeito devolutivo desse recurso é limitado em sua extensão e profundidade, devendo versar sobre questão constitucional (art. 102, III, *a a d*, da Constituição Federal).

Concordamos, contudo, com a visão de Fredie Didier Júnior e Leonardo José Carneiro da Cunha, segundo os quais o prequestionamento diz respeito apenas à admissibilidade, assim sendo, depois do conhecimento do recurso extraordinário, temos o chamado efeito devolutivo em profundidade ou translativo.

No nosso sentir, essa é a posição que melhor se coaduna – inclusive – com a atual fase de evolução do direito processual civil, é dizer, a fase instrumentalista. Não soa razoável, nem mesmo conectado com uma **tutela jurisdicional efetiva**, a atividade de um magistrado do nosso tribunal de cúpula que constatasse a impossibilidade jurídica de um pedido (prisão civil em face de uma dívida de jogo, por exemplo), e não se manifestasse de ofício a seu respeito.

Ora, digamos que os ministros do STF percebam que – *exempli gratia* – o réu não foi citado, o que se constitui em vício transrescisório caracterizando a inexistência do processo para o réu.

Nessa hipótese seria defensável que não se manifestassem sobre o vício? Não entendemos que deva ser admitida a prolação de uma decisão em processo que poderá ser objeto de *querela nullitatis*, mesmo após o prazo para a rescisória, uma vez que, em assim agindo, a solução da questão afrontaria as normas constitucionais que exigem uma tutela jurisdicional efetiva e em prazo razoável.

Com isso, firmarmos nossa opinião no sentido de que – presente o efeito translativo no recurso extraordinário – é possível, depois de ultrapassado o juízo de admissibilidade, a apreciação *ex officio* de todas as questões de ordem pública, a exemplo das condições da ação e dos pressupostos processuais.

Cabe apresentar a bem articulada opinião dos doutos autores mencionados⁹²:

⁹² Didier Júnior, Fredie; Da Cunha, Leonardo José Carneiro, Curso de Direito Processual Civil, V. 3, 5. Ed., Salvador: Juspodivm, 2008, p. 276.

Para fins de impugnação (efeito devolutivo), somente cabe recurso extraordinário/especial se for previamente questionada, pelo tribunal recorrido, determinada questão jurídica. Para fins de julgamento (para fins de julgamento (efeito translativo ou profundidade do efeito devolutivo), porém, uma vez conhecido o recurso extraordinário/especial, pode o tribunal examinar todas as matérias que possam ser examinadas a qualquer tempo, inclusive a prescrição, decadência e as questões de ordem pública de que trata o § 3º do art. 267 (...).

O STF admitiu tal tese, por maioria, no julgamento do RE n. 298.694, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, publicado no Diário de Justiça de 23.4.2005, que contou com primoroso voto do Ministro Carlos Ayres Britto.

Conferem suporte à posição aqui esgrimida, também, os seguintes julgados do STJ (os quais, embora proferidos em sede de recurso especial, submetem-se ao regramento ora em estudo) – REsp n. 36.943-6-RS, rel. Pádua Ribeiro; REsp n. 869.534-SP, rel. Ministro Teori Albino Zavascki. Deste último precedente, impende citar a seguinte passagem:

Anotou-se que, superado o juízo de admissibilidade, o REsp tem efeito devolutivo amplo, que, em seu nível vertical, engloba o efeito translativo; a possibilidade de o órgão julgador conhecer, de ofício, as questões de ordem pública (...).

Cumprido destacar, por oportuno, a respeitável visão de autores como Bruno Dantas e Nelson Nery Júnior, segundo os quais os recursos excepcionais não seriam dotados de efeito translativo, nem de vetor profundidade do efeito devolutivo.

Não podemos esquecer, além de tudo o afirmado até agora, que o recurso extraordinário exige preparo, isto é, o recolhimento das custas e do porte de remessa e retorno dos autos, as quais, na hipótese de não pagamento, conduziram à pena de deserção, na forma do art. 511 do CPC.

O processamento do recurso extraordinário é disciplinado pelos artigos 541 e seguintes do Estatuto de Ritos Civil, sendo interposto perante o presidente ou vice-presidente

do tribunal recorrido, no prazo de **quinze dias** da ciência da decisão guerreada (art. 508 do CPC).

Será, então, aberto prazo para o recorrido apresentar contra-razões recursais – também em quinze dias. Neste prazo, o recorrido também poderá interpor recurso adesivo, caso tenha se dado a denominada sucumbência recíproca (quando ambos são vencidos em parte), na forma estatuída pelo art. 500 do CPC.

A autoridade responsável pela admissibilidade do recurso apreciará se estão presentes seus requisitos e, caso não admita o recurso, caberá agravo de instrumento diretamente para o STF (art. 544 do CPC), com o escopo de propiciar a “subida” do extraordinário.

Diante de um juízo de admissibilidade positivo proferido pelo tribunal local, os autos seguiram para o STF, onde, como relatamos alhures, realiza-se um segundo juízo de admissibilidade (chamado de definitivo). Caso o recurso seja conhecido pela Corte Suprema ocorrerá seu exame de mérito.

Caso o recurso extraordinário tenha suporte em mais de um dos fundamentos do art. 102, III, da CF/88, a admissão de apenas um deles não prejudica o juízo de admissibilidade definitivo, que pode conhecer do recurso por qualquer dos outros. Além disso, quando a decisão tiver partes autônomas, ocorrendo admissão parcial – pelo juízo *a quo* – a Corte Suprema poderá apreciar todas, independentemente da interposição do recurso de agravo previsto no art. 544 do CPC. Essas regras estão sumuladas pelo STF, nos seus enunciados números 292 e 528.

Analisemos, agora, cada uma das hipóteses de cabimento do recurso extraordinário, as quais se encontram insculpidas nas alíneas do inciso III, do art. 102, da CF/88.

A primeira hipótese, presente na alínea “a”, diz respeito à competência do STF para julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da Constituição.

Já vimos em outra passagem que a ofensa deve ser direta e frontal (embora essa teoria não possa ser levada às últimas conseqüências, conforme manifestação do Min. Marco Aurélio colacionada).

Caso a afronta seja indireta ou reflexa, uma vez que ocorreu – diretamente – desrespeito à legislação infraconstitucional, teremos à disposição outro recurso excepcional – denominado recurso especial.

Para sintetizar o assunto, pedimos vênia para colacionar a opinião do ilustre Luís Roberto Barroso⁹³ sobre esse ponto:

Na prática, a delimitação do que seja ofensa indireta muitas vezes acaba sendo problemática. No extremo, qualquer desrespeito á lei poderia se tratado também como negação do princípio da legalidade, o que apenas enfraqueceria o papel do legislador ordinário e banalizaria a jurisdição constitucional, reforçando a posição de seus opositores. Torna-se inevitável, portanto, traçar uma linha divisória entre as questões cuja solução deve permanecer no plano legal e aquelas em que o argumento constitucional ganha primazia. É de se perguntar se o parâmetro utilizado pelo STF até o momento – distinção entre ofensa direta e reflexa – conserva sua atualidade no contexto da chamada *nova interpretação constitucional*.

Oportuno destacar, nesse contexto, o elucidativo teor da Súmula 636 do STF: “Não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida”.

Como já mencionado, para o conhecimento do RE a questão já deve ter sido levantada nas instâncias ordinárias, é dizer, deve ter ocorrido o prequestionamento.

⁹³ Barroso, Luís Roberto, Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro, 2ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 95.

Já a alínea “b”, do inciso III, do artigo ora em estudo, traz a hipótese de declaração de inconstitucionalidade de tratado ou lei federal pela decisão recorrida, oportunidade na qual o STF irá revisar o julgado, para apreciar se realmente a norma tida por inconstitucional pelo juízo *a quo* possui esse vício.

Nesse caso, será **dispensado o prequestionamento**, pois o que interessará será o julgamento realizado pelo juízo de origem, que tenha afastado a incidência de uma norma no caso concreto por entendê-la inconstitucional.

Ora, se a norma foi tida por inconstitucional no controle difuso, sempre estará presente o interesse do STF na apreciação da questão, haja vista sua posição de guardião da Carta Magna e de responsável pela inteireza do sistema jurídico, bem como pela correta interpretação da Constituição, preservando a uniformização da matéria constitucional em todo o país.

Fredie Didier Júnior e Leonardo Cunha⁹⁴ chamam a atenção – sobre a hipótese de cabimento em estudo – para o seguinte:

No capítulo relativo aos incidentes em tribunais (Capítulo XIV), vimos que a decretação de inconstitucionalidade submete-se à cláusula de reserva de plenário, devendo ser submetida a questão ao plenário ou órgão especial para que este analise, em abstrato, a inconstitucionalidade. Decretada a inconstitucionalidade, os autos retornam à turma ou câmara para julgamento do caso, fundamentando-se na inconstitucionalidade já reconhecida pelo plenário ou órgão especial.

O Recurso extraordinário cabe, não da decisão do Plenário ou órgão especial que decretou, em abstrato, a inconstitucionalidade do tratado ou da lei federal, mas sim da decisão final, da turma ou câmara para julgamento do caso, com base na declaração de inconstitucionalidade.

⁹⁴ Didier Júnior, Fredie; Da Cunha, Leonardo José Carneiro, Curso de Direito Processual Civil, V. 3, 5. Ed., Salvador: Juspodivm, 2008, p. 309.

Por aí se vê que o recurso extraordinário cabe no controle concreto ou difuso de constitucionalidade.

O STF ainda entende que cabe recurso extraordinário com fulcro na alínea “b” no caso de controle abstrato realizada na esfera estadual, dessarte, caso o TJ local – por meio do Ação Direta de Inconstitucionalidade relacionada com a Constituição do Estado, julgar inconstitucional lei estadual, terá cabimento a interposição de recurso extraordinário com fundamento na aliena em estudo, desde que – obviamente – se trate de norma da Constituição Estadual que represente simples repetição de dispositivo da Constituição Federal.

Passemos, neste instante, a examinar a alínea “c” do dispositivo em estudo, que prevê o cabimento de RE quando a decisão recorrida: “julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição”.

Caso o tribunal de origem tenha considerado constitucional lei ou ato de governo local contestado em face da Lei Maior (nesse caso não é utilizada a cláusula de reserva de plenário, pois a inconstitucionalidade foi afastada), será possível a interposição de recurso extraordinário com supedâneo na alínea “c” em tela.

Importante registrar a consideração do Bernardo Pimentel Souza⁹⁵ sobre a aplicação deste dispositivo:

Como o permissivo constitucional anterior, o previsto na letra “c” também é específico. Por tal razão, não cabe recurso extraordinário com base na alínea “c”, quando o tribunal de origem deixa de aplicar a legislação local em face da Constituição Federal. Realmente, quando a corte **a quo** considera inválida a lei estadual ou municipal, o extraordinário é cabível em tese tão-somente pela letra “a”. É que apenas tal permissivo possibilita ampla discussão acerca da interpretação do texto constitucional. Já à luz do permissivo consubstanciado na alínea “c”, o recurso só é admissível quando o tribunal de origem julga – frise-se – válida a lei ou ato de governo local.

⁹⁵ Souza, Bernardo Pimentel. Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 332.

Seguimos, agora, para o estudo da alínea que foi incluída pela Emenda Constitucional 45/2004 (a denominada reforma do Poder Judiciário); a única que não foi obra do constituinte originário. Trata-se da alínea “d”, a qual dispõe que cabe recurso extraordinário quando a decisão guerreada: “julgar válida lei local contestada em face de lei federal”.

Antes da Emenda Constitucional 45/2004 essa competência era do STJ, contudo o Legislativo percebeu que por trás de um conflito aparentemente afeto apenas à legislação infraconstitucional, há proteção à **competência legislativa** – que se trata de questão **eminente constitucional**, prevista nos artigos 22 e 24 da CF/88.

Não podemos esquecer que não existe hierarquia entre lei local e federal, razão pela qual, como defendemos, o conflito versará sobre o tema competência legislativa – o qual tem guarida na Lei Maior.

Nesse sentido lecionam Didier Júnior e Leonardo Cunha⁹⁶:

A alteração da regra constitucional deu racionalidade ao sistema: se houver discussão sobre a aplicação de lei local ou lei federal, o caso é de interposição de recurso extraordinário para o STF, que resolverá a dúvida em torno das regras constitucionais de competência legislativa.

5.2 – Da Repercussão Geral – Objetivação do Controle Difuso

Ocorre que a Emenda Constitucional n. 45/2004 criou também o instituto da **repercussão geral**, que é de importância fundamental para o estudo do recurso extraordinário, constituindo em novo requisito de admissibilidade para esta impugnação excepcional.

Embora o recurso especial e o extraordinário sejam espécies de recursos excepcionais, a citada emenda constitucional n. 45 – de 17 de novembro de 2004, que foi

⁹⁶ Didier Júnior, Fredie; Da Cunha, Leonardo José Carneiro, op. cit., p. 311.

aprovada após 13 anos de tramitação – criou a exigência de repercussão geral apenas para o recurso extraordinário, de competência do STF.

A inserção de um § 3º ao artigo 102 da Constituição, criando o requisito da *repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso* para o conhecimento do recurso extraordinário, visa impedir que assuntos como “furto de galinha” e “assassinato” de papagaio cheguem à mais alta corte – como já ocorreu no passado.

A redação do dispositivo é a seguinte:

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

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

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

Importante ressaltar, que o texto original da PEC 96/92 não dispunha sobre a “novel argüição de relevância”, atendo-se a outras questões sobre a reforma do Poder Judiciário, contudo, em razão das reações contrárias ligadas à previsão de súmula vinculante, o projeto acabou sendo arquivado⁹⁷.

Posteriormente desarquivado no ano de 1999, o projeto de emenda Constitucional voltou a tramitar, sendo dividido em seis relatorias parciais, cabendo ao Deputado Federal Renato Viana a relatoria do tema – *estrutura e competência do Supremo Tribunal Federal e da justiça federal* – de onde erigiu o instituto da repercussão geral⁹⁸.

⁹⁷ Bruno Dantas, Repercussão Geral, Ed. Revista dos Tribunais, p. 212.

⁹⁸ Idem.

Merece nota o fato de que a previsão de repercussão geral abarcava o recurso especial e o recurso de revista, entretanto as referências a esses recursos foram suprimidas, e o texto que foi encaminhado da Câmara dos Deputados para o Senado Federal mencionava apenas a repercussão geral no recurso extraordinário, limitando, destarte, o alcance do tema ao STF.

Hoje se encontra em tramitação no Congresso Nacional projeto de lei tentando disciplinar a extensão de tal requisito ao recurso especial (STJ). Todavia, precisa ser apreciada – de forma detida – a constitucionalidade de um projeto de lei que visa modificar requisitos relacionados com um recurso que é disciplinado pela Constituição Federal. A princípio nos parece que a lei infraconstitucional não pode ampliar os requisitos de admissibilidade do especial sem suporte em prévia modificação do texto constitucional.

Dantas⁹⁹ destaca o seguinte sobre a continuidade da tramitação da PEC em análise:

No Senado Federal, tanto sob relatoria do Senador Bernardo Cabral quanto sob a do Senador José Jorge, não houve qualquer modificação na redação aprovada pela Câmara dos Deputados, de modo que, com a aprovação em plenário, o texto encontrava-se apto para seguir à promulgação, como de fato ocorreu em 08.12.2004.

Conforme já apreciamos nesse trabalho, nos momentos em que realizamos estudo histórico em como de direito comparado, a repercussão geral visa aumentar a dificuldade de acesso de recursos extraordinários ao STF, funcionando – no trilho percorrido em outros países – como filtro que visa mitigar a crise enfrentada pelo nosso tribunal de cúpula.

Nesse sentido é a doutrina do culto professor Barroso¹⁰⁰:

No direito comparado observa-se forte tendência de restringir a atuação das cortes constitucionais a um número reduzido de causas de relevância transcendente. Uma das formas mais comuns para

⁹⁹ Ibidem. p. 216.

¹⁰⁰ Barroso, Luís Roberto, Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro, 2ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 99.

atingir esse propósito é permitir que exerçam algum grau de controle sobre as causas que irão apreciar. A principal justificativa para tal discricionariedade é promover a concentração de esforços nos temas fundamentais, evitando que a capacidade de trabalho do Tribunal seja consumida por uma infinidade de questões menores, muitas vezes repetidas à exaustão. O resultado esperado é a produção de julgamentos mais cuidadosos e dotados de maior visibilidade, fomentando o debate democrático em torno das decisões e do papel desempenhado pela Corte. Essa inserção da jurisprudência constitucional no contexto mais amplo de deliberação política – preservada a independência e a metodologia que lhe é própria – passa a ser vista como pressuposto de sua legitimidade, desfeito o mito de que a interpretação jurídica seja uma atividade mecânica de revelação de conteúdos objetivos.

Não obstante já tenhamos nos debruçado sobre as origens e evolução histórica do controle – com o devido enfoque na repercussão geral –, a semelhança do instituto em estudo com a controvertida argüição de relevância federal, presente em nosso regime constitucional anterior, é digna de nota.

É, sem sombra de dúvida, produtora e esclarecedora a análise comparativa entre os institutos realizada por Luís Roberto Barroso, que assevera o seguinte:

Embora não seja o caso de analisar o instituto pretérito em minúcia, algumas observações serão úteis: a argüição de relevância guardava relação com duas das quatro hipóteses de recurso extraordinário, tendo por principal objetivo – tal como a repercussão geral – racionalizar o volume de trabalho que chegava à Corte, já assustador à época. No entanto, as semelhanças entre os dois institutos não vão muito além dessa identidade de propósitos. Sob a constituição anterior prevaleceu a tese de que a argüição de relevância não ostentava natureza tipicamente jurisdicional, sendo antes uma questão política. Disso decorria a apreciação em sessão administrativa secreta e sem fundamentação, características que não poderão ser repetidas no mecanismo atual em razão das regras contidas no art. 93, IX, da Constituição.

Partindo para o estudo das peculiaridades da repercussão geral, impende firmar, desde logo, nossa opinião sobre o que esse instituto é para o direito, é dizer, acerca de qual é a sua *natureza jurídica*.

A doutrina é uníssona no sentido de se tratar de um *pressuposto específico de cabimento*¹⁰¹, inserindo-se, dessarte, no juízo de admissibilidade do recurso ora em estudo – isto é – do RE para o Supremo.

Segundo a teoria geral dos recursos, temos requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade. Os requisitos intrínsecos são os aferidos pelo próprio teor da decisão judicial. Como exemplo temos: o cabimento (art. 496, CPC), o interesse recursal (art. 499, caput, par. 1o e 2o, CPC), a legitimidade recursal (art. 499, caput, CPC).

De outro lado, extrínsecos são aqueles que apenas podem ser verificados por atos processuais exteriores à decisão recorrida, a exemplo da tempestividade (art. 508, CPC), regularidade formal, a inexistência de fato impeditivo ou extintivo do direito do recorrer (art. 501 a 503, CPC) e o preparo (art. 511, CPC).

Ingressando em maior detalhamento, constata-se que a repercussão geral é verdadeiro requisito intrínseco de admissibilidade, uma vez que se vincula diretamente à própria decisão contrastada.

Concordamos com a idéia de que a repercussão geral englobasse no requisito intrínseco denominado cabimento, nesse sentido, com a precisão técnica que lhe é peculiar, leciona Bruno Dantas¹⁰²:

Entendemos que a ausência de repercussão geral guarda sintonia fina com a recorribilidade, um dos vetores do requisito cabimento. Quando a Constituição concede ao STF poderes para, por dois terços de seus membros, reconhecer a carência de repercussão geral das questões constitucionais discutidas num determinado RE, e, em consequência, declarar a sua inadmissibilidade, estamos diante de regras

¹⁰¹ Cf. Bruno Dantas, op., cit., p. 216.

¹⁰² Bruno Dantas, op., cit., p. 218.

meramente procedimentais que conduzirão, no fundo, ao reconhecimento de que a decisão é irrecurável, ao menos em sede extraordinária.

Pois bem, o mencionado requisito de admissibilidade deverá ser demonstrado pelo recorrente em preliminar do recurso, ou seja, a demonstração da existência da repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso é ônus do recorrente.

Como vimos, pelo teor do §3º, do art. 102, da CF/88, há previsão constitucional de que o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral **nos termos da lei**. A lei que foi editada para regulamentar a norma constitucional foi a Lei 11.418/2006.

Encontramos no art. 543-A, acrescido ao CPC pela mencionada lei, a seguinte previsão:

Art. 543-A. 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.

(...)

§ 2º O recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral. (destaque nosso)

Pelo conteúdo da norma, tanto constitucional como infraconstitucional, somos conduzidos a uma interpretação no sentido de que apenas o STF pode realizar o juízo de admissibilidade do RE – no que diz respeito à demonstração de existência de repercussão geral.

Assim sendo, o Presidente ou Vice-Presidente do tribunal de origem não poderá inadmitir o extraordinário por entender que a repercussão geral alegada pelo recorrente não está presente.

Todavia, em nosso sentir, o tribunal local poderá inadmitir o RE se o recorrente sequer incluir em sua peça a preliminar tentando demonstrar a existência de repercussão geral da questão constitucional nele versada.

Dessarte, embora não possa examinar o **conteúdo** da preliminar – para identificar se ali há ou não repercussão geral –, poderá analisar a presença ou não da **arguição** de repercussão geral.

Nosso pensamento encontra arrimo na obra de Didier Júnior e Leonardo Cunha¹⁰³:

Em outras palavras, somente o STF poderá dizer que não há repercussão geral, não podendo o Presidente ou Vice-Presidente do tribunal local fazer essa análise. É da apreciação exclusiva do STF dizer que não há repercussão geral. Isso não há dúvida. Para isso, deve o recorrente, em suas razões, incluir um item ou tópico tratando da repercussão geral. Se, nas razões do recurso, não houver demonstração de repercussão geral, não cabe o recurso, podendo não se admitido, inclusive, pelo Presidente ou Vice do tribunal local. Este último não estará dizendo que não há repercussão geral; estará, apenas, observando o descumprimento de um requisito de admissibilidade relacionado à regularidade formal.

Prosseguindo no estudo desse fascinante tema, vamos nos ater nesse momento no estudo do quorum estabelecido pelo constituinte derivado para o não conhecimento do recurso extraordinário em face da ausência de repercussão geral.

Cumprido destacar que o quorum em questão é dos mais qualificados, uma vez que se exige a manifestação de dois terços dos ministros do STF para a recusa do extraordinário (só é exigido quorum semelhante para a edição, revisão e cancelamento de súmula vinculante, bem como para conferir efeito *pro futuro* à declaração de inconstitucionalidade no controle concentrado).

¹⁰³ Didier Júnior, Fredie; Da Cunha, Leonardo José Carneiro, op. cit., p. 314.

Constata-se que tal quorum é reservado a situações especialíssimas, e não poderia ser diferente, pois:

(...) no caso da repercussão geral, o fato é que estamos diante de um conceito jurídico indeterminado que encerra restrição a recurso de estatura constitucional. Dada sua indeterminação conceitual – que necessariamente envolve um elevado teor de subjetividade na aplicação *in concreto* –, o elevado quorum serve como “elemento compensador” da natural redução da previsibilidade, especialmente se cotejado com um conceito minucioso.

Ao prever esse quorum, o Brasil seguiu a tradição de países que o influenciaram – sensivelmente – no estabelecimento desses filtros ao exame de mérito do extraordinário, pois, quando nos debruçamos sobre o direito comparado, percebemos que nos EUA e na Alemanha, a partir do momento em que uma minoria de magistrados de suas cortes de cúpula entende estar presente “repercussão geral”, a mais alta corte daqueles países abrirá as portas de sua competência recursal.

Vale destacar, que apenas perante o Plenário do STF conseguiremos o quorum de 8 ministros (2/3 dos 11) para afastar a arguição de repercussão geral, entretanto, conforme disposto no § 4º, do art. 543-A, do CPC: “Se a Turma decidir pela existência da repercussão geral por, no mínimo, 4 (quatro) votos, ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário”.

Assumimos nesse trabalho, com suporte no excerto da obra de Luís Roberto Barroso citada acima, bem como no escólio de Bruno Dantas, que o filtro estatuído pela repercussão geral tem natureza jurisdicional – não política.

Nisso se diferencia da arguição de relevância federal, presente em nosso regime constitucional passado (CF/1969), uma vez que o instituto presente no RE hoje se encontra alicerçado em normas processuais garantidoras dos direitos fundamentais, que prevêm garantias – das partes e da sociedade – ligadas, por exemplo – à fundamentação das decisões.

O que nos leva a concluir que – além de **formalmente** jurisdicionais (pois emanam do mais alto órgão que exerce a função jurisdicional do Estado) –, o filtro ora em

exame, apesar de encerrar conceito jurídico indeterminado, possui como característica ser uma atividade **materialmente** jurisdicional, pois interpretado diante de uma ordem constitucional democrática e garantista, o que não se pode dizer da argüição de relevância.

Ademais, a partir do momento que assumimos a posição de que – para nós – a repercussão geral é pressuposto de cabimento do RE, disso decorre que se trata de matéria de ordem pública, de aplicação cogente, devendo seu exame ser realizado de ofício – o que impossibilita que os ministros do Supremo sigam para o exame de mérito sem enfrentar, antes, a questão da repercussão geral¹⁰⁴.

Ao nos aprofundarmos no estudo da repercussão geral, chegamos à conclusão de que o instituto em estudo se adéqua ao que a doutrina denomina de conceito jurídico indeterminado, presente na obra – v.g. – de Karl Engisch.

Ora, em um momento pós-positivista, no qual nos libertamos da noção de que o texto da lei seria suficiente para solucionar todos os conflitos sociais – o positivismo ganhou muita força com a chegada dos burgueses ao poder em 1789 na França, em face da desconfiança dos franceses quanto aos juízes – nos deparamos com uma série de conceitos jurídicos abertos no direito material (função social da propriedade e boa-fé objetiva) e no processual (repercussão geral).

É certo que afirmar que o contratante deve agir – em todas as fases, mesmo pré e pós-contratuais – de acordo com a boa-fé objetiva, bem como que o recorrente deve demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, não confere ao julgador os exatos contornos de como deverá agir, o que deverá ser apreciado de acordo com os contornos do caso concreto que for chamado a decidir.

Cumprе ressaltar, de forma veemente, que os conceitos jurídicos indeterminados não se confundem, de forma alguma, com a discricionariedade administrativa. Não podemos dizer, assim, que a verificação da ausência de repercussão geral seria uma discricionariedade

¹⁰⁴ Cf. Bruno Dantas, op., cit., p. 228.

judicial, e defendemos essa tese com na “compreensão de que a estrutura político-jurídica do Estado moderno é incompatível com a idéia de discricionariedade no labor judicial”¹⁰⁵.

Não podemos deixar de colacionar a lição de Barroso sobre o marco filosófico sobre o neoconstitucionalismo e as transformações do direito constitucional contemporâneo, na qual discorre sobre o positivismo e o pós-positivismo¹⁰⁶:

O marco filosófico do novo direito constitucional é o pós-positivismo. O debate acerca de sua caracterização situa-se na confluência das duas grandes correntes de pensamento que oferecem paradigmas opostos para o Direito: o jusnaturalismo e o positivismo. Opostos, mas, por vezes, singularmente complementares. A quadra atual é assinalada pela superação – ou, talvez, sublimação – dos modelos puros por um conjunto difuso e abrangente de idéias, agrupadas sob o rótulo genérico de pós-positivismo [05].

O jusnaturalismo moderno, desenvolvido a partir do século XVI, aproximou a lei da razão e transformou-se na filosofia natural do Direito. Fundado na crença em princípios de justiça universalmente válidos, foi o combustível das revoluções liberais e chegou ao apogeu com as Constituições escritas e as codificações. Considerado metafísico e anti-científico, o direito natural foi empurrado para a margem da história pela ascensão do positivismo jurídico, no final do século XIX. Em busca de objetividade científica, o positivismo equiparou o Direito à lei, afastou-o da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça e dominou o pensamento jurídico da primeira metade do século XX. Sua decadência é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, regimes que promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade. Ao fim da 2a. Guerra, a ética e os valores começam a retornar ao Direito [06].

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua

¹⁰⁵ Cf. Bruno Dantas, *op.*, cit., p. 234.

¹⁰⁶ CF. jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547, em 12 de novembro de 2008.

interpretação. O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de idéias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia [07].

É exatamente isso que busca o interprete ao analisar esse conceito jurídico indeterminado, erigido no instituto sob exame, ou seja, o julgador irá empreender uma leitura moral do direito, com fulcro na tábua axiológica trazida pela Constituição, para verificar se a demanda levada à cúpula do Poder Judiciário reflete tema que possa interessar e servir como solução para outras demandas sociais, ou se apenas resolve o litígio existente entre as partes daquele processo judicial em concreto.

O Código de Processo Civil busca trazer elementos para a caracterização desse conceito jurídico indeterminado, senão vejamos:

Art. 543-A. 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.

§ 1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.

Agora, se a questão é ou não relevante do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico apenas o STF poderá avaliar, servindo como proteção para os

jurisdicionados o dever de fundamentar a decisão, demonstrando o caminho que os ministros percorreram para não conhecer o recurso. Embora o juízo de admissibilidade em regra não precise de fundamentação minuciosa, no caso de afastar o RE por ausência de repercussão geral teremos a obrigatória manifestação de oito ministros do STF, a qual deverá demonstrar – ao menos minimamente – o porquê de os ministros não terem visualizado a repercussão geral no caso submetido à Corte Suprema.

Mister ressaltar que, embora tenhamos demonstrado que o preenchimento da verdadeira cláusula aberta na qual se constitui a repercussão geral depende da apreciação do caso concreto, entretanto há uma hipótese de presunção absoluta de repercussão geral, pois sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal, a repercussão geral estará presente, conforme positivado no art. 543, § 3º, do CPC: “§ 3º Haverá repercussão geral **sempre** que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal”. (destaque nosso)

Essa disposição não se aplica apenas às Súmula Vinculantes, incluídas pela EC 45/2004, mas a qualquer desrespeito a posição jurisprudencial sustentada pelo STF o que¹⁰⁷:

(...) reforça a força vinculativa das decisões do STF, não somente daquelas incluídas em enunciado de súmula vinculante (já protegidas de maneira genérica pela permissão de utilização da reclamação constitucional – ver capítulo sobre a reclamação, mais à frente), mas também dos enunciados de súmula-não vinculante (“súmula simples”) e à jurisprudência dominante não-sumulada.

Didier Júnior e Leonardo Cunha¹⁰⁸, ainda se esforçam para tentar indicar alguns parâmetros para a definição do conteúdo desse filtro de acesso ao STF, para eles haveria repercussão geral nas:

i) questões constitucionais que sirvam de fundamento a demandas múltiplas, como aquelas relacionadas previdenciárias ou tributárias, em que diversos demandantes fazem pedidos semelhantes, baseados na mesma tese jurídica. Por conta disso, é possível pressupor

¹⁰⁷ Didier Júnior, Fredie; Da Cunha, Leonardo José Carneiro, op. cit., p. 315.

¹⁰⁸ Idem, p. 316.

que, em causas coletivas que versem sobre temas constitucionais, haverá a tal “repercussão geral” que se exige para o cabimento do recurso extraordinário; ii) questões que, em razão da sua magnitude constitucional, devem ser examinadas pelo STF em controle difuso da constitucionalidade, como aquelas que dizem respeito à correta interpretação/aplicação dos direitos fundamentais, que traduzem um conjunto de valores básicos que servem de esteio a toda ordem jurídica – dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

Devemos anotar, ainda, que após manifestação do Pleno do STF sobre a repercussão geral, de alguma questão específica, haverá vinculação dos demais órgãos judiciários, segundo deixa claro o § 5º, do art. 543-A, do CPC:

Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Com relação ao art. 543-B, constata-se a criação de um tipo de repercussão geral por “amostragem”¹⁰⁹, razão pela qual o § 1º do artigo em exame dispõe o seguinte:

Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte.

A possibilidade de apuração da repercussão geral por amostragem demonstra a *objetivação* pela qual tem passado o controle difuso de constitucionalidade, uma vez que se acentua o interesse público na solução da controvérsia, diante da influência do julgado em uma quantidade enorme de outros processos.

Importante inovação que foi trazida pela Lei 11.418/2006, foi a possibilidade de efeito regressivo no recurso extraordinário, assim sendo, após julgado o mérito do RE, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados **ou retratar-se**.

¹⁰⁹ Cf. Didier Júnior, Fredie; Da Cunha, Leonardo José Carneiro, op. cit.

Esses mecanismos visam, claramente, reduzir o número de recursos extraordinários que chegam ao STF, para que essa Corte de Cúpula possa se dedicar às questões mais sensíveis para a coletividade, procurando resolver a denominada “crise” do STF.

O processo de objetivação do controle de constitucionalidade por meio de recurso extraordinário fica muito claro como verificamos que o instituto da repercussão geral afasta-se da apreciação da Corte de Cúpula assuntos que sejam de interesse apenas das partes, sem a necessária repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso.

Ora, se o foco não é a proteção dos sujeitos, isto é, do caso concreto objeto de litígio entre recorrente e recorrido, a faceta subjetiva da demanda não será decisiva para que o RE consiga vencer a barreira do requisito de admissibilidade em estudo.

Apenas quando o assunto versado trazer interesse público, ocorrerá o deslinde do mérito. Esse entendimento se sustenta na tese de que apenas essas ameaças trariam afronta à Constituição, conforme Marcos Vinícius Rios Gonçalves¹¹⁰:

Deve considerar a existência, ou não, de questões relevante do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, **que ultrapassem os interesses subjetivos da causa**. A repercussão geral transmite a idéia de que a questão constitucional deva refletir não apenas o interesse das partes, mas de um grande número de pessoas, que afete a vida de uma faixa substancial da sociedade, ou que diga respeito a valores cuja preservação interesse a toda, ou a grande parte da coletividade. (destaque nosso)

Como visto, o objeto do recurso de reconsideração deve ultrapassar os interesses subjetivos da causa. Não podemos, nessa linha, deixar de citar a doutrina de Gilmar Ferreira Mendes, no Processo Administrativo n. 318.715/STF, publicada no DJ de 17.12.2003¹¹¹:

¹¹⁰ Gonçalves, Marcos Vinícius Rios. Novo Curso de Direito Processual Civil, v. 2. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 164.

¹¹¹ Cf. Didier Júnior, Fredie; Da Cunha, Leonardo José Carneiro, op. cit.

O recurso extraordinário “deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesses das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva. Trata-se de orientação que os modernos sistemas de Cortes Constitucionais vêm conferindo ao recurso de amparo e ao recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*). (...)”

A função do Supremo nos recursos extraordinários – ao menos de modo imediato – não é a de resolver litígios de fulano ou beltrano, nem a de revisar todos os pronunciamentos das Cortes inferiores. O processo entre as partes, trazido à Corte via recurso extraordinário, deve ser visto apenas como pressuposto para uma atividade jurisdicional que transcende os interesses subjetivos.

Essa última parte sintetiza o objetivo do estudo realizado nessa monografia, que pretende demonstrar pelo estudo do controle de constitucionalidade em geral, do recurso extraordinário e de seu requisito intrínseco de admissibilidade (a repercussão geral) que a impugnação ora em estudo, que se dirige ao Tribunal de Cúpula do nosso país, apenas pode ser enxergada “como pressuposto para uma atividade jurisdicional que transcende os interesses subjetivos”.

Nisso consiste a denominada objetivação do controle de constitucionalidade por meio de recurso extraordinário para o STF. Sendo certo que a previsão, no próprio texto da constituição, de um requisito que “objetiva esse controle”, demonstra uma opção jurídica e política do Estado brasileiro.

Não podemos deixar de acentuar a influência que o atual momento de evolução científica do direito processual brasileiro tem no estabelecimento de um instituto que visa, entre outras coisas, a prestação de uma tutela jurisdicional efetiva – que para ser efetiva também deve ser adotada em um prazo razoável.

Assim façamos a seguinte digressão – quando estudamos as fases científicas de evolução do direito processual, observamos que este passou por três fases: - imanentista; - científica e, - instrumentalista.

Defendemos que a fase que nos encontramos hoje tem clara influência sobre o instituto da repercussão geral. Neste reporte histórico não levamos em consideração momentos remotos do processo, como sua fase no mundo clássico greco-romano, nos atendo a tempos mais próximos – como se perceberá.

Utilizamos, para descrever a fase imanentista, a lição do didático professor Alexandre Freitas Câmara¹¹²:

A primeira fase, chamada imanentista, é a anterior à afirmação da autonomia científica do Direito Processual. Durante esta fase do desenvolvimento do Direito Processual (na verdade, nesta época não se pode falar propriamente em Direito Processual, o que se faz por mera comodidade), o processo era mero apêndice do direito material. Dizia-se, então, que o direito material (como o direito civil, por exemplo), sendo essencial, era verdadeiro direito substantivo, enquanto o processo, mero conjunto de formalidades para a atuação prática daquele, era um direito adjetivo (...).

Foram os denominado praxistas que desenvolveram a teoria imanentista. Estes eram, em regra, juristas que se dedicavam ao direito material (civil, por exemplo), e vinham a analisar o processo sempre com uma visão ligada àquele ramo da ciência jurídica, razão pela qual acabavam por identificar o processo como mera seqüência de formalidades.

O marco para o estudo do direito processual como uma seara autônoma da ciência jurídica – inaugurando, também, a sua fase científica – é a publicação do livro “A Teoria das Exceções Processuais e os Pressupostos Processuais”, da lavra do autor alemão Oskar von Bülow.

Institutos como a ação, o processo e a coisa julgada passam a ser estudadas – e sistematizadas em definições – a partir de então, razão pela qual a fase recebe essa denominação.

¹¹² Alexandre Freitas Câmara, Lições de Direito Processual Civil, *Lumen Juris*, p. 8.

A doutrina dos grandes mestres do direito processual, como Giuseppe Chiovenda, Francesco Carnelutti, Adolf Wach e Enrico Tullio Liebman (este o mais importante para o Brasil, em razão de sua cátedra na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, que influenciou muitos jovens estudantes da época, a exemplo de Alfredo Buzaid, que viria a ser Ministro da Justiça), floresce nesta fase.

A fase seguinte, **na qual nos encontramos atualmente**, denomina-se instrumental. Nesse novo momento os estudiosos do processo concentram-se em aprimorar o exercício da prestação jurisdicional, tentando conferir a esta mais segurança e celeridade.

Como ressalta Freitas Câmara, embora o processo se identifique como um instrumento do direito material, ele passa a ser¹¹³:

(...) encarado como um instrumento de que se serve o Estado a fim de alcançar seus escopos sociais, jurídicos e políticos (...) passa-se a privilegiar o consumidor de serviço prestado pelo Estado quando do exercício da função jurisdicional, buscando-se meios de administração da justiça que sejam capazes de assegurar ao titular de uma posição jurídica de vantagem uma tutela jurídica adequada e efetiva.

A relevância de se observar tal questão, nesse momento de nosso estudo, consiste exatamente em perceber que na fase instrumentalista o que buscamos – com base nos institutos e princípios processuais presentes na Constituição – é uma tutela jurisdicional efetiva.

Ora, não é possível alcançar tal desiderato em meio a uma “crise” do STF (ou do recurso extraordinário, como preferem alguns), na qual uma quantidade descomunal de impugnações chegue a Corte de Cúpula.

¹¹³ Alexandre Freitas Câmara, op. cit., p. 9.

Destarte, a criação de filtros para o acesso de recurso extraordinário ao STF permite que essa Corte julgue mais rapidamente, bem como se dedique às questões mais importantes para a coletividade.

Corroborando nosso pensamento, impende colacionar o pensamento de Marinoni e Mitidiero¹¹⁴:

Tendo presente essas coordenadas, a adoção de um mecanismo de filtragem recursal como a repercussão geral encontra-se em absoluta sintonia como direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e, em especial, com o direito fundamental a um processo com duração razoável. Guardam-se as delongas inerentes à tramitação do recurso extraordinário apenas quando o seu conhecimento oferecer-se como um imperativo para a ótima realização da unidade do Direito no Estado Constitucional brasileiro. Resguardam-se, destarte, a um só tempo, dois interesses: o interesse das partes na realização de processos jurisdicionais em tempo justo e o interesse da Justiça no exame de casos pelo Supremo Tribunal Federal apenas quando essa apreciação mostrar-se imprescindível para a realização dos fins a que se dedica a alcançar a sociedade brasileira.

Outro instituto que demonstra esse processo de objetivação do controle de constitucionalidade em nosso país é a Súmula Vinculante, também criada pela EC 45/2004 (Reforma do Poder Judiciário).

Poderá ser editada essa súmula depois de reiteradas decisões do Supremo sobre a questão constitucional – todas proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade. Tal previsão retira a jurisprudência, ao menos quando se tratar de súmula vinculante, de sua tradicional posição como fonte material de direito (não vinculante), pois a Súmula nesse caso será fonte formal de direito, obrigando toda a administração e o Poder Judiciário, da mesma forma que outras fontes formais (como a lei).

¹¹⁴ Marinoni, Luiz Guilherme; Mitidiero, Daniel. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 18.

Vale salientar, que embora no julgamento do RE o STF parta de um caso concreto que lhe é apresentado, ele realiza exame de constitucionalidade em tese daquela norma que lhe é submetida. Nessa linha vale verificar a opinião dos doutos¹¹⁵:

O STF, ao examinar a constitucionalidade de uma lei em recurso extraordinário, tem seguido esta linha. A decisão sobre a questão constitucional seria tomada em *abstrato*, passando a orientar o tribunal em situação semelhantes.

Como demonstração da eficácia *erga omnes* que vem adquirindo as decisões do STF adotadas por meio de RE, vale lembrar a edição da Resolução n. 21.702/2004 pelo TSE, que adotou a posição do Supremo quanto ao número de vereadores tomado por meio de controle difuso.

Fredie Didier Júnior e Leonardo José Carneiro da Cunha¹¹⁶ nos recordam de outro julgamento emblemático:

O Min. Gilmar Mendes, no julgamento do HC n. 82.959, não obstante tenha considerado inconstitucional o § 1º do art. 2º da Lei Federal n. 8.072/1990 (Lei dos Crimes Hediondos), aplicou o art. 27 da Lei Federal n. 9.868/1999 (Lei da ADI/ADC), para dar eficácia não-retroativa (*ex-nunc*) à sua decisão. Ou seja: aplicou-se ao *controle difuso* de constitucionalidade um instrumento do *controle concentrado*, que é possibilidade de o STF determinar, no juízo de inconstitucionalidade, a eficácia de sua decisão, *ex nunc* ou *ex tunc*.

Como demonstrado, uma série de argumentos nos conduz a constatar que o instituto da repercussão geral, criado para tentar minorar a denominada “crise do STF”, constitui-se em um importante instrumento de objetivação do controle de constitucionalidade pela via do RE, haja vista que impede que questões que digam respeito apenas às partes cheguem ao nosso tribunal de cúpula e, além disso, há um reforço no entendimento de que os

¹¹⁵ Cf. Didier Júnior, Fredie; Da Cunha, Leonardo José Carneiro, op. cit., p. 325.

¹¹⁶ Idem, p. 329.

juizamentos proferidos com base na competência recursal do Supremo produz efeitos *ultra partes*.

CONCLUSÃO

Diversos motivos nos fizeram optar por esse intrigante tema. Pelo seu estudo fomos capazes de aprofundar nossa percepção sobre o problema da massificação das relações jurídicas e a incapacidade dos sistemas tradicionais para solucionar a crescente demanda social por tutela jurisdicional.

Observamos amplitude que o tema ganha quando se volta para a jurisdição constitucional e os direitos fundamentais a uma tutela jurisdicional efetiva e dentro de um prazo justo.

A proximidade com a principal espécie recursal instigou, também, a curiosidade sobre a nova interpretação constitucional e as dificuldades trazidas pelo pós-positivismo, que representa desafios aos operadores do direito e – ao mesmo tempo – instiga um futuro estudo, mais detido e aprofundado, sobre o assunto.

É evidente a necessidade de seguirmos os ensinamentos de outros países, estabelecendo filtros que só permitam a chegada dos assuntos mais caros à coletividade ao nosso Tribunal de Cúpula, para otimizar o trabalho da Egrégia Corte. Contudo, como nossa alteração constitucional e produção legislativa sobre o tema ainda é recente, vários desafios são apresentados ao interprete.

Pois bem, tentando solucionar os questionamentos apresentados na introdução desse trabalho, podemos concluir que os “filtros” à competência recursal do STF são exatamente estribados no interesse público na solução de uma controvérsia sobre a correta aplicação da norma constitucional – que não pode ser retirada do “guardião da Constituição.

Como o fundamento do recurso extraordinário é o interesse público na solução da demanda e não o interesse exclusivo das partes, apenas deve ser admitido o recurso extraordinário caso o recorrente demonstre a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso.

Com isso, há reforço do entendimento de que o litígio entre as partes, conduzido ao STF por meio do extraordinário, deve ser encarado somente como pressuposto para uma atividade jurisdicional que ultrapassa os interesses subjetivos.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Antônio Bandeira. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. São Paulo: Malheiros, 9ª edição. 1992.
- BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Teoria das Constituições Rígidas**. Bushudev.
- BARBI, Celso Agrícola. **Evolução do Controle de Constitucionalidade das Leis do Brasil**. Revista de Direito Público, n.º 4. 1968.
- BARBOSA, Rui. **Anistia Inversa**.
- BARBOSA Rui. **Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo, in: Trabalhos jurídicos**, Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1962.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 20ª edição. 1999.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 9ª edição. 2000.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocencio Martires. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo, 2ª edição. 2008.
- CALMON, Sacha. **Comentários à Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 3ª edição. 1991.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teorias da Constituição**. Coimbra: Almedina, 3ª edição. 1998.
- CAPPELLETI, Mauro. **II Contolo Giudiziario de Costituzionealiá**.
- CARNEIRO, Levi. **Federalismo e Judicialismo**. Rio de Janeiro: Alba. 1930.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional. Teoria do Estado e da Constituição Direito Constitucional**. 12ª edição – Revista, atualizada e ampliada. 2006
- CRETELLA, Jr. José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2ª edição. 1992
- DANTAS, Bruno. **Repercussão Geral**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2008.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**, Vol. III. Salvador: *JusPodivm*, 10ª edição. 2008.
- DINIZ, Maria Helena. **Norma Constitucional e seus efeitos**. São Paulo: Saraiva, 2ª edição. 1992.

FERREIRA, Pinto. **Curso de Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 6ª edição. 2000.

FERREIRA, Pinto. **Princípios Gerais de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 7ª edição. 1995.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 2ª edição. 1992.

FILHO, Candido Mota. **A Evolução do Controle de Constitucionalidade das Leis no Brasil**. Revista Forense.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição. 2008.

MARTINS, Ives Gandra. **Repertório IOC de Jurisprudência**. N.º 8/95. 1995.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Evolução do Direito Constitucional Brasileiro e o Controle de Constitucionalidade da Lei**. Revista de Informação Legislativa. N.º 126.1995.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil**, Vol. II, 4ª Ed., São Paulo: Editora Atlas, 2008

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo, 7ª edição. 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo, 17ª edição. 2005.

POLETTI, Ronaldo. **Controle de Constitucionalidade das Leis**. Rio de Janeiro: Forense, 2ª edição. 2000.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 18ª edição. 2000.

SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

VELOSO, Zeno. **Controle Jurisdicional de Constitucionalidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2ª edição. 2000.

VICENTE, Paulo e Marcelo Alexandrino. **Controle de Constitucionalidade**. Niterói: Impetus, 5ª edição. 2006.