

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

PATRÍCIA TRUNFO

**O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E
A REPERCUSSÃO GERAL DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL**

Porto Alegre
2008

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

PATRÍCIA TRUNFO

**O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E
A REPERCUSSÃO GERAL DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira

Porto Alegre
2008

“A Suprema Corte deve ser libertada da ilusão de que tem o dever de corrigir cada erro e resolver cada litígio. Ao mesmo tempo, a Corte precisa identificar e solucionar os conflitos significativos de fundamental importância nacional, de maneira clara e convincente.”
(William Coleman Júnior)

RESUMO

O acesso ao Supremo Tribunal Federal não pode ser banalizado, sob pena de agredirmos sua verdadeira natureza de corte uniformizadora e concretizadora da Constituição, cujas decisões repercutem diretamente na vida da nação.

O requisito da demonstração da repercussão geral coadunou-se à necessária filtragem que deve ser feita sobre os processos que pretendem chegar ao Supremo Tribunal Federal, de modo a estancar a hemorragia recursal padecida pelo mais alto tribunal do país.

ABSTRACT

The access to the Supreme Court can't be banalized meaning that if we do so we will be offending its true nature of uniforming and concretazing Court, in which the decisions make a daily impact in the life of the country.

The requirement in demonstrating general repercussion meets the necessity of filtering cases that will wind up in the Supreme Court, so that it will avoid the excessive case numbers faced to the highest Court in the country.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
I PARTE – O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO	13
A) Definição de Tribunal Constitucional	13
1. Tribunal Constitucional sob o aspecto material.....	14
2. Tribunal Constitucional sob o aspecto formal	16
B) O papel do Supremo Tribunal Federal na ordem constitucional	17
1. A posição do Supremo Tribunal Federal na ordem organizatória-funcional dos Tribunais.....	17
2. O Supremo Tribunal Federal como Corte Constitucional.....	21
3. O Supremo Tribunal Federal no julgamento dos recursos	29
3.1. O Supremo no julgamento do Recurso Ordinário Constitucional	29
3.2. O Supremo no julgamento do Recurso Extraordinário – Corte Constitucional ou Terceiro Grau de Jurisdição?	30
B) Estado Constitucional, Controle de Constitucionalidade e Supremo Tribunal Federal	35
1. Ciclos constitucionais	36
1.1. Rule of Law	36
1.2. “État Legal”	37
1.3. Verfassungsstaat.....	38
1.4. Estado Constitucional Brasileiro à luz dos modelos anteriores	39
1.5. O Controle de Constitucionalidade no Brasil.....	40
1.5.1. Controle difuso	42
1.5.2. Controle concentrado	44
1.5.3. Objetivação do Controle Difuso.....	44
1.5.3.a. A natureza objetiva da defesa da ordem constitucional	44
1.5.3.b. Recurso Extraordinário: Controle Concreto ou Abstrato?	47
1.5.3.c. Eficácia da decisão do Recurso Extraordinário	48
1.5.3.c.1. Efeitos erga omnes às decisões no controle difuso.....	49
C) O Recurso Extraordinário	49
1. Origem e Evolução Normativa sobre o RE.....	50
2. O RE como abóbada do Controle Difuso da Constitucionalidade.....	56
2.1. Recurso Extraordinário: Controle Concreto ou Abstrato?.....	56
3. Casos de utilização - O Extraordinário como recurso de cognição vinculada	58
3.1. Decisão de única ou última instância	60
3.1.1. O prequestionamento como instrumento de obtenção da decisão de única ou última instância.....	60
3.1.1.1. Prequestionamento implícito	62
3.2. A contrariedade a dispositivo da Constituição.....	62
3.2.1. Ofensa direta à Constituição	63
3.2.2. A ofensa a tratado ou convenção internacional sobre direitos humanos.	66
3.3. A declaração de inconstitucionalidade de tratado ou lei federal.....	69
3.3.1. A anulabilidade da norma inconstitucional no controle difuso de constitucionalidade.....	70
3.4. A declaração de validade de lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição Federal.....	71
3.5. A declaração de validade de lei local contestada em face de lei federal	72

II Parte – A Repercussão Geral da Questão Constitucional	74
A) A EC nº 45 e a Inserção do Requisito de Repercussão Geral	74
1. O "Perfil" da reforma.....	74
2. A Arguição de Relevância da CF de 1967 - Possível Modelo: aspectos positivos e negativos.....	77
2.1. Sistemática do instituto.....	77
2.2. Competência do Supremo Tribunal Federal para regulamentar o seu processo	79
2.3. Processamento da arguição.....	81
2.4. Diferenças entre ambos os institutos	82
2.4.1. Diferença conceptual.....	82
2.4.2. Competência regulamentadora	84
2.4.3. Fundamentação da decisão pelo Supremo Tribunal Federal	85
3. A repercussão geral como pressuposto inerente à função do Supremo no Controle de Constitucionalidade.	86
B) A Regulamentação da Repercussão Geral	87
1. Diretrizes observadas na regulamentação da repercussão geral.....	88
1.1. Limitações do legislador na regulamentação do instituto	88
1.2. A repercussão geral como um prius para o conhecimento do recurso.....	90
2. Fundamentos Normativos	92
2.1. A Constituição Federal	92
2.2. A Lei 11.418/06	93
2.3. A Emenda Regimental STF n. 21/07.....	94
2.4. As decisões do Supremo Tribunal Federal.....	96
3. Questões Constitucionais de repercussão geral	96
3.1. Questões Políticas de repercussão geral.....	103
3.2. Questões Jurídicas de repercussão geral	104
3.3. Questões Econômicas de repercussão geral	105
3.4. Questões Sociais de repercussão geral.....	106
3.5. Art. 543-A, § 3º, do CPC (Presunção de repercussão geral)	107
4. Competência para definir o que é questão constitucional de repercussão geral.....	107
5. O mérito do recurso como instrumento de identificação da repercussão geral ...	110
6. A demonstração da repercussão geral.	110
7. Juízo de aferição da repercussão geral – o conhecimento do recurso	112
7.1. Momento para aferição da repercussão geral	112
7.2. A decisão de conhecimento do recurso ante a existência de repercussão geral - pressupostos formais	114
7.2.1. Limites do Juízo a quo.....	116
7.2.2 Competência do Relator.....	117
7.2.3. Competência da Turma	117
7.3. Juízo pelo Plenário.....	118
7.3.1. Efeito da decisão do Pleno sobre a presença - ou não - da repercussão geral da questão constitucional.	119
7.4. Aferição da repercussão geral e art. 557 do CPC.....	121
7.5. Repercussão geral em recursos de fundamentação idêntica.....	121
8. Aplicação da norma regulamentadora aos feitos pendentes - Direito adquirido processual.	124
Conclusão	125
referências	127
ANEXO A - ENTREVISTA MIN. JOSÉ NÉRI DA SILVEIRA	135

ANEXO B - ENTREVISTA MIN. GILMAR FERREIRA MENDES.....	8
ANEXO C - ENTREVISTA MIN. MARCO AURÉLIO	151
	155

INTRODUÇÃO

A dinamicidade da vida moderna nos últimos cinqüenta anos, qualificada pelo desenvolvimento tecnológico, que teve como uma de suas conseqüências a propagação em massa das mais variadas formas de comunicação, de um lado, apresenta aspectos positivos, pois alcança, de forma rápida e barata, a informação, mas, de outro, impõe preocupações substanciais, pois cria uma cultura da banalização que se espraia em todos os setores da vida, alcançando as instituições, que se devem adaptar sem, contudo, sucumbirem a uma ciranda que levará ao caos e ao descontrole.

No que tange ao Judiciário, tal fenômeno cria uma cultura do fácil acesso, a qual, em que pese necessária para a efetivação do princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, traz aos Tribunais uma avalanche de processos sem fundamento consistente, bem como, uma enxurrada de recursos descabidos e, assim, impõe uma desvalorização da figura do juiz, de cujas decisões sempre se recorre, além de um descrédito das decisões dos Tribunais, que se transformam, na prática, em rascunhadores de acórdãos a serem confirmados ou não pelos tribunais superiores, chegando-se ao absurdo de transformar a mais alta corte do País, o guardião da Constituição, o tribunal responsável por decidir as questões relevantes para a nação como um todo, em tribunal de apelação dos tribunais de apelação.

José Eduardo de Resende Chaves, acerca do caótico sistema processual brasileiro, pondera que

A 'estrutura' processual composta de agravos e embargos cabíveis contra as decisões que impeçam o acesso às cortes superiores, longe de conferir consistência lógica ou segurança jurídica ao ordenamento, imprime ao sistema recursal um padrão binário e fractal-caótico de 'auto-semelhança' e 'complexidade infinita'.

Em outras palavras, tal critério permite a reprodução em cadeia de recursos, de forma sucessiva e espiralada. Em palestra proferida em Belo Horizonte, o Ministro Sidney Sanches relatou ser comum acontecer de chegarem processos à Suprema Corte com nada mais, nada menos, de 35 recursos interpostos.

Evidentemente esse sistema recursal, visto de seu aspecto macro, tem todas as características de um sistema 'caótico', apesar de estar fundado, do ponto de vista micro, num padrão supostamente lógico. Sob tal circunstância, a justiça, a pretexto da segurança jurídica, vai sendo **diferida** indefinidamente para uma instância superior. Uma espiral de promessa adiada, que desconstrói a pretensão de efetividade dos direitos.¹

Sobre a banalização do acesso ao Supremo Tribunal Federal, Luiz Manoel Gomes Junior² observa que:

Nem a alegação de possível erro justifica a atual situação, pois haverá, quase certamente, a análise do litígio em dois graus de jurisdição e não se pode presumir que os juízes sempre decidam de forma equivocada, pois não corresponde à realidade.

Deve-se partir do pressuposto daquilo que ordinariamente ocorre, ou seja, que as decisões de primeiro e segundo graus são corretas.

A partir disso, a necessidade de transformação do modelo judiciário adotado em nosso país, caracterizado pelo excesso de instrumentos processuais postos à disposição do jurisdicionado, sob a veste aparente de um maior acesso à jurisdição, ensejou a elaboração de uma intervenção pontual com ampla reestruturação, consubstanciada na EC nº 45, publicada em dezembro de 2004, que tem, em seu bojo, uma tentativa de modernização e adaptação do Poder Judiciário aos anseios sociais.

O Senador Bernardo Cabral³, no parecer que serviu de exposição de motivos à Proposta de Emenda Constitucional nº 29 de 2000, hoje em vigor sob o nº 45, entre outros, assim consignou:

Dentre as inúmeras causas que contribuíram expressivamente para a situação caótica do Poder Judiciário - e que nominaremos a seguir - emergem três, de natureza estrutural, que merecem preliminar atenção.

A primeira foi a constitucionalização de um inesgotável cabedal de temas novos, fruto da opção do constituinte por um modelo analítico para a Carta Política; a Segunda, a visível e profunda queda da qualidade do Direito

¹ CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Rezende. *A justiça diferida: da teoria dos fractais à transcendência em sede recursal*. Disponível em: <<http://www.jus.com.br>>

² GOMES JÚNIOR, José Manuel. A repercussão geral da questão constitucional no recurso extraordinário. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 119, p. 91-116, 2005, p. 97.

³ CABRAL, Bernardo. Parecer nº 538, de 2002. *Diário do Senado Federal*, Brasília, p. 10934-10950, jun. 2002.

federal, tanto pela deficiência do processo legislativo quanto pelo uso desmedido e afrontoso da figura espúria da medida provisória, finalmente contido pela Emenda Constitucional 32/2001; a terceira, por fim, a construção jurisprudencial em torno da admissão do recurso extraordinário e do recurso especial.

O resultado da primeira foi o de dar trânsito a praticamente qualquer coisa litigiosa até o Supremo Tribunal Federal, ao argumento de lesão à Constituição, efeito esse que, à falta de uma imposição vertical de inteligência constitucional, propiciou, a um só tempo, o ingresso na Suprema Corte brasileira de infindáveis assuntos novos e a multiplicação exponencial de demandas idênticas no pedido e no fundamento. Essa segunda consequência está ligada à terceira das causas que alinhámos acima, a construção jurisprudencial sobre a admissão do recurso extraordinário. A largueza do critério de admissão do apelo extremo, hoje apenas contida pela necessidade de demonstração de pré-questionamento e da ofensa direta à Constituição, transformou o debate da matéria constitucional em um varejo improdutivo, improficuo, vazio de sentido e teoricamente inexplicável. O aparecimento de petições de recurso extraordinário fotocopiadas, com espaços em branco apenas para se preencher o número do processo e a identificação das partes, é uma das faces visíveis dessa situação trágica.⁴

O presente trabalho tem por objetivo analisar a crise do Poder Judiciário, sob o ângulo do acesso ao Supremo Tribunal Federal, através do Recurso Extraordinário, apontando os equívocos conservadores que levaram a nossa Corte Suprema a ser transformada num verdadeiro terceiro grau⁵ de jurisdição, bem como demonstrar, em perspectiva, as soluções adotadas pela novel reforma constitucional, especialmente no que tange ao requisito da repercussão geral da questão constitucional como pressuposto de conhecimento do recurso constitucional.

Ainda, na exposição de motivos à Proposta de Emenda Constitucional nº 29 de 2000, sobre o número incomensurável de processos que batem diariamente às portas do Supremo Tribunal Federal, assim consignou o relator:

⁴ CABRAL, Bernardo. Parecer nº 538, de 2002. *Diário do Senado Federal*, Brasília, p. 10934-10950, jun. 2002, p. 4-5.

⁵ Robichez Penna, em 1891, interpôs o 1º Recurso Extraordinário; em 1904 a média anual foi de 26; em 1933 chegou a 55 e, em 1960, quando o Supremo transferiu-se para Brasília foram julgados 5.956. (Cf. MACEDO, Elaine Harzheim. *Repercussão geral das questões constitucionais: nova técnica de filtragem do recurso extraordinário*. Local: Editora, data.)

“[...] informar que os recursos encaminhados à Suprema Corte cresceram 1.856% nos 46 anos a que esses dados se referem, significa dizer que o mesmo número de magistrados – 11 ministros – receberam, em 1940, 1.807 recursos, número que ascendeu à soma de 33.345 em 1997, crescendo para 41.662 nos dez primeiros meses de 1998, calculando-se, no momento da entrevista, que o total de processos deveria atingir, nos doze meses desse ano, a quantidade astronômica de 47.319, uma vez mantida, nos dois meses restantes, a proporção de crescimento verificada de janeiro a outubro “. (Cf. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *A função dos tribunais superiores*. In: ANUÁRIO do Programa de Pós-Graduação em Direito. São Leopoldo: UNISINOS, 1999, p. 215-216)

A extinção da arguição de relevância, qualquer que tenha sido a sua inspiração, arrebatou os portões a essa demanda, que a jurisprudência dessas Cortes não pôde conter. A retomada desse elemento, no novo § 4º do art. 102, que esta proposição pretende implantar como condição à subida do recurso extraordinário, vai dar ao STF condição de decidir sobre a repercussão geral da questão constitucional veiculada pelo extraordinário e, a partir dela, admitir ou não o apelo extremo.

Ocupar-nos-emos de sua análise quando do exame desse dispositivo, mas devemos enunciar já a opção que faremos, ao final deste parecer, pela manutenção da arguição de relevância no recurso extraordinário. Também devemos antecipar nossa posição contrária à extensão do critério da repercussão geral ao recurso especial, e de seu instituto aproximado, a transcendência, para o recurso de revista. A um, porque entendemos que a adoção da súmula vinculante pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Tribunal Superior do Trabalho, que sugeriremos, se constitui em um instrumento hábil e efetivo à contenção dos reavivamentos de matéria jurídica vencida. A dois, porque vislumbramos problemática a estruturação de um critério subjetivo como condição de exame de questões controvertidas federais e de Direito do Trabalho, o que poderia sacrificar, a um só tempo, a característica federativa da ordem jurídica nacional e a própria razão de ser da existência das Cortes Superiores.

Na verdade, temos a convicção de que o instituto da repercussão geral da questão constitucional, introduzido pela EC nº 45/2004 apresenta um potencial superior ao da antiga Arguição de Relevância para estancar a hemorragia recursal padecida pelo mais alto tribunal da nação, uma vez que, aquele, diferentemente desta, acrescentou às hipóteses de cabimento do recurso extraordinário, mais um pressuposto de conhecimento a ser cumprido pelo recorrente, permitindo que cheguem ao exame do Supremo Tribunal Federal tão-somente as questões que reflitam importância, não somente para aqueles que estão a litigar no momento, mas para a nação como um todo, para a sociedade em geral e para a ordem jurídica.

I PARTE – O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

A) Definição de Tribunal Constitucional

O presente trabalho tem por escopo, entre outros, demonstrar que o Supremo Tribunal Federal, mesmo no julgamento do Recurso Extraordinário, configura verdadeira Corte Constitucional, com a função, portanto, de assegurar em última esfera e com poder vinculador, o princípio da supremacia do Direito, o que só se alcançará, de forma efetiva, quando livrarmos nosso Tribunal Maior das amarras empíricas que levaram a uma banalização de sua função, transformando aquele que deve encarregar-se da solução das questões relevantes para a Nação como um todo, em verdadeiro terceiro grau de jurisdição.

Desta feita, antes de passarmos à análise de sua missão no julgamento do recurso extraordinário, convém ressaltar a concepção de uma Corte Constitucional, seja sob o aspecto material, seja sob o aspecto formal.

O Tribunal Constitucional, conforme ensina Cezar Saldanha Souza Júnior⁶, foi criado pela *Revolução Kelseniana*, como instrumento garantidor da eficácia jurídica das normas constitucionais, tidas até então como regramentos meramente políticos sem força normativa própria e autônoma, dependentes da *boa vontade e das forças políticas envolvidas*.

Nessa linha, segue com propriedade o mestre gaúcho:

O Tribunal Constitucional é ao mesmo tempo causa e consequência do diálogo entre o direito constitucional e os valores éticos do convívio sócio-político.
[...] sem uma jurisdição constitucional, da qual o Tribunal Constitucional é o instrumento mais evoluído, não há falar em supremacia do direito, menos

⁶ SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. *O Tribunal Constitucional como poder. uma nova teoria da divisão dos poderes*. São Paulo: Memória Jurídica, 2002, p. 103-104.

ainda em controle de constitucionalidade, nem rigorosamente, em verdadeiro direito constitucional.⁷

1. Tribunal Constitucional sob o aspecto material

O processo constitucional tem-se preocupado com a concepção substancial de um Tribunal Constitucional, voltando-se para a análise de sua função primordial de guardião maior do texto Constitucional, no que se inclui, inclusive, a responsabilidade política de aferir as conseqüências de suas decisões para a vida nacional.

Cezar Saldanha Souza Júnior, ao tratar da natureza material das funções do Tribunal Constitucional, esclarece que

Quanto à sua materialidade, a atuação do Tribunal Constitucional insere-se no que estamos denominando de 'função política de última instância', ou de nível 'fundamental',..." agindo "no plano dos fins últimos do Estado e da política, que se encarnam, como valores supremos, nas normas da Constituição, e que se sustentam no 'consenso' supraideológico das forças políticas."⁸

E continua o estimado mestre gaúcho:

Em síntese, na perspectiva funcional material, o poder constituinte originário, pela via da hexapartição dos poderes, comissionou o Tribunal Constitucional com uma parcela importantíssima da função política de última instância. Qual seja: a função de defender e concretizar, progressivamente, a Constituição normativa, fulcrada em texto escrito, com vocação de supremacia, enquanto a Constituição é o instrumento que 'presenta' a unidade da sociedade (acima das diversidades internas de qualquer cunho), e que 'expressa' o consenso democrático, generoso e includente, em torno dos valores fundamentais substantivos da convivência humana, bem assim das regras procedimentais obre a organização política e o jogo pelo poder de governo.

Nessa natureza funcional material de última instância podemos arrolar atuações como: (a) renovar, continuamente, o consenso políticos que sustenta a ordem democrática instituída na Constituição; (b) atualizar, incessantemente, o poder constituinte originário, tanto na concreção dos valores supremos do ordenamento, quanto na necessária evolução diante das novas exigências da história e da consciência da civilização; (c) arbitrar, quando envolvida questão constitucional, conflitos entre poderes, tanto na distribuição funcional, quanto na distribuição territorial; e (d) proteger os

⁷ SOUZA JÚNIOR, *O Tribunal...*, p. 110.

⁸ *Ibid.*, p. 118-119.

direitos fundamentais da pessoa, frente ao poder público e à sociedade em geral.⁹

No mesmo sentido, Eduardo Ferrer Mac-Gregor¹⁰, ao conceber Tribunal Constitucional como

[...] los altos órganos judiciales o jurisdiccionales situados dentro o fuera del poder judicial, independiente de su denominación, cuya función material esencialmente consista en la resolución de los litígios o conflictos derivados de la interpretación o aplicación directa de la normativa constitucional.

Ainda, com muita propriedade, ao tratar da concepção material de Tribunal Constitucional, aduz Eduardo Mac-Gregor que segundo uma *noción moderna y más amplia que corresponde a su enfoque material*, Tribunal Constitucional corresponde ao

órgano jurisdiccional de maior jerarquía que posee la función esencial o exclusiva de establecer la interpretación final de las disposiciones de carácter fundamental. En esta concepción se encuentran varias cortes o tribunales supremos de América Latina, donde podemos ubicar a la Suprema Corte de Justicia de México, que...se ha convertido materialmente en un tribunal constitucional.

Resulta importante destacar que inclusive en algunos países donde se adopta el sistema americano o difuso de control constitucional, el órgano jurisdiccional de mayor jerarquía funge materialmente como tribunal constitucional; por ejemplo, sucede en Estados Unidos, donde si bien las resoluciones de la Corte Suprema Federal operan sólo para el caso particular, en la práctica tienen efectos generales, debido a la fuerza vinculante del precedente jurisprudencial derivado de la doctrina del 'stare decisis'; por lo que aunado al 'writ of certiorari' introducido desde el año de 1925 consistente en la facultad discrecional para conocer de los asuntos relevantes y trascendentes del país, la Corte Suprema resuelve mayoritariamente asuntos de índole constitucional.¹¹

Sob o aspecto material, portanto, configura Corte Constitucional o Tribunal que tem por função primordial ser guarda maior da Constituição, com responsabilidade política de aferir as conseqüências de suas decisões para a vida do país e para a sociedade como um todo.

⁹ SOUZA JÚNIOR, *O Tribunal...*, p. 120-121.

¹⁰ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *Los tribunales constitucionales en Iberoamérica*. México: Fundap, 2002, p. 27.

¹¹ *Ibid.*, p. 55-57.

2. Tribunal Constitucional sob o aspecto formal

O conceito formal de um Tribunal Constitucional, em que pese cedendo relevância à sua concepção material, deve ser apreciado, de modo a tornar completa a análise do tema que se pretendeu enfrentar neste estudo.

Assim, mais uma vez cumpre trazer a lume a lição sempre oportuna do Prof. Cezar Saldanha¹², quando aborda as naturezas instrumental e formal do Tribunal Constitucional, concluindo que ele, “[...] enquanto poder político, desenvolve uma função materialmente política (de última instância), instrumentalmente jurisdicional e formalmente legislativa.

Instrumentalmente jurisdicional porque utiliza-se de técnicas próprias de jurisdição, carece de iniciativa própria, só se pronunciando por instância de legitimados. Utiliza-se de todos os recursos da hermenêutica jurídica. Curva-se às exigências do processo devido. Manifesta-se por meio de acórdãos e tem de justificar todas as decisões.

Formalmente legislativa porque suas decisões são tomadas geralmente sobre questões jurídicas em abstrato, ou seja, não penetram matéria de fato concreto. Em consequência, a eficácia subjetiva às decisões é, em princípio, ‘erga omnes’ e ‘ex tunc’, e o direito nelas afirmado vincula os órgãos do Poder Judiciário, do Governo, da Administração e, em determinados casos, inclusive, o próprio Parlamento.

Eduardo Ferrer Mac-Gregor¹³ afirma que, sob uma perspectiva formal, que corresponde à concepção tradicional, Tribunal Constitucional

es aquel órgano creado para conocer especial y exclusivamente de los conflictos constitucionales, situado fuera del aparato jurisdiccional ordinario e independiente tanto de este como de los poderes públicos. Conforme a esta concepción, las cortes o tribunales supremos pueden ser jurisdicciones constitucionales pero no son, en estricto sentido, tribunales constitucionales. Esta noción se identifica fundamentalmente con el modelo europeo de tribunal constitucional.

¹² SOUZA JÚNIOR, *O Tribunal...*, p. 122.

¹³ MAC-GREGOR, *Los tribunales...*, p. 55.

B) O papel do Supremo Tribunal Federal na ordem constitucional

1. A posição do Supremo Tribunal Federal na ordem organizat6ria-funcional dos Tribunais

A Constitui73o Federal de 1988, em seu art. 92, insere o Supremo Tribunal Federal na estrutura geral do Poder Judici6rio, malgrado no seu art. 101 denomine os seus membros de Ministros, determine uma forma diversa para sua composi73o em rela73o aos demais tribunais, formados, em parte, por juizes de carreira e, em parte, por advogados e membros do Minist6rio P6blico, bem como, em seu art. 102, disponha ser de sua compet6ncia a guarda da Constitui73o.

A partir disso, adotando uma interpreta73o sistem6tica adequada do texto constitucional, podemos concluir que a nossa Carta Constitucional separa ou diferencia o Supremo Tribunal Federal da estrutura corrente usual dos demais 6rg3os (Tribunais e Juizes) integrantes do Poder Judici6rio.

Na verdade, cumpre analisar de forma coerente e adequada, sob o 6ngulo cient6fico-doutrin6rio, a express3o *poder judici6rio*, de modo a nos permitir compreender a posi73o diferenciada de nossa Corte Constitucional, ainda que inclu6da no rol dos 6rg3os integrantes do Poder Judici6rio pelo legislador constituinte, partindo do esp6rito do texto e da inten73o do legislador cuja escolha dos voc6bulos nem sempre 6 a mais t6cnica e adequada.

Nesse passo, mister trazer 6 colaç3o li73o sempre oportuna do mestre Canotilho que explica e distingue os conceitos de *poder jurisdiccional* e *poder judici6rio*. Segundo ele,

Este conceito - **poder jurisdiccional** - 6 vulgarmente identificado com 'poder judicial' ou com 'poder judici6rio'. Conv6m dar-lhe um conte6do aut6nomo e 6til: 'poder jurisdiccional' 6 o conjunto de magistrados (ordin6rios, administrativos, fiscais, constitucionais) a quem 6 confiada a fun73o jurisdiccional.

Em seguida, passa o notável mestre português a conceituar poder judiciário:

É um conceito mais restrito do que o anterior. Através do conceito de **poder judiciário** pretende-se recortar o complexo organizativo da chamada 'magistratura ordinária' tradicionalmente considerada como 'magistratura comum' por ser dotada da 'competência geral' para o julgamento dos feitos submetidos às decisões dos tribunais. Os outros tribunais com competências expressamente restringidas a determinadas matérias (exemplo...o Tribunal Constitucional, com competência , segundo o art. 221.º, para dizer o direito em 'questões jurídico-constitucionais'), incluir-se-iam no 'poder jurisdicional' mas não no 'poder judiciário'.¹⁴

Com base nesses conceitos, podemos adequar perfeitamente o nosso sistema jurídico-constitucional, para concluir que o Supremo Tribunal Federal faz parte da estrutura da função jurisdicional, mas não, do poder judiciário *stricto sensu*, ou seja, a expressão *Poder Judiciário* contida no *caput* do art. 92 da CF deve ser interpretada no sentido lato, ou seja, *Função ou Poder Jurisdicional*, sob pena de não ser compatível com as disposições específicas dos arts. 101 e 102, e 103-A da Carta Magna.

Aliás, a introdução do art. 103-A na Constituição Federal, pela EC nº 45 evidencia ainda mais esta distinção do Supremo Tribunal Federal em relação aos Órgãos do Poder Judiciário *stricto sensu*, que não têm, assim como ele, a função jurídico-política de legislador negativo¹⁵ a atingir a Nação como um todo.

E qualificado por essa função jurídico-política de legislador negativo, ousamos dizer que o Supremo Tribunal coloca-se, sim, ao lado da Presidência da República e do Congresso Nacional, como órgão constitucional em sentido estrito.

A partir disso, reportamo-nos aos ensinamentos do Prof. Cezar Saldanha Souza Júnior, segundo o qual:

¹⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 660-661.

¹⁵ "[...] a diferença entre função jurisdicional e função legislativa consiste antes de mais nada em que esta cria normas gerais, enquanto aquela cria unicamente normas individuais. Ora, anular uma lei é estabelecer uma norma geral, porque a anulação de uma lei tem o mesmo caráter de generalidade que sua elaboração, nada mais sendo, por assim dizer, que a elaboração com sinal negativo e portanto ela própria uma função legislativa." (KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 151-152)

O Tribunal Constitucional do constitucionalismo ocidental de nossos dias é espécie do gênero 'poder político do Estado', que Enterría, seguindo os italianos, denomina de órgão constitucional em sentido estrito, como a chefia de Estado, o Governo, a Administração, o Parlamento e o Judiciário. Não só na Alemanha e na Espanha, como já vimos, o Tribunal Constitucional é visto hoje como um poder político do Estado, o 'poder corrector'. Os grandes constitucionalistas apontam como traço essencial do Tribunal Constitucional – que o distingue, por exemplo, dos tribunais supremos do Poder Judiciário – o formar ele próprio, em si, um poder político independente dos demais poderes.¹⁶

O Supremo Tribunal Federal, por evidente, possui um papel destacado na pirâmide jurisdicional do país, uma vez que, a essência de sua competência volta-se à preservação da existência, unidade¹⁷ e cumprimento da própria Constituição, assim, deve-se reconhecer que o Brasil está migrando de uma concepção unitária de modelo de justiça constitucional, ligada ao controle difuso, pela qual “a justiça constitucional não se distingue substancialmente das outras formas de jurisdição, uma vez que, ela não tem autonomia organizativo-institucional, considerando-se que todos os tribunais têm o direito e o dever de, no âmbito das acções e recursos aferir da conformidade constitucional do acto normativo aplicável ao feito submetido a decisão judicial, para uma concepção, se não vinculada ao modelo de separação, pelo qual, a justiça constitucional é, sob o ponto de vista organizativo, confiada a um Tribunal especificamente competente para as 'questões constitucionais' e institucionalmente separado dos outros tribunais,”¹⁸ no mínimo híbrida, tanto que, além do sistema difuso de controle, compete ao Supremo Tribunal Federal também o controle concentrado de constitucionalidade das normas. .

De fato, o Supremo Tribunal Federal tem por competência essencial a guarda da Constituição, julga atos das autoridades políticas, funciona como legislador negativo no controle concentrado de constitucionalidade e, mesmo no controle de constitucionalidade oriundo do julgamento do recurso extraordinário, não está voltado a bem aplicar a norma constitucional para fazer justiça às partes envolvidas, mas a exercer o controle de constitucionalidade da jurisprudência ou das decisões

¹⁶ SOUZA JÚNIOR, *O Tribunal...*, p. 117.

¹⁷ Hermes Zaneti Júnior, com propriedade, ressalta que “A unidade da Constituição está presente na sua ‘unidade argumentativa’, um remédio aos efeitos destrutivos e desagregadores dos excessos legislativos contemporâneos. Dessa forma, a Constituição deve ser entendida como um direito superior, vinculativo inclusive para o legislador.” (ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 4)

¹⁸ CANOTILHO, *Direito constitucional...*, p. 896.

do Poder Judiciário, podendo, inclusive, nos termos do art. 103-A da Constituição Federal, editar súmulas que terão efeito vinculante não somente ao Poder Judiciário, mas à administração pública, nas suas mais variadas espécies.

Dessa forma, conseguiu o Brasil driblar o problema de implantação do Tribunal Constitucional no sistema difuso de constitucionalidade, identificado por Cezar Saldanha Souza Júnior, segundo o qual: “[...] a tentativa de implantá-lo num sistema difuso de constitucionalidade destruiria, por sobreposição política, a juridicidade do poder judiciário e, junto com ela, a própria supremacia do Direito.”¹⁹

O Tribunal Constitucional, como instituição especializada e concentradora do controle de constitucionalidade, permite efetivar a proteção jurídica da dignidade da pessoa humana, sem os riscos de politizar insuportavelmente a instância judicial ordinária.²⁰

Kelsen²¹, com a clareza que lhe é peculiar, ao tratar da Corte Constitucional austríaca, esclarece que,

Enquanto tribunal constitucional no sentido próprio da palavra, ou seja, com a função de proteger a Constituição, a Corte Constitucional decide sobre a 'inconstitucionalidade das leis', assumindo uma posição excepcional em face de todos os outros tribunais e autoridades administrativas.

Como se vê, o controle difuso exercido pelo Poder Judiciário *strictu sensu* difere daquele realizado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do recurso extraordinário, visto que, aquele, exerce o controle de constitucionalidade como subsídio para resolver o litígio, enquanto este julga o recurso extraordinário tendo como norte principal conferir a correta aplicação da Constituição pelos tribunais pátrios, ou seja, em que pese seja o Direito Constitucional um "direito político"²², o foco da jurisdição ordinária está na solução do caso, na realização da justiça às partes, enquanto o foco da jurisdição da Corte Maior está na defesa da observância da ordem constitucional.

¹⁹ SOUZA JÚNIOR, *O Tribunal...*, p. 110.

²⁰ *Ibid.*, p. 111.

²¹ KELSEN, *Jurisdição...*, p. 20.

²² Cf. CANOTILHO, *Direito constitucional...*, p. 679.

2. O Supremo Tribunal Federal como Corte Constitucional

O Imperador Pedro II, no final do período monárquico brasileiro, reconhecendo a necessidade de um aperfeiçoamento funcional do Poder Judiciário, encomendou ao Cônsul-Geral do Brasil nos Estados Unidos, Salvador Mendonça, e ao Senador e Ministro de Estado, Lafayette Rodrigues, trabalho de observação acerca da organização e funcionamento da Corte Suprema Estadunidense, pois tinha a intenção de transferir para o Supremo Tribunal de Justiça a função de Poder Moderador.^{23 24}

O intento não se tornou efetivo, uma vez que prevaleceram as idéias republicanas que trouxeram um novo modelo de Governo e de Estado ao Brasil, ratificando a influência dos Estados Unidos. No entanto, a idéia acolhida pelo então Imperador do Brasil denota, no final do período monárquico, o reconhecimento da independência do Poder Judiciário do Império, já concebido, juntamente com o Executivo, como um dos poderes autônomos da nação, bem como, visualiza no Supremo Tribunal do país o palco ideal para acolher o poder - até então nas mãos do Imperador²⁵ - responsável por preservar a independência e a autonomia dos demais poderes, ou seja, sairia o Supremo Tribunal de Justiça da estrutura do Poder Judiciário, para assumir a posição de abóbada da organização política do país²⁶.

²³ Cf. BOMFIM, Edson Rocha. *Supremo Tribunal Federal: perfil histórico*. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 39.

²⁴ "Em julho de 1889, indo Salvador de Mendonça, acompanhado de Lafayette Rodrigues Pereira, despedir-se de D. Pedro II, a fim de cumprir missão oficial nos Estados Unidos, ouviu do Imperador as seguintes palavras: "Estudem com todo o cuidado a organização do Supremo Tribunal de Justiça de Washington. Creio que nas funções da Corte Suprema está o segredo do bom funcionamento da Constituição norte-americana. Quando voltarem, haveremos de ter uma conferência a este respeito. Entre nós as coisas não vão bem, e parece-me que se pudéssemos criar aqui um tribunal igual ao norte-americano, e transferir para ele as atribuições do Poder Moderador da nossa Constituição, ficaria esta melhor. Dêem toda a atenção a este ponto." (RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991, v. 1: 1891/1898 - Defesa das Liberdades Cívicas, p. 1)

²⁵ Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 75: "O Poder Moderador, considerado a chave de toda a organização política, era exercido privativamente pelo Imperador, como chefe supremo da nação e seu primeiro representante, para que incessantemente velasse sobre a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos demais poderes políticos."

²⁶ BITTENCOURT, C.A Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. Atualizado por José Aguiar Dias. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 28: "Além disso, como 'chave de toda a organização política', existia o Poder Moderador, investido da função de manter a 'independência, equilíbrio e harmonia dos demais poderes políticos' (artigo 98), funcionando, no dizer do próprio Benjamin Constant, como 'o poder judiciário de todos os outros poderes'. Ele constituía - segundo a

Assim sendo, com a adoção do modelo federativo estadunidense, foi criado, pelo Decreto nº 848/1890, o Supremo Tribunal Federal como cúpula do Poder Judiciário, qualificado, contudo, pela missão de exercer o controle jurídico-político²⁷ dos atos dos demais poderes, razão pela qual, seu caráter político é indiscutível²⁹, caracterizado, outrossim, pela forma de composição da Corte, uma vez que, embora não sejam os seus membros eleitos pelo voto direto, a legitimidade popular dos Ministros da Corte Suprema se consubstancia no fato de serem indicados e aprovados, respectivamente, pelo Presidente e pelos Senadores³⁰ da República, que atuam, como é cediço, como mandatários do povo, verdadeiro titular do poder soberano³¹, além de serem processados e julgados, nos crimes de responsabilidade, pelo Senado Federal³², não podendo ser afastados sem a observância desse processo regular, tal como aconteceu em duas ocasiões, já no regime republicano³³.

lição do VISCONDE DO URUGUAI - 'a suprema inspeção sôbre os podêres Legislativo, Executivo e Judicial, o alto direito que tem a nação de examinar como os podêres por ela delegados são exercidos, e de manter a sua independência, equilíbrio e harmonia'.

Ora, num sistema em que existia sôbre os três podêres normais tal 'suprema inspeção', é evidente que não seria possível delegar ao Judiciário o contrôle dos atos do Congresso. Esse contrôle só poderia caber - se se pudesse atribuir a outro departamento do govêrno - ao Poder Moderador."

²⁷ "As decisões do Tribunal Constitucional acabam efectivamente por ter força política, não só porque a ele cabe resolver, em última instância, problemas constitucionais de especial sensibilidade política, mas também porque a sua jurisprudência produz, de facto ou de direito, uma influência 'determinante' junto dos outros tribunais e exerce um papel condicionante do comportamento dos órgãos de direcção política." (CANOTILHO, *Direito constitucional...*, p. 681)

²⁸ O Ministro da Justiça do Governo Provisório, Campos Sales, afirmou categoricamente o caráter político do STF ao dizer, na exposição de motivos ao D. 848/1890, que o Supremo Tribunal Federal não seria um tribunal ordinário. *Vide* em RODRIGUES, *História...*, p. 1.

²⁹ Nesse sentido o voto do Ministro Edgard Costa, no julgamento do Pedido de Intervenção Federal nº 14: "O Supremo Tribunal, ao modo da Corte Suprema norte-americana, desempenha, não o papel de um simples tribunal de justiça, mas o de uma Constituinte permanente, porque os seus deveres são políticos, no mais alto sentido da palavra, tanto quanto judiciais." (*DJ* de 28 nov. 1951, p. 4528-4529)

³⁰ Art. 101, parágrafo único, da Constituição Federal.

³¹ CANOTILHO, *op. cit.*, p. 657, lembra que, A Constituição Portuguesa, aliás, com muita propriedade, identifica os tribunais como 'órgãos de soberania que administram a justiça em nome do povo'; e, mais adiante (*Ibid.*, p. 682-683), leciona que: "De um modo geral, em todos os tribunais constitucionais criados no após guerra teve-se em conta a necessidade de 'legitimação democrática dos juizes' através da participação dos órgãos de soberania, directa ou indirectamente legitimados, na eleição ou escolha de seus membros. [...] A favor desta 'transparência política' argumenta-se com o facto de ser preferível emanarem os juizes constitucionais de órgãos democraticamente legitimados, embora com indiscutível cunho político, do que de outros órgãos com uma mundividência política também irrecusável mas disfarçada num aparente 'apartidarismo institucional'."

³² Art. 52, II, da CF/88.

³³ Cf. BOMFIM, *Supremo...*, p. 44: Em 18.02.1931 foram aposentados pelo Decreto nº 19.711 os Ministros Pires e Albuquerque, E. Munis Barreto, P. Mibielli, Godofredo Cunha, Geminiano Franca e Pedro Santos e, em 1968, foram aposentados compulsoriamente, através do AI nº 5, os Ministros Victor Nunes Leal, Hermes Lima e Evandro Lins e Silva.

Destarte, diferentemente dos outros tribunais, não tem o Supremo Tribunal Federal uma índole predominantemente técnico-jurídica, mas, político-jurídica, tanto que, a Constituição Federal, em seu art. 101, dispõe que os seus Ministros serão escolhidos dentre cidadãos, com idade entre 35 e 65 anos, que sejam brasileiros natos e que possuam notável saber jurídico e reputação ilibada, não estando entre as exigências, portanto, que sejam bacharéis em Direito³⁴ ³⁵, ainda que, normalmente, o notável saber jurídico decorra da formação e do exercício de uma das profissões vinculadas ao curso jurídico³⁶.

Portanto, mesmo que se destaque a missão técnica dos Juízes do Tribunal Constitucional na análise e julgamento da constitucionalidade das normas, a ela não há como deixar de aliarmos, por natureza, a função, também, de analista político de suas decisões e dos reflexos que surtirão sobre o País, razão pela qual, Kelsen³⁷, com maestria, traçou algumas recomendações que considerava adequadas à escolha de seus membros:

Entre os modos de recrutamento particularmente típicos, não poderíamos preconizar sem reservas nem a simples eleição pelo Parlamento, nem a nomeação exclusiva pelo chefe de Estado ou pelo governo. Talvez fosse possível combinar ambas, por exemplo, com o Parlamento elegendo juízes apresentados pelo governo, que deveria designar vários candidatos para cada uma das vagas a serem preenchidas, ou vice-versa. É da mais alta importância conceder, na composição da jurisdição constitucional, um lugar adequado aos juristas de carreira. Por exemplo, poder-se-ia conseguir isso atribuindo às Faculdades de Direito, ou a uma comissão comum de todas as Faculdades de Direito do país, um direito de apresentação para pelo menos uma parte das vagas, ou também atribuindo ao próprio tribunal o direito de fazer uma apresentação para cada vaga que surja ou de preenchê-las por eleição, isto é, por cooptação. De fato, o tribunal tem o maior interesse em fortalecer sua autoridade trazendo a si especialistas eminentes. Também é importante excluir da jurisdição constitucional os membros do Parlamento ou do governo, já que são precisamente os atos de ambos que ela deve controlar.

³⁴ Nesse sentido, MORAES, Alexandre. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 483: "O Supremo Tribunal Federal, portanto, não exige para seus membros a obrigatoriedade do bacharelado em Ciências Jurídicas, e tampouco que seus membros sejam provenientes da magistratura, apesar da obrigatoriedade de notável saber jurídico.

Assim, diferentemente do Tribunal Constitucional Federal alemão e do Tribunal Constitucional português, o STF não pode ser considerado um Tribunal composto somente de 'homens da lei'."

³⁵ Em sentido oposto, TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 165, segundo o qual: "A Constituição alude 'a notável saber jurídico'. Haverá de ser bacharel em Direito? Indubitavelmente, sim. Só pode notabilizar-se na área jurídica aquele que nela desempenhar atividade durante certo período."

³⁶ Cf. BOMFIM, *Supremo...*, p. 44, o vocábulo "jurídico" foi acrescentado pela CF/34, para evitar atos como o que ocorreu no governo Floriano Peixoto, em que o Senado anulou a nomeação para o STF, do médico Barata Ribeiro.

³⁷ KELSEN, *Jurisdição...*, p. 154.

Iduna Weinert Abreu³⁸, ao tratar do aspecto político da análise pelo Supremo Tribunal Federal da Argüição de Relevância, pondera que “Ao interpretar os dispositivos constitucionais, opera o Supremo Tribunal Federal verdadeiro trabalho de ‘construção’ doutrinária e jurisprudencial sobre matéria constitucional, pela explicitação dos princípios que, nem sempre, se encontram suficientemente compreensíveis.”

Ademais, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar, nas infrações penais comuns os exercentes das demais funções em que se divide o poder político, como o Presidente e o Vice-Presidente da República e os Membros do Congresso Nacional³⁹.

Por outro lado, evidente a natureza política⁴⁰ do Supremo Tribunal Federal, que o qualifica como Tribunal Constitucional, quando, desde a Lei nº 221/1894, possui competência para declarar a inconstitucionalidade de norma legal, tendo em vista que, nesta atribuição está contido o poder para anular um ato advindo de um outro "poder".

Aliás, a própria competência do Supremo Tribunal Federal, estabelecida no art. 102, denota o seu caráter jurídico-político⁴¹, pois diz tal dispositivo ser de sua competência, *precipualemente*, a guarda da Constituição, ou seja, é da essência do Supremo zelar pela preservação das normas constitucionais e, portanto, do próprio Estado Constitucional Democrático. Dessa forma, a partir de uma interpretação sistemática que parte da atribuição essencial do Supremo Tribunal, cabe a ele o controle da correta aplicação e interpretação de uma carta política na qual estão

³⁸ ABREU, Iduna Weibert. Argüição de relevância: aspecto político de sua apreciação pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 14 n. 56, p. 205-212, out./dez. 1977, p. 208.

³⁹ Art. 102, I, "b", da CF/88.

⁴⁰ CANOTILHO, *Direito constitucional...*, p. 679-680, ressalta que: "Os problemas constitucionais, num Estado de direito democrático são irreduzíveis a 'questões jurídicas' puras ou a 'questões políticas jurisdicionalmente disfarçadas'. A dimensão política e a dimensão jurídica são as duas dimensões necessárias e incidíveis das questões constitucionais (Ridder), sendo tão unilateral classificar as funções exercidas por um tribunal constitucional como 'funções políticas em forma jurisdicional', como qualificá-las de 'funções jurisdicionais sobre matérias políticas'. O que caracteriza decisivamente a função de um tribunal constitucional é a sua 'jurisdicionalidade' (Gerichtsförmigkeit) e a sua vinculação a uma medida constitucional material de controlo (Schlaich)."

⁴¹ Neste sentido SOUZA, Nelson Oscar de. *Manual de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 109.

regulados os aspectos políticos de estruturação do País, tais como repartição de competências e preservação de garantias e liberdades constitucionais.

Francisco Campos⁴², ao se dirigir aos Ministros de nossa Corte Constitucional, na solenidade de abertura dos trabalhos em 2 de abril de 1941, foi enfático:

se podeis decidir sobre a Constituição e sobre ela, decidis toda vez que a interpretaís, o que decidis, em suma, é sobre matéria de Governo e, particularmente, sobre a política legislativa do Governo.

[...]

desde que decidis matéria constitucional, estais decidindo sobre os poderes do Governo. Sois o juiz dos limites do poder do Governo e, decidindo sobre os seus limites, o que estais decidindo, em última análise, é sobre a substância do poder.

Nesse passo, vale a lição de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero⁴³:

o que precisamente guarda a Constituição? Qual o seu papel em nosso ordenamento jurídico? Apenas respondendo a essas fundamentais indagações teremos condições de perquirir qual a real função do Supremo Tribunal Federal em nosso Estado Constitucional.

De um lado, a Constituição guarda os valores em que se funda a sociedade brasileira, constituindo a base axiológica de todo o ordenamento jurídico. Enuncia-os e coloca-os no plano jurídico, constituindo um sistema aberto de princípios, regras e postulados. De outro, à Constituição compete um papel unificador do Direito no Estado Constitucional. É sua função outorgar unidade ao Direito. Ao Supremo, nessa quadra, outra tarefa não poderia restar que não contribuir para a unidade do Direito o Estado Constitucional brasileiro, estabilizando-o e desenvolvendo-o unitariamente em seu cotidiano.

[...]

Dáí, pois, a consecução da unidade do Direito pelo Supremo Tribunal Federal em uma dupla perspectiva: a uma, no plano da unidade retrospectiva, alcançada pela compatibilização das decisões; a duas, no plano da unidade prospectiva, buscada pelo desenvolvimento de novas soluções aos problemas sociais.

Como se vê, pela conjugação da dupla função do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário, identificada por Marinoni e Mitidiero, não há como se deixar de conjugar a sua missão técnico-política de intérprete da Constituição, não só quanto ao aspecto de uniformização, mas também de *modernizador e reconstrutor* do direito.

⁴² CAMPOS, Francisco. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1942, p. 367.

⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 14-17.

Outrossim, evidente a natureza política do Supremo quando, a partir do acréscimo à Carta Constitucional, do art. 103-A⁴⁴, não somente as decisões tomadas no controle abstrato de normas terão efeito vinculante, mas também poderá ser estendido esse efeito àquelas tomadas no controle concreto, tendo em vista a adoção em nosso sistema, da súmula vinculante. Neste sentido, lição do mestre Canotilho, ao analisar as decisões do Tribunal Constitucional português:

As decisões do Tribunal Constitucional acabam efectivamente por ter força política, não só porque a ele cabe resolver, em última instância, problemas constitucionais de especial sensibilidade política, mas também porque a sua jurisprudência produz, de facto ou de direito, uma influência 'determinante' junto dos outros tribunais e exerce um papel condicionante do comportamento dos órgãos de direcção política.⁴⁵

Na verdade, consoante ressalta Michel Temer⁴⁶, "Controlar a constitucionalidade de ato normativo significa impedir a subsistência da eficácia de norma contrária à Constituição.", o que só é cabalmente alcançado via decisão do Supremo Tribunal Federal, uma vez que, enquanto os órgãos do Poder Judiciário *stricto sensu* tornam ineficaz a norma considerada contrária à Constituição aos casos que lhes são submetidos, a Corte Maior tem poder para tornar ineficaz a norma considerada contrária à Constituição em relação a todos os casos apresentados no País, com efeitos *erga omnes*.

Ao Supremo Tribunal Federal compete, pois, tutelar a observância do princípio da supremacia da Constituição que, segundo lição do mestre Canotilho, exprime-se também, através da chamada *reserva de constituição*, ou seja, *determinadas questões respeitantes ao estatuto jurídico do político não devem ser reguladas por leis ordinárias mas sim pela constituição*.

E continua o mestre português:

⁴⁴ "Art. 103-A O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei."

⁴⁵ CANOTILHO, *Directo constitucional...*, p. 681.

⁴⁶ TEMER, *Elementos...*, p. 40.

Esta reserva de constituição articula-se com a 'liberdade de conformação do legislador', ou seja, um espaço de conformação atribuído ao legislador e que significa não ter querido a Constituição remeter para o órgão legiferante apenas tarefas de mera execução de normas constitucionais.

A reserva de Constituição concretiza-se, sobretudo, através de dois princípios: o 'princípio da tipicidade constitucional de competências' e o 'princípio da constitucionalidade de restrições a direitos, liberdades e garantias'. Na definição do quadro de competências, as funções e competências dos órgãos constitucionais do poder político devem ser exclusivamente constituídas pela constituição, ou, por outras palavras, todas as funções e competências dos órgãos constitucionais do poder político devem ter fundamento na constituição e reconduzir-se às normas constitucionais de competência. [...] No âmbito dos direitos, liberdades e garantias, a reserva de constituição significa deverem as restrições destes direitos ser feitas directamente pela constituição ou através de lei, mediante autorização constitucional expressa e nos casos previstos pela constituição (cfr. art. 18.º/2).

[...]

O princípio da constitucionalidade não equivale, como resulta do que se acaba de afirmar em c), a uma total normação jurídica feita directamente pela constituição. No entanto, quando existe uma normação jurídico-constitucional ela não pode ser postergada quaisquer que sejam os pretextos invocados. Assim, o princípio da constitucionalidade postulará a 'força normativa da constituição' contra a dissolução político-jurídica eventualmente resultante: (1) da pretensão de prevalência de 'fundamentos políticos', de 'superiores interesses da nação', da 'soberania da nação', do 'realismo financeiro' sobre a normatividade jurídico-constitucional; [...].⁴⁷

César Saldanha Souza Júnior entende estar consubstanciada no princípio da supremacia do Direito a “acolhida na Constituição, por consenso da comunidade, de valores éticos supremos do direito como fins últimos da convivência política e – a partir daí – a sujeição ao ordenamento jurídico vigente, por meio de técnicas normativas adequadas, da organização e do funcionamento do Estado e de toda a vida social.”⁴⁸

Outrossim, não podemos olvidar que o princípio da constitucionalidade deve ser observado não somente pelo legislador, mas por todos os aplicadores do direito, no que se incluem os administradores públicos.

Neste passo, cumpre insistir com a sempre oportuna lição de Canotilho:

O princípio de conformidade dos actos do estado com a constituição é mais amplo que o 'princípio da constitucionalidade das leis'. Ele exige, desde logo, a conformidade intrínseca e formal de todos os actos dos poderes públicos (em sentido amplo: estado, poderes autónomos, entidades

⁴⁷ CANOTILHO, *Directo constitucional...*, p. 247-248.

⁴⁸ SOUZA JÚNIOR, César Saldanha. *A Supremacia do direito no Estado democrático e seus modelos básicos*. Porto Alegre: [s.n.], 2002, p. 42.

públicas) com a constituição [...]. Mesmo os actos não normativos directamente densificadores de momentos políticos da constituição - actos políticos - devem sujeitar-se aos parâmetros constitucionais e ao controlo (político ou jurídico) da sua conformidade com as normas da Constituição [...]. O princípio da constitucionalidade não é apenas uma exigência de que actos dos poderes públicos não violem por 'acção' as regras e princípios constitucionais; também a 'omissão' inconstitucional, por falta de cumprimento de deveres jurídicos de legislar contidos em normas constitucionais, constitui uma violação do princípio da constitucionalidade [...]⁴⁹

Como se vê, ao tutelar a preservação do princípio da supremacia da Constituição, cabe ao Supremo Tribunal Federal verificar se não estão sendo agredidos os princípios 'da tipicidade constitucional de competências' e o 'princípio da constitucionalidade de restrições a direitos, liberdades e garantias', controle este que, por voltar-se à Constituição tem uma natureza evidentemente jurídico-política⁵⁰.

No entanto, cumpre ponderar que a natureza político-jurisdicional da atividade do Supremo Tribunal Federal, em que pese majoritária, não é unânime, dela divergindo, v.g., Michel Temer⁵¹, conforme fundamentos que traça:

Sustentam muitos que esta atividade adquire color eminentemente político dado que seu objetivo último é a retirada da eficácia do ato normativo. Não nos parece que esse desempenho do Judiciário não seja exclusivamente jurisdicional. Como veremos, o Judiciário se cinge a 'declarar' a inconstitucionalidade. Realiza a mesma atividade desenvolvida em outras questões postas à sua apreciação. Isto é, diz o direito aplicável a uma controvérsia, em caráter definitivo. Não há controvérsia mais séria do que o saber se o ato normativo consoa, ou não, com o texto constitucional. Nesse momento o Judiciário está 'dizendo o direito' no mais expressivo dos litígios ocorrentes no Estado: o confronto entre a manifestação de um órgão constituído (atos normativos) e a manifestação anterior do poder constituinte (Constituição). Pode inexistir interesse pessoal e mesmo material em jogo. Mas o Judiciário não tem a missão constitucional de solucionar conflitos individuais ou coletivos, apenas. Tem, também, a de manifestar-se sobre o direito infraconstitucional que pode permanecer no sistema, porque a este não vulnera. Trata-se de interpretação de normas, de apreciação do Direito, atividade decorrente da jurisdição. A circunstância de a decisão interessar à coletividade não transmuda a função do órgão. Todas as decisões por ele proferidas interessam à

⁴⁹ CANOTILHO, *Directo constitucional...*, p. 246-247.

⁵⁰ Nessa linha o pensamento de Canotilho: "Os problemas constitucionais, num Estado de direito democrático, são irreduzíveis a 'questões jurídicas' puras ou a 'questões políticas juridicamente disfarçadas'. A dimensão política e a dimensão jurídica são as duas dimensões necessárias e incidíveis das questões constitucionais (Ridder), sendo tão unilateral classificar as funções exercidas por um tribunal constitucional como 'funções políticas em forma jurisdicional', como qualificá-las de 'funções jurisdicionais sobre matérias políticas'. O que caracteriza decisivamente a função de um tribunal constitucional é a sua 'jurisdicionalidade' (Gerichtsförmigkeit) e a sua vinculação a uma medida constitucional material de controlo (Schlaich).

⁵¹ TEMER, *Elementos...*, p. 42.

comunidade, dado que visam à pacificação das relações sociais. Daí entendermos que a função de declarar a inconstitucionalidade de ato normativo pelo STF é jurisdicional.

Em contrapartida, com muita propriedade, pondera Braghittoni⁵²:

Não é viável criar-se um órgão político, como o Supremo, e dar-lhe a tarefa de interpretar uma carta política, como a Constituição, para depois dizer que determinada interpretação não foi 'técnica', mas sim 'política'! Podemos até dizer que ela foi 'ruim', mas chamá-la de política, em vez de uma crítica, é uma redundância. É óbvio que ela foi política! Não deixaria de sê-lo em hipótese alguma, por mais que meramente tentasse 'repetir' o texto da lei.

Em face do exposto, a partir de uma análise sistemática, a posição do Supremo na Constituição coaduna-se com sua natureza de Corte Constitucional, uma vez que, ao não integrar a estrutura do Poder Judiciário *stricto sensu*, afastada está a objeção de Kelsen de que o Tribunal Constitucional não deve integrar o Poder Judiciário, mas constituir-se em um poder político independente.

3. O Supremo Tribunal Federal no julgamento dos recursos

3.1. O Supremo no julgamento do Recurso Ordinário Constitucional

A competência do Supremo Tribunal Federal se desdobra em “questões de competência originária e de competência recursal. O rol das primeiras compreende julgamentos de processos que repercutem na vida nacional, pelo conteúdo objetivo (a matéria tratada) ou subjetivo (as pessoas envolvidas civil ou criminalmente).”⁵³

Em relação à competência recursal, além da competência para o julgamento do Recurso Extraordinário, compete ao Supremo Tribunal julgar, em recurso ordinário, os *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data* e o mandado

⁵² BRAGHITTONI, Ives. *Recurso extraordinário: uma análise do acesso do Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 69.

⁵³ CENEVIVA, Walter. *Direito constitucional brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 271.

de injunção, decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão, assim como, o crime político.⁵⁴

Assim sendo, compete-lhe apreciar o recurso contra decisões de improvimento em processos que digam respeito a Governadores, Desembargadores, membros dos Tribunais de Contas dos Estados e Distrito Federal, dos Tribunais Regionais Federais, Eleitorais e do Trabalho, dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e do Ministério Público da União que officie perante os tribunais, a Ministro de Estado ou Comandantes das Forças Armadas, bem como compete-lhe apreciar o crime político.

Consoante podemos constatar, assim como ficou destacado em relação ao Recurso Extraordinário, a partir da inclusão, no texto constitucional do requisito da repercussão geral, as matérias de conhecimento do Supremo por força do recurso ordinário constitucional são, obviamente de repercussão geral, seja pela autoridade envolvida na causa, seja pela matéria tratada no caso, o que não afasta, portanto, mesmo tendo em vista sua competência para o julgamento desse recurso ordinário, sua característica de Tribunal Constitucional com função de julgador político.

3.2. O Supremo no julgamento do Recurso Extraordinário – Corte Constitucional ou Terceiro Grau de Jurisdição?

O papel do Supremo Tribunal Federal tem provocado curiosidade doutrinária, tendo em vista a contraposição usual que se tece entre as concepções de Corte Constitucional e Tribunal de Terceiro Grau de Jurisdição.

José Miguel Garcia Medina⁵⁵ informa que, na Argentina, há discussão doutrinária a respeito da caracterização da Corte Suprema no julgamento do Recurso Extraordinário. Parte da doutrina defende a natureza do tribunal, neste

⁵⁴ Cf. art. 102, II, da CF.

⁵⁵ MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 26-27.

caso, como sendo corte de terceira instância, malgrado admita tratar-se de uma instância excepcional, com âmbito de devolutividade restrito à matéria prevista pela lei como passível de recurso^{56 57}.

Outros doutrinadores, no entanto, sustentam que o recurso extraordinário abre uma nova instância, reduzida e parcial, que se limita à matéria federal trabalhada pela decisão recorrida⁵⁸.

Mais adiante, segue o doutrinador⁵⁹, sustentando que:

No entanto, não nos parece correto considerar que se trataria, no caso, de uma terceira instância. Isso porque os recursos especial e extraordinário não dão ensejo a novo reexame da causa, mas, sim, a reexame das questões de direito federal ou constitucional constantes da decisão recorrida, e desde que presentes certos requisitos, discriminados na Constituição Federal.

Todavia, considerando a consequência advinda do provimento do Recurso Extraordinário, qual seja, a reforma de uma decisão de única ou última instância, com a substituição pela decisão do Supremo Tribunal Federal, haverá, sim, um reexame da causa⁶⁰, não sob os seus aspectos fáticos, mas sob os seus aspectos ou fundamentos jurídicos, no caso, limitada a cognição do Supremo Tribunal Federal, ao conhecimento dos fundamentos constitucionais aplicáveis ao caso.

Dessa forma, sob o seu aspecto intrínseco, há, na interposição do Recurso Extraordinário, a abertura de uma terceira instância jurisdicional - em que pese excepcional ou extraordinária - que irá reapreciar, sim - com uma cognição limitada às questões referentes à aplicação da Constituição - a causa⁶¹. Tanto há reapreciação do fundamento jurídico-constitucional do pedido que, ao analisar o Recurso Extraordinário, o Supremo Tribunal Federal estará reexaminando

⁵⁶ SERRA, María Mercedes. *Procesos y recursos constitucionales*. Local: Editora, data, p. 176,

⁵⁷ MORELLO, Augusto Mario. *Recursos extraordinários y la eficacia del proceso*. Local: Editora, data, p. 414-415.

⁵⁸ CAMPOS, German J. Bidart. *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*. Buenos Aires: Ediar, 1987, p. 309.

⁵⁹ MEDINA, *O prequestionamento...*, p. 27.

⁶⁰ Neste sentido a redação do art. 324, parte final, do RISTF, ou seja, conhecendo do recurso, o STF julgará a causa, aplicando o direito à espécie.

⁶¹ Súmula 456 do STF – O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa aplicando o direito à espécie.

exatamente aquilo que já fora analisado pelo juiz de primeiro grau no controle difuso de constitucionalidade, ou que já fora apreciado por um tribunal de origem, este, assim como a Corte Maior, só podendo vir a declarar a inconstitucionalidade de norma, respeitado o quorum previsto no art. 97 da CF.

Aliás, tanto há exame da causa pelos Tribunais Superiores, a partir do conhecimento dos Recursos Especial e Extraordinário, que a doutrina vem estendendo a eles a aplicação do art. 515, § 3º, do CPC⁶², com o que não se concorda, pois, nesse caso, salvo melhor juízo, estar-se-á a afrontar a competência da Constituição em definir e limitar o conhecimento dessas Cortes Jurisdicionais, exigindo que a matéria por eles analisada tenha sido decidida em única ou última instância. Aplicar a eles a regra do art. 515, § 3º, é transformá-los em Cortes Comuns de Justiça, afrontando sua natureza e caráter de Tribunais de Uniformização da interpretação do direito no País, bem como agredindo o princípio *do mínimo de intervenção do Supremo Tribunal Federal nas decisões da Justiça local*.

Ocorre que, se há um exame da causa pelos Tribunais Superiores, este se dá de forma mediata, a partir da correção que se fizer na aplicação ou interpretação da lei ou da Constituição. Dessa forma, defender a aplicação do art. 515, §3º, do CPC a eles é transformá-los em tribunais de justiça imediata ao caso concreto, afrontando norma constitucional expressa.

Por outro lado, há uma tendência a se negar a admissão de abertura de verdadeira nova instância recursal por força do recurso extraordinário, sob o receio de que esta via fique por demais elastecida, com o conseguinte soterramento do Supremo Tribunal pela avalanche de processos que lhe adviriam, assim como, tendo em vista o caráter político desse Tribunal.

⁶² MEDINA, *O prequestionamento...*, p. 38-39. “Assim, não se permite alegar a ausência de pressupostos ou de condições da ação nas razões de recurso especial, sem que o tema jurídico tenha sido enfrentado pelo Tribunal ‘a quo’. No entanto, uma vez conhecido o recurso especial, deverá o Superior Tribunal de Justiça aplicar o direito à espécie (cf. Súmula 456 do STF) e, neste caso, poderá ter incidência o princípio referido no art. 515, par 3, do CPC. A mesma solução aplica-se ao recurso extraordinário, ‘mutatis mutandis’.”

Na verdade, o problema é de interpretação dogmática. O princípio do duplo grau de jurisdição garante à parte inconformada com uma decisão judicial que lhe foi desfavorável, o direito à sua reapreciação pelo Poder Judiciário. Assim, garante-se ao jurisdicionado um duplo exame do caso pelo Poder Judiciário, de modo a buscar a confirmação da correção da primeira decisão, o que se alcança, com o acesso aos Tribunais de Justiça Estaduais ou Federais.⁶³

Nesse sentido, reconhecer o recurso extraordinário como instrumento para o acesso a uma terceira instância não importa em abrir as portas do Supremo Tribunal Federal. Ao contrário, se o próprio princípio do duplo grau de jurisdição não deve ser concebido de forma absoluta⁶⁴, menos ainda, terão acesso à terceira instância todos os processos⁶⁵, mormente considerando que, essa nova instância processual permite levar a revisão da decisão recorrida ao Supremo Tribunal Federal, cujo caráter político é mantido, tendo em vista a forma de composição dessa Corte, bem como os objetivos que ela visa a preservar.

Por oportuno, cumpre trazer à colação, lição sempre apropriada de Wagner Amorim Madoz⁶⁶:

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 partes, trazido à Corte via recurso extraordinário, deve ser visto apenas

⁶³ Nesse sentido ver GRINOVER, Ada; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance, apud MEDINA, *O prequestionamento...*, p. 102, nota de rodapé 228.

⁶⁴ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. O duplo grau de jurisdição e sua perspectiva constitucional. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (Org.) *Processo e constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 185-186 lembra que a existência do duplo grau de jurisdição "enquanto regra obrigatória do sistema jurídico brasileiro tem se tornado a cada dia que passa, mais controvertida, em razão de um movimento doutrinário cujo objetivo é a celeridade processual e o conhecido 'direito a uma duração razoável do processo'." Refere-se, nesse ponto, a CAPPELLETTI, Mauro. *Giustizia e società*. Milano: Edizioni di Comunità, 1972, p. 365.

⁶⁵ "o direito à impugnação das decisões deve ser mantido dentro de limites de racionalidade e razoabilidade que permitam o desenvolvimento do processo com atendimento de seus objetivos básicos.

[...]

E face das exigências opostas de certeza e de segurança têm os ordenamentos jurídicos buscado o necessário equilíbrio por meio da limitação dos procedimentos de impugnação, evitando a eternização das demandas e a conseqüente frustração dos postulados da efetividade. A previsão de ilimitada impugnabilidade laboraria, por certo, em desfavor da efetividade, causando danos sem conta à função apaziguadora realizada pela atividade processual." (SÁ, Djanira Maria Radamés de. *A atividade recursal civil na reforma do poder judiciário*. São Paulo: Pilares, 2006, p. 28-29)

⁶⁶ MADOZ, Wagner Amorim. O recurso extraordinário interposto de decisão de Juizados Especiais Federais. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 119, p. 60-89, 2005, p. 76.

como pressuposto para uma atividade jurisdicional que transcende os interesses subjetivos. Tal perspectiva, a par de fortalecer o papel principal da Corte, qual seja a defesa da Constituição, representa a única alternativa possível para a viabilização do Supremo.

Rodolfo de Camargo Mancuso⁶⁷, por sua vez, leciona que:

[...] dizer que os recursos especial e extraordinário não se destinam precipuamente à revisão de decisões injustas é afirmação que, à primeira vista, pode chocar, mas que é compreensível, dentro do sistema. Assim como o E. STF não é simplesmente mais um Tribunal Superior, e sim a Corte Suprema, encarregada de manter o império e a unidade do direito constitucional, também o recurso extraordinário não configura mais uma possibilidade de impugnação, e sim o remédio de cunho político-constitucional (seus pressupostos não estão na lei processual) que permite ao STF dar cumprimento à elevada missão de guarda da Constituição (art. 102, caput).

Assim, se os juízes, ao prestarem a jurisdição, devem, através do processo⁶⁸, aplicar e interpretar a Constituição⁶⁹, de modo a preservar as garantias e direitos por ela assegurados, só devem chegar ao Supremo Tribunal Federal as questões Constitucionais, cuja resolução possa não vir a ser suficiente pelas instâncias inferiores, uma vez que se referem a matérias constitucionais de interesse e repercussão de abrangência nacional, como seria o caso, *v.g.*, de decisões que resolvessem acerca da preservação - ou não - dos direitos fundamentais.

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira afirma que

No contexto antes delineado ressalta a importância dos direitos fundamentais, visto que criam os pressupostos básicos para uma vida na liberdade e na dignidade humana. Cuida-se, portanto, dos direitos inerentes

⁶⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 117.

⁶⁸ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (Org.) *Processo e constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 4-5, ressalta que: "Realmente, se o processo, na sua condição de autêntica ferramenta de natureza pública indispensável para a realização da justiça e da pacificação social, não pode ser compreendido como mera técnica mas, sim, como instrumento de realização de valores e especialmente de valores constitucionais, impõe-se considerá-lo como direito constitucional aplicado."

⁶⁹ Vide em CANOTILHO, *Direito constitucional...*, p. 95: "Por último, da 'essência constitucional americana' fazem parte os tribunais que exercem a justiça em nome do povo (people's court). Os tribunais devem ser constituídos por juízes e os juízes são agentes do povo nos quais este deposita a confiança (trust) de preservação dos princípios de justiça e dos direitos condensados na lei superior. Se necessário, os juízes farão uso do seu 'direito-dever' de acesso à constituição desaplicando as 'más leis' do governo e declarando-as nulas (judicial review of legislation).

à própria noção dos direitos básicos da pessoa, que constituem a base jurídica da vida humana no seu nível atual de dignidade.⁷⁰

Ocorre que não se pode esquecer que a Constituição estabelece diretrizes a serem seguidas e desenvolvidas pelo nosso ordenamento jurídico, logo, em que pese a auto-aplicação às normas que prevêm os direitos fundamentais, a interpretação deve ser sistemática e conforme à Constituição, o que significa que somente podemos concluir pela inconstitucionalidade, quando não acharmos meios de preservar a integridade do sistema.

Nesse ponto, leciona C. A Alvaro de Oliveira,

[...] a interpretação deve ser conforme à Constituição, encarada esta de forma global, com ponderação de valores entre os direitos fundamentais adequados e o bem protegido pela restritiva. Vale dizer: o aplicador da norma deve inclinar-se pela interpretação que conduza à constitucionalidade da norma, embora por outra via pudesse considerá-la inconstitucional.⁷¹

As leis, como é cediço, são presumidamente, constitucionais, uma vez que, o legislador, em sua elaboração, consoante leciona Canotilho⁷², está vinculado aos ditames proclamados no texto constitucional.

⁷⁰ ALVARO DE OLIVEIRA, O processo..., p. 3-4.

⁷¹ Ibid., p. 9.

⁷² CANOTILHO, *Direito constitucional...*, p. 246: "A vinculação do legislador à constituição sugere a indispensabilidade de as leis serem feitas pelo órgão, terem a forma e seguirem o procedimento nos termos constitucionalmente fixados. Sob o ponto de vista orgânico, formal e procedimental as leis não podem contrariar o princípio da constitucionalidade ."

B) Estado Constitucional, Controle de Constitucionalidade e Supremo Tribunal Federal

1. Ciclos constitucionais

1.1. Rule of Law

O *Rule of Law*, desenvolvido pelo *Common Law* tem suas raízes na *Magna Charta Libertatum* de 1215, a qual estabeleceu o princípio do devido processo legal como norteador do necessário controle do poder. Alcançando o ápice do desenvolvimento nos Estados Unidos, com a conseqüente valorização do Poder Judiciário como seu instrumento, teve, no caso “Marbury vs. Madison”, uma importante maturação ante o reconhecimento da possibilidade de controle judicial da constitucionalidade das leis e do atos do Poder Público pela Suprema Corte – *judicial review*.⁷³

Daniel Mitidiero, com a clareza que lhe é peculiar, sintetiza adequadamente o sistema *Common Law*, esclarecendo que

No common law, próprio da Inglaterra e dos Estados Unidos, a fonte primária do direito está nos juízes, nos precedentes judiciais, havendo uma legitimação procedimental do direito, orientado pelo senso natural do justo em concreto. O instrumento técnico para constituição do jurídico é o processo, operando o direito com o emprego da cláusula do ‘due process of law’. Em termos institucionais, o ‘common law’ vem fortemente marcado pela distinção entre o domínio da política e o domínio do direito, cabendo ao Legislativo às deliberações políticas e ao Judiciário às questões jurídicas, tudo à base de um consenso histórico entre essas instituições a respeito dos limites de cada uma dessas atividades.⁷⁴

Assim, o *Rule of Law* sem codificação expressa a supremacia do direito através do ‘due process’.⁷⁵

⁷³ Ver ZANETI JÚNIOR, *Processo...*, p. 13-15.

⁷⁴ MITIDIERO, Daniel. *Processo civil e estado constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 17.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 18.

César Saldanha⁷⁶, a esse respeito, pondera que

no Rule of Law não há lugar para o princípio da legalidade, o princípio rival do 'due process'. Quem estuda o 'common law' nada encontra sobre ele, especialmente até a primeira guerra mundial. Agora pode-se entender bem a razão. No 'common law', os 'statutes' estão sujeitos ao 'judicial review' e ao 'rule of exclusion'. Em virtude desses poderes do juiz, a exigência de obedecer ao ato legislativo (que, no Continente, se aproximaria do princípio da legalidade) resolve-se na esfera do 'due process'. Com efeito, é o 'due process' que vai definir os termos em que subsiste a obrigação de obedecer a um ato legislativo. Portanto, é o 'due process' o princípio primeiro e fundamental do 'Rule of Law'. A legalidade – se é que existe no 'common law' – subsume-se como um aspecto do princípio, amplo e configurador do processo devido.

Por outro lado, no *Rule of Law* codificado em que há uma Constituição escrita, houve um aperfeiçoamento do controle judicial acerca da observância do princípio da supremacia da Constituição, uma vez que, conforme observa Daniel Mitidiero⁷⁷,

[...] a combinação de uma Constituição escrita...com a atribuição ao Judiciário, através do 'due process', da tarefa e velar pela supremacia final do direito, fez eclodir a técnica da supremacia da Constituição, estando todos os poderes do Estado submetidos a essa e, pois, suscetíveis às decisões daquele órgão a que pertence o mister de interpretá-la....Surge, daí, o controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário, atribuído a todos os seus órgãos e, em especial, ao seu tribunal de cúpula. Nasce, na expressão de Gustavo Zagrebelsky⁷⁸, um sistema de 'Judicial Review of Legislation'.

Aliás, tal sistema sedimenta-se justamente no fato de que toda a estruturação do Estado está prevista na Constituição, logo, ela é partida e chegada para a criação, interpretação e concretização do Direito. A esse respeito vale trazer a lume lição de Jorge Miranda⁷⁹, segundo a qual

[...] os Estados Unidos vivem quase desde a sua formação sob o princípio da constitucionalidade, isto é, de que as leis e os outros actos do Estado devem estar conformes à Constituição e não devem ser aplicados pelos tribunais no caso de serem desconformes. Nenhum preceito constitucional exposto confere este poder de garantia aos tribunais, prevê o 'judicial review'. Não obstante, sólidas razões jurídicas foram invocadas, desde o início, para o sustentar. Foram elas: 1º) o poder legislativo é um poder 'constituído', que não pode ser exercido em contrário da Constituição, obra do 'poder constituinte'; 2ª) os tribunais só podem aplicar leis válidas e são

⁷⁶ SOUZA JÚNIOR, *A supremacia...*, p. 104.

⁷⁷ MITIDIERO, *Processo...*, p. 18-19.

⁷⁸ PROCESSO costituzionale. In: ENCICLOPÉDIA del Diritto. Milano: Giuffrè, 1987, v. 36, p. 568.

⁷⁹ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Coimbra, 1997, v. 1, p. 147-148.

inválidas as leis contrárias à Constituição – que é lei superior a todas as outras leis.

1.2. “État Legal”

Consoante lição de Daniel Mitidiero⁸⁰,

Na tradição romano-canônica, em que se ensartam a maioria dos países da Europa Ocidental (Itália, França, Alemanha e Espanha, por exemplo), todavia, o direito encontra a sua primeira e mais clara expressão na lei, em um ato formal promanado do Poder Legislativo, partindo-se de uma legitimação material da ordem jurídica, tendo como modelo o ‘Corpus Iuris Civilis’, de Justiniano, donde se deduz, do abstrato ao concreto, o direito a ser observado. O instrumento de que se vale o jurista para tanto é a legislação, sendo a norma fundamental do sistema jurídico a legalidade. Em termos institucionais, a tradição jurídico romano-canônica tem como órgão supremo de juridicidade o Legislativo, que detém a última palavra não só na matéria política, ma também na jurídica. É significativo, por exemplo, que a Constituição italiana expressamente refira que ‘la giustizia è amministrata in nome del popolo’, para, logo em seguida, acrescentar que ‘i giudici sono soggetti soltanto alla legge’ (art. 101).

E continua o mestre gaúcho⁸¹,

Nesse ambiente político, filosófico e metodológico, os juízes limitam-se a vocalizar estritamente as palavras da lei, tendo em conta mesmo dois dos ‘postulados capitais’ da Escola da Exegese, quais sejam, a identificação de todo o direito com a lei e a assunção da exclusividade da lei como único critério jurídico possível. Em decorrência desse papel central outorgado à legalidade e da dimensão minimalista do Judiciário, o État Légal desconhece um controle de constitucionalidade da lei propriamente dita, cifrando-se à aferição da conformidade do projeto de lei à Constituição, relegando-o ainda a órgão não-jurisdicional.

1.3. *Verfassungsstaat*

O Direito alemão, como observa Mitidiero, “[...] é o direito dos juristas alemães, dos letrados, dos professores de direito [...]”, logo, “[...] é fruto de uma elaboração jurídico-doutrinária a partir de textos histórico-jurídicos que prescindem, em um primeiro momento, da chancela estatal para se constituírem como direito, sendo, produto de uma gradual evolução.”

⁸⁰ MITIDIERO, *Processo...*, p. 17.

⁸¹ *Ibid.*, p. 20-21.

A partir disso,

O rechtsstaat...trabalha a legalidade positiva sobre o pano de fundo de uma supralegalidade. Eis tudo: no Rechtsstaat o direito não se esgota na legalidade. Esta abre-se à supralegalidade. E essa supralegalidade, principal traço distintivo entre o Rechtsstaat e o État Légal, vai acabar institucionalizada no Tribunal Constitucional, órgão a que cabe, de maneira concentrada, exercer a jurisdição constitucional.

Em resumo, pode-se afirmar que a supralegalidade do Rechtsstaat encontrou resposta na jurisdição constitucional concentrada do tribunal Constitucional, com o que se deu a plena institucionalização do verfassungsstaat. A supremacia do direito, na Alemanha, é uma supremacia da Constituição assegurada pelo Tribunal Constitucional, pelo poder de seus juízes de corrigir a 'loi écrite'⁸²

Desta forma, como se vê, no sistema alemão, o conteúdo da lei se define e é concretizado a partir dos valores e princípios num plano supralegal que tem suas concepções institucionalizadas e asseguradas na cognição do Tribunal Constitucional.

1.4. Estado Constitucional Brasileiro à luz dos modelos anteriores

O modelo jurisdicional brasileiro, sofrendo influências européias e estadunidenses, resultou num sistema híbrido que, apesar de apresentar uma riqueza de situações a serem analisadas e que permitem uma maior versatilidade de métodos para a resolução dos problemas jurídicos apresentados, inspira um cuidado redobrado do intérprete no momento do aplicar do Direito.

Aliás, Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz⁸³, em artigo publicado sob a égide da Constituição anterior, já ressaltava o caráter híbrido de nosso Supremo Tribunal Federal, ao sustentar que:

[...] a Suprema Corte Brasileira possui caráter 'híbrido': parece-se com o Tribunal de Revisão da República Federal da Alemanha (pois a Corte de Cassação, como a francesa, só pode anular a sentença enquanto o Tribunal

⁸² MITIDIÉRO, *Processo...*, p. 22-23.

⁸³ LENZ, Carlos Eduardo Thompson Flores. A relevância da questão federal e a crise do STF. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 295, p. 165-171, data, p. 166.

de Revisão examina o mérito e soluciona o litígio), ao julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância por outros Tribunais (CF, art. 119, III, letras a, b, e d); desempenha a função de Tribunal de instância superior ao julgar 'habeas corpus' decididos em única ou última instância pelos Tribunais federais ou estaduais, quando denegatória a decisão (CF, art. 119, II, c); bem como ao julgar recurso ordinário nas causas em que forem parte Estado estrangeiro ou organismo internacional e município ou pessoa domiciliada ou residente no País (CF, art. 119, II, a).

Na sua competência originária (CF, art. 119, I, letras a à p), se destaca o seu papel de Corte Constitucional; por último, há a função corregedora que lhe foi atribuída pela EC n. 7/77, com a criação do Conselho Nacional da Magistratura (CF, art. 120, caput e § 1º).

Ressaltando a peculiaridade de nosso sistema, no que tange à influência de ambas as tradições jurídicas – romano-germânica e *common law* estadunidense, Hermes Zaneti Júnior, com propriedade, pondera que: “O cruzamento ocorreu entre a ‘tradição’ do *common law* norte-americano, que inspirou nossa ordem político constitucional republicana, e a ‘tradição’ romano-germânica, predominante na Europa continental, do qual se recepcionou o direito privado, o direito público infraconstitucional (processual e administrativo) e o penal.”⁸⁴

Assim, especificamente no que importa para o presente trabalho, estabeleceu-se no Brasil um paradoxo consubstanciado na adoção, ao lado da tradição constitucional norte-americana, sedimentada na existência de uma Constituição escrita paralela a um aperfeiçoamento do controle judicial de concretização da observância do princípio da supremacia da Constituição, que tem como princípio norteador do sistema, o do devido processo legal e a Suprema Corte como órgão supremo de juridicidade, de um sistema que tem na lei, e por conseqüência, no princípio da legalidade, a primeira e mais importante fonte do Direito.

1.5. O Controle de Constitucionalidade no Brasil

A Constituição de 1.824 não contemplava qualquer sistema assemelhado aos modelos hodiernos de controle de constitucionalidade. Pimenta Bueno, sob

⁸⁴ ZANETI JÚNIOR, *Processo...*, p. 15-16.

influência francesa lecionava que o conteúdo da lei somente poderia ser definido pelo órgão legiferante.

Era a consagração do dogma da soberania do Parlamento.

Por outro lado, a instituição do Poder Moderador assegurava ao Chefe de Estado o elevado mister de velar para “a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos demais poderes”. Não havia lugar, pois, nesse sistema, para o mais incipiente modelo de controle judicial de constitucionalidade.

Posteriormente, a influência do Direito norte-americano sobre personalidades marcantes, como a de Rui Barbosa, parece ter sido decisiva para a consolidação do modelo difuso, consagrado já na chamada Constituição Provisória de 1.890.

Estabelecia-se, assim, o julgamento incidental da inconstitucionalidade, mediante provocação dos litigantes, assentando o controle de constitucionalidade das leis estaduais ou federais.

A Constituição de 1.891 incorporou essas disposições, reconhecendo a competência do STF para rever as sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, quando se questionasse a validade ou a aplicação de tratados e leis federais e a decisão do Tribunal fosse contra ela, ou quando se contestasse a validade de leis ou atos federais, em face da Constituição ou das leis federais, e a decisão do Tribunal considerasse válidos esses atos ou leis impugnadas.

A L. nº 221/1894 não deixava mais dúvidas quando ao poder outorgado aos órgãos jurisdicionais para exercer o controle de constitucionalidade. A reforma constitucional de 1.926 procedeu a algumas alterações, sem modificar, no entanto, a substância .

Considerava-se, assim, o amplo sistema de controle difuso de constitucionalidade do Direito Brasileiro. Convém observar que era inequívoca a consciência de que o controle de constitucionalidade não se havia de fazer *in abstracto*.

A necessidade de provocação de pessoa efetiva ou presumidamente lesada constituía pressuposto inarredável desse modelo de controle de constitucionalidade. Era, ao ver de Rui, “a primeira precaução contra a hipótese de conflito entre os poderes, de assunção pela Justiça de atribuições peculiares aos outros dois.

É o que se depreende das considerações tecidas pelo emérito doutrinador quanto ao conteúdo político de eventual decisão sobre inconstitucionalidade proferida em ação direta ou principal.

É importante assinalar, pois, que aparentemente já se vislumbrava, na doutrina pátria, a possibilidade de se instituir um sistema de controle de constitucionalidade mediante ação direta.

E isso parece tanto mais plausível se considerar-se que, na Comissão Constitucional do Congresso, que discutia o projeto do Governo Provisório, João Pinheiro e Júlio de Castilhos apresentaram propostas de disposições que outorgavam ao STF a competência para apreciar os casos de inobservância pelos Estados-membros das regras de organização, bem como dos princípios cardeais consagrados no Texto Magno.

Impõe-se reconhecer, porém, que já na Constituinte de 1.891, esboçara-se, ainda que de forma tênue, um modelo de controle de constitucionalidade mediante ação direta. E este sistema viria a se consolidar nas Constituições de 1.934 e 1.946, com a instituição da *representação interventiva*.

1.5.1. Controle difuso

O controle incidental em nosso sistema pode ser exercido por qualquer órgão do Poder Judiciário. O objeto principal da lide não será a constitucionalidade da norma, contudo, para se decidir a lide é necessária manifestação de juízo de constitucionalidade sobre a norma invocada.

Tratando-se de magistrado de primeiro grau, ele deverá afastar a norma inconstitucional, material ou formal, fundamentadamente e aplicará o artigo 4º da LICC. O juiz em 1º grau só deve afastar as normas inconstitucionais se for imprescindível para a solução do caso concreto, pois todas as normas se presumem constitucionais.

No caso dos Tribunais, estes podem declarar a inconstitucionalidade da norma, em conformidade com o artigo 97 da Constituição Federal. É importante salientar que muitos autores não fazem esta distinção entendendo poder o juiz de 1º grau declarar a inconstitucionalidade das normas. No caso do órgão fracionário estar julgando e constatar a inconstitucionalidade, como não detém a maioria absoluta dos membros, deverá suscitar o *incidente de inconstitucionalidade, em conformidade com o princípio de reserva de plenário insculpido no artigo 97 da CF*. Se ninguém argüiu em primeiro grau, ou em segundo, o órgão pode suscitar de ofício. Em qualquer momento, em segundo grau, até mesmo as partes em sustentação oral, ou o Procurador de Justiça ou da República.

Suscitar não quer dizer que será acolhido. Se for acolhido, o órgão fracionário remete para o pleno e não o sendo julgará o mérito. O pleno ou órgão especial, naqueles tribunais que o possuem como é o caso do TJRGS, só declarará, ou não, a inconstitucionalidade. Depois, remeterá os autos ao órgão fracionário para que, com base na decisão sobre a constitucionalidade, decida o mérito da lide. Feita a argüição em processo de competência da turma e considerada relevante, será ele submetido ao Plenário independentemente de acórdão, depois de ouvido o Procurador-Geral (art 176 §1º do RISTF). De forma simétrica, dispõe o art. 210 do RITJRGs, declarando que esta decisão, se proferida por maioria de 2/3, será obrigatória para casos análogos, salvo se algum órgão fracionário, por motivo relevante, entender necessário provocar novo pronunciamento sobre a matéria. *Do incidente de inconstitucionalidade não cabem embargos infringentes.*

Suscitado o incidente pelo órgão especial ou pleno, o relator é ouvido, se não foi ele quem suscitou, e depois, os outros membros são consultados. Se for aceito, os autos vão para o PGJ ou PGR que emitirá parecer específico e exclusivo. Feito

isto, os autos retornam ao órgão que se manifestará exclusivamente sobre a constitucionalidade ou não. Somente depois será julgado o mérito.

Para deliberar sobre matéria constitucional, o quórum necessário no STF é de oito membros (art. 143§ único c/c o art. 173 RISTF) e para se proclamar a inconstitucionalidade ou não do preceito, é necessária a manifestação de seis ministros no mesmo sentido.

1.5.2. Controle concentrado

O controle concentrado ataca a norma em tese. Ele é feito através de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) e Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), em nível federal, propostas perante o STF. A nível estadual existe apenas ADIN art. 95, XII, alínea “d”, Constituição do Estado do RS. No Controle Direto o que se discute é a Lei em tese. É preservação da própria Constituição. *Como não estamos diante de caso concreto, não há partes. A denominação utilizada para este processo é “processo objetivo”.* Possui apenas requerente, mas não possui requerido.

1.5.3. Objetivação do Controle Difuso

1.5.3.a. A natureza objetiva da defesa da ordem constitucional

O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o Recurso Extraordinário tem por objetivo manter a uniformidade da interpretação da norma constitucional no País, corrigindo, através deste instrumento processual, eventual descumprimento ou negativa de vigência da Carta Magna, segundo o que ele entende deva ser a interpretação adequada da Constituição. Assim sendo, funciona como Corte Constitucional, ainda que, através dessa atividade venha, de forma mediata, a

solucionar a lide, pois não podemos olvidar que estará o Supremo Tribunal Federal decidindo um recurso.

A defesa jurisdicional dos direitos expressa através do princípio da garantia da via judiciária, consoante ensina Canotilho, comporta dimensões materiais, funcionais e organizatórias.

Dessa forma, como o Supremo Tribunal Federal não funciona como Corte de Justiça ao caso concreto, refoge de seu conhecimento a análise de questões fáticas, conclusão sumulada no enunciado nº 279⁸⁵. Por outro lado, a proteção dos direitos envolve o controle e a análise de questões fáticas e jurídicas, logo, podemos concluir que, do ponto de vista funcional-organizatório, compete às instâncias jurisdicionais ordinárias exercer tal controle, de modo a possibilitar uma decisão material do litígio, ficando ao Supremo a competência constitucional para corrigir eventuais erros objetivos consistentes no afastamento indevido ou má aplicação dos ditames constitucionais, uma vez que o princípio da garantia de via judiciária que, sob o aspecto material dirige-se, em primeiro lugar, ao legislador, determinando-lhe a elaboração de normas que viabilizem a sua efetividade, é atendido plenamente com a disponibilidade de um processo regular e juridicamente adequado que possibilite ao juiz a elaboração de uma sentença justa ao caso.⁸⁶

Neste sentido, A DEFESA DA ORDEM CONSTITUCIONAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL TEM NATUREZA objetiva, ou seja, é ele o tutor da preservação do direito, da ordem jurídica, tendo, outrossim, uma cognição qualificada porque voltada à ordem jurídico-política definida na Carta Maior, que deve ser observada pela Administração, pelo legislador e pelo próprio Judiciário⁸⁷.

⁸⁵ "Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.

⁸⁶ Vide em CANOTILHO, *Direito constitucional...*, p. 275-276.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 277: "os 'actos de jurisdição', ou não se consideram actos do poder público 'stricto sensu', ou então diz-se que a protecção jurídica é protecção através do juiz mas não contra o juiz; a garantia da protecção jurídica impõe o contrário: a protecção é também contra o juiz e actos do poder judicial, sendo absurdo que os juizes, detentores de poderes públicos e vinculados aos direitos fundamentais, pudessem ficar impunes 'ad infinitum' no caso de violação de direitos fundamentais [...]"

Os mestres Marinoni e Mitidiero⁸⁸, a esse respeito, ponderam que a idéia de um processo objetivo para as ações do controle abstrato está expandindo para o controle concreto: “Se por um lado as ações de controle abstrato são seguramente processos objetivos, por outro se pode afirmar, novamente, que existe um processo irreversível de objetivação do controle concreto da constitucionalidade no âmbito do Supremo Tribunal Federal.”

Assim, o erro cometido pela decisão recorrida a ser corrigido pelo Supremo Tribunal Federal no exame do recurso extraordinário é um erro de direito e não um erro de fato, referente à aplicação e/ou interpretação da premissa maior do silogismo jurisdicional, no entanto, cumpre ponderar que, configura matéria de direito e não de fato, cujo exame, por isso, está autorizado nessa via excepcional, nas questões referentes à valoração ou às qualidades jurídicas das situações concretas postas à análise.

Neste ponto, vale a sempre oportuna lição de Calamandrei⁸⁹:

Se dice comúnmente que en el silogismo judicial la premisa menor está constituída por el hecho; mas exactamente, se debería decir que en la premisa menor se tiene siempre un juicio relativo al hecho concreto, pero que este juicio puede ser tanto de hecho, cuando se refiere a la existencia de las circunstancias materiales controvertidas, como de derecho, cuando se refiere a las cualidades jurídicas que revisten en concreto tales circunstancias.

El error en que el juez puede incurrir al construir la premisa menor de su silogismo puede ser, pues, error de hecho o error de derecho.

Outrossim, podemos acrescentar a este tópico, por oportuno, a distinção identificada pelo Tribuno Macro, mencionado por Calamandrei⁹⁰, ao analisar o processo romano, especificamente os casos de nulidade da sentença, quando se concluiu que a sentença não era nula simplesmente por apresentar erro de fato ou erro de direito, mas por apresentar contravenção direta à lei, por errar em relação à existência de uma norma ou por negá-la geral e abstratamente. Assim, seriam nulas as sentenças que Macro apontava serem *contra ius constitutionis* e, não necessariamente, as *contra ius litigatoris*.

⁸⁸ MARINONI; MITIDIERO, *Repercussão...*, p. 67.

⁸⁹ CALAMANDREI, Piero. *La casacion civil: historia y legislaciones*. Tradução de Santiago Sentis Melendo. [s.l.]: Ed. Bibliográfica Omeba., 1961, v.1, t.1, p. 68.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 71.

Nesse sentido, vale transcrever trecho da lição mencionada:

[...] son nulas las sentencias ‘contra ius constitutionis’, esto es, lãs viciadas por um error relativo a la existênciã de uma norma de derecho objetivo; son, por el contrario, válidas aquellas contra ius litigatoris, esto es, las viciadas por un error – sin distinguir si de hecho o de derecho – que se refiera solamente a la existencia del derecho subjetivo de las partes, que no se extienda a negar, en general, observancia a una norma de ley, aun violádola en sus relaciones con el caso concreto. Sentencias ‘contra ius constituionis’ son, pues, solamente las viciadas por un error de derecho relativo a la premisa mayor, pero no todas; sentencias ‘contra ius litigatoris’ son todas las viciadas por un error, de derecho o de hecho, relativo a la premisa menor y algunas de las viciadas por un error relativo a la premisa mayor, que no se refiere a la existencia de una norma de ley.

Dessa forma, interpretava o Tribunal Macro⁹¹, que a decisão proferida *contra ius constitutionis* era nula porque a parte teria o direito à obediência da lei pelo juiz, ou seja, a *Constitutio* assumiria quase que uma *ideal capacidad de sujeto jurídico*, dotado frente al juez de un derecho de soberania, logo, o Poder Legislativo teria direito à obediência pelo juiz e, sendo assim, quando um juiz negava que um preceito legal tivesse força obrigatória, a decisão seria nula por estar invadindo campo reservado à lei.

1.5.3.b. Recurso Extraordinário: Controle Concreto ou Abstrato?

A atividade do Supremo Tribunal Federal na análise do Recurso Extraordinário apresenta uma natureza híbrida, podendo ora estabelecer um controle concreto de constitucionalidade, ora um controle abstrato, dependendo da hipótese de cabimento adotada.

Na verdade, em tendo sido interposto com base na primeira hipótese de cabimento, referente ao art. 102, III, “a”, da CF, nítido se mostra o controle concreto de constitucionalidade, pois, para se afirmar que a decisão recorrida *contrariou dispositivo da Constituição* é necessário, como ensina o Prof. Calamandrei⁹²,

⁹¹ CALAMANDREI, *La casacion...*, p. 71-72.

⁹² *Ibid.*, p. 68-69.

apreciar os caracteres jurídicos do caso concreto e confrontá-los com os do fato específico posto a julgamento.

Neste sentido, vale a lição do Mestre italiano:

[...] puesto que la jurisdicción consiste em aplicar normas preexistentes al caso concreto, el juez debe necesariamente escoger entre las mismas la premisa mayor de su silogismo, pero, dentro del campo de estas normas, la libertad de elección debe serle reconocida, puesto que sólo el juez está en situación de apreciar los caracteres jurídicos del caso concreto y de confrontarlos con los del hecho específico hipotizado por las normas singulares. El juicio por el cual el juez decide que el estado de hecho controvertido no tiene los requisitos supuestos por una determinada norma y que, por consiguiente, la misma no le es aplicable, no es un juicio abstracto que niegue para cada caso validez a la norma en cuestión, sino que es un juicio sobre el caso concreto, que se limita a establecer por una sola vez la relación entre la norma y un determinado caso particular.

Assim, na hipótese em questão, o Supremo, ao dar provimento ao Recurso Extraordinário, afirma que houve, naquele feito, um erro relativo aos limites de aplicação e/ou de interpretação da Constituição, deixando a eficácia da norma intacta para aplicação em outros casos.

O mesmo não acontece em relação às demais hipóteses de cabimento, relativamente às quais, ao dar provimento ao recurso Extraordinário, o Supremo estará analisando a constitucionalidade ou não de tratado ou lei federal, julgando a validade de lei ou ato de governo local, contestados em face da Constituição ou verificando a validade de lei local em face de lei federal, quando fica evidente a natureza abstrata do controle, ante o qual há independência da análise jurídica referente à validade ou não das normas em questão, em face dos fatos analisados no caso pelas instâncias ordinárias.

1.5.3.c. Eficácia da decisão do Recurso Extraordinário

Consoante pondera Vânia Hack de Almeida⁹³, embora ressalvando que há uma tendência a emprestar eficácia *ex nunc* à declaração difusa de inconstitucionalidade⁹⁴,

No sistema difuso de controle de constitucionalidade, as decisões produzem eficácia 'inter partes' e 'ex tunc' (para o caso concreto).

[...]

Desta forma, para o caso concreto, a declaração incidental de inconstitucionalidade de uma norma tem o condão de afirmar sua nulidade absoluta para as partes integrantes da relação processual, com efeitos pretéritos, ou seja, efeitos que alcançam atos anteriores praticados com base na norma viciada.

1.5.3.c.1. Efeitos *erga omnes* às decisões no controle difuso

Marinoni e Mitidiero⁹⁵, sobre a eficácia vinculante da decisão no Recurso Extraordinário ensinam que:

Perante o Pleno do Supremo Tribunal Federal são praticamente idênticos os procedimentos para a declaração de inconstitucionalidade nos modelos concreto e abstrato. A partir da noção de processo de caráter objetivo – que abrange ambos os modelos – não existe qualquer razão plausível para se atribuir efeito vinculante a um modelo e não ao outro.

⁹³ ALMEIDA, 2004, p. 24.

⁹⁴ Ibid., p. 24-25 ref. à Rcl 2391 MC/PR, rel. orig. Min. Marco Aurélio, rel. p/ o acórdão Min. Joaquim Barbosa. 18 dez. 2003.

⁹⁵ Ibid., p. 69

C) O Recurso Extraordinário

1. Origem e Evolução Normativa sobre o RE

A Constituição Política do Império do Brasil, de março de 1824, em seus arts. 163 e 164, I, previa como competência do Supremo Tribunal de Justiça, com sede na capital do Império, a revisão das causas nos termos determinados pela lei.⁹⁶

Somente em 1890, com a proclamação da república e a adoção de um modelo federativo de Estado inspirado no sistema estadunidense, foi criada a Justiça Federal, pelo Decreto 848/1890, instituindo um recurso uniformizador do direito federal e constitucional, a ser julgado pelo, a partir de então, designado Supremo Tribunal Federal.

O modelo federal de Estado adotado pelos americanos com a conseqüente característica da convivência de duas ou mais ordens administrativas e legislativas definidas pela Constituição, cuja repartição de competências leva, outrossim, à necessária criação de um desmembramento judiciário com atribuição para dissipar os conflitos de interesses no âmbito regional, demonstrou ser indispensável a adoção de um instrumento processual uniformizador da interpretação da lei federal e da Constituição, sob pena de, a partir de julgamentos totalmente díspares em relação a questões semelhantes, descaracterizar a unidade buscada justamente pelas normas que têm por função reger a vida social isonomicamente em todo o território nacional.

Assim sendo, para alcançar tal uniformidade na interpretação do Direito federal e/ou constitucional, foi previsto o *writ of error* no art. 25 do “Judiciary Act de

⁹⁶ "Art.163 - Na Capital do Império, além da relação que deve existir, assim como nas mais Províncias, haverá também um tribunal com a denominação de Supremo Tribunal de Justiça, composto de Juizes letrados, tirados das relações por suas antiguidades, e serão condecorados com título de Conselheiros. Na primeira organização poderão ser empregados neste tribunal os ministros daqueles que se houverem de abolir.

Art. 164 - A este Tribunal compete:

1º) Conceder ou denegar revistas nas causas e pela maneira que a lei determinar.

[...]"

1789⁹⁷ ⁹⁸, cujo modelo foi trazido ao Brasil, com as devidas adaptações, pelo Decreto nº 848 de 24.10.1890⁹⁹ e confirmado pela Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1891, em seu art. 59, § 1º¹⁰⁰.

Como se vê, no Direito dos Estados Unidos, a competência recursal da Suprema Corte foi prevista por legislação ordinária¹⁰¹, diferentemente do que ocorre no Brasil, em que a competência recursal do Supremo Tribunal Federal foi sufragada no texto constitucional, em que pese a Constituição de 1891 tenha buscado seu modelo na legislação infraconstitucional que criou o *writ or error*.¹⁰²

Posteriormente, a Emenda Constitucional de 1926 alojou o Supremo Tribunal Federal na estrutura da Justiça Federal, bem como aumentou as hipóteses de

⁹⁷ Dispositivo traduzido por SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 3, p. 157: "Deve ser revista pela Suprema Corte, para ser cassada ou confirmada, a decisão da mais alta corte de um dos Estados, em causa em que se questionar sobre a validade de um tratado, lei nacional ou ato de autoridade da União e a decisão for contrária à validade; quando se questionar sobre a validade de uma lei ou de um ato de autoridade estadual, sob fundamento de serem contrários à Constituição, a tratado ou a leis federais, e a decisão for pela validade; quando se reclamar algum título, direito, privilégio ou imunidade com fundamento na Constituição, tratado, lei nacional ou ato de autoridade da União, e a decisão for contra o título, direito, privilégio, imunidade, especialmente invocados pela parte, em face de tal Constituição, tratado, lei ou ato".

⁹⁸ Cf. MACIEL, Adhemar Ferreira. Restrição à admissibilidade de recursos na Suprema Corte dos Estados Unidos e no Supremo Tribunal Federal do Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 43 n. 170, p. 7-15, abr./jun. 2006, p. 9-10: "na seção 25 dessa Lei Orgânica federal americana, estava previsto um 'recurso judicial', contra as decisões finais dos tribunais estaduais de mais alta instância quando se questionasse a validade de lei federal ou de tratado, ou quando tais decisões fossem 'repugnant to the constitution, treaties, or laes of the United States'. O nome desse meio impugnativo era 'writ of error' [...]. O recorrente, ao interpor o recurso, alegava 'error in procedendo', ou 'error iniudicando', isto é, 'errores of the law' (erros de direito) da decisão recorrida, a fim de que a Suprema Corte federal anulasse (cassasse) ou reformasse o julgado."

⁹⁹ Conforme MEDINA, *O prequestionamento...*, p. 106-112.

¹⁰⁰ "Art. 59 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:

II - julgar, em grau de recurso, as questões resolvidas pelos Juízes e Tribunais Federais, assim como as de que tratam o presente artigo, § 1º, e o art. 60;

[...]

§ 1º - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela;

b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.

[...]"

¹⁰¹ BOMFIM, *Supremo...*, p. 63.

¹⁰² "O mais pitoresco, [...] é que nos Estados Unidos, um ano depois da publicação da lei orgânica brasileira (1890), o recurso-paradigma foi substituído pelo 'writ of certiorary', que admitiu a relevância da 'federal question'." (MACIEL, *Restrição...*, p. 10)

cabimento do recurso a ele direcionado, nos termos do art. 59, *caput*, e inc. II, e do art. 60, § 1º.¹⁰³

Pontes de Miranda, ao comentar o art. 119, III, da CF de 1967, com a Emenda nº 1 de 1969, mencionava, em relação ao Recurso Extraordinário, que "[...]veio-nos êle dos Estados Unidos da América, onde o criou o 'Judiciary Act' de 1789'. Entrou no Brasil como recurso 'constitucionalizado', independentemente, portanto, de qualquer legislação ordinária. As leis processuais apenas podem regular a forma, assim como o pressuposto de tempo para o recurso."¹⁰⁴

O nome 'Recurso Extraordinário' foi adotado pela Lei n. 221, de 20.11.1894 e constitucionalizado, pela primeira vez, na Constituição de 1934, em seu art. 76, III¹⁰⁵,

¹⁰³ "Art. 59 - À Justiça Federal compete:
Ao Supremo Tribunal Federal:
[...] II - julgar, em grau de recurso, as questões excedentes da alçada legal resolvidas pelos Juízes e Tribunais Federais;
III - rever os processos findos em matéria crime.
Art. 60 - Aos Juízes e Tribunais Federais, processar e julgar:
[...]
§ 1º - Das sentenças das Justiças dos Estados em última instância haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:
a) quando se questionar sobre a vigência, ou a validade das leis federais em face da Constituição e a decisão do Tribunal do Estado lhes negar aplicação;
b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas;
c) quando dois ou mais Tribunais locais interpretarem de modo diferente a mesma lei federal, podendo o recurso ser também interposto por qualquer dos Tribunais referidos ou pelo Procurador-Geral da República;
d) quando se tratar de questões de direito criminal ou civil internacional.
[...]"

¹⁰⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967*: com a Emenda n. 1, de 1969. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 83.

¹⁰⁵ "Art. 76 - À Corte Suprema compete:
[...]
2) julgar:
[...]
III - em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instância:
a) quando a decisão for contra literal disposição de tratado ou lei federal, sobre cuja aplicação se haja questionado;
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 contestar a validade de lei ou ato dos Governos locais em face da Constituição, ou de lei federal, e a decisão do Tribunal local julgar válido o ato ou a lei impugnada;
d) quando ocorrer diversidade de interpretação definitiva da lei federal entre Cortes de Apelação de Estados diferentes, inclusive do Distrito Federal ou dos Territórios, ou entre um destes Tribunais e a Corte Suprema, ou outro Tribunal federal;
[...]"

passando o Supremo Tribunal Federal a designar-se Corte Suprema, fora da estrutura da Justiça Federal.

Realmente, deve-se admitir que o nome recurso extraordinário é mais consentâneo com o nosso sistema do que a expressão em inglês '*writ of error*'.¹⁰⁶, encontrando, tal instituto, menos resistência entre nós do que a enfrentada inicialmente pelo *writ of error* estadunidense, o que é bastante compreensível, uma vez que, no modelo de estado dos Estados Unidos, os entes da federação possuem uma competência legislativa e administrativa bem mais ampla do que ocorre com os estados brasileiros, de modo que, originariamente, se sentiram ameaçados em sua autonomia pelo poder da Suprema Corte ao reformar as decisões dos tribunais dos Estados, dizendo qual seria a interpretação correta a ser dada à lei federal e à Constituição.¹⁰⁷

De qualquer sorte, cumpre trazer aqui, por oportuno, observação feita por José Miguel Garcia Medina acerca do acúmulo incomensurável de demandas no Supremo Tribunal Federal:

Daí uma consequência importante, que não foi notada quando da importação do modelo norte-americano: considerando que as leis federais, desde a criação do recurso extraordinário, têm, no Brasil, âmbito de incidência muito mais amplo que as leis estaduais, o volume de recursos encaminhados ao Supremo Tribunal Federal atingiria, inexoravelmente, números muito elevados, dificultando sobremaneira a atividade desse Tribunal.¹⁰⁸

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1937, extinguiu a Justiça Federal, ao não incluí-la na estrutura do Poder Judiciário¹⁰⁹; por outro lado, em seu art. 97, reduziu a composição dos Ministros, até então prevista em quinze, para onze, reservando ao Supremo Tribunal Federal a permissão para elaborar proposta legislativa de elevação para dezesseis, sem, no entanto, acrescentar modificações significativas no texto referente ao cabimento do recurso extraordinário¹¹⁰.

¹⁰⁶ PONTES DE MIRANDA, *Comentários...*, p. 107.

¹⁰⁷ Conforme MEDINA, *O prequestionamento...*, p. 109-110.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 113.

¹⁰⁹ Cf. art. 90.

¹¹⁰ "Art. 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:
[...]"

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946, malgrado não tenha alterado significativamente as hipóteses de cabimento do recurso extraordinário, tornou a redação do dispositivo em questão clara e atual¹¹¹.

A Constituição do Brasil, de 1967, recriou a Justiça Federal no País, como órgão integrante do Poder Judiciário da União¹¹², cabendo ao Tribunal Federal de Recursos a respectiva competência recursal; elevou a composição do Supremo Tribunal Federal para dezesseis ministros¹¹³, bem como tornou mais enxuta a redação do dispositivo de previsão das hipóteses de cabimento do recurso extraordinário, vindo, a Emenda Constitucional nº 1, de outubro de 1969, a alterar novamente a composição do Supremo Tribunal Federal, para onze Ministros¹¹⁴, assim como, restringiu o cabimento do recurso extraordinário a causas decididas por outros Tribunais e inseriu, como requisito de conhecimento do recurso, a demonstração de relevância da questão federal¹¹⁵.

III - julgar em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instâncias:

a) quando a decisão for contra a letra de tratado ou lei federal, sobre cuja aplicação se haja questionado;

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

c) quando se contestar a validade de lei ou ato dos Governos locais em face da Constituição, ou de lei federal, e a decisão do Tribunal local julgar válida a lei ou o ato impugnado;

d) quando decisões definitivas dos Tribunais de Apelação de Estados diferentes, inclusive do Distrito Federal ou dos Territórios, ou decisões definitivas de um destes Tribunais e do Supremo Tribunal Federal derem à mesma lei federal inteligência diversa.

¹¹¹ "Art. 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:

[...]

III - julgar em recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros Tribunais ou Juízes:

a) quando a decisão 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 de governo local em face desta Constituição ou de lei federal, e a decisão recorrida julgar válida a lei ou o ato;

d) quando na decisão recorrida a interpretação da lei federal invocada for diversa da que lhe haja dado qualquer dos outros Tribunais ou o próprio Supremo Tribunal Federal.

[...]"

¹¹² Cf. art. 107.

¹¹³ Cf. art. 113.

¹¹⁴ Cf. art. 118.

¹¹⁵ "Art. 119 - Compete ao Supremo Tribunal Federal:

[...]

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

a) contrariar dispositivos desta Constituição ou negar vigência de tratado ou lei federal;

b) delcarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, remodelou por completo a estrutura do Poder Judiciário, extinguindo o Tribunal Federal de Recursos, criando em seu lugar cinco Tribunais-Regionais Federais; repartiu a competência do antigo Supremo Tribunal Federal, criando, para tanto, o Superior Tribunal de Justiça, reservando, àquele, a atribuição, no que tange ao recurso extraordinário, tão-somente, de corte uniformizadora da interpretação do Direito Constitucional no País. No entanto, a experiência mostrou que a criação do Superior Tribunal de Justiça, com a assunção de uma larga margem de competência até então pertencente ao Supremo Tribunal Federal, não logrou êxito em desafogar este Tribunal, que continua soterrado por um número crescente de feitos que anualmente chegam a ele.

A partir disso, e com o fito, entre outros, de racionalizar a máquina judiciária no país, houve modificações constitucionais via Emenda Constitucional nº 45, de 08.12.2004, cujo texto, em relação ao recurso extraordinário, trouxe de volta ao Supremo o julgamento de causas nas quais estivesse envolvida questão referente à validade de lei local contestada em face de lei federal, bem como criou um novo requisito específico de conhecimento do recurso, qual seja, a necessidade de demonstração da repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso¹¹⁶.

c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição ou de lei federal; ou

d) der à lei federal interpretação divergente da que lhe tenha dado outro Tribunal ou o próprio Supremo Tribunal Federal.

§ 1º - As causas a que se refere o item III, alíneas a e d, deste artigo serão indicadas pelo Supremo Tribunal Federal no regimento interno, que atenderá à sua natureza, espécie, valor pecuniário e relevância da questão federal.

[...]"

¹¹⁶ "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.

[...]

§ 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."

2. O RE como abóbada do Controle Difuso da Constitucionalidade.

O Recurso Extraordinário tem natureza recursal, uma vez que não se põe em dúvida sua finalidade de reexame e conseqüente reforma de uma decisão judicial. Contudo, a reapreciação que se busca através dele, diz respeito à forma como a Constituição foi interpretada e/ou aplicada pelas instâncias ordinárias, assim como, se refere à validade das normas ante a ordem constitucional.

Sendo assim, o recorrente pretende demonstrar o erro da decisão recorrida na aplicação da Constituição e, por conseqüência, a necessidade de sua revogação e substituição por outra, na qual o Supremo Tribunal Federal terá apontado qual o sentido adequado a ser dado à lei maior no caso posto ou terá dito se havia ou não alguma inconstitucionalidade na lei.

Dessarte, claro está que o Recurso Extraordinário funciona como verdadeiro toldo sob o qual se abriga o sistema de controle difuso de constitucionalidade das leis em nosso sistema, visto que não seria admissível permitir-se a interpretação constitucional pelas vias ordinárias de jurisdição, sem que houvesse um mecanismo pelo qual fosse chamado o Tribunal Constitucional a fazer as devidas correções e controles, de modo a manter a necessária uniformidade na interpretação da Constituição.

2.1. Recurso Extraordinário: Controle Concreto ou Abstrato?

A atividade do Supremo Tribunal Federal, na análise do Recurso Extraordinário, como já sustentado, apresenta uma natureza híbrida, podendo ora estabelecer um controle concreto de constitucionalidade, ora um controle abstrato, dependendo da hipótese de cabimento adotada.

Na verdade, em tendo sido interposto com base na primeira hipótese de cabimento, referente ao art. 102, III, "a", da CF, nítido se mostra o controle concreto

de constitucionalidade, pois, para se afirmar que a decisão recorrida *contrariou dispositivo da Constituição* é necessário, como ensina o Prof. Calamandrei¹¹⁷, apreciar os caracteres jurídicos do caso concreto e confrontá-los com os do fato específico posto a julgamento.

Neste sentido, vale a lição do Mestre Calamandrei:

[...] puesto que la jurisdicción consiste en aplicar normas preexistentes al caso concreto, el juez debe necesariamente escoger entre las mismas la premisa mayor de su silogismo, pero, dentro del campo de estas normas, la libertad de elección debe serle reconocida, puesto que sólo el juez está en situación de apreciar los caracteres jurídicos del caso concreto y de confrontarlos con los del hecho específico hipotizado por las normas singulares. El juicio por el cual el juez decide que el estado de hecho controvertido no tiene los requisitos supuestos por una determinada norma y que, por consiguiente, la misma no le es aplicable, no es un juicio abstracto que niegue para cada caso validez a la norma en cuestión, sino que es un juicio sobre el caso concreto, que se limita a establecer por una sola vez la relación entre la norma y un determinado caso particular.

Assim, na hipótese em questão, o Supremo, ao dar provimento ao Recurso Extraordinário, afirma que houve, naquele feito, um erro relativo aos limites de aplicação e/ou de interpretação da Constituição, deixando a eficácia da norma intacta para aplicação em outros casos.

O mesmo não acontece em relação às demais hipóteses de cabimento, em relação às quais, ao dar provimento ao recurso Extraordinário, o Supremo estará analisando a constitucionalidade ou não de tratado ou lei federal, julgando a validade de lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição ou verificando a validade de lei local em face de lei federal, quando fica evidente a natureza abstrata do controle, ante o qual, há independência da análise jurídica, referente à validade ou não das normas em questão, em face dos fatos analisados no caso pelas instâncias ordinárias.

¹¹⁷

CALAMANDREI, *La casacion...*, p. 68-69.

3. Casos de utilização - O Extraordinário como recurso de cognição vinculada

O Recurso Extraordinário, assim como o Especial, é um recurso de cognição vinculada, ou, consoante a doutrina, de efeito devolutivo restrito¹¹⁸, ou seja, tem como objeto, unicamente, a análise da matéria constitucional decidida na instância de origem. Sendo assim, o Supremo Tribunal Federal, ao apreciá-lo, tem por escopo a preservação da unidade da interpretação constitucional no País, e, apenas de forma reflexa, portanto, busca o atendimento do pleito da parte, com a realização da justiça no caso concreto.

Nesse sentido, pois, deve ser ambientada a expressão “*causa decidida*” apontada pelo art. 102, III, da CF, ou seja, por causa decidida leia-se questão constitucional ou interpretação da Constituição, realizada pela decisão recorrida e não, por processo ou demanda decidida, visto que a exigência recai sobre a efetiva deliberação para a interpretação da Constituição, matéria que será revisada pelo Supremo, pouco importando se houve ou não solução definitiva para a questão de mérito do processo em si.

Roberto Rosas¹¹⁹, analisando a doutrina a respeito da correta interpretação da expressão “causa”, menciona que:

João Barbalho restringiu a expressão, para considerá-la como ação e, por isso sofreu a crítica de Rui Barbosa, por essa restrição da competência (Constituição Federal, p. 249). Da mesma opinião de Ruy é José Frederico Marques, para quem a causa é considerada em sentido amplo (Instituições de Direito Processual Civil, v. 4, p. 329), ou, como prefere Moacyr Amaral Santo, é qualquer questão sujeita à decisão judiciária, tanto em processos de jurisdição contenciosa, como em processos de jurisdição voluntária (Primeiras linhas de Direito Processual Civil, 1ª ed., v. 3, p. 183).

Dessa forma, o exame da Corte Suprema recai exclusivamente sobre o direito – constitucional – e, não sobre o fato, razão pela qual não é possível, nesta via, a reapreciação probatória, nos termos da Súmula 279, STF", assim como não são

¹¹⁸ Nesse sentido, MEDINA, *O prequestionamento...*, p. 73.

¹¹⁹ ROSAS, Roberto. *Direito processual constitucional: princípios constitucionais do processo civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 112.

aplicáveis aos Tribunais Superiores as regras dos arts. 267, § 3º, e 301, § 4º, ambos do CPC.¹²⁰

Conforme lição de Pontes de Miranda, é claro que, quando a questão se limita ao exame da interpretação da Constituição, uma vez que, toda a matéria de fato já foi apreciada, o Supremo Tribunal Federal, *dizendo o direito, de certo modo, decide a causa*. Assim, segundo o notável jurista alagoense,

Introduz-se, aí, elemento oriundo do 'princípio de economia processual', que não chega a ser 'revisio in facto', mas é junção dos dois 'iudicia', o cassatório ou rescindente e o rescisório. Por êsse modo, a jurisdição do Supremo Tribunal Federal aproxima-se do sistema alemão, afastando-se do sistema francês, sem que deixe de ser simples reexame 'in iure', isto é, sem cair em assimilação, à inglesa, entre o recurso para o Supremo Tribunal Federal e a 'apelação'.¹²¹

[...] Sempre, porém, que se não infringe, com julgar-se a causa, o princípio do mínimo de intervenção do Supremo Tribunal Federal nas decisões da Justiça local, ou de outro tribunal, deve o Supremo Tribunal Federal resolver desde logo, aplicando êle mesmo, a lei que foi postergada. Não só é mais econômico com também evita que se reproduzam, por meio de sofismas, ou por outro motivo, os pressupostos do recurso extraordinário.¹²²

De fato, há uma mescla do sistema francês, pelo qual é defeso à Corte de Cassação o conhecimento da matéria de fundo dos litígios, cujo exame fático deverá ser feito, pelos tribunais originários, ao retornarem¹²³, e do sistema alemão, no qual, em que pese limitada às questões de direito, pode, a Corte Suprema, em determinados casos, resolver a lide, substituindo, pela sua, a decisão recorrida¹²⁴, sem que seja admissível, entretanto, em sede de recurso extraordinário, a "livre prática de revisão" do sistema alemão, sob pena de inserirmos nessa sede o conhecimento de matérias alheias aos limites do recurso constitucional.¹²⁵

¹²⁰ Cf. MEDINA, *O prequestionamento...*, p. 75. "Por haver limitação legal - até constitucional, como nos casos dos recursos extraordinário e especial -, as matérias que em regra são suscetíveis de conhecimento em qualquer grau de jurisdição não o são em relação a tais recursos."

¹²¹ *Ibid.*, p. 98.

¹²² PONTES DE MIRANDA, *Comentários...*, p. 116.

¹²³ "Rescende ao só propósito de proteger a lei 'contra' o juiz. Tem-se medo da pluralidade de jurisprudência, porquanto, quebrada a unidade da inteligência da lei, lei não há, mas arbítrio." (*Ibid.*, p. 92)

¹²⁴ "Não há a linha de divisão necessária entre o juízo cassatório, 'iudicium rescindens', e o juízo do feito, 'iudicium rescissorium'. [...] cumpre observar que a revisão alemã permite que a cõrte revisora corrija, além do êrro de direito que legitimou o recurso, todos os 'errores iuris in iudicando', no que se distingue da Cassação francesa." (*Ibid.*, p. 93)

¹²⁵ *Ibid.*, p. 99.

3.1. Decisão de única ou última instância

Decisão de única ou de última instância é aquela da qual já não cabem recursos¹²⁶ outros que não os excepcionais.

3.1.1. O prequestionamento como instrumento de obtenção da decisão de única ou última instância.

O art. 102, III, da CF exige, para que o Supremo Tribunal Federal aprecie o Recurso Extraordinário, que a matéria tenha ficado *decidida em única ou última instância*, daí decorrendo o pressuposto do prequestionamento.

Na verdade, o que deve ficar decidido em única ou última instância antes que o Supremo Tribunal Federal sobre ela se manifeste é a matéria constitucional, pois sobre esta limita-se a sua cognição, logo, a parte somente terá garantida a decisão acerca da questão constitucional pela instância originária se tiver a ela submetido, previamente, tal apreciação, ou seja, se a ela tiver feito o devido questionamento.

No entanto, nota-se que há na doutrina uma celeuma acerca do requisito do prequestionamento como pressuposto do recurso extraordinário, ora entendendo-se prequestionamento como a necessidade de manifestação do tribunal *a quo* sobre a questão constitucional¹²⁷, ora identificando-o como o dever da parte em indagar sobre a aplicação da matéria ao tribunal local, ora como a necessária soma da prévia indagação da parte à deliberação pelo tribunal de origem^{128 129}, discussão

¹²⁶ PONTES DE MIRANDA, *Comentários...*, p. 104.

¹²⁷ MEDINA, José Miguel Garcia. Variações jurisprudenciais recentes sobre a dispensa do prequestionamento. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 281-282, afirma que "[...] requisito para a admissibilidade do recurso extraordinário ou especial, conforme o caso, é a presença da questão constitucional ou federal na decisão recorrida. Trata-se de requisito estipulado pela própria Constituição Federal (CF, arts. 102, III, e 105, III)."

¹²⁸ MEDINA, op. cit., p. 217-218.

¹²⁹ Nesse sentido WEBER, Márcia Regina Lusa Cadore. Anotações sobre os recursos especial e extraordinário. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 93, n. 820, p. 98-124, fev. 2004, p. 116: "Para

esta estimulada pelo texto constitucional, que não é expreso ao exigir o questionamento prévio da parte sobre a questão - constitucional ou infraconstitucional - ao tribunal de origem, tal como ocorria na Constituição de 1891¹³⁰, limitando-se os atuais arts. 102, III, e 105, III, a exigir que a matéria fique *decidida* em única ou última instância.

Ora, ao abrir as portas dos tribunais superiores para que os jurisdicionados, através dos recursos extraordinário ou especial, busquem a confirmação de que a constituição ou a lei federal foram bem aplicadas e/ou interpretadas pelos tribunais ordinários exige-se, por evidente, que tais matérias tenham sido questionadas, especificadamente, pelos recorrentes. Todavia, como o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, em relação aos recursos extraordinário e especial, são tribunais uniformizadores da interpretação do direito no país e, não, cortes de imediata aplicação do direito cabível ao caso, com o fim de que ele seja solucionado, devem, as matérias de sua cognição, ter sido aplicadas *-decididas-*, em única ou última instância, para que se verifique a necessidade de sua provocação.

Sendo assim, tendo em vista o princípio da inércia da jurisdição, somado ao princípio da demanda, ambos aplicáveis também aos tribunais, para que a parte garanta que a matéria constitucional - ou infraconstitucional - tenha ficado *decidida* em única ou última instância, deve ter sido feita a devida provocação, ou seja, deve ter sido prequestionada, ou seja, questionada antes ao Poder Judiciário, antes de questionar junto ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça.

Por outro lado, os pressupostos de conhecimento do recurso extraordinário têm índole constitucional e estão limitados, em consonância com os objetivos desse instrumento processual, às questões que a lei maior define como de sua cognição,

os Tribunais Superiores, portanto, por prequestionamento entende-se tanto a atividade das partes no sentido de suscitar durante o feito as questões de direito constitucional e de direito federal infraconstitucional quanto o enfrentamento destas questões na decisão recorrida."

¹³⁰ "Art. 59 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:

[...]

§ 1º - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

a) quando, se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela;

b) quando se contestar a validade de leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas."(sublinhei)

razão pela qual, por evidente, não se aplicam aqui – como também ao recurso especial, cujos limites de conhecimento também estão definidos na Carta maior – os arts. 267, § 3º, e 301, § 4º, do CPC, cuja interpretação orienta que devem os magistrados conhecer, de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, das questões de ordem pública.

A lei, no caso, o Código de Processo Civil, não pode impor ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça, o conhecimento – direto - de questões, ao arrepio da Constituição. Sendo assim, as matérias constantes dos incisos do art. 267 e do art. 301 do CPC, mesmo que de ordem pública, devem ter sido analisadas em única ou última instância e, portanto, indagadas a estas, previamente – prequestionadas -, logo, somente quando da sua análise houver afronta à norma infraconstitucional ou, à norma constitucional, é que poderão chegar à aplicação correta daqueles artigos, ao STJ e à aplicação correta de eventuais garantias processuais constitucionais que tenham sido ofendidas em função daquela interpretação, ao STF.

3.1.1.1. Prequestionamento implícito

Cassio Scarpinella Bueno¹³¹ lembra que "o tão invocado 'prequestionamento implícito' nada mais é do que uma forma menos clara de ver aquilo que foi decidido e qual a 'tese jurídica' a ele correspondente."

3.2. A contrariedade a dispositivo da Constituição

Temos que haverá contrariedade ao texto constitucional quando a decisão recorrida ignorar a regra contida na Constituição ou quando aplicá-la em situação inadequada. Estará evidenciada tal violação, por exemplo, quando

¹³¹ BUENO, Cássio Scarpinella. De volta ao prequestionamento: duas reflexões sobre o RE 298.695-SP. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 74.

o acórdão de segunda instância, ou em sede de Recurso Especial, admitisse como válida e eficaz norma processual emitida por Estado Membro quando o inciso I do art. 22 da Constituição Federal reserva a competência exclusiva sobre a matéria para a União Federal."¹³²

Em relação à expressão *contrariar a Constituição* também vale a lição de Rodolfo de Camargo Mancuso¹³³, segundo a qual: "[...] contrariar a lei ou a Constituição Federal implica afrontar de forma relevante o conteúdo desses textos, o que, para o STF, se dá não só quando a decisão denega sua vigência, como quando enquadra erroneamente o texto legal à hipótese em julgamento."

Da mesma forma Roberto Rosas¹³⁴: "Ser contrário é opor-se, ficar em posição diversa. Contrariar, no texto, é mais do que negar vigência, porque significa atentar com o princípio, ou a concepção do texto, e não simplesmente forma de não-aplicação da norma constitucional [...]"

Juan Carlos Hitters¹³⁵, com propriedade, afirma que "Una norma jurídica puede ser infringida de diversos modos o maneras, ya sea aplicándola a casos que no están subsumidos por ella; sea dejando de aplicarla a los supuestos que la misma abarca; o estableciendo erróneamente los elementos fácticos, es decir diversamente a como aparecen."

3.2.1. Ofensa direta à Constituição

A natureza do Supremo Tribunal Federal, cada vez mais próxima de uma Corte Constitucional, exige que seus julgamentos recaiam sobre reputadas afrontas diretas à Constituição, visto que a inconstitucionalidade indireta, identificada pela afronta imediata à lei infraconstitucional, que leva, por conseqüência, à agressão ao princípio da legalidade, tem sua análise afeta ao Superior Tribunal de Justiça, por força do art. 105, III, da CF.

¹³² GOMES JÚNIOR, A repercussão..., p. 92.

¹³³ MANCUSO, *Recurso...*, p. 180.

¹³⁴ ROSAS, *Direito processual...*, p. 109.

¹³⁵ HITTERS, Juan Carlos, *Técnica de los recursos extraordinários y de la casación*. 2. ed. La Plata: Librería Editora Platense, 1998, p. 266.

Hans Kelsen¹³⁶, ao tratar das diferenças de competência entre as Cortes Austríacas, Constitucional e Administrativa, leciona que:

Na verdade, a Corte Constitucional, no intuito consciente de definir sua competência em relação à da Corte Administrativa segundo a diferença entre jurisdição constitucional e administrativa, tem já em repetidos casos afirmado que para se configurar a violação dos direitos de liberdade ou propriedade garantidos constitucionalmente, não basta que se possa alegar uma mera intervenção ilegal na liberdade ou na propriedade, ou seja, a aplicação incorreta de uma lei que regule tais intervenções; em vez disso, deve-se poder alegar uma violação direta da Constituição, o que porém significa que, podendo-se afirmar uma violação da liberdade ou da propriedade, deve necessariamente ter sido violada a disposição constitucional segundo a qual a intervenção na liberdade ou na propriedade só pode ocorrer com base em lei.

Contudo, continua o Mestre tcheco¹³⁷:

Quando a Constituição estabelece expressamente o princípio da legalidade da execução em geral e dos decretos em particular, essa legalidade significa ao mesmo tempo constitucionalidade, de forma indireta. [...] Notemos, de resto, que a inconstitucionalidade direta nem sempre se deixa distinguir nitidamente da inconstitucionalidade indireta, por que esses dois tipos, podem se inserir certas formas mistas ou intermediárias." ¹³⁸

¹³⁶ KELSEN, *Jurisdição...*, p. 30-31.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 135.

¹³⁸ A título de exemplos dessa afirmação, Kelsen traz os seguintes casos: É o que acontece, por exemplo, quando a Constituição autoriza imediata, diretamente, todas as autoridades administrativas ou algumas delas a baixar regulamentos nos limites da sua competência, para assegurar a execução das leis que têm de aplicar. Essas autoridades derivam então seu poder regulamentar imediatamente da própria Constituição. Mas o que elas devem diapor - isto é, o conteúdo de seus regulamentos - é determinado pelas leis que se encontram entre elas e a Constituição. Esses decretos regulamentares se distinguem de forma evidente, precisamente por causa do seu grau de proximidade da Constituição, daquele outro tipo de decreto a que aludimos acima, os que derogam as leis ou as substituem, que são imediatamente subordinados à Constituição e, por conseguinte, só podem ser inconstitucionais, e não ilegais."

Outro caso: quando a Constituição estabelece princípios relativos ao conteúdo das leis, por exemplo um catálogo de direitos fundamentais, os atos administrativos praticados para aplicação dessas leis podem ser inconstitucionais, num sentido ainda diferente do que o é qualquer ato administrativo ilegal. Se, por exemplo, a Constituição dispõe que a expropriação só pode ocorrer mediante plena e cabal indenização, e se, num caso concreto, procede-se à expropriação com base numa lei perfeitamente constitucional que também estabeleça o princípio da indenização plena, mas em contradição com suas disposições - isto é, sem indenização - , o ato administrativo não é ilegal - e por conseguinte indiretamente inconstitucional - no sentido ordinário, porque ele não vai apenas contra a lei e, por conseguinte, contra o princípio constitucional geral da legalidade da execução, mas também contra um princípio especial expressamente estabelecido pela Constituição, a saber, que toda a expropriação deve ser acompanhada por uma plena e cabal indenização e, portanto, ultrapassa esse limite especial que ela impõe à legislação." (*Ibid.*, p. 135-136)

Neste caso, recomenda Kelsen¹³⁹ que se disponha de um mecanismo que sirva de garantia da Constituição.

Nesses termos, Márcia Regina Lusa Cadore Weber¹⁴⁰: "[...] deve existir uma contrariedade direta e frontal; não se pode alegar contrariedade à Constituição, invocando lei federal. Precisa ser uma alegação dirigida, sem intermediação da lei, à Constituição Federal."

Ressalte-se, por outro lado, que o Recurso Extraordinário visará à preservação da uniformidade na interpretação constitucional, à luz da Constituição atual, independentemente de ser o ato ou norma que se reputa inconstitucional anterior ou posterior à Carta de 1988.

Nesse sentido, leciona Pontes de Miranda, ao comentar o art. 119 da CF/67:

Resta o problema das infrações, não da Constituição de 1967, mas de qualquer das Constituições de 1891, de 1934, de 1937 e de 1946. Se a lei ou o ato era contrário à Constituição vigente ao tempo em que começou a incidência da lei, ou em que foi praticado o ato, a sua existência ou validade depende dos princípios constitucionais que regeram a lei ou o ato, no seu nascedouro. O recurso extraordinário que se há de invocar não é o recurso extraordinário daquele tempo, mas - por se tratar de remédio jurídico recursal - o de hoje. Não importa se, ao tempo em que se fez a lei ou se praticou o ato, não existia com a mesma extensão o remédio jurídico do recurso extraordinário. A infração ao tempo da Constituição de 1891 tem de ser infração de tal Constituição, pôsto que regido pelo art. 119, III, a), ou b), ou c), ou d), da Constituição de 1967, o recurso. [...] Lei anterior à Constituição de 1967, ou promulgada na sua vigência, tem de ser apreciada - quanto à sua validade, desde 15 de março de 1967 e depois - conforme a Constituição de 1967. São apreciações do mérito do recurso extraordinário. Assim, para que lei anterior perdue, é preciso que alguma Constituição não a haja invalidado e não seja contrária à Constituição de 1967, se se quer a sua incidência depois de 15 de março de 1967.

"A 'lei constitucional' do 'recurso extraordinário' é a da Constituição vigente ao tempo em que se interpôs o recurso."¹⁴¹

¹³⁹ KELSEN, *Jurisdição...*, pág. 136.

¹⁴⁰ WEBER, *Anotações...*

¹⁴¹ PONTES DE MIRANDA, *Comentários...*, p. 122.

3.2.2. A ofensa a tratado ou convenção internacional sobre direitos humanos.

Consoante lição de Valeschka e Silva Braga¹⁴²,

[...] cumpre destacar o significado das 'normas interpostas', são aquelas 'que, carecendo de forma constitucional, são reclamadas ou pressupostas pela constituição como específicas condições de validade de outros actos normativos, inclusive de actos normativos com valor legislativo'¹⁴³.

[...]

É necessário observar que, no Brasil, até o ano passado, a Constituição era a única 'norma de referência' do controle de constitucionalidade e o STF já teve oportunidade de decidir que a 'ofensa ao texto constitucional deve ser direta.' Em outras palavras, nosso ordenamento jurídico não previa normas 'interpostas'.

Com efeito, até a EC n. 45/2004, o controle podia ser exercido apenas em relação ao texto constitucional, mediante entendimento expressamente adotado pelo STF:

[...]

A Emenda Constitucional n. 45/2004 acrescentou o § 3º ao art. 5º da CF/88, segundo o qual: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

Sendo assim, é certo que, da decisão de única ou última instância que contrariar tratado ou convenção internacional sobre direitos humanos, que houver sido aprovado com o *quorum* especial destinado à aprovação das emendas constitucionais, será cabível recurso extraordinário com fulcro no art. 102, inc. III, "a", da CF.

No entanto, a questão não é tão simples, tendo em vista a redação do art. 5º, § 2º, da CF, que, segundo muitos doutrinadores, torna as normas referentes a direitos e garantias fundamentais - respeitantes, portanto, a direitos humanos

¹⁴² BRAGA, Valeschka e Silva. Principais repercussões da Emenda Constitucional nº 45 no controle de constitucionalidade brasileiro. *Revista da AGU*, Brasília, n. 6, pá. 11-12, 2005.

¹⁴³ BRAGA, Valeschka e Silva, ob. cit, apud - CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Almedina, Coimbra-Portugal/2002, p. 912. (não entendi. De quem é o apud?)

reconhecidos e/ou positivados por nosso ordenamento jurídico¹⁴⁴ - previstas em tratados internacionais dos quais o Brasil seja parte materialmente constitucionais.

Então, considerando a redação do art. 5º, § 2º, da CF, "são três as vertentes dos direitos fundamentais, no nosso texto constitucional: (a) os expressos na Constituição; os implícitos, decorrentes do regime e dos princípios adotados por ela; (c) e os expressos nos tratados de direitos humanos firmados pelo Brasil."¹⁴⁵

Ocorre que, a partir do dispositivo constitucional supramencionado, travou-se uma discussão doutrinária acerca da exigência de intermediação do Poder Legislativo para que as disposições previstas em tratados internacionais que disponham sobre direitos e garantias adquiram vigência e obrigatoriedade no ordenamento jurídico pátrio, como ocorre em relação aos demais tratados internacionais.

Alexandre de Moraes e Manoel Gonçalves Ferreira Filho entendem que sim, ou seja, que "os tratados internacionais de direitos humanos ingressam na ordem jurídica interna brasileira como atos normativos infraconstitucionais....que o dispositivo constitucional em questão significa simplesmente que a Constituição brasileira, ao enumerar os direitos fundamentais, não pretende ser exaustiva,..."¹⁴⁶

José Afonso da Silva pensa diferente; segundo ele: "[...] no caso dos tratados de direitos humanos, têm estes vigência interna imediata, sem intermediação

¹⁴⁴ Cf. ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. A reforma do judiciário e os tratados internacionais sobre direitos humanos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 95, n. 852, p. 38-53, out. 2006, p. 40: "Cumpre-nos, inicialmente, fazer uma breve incursão em torno das expressões 'direitos humanos' e 'direitos fundamentais', as quais, não obstante sejam usadas comumente como sinônimas, reportam-se a significados distintos, sendo o termo 'direitos fundamentais' empregado para aqueles direitos do homem reconhecidos e positivados no Estatuto Político de determinado Estado, enquanto que a expressão 'direitos humanos' diz respeito àqueles direitos constantes de documentos internacionais, por referir-se, como bem esclarece Ingo Wolfgang Sarlet, 'aquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional) (SARLET, Ingo. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 31.)"

¹⁴⁵ ROCHA, op. cit., p. 44.

¹⁴⁶ MORAES, Alexandre. *Direitos humanos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 304-309. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 1, p. 84-85.

legislativa; ingressam na ordem jurídica nacional no nível das normas constitucionais e, diretamente, criam situações jurídicas subjetivas em favor de brasileiros e estrangeiros residentes no país."¹⁴⁷

Por outro lado, a partir da introdução do § 3º ao art. 5º da CF, consoante Ximenes Rocha, nova questão provoca a interpretação dos juristas pátrios no que se refere à posição dos tratados e convenções sobre direitos humanos já ratificados pelo Governo brasileiro, uma vez que, segundo o mestre cearense, tal redação pode levar à conclusão de que *somente os tratados aprovados com 'quorum' especial teriam valor hierárquico de norma constitucional*, enquanto os ratificados antes da EC 45/2004 seriam recepcionados como lei ordinária.¹⁴⁸

Na verdade, a EC/45 foi omissa a respeito e, segundo pondera o Professor da Universidade Federal do Ceará, tendo em vista o espírito da nossa Constituição no que tange à proteção dos direitos humanos, alçando-os, inclusive, a cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, IV),

[...] a única interpretação razoável que se pode emprestar é aquela que afasta, de plano, a concepção de que, em face do § 3º acrescido ao art. 5º, os tratados ratificados anteriormente pelo Estado brasileiro seriam recepcionados como lei ordinária, haja vista que esses diplomas internacionais, por força do disposto no art. 5º, § 2º, já são materialmente constitucionais, pois é a própria Carta Magna que os inclui em seu catálogo de direitos fundamentais, concedendo-lhes hierarquia de norma constitucional, independentemente do 'quorum' de sua aprovação. Esse 'quorum' qualificado serve tão-somente para atribuir-lhes eficácia formal. Em outras palavras: o novo dispositivo reconhece a natureza materialmente constitucional de todos os tratados de direitos humanos. Todavia, para que eles tenham assento formal na Constituição é necessário que obtenham o 'quorum privilegiado' de três quintos de cada Casa do Congresso Nacional, o mesmo exigido para a aprovação das emendas constitucionais, nos moldes do art. 60, § 2º, da Lei Suprema, equiparando-se a elas, razão pela qual passam a integrar formalmente a Carta de 1988.

Destarte, com o advento do § 3º do art. 5º, surgem duas categorias de tratados de direitos humanos: (a) os materialmente constitucionais; e (b) os material e formalmente constitucionais.¹⁴⁹

¹⁴⁷ SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular*. São Paulo, Malheiros, 2000, p. 195-196.

¹⁴⁸ ROCHA, A reforma..., p. 47.

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 49.

3.3. A declaração de inconstitucionalidade de tratado ou lei federal.

Pontes de Miranda¹⁵⁰, em comentário ao art. 119, III, "b", da CF, cuja redação se manteve no atual art. 102, III, "b", da CF/88, lecionava que:

Na espécie b) do art. 119, III, importa que se respeite o 'princípio da hierarquia das regras jurídicas' [...] se tal princípio foi aplicado, resultando que se decretou a invalidade de qualquer regra jurídica federal, o art. 119, III, b), é invocável. Aí, há, necessariamente, conferência de regra jurídica com outra, a regra jurídica constitucional, cuja existência e superioridade se afirmam, concluindo-se que houve infração dessa por aquela, com a consequência da decretação de invalidade. O que se exige é: a) que haja duas regras jurídicas federais, uma das quais é constitucional (primeiro pressuposto); b) que haja choque entre elas (= uma contradiga a outra), o que perfaz o segundo pressuposto; c) que a decisão haja sido pela invalidade da regra jurídica, ínsita em lei, ou em tratado, ou noutra fonte de direito, por infringir a Constituição.

Em relação aos tratados internacionais¹⁵¹, consoante afirma Kelsen: "[...] devem ser considerados como mantendo com a Constituição exatamente a mesma relação que as leis. Eles podem ser imediatamente inconstitucionais, seja formalmente, por causa de sua elaboração, seja materialmente, por causa de seu conteúdo."

Interessante destacar que o Supremo Tribunal Federal iniciou uma discussão acerca do necessário reconhecimento da existência de repercussão geral nos casos em que o tribunal de origem declara a inconstitucionalidade de lei¹⁵², visto que, na hipótese "b" do inc. III do art. 102 estaria evidente a repercussão geral do tema a refletir em outros processos. Tal debate foi provocado pelo Min. Marco Aurélio, que entende existir relevância *toda a vez que há declaração de inconstitucionalidade de lei federal ou tratado*.

¹⁵⁰ PONTES DE MIRANDA, *Comentários...*, p. 85.

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 137.

¹⁵² Vide no voto do Min. Marco Aurélio, proferido na Questão de Ordem em RE n. 559.607-9/SC, Relator: Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. *DJ* 22 fev. 2008.

3.3.1. A anulabilidade da norma inconstitucional no controle difuso de constitucionalidade.

A partir da criação, pela Emenda Constitucional nº 45/2004, do instituto da Súmula Vinculante, pode-se dizer que é possível alcançar a anulabilidade prática de uma norma declarada inconstitucional, na análise de casos concretos - controle difuso de constitucionalidade -, estendendo tal conclusão, de forma obrigatória, ao julgamento de todos os processos nos quais se discuta a mesma questão, ou seja, embora não haja a retirada do texto inconstitucional do ordenamento a partir da suspensão de sua execução por determinação do Senado Federal (art. 52, X, da CF), quando houver reiteração de decisões acerca da inconstitucionalidade/invalidade de determinada norma legal a partir de recursos extraordinários interpostos com arrimo no art. 102, III, "b", "c" ou "d", da CF, tornou-se possível, na prática, por força da Súmula Vinculante, estender os efeitos *erga omnes* da declaração de inconstitucionalidade em tese à declaração de inconstitucionalidade tomada no controle incidental de normas.

Hans Kelsen, quando trata da anulabilidade das normas, leciona que: "A anulabilidade do ato irregular significa a possibilidade de fazer que ele desapareça, juntamente com suas consequências jurídicas. A anulação comporta, na verdade, vários graus, seja quanto a seu alcance, seja quanto a seu efeito no tempo."¹⁵³

Assim, em princípio, a anulação e/ou declaração de inconstitucionalidade de lei no controle difuso, via recurso extraordinário¹⁵⁴, quanto ao seu alcance, no dizer de Kelsen, "é simplesmente parcial, limitada ao caso em exame."¹⁵⁵

Todavia, a partir do instituto da Súmula Vinculante, consagrado no novel art. 103 - A da CF, obteve-se um progresso jurídico evidente ante a possibilidade de se

¹⁵³ KELSEN, *Jurisdição...*, p. 144.

¹⁵⁴ "A autoridade chamada a aplicar a norma geral, que tenha o poder de retirar sua validade no caso concreto se reconhecer sua irregularidade, tem na realidade o poder de anulá-la - porque fazer desaparecer a validade de uma norma e anulá-la são uma só e mesma coisa -, mas a anulação é simplesmente parcial, limitada ao caso em exame." (Ibid., p. 144)

¹⁵⁵ Ibid., p. 144.

dotar o controle difuso de constitucionalidade de alcance total, o que consiste num verdadeiro benefício à coerência do sistema e à segurança jurídica.

Nesse sentido, sempre válida a lição de Kelsen:

Os defeitos e a insuficiência de uma anulação assim limitada ao caso em exame são evidentes. Disso resulta, antes de mais nada, a falta de unidade das soluções e a insegurança do direito daí resultante, que se faz sentir desagradavelmente quando um tribunal se abstém de aplicar um regulamento ou mesmo uma lei por considerá-los irregulares, quando outro tribunal faz o contrário e quando é vedado às autoridades administrativas recusar a aplicação da norma, se também forem chamadas a intervir. A centralização do poder de examinar a regularidade das normas gerais certamente se justifica sob todos os aspectos. Mas se se decide confiar esse controle a uma autoridade única, torna-se possível abandonar a limitação da anulação ao caso concreto e adotar o sistema da anulação total, isto é, para todos os casos em que a norma deveria ter sido aplicada. É óbvio que um poder tão considerável só pode ser confiado a uma instância especial suprema.¹⁵⁶

3.4. A declaração de validade de lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição Federal

Conforme leciona Pontes de Miranda, nesse dispositivo da Constituição, *ato de governo local* deve ser concebido como ato dos poderes locais ou de órgão de cooperação nas atividades governamentais, uma vez que,

Se a palavra 'governo' fôsse entendida restritivamente, para abranger somente o chefe do Poder Executivo e os Secretários de Estado, a Constituição seria burlada, pois as leis locais poderiam transferir para os chefes de serviço e de repartições a execução de certos atos, que, assim, escapariam ao exame da Corte Suprema, embora ofensivos da Constituição ou de leis federais.¹⁵⁷

A previsão de controle de constitucionalidade pelo sistema difuso de ato de governo - ato administrativo - se amolda à característica de nossa Constituição de norma que não se limita, no dizer de Kelsen¹⁵⁸, a prever "às regras relativas aos órgãos e ao procedimento legislativo, mas também as que se referem aos órgãos

¹⁵⁶ KELSEN, *Jurisdição...*, p. 144-145.

¹⁵⁷ PONTES DE MIRANDA, *Comentários...*, p. 156.

¹⁵⁸ KELSEN, *op. cit.*, p. 134.

executivos superiores, e, além delas, a determinação das relações de princípio entre o Estado e os cidadãos, designando-se com isso simplesmente o catálogo dos direitos fundamentais"

De outra sorte, nota-se ao analisar esta hipótese de cabimento, que o art. 102, III, da CF foi omissivo em relação ao controle de constitucionalidade dos atos do Governo Federal, ou seja, se cabe ao Supremo Tribunal Federal julgar em recurso extraordinário as causas em que a decisão recorrida julgou válido ato de governo local contestado em face da Constituição, com mais razão, deveria caber a ele o julgamento do recurso excepcional em relação às decisões que tenham julgado válido ato do governo federal, contestado em face do Texto Maior, uma vez que, consoante lição de Kelsen¹⁵⁹, integra a noção de *garantia da Constituição* a atribuição à jurisdição constitucional da decisão sobre a regularidade de todos os atos imediatamente subordinados à Constituição.

3.5. A declaração de validade de lei local contestada em face de lei federal

A Emenda Constitucional 45, conforme antes referido, devolveu ao Supremo Tribunal Federal competência que era sua desde a Constituição de 1891, qual seja, julgar em recurso extraordinário as causas que envolvam declaração de validade de lei local em face de lei federal. Na verdade, ao atribuir ao Superior Tribunal de Justiça essa competência, o legislador constituinte não se deu conta de que se tratava, na verdade, de matéria constitucional, uma vez que, envolvia discussão acerca da repartição de competências entre os entes da federação. Nesse sentido, José Miguel Maria Medina: "Em verdade, a disputa diz respeito à distribuição 'constitucional' de competência para legislar: se a lei local está sendo contestada em face da lei federal, é porque se sustenta que ela tratou de matéria que, por determinação constitucional, haveria de ser disciplinada pelo legislador federal."¹⁶⁰

¹⁵⁹ KELSEN, *Jurisdição...*, p. 157.

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 142.

Kelsen¹⁶¹, ao tratar desse assunto, quando analisava a competência da Corte Constitucional austríaca para anular leis inconstitucionais, ponderou que: "A solução que a Constituição austríaca deu ao conflito entre lei federal e lei estadual parece, assim, ser também adequada ao princípio do Estado federativo. Não é a lei federal enquanto tal que prevalece sobre a estadual, mas sim a lei constitucional sobre a inconstitucional, não interessando se é lei federal ou estadual."

¹⁶¹KELSEN, *Jurisdição...*, p. 23.

II PARTE – A REPERCUSSÃO GERAL DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL

A) A EC nº 45 e a Inserção do Requisito de Repercussão Geral

1. O "Perfil" da reforma

A Emenda Constitucional nº 45/2004 decorreu de iniciativa do ex-deputado federal Hélio Bicudo (PT/SP), cujo projeto (PEC 96/92) foi aprovado pela Câmara dos Deputados, tendo como relatora a deputada Zulaiê Cobra (PSDB/SP). No Senado Federal, a proposta teve como relator anterior o senador Bernardo Cabral (PMDB/AM) e, na atual legislatura, o senador José Jorge (PFL/PE), quando foi aprovada, após alterações da Comissão de Constituição e Justiça.

A partir disso, segundo Sérgio Rabello Tamm Renault, Secretário de reforma do Judiciário do Ministério da Justiça (2003-2005) e Subchefe de Assuntos Jurídicos da Casa Civil, a Secretaria de Reforma do Judiciário, do Ministério da Justiça apontou como pontos mais importantes e princípios norteadores da reforma do Poder Judiciário os seguintes:

I) Democratização e Controle do Poder Judiciário, com o objetivo de tornar sua estrutura administrativa mais aberta ao conjunto da magistratura, bem como de lhe alcançar maior transparência e submissão a algum nível de controle da sociedade.

II) Eficiência e celeridade do Judiciário, de modo a trazer maior racionalidade ao sistema e, por conseguinte, maior celeridade para a tramitação processual, a partir, *v.g.*, da instituição da súmula vinculante.

III) Autonomia e independência dos magistrados, a partir não só de uma autonomia financeira, mas do estabelecimento de critérios unificados para o

ingresso na magistratura e Ministério Público, a vedação ao nepotismo e a instituição da quarentena para o exercício da advocacia pelos juízes.

IV) Fortalecimento das funções essenciais ao acesso à Justiça, objetivo necessário a ser alcançado, principalmente a partir da concessão de autonomia às procuradorias estaduais e às defensorias.¹⁶²

Djanira Maria Radamés de Sá¹⁶³, ao analisar a Reforma do Judiciário sob o aspecto da atividade recursal, afirma que esta, no esteio de outras reformulações que vem sendo feitas no sistema processual brasileiro, opta por adotar o espírito de impor

à massa de jurisdicionados medidas tendentes, unicamente, a satisfazer os interesses dos próprios órgãos do Poder Judiciário, visando a redução do número de feitos a serem por eles examinados.

Como no passado, as propostas de solução presentemente encaminhadas com o objetivo de, senão neutralizar, pelo menos de minorar os efeitos da crise do Judiciário, caminham no sentido da adoção de mecanismos redutores do volume de feitos submetidos à apreciação dos Tribunais Superiores, afastadas as opções de enfrentamento direto e real dos problemas verdadeiramente causadores da ineficiência do aparelho judiciário estatal.

Nesse passo, sobre o congestionamento de feitos nos Tribunais Superiores, aponta a professora paulista para as seguintes causas:

Se congestionamento existe no âmbito dos Tribunais Superiores é porque, da parte do Estado-Governo, registra-se comportamento injustificado e inaceitável em face de pretensões legítimas manifestadas pelos cidadãos, aos quais outra alternativa não resta senão buscar o acolhimento perante o Poder Judiciário, gerando a multiplicação de demandas que tanto se quer evitar e às quais responde o Estado com o exercício da atividade recursal plena, esgotando o manejo de todas as formas de irresignação.

A par disso, pode-se creditar também ao Estado-Governo a culpa pela deficiência estrutural do Poder Judiciário, na medida em que exerce ação restritiva sobre a expansão dos quadros da magistratura pela via da limitação orçamentária, gerando uma realidade de escassez de magistrados, numericamente incapazes de enfrentar a constitucionalização de incontáveis temas novos, o que acaba por refletir-se na precariedade da prestação do serviço jurisdicional.

¹⁶² Vide em RENAULT, Sérgio Rabello Tamm. O poder judiciário e os rumos da reforma. *Debates em Direito Público*, Revista de Direito dos Advogados da União, v. 4, n. 4, p. 11-18, out. 2005, p. 15-16.

¹⁶³ SÁ, A atividade..., p. 11.

Assim, segundo a Doutora em Processo Civil pela PUC/SP, golpeia-se o livre convencimento do juiz e se evita a atividade recursal da parte interessada.¹⁶⁴

Salvo melhor juízo, não se pode concordar com o raciocínio estabelecido pela professora paulista. É evidente que, num país continental como o Brasil, com uma população de quase duzentos milhões de pessoas e uma estrutura federativa composta por diversos entes estatais como União, Estados e Municípios, o âmbito de relações se estabelece em uma amplitude infinitamente maior entre os cidadãos e os diversos órgãos estatais do que entre particulares.

Soma-se a isso a estrutura constitucional que estabeleceu uma imensa gama de benefícios e serviços a serem prestados pelo Estado à população, agregada ao estímulo a um livre e amplo acesso ao Poder Judiciário que alcança ao jurisdicionado uma extensa possibilidade de demandas contra os entes públicos, sem que, necessariamente tenham, em sua totalidade, fundamentos fáticos ou jurídicos que as amparem, provocando as esferas estatais a estabelecerem uma defesa incansável, no próprio interesse daqueles que ora litigam, mas que, futuramente, necessitarão dos recursos públicos que ficariam esvaziados, caso não houvesse uma defesa eficiente.

Por outro lado, não se compreende que o espírito da reforma empreendida pela EC 45/2004 tenha por fito satisfazer ao Judiciário e não ao jurisdicionado, ao menos no que diz respeito à criação desse filtro qualitativo denominado de repercussão geral da questão constitucional, ou seja, diversamente do que pensa a e. mestre paulista, crê-se que a seleção dos processos a serem julgados por nossa Corte Constitucional, antes de satisfazerem aos interesses do Judiciário, atendem aos anseios dos jurisdicionados que clamam por uma justiça mais célere, eficaz e transparente.

Nesse ponto, vale transcrever lição do Prof. Braghittoni¹⁶⁵:

A gravíssima questão do volume de causas volta à tona aqui. Se tivesse um número menor de causas, o Supremo poderia se dedicar mais a elas. Se

¹⁶⁴ SÁ, *A atividade...*, p. 12-13.

¹⁶⁵ BRAGHITTONI, *Recurso...*, p. 75.

tivesse um número menor de causas, o Supremo seria mais cobrado pelo que julgasse em cada uma delas. (É realmente difícil que o povo, que paga os salários dos Ministros pra que julguem, acompanhe o que eles julgam, se o volume de causas ultrapassa as dezenas de milhares!) Podendo escolher quais causas são mais importantes para o país (o que é obviamente um julgamento político), o Supremo poderia, com mais eficiência, auxiliar a determinar as grandes diretrizes que precisam ser tomadas.

2. A Arguição de Relevância da CF de 1967 - Possível Modelo: aspectos positivos e negativos

2.1. Sistemática do instituto

A arguição de relevância, verdadeiro *incidente preliminar ao juízo de admissibilidade do recurso extraordinário*¹⁶⁶, foi introduzida no texto constitucional pela Emenda nº 7 de 1977, cujo art. 119, § 1º¹⁶⁷, deu força de lei ao Regimento do

¹⁶⁶ MACHADO, Antonio Carlos Marcondes. Arguição de relevância: a competência para o seu exame. O ulterior conhecimento do recurso extraordinário. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 42, abr./jun. 1986, p. 66.

¹⁶⁷ Art. 119. Compete ao Supremo Tribunal Federal:

[...]

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

- a) contrariar dispositivo desta Constituição ou negar vigência de tratado ou lei federal;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

c) julgar válida lei ou ato do govêrno local contestado em face da Constituição ou de lei federal; ou

d) der à lei federal interpretação divergente da que lhe tenha dado outro Tribunal ou o próprio Supremo Tribunal Federal.

~~Parágrafo único. As causas a que se refere o item III, alíneas a e d, deste artigo, serão indicadas pelo Supremo Tribunal Federal no regimento interno, que atenderá à sua natureza, espécie ou valor pecuniário.~~

§ 1º As causas a que se fere o item III, alíneas a e d, deste artigo, serão indicadas pelo Supremo Tribunal Federal no regimento interno, que atenderá à sua natureza, espécie, valor pecuniário e relevância da questão federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 7, de 1977)

§ 2º O Supremo Tribunal Federal funcionará em plenário ou dividido em turmas. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 7, de 1977)

§ 3º O regimento interno estabelecerá: (Incluída pela Emenda Constitucional nº 7, de 1977)

a) a competência do plenário, além dos casos previstos nas alíneas a, b, c, d, i, j, l e o do item I deste artigo, que lhe são privativos; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 7, de 1977)

b) a composição e a competência das turmas; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 7, de 1977)

Supremo Tribunal Federal e teve seu processamento disciplinado por este, consoante o sistema da época, que deixava ao nosso superior tribunal a competência para dispor sobre o seu processo. Caracterizava-se por ser, na prática, uma hipótese a mais de cabimento do recurso extraordinário, uma vez que, a emenda regimental que alterou as hipóteses de cabimento do recurso extraordinário, bem como, o seu processamento, para acrescentar a argüição de relevância, introduziu o inc. XI ao dispositivo, para dispor que, além das hipóteses anteriores, poderia a parte levar ao Supremo o conhecimento do feito, desde que, malgrado não se configurando nenhuma das situações de cabimento do recurso extraordinário, demonstrasse que a questão envolvia matéria de relevância para a ordem jurídica.¹⁶⁸

Dessa forma, se a causa não envolvesse questão constitucional, nem se tratasse de determinadas matérias suscetíveis de recurso extraordinário, ou fosse de valor inferior à alçada, em relação à qual não era cabível o recurso extremo, poderia, ainda assim, ser levada ao Supremo Tribunal Federal, se nela fosse comprovada a existência de questão de relevância para o sistema jurídico.

José Carlos Barbosa Moreira¹⁶⁹ tinha a adequada compreensão do instituto e assim o caracterizou:

A presença de qualquer das circunstâncias catalogadas nos incisos do art. 308 do Regimento Interno (STF) constitui impedimento à recorribilidade extraordinária; a argüição de relevância da questão federal visa à remoção do impedimento. Se bem que, no texto constitucional em vigor, tal relevância venha ao lado dos critérios de natureza, espécie e valor pecuniário da causa, na disciplina regimental, consoante já se observou, a função por ela desempenhada é oposta à dos outros critérios: enquanto deles se vale o Regimento para excluir o cabimento do recurso, para abrir exceções a esse cabimento, o critério de relevância serve precisamente

c) o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal e da argüição de relevância da questão federal; e (Incluída pela Emenda Constitucional nº 7, de 1977)

d) a competência de seu Presidente para conceder o *exequatur* a cargas rogatórias e para homologar sentenças estrangeiras. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 7, de 1977)

¹⁶⁸ Vide entrevista com o Min. Néri da Silveira, pág. 2.

No mesmo sentido, ABREU, A argüição..., p. 170: “[...] a Emenda Regimental nº 3, introduziu o requisito da ‘relevância da questão federal’, elemento de natureza subjetiva das causas e destinado a funcionar como válvula de escape aos casos de não cabimento do recurso extraordinário de que tratam a legras **a** e **d** do inciso III do art. 119 da Constituição Federal.”

¹⁶⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, v. 5, p. 653-655.

para excluir a exclusão, para abrir exceção às exceções, ou, em termos mais exatos, para manter a regra de que, satisfeitos os pressupostos da Carta da República, o extraordinário é cabível.”

A esse respeito, vale trazer à colação interessante aresto, da lavra do Min. Carlos Thompson Flores¹⁷⁰, cuja ementa foi assim redigida:

Acidente ferroviário. Morte de filho maior, mas arrimo de família – Dano moral e honorários de advogado. – Arguição de relevância acolhida, em parte, quanto às duas últimas rubricas.

II – O acolhimento da arguição de relevância tem como pressuposto único afastar o óbice regimental que tornava incabível o recurso extraordinário.

III – Recurso Extraordinário conhecido e provido, quanto a honorários, eis que, na outra porção, dano moral, não resultou comprovado o dissídio pretoriano, assento único em que se fundou (RI art. 305, in fine e s. 291).”

Nessa ótica, pode-se concluir que o instituto da Arguição de Relevância apresentava preponderantemente a natureza de hipótese de cabimento do Recurso Extraordinário sobre a característica de pressuposto de admissibilidade.

Por outro lado, ao tentar esclarecer a concepção de questão relevante, o Min. Vítor Nunes Leal¹⁷¹ mencionava como exemplos “questões constitucionais; questões que versem sobre as atribuições de altas autoridades ou que lidam com os interesses de amplas coletividades; a definição de um instituto tributário; a interpretação de uma lei que abranja uma extensa categoria de funcionários públicos.”

2.2. Competência do Supremo Tribunal Federal para regulamentar o seu processo

A Constituição Federal de 1967, com a Emenda Constitucional nº 1/69, já dispunha caber ao Supremo Tribunal Federal a regulamentação da sistemática procedimental dos feitos a ele endereçados, no que se incluía o poder de indicar

¹⁷⁰ RE n. 91.782-9/RJ. Julgado em: 16 nov. 1979. *DJ* 30 nov. 1979.

¹⁷¹ LEAL, Victor Nunes. O requisito da 'relevância' para redução dos encargos do Supremo Tribunal Federal. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 213, jan./mar. De 1966, p. 24.

quais eram as causas que, segundo a natureza, espécie ou valor pecuniário, se amoldariam às hipóteses constitucionais de cabimento do recurso extraordinário¹⁷².

Nessa mesma linha, a Emenda Constitucional nº 07/77, que acrescentou os §§ 1º, 2º e 3º ao art. 119, substituindo o parágrafo único do mesmo art. 119 e a redação do art. 120 da CF/67, com a redação da EC 01/69, incluiu a argüição de relevância como uma das formas de se interpretarem as hipóteses de cabimento do recurso extraordinário, mas manteve no Supremo Tribunal Federal a competência para regular a questão, bem como o procedimento a ser tomado¹⁷³.

Ressalte-se, contudo, a necessária interpretação sistemática da Constituição, pela qual deve ser observada a competência exclusiva da União para legislar sobre processo (art. 8º, XVII, “b”, da Constituição anterior). Nessa esteira, consagrou-se o entendimento, segundo o qual, ao exercer o direito de regulamentar o seu processo, “[...] elabora o STF, ...normas processuais destinadas a viger ou a serem aplicadas aos feitos de sua competência originária ou de recursos a partir do momento em que ingressam através de suas portas, cabendo à legislação comum regular, quanto aos últimos, os procedimentos a serem observados no juízo recorrido, cumprindo o que dispõe o já referido art. 8º, XVII, letra “b”, da Constituição.¹⁷⁴

¹⁷² "Art. 119. Compete ao Supremo Tribunal Federal:

[...]

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

[...]

Parágrafo único - As causas a que se refere o item III, alíneas **a** e **d**, deste artigo serão indicadas pelo Supremo Tribunal Federal no regimento interno, que atenderá à sua natureza, espécie ou valor pecuniário.

Art. 120 - O Supremo Tribunal Federal funcionará em plenário ou dividido em turmas.

Parágrafo único - O regimento interno estabelecerá:

[...]

c) o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou de recursos; e

(...)"

¹⁷³ "Art. 119 - Compete ao Supremo Tribunal Federal:

(...)

§ 1º - As causas a que se refere o item III, alíneas **a** e **d**, deste artigo serão indicadas pelo Supremo Tribunal Federal no regimento interno, que atenderá à sua natureza, espécie, valor pecuniário e relevância da questão federal.

§ 2º - O Supremo Tribunal federal funcionará em plenário ou dividido em turmas.

§ 3º - O regimento interno estabelecerá:

(...)

c) o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal e da argüição de relevância da questão federal; e

(...)"

¹⁷⁴ Vide Iduna Weinert Abreu em *A argüição de relevância da questão federal*. R. Inf. Legisl., Brasília a. 16 n. 61, jan/mar./1979, pág. 173.

2.3. Processamento da argüição

A argüição de relevância deveria ser suscitada em preliminar, ou capítulo à parte, na petição de recurso extraordinário, com a indicação do dispositivo de lei que se entendia violado.

[...] era preciso que, na própria petição do recurso extraordinário, houvesse capítulo destacado, 'demonstrando a questão suscitada', 'sucinta mas fundamentadamente', indicando peças indispensáveis e outras que entendesse necessárias.

Juntada aos autos essa petição, o Presidente do Tribunal de origem mandava formar o instrumento, sendo o recorrido intimado para responder à argüição de relevância no prazo de cinco dias. Com ou sem essa resposta, o recorrente era intimado para extrair cópia desse instrumento no prazo de quinze dias e recolher as custas ao STF. O Presidente do Tribunal recorrido, em dois dias, determinava então a remessa desses dois exemplares ao Supremo, sendo registrado como argüição de relevância e sem necessidade de relator.¹⁷⁵

A partir disso, o tribunal de origem submetia a argüição ao Supremo Tribunal Federal, que a apreciava em Conselho, sem a distribuição a relator e dispensando fundamentação. Na sessão do Conselho, os Ministros votavam com *quorum* mínimo de três Ministros para acolher a argüição. Não havia qualquer manifestação sobre a relevância pela presidência do tribunal *a quo*, uma vez que, esse juízo era privativo do Supremo Tribunal Federal.

Outrossim, diferentemente do que ocorre com a repercussão geral, a argüição de relevância era apreciada em sessão secreta.

No mesmo sentido: Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Tomo VIII, arts. 539-565, Forense, RJ/1975, págs. 193 e 194; e Sérgio Bermudes, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VII, arts. 496 a 565, RT, SP/1975, pág. 293.

Quanto ao formalismo processual, os institutos também não guardam maiores semelhanças: a argüição de relevância era apreciada em sessão secreta, dispensando fundamentação; a análise da repercussão geral, ao contrário, tem evidentemente de ser examinada em sessão pública, com julgamento motivado (art. 93, IX, da CF).¹⁷⁶

A única consequência da declaração de existência de relevância na questão federal envolvida no caso era autorizar o processamento do recurso extraordinário, ou seja, uma vez aprovada a argüição, o Supremo comunicava essa decisão ao tribunal *a quo*, que estava autorizado, então, a processar o recurso. No entanto, consoante explica muito bem o Exmo. Min. José Néri da Silveira, “o simples fato de o tribunal entender que era relevante, não implicava conhecimento do recurso; implicava, tão-só, um juízo prévio da relevância da questão.”¹⁷⁷

2.4. Diferenças entre ambos os institutos

2.4.1. Diferença conceptual

Em primeiro lugar, em que pese possamos buscar na Argüição de Relevância subsídios para a compreensão e aplicação do requisito de admissibilidade, *repercussão geral da questão constitucional* no conhecimento do Recurso Extraordinário, mister se faz distinguir ambos os institutos a partir dos conceitos de Relevância e Repercussão.

A importância do uso e da interpretação correta das expressões técnicas já era destacada por Pontes de Miranda, segundo o qual: "Sem terminologia escoreita e sem sintaxe, não há ciência."¹⁷⁸

¹⁷⁶ MARINONI; MITIDIERO, *Repercussão...*, p. 31.

¹⁷⁷ Entrevista em anexo, p. 4-5.

¹⁷⁸ PONTES DE MIRANDA, *Comantérios...*, p. 119.

Relevância significa "Qualidade do que é relevante; relevo; importância.", relevante é aquilo que "[...] releva; que sobressai; importante; ...aquilo que é necessário ou indispensável."

Repercussão, por sua vez, significa "Ato ou efeito de repercutir"; repercutir é "[...] Refletir, reproduzir...; afastar de si; dar nova direção a; .refletir-se; reproduzir-se...fazer sentir indiretamente sua ação: 'o acontecimento repercutiu em todo o país'." ¹⁷⁹

O art. 119, § 1º, da Constituição de 1967, com a redação dada pela EC nº 1 de 1969, deixou ao Supremo Tribunal Federal, através de seu regimento interno, a definição do que seria questão federal de relevância, como pressuposto limitador do conhecimento do recurso extraordinário. No entanto, a partir da análise posta acima acerca do conceito de relevância, não há como não concluirmos que, neste, há uma margem de subjetividade bem mais ampla do que no conceito de repercussão geral.

Iduna Weinert Abreu¹⁸⁰, ao tratar do conceito de relevância, admite que

[...] o sentido lato da palavra carrega em si mesmo forte dose de subjetivismo, conduzindo o raciocínio, necessariamente, à apreciação de fatores cuja mensuração impõe critérios estritamente individuais e, por isso mesmo, mutáveis.

[...]

Por outro lado, decidir se uma determinada questão é relevante ou possui relevância federal implica, e de forma obrigatória, a consideração de toda uma problemática de valores, ou seja, a indagação dos pressupostos axiológicos e teleológicos que diretamente a informaram e que fincam suas raízes em todo o complexo sócio-econômico vigente.

O que cabe averiguar, em realidade, são as correlações existentes entre determinada questão suscitada e aqueles fatores aqui e agora positivamente valorizados, tanto pelo mecanismo estatal quanto pelas parcelas da população direta ou indiretamente envolvidas na contenda; indaga-se, por conseguinte, para quem é a mesma relevante, determinando-se, ainda, a exata medida em que seu deslinde irá afetar aqueles contingentes da sociedade.

Identificarmos se a questão constitucional é de repercussão geral exige um raciocínio bem mais objetivo do Supremo Tribunal Federal do que conceber, à época, como relevante, a questão federal, uma vez que, para aquela, basta ao

¹⁷⁹ REPERCUSSÃO. In: FERNANDES, Francisco; LUFT, Celso Pedro; GUIMARÃES, F. Marques. *Dicionário Brasileiro Globo*. 8. ed. Rio de Janeiro: Globo, 1988.

¹⁸⁰ ABREU, A arguição..., p. 167-181.

Tribunal, para excluir o conhecimento do recurso, concluir que a matéria envolvida não produz reflexo na ordem jurídica nacional, ou seja, não tem repercussão no país como um todo.

Em segundo lugar, consoante mencionado no item anterior, a argüição de relevância era uma hipótese a mais de cabimento do recurso extraordinário, no que tange ao debate sobre a aplicação do direito infraconstitucional no País, visto que, como dito, a matéria constitucional sempre chegava ao Supremo, porque, prevista nas hipóteses anteriores. Dessa forma, o não conhecimento do recurso pela não configuração da relevância equivalia à falta de enquadramento da questão entre as hipóteses de cabimento da inconformidade.

No que tange à repercussão geral da questão constitucional, o recorrente, além de demonstrar que a matéria se enquadra nas hipóteses de cabimento do recurso extraordinário, deve comprovar que ela deve ser analisada pelo Supremo Tribunal Federal por que se trata de questão de repercussão nacional. Sendo assim, a não demonstração da repercussão geral da questão constitucional equivale à possibilidade de exclusão do conhecimento do recurso, ainda que interposto com base nas hipóteses de cabimento previstas no art. 102, III, da CF, ou seja, além de estar

Neste ponto, vale a lição de Marinoni e Mitidiero, segundo a qual

[...] enquanto a argüição de relevância funcionava como um instituto que visava a possibilitar o conhecimento deste ou daquele recurso extraordinário 'a priori' incabível, funcionando com um instituto com característica central inclusiva, a repercussão geral visa a excluir do conhecimento do Supremo Tribunal Federal controvérsias que assim não se caracterizem.

2.4.2. Competência regulamentadora

A regulamentação da argüição de relevância, consoante exposto no item 1.1.2 acima, foi atribuída, pela Constituição, ao Supremo Tribunal Federal, enquanto a repercussão geral da questão constitucional, foi prevista por norma constitucional

de eficácia limitada¹⁸¹, dependente, por tanto, de regulamentação por norma infraconstitucional.

Assim sendo, cabe à lei ordinária definir o procedimento da demonstração da repercussão geral da questão constitucional, o que foi atendido pela Lei 11.418/2006, uma vez que a definição do que seja questão constitucional de repercussão geral, em sendo um juízo político, é privativa do Supremo Tribunal Federal¹⁸².

Nesse ponto, a diferença entre ambas está, portanto, em que o processamento da argüição de relevância era regulamentado pelo próprio Supremo em seu regimento interno, enquanto, o procedimento da demonstração da repercussão geral ficou dependente de normatização via processo legislativo.

2.4.3. Fundamentação da decisão pelo Supremo Tribunal Federal

A decisão que deliberava sobre a Argüição de Relevância, diferentemente do que ocorre com aquela que aprecia a Repercussão Geral, dispensava motivação, sendo analisada em sessão administrativa secreta, o que, por certo, foi alvo de inúmeras críticas.

O Ministro Sidney Sanches¹⁸³, tentando justificar o julgamento secreto em sessão administrativa das argüições de relevância, assim se posicionava:

A sessão pode ser administrativa porque o julgamento não é de índole jurisdicional. E, se tivesse de ser pública, sempre haveria de ser admitida a sustentação oral de ambas as partes. E, se a decisão tivesse de ser fundamentada, estaríamos ampliando consideravelmente o número de sessões plenárias do Tribunal, que já são duas por semana. E a avalanche de processos continuaria invencível. Os julgamentos retardados. E o problema insuperado (aliás, esclareço que o Conselho julga mais de 150

¹⁸¹ Inserir menção a SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1998.

¹⁸² Nesse sentido Min. Néri da Silveira (entrevista em anexo, p. 5.)

¹⁸³ SANCHES, Sidney. Argüição de relevância da questão federal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n 627, jan. de 1988, p. 257.

arguições de relevância por semana, após a sessão plenária pública de 4ª feira).

Encontrou a Corte um meio-termo: fundamentar apenas os acolhimentos das arguições de relevância, mediante verbetes.

3. A repercussão geral como pressuposto inerente à função do Supremo no Controle de Constitucionalidade.

O controle de constitucionalidade, como visto, tem por missão preservar o princípio da supremacia do Direito. No entanto, paralelo ao controle de constitucionalidade efetivado pelo Poder Judiciário *stricto sensu*, ou seja, juízes monocráticos, Tribunais Regionais e de Justiça e Tribunais Superiores, visto que estes também estão autorizados a realizarem controle de constitucionalidade no controle difuso, mostra-se necessário, no Estado moderno, a atribuição a um órgão institucional da missão de controlar a integridade da norma constitucional, como fiscalizador, instrumentalizador e garantidor da eficácia da adequada execução da função governamental moderna.

Dessa forma, a partir da revolução industrial ocorrida na passagem do século XVIII para o século XIX, que fez, tendo em vista o desenvolvimento científico e tecnológico da atividade econômica e conseqüente aceleração da criação de riqueza, desenvolver a emigração rural para os centros urbanos, surgindo então a figura do operariado, a função governamental sofreu uma reciclagem, deixando a feição original de garantidora da ordem, para assumir “*ações políticas*” que ganham “[...] alcance mais amplo e mais fundo, sobre os interesses das pessoas, dos grupos e da sociedade. Movimentam mais recursos. Exigem tributos. Aperfeiçoam instrumentos coativos. Confrontam seus titulares com opções difíceis polêmicas, conflituosas.”

Em primeiro lugar, cumpre destacar que, a partir da análise da sistemática do instituto no Direito Comparado, podemos concluir que a necessidade da demonstração da repercussão geral para que o Supremo examine o Recurso Extraordinário representa um dos instrumentos pelos quais verificamos que não se pode mais falar em grandes sistemas rígidos de Direito, *Civil Law* e *Common Law*, ou seja, atualmente os sistemas estão se interpenetrando, de modo que institutos de um são adaptados a ordenamentos jurídicos de outros. Ocorre que, em que pese o Brasil tenha adotado o modelo romano-germânico, o instituto da repercussão geral advém do modelo anglo-americano, visto que, dessa família decorre a original relevância do precedente judicial como verdadeiro criador de direito, o que está intimamente relacionado com a necessidade de a Corte Constitucional apreciar casos que interessem não somente às partes em conflito.

A necessidade de demonstração de repercussão geral nas questões submetidas à análise do Supremo Tribunal Federal é inerente à sua natureza de corte aferidora da correta aplicação e/ou interpretação no País.

Na verdade, mesmo no controle concreto de constitucionalidade, diferentemente do que fazem os outros Tribunais e Juízes, há, no julgamento pelo Supremo, uma natureza objetiva semelhante à técnica utilizada no processo objetivo do controle concentrado, pela qual se “[...] permite um foco maior em questões que extrapolam o individual para atingir toda a coletividade.”¹⁸⁴, uma vez que, deve o nosso Tribunal Maior concentrar-se na questão constitucional posta à análise e não no interesse das partes em litígio.

Dessa forma, se o foco do Supremo está na análise da aplicação da Constituição, não se tem por que fazer chegar até ele questões que não ultrapassem os interesses individuais ou subjetivos dos litigantes, pois não está nestes o seu objetivo e, sim, na uniformização da ordem constitucional.

¹⁸⁴MARINONI; MITIDIERO, *Repercussão...*, p. 67.

Aliás, ao discorrer sobre a finalidade da repercussão geral, assim afirmou o Min. Marco Aurélio: “A finalidade da relevância é esta: evitar a repetição de decisões pelo Supremo, que o Supremo se torne uma Corte simplesmente cartorária”¹⁸⁵.

B) A Regulamentação da Repercussão Geral

1. Diretrizes observadas na regulamentação da repercussão geral

1.1. Limitações do legislador na regulamentação do instituto

O instituto da demonstração da repercussão geral da questão constitucional, consoante já sustentado acima, foi inserido em nosso texto constitucional mediante acréscimo do § 3º ao art. 102 da CF, por norma constitucional de eficácia limitada. Em sendo assim, reservou-se o legislador a atribuição de regulamentar essa nova disposição constitucional, impondo-lhe uma limitação, eficaz, objeto de críticas e ensejadora de dúvidas, acerca da real vontade política de tornar efetivo o novo pressuposto de admissão do Recurso Extraordinário, bem como sobre os limites que irão nortear a produção legislativa.

Na verdade, sempre é muito tímida toda e qualquer tentativa de se reconhecer maior poder aos nossos juízes na limitação de acesso à via recursal, mesmo quando se trata dos juízes de nossa Corte Maior, resistência esta não somente verificada no Poder Legislativo, mas no próprio Poder Judiciário, o que se explica facilmente pelas origens culturais de nosso Direito, com a concepção que se tem do juiz da família romano-germânica.

¹⁸⁵

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Questão de Ordem em RE n. 559.607-9/SC. Relator: Min. Marco Aurélio. *DJ* 22 fev. 2008, p. 1675.

Nesse sentido, sempre oportunas as palavras do Ministro Adhemar Maciel:

Nos Estados Unidos, as restrições ao acesso recursal ('appeal') foram mais fáceis e menos dolorosas. Isso porque lá o sistema jurídico é diferente do nosso aqui. O Direito Norte-americano é predominantemente 'judicial', pois alicerçado no 'common law'. A evolução do juiz americano, diferentemente do juiz de filiação européia, tem forte viés político. O 'judge' foi sempre tomado pela sociedade como membro de um 'poder'. O juiz de formação européia, à qual nos filiamos, começou não como um 'poder', mas como integrante da Administração Pública.

A regulamentação legislativa desta nova exigência a ser cumprida para que o recurso extraordinário seja conhecido passa pela análise do objeto sobre o qual incidirá a atuação do legislador, ou seja: poderia ele pretender definir o que sejam questões constitucionais de repercussão geral ou, caberia a ele estabelecer a forma como se processaria a demonstração da repercussão geral.

A resposta à primeira hipótese, conforme mencionado no item 1.1.2, deve ser negativa, ou seja, não pode o legislador, imiscuir-se em questão de competência privativa do Supremo Tribunal Federal como intérprete da Constituição, ou seja, cabe ao nosso tribunal constitucional dizer o que seria questão constitucional de repercussão geral, uma vez que tal juízo, além de possuir caráter político, traz em seu bojo a definição do papel do Supremo na nossa ordem jurídico-constitucional. Tanto é assim, que o art. 543-A, § 2º, do CPC, acrescentado pela L. 11.418/06, reservando-se o direito de elucidar que questões de repercussão geral são aquelas que ultrapassam os interesses das partes litigantes, optou por dispor de conceitos abertos – *'questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico'* – a serem elucidados pelo Supremo. .

Assim, a definição desses conceitos abertos, como, no sistema constitucional anterior, *relevância da questão federal*, e agora, questão constitucional de repercussão geral está vinculada, conforme afirma o E. Min. Néri da Silveira, à idéia de que o Supremo não “é uma terceira ou Quarta instância geral, ordinária. É exatamente uma instância extraordinária, para causas especiais, extraordinárias, aquelas causas que forem do interesse da nação, da ordem jurídica, de relevância

social, etc. O Supremo não existe para ser uma simples instância a mais, dentro do mecanismo judiciário.”¹⁸⁶

Outrossim, em sendo um conceito aberto, seria impraticável, ao legislador definir todas as hipóteses em que se teria repercussão geral.

Com base em tais conclusões, a resposta à segunda indagação seria afirmativa, ou seja, cabe ao legislador ordinário disciplinar a forma como se processará a demonstração da repercussão geral.

Aliás, no esteio do raciocínio do Min. José Néri da Silveira, foi assim em relação à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, em que a Constituição de 1988, em sua redação original¹⁸⁷, deixou ao legislador infraconstitucional a atribuição de regulamentar o então parágrafo único do art. 102, transformado em § 1º pela EC n. 3/1993, referente à competência do Supremo Tribunal Federal para o julgamento dessa nova ação constitucional, o que ocorreu com a edição da Lei 9.882/1999, que dispôs sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Como se vê, o legislador ordinário, observando a definição das funções dos poderes do Estado, limitou-se à seara procedimental, sem tentar apontar, no texto legislativo, quais seriam os preceitos fundamentais da Constituição, uma vez que tal tarefa é da competência do Supremo Tribunal Federal como guardião e intérprete da constituição.

1.2. A repercussão geral como um prius para o conhecimento do recurso

Por ocasião da inserção do requisito da demonstração da transcendência, criado por medida provisória como fator limitador do conhecimento dos recursos de

¹⁸⁶ Entrevista em anexo, p. 7.

¹⁸⁷ "Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

[...]

Parágrafo único. A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei"

revista pelo TST, foi discutido se tal pressuposto seria tão-somente um requisito a mais na análise do conhecimento do recurso ou, se ele, tendo em vista sua importância, era bastante por si, ou seja, estando presente a transcendência, estava o Tribunal imediatamente autorizado a analisar o mérito do recurso.

Aliás, tal se dava também com a Arguição de Relevância, como bem elucidada Braghittoni¹⁸⁸:

Uma vez constatada a relevância, a matéria era encaminhada ao Supremo, sem análise de todos os outros requisitos de admissibilidade. Por exemplo, mesmo que o recurso fosse, até intempestivo, isso só poderia ser analisado pelo próprio Supremo, pois a ele seria o recurso encaminhado.

[...]

Recebida a arguição de relevância, abria-se um 'juízo de pré-admissibilidade', em que, como visto, deixava-se o juízo de admissibilidade propriamente para momento posterior – o que importa em constatar que, para o mérito mesmo do recurso, o recebimento da arguição de relevância não tinha nenhuma importância. Não é porque a questão foi considerada 'relevante' que isso iria importar em algum tipo de 'pré-julgamento' da causa.

Igual raciocínio pode ser transportado, agora, por força da adoção do pressuposto da repercussão geral como limitador do conhecimento do recurso extraordinário pela EC 45, ou seja, consoante indagação que nos foi proposta pelo Eminentíssimo Ministro José Néri da Silveira¹⁸⁹ em entrevista realizada acerca do tema, “a repercussão geral da questão constitucional posta no recurso é bastante em si, ou ela é apenas um 'prius' para o conhecimento do recurso?”

Na ocasião, defendeu o notável jurista a tese de que seria, a repercussão geral da questão constitucional, tão-só, um *prius*. Segundo ele:

[...] a repercussão geral da questão constitucional é tão-só prius, é uma indagação prévia. Se a questão constitucional posta no recurso não tiver repercussão geral, o tribunal, simplesmente, não conhece do recurso e com isso ele encerra a sua prestação jurisdicional. Se entender que é uma questão importante, o tribunal vai adiante; verificará se o recurso preenche os requisitos formais do recurso extraordinário, como o prequestionamento, se houve ofensa direta à Constituição, etc.¹⁹⁰

¹⁸⁸ Braghittoni, *Recurso...*, p. 8-10.

¹⁸⁹ Vide anexo.

¹⁹⁰ Vide anexo, p. 1

Na verdade, adotando a posição defendida pelo Min. Néri, tem-se que a repercussão geral da questão constitucional configura um requisito a mais de admissibilidade do recurso, sob pena de eliminarmos, a partir do êxito do recorrente em demonstrá-la, toda uma fase jurisdicional prévia, necessária à possível análise do mérito recurso, concernente no juízo de admissibilidade recursal, o que não seria possível, sob pena de afronta ao princípio do devido processo legal, mormente quando os requisitos intrínsecos de admissibilidade do recurso extraordinário decorrem do próprio texto constitucional, como o cabimento e o prequestionamento.

Assim, a repercussão geral caracteriza-se como um dos requisitos específicos de admissibilidade do recurso extraordinário, cuja presença, somada à dos demais, leva ao conhecimento do recurso. Neste sentido a lição de Luiz Manoel Gomes Junior¹⁹¹:

Ponderação relevante reside na circunstância de que o novo instituto jurídico-constitucional **repercussão geral** não é um 'recurso', pois inexistente de forma autônoma e a sua finalidade não é obter 'per se' a reforma da decisão impugnada, mas sim a admissão do recurso extraordinário, havendo uma vinculação indissociável entre ambos, de modo que somente será determinada irrevogação tida como dotada de repercussão geral se analisado o seu objeto - razões recursais, em função dos motivos em que se procura demonstrar a **repercussão** das matérias debatidas na causa. Temos que o instituto da 'repercussão' é um pressuposto recursal específico, ou seja, determinado recurso extraordinário somente poderá ser analisado em seu mérito se a matéria nele contida apresentar o que se deva entender como **dotada de repercussão geral**. Ausente a "repercussão geral", não há como haver qualquer incursão no mérito do recurso.

2. Fundamentos Normativos

2.1. A Constituição Federal

A competência dos Tribunais Superiores, tendo em vista suas naturezas de Cortes Uniformizadoras do Direito no País, como é cediço, vem fixada no texto constitucional, logo, no caso do Supremo Tribunal Federal, com mais razão de ser

¹⁹¹ GOMES JÚNIOR, A repercussão..., p. 97.

ainda, estão previstas na Carta Magna todas as hipóteses que reclamam suas decisões.

Dessa forma, em sendo o recurso extraordinário um recurso excepcional de previsão pela norma constitucional, é evidente que seus pressupostos específicos de admissibilidade por ela devem ser fixados, o que acontece com o prequestionamento, deduzido da exigência de efetiva prévia decisão da questão submetida ao STF, bem como, com a demonstração da repercussão geral da questão constitucional discutida no feito e introduzida pelo art. 102, § 3º, da CF:

§ 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.

2.2. A Lei 11.418/06

A partir da necessária regulamentação do dispositivo exigida pelo § 3º do inc. III do art. 102 da Constituição, sobreveio a L. 11.418/06 que acrescentou os arts. 543-A e 543-B ao CPC, da seguinte forma:

Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 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. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 2º O recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 4º Se a Turma decidir pela existência da repercussão geral por, no mínimo, 4 (quatro) votos, ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 5º 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. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 6º O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos

do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 7º A Súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no Diário Oficial e valerá como acórdão. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 1º 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. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 2º Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 4º Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 5º O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal disporá sobre as atribuições dos Ministros, das Turmas e de outros órgãos, na análise da repercussão geral. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

Como se constata pelos dispositivos, a norma que regulamentou o instituto foi objetiva, clara e pontual, tratando tão-somente dos aspectos processuais, deixando, como não poderia deixar de ser, ao Supremo Tribunal Federal as questões que lhe competem exclusivamente, como dizer o que seja questão relevante do ponto de vista econômico, social, jurídico ou político.

2.3. A Emenda Regimental STF n. 21/07

Algumas questões, a despeito de haver norma regulamentadora do instituto, ainda ficaram para o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal definir questões procedimentais como a remessa pelo Relator aos colegas, mediante meio eletrônico, de seu voto acerca da repercussão, a possibilidade de admissão pelo Relator de manifestação de terceiros, entre outros:

Art. 3221. O Tribunal recusará recurso extraordinário cuja questão constitucional não oferecer repercussão geral, nos termos deste capítulo.

Parágrafo único. Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões que, relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, ultrapassem os interesses subjetivos das partes. ¹Atualizado com a introdução da Emenda Regimental n. 21/07.

Art. 3231. Quando não for caso de inadmissibilidade do recurso por outra razão, o(a) Relator(a) submeterá, por meio eletrônico, aos demais ministros, cópia de sua manifestação sobre a existência, ou não, de repercussão geral.

§ 1º Tal procedimento não terá lugar, quando o recurso versar questão cuja repercussão já houver sido reconhecida pelo Tribunal, ou quando impugnar decisão contrária a súmula ou a jurisprudência dominante, casos em que se presume a existência de repercussão geral.

§ 2º Mediante decisão irrecorrível, poderá o(a) Relator(a) admitir de ofício ou a requerimento, em prazo que fixar, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, sobre a questão da repercussão geral. ¹Atualizado com a introdução da Emenda Regimental n. 21/07.

Art. 3241. Recebida a manifestação do(a) Relator(a), os demais ministros encaminhar-lhe-ão, também por meio eletrônico, no prazo comum de 20 (vinte) dias, manifestação sobre a questão da repercussão geral.

Parágrafo único. Decorrido o prazo sem manifestações suficientes para recusa do recurso, reputar-se-á existente a repercussão geral. ¹Atualizado com a introdução da Emenda Regimental n. 21/07.

Art. 3251. O(A) Relator(a) juntará cópia das manifestações aos autos, quando não se tratar de processo informatizado, e, uma vez definida a existência da repercussão geral, julgará o recurso ou pedirá dia para seu julgamento, após vista ao Procurador-Geral, se necessária; negada a existência, formalizará e subscreverá decisão de recusa do recurso.

Parágrafo único. O teor da decisão preliminar sobre a existência da repercussão geral, que deve integrar a decisão monocrática ou o acórdão, constará sempre das publicações dos julgamentos no *Diário Oficial*, com menção clara à matéria do recurso. ¹Atualizado com a introdução da Emenda Regimental n. 21/07.

Art. 3261. Toda decisão de inexistência de repercussão geral é irrecorrível e, valendo para todos os recursos sobre questão idêntica, deve ser comunicada, pelo(a) Relator(a), à Presidência do Tribunal, para os fins do artigo subsequente e do artigo 329. ¹Atualizado com a introdução da Emenda Regimental n. 21/07.

Art. 3271. A Presidência do Tribunal recusará recursos que não apresentem preliminar formal e fundamentada de repercussão geral, bem como aqueles cuja matéria carecer de repercussão geral, segundo precedente do Tribunal, salvo se a tese tiver sido revista ou estiver em procedimento de revisão.

§ 1º Igual competência exercerá o(a) Relator(a) sorteado(a), quando o recurso não tiver sido liminarmente recusado pela Presidência.

§ 2º Da decisão que recusar recurso, nos termos deste artigo, caberá agravo. ¹Atualizado com a introdução da Emenda Regimental n. 21/07.

Art. 3281. Protocolado ou distribuído recurso cuja questão for suscetível de reproduzir-se em múltiplos feitos, a Presidência do Tribunal ou o(a) Relator(a), de ofício ou a requerimento da parte interessada, comunicará o fato aos tribunais ou turmas de juizado especial, a fim de que observem o disposto no art. 543-B do Código de Processo Civil, podendo pedir-lhes informações, que deverão ser prestadas em 5 (cinco) dias, e sobrestar todas as demais causas com questão idêntica.

Parágrafo único. Quando se verificar subida ou distribuição de múltiplos recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a Presidência do Tribunal ou o(a)

Relator(a) selecionará um ou mais representativos da questão e determinará a devolução dos demais aos tribunais ou turmas de juizado especial de origem, para aplicação dos parágrafos do art. 543-B do Código de Processo Civil. ¹Atualizado com a introdução da Emenda Regimental n. 21/07.

Art. 328-A1. Nos casos previstos no art. 543-B, *caput*, do Código de Processo Civil, o Tribunal de origem não emitirá juízo de admissibilidade sobre os recursos extraordinários já sobrestados, nem sobre os que venham a ser interpostos, até que o *Supremo Tribunal Federal* decida os que tenham sido selecionados nos termos do § 1º daquele artigo.

§ 1º Nos casos anteriores, o Tribunal de origem sobrestará os agravos de instrumento contra decisões que não tenham admitido os recursos extraordinários, julgando-os prejudicados na hipótese do art. 543-B, § 2º.

§ 2º Julgado o mérito do recurso extraordinário em sentido contrário ao dos acórdãos recorridos, o Tribunal de origem remeterá ao *Supremo Tribunal Federal* os agravos em que não se retratar. ¹Atualizado com a introdução da Emenda Regimental n. 23/08.

Emenda Regimental n. 23/08, art. 2º: agravos de instrumento pendentes de julgamento.

Art. 3291. A Presidência do Tribunal promoverá ampla e específica divulgação do teor das decisões sobre repercussão geral, bem como formação e atualização de banco eletrônico de dados a respeito.”

¹Atualizado com a introdução da Emenda Regimental n. 21/07.

2.4. As decisões do Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal, como é cediço, possui a função de legislador negativo, alcançando, muitas de suas decisões, eficácia *erga omnes*. Dessa feita, não podemos deixar de adotar também como fundamentos normativos para suas decisões acerca da repercussão geral, aqueles acórdãos que, por determinação do próprio Tribunal, devam ter eficácia vinculante, mormente considerando a nova norma inserida no texto constitucional por força da EC 45/2004, atribuindo efeito vinculante a algumas de suas decisões.

3. Questões Constitucionais de repercussão geral

A Emenda Constitucional nº 45/2004 inseriu o § 3º ao art. 102 da CF, dispondo que o promovente do recurso extraordinário deverá, sob pena de não conhecimento do recurso, demonstrar a *repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso*, e assim o fez para ressaltar a necessária observância da função e competência do Supremo Tribunal Federal como Corte responsável pela guarda da Constituição, tentando, num esforço hercúleo, corrigir a cultura instalada indevidamente no país, de livre acesso ao tribunal máximo de toda

e qualquer questão que, sob a pecha de constitucional, transforme-o, na prática, em tribunal 'ordinaríssimo' ou em quarto grau de jurisdição.

Marinoni e Mitidiero¹⁹², sobre esse novo requisito de acesso ao Supremo Tribunal Federal, consideram um “[...] salutar expediente que, ao mesmo tempo visa a concretizar o valor da igualdade e patrocinar sensível economia processual, racionalizando a atividade judicial, sobre, consoante já se destacou, contribuir para a realização da unidade do Direito em nosso Estado Constitucional.”

A Constituição, como de costume, é a carta política responsável por definir a estrutura do Estado, dispondo sobre a separação dos poderes - ou funções do poder soberano -, com suas respectivas atribuições, bem como, a repartição de competências entre os órgãos responsáveis pelo exercício do poder, de modo a possibilitar a concretização, num Estado Democrático de Direito, das garantias e liberdades constitucionais e, por consequência, a realização dos fundamentos da nação, voltados, em última análise para o homem como integrante de uma coletividade nacional, visto, por conseguinte, como indivíduo, cidadão e trabalhador.

Dessa forma, se cabe ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição, compete a ele, consoante sustentado em momento anterior, o controle da correta aplicação e interpretação de uma Carta política na qual estão regulados os aspectos políticos de estruturação do País, como repartição de competências e preservação de garantias e liberdades constitucionais.

Logo, somente estará o Supremo atendendo à sua função de Corte de uniformização, modernização e reconstrução do Direito, se deitar seus olhos aos problemas que digam respeito, senão à sociedade como um todo, a um número considerável de pessoas, o que apenas será atingido mediante um mecanismo de filtragem dos processos que lhes batem às portas, de modo a impedir que nossa Corte Maior se transforme em Tribunal Ordinário de Justiça a atender aos interesses subjetivos das partes em litígio, papel muito bem desempenhado por nossos Tribunais Federais e de Justiça.

¹⁹²

MARINONI; MITIDIERO, *Repercussão...*, p. 19.

É claro, que toda a matéria disposta em norma Constitucional possui relevância refletida pelo instrumento que a traduz, o que não significa, no entanto, que toda a causa que se relacione a questões dispostas em mandamento constitucional também sejam relevantes, visto que, “a questão aqui não é apenas de ‘existência’ (‘existe ou não existe relevância, ou repercussão geral’), mas de intensidade: quão relevante é esta questão, em comparação às demais? Qual a dimensão da repercussão que este julgamento trará para o resto da sociedade, excluídas as próprias partes?”¹⁹³

Ao Supremo Tribunal Federal cabe, consoante mencionado no item 1 deste trabalho, "tutelar a observância do Princípio da Supremacia da Constituição que, segundo lição do mestre Canotilho, exprime-se também, através da chamada reserva de Constituição, ou seja, determinadas questões respeitantes ao estatuto jurídico do político não devem ser reguladas por leis ordinárias, mas sim, pela Constituição."

Logo, a partir do exposto, conclui-se que, questões constitucionais a serem analisadas pelo Supremo Tribunal Federal só podem ser questões de repercussão geral, ou seja, aquelas questões que têm, pela sua própria natureza, potencialidade de refletir ou repercutir para além do interesse das partes em determinado processo, uma vez que, podem vir a reproduzir-se, visto que dizem respeito à estruturação e exercício do poder, à repartição de competências e à preservação dos direitos fundamentais. São questões que dizem respeito e interessam não somente às partes envolvidas no processo, mas à nação como um todo, à ordem jurídica nacional.

Neste ponto, sempre oportuna a lição de Kelsen sobre o sentido de Constituição:

[...] a noção de Constituição conservou um núcleo permanente: a idéia de um princípio supremo determinando a ordem estatal inteira e a essência da comunidade constituída por essa ordem.
[...]

¹⁹³

Vide BRAGHITTONI, *Recurso...*, p. 77.

Essa regra para a criação das normas jurídicas essenciais do Estado, a determinação dos órgãos e do procedimento da legislação, forma a Constituição no sentido próprio, original e estrito da palavra.

[...]

Entende-se tradicionalmente por Constituição - no sentido material - não apenas as regras relativas aos órgãos e ao procedimento legislativo, mas também as que se referem aos órgãos executivos superiores, e, além delas, a determinação das relações de princípio entre o Estado e os cidadãos, designando-se com isso simplesmente o catálogo dos direitos fundamentais, isto é, para nos exprimirmos de modo juridicamente correto, certos princípios relativos ao conteúdo das leis. A prática dos Estados modernos também corresponde a essa noção, e suas Constituições em geral apresentam esses três aspectos.¹⁹⁴

Segundo Marinoni e Mitidiero¹⁹⁵,

A transcendência da controvérsia constitucional levada ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal pode ser caracterizada tanto em uma perspectiva qualitativa como quantitativa. Na primeira, sobleva para individualização da transcendência o importe da questão debatida para a sistematização e desenvolvimento do direito; na segunda, o número de pessoas susceptíveis de alcance, atual ou futuro, pela decisão daquela questão pelo Supremo e, bem assim, a natureza do direito posto em causa (notadamente, coletivo ou difuso).

[...] Constituinto os direitos fundamentais, objetivamente considerados, uma tábua mínima de valores de determinada sociedade em dado contexto histórico, cujo respeito interessa a todos, natural que se reconheça, num primeiro momento, a transcendência de questões envolvendo, por exemplo, afirmações concernentes a violações ou ameaças de violações das limitações ao poder constitucional de tributar, ou aos direitos fundamentais inerentes ao processo justo, ao nosso devido processo legal processual. São exemplos de transcendência qualitativa: demandas envolvendo a 'tutela coletiva de direitos' e a 'tutela de direitos coletivos', tanto em seus aspectos materiais como processuais, também contam desde logo, em tese, com a nota da transcendência, aquilatada pela perspectiva quantitativa."

Aliás, estando o Supremo Tribunal Federal posicionado no ápice da estrutura judiciária do País, com características de Corte Constitucional, ao lado da Presidência da República, como cúpula do Poder Executivo nacional e do Congresso Nacional com sua missão de legislar para o País como um todo, não seria razoável exigir dele que se transforme em tribunal ordinário e passe a decidir processos cujas matérias não ultrapassem o interesse único das partes em litígio. O Supremo Tribunal Federal, assim como a Presidência da República e o Congresso Nacional, deve voltar sua atuação para assuntos de interesse geral, que afetem a ordem jurídica, a economia nacional, os direitos sociais e políticos, enfim, que tenham condão de repercutir e se multiplicar.

¹⁹⁴ KELSEN, *Jurisdição...*, p. 130-131; p. 133-134.

¹⁹⁵ MARINONI; MITIDIERO, *Repercussão...*, p. 37-38.

Por oportuno, cumpre mencionar que, na esfera trabalhista, a partir da MP nº 2.226/01, acrescentando o art. 896-A¹⁹⁶ à Consolidação das Leis Trabalhistas, foi instituído o requisito de admissibilidade para o recurso de revista da 'transcendência', pelo qual o recurso de revista só será admitido, caso o recorrente demonstre a transcendência de ordem jurídica, política, econômica ou social da questão.

Sobre o requisito *transcendência*, em matéria trabalhista, Djanira Maria Radamés de Sá¹⁹⁷ menciona que

Esboçou-se, por ocasião da apresentação do Projeto de Lei 3.267/00 que tratava da transcendência para o recurso de revista nos mesmos moldes antes fixados pelo RISTF, uma tentativa de sistematização dos critérios, definida a **transcendência jurídica** como desrespeito patente aos direitos humanos fundamentais ou aos interesses coletivos indisponíveis, com comprometimento da segurança e estabilidade das relações jurídicas, a **transcendência política** como o desrespeito notório ao princípio federativo ou à harmonia dos Poderes constituídos, a **transcendência social** como a existência de situação extraordinária de discriminação, de comprometimento do mercado e a **transcendência econômica** como ressonância de vulto da causa em relação a entidade de direito público ou economia mista, ou a grave repercussão da questão na política econômica nacional, no segmento produtivo ou no desenvolvimento regular da atividade empresarial.

Dessa forma, o Superior Tribunal do Trabalho só conhecerá da questão, caso a matéria envolvida no caso tenha potencial para se refletir para além do interesse das partes, considerando um dos critérios adotados pelo art. 896-A da CLT e, muito embora haja uma tendência a não se optar por aproximação entre os institutos - transcendência e repercussão geral -, não podemos negar que as semelhanças são muitas e que, não seria razoável manter o mais alto Tribunal do país a conhecer de todos os casos que lhe chegam, por mais infundados que sejam em relação à função que ele exerce, enquanto a um dos Tribunais Superiores, já houve a autorização para seleção qualitativa dos feitos que recebe.

Voltando à repercussão geral, ressalte-se que a imposição de tal requisito ao conhecimento do Recurso Extraordinário é ínsita à natureza do Supremo Tribunal

¹⁹⁶ "Art. 896-A. O Tribunal Superior do Trabalho, no recurso de revista, examinará previamente se a causa oferece transcendência com relação aos reflexos gerais de natureza econômica, política, social ou jurídica."

¹⁹⁷ SÁ, A *atividade...*, p. 133-134.

Federal como Corte de Controle de Constitucionalidade e, portanto, Corte Constitucional.

A Lei 11.418/2006 veio a regulamentar esse novo requisito de admissibilidade do Recurso Extraordinário, acrescentando ao Código de Processo Civil os respectivos arts. 543-A e 543-B¹⁹⁸, definindo a concepção do que entende o legislador sobre questões constitucionais de repercussão geral, bem como, definindo o processamento do recurso com a inclusão desse novo requisito.

¹⁹⁸ 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. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 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. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 2º O recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 4º Se a Turma decidir pela existência da repercussão geral por, no mínimo, 4 (quatro) votos, ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 5º 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. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 6º O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 7º A Súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no Diário Oficial e valerá como acórdão. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 1º 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. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 2º Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 4º Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 5º O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal disporá sobre as atribuições dos Ministros, das Turmas e de outros órgãos, na análise da repercussão geral. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

Assim, o § 1º do art. 543-A define como tais, "questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos da causa."

José Rogério Cruz e Tucci¹⁹⁹, ao analisar esse dispositivo, afirma que

Nada obsta, à evidência, que o objeto do recurso extraordinário encerre, a um só tempo, relevância política e social, ou mesmo, social e econômica, mas sempre de índole constitucional.

Andou bem o legislador não enumerando as hipóteses que possam ter tal expressiva dimensão, porque o referido preceito constitucional estabeleceu 'um conceito jurídico indeterminado'²⁰⁰ (como tantos outros previstos em nosso ordenamento jurídico), que atribui ao julgador a incumbência de aplicá-lo diante dos aspectos particulares do caso analisado.

Aliás, nesta linha tem seguido a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, consoante espelhada no julgamento dos Recursos Extraordinários de ns. 570.177-8/MG (Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 09.11.2007) e 562.045-0/RS (Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 30.11.2007).

O primeiro traz a seguinte ementa:

CONSTITUCIONAL. MILITAR. SOLDADO INFERIOR A UM SALÁRIO MÍNIMO. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. Questão relevante do ponto de vista econômico e social.

O segundo foi assim ementado:

CONSTITUCIONAL. IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS – ITCD. ALÍQUOTA PROGRESSIVA. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. Questão relevante do ponto de vista econômico, social e jurídico que ultrapassa o interesse subjetivo da causa.

CONSTITUCIONAL. ICMS. REPASSE CONSTITUCIONAL DEVIDO AOS MUNICÍPIOS. ART. 158, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. Questão relevante do ponto de vista político, econômico e jurídico.

Decisão: O Tribunal reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada. Não se manifestou o Ministro Celso de Mello." (RG em RE 572.762-9/SC, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 08.04.08, STF-Dje nº 65/2008, publicação e 11.04.08, p. 23)

¹⁹⁹ TUCCI, José Rogério Cruz e. Anotações sobre a repercussão geral como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário (Lei 11.418/2006). *Revista de Processo*, São Paulo, n. 145, mar. 2007, p. 155.

²⁰⁰ *Apud* MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A redação da Emenda Constitucional n. 45* (Reforma da Justiça). *Revista Forense*, Forense, RJ/2005, n. 378/44.

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA REGIDA POR LEGISLAÇÃO LOCAL ANTERIOR À CF/88. COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DA CAUSA. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. QUESTÃO RELEVANTE DO PONTO DE VISTA SOCIAL E JURÍDICO QUE ULTRAPASSA O INTERESSE SUBJETIVO DA CAUSA.

Decisão: O Tribunal reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, vencido o Ministro Menezes Direito. Não se manifestaram os Ministros Joaquim Barbosa e Celso de Mello.”(RG em RE 573.202-9/AM, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 08.04.08, STF-Dje nº 65/2008, publicação e 11.04.08, p. 23)

CONTRIBUIÇÃO PARA CUSTEIO DO SERVIÇO DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA. ART. 149-A DA CF. LIMITES À COMPETÊNCIA DOS MUNICÍPIOS E DO DF. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. RELEVÂNCIA JURÍDICA E ECONÔMICA. MATÉRIA NÃO JULGADA NO STF. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.

Decisão: O Tribunal reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, vencidos os Ministros Cezar Peluso, Cármen Lúcia e Menezes Direito. Não se manifestaram os Ministros Joaquim Barbosa e Celso de Mello. (RG em RE 573.675-0/SC, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 08.04.08, STF-Dje nº 65/2008, publicação e 11.04.08, p. 23)

Outrossim, poder-se-ia aplicar raciocínio feito pela doutrina italiana para identificar quais seriam as questões que apresentariam um sentido ou importância fundamental a justificar o conhecimento do recurso de revisão pelo Tribunal Superior, nos casos em que as causas tivessem valor inestimável ou não superassem os 60 mil marcos, ou seja, deveriam tais casos servir de “solução a vários outros da mesma espécie, contribuindo assim para o aperfeiçoamento da ordem jurídica. Não se deduz a ‘importância fundamental’ apenas de uma mera repetição de casos iguais ou do valor exagerado de uma só ação. A importância será deduzida da questão discutida e da sua capacidade de evitar controvérsias.”²⁰¹

Por fim, cumpre ressaltar que o Supremo Tribunal Federal, a partir de provocação do Min. Marco Aurélio, iniciou discussão acerca do possível reconhecimento de repercussão geral nos casos de Recursos Extraordinários interpostos com arrimo no art. 102, III, “b” – declaração de inconstitucionalidade de Lei Federal ou Tratado. Espelha bem a questão, trechos do voto do Min. Marco Aurélio na Questão de Ordem em RE n. 559.607-9/SC, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJ de 22.02.08: “[...] a circunstancia de declarar-se, na origem, a inconstitucionalidade de lei federal, por si só, sugere a repercussão geral do

²⁰¹

José Rogério Cruz e Tucci **Ob. Cit.**, pág. 27.

tema...há a relevância quando interposto o recurso pela alínea 'b', ante a declaração de inconstitucionalidade – o guarda maior da Constituição é o Supremo – de lei federal ou tratado.”

3.1. *Questões Políticas de repercussão geral.*

Paulino Jacques²⁰² ao tratar da concepção de "questões políticas", afirma que:

A verdade é que não se pode, como disse Rui, na conferência de Haia (1907), 'levantar muralha entre o direito e a política, tão avassaladora é esta, entendida como ciência e arte de govêrno' (Atras e Discursos, pág. 59). A rigor, 'questão política' é toda questão suscitada no cenário governamental, afastá-la do conhecimento do Poder Judiciário, importaria inutilização dêste, que ficaria impossibilitado de agir nas mais relevantes questões lesivas de direitos individuais. A 'questão política' não é apenas questão de conveniência, oportunidade e acêrto; mas, também, de interêsse nacional com repercussão em interêsses individuais.

Em momento anterior, o autor identifica exemplos de "questões políticas" ao dispor:

Relações diplomáticas, tratados e convenções, independência e soberania dos outros Estados, fixação de limites, fixação das Fôrças Armadas, observância dos princípios constitucionais, acôrdos entre a União e os Estados-membros ou entre êstes, regime tributário, distribuição orçamentária da despesa, intervenção federal, sanção, veto e a convocação extraordinária do Congresso - eis as principais 'questões políticas' (Constituição Federal, 1891-1926, art. 60, § 5º), de que não pode conhecer o Judiciário, salvo se houver ofensa a direito individual.²⁰³

3.2. *Questões Jurídicas de repercussão geral*

²⁰²

JACQUES, Paulino. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1970, p. 235.

²⁰³

Ibid.

Difícil se torna identificar casos em que não houvesse, paralelamente às demais hipóteses, questões jurídicas de relevância, como, da mesma forma, nada fácil seria apontarmos exemplos de matérias em que houvesse somente questão jurídica de repercussão geral.

Pensa-se que um bom exemplo acerca de um recurso que apresentaria tão-somente questão jurídica de repercussão seria aquele em que viesse a ser discutida a observância de uma norma constitucional que dispusesse acerca de uma garantia processual como a necessidade de se observar o contraditório, o cerceamento de defesa à parte ou, *v.g.*, a falta de motivação a uma decisão judicial.

A exemplificar o que se concebe de questão jurídica de repercussão geral cumpre trazer à colação jurisprudência do STF, traduzida no julgamento da Repercussão Geral em RE n. 567.110-1/AC (Rel. Min. Cármen Lúcia, apreciada em 29.11.2007), encaminhado para elaboração de súmula vinculante, cuja ementa tem a seguinte redação:

REPERCUSSÃO GERAL. APOSENTADORIA ESPECIAL PREVISTA NA LEI COMPLEMENTAR 51/1985; RECEPÇÃO PELA EMENDA CONSTITUCIONAL 20/1998; POLICIAL CIVIL. MANIFESTAÇÃO PELA EXISTÊNCIA DA REPERCUSSÃO GERAL.

No corpo do voto, assim se pronunciou a Relatora:

O tema constitucional tem relevância jurídica e ultrapassa o interesse das partes, pois diz respeito à revogação de dispositivo legal que disciplina a aposentadoria de uma das categorias com maior número de servidores públicos do país.

Da mesma forma, foi reconhecida a repercussão geral no julgamento da Repercussão Geral em RE n. 570.908-6/RN (Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 12.12.2007), encaminhado também para elaboração de súmula vinculante, embora com voto vencido da Relatora, que afastava a repercussão geral.

DIREITO DE SERVIDOR PÚBLICO COMISSIONADO A PERCEBER FÉRIAS NÃO USUFRUÍDAS ACRESCIDAS DE UM TERÇO." RECONHECIMENTO DA REPERCUSSÃO GERAL.

O voto condutor do acórdão, da lavra do Min. Marco Aurélio, assim se pronunciou:

Está-se diante de situação concreta que apresenta repercussão geral. O questionamento que se pretende submeter ao Tribunal diz respeito ao alcance da norma asseguradora do acréscimo referente às férias e, mais do que isso, a princípio alusivo à indenização no caso de rompimento da relação jurídica mantida pelo Estado e servidor.

Observem a necessidade de o Supremo, como guarda maior da Carta da República, fixar o alcance da garantia constitucional, editando, após o julgamento, verbete vinculante que passará a integrar a Súmula, ficando, com isso, pacificada a matéria.

3.3. *Questões Econômicas de repercussão geral*

Luiz Manoel Gomes Junior²⁰⁴ identifica repercussão de ordem econômica na causa "[...] quando a decisão possuir potencial de criar um precedente outorgando um direito que pode ser reivindicado por um número considerável de pessoas (alteração para se considerar a correção monetária dos salários de determinada categoria, p.ex.).

CONSTITUCIONAL. IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS – ITCD. ALÍQUOTA PROGRESSIVA. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. Questão relevante do ponto de vista econômico, social e jurídico que ultrapassa o interesse subjetivo da causa. (RG em RE n. 562.045-0/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 29.02.08, p. 22)

3.4. *Questões Sociais de repercussão geral*

Ao se tentar identificar o que seriam *questões constitucionais de repercussão geral*, fala-se, entre as hipóteses debatidas, de questões sociais de repercussão geral, visto que estão elas inseridas na necessária análise pelo Supremo Tribunal Federal, das causas que ameacem a preservação dos direitos fundamentais, uma vez que, consoante lição de José Afonso da Silva²⁰⁵, "a expressão 'direitos fundamentais do homem' são situações jurídicas, objetivas e subjetivas, definidas no direito positivo, em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana.",

²⁰⁴ GOMES JÚNIOR, A repercussão..., p. 98.

²⁰⁵ Vide em SILVA, *Curso de direito...*, p. 179.

logo, de interesse individual e geral²⁰⁶ simultaneamente, pois são caracterizados por sua historicidade, inalienabilidade, imprescritibilidade e irrenunciabilidade²⁰⁷, sendo eles os direitos individuais (art. 5º), os direitos à nacionalidade (art. 12), os direitos políticos (arts. 14 a 17), os direitos sociais (arts. 6º e 193 e ss.), os direitos coletivos (art. 5º) e os direitos solidários (arts. 3º e 225)²⁰⁸.

Gomes Junior, por sua vez, vê o relevante interesse social vinculado ao conceito de interesse público, ligado à noção de 'bem comum', sustentando, por outro lado, que nas ações coletivas, em regra, sempre haverá repercussão geral.²⁰⁹

3.5. Art. 543-A, § 3º, do CPC (*Presunção de repercussão geral*)

Conforme comentário de José Rogério Cruz e Tucci²¹⁰ ao art 543-A, § 3º, do CPC,

Coerente com outras disposições processuais, em particular, com a regra do art. 557 do CPC, o § 3º do art 543-A pressupõe, de modo expresso, a existência de 'repercussão geral nas hipóteses em que o recurso extraordinário impugnar acórdão, cujo fundamento contrariar súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal. Entende-se sem qualquer esforço a presunção legal contemplada no novel texto legal, visto que a existência de súmula ou de precedente judicial consolidado já indica que a matéria reveste-se de amplo interesse.

É nesse sentido a jurisprudência que passa a se firmar no Supremo Tribunal Federal.

²⁰⁶ "A Constituição suplanta a tendência para entender os direitos individuais como contrapostos aos direitos sociais, que as consituições anteriores, de certo modo, justificavam, o que resultava da persistência da visão individualista e liberalista dos direitos individuais. [...]"

A Constituição, agora, fundamenta o entendimento de que as categorias de direitos humanos fundamentais, nela previstos, integram-se num todo harmônico, mediante influências recíprocas, até porque os direitos individuais, consubstanciados no seu art. 5º, estão contaminados de dimensão social, de tal sorte que a previsão dos direitos sociais, entre eles, e os direitos de nacionalidade e políticos, lhes quebra o formalismo e o sentido abstrato." (Ibid., p. 183-184).

²⁰⁷ Cf. Ibid., p. 181: São históricos como qualquer direito, por que, nascem, modificam-se e desaparecem.; são inalienáveis por que são intransferíveis, e inegociáveis, uma vez que, não possuem conteúdo econômico-patrimonial; são imprescritíveis, por que nunca deixam de ser exigíveis e, por fim, sobre eles não se admite renúncia.

²⁰⁸ SILVA, *Curso de direito...*, p. 183.

²⁰⁹ Ibid. p. 99.

²¹⁰ Ibid., p. 155.

INTERPRETAÇÃO DO ART. 543-A, § 3º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL C/C ART. 323, § 1º, DO REGIMENTO INTERNO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1. Não se presume a ausência de repercussão geral quando o recurso extraordinário impugnar decisão que esteja de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, vencida a Relatora.

2. Julgamento conjunto dos Recursos Extraordinários n. 563.965, 565.202, 565.294, 565.305, 565.347, 565.352, 565.360, 565.366, 565.392, 565.401, 565.411, 565.549, 565.822, 566.519, 570.772 e 576.220.

Decisão: O Tribunal reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, vencidos os Ministros Joaquim Barbosa, Cezar Peluzo, Cármen Lúcia e Menezes Direito. Não se manifestou o Ministro Celso de Mello. (RG em RE 563.965-7/RN, Rel. Min. Cármen Lúcia, 15.04.08, STF-Dje nº 70/2008, publicação e 18.04.08, p. 29)

4. Competência para definir o que é questão constitucional de repercussão geral

O dispositivo que inseriu o requisito da demonstração da repercussão geral da questão constitucional como condição de admissibilidade do recurso extraordinário não é auto-aplicável, tendo sido assim redigido:

§ 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. (sublinhei)

Dessa forma, necessário se tornou a elaboração de norma regulamentadora, o que foi cumprido com a edição da L. 11.418/06, a qual, como não poderia deixar de ser, definiu como de repercussão geral questões relevantes de natureza política, econômica, social ou jurídica que ultrapassem a esfera individual de interesse dos litigantes no caso.

Como se vê, em que pese a norma tenha norteado o caminho definidor do conceito de repercussão geral, deixou ao Supremo a atribuição de elucidar o mérito da questão de repercussão geral, ou seja, cabe a ele dizer quais seriam as questões de ordem política, econômica, social ou jurídica que possuem relevância tal, de

modo a levar suas conclusões ao interesse de outros que não apenas aqueles envolvidos momentaneamente no litígio submetido à apreciação.

Na verdade, temos que a competência para definir a concepção de questão constitucional de repercussão geral é, sem dúvida alguma, a do Supremo Tribunal Federal, visto que tal atribuição está inserta na sua função de intérprete máximo da Constituição, ou seja, se cabe ao Supremo zelar pela preservação do princípio da supremacia da Constituição, compete a ele verificar se a matéria envolvida no caso atinge o estatuto jurídico do político, ou seja, se agride as normas estruturadoras do Estado, consoante já defendido, e, por conseguinte, tem o potencial de espriar-se para além do interesse das partes envolvidas.

Todavia cumpre verificar a qual órgão do Supremo Tribunal Federal se atribuirá tal análise, verificando-se a possibilidade, outrossim, de que haja juízo monocrático acerca dessa definição.

Nesse passo, a L. 11.418/06 entregou à Turma a possibilidade do reconhecimento da repercussão²¹¹, cabendo somente ao Plenário recusá-la.

Aliás, sobre a necessidade de apreciação pelo Pleno para que se possa afastar o conhecimento do recurso pela inexistência de repercussão geral, vale a ponderação de perplexidade de Carlos Alberto Carmona²¹², segundo a qual,

[...] um único ministro pode desde logo descartar ou acolher, monocraticamente, um recurso extraordinário nas condições previstas no art. 557 do CPC (e no seu parágrafo 1º-A), enquanto será necessário reunir todo o plenário para decidir, no caso concreto, que determinado recurso não será conhecido por falta de repercussão geral da questão constitucional ali tratada. Em outros termos, para julgar será preciso um único magistrado; para não julgar serão necessários oito.

²¹¹ “Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

[...]

§ 4º Se a Turma decidir pela existência da repercussão geral por, no mínimo, 4 (quatro) votos, ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

[...]”

²¹² CARMONA, Carlos Alberto. Reforma da Constituição e processo: perspectivas. *Revista Literária de Direito*, v. 11, n. 56, fev./mar. 2005, p. 6.

Paralelamente dispôs o legislador infraconstitucional que, recusada a repercussão geral, eventuais recursos extraordinários que versem sobre a mesma matéria poderão ser indeferidos liminarmente²¹³, o que leva à conclusão de que o Relator, em decisão monocrática, poderá recusar o recurso, baseando-se na jurisprudência, já sedimentada, a respeito, do Supremo, possibilidade que encontra respaldo no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal em seu art. 13, V, c²¹⁴, modificado pela Emenda Regimental n. 21, de março de 2007.

5. O mérito do recurso como instrumento de identificação da repercussão geral

O requisito da demonstração da repercussão geral da questão constitucional consubstancia, ao lado do prequestionamento, pressuposto específico de admissibilidade do Recurso Extraordinário, que se soma aos demais requisitos de admissibilidade da teoria geral dos recursos e que, portanto, deve estar presente, sob pena de a inconformidade excepcional não ser conhecida.

No entanto, essa novel condição de admissibilidade do Extraordinário apresenta peculiaridade interessante, referente à sua necessária aferição a partir da análise do mérito do recurso, ou seja, conforme o “[...] exame de seu conteúdo.”²¹⁵.

Ocorre que, é evidente que, para verificarmos se a matéria submetida à análise pelo Supremo Tribunal Federal apresenta repercussão geral, em primeiro

²¹³ Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

[...]

§ 5º 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. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

[...]

²¹⁴ Art. 13

V-

c) como Relator, nos termos dos arts. 544, § 3º, e 557 do CPC, até eventual distribuição, os agravos de instrumento e petições ineptos ou doutro modo manifestamente inadmissíveis, bem como os recursos que não apresentem preliminar formal e fundamentada de repercussão geral, ou cuja matéria seja destituída de repercussão geral, conforme jurisprudência do Tribunal.”

²¹⁵ , cf. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Recursos extraordinários: juízo de admissibilidade* – CF, artigos 102, III, e 105, III, alíneas A

lugar, mister se faz examinarmos seu conteúdo, ou seja, o próprio mérito da discussão, pois é este que deve apresentar transcendência e relevância.

Nesse ponto, salienta Braghittoni²¹⁶:

Ao mesmo tempo, não parece correto afirmar que seja questão de cunho exclusivamente processual, pois determinar se uma questão é ou não dotada de repercussão geral certamente defluiu do mérito que nela se discute, não do processo que a traz.

Assim, há que se concluir que a melhor solução é que primeiro o relator analise todos os pressupostos recursais, para que só depois se cogite da existência de repercussão geral, até por conta do poder dado ao relator para negar conhecimento aos recursos 'manifestamente inadmissíveis' (art. 557 do Código de Processo Civil). Solução diversa desta acarretaria sérios problemas de cunho procedimental: imagine-se primeiro ocorrer a manifestação de existência de repercussão geral, para só depois verificar-se, por exemplo, que o recurso era intempestivo."

6. A demonstração da repercussão geral.

O § 3º do art. 102 da CF dispõe que cabe ao recorrente, para que o recurso extraordinário seja conhecido, demonstrar a repercussão geral da questão constitucional envolvida no caso, logo, em princípio, a demonstração deverá ser feita na própria petição recursal, em capítulo à parte ou como uma prefacial, consoante determina, aliás, a regra regulamentadora incluída na legislação processual que, quanto a este tópico, consubstanciada ficou no art. 543-A, § 2º, do CPC.

Sendo assim, como se trata de requisito específico de admissibilidade do recurso, ou o recorrente suscita e demonstra fundamentadamente que a matéria constitucional discutida no recurso tem repercussão geral, ou o recurso não será conhecido, simplesmente pela falta da demonstração.

Nesse aspecto, interessante a ponderação de Ives Braghittoni²¹⁷:

a exigência se desdobra em duas. É preciso que haja a 'repercussão geral', tanto quanto é preciso que o recorrente a demonstre, o que são coisas

²¹⁶ BRAGHITTONI, *Recurso...*, p. 120.

²¹⁷ BRAGHITTONI, *Recurso...*, p. 53.

diferentes. Pelo texto da nova norma, não poderá o Supremo, de ofício, considerar que haja repercussão, sem que o recorrente tente demonstrá-la, e considerar admissível o recurso. É mister que o recorrente a demonstre, nos termos da lei.

A argumentação referente à **repercussão geral** deverá ser apresentada em capítulo destacado do recurso extraordinário, jamais em peça autônoma (salvo determinação legal em sentido contrário), sob pena de caracterizar-se a preclusão consumativa quanto às demais alegações realizadas posteriormente - razões recursais propriamente ditas -, com o não conhecimento do recurso.

Não apresentado qualquer argumento no sentido de demonstrar a presença do pressuposto da **repercussão geral**, é o caso de não conhecimento do recurso.²¹⁸

Contudo, em relação à obrigatoriedade de se demonstrar a repercussão geral em capítulo destacado da petição recursal, Marinoni e Mitidiero²¹⁹ concluem que, em que pese seja o tecnicamente correto, não deve o recurso ser inadmitido pela falta de observância à forma, desde que, é claro, seja cumprido o requisito no decorrer da petição recursal.

7. Juízo de aferição da repercussão geral – o conhecimento do recurso

7.1. Momento para aferição da repercussão geral

A doutrina não é unânime sobre o momento adequado para aferição da existência de repercussão geral no recurso extraordinário, se antes ou depois da análise dos demais pressupostos de admissibilidade.

²¹⁸ GOMES JÚNIOR, A repercussão..., p. 97.

²¹⁹ “Eventual inobservância dessa imposição, contudo, dificilmente pode levar ao não-conhecimento do recurso, subordinado que está esse acontecimento, no terreno da forma, ao não-preenchimento da finalidade legal do ato e à ocorrência de prejuízo. Com efeito, nada obstante redigido de forma alheia à técnica legal exigida, o recurso extraordinário vazado de modo a identificar-lhe a demonstração da repercussão geral, ainda que não em forma preliminar e em tópico destinado a enfrentar outros problemas que não, exclusivamente, aquele referente à demonstração da repercussão da questão debatida, tem de ser conhecido, sob pena de grave denegação de justiça.”(MARINONI; MITIDIERO, *Repercussão...*, p. 41-42)

Arruda Alvim entende que a análise deve ser prévia²²⁰, já Élvio Ferreira Sartório e Flávio Cheim Jorge²²¹ concluem que deve ser posterior à verificação dos demais requisitos, uma vez que, segundo entendem

Num primeiro momento, será preciso averiguar, monocraticamente, se o recurso é admissível ou não, para, na hipótese positiva, posteriormente submeter à turma o debate acerca da repercussão geral. Em verdade, seria demasiadamente desgastante ao STF se fizesse de forma diversa; haveria o risco de reconhecer a existência da repercussão geral e, posteriormente, não conhecer o recurso no mérito, por ausência de outro requisito de admissibilidade.

No mesmo sentido José Rogério Cruz e Tucci²²², segundo o qual “[...] parece-me que o relator do recurso extraordinário deve examinar, com precedência, todos os demais pressupostos de admissibilidade do recurso extraordinário. Sendo positivo o juízo de admissibilidade, só então é que a questão da repercussão geral será levada primeiramente à apreciação da turma.

Ocorre, porém, que não podemos esquecer que o juízo de admissibilidade do recurso extraordinário, que já configurava ato judicial complexo ante a existência de admissão provisória realizada pelo Tribunal *a quo*, com a inserção do requisito da repercussão geral, tornou-se ainda mais complexo, ou seja, temos uma análise agora meramente formal do cumprimento procedimental deste requisito somado aos demais, pela qual se verificará se houve a suscitação pelo recorrente e, outra, qualitativa, referente à existência de repercussão na questão debatida pela inconformidade submetida ao Supremo.

Em relação à primeira análise, ou seja, o cumprimento do § 2º do art. 543-A do CPC²²³, pode não somente o Relator do Recurso como também o Presidente ou Vice-Presidente do Tribunal de origem negarem conhecimento ao recurso, basta que verifiquem que o recorrente não preencheu algum dos requisitos de admissibilidade

²²⁰ SARTÓRIO, Élvio Ferreira; JORGE, Flávio Cheim. O recurso extraordinário e a demonstração da repercussão geral. In: Reforma do Judiciário. p. 64.

²²¹ Ibid., p. 186.

²²² TUCCI, Anotações..., p. 158.

²²³ § 2º O recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

recursais, no que se inclui o dever de suscitar, em preliminar de recurso extraordinário, as razões pelas quais entende que há repercussão no caso.

Em relação à segunda, nos termos do art. 543-A, *caput*, e § 4º, do CPC²²⁴, reservou o legislador como de competência exclusiva do Supremo, em órgão colegiado, vedado juízo monocrático, salvo quando já houver pronunciamento do Supremo Tribunal Federal acerca da inexistência de repercussão geral no caso submetido à análise, quando o relator, monocraticamente, poderá rejeitar o recurso, nos termos do art. 543-A, § 5º, do CPC²²⁵, por que destituído de repercussão geral.

Aliás, a Emenda Regimental n. 21²²⁶, de março de 2007, que modificou o regimento interno do STF, adequando-o ao novo requisito de admissibilidade do Recurso Extraordinário, em seu art. 1º, que alterou o art. 13, inciso V, alínea “c”, do RISTF, assim dispôs:

Art. 1º Os dispositivos do Regimento Interno a seguir enumerados passam a vigorar com a seguinte redação:

Art. 13.

V-.

c) como Relator, nos termos dos arts. 544, § 3º, e 557 do CPC, até eventual distribuição, os agravos de instrumento e petições ineptos ou doutro modo manifestamente inadmissíveis, bem como os recursos que não apresentem preliminar formal e fundamentada de repercussão geral, ou cuja matéria seja destituída de repercussão geral, conforme jurisprudência do Tribunal.

²²⁴ “Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

[...]

§ 4º Se a Turma decidir pela existência da repercussão geral por, no mínimo, 4 (quatro) votos, ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).”

²²⁵ “Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

[...]

§ 5º 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. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).”

7.2. A decisão de conhecimento do recurso ante a existência de repercussão geral - pressupostos formais

O art. 102, § 3º, da CF exige manifestação de dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal para o não conhecimento do recurso com base na inexistência de repercussão geral na questão constitucional envolvida no caso em julgamento, o que, de uma certa forma, engessa o juízo de admissibilidade do recurso extraordinário, tornando sem sentido a norma que teve por fim, justamente, afastar a vulgarização do acesso ao nosso Tribunal Supremo.

Por outro lado, há uma tendência aparente de otimização da forma de conhecimento do pressuposto da repercussão geral, vindo o legislador, no PL 6648/2006 a dispor unicamente sobre os critérios identificadores da repercussão - econômico, político, social ou jurídico -, uma vez que, como é cediço, é de competência privativa do Supremo Tribunal Federal, como intérprete da Constituição, dizer quando há repercussão geral, bem como se definiu que basta o voto de quatro Ministros para decidir que tem repercussão, assim como, que a recusa da inconformidade pela inexistência de repercussão se estenderá a todos os recursos que versem sobre matéria idêntica²²⁷.

Outrossim, haverá um avanço, caso seja confirmada a regra prevista pelo projeto como futuro art. 543-B, segundo a qual, à semelhança do que já ocorre no processamento dos recursos extraordinários oriundos dos Juizados Federais, nos termos do art. 15 da L. 10.259/01, nos casos em que houver multiplicidade de recursos com fundamento dêntrico, caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou

²²⁷

"Art. 543-A – [...]"

§ 4º Se a Turma decidir pela existência da repercussão geral por, no mínimo, 4 (quatro) votos, ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário.

§ 5º 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.

§ 6º O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

§ 7º A Súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no Diário Oficial e valerá como acórdão."

mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte.²²⁸

No entanto, está sendo limitador o legislador ao prever a possibilidade de manifestação de terceiros, representados por procurador habilitado, o que causará um entrave desnecessário no trâmite processual, transformando um simples momento de admissão de um recurso num verdadeiro procedimento paralelo e burocrático.

Por outro lado, o excesso de exigências a serem cumpridas pelos julgadores da Corte Suprema para que possam recusar o recurso, desvirtua o sentido da norma, escoando mais uma possibilidade de assumir o Supremo Tribunal sua precípua função de guardião-mor da Constituição.

Ademais, em relação à admissão do Recurso de Revista, José Eduardo de Resende Chaves Júnior critica a manutenção da exigência de decisão explícita do TST para rejeição do recurso, o que, segundo pensa, expõe o sistema "[...] à estocástica fractal e binária, pois abre ensejo para que se instale novamente o labirinto da reprodução indefinida de recursos para forçar a admissibilidade."²²⁹, preocupação que se coaduna cabalmente com a sistemática de conhecimento do recurso extraordinário, mormente considerando a forma de aferição do requisito da demonstração de repercussão geral da questão constitucional.²³⁰

²²⁸ “Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo.

§ 1º 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.

§ 2º Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos. Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se. Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada.

§ 3º O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal disporá sobre as atribuições dos Ministros, das Turmas e de outros órgãos, na análise da repercussão geral.”

²²⁹ CHAVES JÚNIOR, *A justiça...*, p. 4.

²³⁰ “O antigo sistema norte-americano da 'pauta morta (dead list) ou o atual, da discuss list, uma espécie de decurso de prazo às avessas, no qual mera não-figuração na pauta de julgamentos, depois do transcurso de determinada sessão, importa na sua rejeição tácita, nos parece mais conveniente para fazer face à avalanche de recursos que acede à Corte Maior Trabalhista.

Não é demais acrescentar, a fundamentação explícita das decisões só se faz necessária, por mera decorrência lógico-racional, onde seja ela possível. Em sede de juízo de transcendência, tal

7.2.1. Limites do Juízo a quo

O Juízo *a quo*, ou seja, aquele que, antes de enviar o feito ao Supremo deve realizar um juízo provisório de admissibilidade do recurso, o que se dá normalmente pela Vice-Presidência do Tribunal de origem ou pela Presidência da Turma Recursal no Juizado Especial, tem a responsabilidade de analisar a presença dos requisitos de admissibilidade do recurso, do que não escapa a necessidade da demonstração, pela parte, da repercussão geral da questão constitucional envolvida no caso.

Entretanto, como compete ao Supremo com exclusividade, dizer da existência ou não da repercussão, limita-se o juízo *a quo* a verificar o aspecto meramente formal da exigência, ou seja, analisar se a parte suscitou e demonstrou na petição de recurso extraordinário onde, segundo seu entendimento, residiria a repercussão. Cumpre ao juízo delegado de admissibilidade, nesse ponto, por conseguinte, verificar do atendimento ao art. 543-A, § 2º, do CPC.

fundamentação é, em sua quiddidade, exclusivamente tautológica, porquanto 'não há passagem racional da ordem imanente à transcendente.'

Receamos, contudo, que a tradição sistemática e regulatória de nossos juristas venha a opor tecnicidades. Como ressalta Boaventura, a tensão entre manipulação e regulação passou por um longo e degradante processo histórico, que transformou as energias emancipatórias em energias regulatórias.

Como já exposto, o caos pode derivar de processos formalmente objetivos e com rigorosa consistência lógica, sendo mais danoso para o sistema jurídico do que a própria subjetividade das decisões.

E por que temer a subjetividade? É preciso, sim, que os senhores ministros assumam explicitamente suas posições ideológicas. É preferível isso ao escamoteamento técnico. A real motivação das decisões passa a ser mais 'transparente'. É despidendo salientar aqui o quão manietáveis são os argumentos técnico-jurídicos em favor dessa ou daquela decisão.

A névoa de cinismo cientificista que envolve e obscurece a real motivação das decisões jurídicas não corresponde, de forma alguma, com os anseios de um Estado emancipatório de Direito.

[...]

O juízo de terceiro grau, como se sabe, é de 'cognitio extraordinaria'. O ordinário é que não caiba recurso, e disso já deve ter ciência a parte e seu advogado, pela própria essência do instrumento recursal utilizado. O excepcional - a admissibilidade - é que deve então ser fundamentada, em sessão pública, com direito a sustentação oral. Isso evita a delibação pura e facciosa do julgamento extraordinário." (Ibid., p. 4)

7.2.2 Competência do Relator

A repercussão geral configura, consoante já sustentado, um novo pressuposto específico de admissibilidade do recurso, logo, por evidente, possui o Relator competência para aferir a admissibilidade recursal, no que se refere ao atendimento dos requisitos de admissibilidade gerais, aliados aos específicos – pré-questionamento e demonstração da repercussão geral, podendo inadmitir o recurso, em decisão monocrática, baseado na regra do art. 557 do CPC.

O que ocorre, contudo, é que, em relação à repercussão geral, tal poder de inadmitir o recurso monocraticamente limita-se ao seu aspecto formal, ou seja, à existência, ou não, da demonstração e/ou sustentação pela parte da existência de repercussão geral na petição de recurso, não podendo recusar o recurso em apreciação meritória da existência própria da repercussão.

7.2.3. Competência da Turma

O art. 543-A, § 4º, do CPC prevê que, se a Turma reconhecer a existência de repercussão geral por no mínimo quatro votos fica dispensada a remessa do recurso ao Pleno, logo, a turma tem competência para, com votos favoráveis, admitir o recurso como possuindo repercussão geral e passar, caso estejam presentes os demais pressupostos de admissibilidade, ao seu imediato julgamento.

Na verdade, como bem pondera José Roberto F. Gouvêa, em comentário ao art. 543-A, § 4º, do CPC,

Para que a falta de repercussão geral fundamente o não-conhecimento do recurso extraordinário, é preciso que dois terços dos ministros do Supremo Tribunal Federal se manifestem nesse sentido (CF 102, § 3º), ou seja, que oito dos onze ministros assim sem pronunciem. Por isso é que, se quatro deles já houverem dado pela presença, da repercussão, fica dispensada a remessa ao Plenário, pois, ainda que os outros sete ministros venham a

entender de forma diversa, não se alcançarão aqueles oito votos necessários.²³¹

A questão fica bem clara a partir da análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, nos termos da seguinte ementa:

REESTRUTURAÇÃO ADMINISTRATIVA DE AUTARQUIA DISTRITAL E CRIAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS SEM OBSERVÂNCIA DO PROCESSO LEGISLATIVO. INCONSTITUCIONALIDADE DOS DECRETOS 26.118/2005 E 25.975/2005, EM FACE DA LODF. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÕES SUFICIENTES PARA A RECUSA DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL

Decisão: O Tribunal, por ausência de manifestações suficientes para a recusa do recurso extraordinário (art. 324, parágrafo único, do RISTF), reputou existente a repercussão geral da questão constitucional suscitada. Não se manifestaram os Ministros Celso de Mello e Joaquim Barbosa, tendo manifestado pela recusa do recurso extraordinário os Ministros Carlos Britto, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Eros Grau, Cármen Lúcia, Menezes Direito e Ricardo Lewandowski e pelo reconhecimento da repercussão geral da questão constitucional suscitada os Ministros Gilmar Mendes e Marco Aurélio." (RG em RE 577.025-7/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 15.04.08, STF-Dje nº 70/2008, publicação e 18.04.08, p. 29)

7.3. Juízo pelo Plenário

O artigo 102, § 3º, da CF é claro ao dispor que compete ao Supremo Tribunal Federal afastar a repercussão geral pela manifestação de dois terços de seus membros, levando a questão, obrigatoriamente, ao juízo pelo Plenário do Tribunal, de modo a se obterem os necessários votos de oito dos onze Ministros, que afastarão o conhecimento do recurso por não se fazer presente a repercussão geral.

O art. 543-A, acrescentado pela L. 11.418/06, dispõe que a decisão do Supremo Tribunal Federal que afasta a repercussão geral é irrecorrível, no que foi bastante elucidativa, posicionando-se o legislador a respeito da competência única e exclusiva e, por isso, irrecorrível, de nossa Corte Constitucional para dizer o que tem e o que não tem repercussão geral.

²³¹ NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto F. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. São Paulo: Saraiva, 2007, Nota n. 9 ao art. 453-A, § 4º, p. 728.

Assim, os Ministros dirão, em decisão irrecorrível e evidentemente discricionária, o que consideram questões relevantes sob o ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses das partes em conflito.

Marinoni e Mitidiero entendem serem cabíveis os Embargos de Declaração²³², assim como, seria aceitável o Mandado de Segurança²³³.

7.3.1. Efeito da decisão do Pleno sobre a presença - ou não - da repercussão geral da questão constitucional.

O art. 543-A, § 5º, do CPC é expresso ao dispor que a decisão negatória de repercussão geral atingirá todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão de tese.

Marinoni e Mitidiero²³⁴, sobre a decisão do Supremo Acerca da Repercussão Geral lecionam que

Seu julgamento a respeito vincula o próprio Supremo Tribunal Federal, importando em vinculação horizontal (art. 543-A, § 5º, do CPC). A referente à inexistência no caso de repercussão geral em processos com idêntica controvérsia produz, ainda, em certa perspectiva, vinculação vertical (art. 543-B, § 2º, do CPC), na medida em que os Tribunais de origem, em casos que tais, encontram-se impedidos de remeter ao Supremo Tribunal Federal recursos cujas controvérsias já foram examinadas e tidas como despidas de repercussão geral.

A Emenda Regimental n. 21/07, por sua vez, ratifica o efeito vinculante atribuído à decisão do Pleno do Supremo, como se vê, pela nova redação dos arts. 13, V, e 21, § 1º, ambos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal²³⁵.

²³² MARINONI; MITIDIERO, *Repercussão...*, p. 53-55.

²³³ *Ibid.*, p. 57.

²³⁴ MARINONI; MITIDIERO, *Repercussão...*, p. 21.

²³⁵ “Art. 13.

V –

c) como Relator, nos termos dos arts. 544, § 3º, e 557 do Código de Processo Civil, até eventual distribuição, os agravos de instrumento e petições ineptos ou doutro modo manifestamente inadmissíveis, bem como os recursos que não apresentem preliminar formal e

Aliás, por oportuno, cumpre referir que, como se depreende da análise do art. 543-B, § 3º, do CPC, o legislador infraconstitucional aproveitou a regulamentação do instituto da repercussão geral e estendeu efeito vinculante ao próprio julgamento de mérito do recurso extraordinário.

Consoante lecionam Marinone e Mitidiero²³⁶,

Trata-se, nessa última hipótese, de verdadeira negativa de provimento ao recurso. Existe aqui, no mínimo, vinculação persuasiva. A rigor, se houver clara identificação da 'ratio decidendi' utilizada pelo Supremo Tribunal Federal para o julgamento de mérito da questão a ele apresentada, há mesmo vinculação jurídica, em sentido vertical, dos Tribunais de origem, à decisão do Supremo.

fundamentada de repercussão geral, ou cuja matéria seja destituída de repercussão geral, conforme jurisprudência do Tribunal.

Art. 21.

§ 1º Poderá o Relator negar seguimento a pedido ou recurso manifestamente inadmissível, improcedente ou contrário a jurisprudência dominante ou a súmula do Tribunal, deles não conhecer em caso de incompetência manifesta, encaminhando os autos ao órgão que repute competente, bem como cassar ou reformar, liminarmente, acórdão contrário à orientação firmada nos termos do art. 543-B do Código de Processo Civil.

Art. 323. Quando não for caso de inadmissibilidade do recurso por outra razão, o Relator submeterá, por meio eletrônico, aos demais ministros, cópia de sua manifestação sobre a existência, ou não, de repercussão geral.

§ 1º Tal procedimento não terá lugar, quando o recurso versar questão cuja repercussão já houver sido reconhecida pelo Tribunal, ou quando impugnar decisão contrária a súmula ou a jurisprudência dominante, casos em que se presume a existência de repercussão geral.

Art. 326. Toda decisão de inexistência de repercussão geral é irrecurável e, valendo para todos os recursos sobre questão idêntica, deve ser comunicada, pelo Relator, ao Presidente do Tribunal, para os fins do artigo subsequente e do artigo 329.

Art. 327. O Presidente do Tribunal recusará recursos que não apresentem preliminar formal e fundamentada de repercussão geral, bem como aqueles cuja matéria carecer de repercussão geral, segundo precedente do Tribunal, salvo se a tese tiver sido revista ou estiver em procedimento de revisão.

§ 1º Igual competência exercerá o relator sorteado, quando o recurso não tiver sido liminarmente recusado pelo Presidente.

§ 2º Da decisão que recusar recurso, nos termos deste artigo, caberá agravo.

Art. 328. Protocolado ou distribuído recurso cuja questão for suscetível de reproduzir-se em múltiplos feitos, o Presidente do Tribunal ou o Relator, de ofício ou a requerimento da parte interessada, comunicará o fato aos tribunais ou turmas de juizado especial, a fim de que observem o disposto no art. 543-B do Código de Processo Civil, podendo pedir-lhes informações, que deverão ser prestadas em 5 (cinco) dias, e sobrestar todas as demais causas com questão idêntica.

Parágrafo único. Quando se verificar subida ou distribuição de múltiplos recursos com fundamento em idêntica controvérsia, o Presidente do Tribunal ou o Relator selecionará um ou mais representativos da questão e determinará a devolução dos demais aos tribunais ou turmas de juizado especial de origem, para aplicação dos parágrafos do art. 543-B do Código de Processo Civil.

²³⁶

MARINONI; MITIDIERO, *Repercussão...*, p. 61.

7.4. Aferição da repercussão geral e art. 557 do CPC

Luiz Manoel Gomes Junior entende não ser aplicável - "em termos" - o art. 557 do CPC na aferição da repercussão geral, uma vez que, " a) a decisão por expressa determinação legal somente pode ser prolatada em sessão pública e, b) há o direito à sustentação oral.

Em seguida, faz, o mestre paulista, a seguinte crítica:

No ponto, criticável a opção constitucional, 'data venia'. Ao procurar diminuir os julgamentos criou-se uma **barreira burocrática**. O art. 557 do Código de Processo Civil autorizava até o mais - julgamento do mérito do recurso -, agora, em sede de recurso extraordinário, um pressuposto processual não poderá ser julgado com fundamento em tal dispositivo, mas o mérito recursal sim!

Trata-se de uma verdadeira contradição: o relator pode julgar o mérito do recurso, provendo-o ou não, mais não poderá, monocraticamente, decidir se está presente o pressuposto da **repercussão geral**.²³⁷

7.5. Repercussão geral em recursos de fundamentação idêntica

O art. 543-B, § 1º, do CPC determina que, em feitos de idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral seja feita por amostragem, com a seleção de um ou mais recursos a serem enviados ao Supremo para aferição do pressuposto, uma vez que, negada a existência da repercussão, os recursos sobrestados serão considerados automaticamente não admitidos (art. 543-B, § 2º, do CPC) ou, reconhecida a repercussão, o Supremo Tribunal Federal passará imediatamente ao exame do mérito do recurso, cuja conclusão vinculará a decisão dos demais (art. 543-B, § 3º).

A esse respeito, vale trazer à colação os seguintes arestos

²³⁷

GOMES JÚNIOR, A repercussão..., p. 102.

Repercussão Geral e Artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91 - 1

O Tribunal resolveu questão de ordem suscitada pelo Min. Gilmar Mendes em recursos extraordinários, dos quais relator, interpostos contra decisões proferidas pelo TRF da 4ª Região, no sentido de comunicar aos tribunais e turmas de juizados especiais respectivos a determinação de sobrestamento dos recursos extraordinários e agravos de instrumento que versem sobre a constitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91 em face do art. 146, III, b, da CF/88, e do art. 5º, parágrafo único, do Decreto-Lei 1.569/77 em face do art. 18, § 1º, da CF/67, com redação dada pela EC 1/69, como também no sentido de devolver aos respectivos tribunais de origem os recursos extraordinários e agravos de instrumento, ainda não distribuídos nesta Corte, que versem sobre o tema, sem prejuízo da eventual devolução, se assim entenderem os relatores, daqueles feitos que já estão a eles distribuídos. Diante disso, deliberou o Tribunal que se comunique, com urgência, aos Presidentes do STJ, dos Tribunais Regionais Federais e aos coordenadores das Turmas Recursais, bem como ao Presidente da Turma Nacional de Uniformização da Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais, para que suspendam o envio ao Supremo dos recursos extraordinários e agravos de instrumento que tratem da referida matéria, até que este Tribunal aprecie a questão. Na espécie, o TRF da 4ª Região desprovera apelações da União, por entender que, diante da inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46, da Lei 8.212/91, visto que a matéria relativa à decadência e prescrição de contribuições previdenciárias somente poderia ser tratada por meio de lei complementar, deveria ser reconhecida a prescrição da execução fiscal.

RE 556664/RS, rel. Min. Gilmar Mendes, 12.9.2007. (RE-556664)

RE 559882/RS, rel. Min. Gilmar Mendes, 12.9.2007. (RE-559882)

RE 560626/RS, rel. Min. Gilmar Mendes, 12.9.2007. (RE-560626)

Repercussão Geral e Artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91 - 2

Salientando que os recursos extraordinários sob análise se submetem ao regime inaugurado pela Lei 11.418/2006, que incluiu o art. 543-B no CPC, e pela Emenda Regimental 21/2007, do STF, atendendo ao marco temporal estabelecido no julgamento do AI 664567 QO/RS (DJU de 26.6.2007), qual seja, a publicação do acórdão recorrido depois de 3.5.2007, entendeu-se que a questão discutida nesses autos — constitucionalidade da regulação de prazos decadencial e prescricional para cobrança das contribuições previdenciárias, bem como de suspensão de prazo prescricional em execuções fiscais de pequeno valor por lei ordinária — estaria entre as suscetíveis de reproduzirem-se em múltiplos feitos, sendo, portanto, pertinente a invocação da disciplina do art. 328 do RISTF (“Art. 328. Protocolado ou distribuído recurso cuja questão for suscetível de reproduzir-se em múltiplos feitos, a Presidência do Tribunal ou o(a) Relator(a), de ofício ou a requerimento da parte interessada, comunicará o fato aos tribunais ou turmas de juizado especial, a fim de que observem o disposto no art. 543-B do Código de Processo Civil, podendo pedir-lhes informações, que deverão ser prestadas em 5 (cinco) dias, e sobrestar todas as demais causas com questão idêntica. Parágrafo único. Quando se verificar subida ou distribuição de múltiplos recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a Presidência do Tribunal ou o(a) Relator(a) selecionará um ou mais representativos da questão e determinará a devolução dos demais aos tribunais ou turmas de juizado especial de origem, para aplicação dos parágrafos do art. 543-B do Código de Processo Civil.”). Outros precedentes citados: AC 272/RJ (DJU de 25.2.2004); RE 519394 MC/PB (DJU de 8.3.2007).

RE 556664/RS, rel. Min. Gilmar Mendes, 12.9.2007. (RE-556664)

RE 559882/RS, rel. Min. Gilmar Mendes, 12.9.2007. (RE-559882)

RE 560626/RS, rel. Min. Gilmar Mendes, 12.9.2007. (RE-560626) (IJSTF n. 479 – set./2007)

Repercussão Geral e Art. 7º, I, da Lei 10.865/2004

O Tribunal, resolvendo questão de ordem suscitada em recurso extraordinário, reconheceu a repercussão geral da matéria versada no recurso quanto à declaração de inconstitucionalidade, constante do acórdão impugnado proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, da expressão “acrescido do valor do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS incidente no desembaraço aduaneiro e do valor das próprias contribuições”, contida no inciso I do art. 7º da Lei 10.865/2004, considerada a letra a do inciso III do § 2º do art. 149 da CF. Determinou-se a devolução à origem de todos os demais recursos idênticos, que tenham sido interpostos na vigência do sistema da repercussão geral, e a comunicação da decisão aos presidentes do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais, da Turma Nacional de Uniformização da Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais, e dos coordenadores das Turmas Recursais, para que suspendam o envio ao Supremo Tribunal Federal dos recursos que versem a matéria, sobrestando-os.

RE 559607 QO/SC, rel. Min. Marco Aurélio, 26.9.2007. (RE-559607) (IJSTF n 481, setembro/2007)

“REPERCUSSÃO GERAL – CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS E COFINS – IMPORTAÇÃO – DESEMBARAÇO ADUANEIRO – BASE DE INCIDÊNCIA. Surge a repercussão geral da matéria versada no extraordinário no que o acórdão impugnado implicou a declaração de inconstitucionalidade da expressão ‘acrescido do valor do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS incidente no desembaraço aduaneiro e do valor das próprias contribuições’, contida no inciso I do artigo 7º da Lei nº 10.865/2004, considerada a letra “a” do inciso III do § 2º do artigo 149 da Constituição Federal.

REPERCUSSÃO GERAL – CONSEQUÊNCIAS – MATÉRIA DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. Uma vez assentando o Supremo, em certo processo, a repercussão geral do tema veiculado, impõe-se a devolução à origem de todos os demais que hajam sido interpostos na vigência do sistema, comunicando-se a decisão aos Presidentes do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e da Turma de Uniformização da Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais bem como aos Coordenadores das Turmas Recursais, para que suspendam o envio, à Corte, dos recursos que tratem da questão, sobrestando-os” (Questão de Ordem em RE n. 559.607-9/SC, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJ de 22.02.08)

8. Aplicação da norma regulamentadora aos feitos pendentes - Direito adquirido processual.

Luiz Manoel Gomes Junior²³⁸, reportando-se à lição de Galeno Lacerda²³⁹, salienta que

²³⁸

GOMES JÚNIOR, A repercussão..., p. 104.

os recursos interpostos sob a égide da lei antiga, ainda não apreciados, devem sê-lo nos termos das regras antigas, ainda que modificadas pela legislação posterior.", ou seja, "...o requisito da repercussão somente pode ser exigido após a regulamentação do instituto através de lei ordinária e para os acórdãos publicados posteriormente, sob pena de violação a um **direito adquirido processual**.

A questão, no entanto, já ficou definida pelo Supremo Tribunal Federal, seara adequada e competente para dizer a partir de quando se passou a exigir o cumprimento da demonstração da repercussão geral da questão constitucional.

Assim, ficou definido pelo Supremo Tribunal Federal que

O pressuposto de admissibilidade é exigido nos recursos extraordinários interpostos de acórdãos publicados a partir de 3 de maio de 2007, data da entrada em vigor da Emenda Regimental 21/07 ao RISTF (QOAI Nº 664567/RS), que estabeleceu as normas necessárias à execução das disposições legais e constitucionais sobre o novo instituto. Os recursos extraordinários anteriores regem-se pelas disposições legais vigentes anteriormente à instituição deste pressuposto.

²³⁹ LACERDA, Galeno. *O novo direito processual e os feitos pendentes*. Rio de Janeiro, Forense, 1974.

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve por objetivo demonstrar que o Supremo Tribunal Federal configura, sob o aspecto material e também formal, verdadeira Corte Constitucional, cujo acesso, por sua natureza de abóbada do controle, uniformização e concretização da Constituição e, por conseqüência, do princípio da supremacia do direito, não pode ser banalizado.

O Supremo Tribunal Federal apresenta-se, de forma evidente, como Guardião maior da Constituição, com responsabilidade política de aferir as conseqüências de suas decisões para a vida nacional, agindo com *função política de última instância ou de nível fundamental*, o que reflete sua natureza material de Tribunal Constitucional.

Sob o aspecto formal é Tribunal, pois funciona sob o instrumento jurisdicional, utilizando-se de técnicas próprias de jurisdição, só se pronunciando por instância de legitimados, utilizando-se de todos os recursos da hermenêutica jurídica, curvando-se às exigências do processo devido, manifestando-se por meio de acórdãos e justificando todas as suas decisões, bem como, legislando formalmente, a partir da eficácia *erga omnes* de suas decisões no controle abstrato de normas.²⁴⁰

Aliás, sustentamos que o Supremo integra a estrutura da função jurisdicional, mas não, do Poder Judiciário *stricto sensu*, devendo a expressão *Poder Judiciário* do art. 92 da CF ser interpretada no sentido lato, como função ou Poder Jurisdicional, sob pena de não ser compatível com as disposições específicas dos arts. 101 e 102 da CF e, menos ainda, com a norma do art. 103-A, que lhe dá a função jurídico-política de legislador negativo a atingir a nação como um todo.

Por esses motivos, estando o nosso Tribunal Maior ao lado da Presidência da República e do Congresso Nacional, como órgão constitucional em sentido estrito,

²⁴⁰ Cezar Saldanha Souza Jr., *O Tribunal Constitucional como poder. uma nova teoria da divisão dos poderes*, ob. cit., p. 122.

não podem chegar a ele senão causas que repercutam de modo a atingir interesses nacionais, da sociedade como um todo, cujas decisões tenham o condão de afetar não só as partes em conflito mas a sociedade em geral.

Nesse passo, a introdução do requisito da repercussão geral da questão constitucional como filtro qualitativo do acesso ao Supremo Tribunal Federal foi, sem dúvida, um avanço considerável a se coadunar com a verdadeira natureza desse Tribunal, a de guardião da Constituição, Corte Constitucional.

Todavia, muito ainda há a ser feito e aperfeiçoado. Espera-se que se alcance cada vez mais ao Supremo Tribunal Federal o poder-dever de selecionar os feitos que irá julgar, norteados pelos ditames constitucionais, de modo a reduzir o número de processos que lhes chegam às portas, em benefício, por conseguinte, do jurisdicionado, que almeja uma justiça mais célere e eficaz, além da possibilidade de efetuar um controle social das decisões da Corte Constitucional, mote que só pode ser obtido com a redução do número de feitos.

REFERÊNCIAS

ABREU, Iduna Weibert. Arguição de relevância: aspecto político de sua apreciação pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 14 n. 56, p. 205-212, out./dez. 1977.

_____. A arguição de relevância da questão federal. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 16 n. 61, p. 167-181, jan/mar. 1979.

ALENCAR, Ana Valderez A N; RANGEL, Leila Castello Branco. *Constituições do Brasil (de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967 e suas alterações)*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1986.

ALMEIDA, Vera Hack. *Controle de constitucionalidade*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2004.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (Org.) *Processo e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Recursos extraordinários: juízo de admissibilidade – CF, artigos 102, III, e 105, III, alíneas A*

ANDRIGHI, Fátima Nancy. *Arguição de Relevância*. Discurso proferido no STJ, com Arruda Alvim, em 16 out. 2000.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. A função dos tribunais superiores. In: ANUÁRIO do Programa de Pós-Graduação em Direito. São Leopoldo: UNISINOS, 1999.

BERMUDES, Sérgio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975. v. 7, arts. 496 a 565.

BITTENCOURT, C.A Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. Atualizado por José Aguiar Dias. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

BOMFIM, Edson Rocha. *Supremo Tribunal Federal: perfil histórico*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

BRAGA, Valeschka e Silva. Principais repercussões da Emenda Constitucional nº 45 no controle de constitucionalidade brasileiro. *Revista da AGU*, Brasília, n. 6, pá. 11-12, 2005.

BRAGHITTONI, Ives. *Recurso extraordinário: uma análise do acesso do Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Atlas, 2007.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. O duplo grau de jurisdição e sua perspectiva constitucional. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (Org.) *Processo e constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BUENO, Cássio Scarpinella. De volta ao prequestionamento: duas reflexões sobre o RE 298.695-SP. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 61-85.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Quem tem medo do prequestionamento?* Disponível em: <<http://www.cpc.adv.br/prequestionamento.htm>>

CABRAL, Bernardo. Parecer nº 538, de 2002. *Diário do Senado Federal*, Brasília, p. 10934-10950, jun. 2002.

CALAMANDREI, Piero. *La casacion civil: historia y legislaciones*. Tradução de Santiago Sentis Melendo. [s.l.]: Ed. Bibliográfica Omeba, 1961. v.1, t.1.

CAMPOS, Francisco. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1942.

CAMPOS, German J. Bidart. *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*. Buenos Aires: Ediar, 1987.

CANAN, Ricardo. Recursos Excepcionais - fundamento suficiente, prejudicialidade e questões afins. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.)

Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 639-660.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição.* 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARMONA, Carlos Alberto. Reforma da Constituição e processo: perspectivas. *Revista Literária de Direito*, v. 11, n. 56, fev./mar. 2005.

CENEVIVA, Walter. *Direito constitucional brasileiro.* 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Rezende. *A justiça diferida: da teoria dos fractais à transcendência em sede recursal.* Disponível em: <<http://www.jus.com.br>>

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Meios processuais para concessão de efeito suspensivo a recurso que não o tem. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 289-323.

_____. Notas sobre os Recursos Extraordinário e Especial Retidos. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 16, jul. 2004.

DAVID ARAÚJO, Luiz Alberto; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2004.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Alegação de prescrição ou decadência em recurso extraordinário: notas ao código civil de 2002. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 115-121.

FAGUNDES, Henrique. O Recurso Extraordinário e o Recurso Especial dirigidos à reforma de decisão interlocutória. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 540-584.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 1.

_____. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1989.

GOMES JÚNIOR, José Manuel. A repercussão geral da questão constitucional no recurso extraordinário. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 119, p. 91-116, data.

HECK, Luís Afonso. O controle normativo no direito constitucional brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 91, n. 800, p. 57-64, jun. 2002.

HITTERS, Juan Carlos, *Técnica de los recursos extraordinários y de la casación*. 2. ed. La Plata: Librería Editora Platense, 1998.

JACQUES, Paulino. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1970.

KELSEN, Hans. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1970.

_____. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LACERDA, Galeno. *O novo direito processual e os feitos pendentes*. Rio de Janeiro, Forense, 1974.

LEAL, Victor Nunes. O requisito da 'relevância' para redução dos encargos do Supremo Tribunal Federal. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 213, jan./mar. de 1966.

LENZ, Carlos Eduardo Thompson Flores. A relevância da questão federal e a crise do STF. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 295, p. 165-171, data.

MACEDO, Elaine Harzheim. *Repercussão geral das questões constitucionais: nova técnica de filtragem do recurso extraordinário*. Local: Editora, data.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *Los tribunales constitucionales en Iberoamérica*. México: Fundap, 2002.

MACHADO, Antonio Carlos Marcondes. Arguição de relevância: a competência para o seu exame. O ulterior conhecimento do recurso extraordinário. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 42, abr./jun. 1986.

MACIEL, Adhemar Ferreira. Restrição à admissibilidade de recursos na Suprema Corte dos Estados Unidos e no Supremo Tribunal Federal do Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 43 n. 170, p. 7-15, abr./jun. 2006.

MACIEL, Omar Serva. A reforma do judiciário e a origem da inviabilização funcional dos Tribunais Superiores. *Debates em Direito Público: Revista de Direito dos Advogados da União*, v. 4, n. 4, p. 26-35, out. 2005.

MADOZ, Wagner Amorim. O recurso extraordinário interposto de decisão de Juizados Especiais Federais. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 119, p. 60-89, 2005.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. Variações jurisprudenciais recentes sobre a dispensa do prequestionamento. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 279-287.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Coimbra, 1997. v. 1.

MITIDIERO, Daniel. *Processo civil e estado constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MORAES, Alexandre. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. *Direitos humanos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. v. 5.

MORELLO, Augusto Mario. *Recursos extraordinários y la eficacia del proceso*. Local: Editora, data.

NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto F. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. São Paulo: Saraiva, 2007.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. Recurso excepcional adesivo cruzado. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 609-637.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967: com a Emenda n. 1, de 1969*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1975. v. 8.

PROCESSO costituzionale. In: ENCICLOPÉDIA del Diritto. Milano: Giuffrè, 1987. v. 36.

RENAULT, Sérgio Rabello Tamm. O poder judiciário e os rumos da reforma. *Debates em Direito Público*, Revista de Direito dos Advogados da União, v. 4, n. 4, p. 11-18, out. 2005.

REPERCUSSÃO. In: FERNANDES, Francisco; LUFT, Celso Pedro; GUIMARÃES, F. Marques. *Dicionário Brasileiro Globo*. 8. ed. Rio de Janeiro: Globo, 1988.

ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. A reforma do judiciário e os tratados internacionais sobre direitos humanos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 95, n. 852, p. 38-53, out. 2006.

RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991. v. 1: 1891/1898 - Defesa das Liberdades Cíveis.

ROSAS, Roberto. *Direito processual constitucional: princípios constitucionais do processo civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SÁ, Djanira Maria Radamés de. *A atividade recursal civil na reforma do poder judiciário*. São Paulo: Pilares, 2006.

SANCHES, Sidney. Argüição de relevância da questão federal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n 627, jan. de 1988.

SANT'ANNA, Paulo Afonso de Souza. Competência e meio processual para atribuição de efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário (Súmulas 634 e 635 do STF). In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 543-607.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 3.

SARLET, Ingo. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SARTÓRIO, Elvío Ferreira; JORGE, Flávio Cheim. O recurso extraordinário e a demonstração da repercussão geral. In: *Reforma do Judiciário*.

SERRA, María Mercedes. *Procesos y recursos constitucionales*. Local: Editora, data.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Poder constituinte e poder popular*. São Paulo, Malheiros, 2000.

SOUZA, Nelson Oscar de. *Manual de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

SOUZA JÚNIOR, César Saldanha. *A Supremacia do direito no Estado democrático e seus modelos básicos*. Porto Alegre: [s.n.], 2002.

_____. *O Tribunal Constitucional como poder*. uma nova teoria da divisão dos poderes. São Paulo: Memória Jurídica, 2002.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Anotações sobre a repercussão geral como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário (Lei 11.418/2006). *Revista de Processo*, São Paulo, n. 145, mar. 2007.

VILAR FILHO, José Eduardo de Melo. Admissibilidade do Recurso Extraordinário: o Novo Entendimento do STF. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 13, p. 35-42, data.

WEBER, Márcia Regina Lusa Cadore. Anotações sobre os recursos especial e extraordinário. *Revista dos Tribunais*, v. 93, n. 820, p. 98-124, fev. 2004.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ANEXO A - ENTREVISTA MIN. JOSÉ NÉRI DA SILVEIRA

Degração original

10.11.05

Min. Néri: Uma primeira indagação é esta: A repercussão geral da questão constitucional posta no recurso é bastante em si, ou ela é apenas um *prius* para o conhecimento do recurso? Quero dizer: se a questão constitucional for de repercussão geral, o recurso há de ser conhecido e examinado no seu mérito? Essa seria uma questão interessante! Ou é apenas um *prius* para o exame da formalidade do recurso, assim como nós a conhecemos hoje? Isto é, se o tribunal previamente entender que a questão é de repercussão geral, o tribunal fica desde logo obrigado a examinar o mérito, ou, o tribunal apenas vai adiante, passa, ainda na fase de conhecimento do recurso, a verificar a satisfação dos pressupostos formais do recurso? Isso é uma indagação, por que, há os que entendem que se poderia compreender que, colocada na Constituição essa exigência, sendo que, somente por dois terços, quorum qualificado, o Supremo poderia afastar a repercussão geral devidamente demonstrada - por que o recorrente deve demonstrar, que isso seria bastante, isso seria bastante para o conhecimento?

Eu penso que a repercussão geral da questão constitucional é tão-só *prius*, é uma indagação prévia. Se a questão constitucional posta no recurso não tiver repercussão geral, o tribunal, simplesmente, não conhece do recurso e com isso ele encerra a sua prestação jurisdicional. Se entender que é uma questão importante, o tribunal vai adiante; verificará se o recurso preenche os requisitos formais do recurso extraordinário, como o prequestionamento, se houve ofensa direta à Constituição, etc. Então, o problema da repercussão geral da questão constitucional está exatamente na essência do tema, na importância do tema, ou seja, o tema, embora com reflexos constitucionais, mas um tema que não tenha uma importância maior para o interesse público e o interesse geral da ordem jurídica como questão constitucional, o tribunal dirá: esse assunto eu me abstenho de examiná-lo; não conheço do recurso. Então essa é uma primeira indagação.

Esse problema foi proposto quando quando uma medida provisória criou no TST a questão da transcendência, e que foi criada por uma medida provisória, portanto, uma norma infraconstitucional, mas se discutiu esse problema - um parágrafo a mais posto na CLT, no artigo que previa o recurso de revista e os seus requisitos - que isso seria apenas

um requisito a mais. Mas há os que entendiam que não, ou seja, que se a questão é de transcendental importância no âmbito da legislação trabalhista, isso é bastante para que a revista seja conhecida, como recurso de natureza extraordinária que é.

Mas nós tivemos um instituto anterior, que é muito importante, que é a argüição de relevância, que entrou entre nós com a Emenda 7 de 1977 e que foi objeto de disciplina regimental pelo Supremo Tribunal Federal. Agora, a argüição de relevância pressupunha que a questão posta no recurso extraordinário fosse uma questão relevante, mas, tal como o Supremo a disciplinou e tal como se estabeleceu a disciplina no regime da emenda 7 - aliás, desde a vigência da Emenda 1, em que o Supremo podia dispor a respeito do seu processo, em regimento - a argüição de relevância da questão federal era apenas uma hipótese a mais de cabimento do recurso extraordinário. A senhora recorda, a emenda regimental enumerava as hipóteses em que cabia recurso extraordinário - Supremo escolheu que tipos de causas - temas - poderiam ser objeto de recurso extraordinário, ou seja, se se tratasse de ofensa à Constituição, se se tratasse de determinadas matérias, por exemplo sobre o direito de propriedade, matéria criminal que se impusesse pena de reclusão, enfim, estava lá definido no regimento interno do Supremo Tribunal Federal. Se as causas fossem de valor inferior à alçada, também não cabia recurso extraordinário, mas, uma questão de ínfimo valor poderia subir ao Supremo pela hipótese da relevância; então, quando a parte entrava com uma causa de pequeno valor - causa de alçada, portanto -, inferior à alçada regimental, mas sustentava que ali estava embutida uma questão muito relevante para a ordem jurídica, como por exemplo, um problema de prescrição, a definição, de direito material, a respeito de prescrição, o Supremo mandava subir, mandava processar o recurso extraordinário.

Naquela época, antes de 1988, não havia o recurso especial nem o STJ, então o Supremo julgava e uniformizava tanto a matéria constitucional quanto o direito ordinário, então, não havia necessidade de ser uma questão constitucional, tanto que, as causas constitucionais eram sempre remetidas, o Supremo sempre teve presente a sua missão de guarda da Constituição, então, na enumeração do regimento, lá estava a ofensa a constituição ou divergência com a súmula do Supremo, ou seja, de uma decisão de um tribunal de justiça que fosse divergente com a súmula do Supremo, cabia recurso extraordinário.

A argüição de relevância, e essa me parece a principal distinção que há em relação a esse instituto (da repercussão geral), era uma hipótese a mais, parece-me que era o inciso IX do dispositivo do regimento que enumerava as hipóteses de cabimento do recurso extraordinário, quer dizer, se a causa não se contivesse em nenhuma das hipóteses expressamente previstas como de admissão do recurso extraordinário, podia, entretanto,

cabem o recurso se a questão fosse relevante. O que eu quero dizer é o seguinte: a arguição de relevância era, desde logo, uma hipótese a mais de cabimento do recurso extraordinário, ou seja, quando o recurso extraordinário não coubesse por outro fundamento, mas fosse relevante a questão, o tribunal mandava processar o recurso e todo o processo da arguição de relevância era descrito no regimento do tribunal e podia se suceder em hipóteses diferentes. As vezes a parte, em tendo dúvida quanto ao enquadramento do caso em alguma daquelas hipóteses, sustentava que se tratava de um problema, por exemplo, de direito de propriedade, e interpunha o recurso dizendo que houve ofensa ao artigo tal da lei ou da constituição, etc, etc, e, pelo regimento, a arguição deveria ser deduzida num capítulo separado, autônomo. Então havia os recursos extraordinários com arguição de relevância e havia os recursos extraordinários sem arguição de relevância, estes fundamentados numa daquelas hipóteses enumeradas no regimento. Com arguição de relevância, não cabendo o tema numa daquelas hipóteses, ou, estando a parte insegura quanto ao cabimento, mas certa de que a questão era relevante, deduzia a arguição de relevância num capítulo à parte, no mesmo recurso extraordinário.

Pelo art. 308 do regimento interno anterior, com a emenda regimental 3/75, tinha uma enumeração de I a IX, o RE poderia subir se se demonstrasse a relevância da questão federal. Depois veio a Emenda Constitucional 7/77 que manteve a competência do Supremo para dispor sobre o seu processo, isso deu ao tribunal uma flexibilidade muito grande para regular para regular o processo, em todos esses casos, da tramitação do recurso extraordinário. Não se invocava o CPC, se invocava o artigo tal do regimento.

Entrevistadora: O que seria ideal, o senhor não concorda, em relação à repercussão geral, pois esse *"nos termos da lei"*, deixando para o Congresso regulamentar...

Min. Néri: A senhora sabe que esta questão *"nos termos da lei"*, é sempre uma solução política que o Congresso encontra para mandar a decisão definitiva do assunto para adiante. Seguramente, eu não acompanhei essa tramitação, deve ter tido uma reação muito grande da Ordem dos Advogados, pois a Ordem sempre foi contrária à arguição de relevância, sempre foi contrária a esse tipo de limitação.

Entrevistadora: Por que de uma certa forma é um juízo de conveniência. Aliás sobre isso seria a primeira pergunta que eu tenho para fazer ao senhor: O senhor considera que foi instituído um juízo de conveniência e oportunidade para a admissão do RE pelo STF?

Min. Néri: Essa questão toda é muito interessante, por que, se a senhora for à origem desse problema todo, isso vem do *writ of certiorary*, do direito americano, por que a Corte Suprema escolhe, efetivamente, as causas que quer julgar;- ela julga 300 processos num ano, às vezes até menos , por que ela só julga aqueles casos que ela considerar relevantes, os casos em que as questões são relevantes, mas, no Brasil sempre houve uma reação a essa competência da Corte Suprema, tanto que, na reforma de 1965 foi discutida essa matéria; o Supremo queria, postulou, por que já estava numa situação de crise.

Entrevistadora: E ainda havia a questão do momento político da época, não é?

Min. Néri: Também, exato, e então foi discutida essa proposta; constou da reforma de 1965 e não foi aceita na reforma de 1965, que se editou sob por via da Emenda Constitucional nº 16 à Constituição de 1946, que foi aquela depois do AI 2, ainda no governo Castelo Branco. Então essa matéria não passou no congresso. Em 1977 entrou por que veio no bojo da emenda constitucional 7/77, que foi o chamado "pacote de abril", em que o Presidente Geisel pôs em recesso o congresso e, exercendo os poderes do congresso, editou a reforma do judiciário prevista na emenda 7/77 e a emenda 8/77, que foi a emenda política em que se criaram os cargos de senador "biônico", etc., todos aqueles problemas. Então, a partir de 1977, portanto, durante onze anos, o Supremo pôde exercer amplamente essa competência e disciplinou no regimento a argüição de relevância. Mas, naquela época, a argüição de relevância não era justificada, o tribunal julgava em conselho, julgava as questões de relevância em conselho, às quartas-feiras, no Plenário, o tribunal passava a decidir em conselho as argüições de relevância e os Ministros recebiam , na semana anterior, a relação dos temas de todas as argüições, numa espécie de, como chamavam naquela época, "o espelho"; era um processo grosso que tinha, em cada duas ou três folhas traziam a súmula do que se continha na argüição de relevância número tal e então, como se reuniam em conselho, não tinha relator. Os Ministros examinavam e cada um, então, dava o seu voto a respeito daquelas argüições, sobre quais eles entendiam que eram questões relevantes e, desde que houvesse três votos acolhendo a relevância, o tribunal acolhia a argüição de relevância, apenas, com que finalidade? De conhecer o recurso extraordinário? De mandar processar o recurso extraordinário. Então, era feita uma comunicação ao tribunal *a quo*, de que tinham sido aceitas determinadas argüições de relevância, na sessão tal do conselho e nesses processos, então, os recursos extraordinários eram processados.

Mas veja bem, no julgamento da argüição de relevância, havia a necessidade de se atenderem formalidades, era preciso que o recorrente indicassem um dispositivo de lei que tivesse sido violado; não bastava que ele dissertasse sobre a relevância de uma determinada questão, como por exemplo, naquela época, efeitos de uma relação de família,

por exemplo; efeitos de uma convivência sólida e permanente entre companheiros, etc. Não bastava que se dissesse "o tema e este e o tribunal negou qualquer eficácia a esse estado de vida do casal", etc., etc., por que não havia lei.

Por outro lado, o simples fato de o tribunal entender que era relevante, não implicava conhecimento do recurso; implicava, tão-só, um juízo prévio da relevância da questão. Poderia até acontecer de ter sido intempestivo o recurso. Não adiantava a parte que tivesse esquecido de argüir a relevância, invocá-la depois, pois seria fora do prazo, uma vez que, a argüição vinha como se fosse um fundamento do recurso extraordinário e a argüição de relevância não tinha juízo de admissibilidade do presidente do tribunal *a quo*, simplesmente, se fora argüida, ao lado, como um capítulo à parte, na petição de recurso extraordinário, em que se alegavam outros fundamentos e o Presidente do tribunal tivesse admitido esses outros fundamentos, ele mandava processar, mas ele não entrava no mérito da relevância, exame esse que era privativo do Supremo, como eu penso que se há de entender privativo do Supremo o juízo de repercussão geral.

A lei não poderá dizer que o presidente do tribunal *a quo* dirá se há repercussão geral ou não. Isso é um juízo político.

Entrevistadora: Como o senhor acha que irá se desenvolver esse juízo do Supremo, por que nós temos essa limitação *nos termos da lei*, por que me parece, num estudo ainda inicial, que seria um juízo de conveniência e oportunidade do Supremo deliberar se há repercussão geral ou se não há?

Min. Néri: O juízo será um juízo de índole política, no sentido de poder, de interesse da ordem jurídica, será uma repercussão de natureza política, ou de natureza econômica, ou de natureza social, ou de natureza moral, ética.

Entrevistadora: Mas em que termos o senhor acha que o legislador vai poder limitar o que o Supremo vai considerar?

Min. Néri: Eu acho que o Supremo não tem pronunciamento ainda a respeito não é?

Entrevistadora: Não.

Min. Néri: É verdade que nós já temos o precedente do regime de 1988, em que, pela primeira vez, a competência do Supremo ficou pendente de uma deliberação legislativa, que foi o caso da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental, em que o art. 102, parágrafo único, previu que a Argüição de Descumprimento de Preceito

Fundamental será julgada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei, e a lei, afinal, só saiu em 1999, que é a Lei 9.882. Bem, mas ali, a senhora pode ver que a Lei 9.882 ficou somente em questões processuais, ela não avançou passo sobre quais são os preceitos fundamentais da Constituição. Por que? Porque o intérprete último da Constituição é o Supremo. É o guarda da Constituição. Então, ele é quem vai dizer, numa argüição em que se alega descumprimento de preceito fundamental, se aquele dispositivo, em que se alega descumprimento, é um preceito fundamental. Os doutrinadores que comentaram a Constituição antes e depois da L. 9.882, bem como, os que comentaram este diploma legal, não têm estranhado, como uma omissão do legislador, a não enumeração dos preceitos fundamentais, por que isso é função do Supremo. Por que é função do Supremo? Por que, aí, sem dúvida nenhuma, há um juízo político.

Então, se a Constituição diz que esse recurso só é cabível, aliás, que a parte, na interposição desse recurso, deve demonstrar que há uma repercussão geral, - expressão muito aberta, não é? O que é repercussão geral? O que é transcendência? O que é relevância? É um juízo político - quem vai definir é o Supremo.

Então, foi possível resolver, como aconteceu com a relevância, quando o Supremo, em face das queixas, , por que no início, o regimento dizia simplesmente isso: as causas consideradas relevantes pelo Supremo, nada mais do que isso, e o Supremo aceitava ou rejeitava a argüição. A grande reação dos meios jurídicos era essa. Muitos autores, Barbosa Moreira, por exemplo, escreveu muito sobre isto, entendendo que o Supremo não podia se fechar.

No inc. XI, ele manteve, como uma hipótese de cabimento, a relevância da questão federal. Não falava em questão constitucional por que, bastava ser a questão federal, de legislação ordinária ou constitucional. Aliás, a constitucional sempre era considerada relevante, por que já estava no primeiro inciso do artigo que enumerava as hipóteses a ofensa à Constituição, então, quando se tratava de ofensa à Constituição, o que é que o tribunal fazia? O tribunal não tomava conhecimento da argüição de relevância, por que esta estava prejudicada, por que a questão já estava enquadrada no inc. I. Então veja, aí o tribunal, querendo abrir um pouco, para ver se o instituto se tornava, digamos assim, mais simpático e mais compreensível aos meios jurídicos, o tribunal fez grandes inovações. Em primeiro lugar, ele disse que os fundamentos sobre os quais cabia o inc. XI do art. 325 seriam admissíveis quando houvesse relevância da questão federal, destacando que a relevância poderia ser social, jurídica, moral.

Entrevistadora: Mas são tão abertos esses conceitos.

Min. Néri: Sim, ainda assim, conceitos abertos e que o tribunal decidia na hora, e ficava sempre dentro do âmbito de discricção do tribunal, seguindo, no particular, essa linha da Corte Suprema. O tribunal quis, o quanto possível, aperfeiçoar a arguição de relevância. Há muitos estudos sobre a arguição de relevância que a senhora encontrará na pesquisa. Há um trabalho, inclusive, do Min. Moreira Alves, muito interessante. Agora, isso tudo está vinculado a que idéia? É que o Supremo Tribunal não é uma terceira ou uma quarta instância geral, ordinária. É exatamente uma instância extraordinária, para causas especiais, extraordinárias, aquelas causas que forem do interesse da nação, da ordem jurídica, de relevância social, etc. O Supremo não existe para ser uma simples instância a mais, dentro do mecanismo judiciário.

Entrevistadora: Eu até tenho uma pergunta a esse respeito: o senhor acha que essa inovação se coaduna ao nosso sistema constitucional? Por que o senhor falou que o Supremo não é terceira instância, só que a forma como o Supremo é posto na Constituição, diferente um pouco, da Corte Constitucional alemã, por exemplo, então, há aquela discussão: o Supremo não é terceira instância, é uma instância extraordinária, quem sou eu para discordar. Mas, se nós formos raciocinar, e aí também tem uma problemática, o Supremo faz o controle da constitucionalidade, uniformiza a interpretação do direito constitucional, mas ao uniformizar a interpretação do direito constitucional, se ele der provimento ao recurso, ele substitui a decisão do tribunal de origem pela sua, ou seja, ele julga a causa, ele faz justiça ao caso concreto.

Min. Néri.: A sua observação está exata. Por isso é que se diz que a concepção do Supremo Tribunal Federal não foi uma concepção pura. Aliás, o Min. Buzaid, num de seus livros, num trabalho publicado naqueles "Estudos de Direito", ele examina esta questão. Eu acho até que eu fiz uma referência num trabalho sobre o Supremo Tribunal de Justiça do Império, que era a cúpula do judiciário imperial. Havia os que sustentavam que era uma corte extraordinária, por que o recurso de revista não era uma apelação, mas era um recurso cabível, com caráter tipicamente cassatório. Correspondia o Supremo Tribunal de Justiça à Corte de Cassação francesa, porque o nosso sistema imperial foi o sistema francês, nós adotamos o modelo francês, no Império. Então, caso o tribunal entendesse que as sentenças proferidas, em todos os juízos, em última instância, fosse de injustiça notória ou de manifesta nulidade - o recurso de revista só cabia nesses casos -, concedida a revista, os autos eram remetidos *ex officio* a uma outra *relação*, a um outro tribunal, para que julgasse de novo a causa, tal qual o sistema francês.

Então o Supremo Tribunal Federal não adotou o sistema da corte de cassação, adotou o sistema norte-americano, logo, se ele cassa o acórdão, ele não manda julgar de

novo, ele vai adiante e julga o mérito. Nesse caso, não podemos dizer que ele não opera como uma terceira instância.

"A respeito da natureza do Supremo Tribunal Federal, em torno da carta política de 1891, observou Alfredo Buzaid: não tendo processado ou não tendo encontrado uma solução original, só restou ao legislador brasileiro optar por um dos sistemas já conhecidos praticados pelas nações civilizadas. As idéias consagradas pela constituição de 1891 já tinham sido preconizadas pelo governo da república ao baixar o Decreto 848..." - aquele célebre decreto em que ele adotou o sistema americano, como filosofia da reforma do judiciário republicano - *"...os autores do projeto de constituição, como observou Felisberto Freire procuravam organizar o poder judiciário sob os moldes americanos, deixando de lado nossa antiga organização judiciária e, ao que parece, disse Buzaid, não se discutiu a vantagem do regime de cassação francesa sobre o de revisão germânica..."* - não se discutiu se era melhor o sistema francês ou o sistema germânico, mas queriam o sistema americano. Tais problemas eram realmente importantes, e não se sabe por que não mereceram atenção dos ilustres constituintes e dos membros do governo provisório, por que, especialmente o Ruy tinha por tendência adotar o sistema da separação de poderes, conforme o sistema americano.

Por outro passo, emprestando relevo à inovação do recurso extraordinário, escreveu Buzaid: *inspirado no exemplo do 'writ of error' norte-americano, o recurso extraordinário representa, como observou Lipmann, o resultado de uma nova fórmula constitucional, conquanto preservasse a autonomia judiciária dos estados.* Então, o Lipmann chegou a essa conclusão, que o recurso extraordinário foi uma criação nossa, especial, em que se procurou preservar a autonomia dos estados, por que como havia uma dualidade de justiças, os estados autônomos tinham a sua justiça, à semelhança dos estados americanos, havia a necessidade de um tribunal federal que uniformizasse a aplicação da lei federal, por que eles só se preocupam com a lei federal, tanto que só cabe recurso especial quanto à lei federal.

Então, a repercussão geral aí - uma primeira conclusão que se pode tirar - só pode ser uma repercussão geral nacional, não é repercussão geral naquele estado onde a causa foi decidida. Eu acho uma conclusão perfeitamente adotável, por que o geral aí está por federal, nacional, que interesse a todo o país. A idéia melhor até seria essa - nacional, por que representa, conforme observou Lippmann, o resultado da nova fórmula, a qual, conquanto preservasse a autonomia judiciária dos estados, soberana no julgamento das questões de fato, adotou semelhante remédio, de caráter excepcional, a fim de assegurar o primado da lei federal.

Os mais eminentes escritores daquela época, muitos dos quais foram ministros do Supremo como ...Mendonça, Epitácio Pessoa, Pedro Lessa, justificaram amplamente a

necessidade do recurso extraordinário, atendendo, de um lado, a índole do regime federativo, que autoriza a dualidade legislativa, emanada, respectivamente, da União e dos estados, e de outro, a dualidade de justiças, uma federal e outra estadual, reconhecida a soberania da União e a obrigatoriedade das leis federais em todo o território da república, então, colocar nesses termos, força colocá-las sob a proteção de um tribunal federal, que lhes reconhecesse a supremacia, quando desconhecida ou negada a sua validade e aplicação pelas magistraturas dos estados.

A senhora pode ver que, na constituição de 1891, no art. 59, o recurso extraordinário era cabível daquelas decisões em que se negava a aplicação da constituição ou da lei federal, ou então, quando, discutida uma lei estadual em face da constituição ou da lei federal, se entendia que a lei estadual era aplicável, cabendo o recurso extraordinário para saber se a constituição ou a lei federal não estavam sendo desrespeitadas pelo legislador estadual ou pelo administrador estadual.

Entrevistadora: E é engraçado que nós adotamos, em relação ao extraordinário e em relação ao Supremo, enfim, a posição norte-americana, abandonamos o sistema francês que era adotado no império, só que, ficamos com aquele medo e aquele receio de dar o poder ao judiciário para limitar o conhecimento de causas, de recursos, enfim, como no direito americano o judiciário tem.

Min. Néri: Tem, mas veja bem, foi construído exatamente naquela decisão de 1803 do Marchal, que não estava apoiado em texto da constituição que o autorizasse. Mas o judiciário americano teve muita ousadia em construir e isto que eu acho que falta no judiciário brasileiro uma certa ousadia no construir. Por exemplo, a senhora pode ver que o Supremo é extremamente cauteloso. Ele ganhou um instituto que lhe daria um poder imenso, que é o Mandado de Injunção, em que poderia realmente fazer a lei para o caso concreto e ele tem sido extremamente parcimonioso na aplicação do instituto, tanto que a doutrina critica o Supremo neste sentido.

Entrevistadora: Nós vemos exatamente aí que os dois sistemas estão se mesclando, não é, o Civil Law e o Common Law?

Min. Néri: Sim, mas a nossa tradição veja bem, vem do direito francês, do direito civil, de índole romanística, é o sistema da lei.

Entrevistadora: Sim, e aí nós adotamos o sistema common law na Constituição, em relação ao Supremo, copiando o sistema norte-americano, mas não queremos dar ao Supremo o poder que a Corte Suprema dos Estados Unidos tem.

Min. Néri: É uma dificuldade. A senhora pode ver que os próprios juízes federais e estaduais, agora quando houve esse problema da súmula vinculante, eram contra, entendendo que se daria um poder ao Supremo, muito grande. Nós criamos, realmente, uma idéia que corresponde ao sistema norte-americano, uma idéia de independência do juiz de todas as instâncias. O grande mal que eu vejo, e que é uma pena nós não termos adotado desde logo, foi o instituto americano do precedente, a força obrigatória do precedente. Se nós tivéssemos adotado a força obrigatória do precedente, tal como o direito dos Estados Unidos adotou, nós não teríamos essa multiplicidade de causas sobre o mesmo problema para o Supremo decidir. Por que, por que o Supremo decide e não vincula e só agora, nós estamos querendo adotar essa novidade que foi a súmula vinculante, com toda a dificuldade que tivemos para sua aprovação e com a mal querência que há por parte dos advogados e dos juízes.

Entrevistadora: Me parece que nós estamos até agora tentando nos adaptar à reforma de 1891, pois ainda não se está querendo dar poder ao Supremo.

Min. Néri: E depois, houve um outro problema também, que justifica essa história da adoção do sistema e da mentalidade do sistema americano. É que, em quase dois-terços da primeira composição do Supremo Tribunal Federal, foram aproveitados os conselheiros do antigo Supremo Tribunal de Justiça. Então eles passaram de um regime para outro, homens já maduros, por que um ministro, que se chamava juiz-conselheiro, conforme a denominação do direito português, eram recrutados, por antigüidade, nos tribunais de relação - a justiça era unificada -, eles eram juízes de carreira que vinham para o Supremo por um critério de antigüidade, uns mais brilhantes do que outros, etc. Então, quando eles foram deslocados do Supremo Tribunal de Justiça para o STF, eles ainda levaram, como é natural, a mentalidade do sistema francês, de que o juiz é a boca que fala as palavras da lei, logo, não tinham aquela ousadia do juiz da common law. Aí foi a grande missão do Ruy Barbosa, em que nos *habeas corpus* ele concitava os ministros, a dizendo que eles tinham aquele poder, que a república lhes dera. Mas aí já foi tudo mais complicado, por que, veio o conflito, ainda na primeira república, quando o Supremo fez um trabalho fantástico, no sentido da independência do judiciário que não havia; o judiciário não era um judiciário independente, como acontecia na França. A independência era da autoridade- o juiz era independente por que julgava de acordo com a sua consciência. Aliás, o próprio Pimenta

Bueno diz isso muito claramente em seus comentários à constituição imperial, a autoridade judiciária era independente e os juízes deram exemplos notáveis, de independência, sendo removidos, por que o Imperador podia remover o juiz sempre que houvesse uma acusação contra ele. Eles não tinham irremovibilidade, não tinham aquelas garantias do juiz republicano, mas, mesmo assim, tinham já uma tradição de independência, davam provas de independência.

O Seabra Fagundes tem um trabalho muito interessante em que ele diz como é que se deu essa passagem de um sistema para outro, falando sobre o sentido do recurso extraordinário: "se o congresso constituinte não tivesse incluído entre as atribuições do Supremo o poder de anular tais sentenças, cada estado se arvoraria em unidade soberana, na aplicação do direito e poderiam surgir tantas maneiras de dizer a lei, quantas fossem as justiças locais". Esse excerto do Seabra Fagundes está na obra Estudos de Direito. Depois, versando a função do recurso extraordinário da parte, registrou Castro Nunes, que também cito, sobre o que que é a questão federal. Nem o Supremo é uma terceira instância, diz o Castro Nunes, nem o recurso extraordinário é apelação; se fosse apelação, não seria extraordinário, devolveria o conhecimento de toda a causa, nos seus diferentes aspectos, não haveria questão federal a destacar e a Corte Suprema seria, apenas, uma supercorte de apelação - uma corte de apelação mais graduada, uma terceira instância, no mecanismo dos graus de jurisdição, inteiramente desnaturada no seu sentido, por que não foi com este caráter que a instituiu a Constituição, nem é essa a função das Cortes Supremas num estado federal. De nada valeu, para clamar o recurso inaugurado com a república a observação tantas vezes feita por Lúcio de Mendonça de que tal recurso era diverso da Revista, que vinha do Império, não visando a rever sentenças injustas, nem, a corrigir desacertos da instância inferior.

Entrevistadora: Mas Ministro, o Supremo, na verdade, quando julga o recurso extraordinário, com certeza, quando ele provê, ele substitui a decisão do tribunal, então, nesse ponto é terceira instância, só que...

Min. Néri: Nesse particular, ele julga a causa.

Entrevistadora: Só que, nessa sistemática, o senhor acha que essa limitação que está sendo possibilitada ao Supremo Tribunal Federal, de limitar o conhecimento do recurso extraordinário às questões de repercussão geral, se coaduna ao nosso sistema constitucional, onde o Supremo julga a causa?

Min. Néri: Eu acho que sim, por que o Supremo é o tribunal da Constituição e ele vai continuar o tribunal da Constituição, o tribunal da federação.

Entrevistadora: Por que a parte vai suscitar o direito ao acesso ao poder judiciário.

Min. Néri: Mas aí em termos, pois o Supremo não é terceira instância. A questão é essa. Ele julga a causa até por uma questão de solução definitiva da causa. Os Tribunais constitucionais europeus, por exemplo, eles julgam a questão constitucional que lhes é encaminhada e, só a questão constitucional. E esse problema da gente dizer que o Supremo julga a causa, também tem que ser considerado em termos, pois ele julga a causa, mas não revê a prova. Ele julga a causa no sentido de que dá pela procedência da ação ou dá pela improcedência da ação. Imagine a senhora: uma ação foi julgada procedente, em primeira e Segunda instância, sobe ao Supremo com fundamento ao artigo tal da Constituição. Pela técnica de julgamento do Supremo, quando ele conhece, por que que ele dá provimento? Por que aquela decisão ofendeu a Constituição.

Entrevistadora: sim, isso é reflexo, é consequência.

Min. Néri: É consequência. E às vezes ele não conhece, veja bem, um outro aspecto interessante, mas julga uma lei inconstitucional, não conhece do recurso, mas declara a inconstitucionalidade do artigo tal da lei tal. Não conhece por um outro fundamento, de natureza formal, mas toma conhecimento, desde logo, da questão constitucional.

Entrevistadora: E a parte tem direito ao duplo grau de jurisdição e o duplo grau de jurisdição é atendido no tribunal ordinário.

Min. Néri: Este já está satisfeito.

Entrevistadora: Então, mesmo aqueles que consideram o Supremo, por que julga a causa, uma terceira instância, é uma instância excepcional, que não é assegurada, pois entre os princípios, vigora o duplo grau.

Min. Néri: Exato, é um julgamento, em primeiro lugar, por via de consequência. Ele não retoma as questões, por exemplo, de legislação ordinária. Ele julga a causa, mas julga a causa nos limites da Constituição, não julga a causa em todos os seus fundamentos, por que não retoma as questões de fato, não retoma hoje a questão da legislação ordinária.

Entrevistadora: E voltando um pouquinho ao que o senhor estava concluindo antes, esse *nos termos da lei*, do § 3º, o senhor acha que o legislador vai definir apenas os aspectos processuais, as questões materiais acerca do que seja questão constitucional de repercussão geral vai ficar ao Supremo?

Min. Néri: Ah, esse juízo o legislador não pode fazer, esse juízo é do Supremo, como é juízo do Supremo dizer o que é que é preceito fundamental da constituição, para os efeitos da Arguição de Descumprimento. A senhora tem esse paralelo.

Entrevistadora: Por que o que está se entendendo Ministro, pelos poucos artigos que têm, por que o pessoal não está ainda discutindo essa questão com bastante profundidade, é que o § 3º do art. 102 não é autoaplicável, depende de lei.

Min. Néri: Então o recurso extraordinário continua como está.

Entrevistadora: Continua como está, tem que se aguardar o legislador dizer o que seria questão constitucional de repercussão geral.

Min. Néri: Eu acho que o legislador não pode limitar o Supremo. Este é um juízo político

Entrevistadora: Agora, para concluir, por que eu já tomei muito do seu tempo. O senhor acredita nessa inovação? Na eficácia dessa inovação?

Min. Néri: A finalidade disso foi, realmente, desafogar o Supremo, assim como o Supremo sempre sustentou a arguição de relevância.

Entrevistadora: Mas aí não tinha *nos termos da lei*.

Min. Néri: A senhora sabe porquê? Por que não havia consenso político. A senhora pode ver que que em todas as hipóteses em que o constituinte pode desde logo dizer e ele se nega a dizer, isto é, se nega a concluir e deixa a questão no meio do caminho, *na forma da lei*, ele manda para frente a solução política e legislativa. Ele não quis desagradar nem a "A" nem a "B". Ele instituiu um *enter*, mas tinha que sair a lei. Mas eu acho que se o Supremo pressionar; houver um interesse, mas como o Supremo é muito reservado. É verdade que em relação à Arguição de Descumprimento o Supremo tinha até uma certa antipatia pelo Instituto . Agora é que ele está começando, o Supremo está sendo muito

provocado em Arguições de Descumprimento e está sendo tentado a tornar efetivo o instituto. A arguição eu acho que é um instituto que vai pegar, mas foi arguída a inconstitucionalidade desta lei, e esta ADIN está tramitando no Supremo, eu era o relator, eu dei o meu voto, depois houve pedido de vista do Min. Sepúlveda, que é também o relator da ADIN em que se discute o problema do art. 27, entre outros, da Lei 9868, que é a lei do processo da ADIN e da ADC, sobre o problema dos efeitos da eficácia *ex tunc*. Aliás, ontem, eu não sei se o Supremo teria concluído o julgamento sobre uma lei aqui do estado do Rio Grande do Sul, dos notários e dos registradores. O Supremo julgou inconstitucional os incisos que estabeleciam os critérios de valoração dos títulos no concurso e suspendeu o julgamento, por que por proposta do Min. Gilmar, o Tribunal deveria estabelecer a eficácia da decisão a partir de agora, a partir da decisão. Atingiria o concurso em andamento, por que não está concluído, mas não atingiria os concursos anteriores, que já está consumados, os registradores já foram nomeados, enfim, já produziram os seus efeitos. O julgamento está seis votos a dois, mas como depende, pelo art. 27, de quorum qualificado (2/3), então, faltam dois votos e exatamente dois ministros não estavam presentes, o Peluso e o Velloso. Se os dois votarem no sentido de darem uma eficácia *ex nunc*, então, nós teremos pela primeira vez aplicado o instituto, o Supremo terá aceito.

Eu acho que é constitucional - o art. 27 da Lei 9868, veja bem, é uma competência extremamente política do Supremo.

A competência do Supremo em matéria de ação de inconstitucionalidade, em litígios constitucionais, é sempre uma decisão política, por que o Supremo vai fazer um juízo quanto à conveniência de manter a segurança jurídica em tudo isso que se passou.

Imagine se uma lei esteve em vigor durante vinte anos e produziu milhares de efeitos e um dia foi arguída a inconstitucionalidade da lei e foi acolhida a inconstitucionalidade. Se, se aplicar o critério, que é o critério tradicional americano, da eficácia *ex tunc* - inconstitucionalidade é igual à nulidade -, norma inconstitucional é norma nula e se é nula não produz efeitos, então, tudo que se passou tem que ser desfeito, sob o pálio daquela lei. E se for uma lei em matéria tributária? Se fosse uma lei tributária, com dez ou quinze anos de vigência, a senhora já pensou o que é que o tesouro teria que pagar em repetição de indébito? Então, o tribunal pode fazer um juízo sobre a inconveniência de natureza política para a ordem jurídica em geral, para os interesses da nação, e dizer, não, a eficácia dessa minha declaração é uma eficácia a partir de agora.

Então veja que a Corte Suprema já tem diversos julgamentos em que ela expressamente diz isso - eu acentuo no meu voto, por que eu dei o voto em relação à arguição de descumprimento, sobre a lei 9892, em que se alegava a mesma coisa quanto ao art. 11, que prevê a possibilidade da eficácia *ex nunc*, e eu referi precedentes da Corte Suprema em que a Corte Suprema diz que isso não é uma questão constitucional, isso é

uma questão de política judiciária, é um juízo político da corte maior, que tem a guarda da Constituição, ao dirimir uma questão constitucional, o tribunal dizer que a eficácia não será retroativa, mas prospectiva.

Entrevistadora: E o senhor acredita, voltando, na repercussão geral da questão constitucional? Que isso vai, algum dia, ter eficácia?

Min. Néri: Eu tenho a impressão que se o Congresso não der, não legislar a respeito, isso pode ter alguma solução.

Entrevistadora: Será que eles fariam um parágrafo "*só para inglês ver*", para nunca ser aplicado?

Min. Néri: Pode também o Supremo dar a interpretação de que o instituto está introduzido e enquanto não se estabelecer uma disciplina regimental, mas o Supremo não costuma ousar muito. Mas o instituto é de interesse do Supremo. O Supremo queria e o STJ queria também, mas não foi introduzido para o STJ. A rigor o Supremo queria restabelecer a relevância da questão federal, e saiu desse jeito, mas é uma boa solução para desafogar o Supremo.

Mas o Supremo pode dar uma interpretação também, por que a senhora veja a leitura, eu já vi mais de uma vez, inclusive quando fiz a exposição, mas aí não me detive muito, fiz uma exposição geral, destacando a inovação da emenda 45, mas um aluno desse curso me trouxe um trabalho que ele fez, até eu estou trazendo para a senhora, em que ele critica o dispositivo, mas ele se deteve muito em dizer que, de Sérgio Corazza, ele é pós-graduando em processo e constituição - não se ele está fazendo mestrado também -, pela UFRGS, mas ele estava nesse curso, ele assistiu as aulas - "Inclusão do requisito da repercussão geral nos pressupostos de admissibilidade dos recursos excepcionais". Mas eu estive vendo depois, mesmo em razão do trabalho dele, se eu tinha lido errado, ou incompletamente, o texto, mas tenho a impressão de que foi só para o Supremo. A argumentação dele é genérica, ele acha que não se pode introduzir essa limitação, ele é contra.

Entrevistadora: Eu sou totalmente a favor.

Min. Néri: Claro, ah, eu sou a favor! A senhora atente na fundamentação para a natureza do Supremo, enquanto tribunal guarda da Constituição. Por que já está dito isso desde 1891. Os autores da Constituição, quando eles falam nesse recurso novo, que

ganhou o nome de recurso extraordinário, que era um recurso reservado a esse tribunal, era um recurso de uniformização, um recurso de guarda da Constituição.

Entrevistadora: Por que na verdade, me parece, que o jurisdicionado tem que ter a noção de que, através do recurso extraordinário, ele está pedindo uma autorização para obter uma revisão por uma Corte política e não por uma corte meramente jurisdicional.

Min. Néri: A questão é muito interessante, é uma pena que algum dos legitimados do 103 não argui a inconstitucionalidade da emenda, quanto a esse dispositivo, para promover o debate no próprio Supremo, por que aí o Supremo daria a interpretação do dispositivo e talvez ajudasse a resolver.

Entrevistadora: No final do dispositivo, Ministro, diz assim: *...a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo pela manifestação de 2/3 de seus membros*. Bom, então, pelo que eu entendi, nós temos uma presunção de repercussão geral...

Min. Néri: Desde que demonstre.

Entrevistadora: e o Supremo só pode afastar essa alegação de repercussão geral por 2/3.

Min. Néri: Veja bem, o fundamento será sempre ofensa à Constituição, ou então, um daqueles casos em que se discute questão de conflito de competência legislativa, esse novo, que a reforma introduziu, mas que sempre se entendeu, no Supremo, que julgar válida lei local contestada em face de lei federal, era uma questão tipicamente constitucional, por que, porque é o problema da competência entre estado e União. Esse caso típico do concurso. Há uma lei federal, além do problema do princípio da isonomia? Enfim.

Mas os casos da alínea "d" sempre têm repercussão geral, pois trata-se de conflito federativo....

ANEXO B - ENTREVISTA MIN. GILMAR FERREIRA MENDES**Degração original
(dezembro de 2005)**

Entrevistadora: O senhor considera que foi instituído um juízo de conveniência e oportunidade para a admissão do RE pelo STF?

Min. Gilmar: Depende de como se entenda isso. Certamente que se deu uma discricionariedade ao Tribunal, tendo em vista, o parâmetro bastante aberto que é essa idéia da repercussão geral; vamos verificar se a lei que venha a ser aprovada - tem projeto em discussão no Congresso Nacional - vai fixar algum limite para essa competência do Supremo Tribunal Federal, qual será o critério, não é? Agora, de uma certa forma, o modelo dá ao Supremo uma maioria muito qualificada, por que para dizer que não há repercussão geral precisa-se ter dois terços; o poder discricionário é bastante amplo.

Entrevistadora: O senhor acha que o legislador vai limitar o Supremo no respeitante a dizer o que seria questão de repercussão geral?

Min. Gilmar: Talvez não. Mas há algumas que são mais ou menos óbvias. Por exemplo, tem que ter repercussão geral aquilo que esteja em consonância ou em confronto com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Quer dizer, que eventualmente "roce" a jurisprudência ou súmula do Supremo Tribunal Federal. Então, tem que ter algum critério. No regimento interno, a única pista que temos é aquele modelo anterior, da argüição de relevância; tinha a tentativa de declinar, de explicitar o que que era, quais seriam os casos, as hipóteses.

Nós, aqui no Supremo Tribunal Federal estamos discutindo e, tanto quanto possível, esperamos que a regulação seja a mais econômica possível, para deixar espaço para o Tribunal construir.

Entrevistadora: Pois é, a partir dos meus estudos, eu venho concluindo que a regulamentação, me parece, deveria ser em relação às normas processuais, ou seja, dizer o que seria questão constitucional de repercussão geral seria privativo do Supremo. O senhor pensa assim?

Min. Gilmar: Imagino que seja isso. Acho que, em regra, deverá ser esse o entendimento; deve o legislador se limitar a fixar o procedimento.

Entrevistadora: O senhor tem uma idéia de como se processaria essa admissibilidade?

Min. Gilmar: Bom, a única pista que a gente tem é o que a Constituição dá, não é? Precisamos de dois terços dos votos para recusar a admissibilidade. Portanto, a regra é a admissibilidade. O que nós temos que discutir aqui é a possibilidade de termos manifestações já nas Turmas; se um grupo específico de Ministros, nas Turmas, entender que a questão tem repercussão geral, por exemplo, se nós tivermos quatro votos na Turma, dizendo que a matéria tem repercussão geral, já tem o reconhecimento da repercussão geral, por quê? Por que já não será mais possível recusar no Pleno. Isso será um critério para flexibilizar e tentar não sobrecarregar o Pleno. Por outro lado, tem que haver, talvez, algum tipo de regulação que permita que o caso *leadem*, o *leadem case* vá ao Pleno, e não, os casos repetidos. Então, fixada essa orientação, de que um determinado caso tem repercussão geral, ou fixado que determinado caso não tem repercussão geral, também os homogêneos têm que estar afetados, pois do contrário, nós vamos ter uma brutal paralisia do Tribunal. Temos que ter muito cuidado nessa evolução.

Entrevistadora: Para o senhor, o que seria questão constitucional de repercussão geral?

Min. Gilmar: Eu acho que a definição que se propõe é sobre aqueles casos relevantes do ponto de vista jurídico, do ponto de vista econômico, do ponto de vista social, do ponto de vista político, não é, e cuja relevância transcenda ao interesse das partes envolvidas. Agora, vamos ter que aprender com isso. A definição geral não é difícil de enunciar, mas vamos ter situações concretas certamente difíceis, por que pode ser que um caso, inicialmente tenha relevância tipicamente subjetiva ou intersubjetiva, mas que depois se revele extremamente relevante para todos, então, vamos ter aí um bom aprendizado.

Entrevistadora: Em princípio, então, conforme o senhor respondeu antes, o senhor concorda que seria o Supremo quem deveria dizer o que é questão constitucional de repercussão geral?

Min. Gilmar: Vão ter que construir uma doutrina a respeito; ao longo do tempo, esse é o grande desafio, tentar racionalizar esse conceito. Talvez valha a pena buscar uma

experiência no direito comparado. Várias Cortes têm Câmaras pequenas para selecionar os processos, como a Suprema Corte Americana, a própria Corte Alemã, a Corte Espanhola, que tem o Recurso de Amparo, a própria experiência Mexicana. Então, talvez a gente pudesse ter vistas a partir desses referenciais do direito comparado.

Entrevistadora: O senhor acredita na implementação do instituto?

Min. Gilmar: Claro. Eu acho que na verdade, esse é o grande ponto da reforma do judiciário, no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Entrevistadora: Então, o senhor acredita que isso vai ser implementado, por que há bastante resistência; muitos processos não vão chegar mais ao Supremo?

Min. Gilmar: Sim, mas eu acho que vai se implementar; eu acho fundamental que seja, pois do contrário, nós vamos entrar em colapso.

Entrevistadora: Nós já estamos!

Min. Gilmar: Já.

Entrevistadora: O senhor poderia fazer uma comparação dessa inovação com a prática do Tribunal Constitucional Alemão?

Min. Gilmar: O Tribunal Constitucional Alemão conhece pouco isso....Tem grupos de juizes encarregados de selecionar, por que lá tem uma massa de recursos constitucionais, então eles fazem esse juízo de relevância e havendo unanimidade, permite-se, inclusive, rejeitar, *in limine*, a proposta.... Não se chega ao plenário. Por isso, o número que chega ao plenário não ultrapassa, senão me engano, 2%. Isso varia de tempos em tempos, mas ...Então essa é a situação que nós temos e que é bastante evidente. Os critérios internos não são muito explícitos; talvez em cada momento se consiga, dependendo da composição, iluminar alguns critérios que balizam o Tribunal, se mais direitos individuais, mais questões estatais, problemas federativos, tudo isso pode levar a um pronunciamento.

Entrevistadora: Min. Gilmar, mas nós temos uma dificuldade aí, não é, pois privar alguns casos de chegar ao Supremo...Nisso a resistência vai ser grande, por que na verdade, quando o Supremo dá provimento ao Recurso Extraordinário, ele julga a causa, ele substitui a decisão do Tribunal pela dele.

Min. Gilmar: Sim, vai ser uma mudança cultural. O que se espera é que o Tribunal consiga selecionar os casos, por que também nós temos muitos processos de repetição, não é? Então, o que se espera é que o Tribunal consiga selecionar alguns casos principais e que a partir daí isso repercute sobre os demais, e aí, praticamente, não viessem questões relevantes sem um pronunciamento do tribunal, pelo menos as questões constitucionais relevantes, aquelas que envolvam o Estado, ou a União, alguns princípios básicos de direito tributário, etc. Espera-se isso.

Entrevistadora: É, mas há muitas outras causas que não vão chegar, em que haverá toda uma argumentação em torno do princípio do acesso ao poder judiciário. Mas, com este instituto se está tentando tornar o Supremo Tribunal Federal o mais próximo de uma verdadeira Corte Constitucional pura?

Min. Gilmar: A idéia eu não sei se é essa, mas pode-se chegar a esse resultado, né, por que veja, todos os modelos, hoje, de recursos para as Cortes Superiores levam um pouco a isso. Veja, a Corte Suprema Americana, que não é uma Corte Constitucional típica, também já tem o *certiorari*, que funciona um pouco como esse instrumento de seleção de processos, e as cortes européias, especialmente aquelas que têm o recurso constitucional, quase que se obrigam a instalar também esse modelo de seleção, de filtragem. Então, em rigor, a gente pode ter no Supremo um pouco o misto dos dois, esse modelo misto de controle de constitucionalidade, que permita perspectivar tanto na feição americana quanto na feição européia.

ANEXO C - ENTREVISTA MIN. MARCO AURÉLIO

Degração original (dezembro/2005)

Min. Marco Aurélio: A primeira coisa que nós precisamos perceber é a *mens legis*, quer dizer, o sentido da norma, o que se visou com o § 3º do art. 102. Abrir para a subida do Recurso Extraordinário não. Então a interpretação a ser conferida ao preceito é uma interpretação estrita, é o que nele se contém, e voltada a se filtrar, a afunilar a via de acesso ao Supremo Tribunal Federal. Versa realmente o preceito sobre a repercussão, a repercussão geral das questões constitucionais. Passamos a ter um ônus do recorrente, ele deverá demonstrar as razões que o tema em discussão envolvido no conflito de interesses tem uma repercussão geral, interessa à sociedade como um todo, e é importante que o Supremo se pronuncie. Então você tem aí o escopo, evitar que o Supremo Tribunal Federal seja transformado, como é hoje transformado, numa instância simplesmente revisora, de cassação, e não, como deveria atuar, como guarda da Constituição Federal. O preceito não é auto-aplicável, realmente não é auto-aplicável, não é. Nós temos aquela cláusula - 'nos termos da lei' -, e o legislador, evidentemente, terá que dispor sobre o tema, presente esse aspecto, esse enfoque. Há a necessidade de se enxugar a recorribilidade ao Supremo.

Aí começam os questionamentos. Prevê o preceito que o Tribunal definirá; excluimos a possibilidade dessa apreciação passar, quer pelo juízo primeiro de admissibilidade do extraordinário, que é do Presidente do Tribunal ou quem faça as vezes do presidente do Tribunal de origem, não é, quer pelo crivo do relator, considerado o 557, não é, do Código de Processo Civil, e o 21 do Regimento Interno do Supremo, ou seja, nem o Presidente do órgão prolator da decisão impugnada poderá analisar, se há repercussão ou se não há; nem, tampouco, o relator. Mas há um detalhe, o preceito se refere a Tribunal; o Supremo, como Supremo, teria de funcionar como órgão único, na composição plena. Não se coaduna com a idéia de Supremo, de órgão supremo, termos, na verdade, três Supremos: o Plenário, a 1ª Turma e a 2ª Turma. Aí indaga-se: nós podemos dar uma interpretação gramatical, verbal, ao preceito, a ponto de entender que apenas o Plenário poderá recusar, pela maioria qualificada, o que articulado pelo recorrente, em termos de repercussão? A resposta para mim é negativa. Por que negativa? Por que se entendermos que só o Pleno, nós teremos que criar aí um incidente e adotarmos, talvez, aquela prática que ocorre nos tribunais quanto ao incidente de inconstitucionalidade, quando chega ao recurso e é indispensável haver pronunciamento quanto à harmonia ou não da lei com a Constituição Federal, e deslocar o

primeiro caso e não deslocar os demais, não é. Mas, a meu ver, a melhor saída não está aí. A melhor saída está em realmente se entender que as Turmas são o Tribunal dividido, fracionado.

Quando o preceito se refere a Tribunal, se refere a Tribunal, tal como ele funciona, ou seja, esses dois terços não dizem respeito aos integrantes do Tribunal, mas aos integrantes do órgão competente para julgar o recurso extraordinário e o órgão competente não é o Plenário. Claro que o Relator pode, em certas situações, ele pode afetar o julgamento do recurso extraordinário ao Plenário, mas isso é uma exceção. O Plenário, hoje, não consegue atuar, fazer frente, aos processos objetivos, às ADINs, ADPF, processos que tenham uma repercussão maior. Se nós deslocarmos os recursos extraordinários, aí o Tribunal vai ter que parar. Então, sob pena de termos aqui até contrário à celeridade visada no julgamento dos processos, o legislador terá que marchar com muita cautela nessa disciplina, ouvindo, até mesmo, considerada a experiência, não é, o próprio Supremo.

Entrevistadora: Por que na verdade, como está aí, parece que há uma presunção de repercussão geral, só se mandaria ao Plenário quando a Turma decidisse que não há repercussão geral. Então se mandaria ao Plenário para se confirmar que não há repercussão geral.

Min. Marco Aurélio: Exatamente. É uma fórmula. Mas será que hoje nós temos espaço no Plenário para isso? De início nós continuaremos convivendo com a possibilidade de o relator atuar como o porta-voz do colegiado, acionando o 557. Ele sozinho pode. Agora, será que o colegiado, por ser um colegiado que não conta com a participação de todos os membros do Tribunal, a Turma, não poderá apreciar e simplesmente proclamar que não há repercussão geral.

Entrevistadora: Pelo que dá entender o dispositivo não, Ministro.

Min. Marco Aurélio: Dá a entender por que o dispositivo se refere *"a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros"*.

Entrevistadora: Pois é.

Min. Marco Aurélio: Aí são os onze, e dois terços, oito. A Turma é composta de cinco.

Entrevistadora: Então a Turma só teria competência para dizer se tem repercussão geral, mas não teria competência para dizer que não tem.

Min. Marco Aurélio: Não teria competência para recusar. De certa forma, o que nos dá um alento, é que, se o Relator viabiliza a chegada do recurso, ao colegiado, é por que nós temos, aí, grande possibilidade de o colegiado concluir que há repercussão, ele já concluiu, por que senão ele acenaria; o 557 do Código de Processo Civil. Agora, esse é um preceito que, realmente, está em *stand by*, por que não tem a lei e não sei quando virá.

Entrevistadora: Até por que há muita resistência, não é, em relação a essa filtragem?

Min. Marco Aurélio: Sabe por que? Por que essa filtragem não deixa de lembrar um instrumento que havia na época de exceção, a advocatória. Se bem que na advocatória o Tribunal tinha o poder de ir lá e pinçar; aqui nós temos um recurso. Agora, nós precisamos procurar uma solução, por que hoje o Supremo está inviabilizado. Eu estou há quinze anos no Supremo, egresso da Justiça do Trabalho, sempre estou com muitos processos e, pela primeira vez, eu tenho resíduo de *habeas corpus*, lá em casa eu separei em cinco montes, um monte com *habeas corpus* com liminar deferida, um monte é *habeas corpus* com liminar deferida mas réu solto, outro é liminar indeferida e paciente preso, outro sem pedido de liminar com réu solto, quer dizer, se eu não consigo dar conta dos *habeas*...Agora mesmo eu estava conversando com os colegas; nós temos que rever esse problema da competência para julgar *habeas corpus* contra decisão de Turma Recursal. Isso é uma enormidade, o Supremo Tribunal Federal discutindo suspensão do processo, condições estipuladas e questões as mais variadas da L. 9.099.

Entrevistadora: Qualquer coisa chega ao Supremo!

Min. Marco Aurélio: Tudo chega. E o grande problema do Recurso Extraordinário é que a triagem pelo juízo de admissibilidade é maravilhosa, acontece que, contra essa decisão cabe um recurso que não passa mais por esse crivo, a subida é automática do agravo de instrumento. É o que eu digo, nós não recebemos a controvérsia, com capa amarela, do recurso extraordinário, nós o recebemos com capa azul, do agravo de instrumento. Para mim, é inconstitucional, por que as formas de acesso ao Supremo estão na Constituição; o agravo não está previsto na Constituição. se dirá, bem, mas aí o

Presidente da Corte de Origem poderá usurpar a competência do Supremo, breçar a atuação do Supremo, bem, mas aí nós temos a reclamação.

Entrevistadora: O senhor concorda com essa inovação, então?

Min. Marco Aurélio: Ah, concordo, nós precisamos procurar meios. Agora, será uma saída, desde que se viabilize a atuação das Turmas.

Entrevistadora: O senhor acha que as Turmas deveriam ter competência, inclusive, para decidirem que a questão não tem repercussão geral?

Min. Marco Aurélio: Sim, inclusive para atuarem de forma negativa.

Entrevistadora: Aí teríamos que reformular o dispositivo...

Min. Marco Aurélio: Não. Basta que se dê uma interpretação a essa referência a Tribunal, de forma a direcionar ao órgão competente para o julgamento do recurso extraordinário, que não é o colegiado maior, é a Turma. Então, exigiríamos dois terços dos integrantes da Turma. Poderíamos arredondar até para quatro, para haver a recusa. Por que é até incoerente você acertar, bem, a Turma pode deixar de conhecer do recurso por infringência à lei, ou pode conhecer e desprover, confirmando e endossando a decisão de origem, mas não pode simplesmente proclamar que não há repercussão. Será que é possível você reunir, assim, os casos, diante até da multiplicidade dos conflitos de interesse da vida gregária, reunir os casos e dizer que eles são casos limitados e com isso nós teríamos um deslocamento como incidente, para o Plenário então decidir. Haveria uma triagem inicial da Turma?

Entrevistadora: É, até por que vão ter muitos casos que não tem repercussão, para irem ao Plenário.

Min. Marco Aurélio: Eu acho que a levar a sério, não terá, por que a maioria dos conflitos envolve o quê? Interesses de "A" e de "B". Você tem temas; na área do direito público é que a repercussão geralmente é maior, questão tributária, não é, mas.

Entrevistadora: O que seria para o senhor questão constitucional de repercussão geral?

Min. Marco Aurélio: Aquela que se mostra passível de estar repetida em outros processos. Questões que extravasem o âmbito dos interesses das partes daquele processo. É o que eu digo a você, uma questão sobre ICMS, uma questão sobre IR, uma questão sobre vencimentos de servidores públicos, uma questão que se irradie, repercutindo, portanto, no campo patrimonial de terceiros. Eu acho que o objetivo é esse, reservar ao Supremo não a tarefa de ser uma corte de cassação, uma corte voltada ao implemento da justiça, mas a tarefa de preservar a ordem jurídica constitucional.

Entrevistadora: É que nós temos muitas normas constitucionais que não são materialmente constitucionais.

Min. Marco Aurélio: Realmente, há muitas normas que só são constitucionais por que estão na carta, formalmente constitucionais, por exemplo, transportou-se para a Constituição Federal o prazo prescricional da ação trabalhista, que sempre esteve na CLT, quer dizer, houve um "porre" aqui de democracia na passagem do regime dito de exceção para o regime democrático e aí se quis dar envergadura maior a temas que não mereceriam estar contemplados na Constituição.

Entrevistadora: O senhor acha que essa inovação se coaduna ao nosso sistema constitucional, por que nós temos um recurso extraordinário que, se é provido, o Supremo julga a causa, então ele é Corte Constitucional, mas no recurso extraordinário ele também é juiz da causa, ele substitui a decisão do Tribunal de origem pela sua. Então nós teríamos uma resistência muito grande a esse instituto, no qual eu acredito, tanto que estou fazendo um trabalho sobre ele, mas nós teríamos uma resistência muito grande, por que muitos processos não chegariam. Nesse sentido, nós adotamos pela Constituição de 1891 o sistema norte-americano, mas o Supremo foi implementado com a cultura do sistema francês, do império, e aí, me parece que ele não foi tão ousado a ponto de dizer, não, isso não vem ao Supremo. Há um problema cultural, não é?

Min. Marco Aurélio: Nós temos, às vezes, nos integrantes, um escrúpulo muito grande para fechar a porta e dizer, não, isso não vem ao Supremo. Hoje a coisa está um pouquinho diferente, com o poder maior que se deu ao relator, com o CPC, 557. Você quer ver uma coisa que me preocupa? Não estão chegando às Turmas, via recurso extraordinário, questões que mereceriam chegar. O que ocorre? No gabinete "X", o Min. pega, ou o assessor, faz uma decisão, sem refletir sobre a repercussão dessa decisão, o gabinete "Y" toma conhecimento dessa decisão e já cita como precedente. Há um

agravinho, do § 2º do 557 para a Turma e o julgamento é um julgamento sumário, é um julgamento por listagem.

Entrevistadora: Isso nós vemos lá no TRF também.

Min. Marco Aurélio: Então não se discute em detalhe, por que mesmo que uma Turma do Supremo divirja da outra, não cabe Embargos de Divergência para o Plenário, por que o Supremo bateu o carimbo com o 546 do CPC e proclamou que o acórdão passível de ser atacado por Embargos de Divergência é o acórdão decorrente do julgamento direto, por que o julgamento via agravinho é indireto. E isso me preocupa. Eu, por exemplo, quando eu mando processos à procuradoria, por que eu vejo que a matéria merece um pronunciamento do Supremo, eu entendo que o Supremo deve pinçar temas que sejam de interesse da sociedade como um todo, essa é a repercussão, eu já fazia isso antes, eu publico um despacho determinando a remessa. Hoje nós já temos até uma disciplina. Quando não tínhamos eu repetia cinco e sobrestava os demais, mas publicava para ver se alertava os colegas. Agora eu vou passar a remeter aos gabinetes dos colegas um memorandozinho com a minha decisão, para dizer, olha, não julguem de forma sumária, por que o parecer da procuradoria é para levar ao colegiado, vamos esperar o colegiado, não é? Isso é segurança jurídica, é você dar, realmente, uma ênfase maior ao Supremo como guarda da carta. Por mim o Supremo só funcionaria em composição plenária