

# O ACOPLAMENTO ESTRUTURAL NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO

Por MAURO VIVEIROS\*

## SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.—2. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO EM EVOLUÇÃO: A) As vias de ação e a abertura da legitimação ativa no controle concentrado.—3. O CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE NA ATUALIDADE: A) A fórmula de transferência de matérias para a via do controle concentrado.—4. MECANISMOS DE CORREÇÃO: O EFEITO VINCULANTE, A SÚMULA VINCULANTE E A REPERCUSSÃO GERAL: A) O diálogo entre os tribunais; B) O chamado Plenário Virtual; C) As questões do sobrestamento dos Recursos Extraordinários; D) A medida cautelar em recurso sobrestado; E) O sobrestamento do agravo; F) O regime da repercussão geral é aplicável em matéria penal? G) A questão da identidade das matérias ou das questões dos recursos H) O problema do prequestionamento; I) Os critérios para a modificação da tese; J) A aplicação de precedentes em RE com eficácia geral.—5. CONCLUSÃO.

## ABSTRACT

This paper addresses the control of constitutionality in the Brazilian legal system. It seeks to describe the changes in the system from the Constitution promulgated in 1988, especially with the advent of the institutes of binding effect, binding precedent and general repercussion introduced with the constitutional reform of 2004. The approach focuses on aspects of the structure and functioning of control, focusing on the nature of these mechanisms as articulating the relationship between the diffuse and concentrated forms and their conditions of possibility of correction as elements of the crisis of the effectiveness of the Federal Constitution.

---

\* O autor é Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de Mato-Grosso, Brasil, Bacharel em Direito pela Fundação Eurípedes Soares da Rocha, Marília-SP., Mestre em Direito pela UNESP- Universidade Estadual Paulista, Doutor em Direito Constitucional pela «Universidad Complutense de Madrid» e Professor na Escola Superior do Ministério Público. É autor de diversas obras, como livros e capítulos, artigos para revistas especializadas e mais de uma centena de teses em congressos nacionais.

*Key words:* constitutional control; diffuse; concentrate; binding effect; stare decisis; general repercussion; hybrid model; structural coupling.

## 1. INTRODUÇÃO

O controle da constitucionalidade de normas, núcleo central na jurisdição constitucional, é fenômeno de implicações transcendentais para a organização do Estado, para a democracia representativa e os direitos fundamentais.

As sociedades democráticas pós-industriais do século XXI apelam à racionalidade e à segurança jurídica, postulando mecanismos de efetivo controle de constitucionalidade de normas. Sente-se cada vez mais a necessidade de soluções rápidas, eficazes e uniformes para problemas constitucionais de relevância política, econômica e social.

A idéia de que o modelo judicial puro de controle de lei caso a caso já não responde de modo efetivo às demandas decorrentes das relações econômico-sociais da chamada economia global na sociedade do risco, encontra equivalente na percepção geral de que a classe política, nas democracias representativas, também não tem sido capaz de traduzir em leis eficazes aspirações sociais prometidas na Constituição<sup>1</sup>.

Esse quadro no Brasil é bastante visível. Inúmeras leis complementares e leis ordinárias exigidas pela Constituição Federal em 1988 não foram votadas pelo Congresso Nacional<sup>2</sup>. Em contrapartida, contabilizam-se já 67 (sessenta e sete) emendas à Constituição, revelando, de um lado, omissão legislativa inconstitucional, e, de outro, desvalorização da força normativa da Constituição.

Há, ainda, uma acentuada carência no papel social do Estado no enfrentamento de graves problemas decorrentes do aumento populacional, da

---

<sup>1</sup> «Pode-se afirmar que contemporaneamente o mundo, de maneira geral, encontra-se submerso em verdadeira farsa de democracia representativa». «Esse déficit do legislador é facilmente constatado: (i) na quantidade inaceitável de leis inúteis (inflação legislativa); (ii) na falta de leis socialmente necessárias; (iii) nas leis mal redigidas, geradoras de insegurança jurídica; (iv) na morosidade legislativa quanto aos avanços tecnológicos e ideológicos operados na sociedade». (TAVARES, *Teoria da Justiça Constitucional*, Saraiva, São Paulo, 2005, p. 555).

<sup>2</sup> Tal como demonstrou com precisão Karl Loewenstein, a ineficácia de certas normas constitucionais são explicadas pelo jogo político: o convencimento do governo de que a aplicação daquela norma vai contra os seus interesses específicos, a aversão da norma pelos partidos políticos que controlam o governo, a pressão social ou econômica de determinados grupos contra a realização constitucional, fatores externos etc. A inobservância tácita da norma constitucional, ao invés de sua modificação por emenda constitucional, muitas vezes é politicamente menos prejudicial aos detentores do poder político. (*Teoria de la Constitución*, trad. Alfredo Gallego Anabinate, Ariel Barcelona, 1979, p. 222 e seguintes).

concentração urbana, da falta de serviços adequados de saúde pública<sup>3</sup>, de educação<sup>4</sup>, da segurança pública etc., que vêm do início do século XX e não mereceram ainda atenção política adequada.

A esse contexto costuma estar associado uma estratégia de marketing: apregoa-se que a culpa pelas mazelas sociais devem-se a leis velhas e inadequadas, e assim reformulam-se e criam-se leis que satisfazem necessidades psicológicas; e a população pede cada vez mais, lei, ordem e Justiça.

O fenômeno da inflação legislativa no Brasil é especialmente agravado pelo modelo de governo presidencialista excessivamente concentrador, em que o Executivo federal tem, não só o poder de veto aos projetos de lei aprovados no Parlamento, mas também a prerrogativa de inovar o direito com medidas provisórias — lei de efeito imediato para todo o país —, além de seu tradicional poder regulamentar<sup>5</sup>.

E não apenas a União Federal responde por essa inflação. As vinte e sete fontes de produção do direito estadual, constituídas por Assembléias Legislativas e Governadores, produzem diariamente leis e atos normativos nos vinte e seis estados e Distrito Federal. A par disso, há no Brasil mais de cinco mil e quinhentos municípios que também legislam para o seu âmbito territorial<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> De acordo com as constatações do Suplemento Segurança Alimentar, elaborado com base na Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad) do ano 2009, divulgada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), 65,6 milhões de brasileiros não se alimentam direito. Desse total, 40,1 milhões (20,9% da população total) convivem com a forma leve de insegurança alimentar (quando admitem que pode faltar dinheiro para comida). Mais 14,3 milhões estão na situação moderada – casos em que, no período de três meses anteriores à pesquisa, houve restrição de comida. Os demais (11,2 milhões) passam pela privação de alimentos, a insegurança alimentar grave (fonte: [www.exame.abril.com.br](http://www.exame.abril.com.br), acessado em 24.12.2010). O Brasil apresenta uma taxa de mortalidade infantil de 22,58 mortes em cada 1.000 nascimentos (estimativa para 2007) elevada mesmo para os padrões latino-americanos. (fonte: <http://wikipedia.org.br>, acessado em 24.12.2010).

<sup>4</sup> Um em cada cinco brasileiros (20,3%) é analfabeto funcional, de acordo com a Pnad (Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios) 2009, divulgada pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística). É considerada analfabeta funcional a pessoa com 15 ou mais anos de idade e com menos de quatro anos de estudo completo. Em geral, ele lê e escreve frases simples, mas não consegue, por exemplo, interpretar textos (fonte: [www.google.com](http://www.google.com), acessado em 24.12.2010).

<sup>5</sup> De outubro de 1988 até junho de 2001 foram editadas originalmente 690 medidas provisórias, que somadas às reeditadas, perfizeram o total de 2.463 medidas provisórias. A partir da EC 032/2001, que restringiu a possibilidade de medida provisória e de sua reedição, foram editadas, até 28.12.2010, mais 515. Tudo somado chega-se a 2.978, contra 4.677 leis ordinárias, no período de 22 anos. (fonte: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br), legislação, acessado em 29.12.2010).

<sup>6</sup> A Constituição Federal, no seu art. 30, confere aos Municípios uma série de competências, entre elas a de «I- legislar sobre assuntos de interesse local», «II- complementar a legislação federal e a estadual no que couber», «III – Instituir e arrecadar tributos de sua competência, bem como aplicar suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei».

Esse modelo de produção massiva de textos legais combinado com baixa efetividade de políticas públicas amplia o desconhecimento e incerteza sobre o direito e riscos de inconstitucionalidades, gerando sobrecarga à capacidade de resposta do Judiciário que, a despeito dos esforços que se vem fazendo ultimamente, segue sendo lento e ineficiente em um índice ainda intoleravelmente alto na maior parte do país<sup>7</sup>.

O Supremo Tribunal Federal, como instância recursal máxima do Poder Judiciário, imerso nesse contexto de crises, acaba recebendo uma avalanche de recursos extraordinários e agravos de instrumento advindos dos diversos Tribunais do país<sup>8</sup>, acumulando demandas de impossível resposta pelos meios tradicionais<sup>9</sup>.

A falta de um meio de seleção de recursos extraordinários no STF à semelhança do *writ of certiorari* dos norte-americanos e a deficiente regulação normativa quanto aos efeitos de suas decisões constituíram os principais problemas decorrentes da convergência, naquele órgão de cúpula, das vias concentrada e difusa de controle de constitucionalidade.

Na chamada reforma do judiciário promovida com a EC 45/2004 procurou-se enfrentar esses problemas, de um lado com a instituição do efeito vinculante às decisões proferidas pelo STF no âmbito do controle concentrado e, de outro, com a criação da súmula vinculante e a repercussão geral.

Esses mecanismos, além de proporcionar ao Tribunal Constitucional a autoridade que lhe faltava, constituem importante elemento de articulação entre os modos difuso e concentrado, promovendo importante modificação

---

<sup>7</sup> Os efeitos jurídicos da crise política, como se sabe, costumam desaguar no sistema Judiciário que, incapaz de absorver e processar os conflitos com a celeridade e eficiência desejadas, passa a participar, com as suas crises, na crise total do sistema político-jurídico. E, muitas vezes, cobra-se do Judiciário a solução de problemas que só a classe política tem obrigação jurídica de prevenir e solucionar, v. g. os relacionados à ausência de efetiva prevenção à criminalidade, a construção de estabelecimentos prisionais de segurança máxima, a ausência de política efetiva de criação de oportunidades de emprego, de erradicação da pobreza e do analfabetismo etc.

<sup>8</sup> Temos 91 tribunais em todo o país. Na esfera federal 61, o Supremo Tribunal e 4 outros tribunais superiores (Tribunal Superior do Trabalho, Superior Tribunal Militar, Tribunal Superior Eleitoral e Superior Tribunal de Justiça) 27 tribunais regionais eleitorais (um em cada unidade federativa), 24 tribunais regionais do trabalho (um por unidade federativa, exceto São Paulo, que tem dois – um na capital e outro em Campinas – e Acre, Roraima, Amapá e Tocantins, que estão sob a jurisdição dos tribunais baseados em Rondônia, Pará, Amazonas e DF, respectivamente) e 05 tribunais regionais federais. Já na esfera estadual, há 30 tribunais: 27 tribunais de justiça (um por unidade federativa) e três tribunais de justiça militar estaduais (apenas São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul possuem tribunais de justiça militar estaduais).

<sup>9</sup> No período de 1990 a 2010 foram distribuídos no STF 470.226 REs e 635424 AI. Total: 1.105.6650.

no perfil do nosso sistema de controle de constitucionalidade, o que se pode chamar o acoplamento estrutural do sistema<sup>10</sup>.

As diversas espécies de ação direta no STF para o controle concentrado de normas federais, estaduais e até municipais, com um amplo rol de legitimados ativos, encontram agora uma conexão inédita com a via do controle difuso, exigindo, por corolário, uma práxis criativa e harmoniosa na solução de problemas que a realidade vai colocando ao Judiciário diariamente.

Trata-se do desafio de construir a ponte de ligação dialógica entre um e outro método de controle de normas de maneira sustentada: de um lado a defesa objetiva da Constituição sob o influxo dos valores da celeridade, racionalização, economia e uniformização, de outro, assegurar a garantia constitucional do direito fundamental de acesso ao Judiciário e o direito ao devido processo legal.

Neste artigo se faz breve exposição do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, descrevendo suas transformações e avanços, procurando-se destacar suas peculiaridades e potencialidades<sup>11</sup>.

## 2. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO EM EVOLUÇÃO

O controle concentrado de normas em um Tribunal Constitucional com eficácia geral e efeito vinculante para todo o ordenamento jurídico, promovido por agentes políticos é, basicamente, o modelo adotado na maioria dos países europeus e parcialmente na América Latina<sup>12</sup>, modelo cuja expansão tornou-se notável depois da Segunda Guerra Mundial.

O Brasil, que adotou o método difuso em sua Constituição de 1891 por influência do constitucionalismo norte-americano — genuinamente voltado para defesa de direitos individuais —, não ficou indiferente ao movimento de expansão da jurisdição constitucional. Ao longo do tempo vimos incorporando fórmulas processuais do modelo concentrado sem, contudo, abdicarmos do tradicional método norte-americano<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> Com a expressão acoplamento estrutural quer-se aludir a junção articulada dos modos de controle, até então autônomos, quase descoordenados, visando uma unidade.

<sup>11</sup> *O sistema híbrido de controle de constitucionalidade brasileiro* é o nome da tese doutoral que o autor teve a honra de defender e ver aprovada na Faculdade de Direito Constitucional da Universidade Complutense de Madrid em 07.05.2010, sob a direção da Prof. Dra. Asunción García Martínez, perante Tribunal presidido pelo Prof. Dr. Francisco Fernández Segado e composto pelos professores Doutores Ignacio Torres Muro, Secretário do Tribunal, José M<sup>o</sup>. C. Nuñez Rivero, Esther González Hernández e Juan Manuel Goig Martínez.

<sup>12</sup> Tanto na Europa quanto na América Latina, a combinação de variáveis dos modelos difuso e concentrado ao longo do tempo vêm produzindo uma mistura ou hibridação que relativiza a contraposição «modelo europeu abstrato *versus* modelo difuso norte-americano». Haveria, a juízo de Cappelletti, uma tendência à unificação de ambos.

<sup>13</sup> Mas é preciso ter em conta que el trasplante legal de la *judicial review* norteamericana que se forjó en la tradición jurídica del common law o del Derecho angloamericano, en un

Não seguimos o modelo de Cortes ou Tribunais Constitucionais especiais; o Supremo Tribunal Federal foi mantido como órgão máximo na estrutura do Poder Judiciário, embora assumindo todas as funções de um Tribunal Constitucional.

Na atualidade, todos os juízes e tribunais, no âmbito de suas competências e no curso de um processo judicial instaurado por qualquer cidadão que se afirme titular de um interesse jurídico, podem declarar uma norma inconstitucional se esta declaração se fizer necessária à solução de controvérsia que lhes incumba decidir.

O objeto desse controle é toda norma emanada dos três níveis de poder, isto é, o poder municipal, estadual ou federal, compreendendo-se: emendas constitucionais, leis complementares, leis ordinárias — incluídos os tratados — medidas provisórias, leis delegadas, decretos legislativos, decretos, regulamento, a resolução, a portaria etc.

Todas as ações processuais são aptas ao manejo da questão de inconstitucionalidade na via difusa que pode ser suscitada tanto pelos autores, quanto pelos réus, e mesmo de ofício, desde que a controvérsia seja real, derivada de uma relação jurídica e que a legitimidade constitucional da lei ou ato aplicável se apresente como questão necessária. Ou seja, a questão de inconstitucionalidade deve surgir como elemento prejudicial e concreto, característico no processo judicial ordinário.

A declaração de inconstitucionalidade tem a natureza prática de inaplicação<sup>14</sup>, produz efeitos unicamente entre as partes e, chegando a ser confirmada em grau de recurso pelo Supremo Tribunal Federal, passa a condição de definitiva; porém não produz efeitos gerais até que o Senado Federal suspenda, por resolução, se assim entender, a execução da norma. Tem-se, na hipótese, uma cisão nos efeitos da decisão entregando-se a um órgão

---

trasfondo hispánico y portugués de más de tres siglos, perteneciente al sistema romano-canónico, produjo instituciones peculiares que se apartan del modelo estadounidense, en cuanto se establecieron instrumentos procesales desarrollados en ordenamientos especiales, por lo que la propia revisión judicial se aplica a través de numerosos procedimientos, no obstante que la judicial review norteamericana debe considerarse como un principio y no como una vía particular (Francisco FERNÁNDEZ SEGADO, «Los inicios del control de la constitucionalidad en iberoamérica: del control político al control jurisdiccional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 17, núm. 49, enero-abril 1997, p. 83).

<sup>14</sup> O efeito uniformizador e de força de lei derivados da interpretação da máxima instância judicial, que entre nós só se alcança por decisão do Senado Federal, funda-se na concepção do direito norte-americano de que o juiz não anula, nem revoga a lei inconstitucional, senão que simplesmente nega sua aplicação ao caso concreto. A lei n.º 221/1894, que explicitou o sistema de controle difuso adotado pelo Decreto 848/1890, no seu art. 13, § 13, dispôs que: «os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a constituição».

político<sup>15</sup> a capacidade de estender, ou não, a toda ordem jurídica a pronúncia de inconstitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal<sup>16</sup>.

A circunstância de essa decisão do Senado poder demorar anos e, inclusive, nem ocorrer — como tem acontecido em diversos casos concretos — possibilita que uma lei declarada inconstitucional pela mais alta instância do Poder Judiciário siga produzindo efeitos jurídicos e aplicada por outros órgãos e enquanto não sobrevenha a suspensão pelo Senado Federal<sup>17</sup>.

A insegurança jurídica dessa fórmula explica-se pela ausência, entre nós, de mecanismo semelhante ao princípio *stare decisis* do direito norte-americano, por meio do qual as decisões proferidas pela Suprema Corte no controle difuso têm eficácia geral e subordinante para todo o ordenamento jurídico.

Ao adotarmos o controle concentrado abstrato de normas sob a Carta de 1946, com a EC 16, em 1965 — uma ação direta no STF de controle da lei ou ato normativo federal e estadual — passamos a contar, a par da já existente representação para intervenção federal, com os dois modos básicos de controle.

Na vigência da Constituição de 1967/69, agregou-se, por meio da EC 07/77, a representação para fins de interpretação da lei ou ato normativo federal ou estadual, instrumento normativo que se destinava, não apenas a eliminar a norma declarada inconstitucional da ordem jurídica, mas também a elidir controvérsias sobre a legitimidade de determinada norma. O problema da sobrecarga ao STF já era explícito naqueles tempos.

Mas referidas representações eram privativas do Procurador Geral da República que, à época, era órgão do Poder Executivo, nomeado livremente pelo Presidente da República e por ele demissível *ad nutum*. Tratava-se, portanto, de legitimação exclusiva atribuída a um órgão público, sem independência funcional<sup>18</sup>.

---

<sup>15</sup> Essa competência do Senado surgiu na Carta de 1934, quando aquele órgão era encarregado de promover a coordenação dos poderes federais, foi mantida nas Constituições posteriores, com exceção da de 1937, cujo art. 96 permitia ao Presidente da República que, após declarada inconstitucional a lei pelo STF, a submetesse a exame do Parlamento e, se este confirmasse sua constitucionalidade por dois terços dos votos em cada uma de suas casas, tornava sem efeito a decisão do tribunal.

<sup>16</sup> Dispõe o art. 52, X, da Constituição Federal «Compete privativamente ao Senado Federal: I (*omisis*)...; X – suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal».

<sup>17</sup> A despeito da controvérsia doutrinária acerca da natureza discricionária ou vinculada da decisão do Senado, tanto este órgão como o próprio STF entendem que a Câmara Alta não está obrigada a proceder à edição da resolução suspensiva do ato estatal declarado inconstitucional pelo Tribunal. (STF, MI 460-9/RJ, rel. Min. Celso de Mello, DJ 16.06.1994).

<sup>18</sup> O controle político de constitucionalidade era acentuado: na via difusa pela presença do Senado Federal, como última palavra na suspensão da execução da lei declarada inconstitu-

O salto qualitativo, a tomada de posição efetiva em favor do controle concentrado, embora não exclusivo, ocorreria com a redemocratização do país na vigente Carta promulgada em 1988, fenômeno consubstancial ao conceito de Justiça Constitucional que se formou a partir da Segunda Guerra Mundial<sup>19</sup>.

A) As vias de ação e a abertura da legitimação ativa no controle concentrado

A Constituição de 1988 introduziu três tipos de ações de controle concentrado: a ação direta de inconstitucionalidade, a ação de inconstitucionalidade por omissão e a arguição de descumprimento de preceito fundamental promovendo a abertura da legitimação ativa a atores políticos e a instituições da sociedade civil organizada. A EC 03/93 agregou a esse rol a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

O objeto da ação direta de inconstitucionalidade são as leis e atos normativos federais e estaduais contestados em face da Constituição Federal. Esta ação, de amplo alcance na ordem jurídica, revela-se como o principal instrumento de controle de normas por parte do Supremo Tribunal Federal.

A ação de inconstitucionalidade por omissão, inspirada na Constituição portuguesa de 1983, é a via processual adequada à implementação do ordenamento jurídico de norma ou medida infraconstitucional — medida administrativa ou legislativa — em caso de inércia por parte dos órgãos

---

cional pelo STF, e no controle concentrado com o monopólio da legitimação ativa de órgão nomeado e demissível *ad nutum* pelo Presidente da República.

<sup>19</sup> A doutrina aponta como traço característico, no processo de mundialização da justiça constitucional, a sintonia com a universalidade da idéia de liberdade e o sentimento de respeito pela dignidade do homem e dos direitos invioláveis que lhe são inerentes. Anota Francisco FERNÁNDEZ SEGADO: «Bien significativo es el hecho de que la caída de gobiernos autoritarios siempre haya ido seguida de la creación de mecanismos de justicia constitucional, como atestiguan, entre muchos otros casos, Alemania, Itália, Japón, tras la Segunda Guerra Mundial, los países de la Europa Meridional (Grécia, Portugal y España), tras la caída de sus sistemas autoritarios de gobierno, grán numero de países de América Latina, tras la desaparición de sus gobiernos militares, y los países de Europa oriental, tras la desaparición de los sistemas comunistas. (in «La obsolescencia de la bipolaridad “Modelo Americano-Modelo Europeo-Kelseniano” como critério analítico del control de constitucionalidad y la búsqueda de una nueva tipologia explicativa», Cortes de Castilla-La Mancha-Universidad Castilla-La Mancha, *Parlamento y Constitución*, Anuário n.º 06, 2002, p. 12). Recorda Cappelletti que, na Alemanha de Weimar, após a famosa decisão de 04.11.1925, a justiça constitucional desaparecera na Alemanha do *Fuher*, como também na Áustria de *Anschluss* e na Espanha de *Franco* (Mauro CAPPELLETTI, *El significado del control judicial de constitucionalidad de las leyes en el mundo contemporáneo*, in *Justicia constitucional: estudios de derecho comparado*, UNAM, México, 1987, p. 193 e seguintes).



públicos competentes, necessárias para tornar efetivas exigências constitucionais.

A ação declaratória de constitucionalidade — instituto sem similar no direito comparado —, por fim, é a via processual destinada essencialmente a eliminar incertezas surgidas de interpretações judiciais conflitantes no ordenamento jurídico quanto à constitucionalidade de leis e atos normativos federais.

A ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade já seriam, em teoria, suficientes para a integral proteção do texto constitucional<sup>20</sup>. Mas a Constituição vigente foi além, ao prever a arguição de descumprimento de preceito fundamental atribuindo ao STF, de acordo com a regulamentação que lhe deu a lei n.º 9.882/99, o poder de controlar quaisquer atos do poder público, abrangendo os de natureza normativa, administrativa e judicial, inclusive os atos municipais.

A par disso, a Constituição procedeu a uma abertura notável na legitimação. O PGR deixa o papel de órgão a serviço do governo federal e se torna chefe do Ministério Público Federal, instituição independente dos poderes constitucionais do Estado, convertendo-se num dos protagonistas do processo de controle de constitucionalidade<sup>21</sup>.

Ao lado do PGR incluiu como legitimados: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembléia Legislativa, o Governador do Estado, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, os partidos políticos representados no Congresso e, finalmente, os sindicatos e confederações de classe de âmbito nacional<sup>22</sup>.

Esse generoso rol, composto de autores universais e especiais<sup>23</sup>, propiciou um formidável aumento na demanda de controle de constitu-

<sup>20</sup> Costuma-se dizer que a ADI e a ADC são ações de sinal trocado: a primeira visando declarar a inconstitucionalidade e a segunda, a constitucionalidade da norma, podem produzir o mesmo resultado prático conforme sejam julgadas procedentes ou improcedentes.

<sup>21</sup> O Procurador Geral da República atua não apenas como um dos legitimados para as ações de controle concentrado no STF, mas também, obrigatoriamente, como fiscal da ordem constitucional objetiva, intervindo em todos os processos que tramitam perante aquela Corte Constitucional.

<sup>22</sup> Art. 103, I a IX, da CF.

<sup>23</sup> Fala-se que detêm legitimação universal o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, o PGR, o Partido Político com representação no Congresso Nacional e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, enquanto que, a Mesa da Assembléia Legislativa do Estado ou Câmara do Distrito Federal, o Governador do Estado ou do Distrito Federal e a Confederação Sindical ou entidade de classe de âmbito nacional, são chamados legitimados especiais; entende-se que os primeiros podem promover as ações de controle pela própria natureza de suas atribuições institucionais, (STF-ADIn 1398/SC., Rel. Min. Marco Aurélio, ADIn 1096-4/RS, Rel. Min. Celso de Mello), enquanto que os segundos devem comprovar o requisito da pertinência temática, isto é, se a pretensão veiculada tem

lidade na jurisdição do Supremo Tribunal Federal permitindo à própria sociedade organizada fazer instaurar a fiscalização da constitucionalidade das leis e atos normativos, função antes monopolizada pelo poder público.

Hoje, portanto, partido político com um deputado no Congresso Nacional, apenas, ou uma entidade de classe de âmbito nacional podem promover todas essas ações de controle diretamente no STF, questionando a constitucionalidade, não apenas de leis e atos normativos estaduais, mas também de leis aprovadas pelo Parlamento Nacional ou atos normativos do governo federal.

Os estados membros, antes meros expectadores do processo, encontraram uma importante via de defesa de seus interesses constitucionais inerentes ao pacto federativo com a legitimação do Governador e da Mesa da Assembléia Legislativa para questionar, não apenas a constitucionalidade de leis e atos normativos federais, mas também de leis e atos normativos de outros estados, muitas vezes lesivos ao regime federativo, especialmente nas questões tributárias.

A par disso, a Carta Política autorizou os Estados membros a organizar a sua Justiça, com observância dos princípios constitucionais nela estabelecidos e a criar a representação de inconstitucionalidade — leia-se ação direta de inconstitucionalidade — de leis e atos normativos estaduais e municipais frente à Constituição Estadual.

Assim, a exemplo do sistema alemão, a Constituição Federal previu um subsistema de jurisdição de controle concentrado, com parâmetro de controle constitucional próprio — a Constituição do Estado —, um sujeito específico de controle — o Tribunal de Justiça dos estados —, um objeto de controle determinado — as leis e atos normativos estaduais e municipais —, com legitimação e regras próprias de processo a serem estabelecidas por lei de iniciativa do próprio Tribunal de Justiça.

Essa previsão aprofundara a autonomia dos estados membros por meio do controle abstrato de normas, implicando uma descentralização parcial da jurisdição constitucional, antes monopolizada no Supremo Tribunal Federal<sup>24</sup>.

Mas, apesar dos inegáveis avanços representados pela ampliação do controle concentrado de normas e da abertura na legitimação ativa, esses esforços não foram suficientes para obviar os problemas do sistema. Ao

---

relação direta com os seus objetivos sociais e estatutários. Às confederações sindicais o STF exige, ainda, que estejam organizadas em federação em, pelo menos, três estados.

<sup>24</sup> Fala-se de descentralização parcial da jurisdição porque, enquanto no STF o objeto de controle concentrado são as leis e atos normativos federais e estaduais, nos tribunais de justiça são as leis e atos normativos estaduais e municipais que contrariam a Constituição do Estado membro.

contrário: o aumento na atividade de controle concentrado no STF<sup>25</sup> trouxe maior visibilidade ao grave problema de eficácia de suas decisões a par do crescimento da demanda na via do controle difuso<sup>26</sup>.

### 3. O CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO NA ATUALIDADE

O sistema jurídico brasileiro adota com rigor o princípio da supremacia das normas constitucionais atribuindo exclusivamente ao Poder Judiciário a competência jurisdicional do controle sucessivo de constitucionalidade das leis e outros atos normativos.

O Supremo Tribunal Federal é o órgão máximo da estrutura do Poder Judiciário nacional, o guardião e supremo intérprete da Constituição Federal, exercendo a jurisdição de controle concentrado e também difuso de normas.

Não há prazo para o exercício da ação de controle direto, que subordina-se ao princípio jurisdicional de que não há juízo sem autor (*nemo iudex sine actore*). Só pelo *quorum* de maioria absoluta de seus membros os tribunais podem declarar a inconstitucionalidade de leis e atos normativos do poder público, regra aplicável tanto ao controle concentrado quanto ao controle difuso<sup>27</sup>.

A inconstitucionalidade tanto pode ser a de natureza formal, quanto à de natureza material. O STF considera que só normas pós-constitucionais podem ser submetidas ao controle concentrado de constitucionalidade por meio de ação direta; o conflito de normas pré-constitucionais se resolve pela técnica da revogação, tarefa própria da jurisdição ordinária.

Todas as espécies normativas estão sujeitas ao controle concentrado na via da ação direta de inconstitucionalidade, desde as emendas constitucionais, leis complementares, ordinárias, delegadas, medidas provisórias, decretos, e atos normativos consubstanciados em resoluções, regulamentos, portarias etc. Não se admite controle preventivo.

A Constituição Federal autoriza o STF a deferir medida cautelar nas ações diretas de inconstitucionalidade<sup>28</sup>, atendidos os requisitos da plausibilidade jurídica — *fumus boni iuris* - e do risco da demora — *periculum*

<sup>25</sup> No período de 1993 a 2010 foram distribuídas 4.720 ações de controle concentrado no STF, tendo sido julgadas definitivamente 3.104 até dezembro de 2010. (fonte: www.stf.jus.br – estatística, acessado em 25.01.2010).

<sup>26</sup> A partir de 1990 o crescimento de RE e AI foi assustador. Em 2007 chegou à cifra de 106.617 (ibidem).

<sup>27</sup> Art. 97, CF.

<sup>28</sup> Art. 102, I, letra p, CF.

*in mora*. Em princípio, os efeitos da cautelar são *ex nunc*<sup>29</sup>; todavia, em casos excepcionais o STF tem concedido eficácia *ex tunc* à decisão por razões de conveniência<sup>30</sup>.

A decisão de indeferimento de medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade não possui efeito vinculante: a norma impugnada permanece válida e, pois, aplicável por qualquer juiz nas instâncias ordinárias.

O legislador ordinário, dadas as repercussões da medida cautelar para o ordenamento jurídico, optou por uma decisão colegiada. Sem embargo, é possível que, em caso de excepcional urgência, o Ministro relator conceda a medida *inaudita altera pars*, submetendo sua decisão, para referendado, ou não, ao pleno do tribunal na primeira sessão seguinte.

A competência do STF para concessão de cautelar não é extensiva à jurisdição de controle concentrado nos tribunais de justiça dos estados. Mas não parece que essa competência, ínsita ao próprio poder geral de cautela do Magistrado, esteja proibida; ao contrário, diante do que prescreve o art. 125 § 2º da CF, a autorização feita pela Constituição Federal aos estados para a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis e atos normativos estaduais e municipais em face da Constituição Estadual, é lícito admitir que a Carta Magna, não tendo vedado a medida cautelar, admitiu-a, como implícita à jurisdição de controle de constitucionalidade.

No campo do controle concentrado, como já mencionado, há dois níveis de jurisdição: no nível federal, o controle é exercido pelo Supremo Tribunal Federal, e no nível dos Estados-Membros o controle concentrado é exercido pelo Tribunal de Justiça.

Enquanto o objeto de controle por meio da ação direta de inconstitucionalidade no STF é amplo, abrangendo as leis e atos normativos federais e estaduais, no âmbito do Tribunal de Justiça dos estados o objeto é restrito às leis e atos normativos estaduais e municipais que contrariem a Constituição estadual. Certo que esta vincula-se aos princípios e preceitos fundamentais da Carta Federal.

O parâmetro de controle define a competência entre esses níveis; no âmbito da jurisdição dos estados é a Constituição do Estado-Membro enquanto que na jurisdição federal o único parâmetro é a Constituição Federal. As leis e atos municipais, como se viu, só podem ser controladas pelo

---

<sup>29</sup> As relações jurídicas constituídas sob a vigência da norma suspensa não são afetadas pelas medidas cautelares em sede de controle abstrato concentrado, visto que sua finalidade instrumental é garantir a eficácia da ação principal. Vínculos jurídicos definitivamente constituídos, em nosso sistema, só podem ser desfeitos, na via do controle concreto, assegurado o devido processo legal.

<sup>30</sup> Na ADI 1.801-7/PE, DJ 18.03.1998 e ADI 1.593-3/DF, 17.04.1998, o STF concedeu medidas liminares com eficácia retroativa.

STF em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental, ação de que trataremos particularmente.

Há em nosso sistema, portanto, dupla estrutura de jurisdição concentrada: um sistema geral, no âmbito da União Federal, e um *subsistema* constituído de parâmetro de controle próprio: a Constituição do Estado, sujeito do controle específico: o Tribunal de Justiça do Estado, e um objeto de controle definido: as leis e atos normativos do estado e dos municípios que o integram.

As regras de processamento e de legitimação nesse subsistema devem ser reguladas por lei específica de iniciativa dos próprios tribunais estaduais, observada a proibição constitucional de outorgar legitimação para a ação a um único órgão.

E, em todo caso, das decisões do Tribunal estadual cabe recurso extraordinário para o STF. De modo que o ordenamento jurídico dos estados membros é dotado de uma jurisdição de controle de constitucionalidade autônoma, fenômeno consubstancial ao regime federativo do ordenamento jurídico nacional, a par da via difusa.

#### A) A fórmula de transferência de matérias para a via do controle concentrado

O controle judicial difuso-concreto, em que a constitucionalidade da norma surge apenas como questão incidental e prejudicial do mérito da demanda, cuja decisão tem efeito apenas entre as partes, traz o inconveniente de que a declaração de inconstitucionalidade não atinge imediatamente a norma no plano de sua validade/vigência, permitindo, com isso, que outros juízes e tribunais a apliquem até que, por decisão do órgão competente — normalmente um tribunal — a decisão alcance efeitos gerais.

Já no controle concentrado-abstrato em que a inconstitucionalidade da norma é a própria causa de pedir e a ação está reservada a atores institucionais e/ou políticos, a inconstitucionalidade, pronunciada por um Tribunal Constitucional à margem de conflito subjetivo, atingindo a norma no plano de sua validade, tem efeitos gerais, impossibilitando sua aplicação futura, em princípio com eficácia *ex tunc*.

As vantagens sociais no controle concentrado abstrato de normas, em comparação com o controle difuso, residiria num maior apelo à racionalidade, dada a possibilidade de solução imediata, em processo objetivo, de questões constitucionais de alta relevância com eficácia geral, provendo teoricamente melhor, pelo efeito uniformizador, a segurança jurídica e a idéia de igualdade de todos<sup>31</sup>.

<sup>31</sup> Existen profundos razonamientos que favorecen la opción en favor de la declaración general de inconstitucionalidad, tanto por razones prácticas, como es la necesidad de resolver

O sistema brasileiro, embora criado à semelhança do modelo difuso norte-americano, há mais de um século, e relativamente influenciado depois pelo europeu concentrado, pode-se dizer que seguiu caminhos próprios, com técnicas talvez peculiares, voltadas para a nossa realidade<sup>32</sup> histórica<sup>33</sup>.

Assim que, a coexistência de dois métodos de controle de constitucionalidade de normas em campos autônomos, quase desconectados, reclamava algum tipo de fórmula jurídica que permitisse ao STF antecipar decisões sobre determinadas questões constitucionais relevantes que, de outro modo, permaneceriam entregues às vicissitudes do controle difuso, gerando incertezas e insegurança no sistema jurídico.

A arguição de descumprimento de preceito fundamental e a ação declaratória de constitucionalidade parecem responder a essa fórmula antecipatória, operando uma transferência de matérias da via processual subjetiva para a via do processo objetivo<sup>34</sup>.

Com efeito, na ADPF a combinação entre o parâmetro — preceitos fundamentais decorrentes da Constituição — e o objeto de controle como atos do poder público em geral leva para a jurisdição concentrada do Supremo Tribunal matérias que não estavam no seu campo de cognição, como o direito municipal, o direito pré-constitucional e, até, os atos infra-legais, os quais se sujeitavam apenas ao controle difuso<sup>35</sup>.

---

en forma relativamente rápida las cuestiones de inconstitucionalidad, como por la conveniencia de tomar en cuenta el principio esencial de la igualdad de los gobernados ante la ley, que resulta notoriamente infringido cuando sólo aquellos que cuentan con medios económicos, técnicos y culturales suficientes pueden obtener una sentencia que los proteja, en tanto que un sector, por lo general más amplio y menos favorecido, debe cumplir los mismos preceptos que han sido estimados contrarios a la Ley Suprema. (Francisco FERNÁNDEZ SEGADO, *Los incios del control de constitucionalidad*, p. 93).

<sup>32</sup> As dimensões continentais de nosso país, a longa tradição do modelo difuso, a estrutura do poder judicial presente em quase todo o território nacional como «o primeiro juiz da Constituição» na defesa dos direitos fundamentais, são fatores que, logicamente, tornavam impossível um controle concentrado exclusivamente no STF, onde as questões costumavam tardar anos sem solução.

<sup>33</sup> Veja-se que nos países onde só há controle concentrado não se tem pluralidade de vias de acesso ao TC como no Brasil, por referência a objetos específicos e a parâmetros especiais de controle. O recurso direto e a questão de inconstitucionalidade tornam dispensável técnicas semelhantes às brasileiras, complexas e, talvez, desnecessárias.

<sup>34</sup> Na Alemanha, Itália e Espanha essa transferência opera-se pela via da questão de inconstitucionalidade, suscitada pelos juízes ou tribunais em processo sob sua responsabilidade, em caso de dúvida quanto à constitucionalidade da norma aplicável, com a suspensão do processo, cabendo ao Tribunal Constitucional decidir a controvérsia; declarada a inconstitucionalidade da norma a decisão terá eficácia *erga omnes* e efeito vinculante.

<sup>35</sup> A «ADPF configura modalidade de integração entre os modelos de perfil difuso e concentrado no Supremo Tribunal Federal» (ADPF 33/PA, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 27.10.2006).

A própria indeterminação do conceito preceitos fundamentais decorrentes da Constituição — expressão não sinônima a de princípios constitucionais, que os envolve mas os supera — abarcando preceitos explícitos ou implícitos no sistema constitucional, permite levar ao conhecimento do STF os mais variados comportamentos estatais materiais, independente de que o ato impugnado esteja, ou não, sendo questionado na via difusa<sup>36</sup>, ainda que sob a cláusula da subsidiariedade.

No caso da ação declaratória de constitucionalidade, cujo objeto é limitado à lei e atos normativos federais e o parâmetro de controle é todo o texto constitucional, tem-se igual manifestação desse fenômeno. É que o pressuposto de haver reiteradas decisões controversas nos tribunais do país, sobre a questão constitucional, autoriza o STF a controlar a constitucionalidade de leis e atos normativos federais já impugnados perante os demais órgãos do Poder Judiciário, ou seja, torna possível uma intervenção no âmbito do controle difuso, deslocando para o STF a controvérsia, inclusive com a possibilidade de suspensão cautelar dos processos de natureza subjetiva onde a questão constitucional esteja sendo discutida<sup>37</sup>.

A lei e os atos normativos federais e estaduais eram, até então, como se sabe, as categorias jurídicas típicas do controle concentrado. A ADPF, no entanto, rompe com essa tradição ao incluir como seu objeto, além daquelas categorias principais, outros atos do poder público que violem preceitos fundamentais decorrentes da Constituição<sup>38</sup>.

A ação declaratória de constitucionalidade rompe com outro paradigma ao criar a possibilidade de controle exclusivo do direito federal em face

---

<sup>36</sup> Duas são as espécies de ADPF: a autônoma, que se propõe independente de qualquer controvérsia judicial, e a arguição impropriamente chamada incidental, que pressupõe a existência de questões constitucional relevante sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição em demanda concreta submetida ao Judiciário. Ambas são propostas, pelos mesmos legitimados do art. 103, da CF, processadas em processo objetivo e julgadas no STF. Inspirando-se no recurso constitucional alemão e no recurso de amparo espanhol, o legislador impôs a ADPF a regra da subsidiariedade, o que restringiu muito sua virtualidade.

<sup>37</sup> Nossa opção, ao contrário da opção europeia com a questão de inconstitucionalidade - que é fruto de uma decisão voluntária do juiz ou tribunal competente que, suspendendo o processo, eleva a matéria ao TC - foi a de conferir ao STF o poder de, a instância dos legitimados, avocar a questão constitucional que esteja em qualquer juízo ou tribunal do país, podendo-se suspender, ou não, os processos respectivos até decisão final.

<sup>38</sup> Na ADPF n.º 167, Rel. Min. Eros Grau, DJ 25.02.2010, o STF admitiu seu uso para controlar a constitucionalidade da orientação jurisprudencial do TSE, baseada no Código Eleitoral, que reconhece a competência daquele tribunal eleitoral para julgar recurso contra a diplomação de candidatos eleitos. Ou seja, admitiu a ADPF contra decisões judiciais. Na ADPF n.º 33, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 27.10.2006, o STF admitiu a ação contra uma Resolução do Conselho Administrativo do IDESP do Estado do Pará que, regulamentando salário do pessoal daquela autarquia, vinculava-o ao salário mínimo.

da Constituição, não do direito dos estados, o que levou um setor qualificado da doutrina a ver essa ação como instrumento de defesa dos interesses do governo federal<sup>39</sup>.

O caráter preventivo nesses instrumentos, voltados a impedir comportamentos do poder público que vulnerem normas e preceitos constitucionais fundamentais, revela outra peculiaridade — ou déficit — de nosso sistema, que não contava, até então, com mecanismo específico para o controle preventivo da constitucionalidade de leis, tampouco de tratados, como se dá em outros ordenamentos jurídicos.

Essa fórmula de transferência de matérias transforma o modo de controlar a constitucionalidade de atos do poder público, relativizando a concepção heterodoxa que se tinha sobre métodos de controle concentrado e difuso conforme fosse o sujeito do controle, o objeto, o procedimento e os efeitos da decisão<sup>40</sup>.

A concentração da ação no STF não implica, necessariamente, em controle abstrato, à margem de qualquer conflito de interesses, como num juízo meramente lógico-silogístico; o objeto já não é composto apenas de leis ou atos normativos; a decisão soluciona controvérsias jurídicas concretas e os seus efeitos têm eficácia geral. O controle passa a orientar-se essencialmente por um critério material, voltado para a máxima efetividade de proteção à supremacia da Constituição.

O Supremo Tribunal Federal passa a dispor, assim, de amplas possibilidades de controle sobre as principais decisões dos poderes Executivo, Legislativo e do próprio Judiciário, estendendo o raio de sua jurisdição de controle concentrado sobre um terreno muito amplo e ainda não suficientemente explorado e determinado pela jurisprudência<sup>41</sup>.

O exercício da jurisdição constitucional, como se sabe, tende a produzir conflitos institucionais importantes. No caso brasileiro, a fórmula antes referida, podendo levar ao prejudgamento de um número indeterminado de

---

<sup>39</sup> José AFONSO DA SILVA, por exemplo, entende que, como é pressuposto fático da ação a existência de decisões de constitucionalidade em processos concretos, contrárias à posição governamental, ela tem verdadeira natureza de meio de impugnação antes que de ação, com o mesmo objeto das contestações apresentadas nos processos concretos, sustentando a constitucionalidade das leis ou ato normativo federal, e sem as contrarrazões da parte contrária. (*Curso de direito constitucional positivo*, 16ª ed., Malheiros, São Paulo, 1999, pp. 58-59).

<sup>40</sup> Isto é, controle difuso caracterizado como incidental, concreto, especial e declaratório; o controle concentrado como principal, abstrato ou geral e constitutivo. Não há correlação necessária entre o procedimento e o juízo sobre a constitucionalidade. A ADC e a ADPF estão muito mais próximas de um controle concreto que abstrato de constitucionalidade, embora regidas pelos postulados do controle abstrato, na estrutura concentrada.

<sup>41</sup> Talvez porque pende, ainda, no STF decisão na ADI n.º 22.231-8 sobre a constitucionalidade da Lei n.º 9.882/99, que regulamenta a ADPF e que, em verdade, criou a espécie incidental e impôs outros requisitos não previstos no texto constitucional.



litígios instaurados nos milhares de juízos do país e até a anulação prematura de atos de governo, é uma consequência que reclama prudência e autocontrole do Supremo Tribunal Federal.

A experiência vem demonstrando, contudo, que essa antecipação por transferência de via não trouxe, ainda, os resultados esperados por aqueles que imaginavam essas ações como meio efetivo de restrição/limitação ao controle difuso, capaz de solucionar problemas de relação entre os modos de controle<sup>42</sup>, a despeito de a ADPF ter se revelado instrumento valioso de tutela de direitos fundamentais<sup>43</sup>.

##### 5. MECANISMOS DE CORREÇÃO: O EFEITO VINCULANTE, A SÚMULA VINCULANTE E A REPERCUSSÃO GERAL

A ausência de mecanismos de articulação entre os dois modos de controle permitia, até recentemente, ampla margem de liberdade aos juízes e tribunais no âmbito do controle difuso. A falta de eficácia *erga omnes* do acórdão do STF e a demora ou recusa do Senado Federal em suspender a execução da norma declarada inconstitucional pelo Supremo em grau de recurso extraordinário<sup>44</sup> permitia que questões constitucionais já decididas pudessem seguir sendo apreciadas e julgadas livremente por outros juízes e tribunais<sup>45</sup>.

No próprio âmbito do controle concentrado a situação era problemática. A Constituição de 1988 não previu, no seu texto original, eficácia *erga omnes* para as decisões de inconstitucionalidade proferidas em sede de ação direta de inconstitucionalidade. Só em 1993, com a EC 03, a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante foram constitucionalizados, mas apenas em relação às decisões definitivas de mérito proferidas em sede de ação declaratória de constitucionalidade<sup>46</sup>.

<sup>42</sup> No período de 1993 a 2010 foram distribuídas no STF: 28 ADC, das quais 17 foram julgadas, 06 procedentes, e 217 ADPF, com 124 julgamentos, mas apenas 3 destas foram julgadas procedentes. (fonte: STF: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br), acessado em 10.01.2011). Ou seja, foram propostas apenas 14.4 ações por ano.

<sup>43</sup> Sirva de exemplo a ADPF n.º 54, em que se discute a questão do aborto de fetos anencefálicos.

<sup>44</sup> A Constituição Federal não fixa, sequer, prazo para deliberação do Senado (art. 52, X, CF).

<sup>45</sup> Era freqüente que, diante de decisões do STF em recursos extraordinários declarando a inconstitucionalidade de certa norma, juízes e tribunais inferiores ignorassem a decisão e continuassem aplicando-a como constitucional, e vice e versa, sem que se pudesse censurar validamente essa postura, pois nenhuma regra de direito obrigava o juiz a seguir a decisão da Corte nessa via processual.

<sup>46</sup> O texto da EC 03/93 previa eficácia contra todos e efeito vinculante, às decisões definitivas de mérito proferidas pelo STF nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.

Tudo isso representava *dúplice descoordenação* do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro: por um lado o controle difuso era uma via aberta e desconectada da via de controle principal, rendendo ensejo ao surgimento de conflitos decisórios entre as decisões do STF e as dos demais órgãos judiciários; e, por outro, o próprio poder público não se sentia obrigado pelas decisões da mais alta Corte do País adotadas em sede de controle concentrado<sup>47</sup>.

O legislador ordinário, visando enfrentar a problemática, editou a lei n.º 9.898, de 10 de novembro de 1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, estendendo a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante a todas as declarações de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade pelo STF, especificando como destinatários do efeito vinculante os órgãos do Poder Judiciário e a administração pública federal, estadual e municipal<sup>48</sup>.

E, por meio da lei n.º 9.882, de 03 de dezembro de 1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, conferiu às decisões proferidas pelo STF também nesta via processual eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público<sup>49</sup>.

Mas só com a EC 045/2004, que introduziu o efeito vinculante e os institutos da *súmula vinculante* e da *repercussão geral*, que se ingressou

<sup>47</sup> A história constitucional brasileira registra vários casos de recalcitrância do poder político a declarações de inconstitucionalidade de leis e atos normativos pelo STF. Por exemplo: no Rio Grande do Sul, a lei n.º 9.844/93, reproduziu o conteúdo normativo de lei anterior idêntica declarada inconstitucional pelo STF por vício de iniciativa legislativa (Cfr. ADIn MC 864-1); no Rio de Janeiro a lei n.º 2.130/93, que legislava sobre o mesmo tema da lei n.º 1.914/91, considerada inconstitucional por ofensa a competência legislativa da União (CF. ADIn MC 907-9); no âmbito da União Federal, a Medida Provisória n.º 144/2003, editada pelo Presidente da República, por meio da qual se promoveu alterações da competência da ANEEL-Agência Nacional de Energia Elétrica, retirando dessa agência a competência para celebrar contratos de concessão de uso de bem público, quando o STF já havia proferido decisão julgando inconstitucional, em sede de controle abstrato, o mesmo dispositivo da Medida Provisória n.º 1.819-1/99. (Cf. Roger STIEFELMANN LEAL, *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*, Sarai-va, São Paulo, 2006, pp. 104-106).

<sup>48</sup> O texto do art. 28 da lei n.º 9.868, de 10 de novembro de 1999, ao estender a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante à declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive à interpretação conforme a Constituição e à declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, especificou os destinatários: «os órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública Federal, estadual e municipal», com o que excluiu o Presidente da República, chefe do Governo.

<sup>49</sup> Note-se que, em relação à ADPF, ao contrário do que ocorre nas outras ações de controle concentrado, a lei dirige a vinculação da decisão do STF «aos demais órgãos do Poder Público», dado que essa ação pode voltar-se não apenas contra lei, decisão judicial ou ato normativo, mas também contra ato material.

numa etapa teoricamente capaz de solucionar a grave crise de um sistema que, embora amplo e acessível, podia apresentar resultados paradoxais.

Esses novos mecanismos reestruturaram o sistema de controle de constitucionalidade. Por meio do efeito vinculante se estabelece uma relação hierárquica entre o STF e os demais juízes e tribunais, os quais são obrigados a acatar as decisões do mais alto tribunal e ficam impedidos de julgar questões constitucionais por ele já decididas. De igual modo, impõe à administração pública direta ou indireta da União, dos estados, Distrito Federal e municípios o cumprimento obrigatório daquelas decisões<sup>50</sup>.

Por meio do mecanismo da súmula vinculante o STF pode editar, pelo voto favorável de dois terços de seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, enunciado fixando a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciais ou entre estes e a administração pública e que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questões idênticas<sup>51</sup>.

Com o instituto da repercussão geral, o legislador reformador impôs uma condição constitucional especial para a admissão do recurso extraordinário, no intento de impedir que aquele alto tribunal se ocupe de causas de pouca relevância política, econômica, social ou jurídica<sup>52</sup> advinda do controle difuso, com a otimização do tempo reservado às grandes questões constitucionais.

O próprio instituto da Reclamação, como instrumento destinado a preservar a competência e garantir a autoridade das decisões do Supremo

---

<sup>50</sup> A EC 45/2004, ao constitucionalizar o efeito vinculante para as decisões proferidas na ação direta de inconstitucionalidade, uniformizando, portanto, em sede constitucional os efeitos da ADC e ADI, modificou a definição dos órgãos passivos do efeito vinculante: substituiu a expressão «Poder Executivo», que constava do texto da EC 03/93, por «demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal».

<sup>51</sup> 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. (Incluído pela Emenda Constitucional n.º 45, de 2004) (Vide Lei n.º 11.417, de 2006).

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

<sup>52</sup> Art. 102, § 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. (Incluída pela Emenda Constitucional n.º. 45, de 2004).

Tribunal Federal<sup>53</sup>, com a introdução do efeito vinculante e súmula vinculante adquire agora maior potencialidade<sup>54</sup>.

Mas de todos os institutos, a repercussão geral é, sem dúvidas, o de maior alcance para os propósitos de correção ou fechamento do sistema de controle de constitucionalidade, consubstanciando um novo modelo de interação entre o STF e os demais tribunais do país. Dele se falará mais especificamente no próximo tópico.

#### A) O diálogo entre os tribunais

Nessa nova fase da jurisdição de controle de constitucionalidade brasileiro, em que ocorre o que se chamou acoplamento estrutural do sistema de controle de constitucionalidade<sup>55</sup>, o diálogo entre os tribunais surge como instrumento necessário na gestão equilibrada no interesse público de defesa da supremacia da Constituição.

Em verdade, a função de proteção aos direitos constitucionais subjetivos, pela via do controle difuso, e a missão de controle concentrado de constitucionalidade de normas são funções de idêntica dignidade constitucional, igualmente confiados à guarda do Supremo Tribunal Federal. Assegurar o exercício dessas funções, por meio do diálogo, é prover fidelidade à Constituição Federal.

Mais do que diálogo, os tribunais devem estabelecer — e tem estabelecido — mecanismos de coordenação interna, instituindo procedimentos públicos por meio dos quais os jurisdicionados possam ter pleno conhecimento da orientação da Suprema Corte, acompanhando a nova dinâmica no processamento e julgamento dos recursos extraordinários.

O instituto da repercussão geral<sup>56</sup> cumpre nesse sentido destacado papel, propiciando comunicação direta entre o STF e os demais órgãos do

<sup>53</sup> «Art. 102, I, 1) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;». Por meio desse mecanismo qualquer interessado pode acionar diretamente o STF, em caso de decisões de órgão público que estejam a invadir a competência ou a descumprir a autoridade de decisões daquele alto tribunal, independentemente de ter figurado, ou não, como parte em processo onde a questão foi decidida.

<sup>54</sup> A reclamação passa a ser admitida também em caso de descumprimento ou indevida aplicação da súmula vinculante, consoante o art. 103-A, § 3º «Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá *reclamação* ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso».

<sup>55</sup> A noção de estrutura, tomada da mecânica, quer significar a autonomia dos dois modos de controle como componentes, unidos apenas pelo RE, aos quais os novos mecanismos se acoplam como elementos de conexão, reduzindo as fissuras e possibilitando a integração de todo o sistema.

<sup>56</sup> Criado pela EC 45/2004, que incluiu o § 3º ao art. 102, da CF, e regulamentado pela Lei nº 11.418/2006.

Poder Judiciário no que respeita ao compartilhamento de informações sobre os temas em julgamento<sup>57</sup>, permitindo «delimitar a competência do STF, no julgamento de recursos extraordinários, às questões constitucionais com relevância social, política, econômica ou jurídica, que transcendam os interesses subjetivos da causa e uniformizar a interpretação constitucional sem exigir que o STF decida múltiplos casos idênticos sobre a mesma questão constitucional».

A operacionalização desse mecanismo é bastante prática. O recorrente deve apresentar preliminar formal por meio da qual demonstre a existência da repercussão geral no seu recurso extraordinário; é dizer, incumbê-lo demonstrar que a solução da controvérsia constitucional possui relevância para além de seus interesses subjetivos, condição constitucional especial para a admissão do recurso extraordinário.

A verificação da presença dessa preliminar é de competência do tribunal local perante o qual o recurso extraordinário é interposto, mas a análise sobre a existência, ou não, da repercussão geral é de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal<sup>58</sup>.

Nos tópicos seguintes descrevemos o funcionamento dessa sistemática e alguns problemas que podem surgir no exercício dessa importante comunicação interna.

## B) O chamado Plenário Virtual

O juízo sobre a existência de repercussão geral no recurso extraordinário ocorre mediante a inserção dos votos dos Ministros do órgão competente em meio eletrônico, prática que se convencionou chamar «plenário virtual». O relator, se não recusar o recurso por outros motivos, submete sua manifestação, em rede interna de computadores, aos demais Ministros e estes, diante do resumo da controvérsia e da manifestação do relator, reconhecendo, ou não, a repercussão geral, têm o prazo de 20 (vinte) dias para se manifestarem sobre a questão lançando suas manifestações escritas no mesmo sistema.

<sup>57</sup> A apresentação do instituto dispõe: «As características do novo instituto demandam comunicação mais direta entre os órgãos do Poder Judiciário, principalmente no compartilhamento de informações sobre os temas em julgamento e feitos sobrestados e na sistematização das decisões e das ações necessárias à plena efetividade e à uniformização de procedimentos. Neste sentido, esta sistematização de informações destina-se a auxiliar na padronização de procedimentos no âmbito do Supremo Tribunal Federal e dos demais órgãos do Poder Judiciário, de forma a atender os objetivos da reforma constitucional e a garantir a racionalidade dos trabalhos e a segurança dos jurisdicionados, destinatários maiores da mudança que ora se opera». (fonte: STF: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br), acessado em 21.12.2010).

<sup>58</sup> Após o mecanismo da repercussão geral – regulamentado em 2007 – o número de RE e AI, que em 2007 era 106.217, vêm caindo ano a ano, tendo chegado, em 31.12. 2010, a 31.516 recursos, uma redução de 71% (fonte: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br), estatística, acessado em 25.01.2011).

Poderá o relator, se entender conveniente e oportuno, concitar terceiros interessados a se manifestar, em prazo que fixar, acerca da controvérsia, providência que assegura a participação de setores e atores da sociedade civil<sup>59</sup>.

Decorrido o prazo sem manifestações suficientes para recusa do recurso — o quorum constitucional para tanto é de 2/3<sup>60</sup> — reputar-se-á existente a repercussão geral. Definida a existência da repercussão, o relator julgará o recurso extraordinário<sup>61</sup> ou o submeterá ao plenário do órgão competente<sup>62</sup>, após a manifestação do Procurador Geral da República. Negada a repercussão, formalizará a recusa ao recurso extraordinário.

A decisão de recusa da repercussão geral é privativa do pleno do STF, é irrecorrível e valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, os quais serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Este procedimento não será adotado se o recurso apresentar questão cuja repercussão já houver sido reconhecida pelo Tribunal. Também não se submeterá ao plenário virtual a questão quando o recurso extraordinário impugnar decisão contrária à súmula ou a jurisprudência dominante<sup>63</sup>, casos em que se presume a existência de repercussão geral.

Questão difícil é a de determinar a jurisprudência dominante sobre questões de direito constitucional, especialmente as decididas antes do advento dos institutos da súmula vinculante e da repercussão geral. Para evitar pluralidade de interpretação a esse respeito e riscos à isonomia, o STF tem firmado salutar regra de orientação no sentido de o plenário reapreciar e, se for o caso, reafirmar sua jurisprudência dominante para que seja pos-

---

<sup>59</sup> Esta faculdade, prevista no CPC, art. 543-A, § 6 e reproduzida pelo RISTF no art. 323 § 2º, figura do *amicus curiae*, trazida do controle concentrado, é mais uma demonstração da simbiose entre os modos concentrado e difuso. Por este instrumento, terceiros que tenham interesse jurídico no julgamento do RE – partes em outros processos onde a mesma controvérsia esteja presente – podem aduzir manifestações escritas e até sustentá-las oralmente na sessão de julgamento.

<sup>60</sup> Art. 102, §3º, CF.

<sup>61</sup> O relator, em nosso sistema processual, tem competência para negar seguimento e dar provimento (julgar) ao recurso se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do STF (art. 557 do CPC).

<sup>62</sup> Competente para o RE, em princípio, é a Turma, composta de 05 (cinco) ministros (art. 9º, III, RISTF). Diz-se em princípio porque pode ocorrer, por decisão da própria turma, afetação da questão ao Pleno do STF (art. 11 do RISTF). Se 04 Ministros admitem a repercussão, o recurso pode ser julgado na Turma (art. 543-A, § 4º, do CPC) porque nesse caso não se alcançaria o número de oito ministros, necessário para a recusa. Caso menos de 04 Ministros a admitam ou a maioria simples a recuse, os autos devem ir ao Pleno do Tribunal que só poderá recusar a repercussão geral pelo quorum de oito de seus onze Ministros.

<sup>63</sup> Cuida-se de importante previsão, que impede a petrificação da jurisprudência, um risco inerente ao efeito vinculante.

sível que os tribunais locais apliquem os efeitos da retratação/inadmissibilidade, decorrentes da repercussão geral<sup>64</sup>.

Deve-se observar que, de acordo com o art. 327 do RI, a Presidência do Tribunal está autorizada a recusar recursos que não apresentem preliminar formal e fundamentada de repercussão geral<sup>65</sup>, 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. Igual providência pode ser adotada pelo relator; dessas decisões de recusa do recurso, conforme prevê o § 1º do mesmo artigo, cabe recurso de agravo.

Todas as decisões sobre repercussão geral são amplamente divulgadas, e vão constituir o banco de dados do Tribunal, disponibilizado em meio eletrônico para toda a comunidade<sup>66</sup>.

### C) As questões do sobrestamento dos Recursos Extraordinários

Inúmeros problemas constitucionais julgados pelos diversos órgãos judiciários constituem o rico acervo de casos apreciados pela Suprema Corte em sede de recursos extraordinários. Agora esses recursos são drasticamente reduzidos com o sobrestamento.

Se há vários recursos versando a mesma controvérsia constitucional<sup>67</sup>, o tribunal local seleciona um, ou mais, dos recursos como representativos da questão, enviando-os ao STF e sobrestando os demais<sup>68</sup>.

<sup>64</sup> «II – Necessidade de reafirmação da jurisprudência dominante em decisão plenária, para que seja possível aos Tribunais a aplicação dos efeitos da repercussão geral – retratação/inadmissibilidade. O reconhecimento da repercussão geral, pela presunção, em decisão monocrática ou de turma, não produz os efeitos objetivos do novo regime, provocando indefinidamente, novas decisões sobre idênticos temas» (in Questões práticas, STF-Repercussão geral: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br), acessado em 21.12.2010).

<sup>65</sup> Exigência que não fica afastada nem mesmo quando a decisão recorrida for contrária ao entendimento dominante no STF. «Ainda que a matéria do recurso tenha sido considerada de repercussão geral em outro processo ou que decisão na origem seja contrária à jurisprudência dominante no STF, situação em que a lei presume a existência de repercussão geral, não fica a parte dispensada de formular a preliminar formal correspondente, nem deve o tribunal de origem, à falta deste requisito objetivo, dar trânsito ao recurso, presumindo a respectiva presença. Cabe apenas ao STF o exame material da repercussão geral» (RE-AgReg 569.476, Rel. Min. Ellen Gracie).

<sup>66</sup> Artigos 326 e 329 do RISTF. Na sessão administrativa realizada em novembro de 2008, os ministros do Supremo decidiram que os julgamentos sobre existência de repercussão geral seriam abertos ao público. A consulta ao sistema do Plenário Virtual está disponível na internet pelo site do Supremo. O usuário pode acompanhar, em tempo real, o voto de cada ministro no julgamento sobre a existência de repercussão geral (fonte: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br), notícias, acessado em 03.01.2011).

<sup>67</sup> Questões de natureza tributária, administrativa e coletivas tendem a repetir-se com frequência entre nós.

<sup>68</sup> Quanto aos recursos extraordinários múltiplos, o STF orienta: «a.2.1. Selecionam-se em torno de três recursos extraordinários representativos da controvérsia, com preliminar de reper-

E se depois forem interpostos outros recursos extraordinários, versando a mesma questão constitucional já submetida ao STF, o tribunal e as Turmas Recursais locais devem sobrestá-los sem enviar recursos representativos<sup>69</sup>. Pode ocorrer, ainda, o sobrestamento de recursos extraordinários se o assunto, já submetido ao STF, obteve reconhecimento da repercussão geral<sup>70</sup>.

O sobrestamento na origem impede que o STF receba e tenha que gerenciar um imenso volume de processos com recursos envolvendo a mesma questão constitucional, com todos os custos de transporte e tramites burocráticos que isso implica, com a correspondente perda de tempo<sup>71</sup>.

Agora, portanto, o STF decide uma única vez um recurso extraordinário e essa decisão vale para todos os outros recursos sobrestados e os posteriores, se versarem a mesma controvérsia, de modo que o tribunal local fica autorizado a rever sua decisão, ajustando-a à decisão do tribunal constitucional.

A revisão da decisão pelo tribunal *a quo*, contudo não é automática. Isso põe problemas ainda não suficientemente examinados. Indaga-se: o tribunal local poderia desconsiderar a decisão do STF ao entendimento de que certos aspectos relevantes não foram considerados. Neste caso o tribunal local deveria admitir e remeter o recurso extraordinário ao STF para julgamento?

A resposta, a meu ver, é positiva. De acordo com o art. 543-B, § 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

---

cussão geral e que preencham os demais requisitos para sua admissibilidade, os quais deverão ser remetidos ao STF, mantendo-se sobrestados todos os demais, inclusive os que forem interpostos a partir de então (§ 1º do art. 543-B do CPC). Não há necessidade de prévio juízo de admissibilidade dos recursos que permanecerão sobrestados». (fonte: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br), repercussão geral, questões práticas, acessado em 21.12.2010).

<sup>69</sup> Artigo 328 e par. único do RISTF.

<sup>70</sup> «a.2.3. Se a seleção ainda não foi feita para um assunto específico, mas já houve pronunciamento do STF quanto à repercussão geral do assunto em outro recurso, é desnecessária a remessa de recursos representativos da mesma controvérsia, podendo ocorrer o imediato sobrestamento de todos os recursos extraordinários e agravos de instrumento sobre o tema. A identificação dessa hipótese se dá pela consulta às matérias com repercussão geral reconhecida, no portal do Supremo Tribunal Federal». (fonte STF: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)., repercussão geral, questões práticas: acessado em 21.12.2010).

<sup>71</sup> «A lei que regulamenta a repercussão geral – Lei 11.418/06 – completou quatro anos no dia 19 de dezembro. Desde a sua regulamentação, em 2006, esse instituto vem modificando o perfil dos julgamentos do STF e já reduziu em 71% o número de processos distribuídos aos ministros da Suprema Corte. Até o momento, o Tribunal examinou 241 processos que tiveram repercussão geral reconhecida e, em 76 destes, houve o julgamento de mérito dos recursos». (Fonte: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br), notícias, acessado em 04.01.2011).



n.º 11.418, de 2006)». E, conforme o seu § 4º do CPC «mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o STF, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada».

É dizer, o tribunal local pode manter a sua decisão e, admitindo o recurso, submetê-lo à apreciação do STF que então examinará se o acórdão recorrido é, efetivamente, contrário à sua orientação, podendo, nesse caso, «cassar ou reformar liminarmente o acórdão».

Não pode subsistir dúvida, por conclusão a *contrario sensu*, que o STF pode considerar que a decisão recorrida não foi atingida por sua decisão anterior porque a controvérsia é diferente, julgando o RE normalmente<sup>72</sup>.

Mas, e dessa reavaliação pelo tribunal local, dissentindo da decisão do STF, a parte recorrida não tem recurso? Se a reavaliação lhe é prejudicial, a resposta é sim e o recurso apropriado para tanto, nos parece, é o Agravo Regimental, que deve ser julgado antes de remeter-se o RE ao Supremo Tribunal<sup>73</sup>.

O novo julgamento pelo tribunal *a quo*, conseqüência de sua retratação, de igual modo pode dar ensejo a embargos de declaração, recurso extraordinário e até reclamação ao STF, posto que inevitável que o tribunal local, ao emitir juízo, faça a interpretação do acórdão do recurso paradigma, e este novo acórdão poderá conter juízos errôneos, incompreensões ou má aplicação da tese jurídica em prejuízo das partes.

#### D) A medida cautelar em recurso sobrestado

O sobrestamento do recurso extraordinário pode conduzir a uma longa paralisação do desfecho da questão, implicando riscos de difícil ou incerta reparação ao direito do recorrente. Isso pode ocorrer porque em nosso sistema os recursos excepcionais (especial para o STJ e extraordinário para o STF) não são dotados de efeitos suspensivos. Assim, havendo risco de lesão grave e de difícil reparação ao direito do recorrente enquanto o seu recurso está sobrestado, é possível uma tutela acauteladora que suspenda os efeitos da decisão recorrida, sob pena de sacrifício de um direito individual, caso só ao final o STF venha julgar procedente o recurso extraordinário<sup>74</sup>.

<sup>72</sup> Nelson NERY JUNIOR entende que a retratação do tribunal local nesse caso é facultativa, salvo se o STF emitir súmula vinculante sobre o tema. (*CPC comentado*, 10 ed., RT, São Paulo, 2007, p. 943). Pensamos, no entanto, que a questão não deve ser posta em termos de obrigatoriedade ou não obrigatoriedade, mas de adequação: o que deve ser verificado é se o caso possui peculiaridades em relação ao paradigma.

<sup>73</sup> Os tribunais, atentos a essa nova realidade, devem adaptar seus regimentos internos, admitindo o Agravo Regimental nessa hipótese.

<sup>74</sup> Na AC 2639 REF-MC/DF – Referendo na Medida Cautelar na Ação Cautelar, em que foi relator o Min. Celso de Mello, em acórdão publicado no DJ de 16.09.2010, o STF voltou a

A medida cautelar, nesse caso, nos parece possível, pois o sobrestamento em si mesmo não é óbice à deflagração do poder geral de cautela imanente à jurisdição. Por outro lado, a cautelar não confere direito novo ao requerente, apenas assegura uma situação jurídica existente, e, como a recusa de repercussão geral leva a automática rejeição do recurso extraordinário, a medida cautelar nesse caso não subsistiria, situação idêntica a que ocorre, hoje, no caso de julgamento de mérito desfavorável ao recorrente.

A questão é de se saber, apenas, o órgão jurisdicional competente para o conhecimento da medida cautelar, já que antes do sobrestamento não havia dúvidas: se o recurso extraordinário já tivesse sido admitido pelo STF, aquele seria o órgão competente para a medida cautelar; se o recurso estivesse ainda pendente de exame de admissibilidade no tribunal local, este seria o competente<sup>75</sup>.

Parece-nos que não há motivo para se modificar esse entendimento, pois o sobrestamento do recurso no tribunal local significa, obviamente, que não houve, ainda, admissão pelo STF e, conseqüentemente, não se instalou sua competência, de tal modo que só o órgão recorrido tem competência para examinar a cautelar<sup>76</sup>.

Aquí surge a seguinte indagação: considerando que o tribunal local não faz juízo de admissibilidade em recurso sobrestado, é possível decidir pedido de medida cautelar para atribuição de efeito suspensivo a recurso ainda não admitido?

---

reafirmar, para o deferimento de medida cautelar em sede de recurso extraordinário, a necessidade de conjugação dos requisitos: «a) que tenha sido instaurada a jurisdição cautelar do STF (existência de juízo positivo de admissibilidade do recurso extraordinário consubstanciado em decisão proferida pelo Presidente do Tribunal de origem ou resultante do provimento do recurso de agravo; b) que o recurso extraordinário interposto possua viabilidade processual caracterizada, dentre outras, pelas notas de tempestividade, prequestionamento explícito da matéria constitucional e da ocorrência de ofensa direta e imediata ao texto constitucional e c) que a postulação de direito material deduzida pela parte recorrente tenha plausibilidade jurídica e, d) que se demonstre, objetivamente, a ocorrência de situação verificadora de situação configuradora do *periculum in mora*».

<sup>75</sup> Súmula 634 do STF.

<sup>76</sup> Na mesma AC 2639 referida, o STF deferiu a medida cautelar, admitindo que se achava instaurada a sua jurisdição cautelar porque a controvérsia estava submetida ao Plenário do Supremo Tribunal Federal e já reconhecida, em sede recursal extraordinária (RE 568.645-RG/SP), a existência de questão impregnada de transcendência ou repercussão geral. No RE AC 2206 AgR / RJ , Segunda Turma, DJ de 24.09.2009, o STF reafirmou: «3. «Compete ao tribunal de origem apreciar ações cautelares, ainda que o recurso extraordinário já tenha obtido o primeiro juízo positivo de admissibilidade, quando o apelo extremo estiver sobrestado em face do reconhecimento da existência de repercussão geral da matéria constitucional nele tratada.» [QO-MC-AC n. 2.177, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJe de 20.2.09]. (fonte:www.stf.jus.br, acessado em 04.01.2011).

A resposta, a meu ver, é negativa. A medida cautelar, instrumental e acessória, pressupõe que o RE atenda os seus requisitos de admissibilidade. Faltando possibilidades mínimas de o extraordinário ser conhecido, v. g. a tempestividade, o provimento jurisdicional seria impossível, já que definitiva a decisão recorrida, não haveria interesse jurídico para a cautelar.

#### E) O sobrestamento do agravo

A decisão do tribunal local que nega seguimento ao recurso extraordinário é passível do recurso de agravo. Até recentemente, referido recurso se processava por instrumento e tinha a virtude de fazer subir automaticamente ao STF o recurso extraordinário, o que já não se compadecia com o regime da repercussão geral vigente, que, como vimos, manda, no caso de recursos repetitivos, sobrestar o RE no próprio tribunal local.

Agora, com a promulgação da recente lei n.º 12.232/2010, o agravo é interposto nos próprios autos do extraordinário, dispensa a formação de instrumento e será julgado como preliminar, evitando, desse modo, que o STF tenha de julgar em separado o recurso de agravo de instrumento para, se lhe der provimento, determinar ao tribunal local a remessa do recurso extraordinário, ou converter o agravo em RE, com todos os custos, perda de tempo e inefetividade jurisdicional que isso supõe<sup>77</sup>.

Assim, o agravo permanece agora<sup>78</sup> sobrestado juntamente com o RE no tribunal local<sup>79</sup> e só irá ao STF se e quando o extraordinário também o for. A economia processual passa a ser altíssima, pois o agravo fica limitado, praticamente, à decisão da repercussão geral.

#### F) O regime da repercussão geral é aplicável em matéria penal?

A orientação do STF é no sentido de que a repercussão geral da questão constitucional suscitada «é pressuposto de admissibilidade de todos os recursos extraordinários, inclusive em matéria penal»<sup>80</sup>.

<sup>77</sup> De acordo com o Ministro Presidente Cezar Peluso, a modificação do regime do agravo produzirá, segunda estimativa, a economia de cinquenta milhões de folhas de papel. (fonte: stf.jus.br comunicação de 18.12.2010).

<sup>78</sup> O art. 328-A, § 1º, do RISTF já previa que, no caso de multiplicidade de recursos extraordinários, o agravo deveria ficar sobrestados até o julgamento de recursos paradigmas.

<sup>79</sup> «Neste ano, 2.286 decisões davam provimento a AIs para determinar a subida do processo principal ao STF. Essa remessa, apuramos, tem demorado de 2 meses a 2 anos. A nova lei elimina esse tempo, pois não existirão nem a possibilidade nem a necessidade de conversão do agravo em RE, nem da subida dos autos principais para a apreciação da causa». (Min. Presidente Cezar Peluso, comunicação de 18.12.2010; fonte: www.stf.jus.br).

<sup>80</sup> É o que ficou decidido no AI 664.567-QO, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 06.09.2007.

Ainda que a lei n.º 11.418/2006, que regulamentou o instituto introduzindo modificações no Código de Processo Civil, tenha omitido referência aos RE em matéria penal, entende o STF que «a partir da EC 45, de 30 de dezembro de 2004 — que incluiu o § 3º no art. 102 da Constituição, passou a integrar o núcleo comum da disciplina constitucional do recurso extraordinário a exigência da repercussão geral da questão constitucional»<sup>81</sup>.

A principal objeção que se coloca à exigência da repercussão geral ao RE criminal está relacionada à natureza do direito penal, isto é, advoga-se que em todo caso criminal, por que em jogo a liberdade fundamental, haveria repercussão geral. Não nos parece que exista, no entanto, essa relação de repercussão necessária em todas as causas penais.

É inegável que certos temas de direito penal que se reapresentam no STF versando a constitucionalidade de decisões judiciais, que dizem respeito, v. g., a intervenção em sigilo bancário, telefônico ou fiscal, ao princípio da não culpabilidade, da amplitude de defesa e do contraditório, devido processo legal, princípio da proporcionalidade etc., são temas genuinamente de direitos fundamentais.

Nesses casos, pela própria natureza fundamental dos direitos, há notável relevância jurídica da questão e a tese firmada pelo STF constituirá precedente que tende a servir de paradigma para orientação e solução de vários outros casos idênticos ou semelhantes.

Mas há casos de direito penal em que o recurso extraordinário envolve questões muito singulares, que não têm repercussão imediata para um número indeterminado de casos. Esses recursos não serão mais julgados no Supremo Tribunal Federal.

Isso quer dizer que há a possibilidade de que decisões do Poder Judiciário contrárias à Constituição Federal não sejam mais corrigidas pelo STF. Indaga-se, então: isso é constitucional? Não afronta a garantia expressa no art. 5º, XXXV, da CF?

A resposta, a meu ver, é que não haverá afronta à garantia da irrecusabilidade da jurisdição se, na aplicação desse regime, se assegurar às partes outra via jurisdicional capaz de solucionar a inconstitucionalidade. É certo que, para prevenir ou reparar ameaça ou lesão à liberdade de locomoção, «há sempre a garantia constitucional do *habeas corpus* (CF, art. 5º, LXVIII)», ao que acrescentamos, a revisão criminal.

Mas estes instrumentos de tutela da liberdade individual não parecem suficientes. O RE é instrumento posto à disposição não apenas do réu, mas também do Estado e das vítimas. Quando o STF dá provimento ao recurso extraordinário, cassando a decisão recorrida, a substitui com a sua deci-

<sup>81</sup> AI 664.567-QO.

são, se necessário resolvendo definitivamente o conflito de interesses individuais<sup>82</sup>.

Assim, se essa via é obstada por que a controvérsia não possui transcendência suficiente, e se a via do *habeas corpus* é inapropriada, ter-se-ia que conviver, forçosamente, com decisões inconstitucionais, já que não temos em nosso direito outro mecanismo de correção de decisões inconstitucionais dos tribunais locais, salvo a estreita via do mandado de segurança.

Penso que, para suprir esse deficit, de *lege ferenda*, poder-se-ia instituir uma via revisional junto ao órgão pleno do tribunal local, conferindo-lhe competência exclusiva para reexame das decisões recorridas e consideradas sem repercussão geral.

Há outra questão delicada nos processos criminais: a indefinição da situação jurídica em caso de sobrestamento. O tempo de tramitação do recurso demonstrativo da questão constitucional no STF não pode ser determinado *a priori*.

Os recursos extraordinários sobrestados ficam dependentes não apenas da decisão do reconhecimento da repercussão geral, pois, admitida esta, o recurso deverá ser julgado em seu mérito. Há mais: após a decisão de mérito do STF, a revisão da decisão recorrida, pelo órgão local, como se viu, não é automática, podendo inclusive ser mantida e desta decisão pode originar outros recursos.

Portanto, em caso de condenação não se pode executar a sanção penal enquanto não transitada em julgado a sentença ou acórdão; e em caso de absolvição tampouco pode o acusado considerar-se definitivamente livre da imputação, enquanto o STF não decidir o caso paradigma e o tribunal local não aplicar o precedente ao seu caso.

Nesse ínterim pode advir, nos processos penais, período de tempo suficiente para a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado, já que não havendo, como não há, previsão legal de suspensão do prazo prescricional nessa hipótese, a prescrição seria inexorável.

Tudo isso parece recomendar maiores reflexões na aplicação do regime da repercussão geral no campo penal, posto que em temas de direito público<sup>83</sup> a postura que privilegie o acesso à jurisdição do Tribunal Constitucional homenageia mais a idéia fundamental de Constituição em senti-

<sup>82</sup> «Súmula 456. O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie». No nosso sistema, o RE possui juízo de cassação e de revisão.

<sup>83</sup> Se o tema versa sobre direitos fundamentais (vida, liberdade, propriedade, intimidade, dignidade da pessoa humana), direitos coletivos ou princípios constitucionais, haverá relevância do ponto de vista jurídico ou social. E o STF, como guardião desses direitos e interesses, deve exercer sua função institucional de fornecer regras ou *standarts* de aplicação homogênea para todo o ordenamento jurídico.

do moderno e atual, que não deve ser inibida por uma racionalização eventualmente excessiva, que, por amor à funcionalidade, acabe restringindo demasiadamente o dever de proteção à ordem jurídico-constitucional.

#### G) A questão da identidade das matérias ou das questões dos recursos

Tema difícil é o de saber quais as questões, entre os diversos recursos interpostos, satisfazem a exigência legal de terem fundamento em «idêntica controvérsia». O legislador, como se vê, preferiu a expressão controvérsia e não questão constitucional, optando pela matéria do litígio, ou seja, aquilo sobre que as partes controvertem, de modo que, nessa análise o que deve ser levado em conta não é o artigo da Constituição que se alega violado.

Ocorre que a controvérsia, muitas vezes, não é composta de uma única questão constitucional, mas de várias questões ou, digamos, sub-questões, formando uma controvérsia complexa, podendo envolver uma série de outros problemas de direito constitucional<sup>84</sup>.

Portanto, nos parece indispensável que o tribunal *a quo* examine a controvérsia em sua globalidade, desde o pedido e a causa de pedir, os fundamentos da decisão recorrida e os fundamentos do recurso, de modo a selecionar a mais ampla e melhor fundamentada das causas, como mais representativa de todas.

E ao STF, nos parece, fica o desafio maior de sistematizar, entre os REs, aqueles que melhor evidenciem a controvérsia sob o ângulo da transcendência, de sorte a poder proferir decisão capaz de abarcar um espectro de maior abrangência, projetando a luz de sua inteligência integradora sob o foco da unidade constitucional.

#### H) O problema do prequestionamento

Um aspecto crucial deve ser observado aqui: a jurisprudência do STF não admite que o recorrente suscite a questão constitucional pela primeira vez no recurso extraordinário, exigindo que o tema tenha sido debatido e a questão jurídica decidida<sup>85</sup>. Indaga-se: se a decisão recorrida ofende, objetivamente, a Constituição Federal, o fato de o recorrente não haver prequestionado aquele tema constitucional impede o conhecimento da repercussão geral?

<sup>84</sup> Observe-se, as propósito, que o art. 543-A do CPC, no seu § 1º, dispõe que, «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». O conceito de relevância é relativo, envolvendo, sempre, valoração subjetiva do intérprete.

<sup>85</sup> Sumulas 282 e 356-STF.

A meu ver, não. O requisito do prequestionamento merece novo enfoque. Sua finalidade é evitar que o STF julgue questão constitucional não decidida pelo tribunal *a quo* porque não deduzida pelo recorrente.

O instituto da repercussão geral, contudo, tem em vista, fundamentalmente, o interesse público na unidade da interpretação e aplicação da Constituição para todo o país. Na sua análise há de prevalecer, sempre, um enfoque objetivo da decisão recorrida, de modo a se verificar se o conteúdo da decisão é contrário à Constituição e se afeta a uma pluralidade de situações jurídicas idênticas<sup>86</sup>.

Parece já não fazer sentido impedir o Tribunal Constitucional de uniformizar a inteligência da Constituição se a controvérsia repercute para milhares de casos iguais simplesmente porque o recorrente não foi hábil ou previdente o bastante para preparar o recurso extraordinário na origem. Essa é a razão por que a lei processual manda o tribunal local selecionar a controvérsia mais representativa enviando-a ao *STF*, ou seja, para evitar que a Corte Suprema, examinando um recurso carente de argumentação, viesse a firmar um precedente restritivo que, ao contrário de solucionar uma pluralidade de casos iguais, deixasse aberta a questão, que certamente retornaria ao Tribunal noutro recurso.

Da sistemática legal, nos parece, o que deve prevalecer não é o rigor técnico processual no manejo do recurso, mas o valor dos precedentes<sup>87</sup> da Suprema Corte, sob pena de negar-se a própria isonomia, admitindo-se a uns o que se nega a outros em situação idêntica, por privilegiar-se aspectos secundários em detrimento do interesse público na tutela da Constituição<sup>88</sup>.

Não é possível negar que o instituto da repercussão agrega caráter objetivo ao recurso extraordinário, recalibrando-o como instrumento de interesse público de guarda da Constituição, cuja admissão já não pode se

---

<sup>86</sup> A natureza transcendente da controvérsia constitucional – pela gravidade ou fundamentalidade da tese, porque a controvérsia repete-se ou pode repetir-se para muitas pessoas – é fator relevante que ativa o interesse público de unidade na interpretação da Constituição e na tutela efetiva dos direitos. E essa função o STF cumpre também por meio do RE.

<sup>87</sup> Veja quão irracional seria negar conhecimento ao RE por falta de prequestionamento se a decisão recorrida afirma que determinada lei é constitucional, quando o STF tenha precedente declarando a mesma lei inconstitucional.

<sup>88</sup> No AI 375.011/RS, em que foi relatora a Ministra Ellen Gracie, o STF, apontou a necessidade de privilegiar-se, na análise da repercussão geral, a posição de interprete constitucional da Suprema Corte. (fonte: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br), pesquisa de jurisprudência, acessado em 03.01.2011). No AgrSE 5.206, o Min. Sepúlveda Pertence já antecipava com muita clareza essa mudança de percepção do extraordinário. Em cita a Calamandrei, assentou: «no recurso extraordinário a realização da função jurisdicional, para o STF, é um meio mais que um fim: no sistema de controle incidente, em especial no recurso extraordinário, o interesse particular dos litigantes, como na cassação, é usado como elemento propulsor posto a serviço do interesse público, que aqui é a guarda da Constituição para a qual o Tribunal existe».

prender a certas formalidades ou impedimentos construídos em tempos de crise, onde, à falta de outros mecanismos legais, o STF lutava contra o recurso na ânsia de diminuir a demanda que ameaçava a funcionalidade do Tribunal<sup>89</sup>.

Se a repercussão geral aparece como uma restrição ao extraordinário, é certo que o contra-sentido desse instituto, a sua outra face, é a do acesso massivo à Justiça, que antes se atendia só a conta-gotas, com julgamento caso a caso, e que agora, pelo efeito transcendente, aproveita objetivamente a todos que se encontrem na mesma posição jurídica da tese do acórdão paradigma. E o indivíduo — antes visto quase como um inimigo — hoje passa à condição de amigo da Corte.

Prova disso é, no plano do processo, a previsão legal, no art. 543-A, § 6º, do CPC, de que o relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros. Já o RISTF prevê que a presidência do tribunal ou o relator pode pedir informações aos tribunais sobre demais causas com questões idênticas<sup>90</sup>.

#### I) Os critérios para a modificação da tese

A repercussão geral, segundo o procedimento hoje adotado no STF, se positiva por inércia. É que, como a Constituição Federal exige o quorum de 2/3 dos votos para negar a repercussão geral, dificilmente se alcança esse *quorum* qualificado de recusa na Turma e, portanto, é possível que os recursos acabem chegando ao plenário sem que, de fato, a controvérsia possua repercussão geral.

Nesse caso, como o Supremo Tribunal não pode mais conhecer recurso extraordinário se «a questão nele versada não oferecer repercussão geral», tratando-se de norma impeditiva ao exercício da jurisdição, não submetida a formulas preclusivas, se o RE passa pelo primeiro crivo, o do plenário virtual, não passará necessariamente pelo crivo do plenário real que poderá negar a repercussão, não admitindo o recurso.

Mas, se o STF entende que uma questão constitucional é irrelevante numa época, pode vir a considerá-la como relevante noutra época, admitindo o recurso?

<sup>89</sup> A circunstância de que os REs são sobrestados no tribunal local *sem jútzo de admissibilidade*, possibilita a aplicação do acórdão paradigma objetivamente a todos que satisfaçam os pressupostos legais, entre os quais não se inscreve o prequestionamento, que é uma construção jurisprudencial.

<sup>90</sup> Art. 328 do RISTF. A norma visa permitir que os tribunais locais, diante da notícia da existência de RE com repercussão geral no STF, identifiquem REs onde a mesma controvérsia esteja presente e informem à Suprema Corte que, desse modo, tem clara percepção do nível de repetição de causas em todo o país.



A lei processual admite expressamente a possibilidade de o STF modificar seu entendimento quanto à repercussão ao prescrever no seu art. 543-A, § 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».

O procedimento de avaliação da repercussão geral da controvérsia não contém regras explícitas acerca de modificação do entendimento do tribunal. O art. 327 do RISTF apenas faz referência a procedimento de revisão da tese; parece-nos, entretanto, que o meio natural de rever teses é o do julgamento pelo plenário do tribunal e, na medida em que a jurisprudência é reafirmada, ou é abandonada, por votação de dois terços de seus membros dever-se-ia lavrar súmula vinculante, com o que se alcança a uniformização e os mesmos objetivos da repercussão geral.

Pode suscitar perplexidade o fato de um tribunal negar a uns um recurso e admiti-lo para outros em casos idênticos, especialmente um Tribunal Constitucional. Mas isso só constitui verdadeira ofensa à isonomia quando, permanecendo iguais os pressupostos e as condições de admissibilidade recursal, não tenha havido mudanças no plano fático ou no plano do direito envolvendo a controvérsia.

Tendo em conta que a transcendência ou repercussão geral está associada a aspectos políticos, econômicos, sociais ou jurídicos, subsistemas submetidos ao devir histórico e logicamente sujeitos à mutação, determinadas questões constitucionais assumem relevância como resultado de juízos de valor, variáveis no tempo sob o influxo do processo histórico e cultural<sup>91</sup>.

Por isso, embora se reconheça dificuldades nesse tema da mutação constitucional, nos parece que o Supremo Tribunal Federal deveria desenvolver alguns parâmetros<sup>92</sup>, por meio dos quais uma controvérsia reputada sem transcendência diante de um determinado contexto pudesse vir a adquirir densidade jurídica suficiente para a admissibilidade de novo recurso extraordinário<sup>93</sup>.

<sup>91</sup> «O significado válido dos textos é variável no tempo e no espaço, histórica e culturalmente. A interpretação do direito não é mera dedução dele, mas sim processo de contínua adaptação de seus textos normativos à realidade e seus conflitos». (Min. Eros Grau, na ADPF 153. DJ 05.08.2010).

<sup>92</sup> Casos em que o Tribunal dividiu-se num e noutro sentido da decisão ou em que a composição não era integral, ou mesmo em caso de considerável renovação de seus membros, são exemplos a serem considerados como critérios normativos para revisão da tese.

<sup>93</sup> Talvez um dos critérios pudesse ser o de explicitar, com precisão, sempre que se negue a *relevância*, o dado preciso da realidade do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico existente à época da decisão, de modo a ficar claro, num juízo posterior, se as referências (o dado da realidade) que envolvem a controvérsia mudaram a ponto de justificar o conheci-

## J) A aplicação de precedentes em RE com eficácia geral

A presença do Senado Federal como protagonista na atividade de controle difuso de constitucionalidade, competente nos termos do art. 52, X, da CF, para suspender a execução da norma declarada inconstitucional pelo STF em sede de recurso extraordinário, tem sido criticada por setores da doutrina<sup>94</sup> e, inclusive, em algumas decisões do STF<sup>95</sup>.

Ressaltam haver um processo de objetivação do recurso extraordinário, uma tendência na afirmação do papel do STF como Tribunal Constitucional<sup>96</sup>, instância definitiva encarregada da guarda e interpretação da Constituição Federal.

A tese é de fácil aceitação quando se pensa no STF, não como um tribunal de cassação e re julgamento do caso concreto, mas como Tribunal Constitucional cuja missão precípua, no controle de constitucionalidade, é fixar a adequada interpretação da norma à luz da Constituição Federal, provendo a defesa objetiva da ordem constitucional.

No plano normativo, o surgimento dos institutos da súmula vinculante e da repercussão geral — a par da própria ADPF — contribuem para o reforço dessa missão e impõem uma postura de compromisso com a força normativa da Constituição, reduzindo ao mínimo possível a divergência de decisões judiciais acerca do que é, ou não, constitucional.

A virtualidade desses mecanismos permite que se alcance, nos julgamentos dos recursos extraordinários, resultados práticos semelhantes aos que se chegaria com a suspensão, pelo Senado, de execução da norma declarada inconstitucional, na medida em que, enquanto por meio da sú-

---

mento do recurso. Percebe-se, no entanto, que as manifestações dos Ministros, em geral, baseiam-se em pautas genéricas de apreciação, atentos mais à possibilidade de repetição de casos iguais. A identificação dos fundamentos determinantes (*ratio decidendi*), separando-os dos *obiter dicta*, portanto, é essencial.

<sup>94</sup> Luis Roberto BARROSO, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, 2ª ed., Saraiva, São Paulo, 2006, p. 111.

<sup>95</sup> V. g. Recl. 4.335-5-Acre, rel. Min. Gilmar Mendes, ainda pendente. No RE 298.694, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 23.04.2004, o STF mudou a orientação então vigente, admitindo a possibilidade da Corte declarar a inconstitucionalidade da norma por motivos diversos dos da decisão recorrida.

<sup>96</sup> «O Supremo Tribunal Federal tem entendido, a respeito da tendência de não-estrita subjetivação ou de maior objetivação do recurso extraordinário, que ele deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva. Precedentes (STF, RE 475812, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, DJ 04.08.2006); «5. A manutenção de decisões das instâncias ordinárias divergentes da interpretação adotada pelo STF revela-se afrontosa à força normativa da Constituição e ao princípio da máxima efetividade da norma constitucional» (STF, RE 328812-ED, Rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, DJ 30.04.2008).

mula vinculante — que advém de decisões reiteradas em matéria constitucional, podendo provir até de RE — a decisão do STF cria a obrigatoriedade dos órgãos judiciários seguirem a sua orientação, pelo instituto da repercussão geral os efeitos transcendentais da decisão vão se expandindo para casos iguais ou semelhantes, produzindo os efeitos uniformizadores da jurisprudência constitucional.

Tais resultados se concretizam na possibilidade jurídica que têm os tribunais pátrios de aplicar os precedentes jurisprudenciais do STF como fundamento para recusar seguimento<sup>97</sup> ao recurso extraordinário<sup>98</sup>. E agora, com o pressuposto da repercussão geral, negada esta em um caso pelo STF, essa decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica<sup>99</sup>, o que significa dizer que, nessas duas hipóteses, os extraordinários interpostos não serão julgados e prevalecerá, independente da intervenção do Senado, a orientação contida nos precedentes do Tribunal por força própria, alcançando uma eficácia geral contra todos.

Verifica-se, assim, a presença de mecanismos internos ao sistema processual<sup>100</sup> orientados pela finalidade de proteção à ordem constitucional sob prisma objetivo, superando a perspectiva tradicional do Recurso Extraordinário como instrumento exclusivo de defesa de interesses subjetivos, em cuja ótica a declaração de inconstitucionalidade da norma, para alcançar eficácia *erga omnes*, requeria o concurso do Senado Federal como órgão político na desconirmação da lei, compartilhando com o STF a função jurisdicional, nas vestes de um típico — e já ultrapassado — legislador negativo.

<sup>97</sup> A admissão do RE, no nosso sistema, se dá primeiro no tribunal *a quo*, satisfeitos os pressupostos gerais. O STF realiza a admissão do RE em caráter definitivo.

<sup>98</sup> CPC: «Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. (Redação dada pela Lei n.º 9.756, de 17.12.1998).

§ 1º-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso. (Incluído pela Lei n.º 9.756, de 17.12.1998).

<sup>99</sup> Art. 543-A, §5º, do CPC.

<sup>100</sup> Também no controle difuso no âmbito dos tribunais há mecanismo de uniformização entre os órgãos fracionários e vinculação a jurisprudência do STF: «Art. 480. Argüida a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público, o relator, ouvido o Ministério Público, submeterá a questão à turma ou câmara, a que tocar o conhecimento do processo.

Art. 481. Se a alegação for rejeitada, prosseguirá o julgamento; se for acolhida, será lavrado o acórdão, a fim de ser submetida a questão ao tribunal pleno.

Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a argüição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão. (Incluído pela Lei n.º 9.756, de 17.12.1998).

## 5. CONCLUSÃO

A título de conclusão pode-se dizer que o constituinte de 1988 teve clara preferência para o sistema concentrado. Criou múltiplas vias de acesso direto ao Tribunal Constitucional com ampla legitimação institucional e, em duas delas, absorveu matérias do controle difuso visando corrigir o déficit decorrente da ausência de instrumento de controle preventivo.

No entanto, a ausência de eficácia *erga omnes* das decisões do STF na via do controle difuso (RE) e a postura de alguns tribunais quanto ao significado das decisões proferidas no âmbito do controle concentrado permitiam que uma questão já resolvida pela mais alta corte do país pudesse ser reintroduzida no sistema judicial.

O Executivo e o Legislativo não se sentiam vinculados às decisões do STF e tinham possibilidades de reeditar leis ou atos normativos por ele declarados inconstitucionais.

A necessidade de colmatar essas lacunas, que significavam afronta à autoridade do Tribunal Constitucional gerando grave insegurança jurídica, justificaram a reforma constitucional de 2004 que promoveu relevante ordenação para o sistema de controle de constitucionalidade.

A unificação na sistemática de efeitos dos acórdãos no controle concentrado e o poder conferido ao STF de fixar, em definitivo e com caráter abrogante, a interpretação constitucional para todo o ordenamento jurídico representaram o elemento decisivo na feição do Tribunal Constitucional.

A decisão política na manutenção da tradicional via do controle difuso e a adoção dos novos mecanismos referidos, produzindo o fechamento ou acoplamento estrutural do sistema global, impôs um redesenho na relação intra-orgânica do Poder Judiciário.

Os juízes e tribunais, antes quase alheios às decisões do STF, passam a ter ampla via de comunicação com o Tribunal Constitucional convertendo-se em protagonistas de um modelo integrado, no qual o diálogo dos tribunais afigura-se essencial à mecânica dos precedentes vinculantes.

Ao contrário do que ocorre noutros países, onde há simples mescla de fórmulas processuais justapostas, o sistema brasileiro apresenta agora uma das mais complexas estruturas: um controle concentrado por quatro vias ativadas por um amplíssimo rol de legitimados, um controle difuso universal e um subsistema de jurisdição concentrada nos tribunais estaduais.

O seu caráter híbrido é traduzido não apenas por esses aspectos estruturais, senão também porque, por meio da ADC e ADPF, pode o STF intervir diretamente sobre os processos do controle difuso em que o ato esteja sendo discutido, paralisando-os e substituindo suas decisões em caráter definitivo.

O sistema inova a fórmulas internas ao controle concentrado pela estratégia de ampliação do objeto de controle e parâmetro constitucional. Realiza-se, com essas ações, uma síntese metodológica entre os modos difuso e concentrado no STF, sob o regime do processo objetivo, no propósito de antecipar/prevenir problemas constitucionais determinados.

A própria via do controle difuso, de outro lado, ganha um tom objetivo se se observa que, pelo fenômeno da repercussão geral, a) os precedentes passam a condicionar a admissão do recurso extraordinário e b) muitas questões constitucionais passam a ser resolvidas pela extensão dos efeitos de uma única decisão do STF sobre a controversia.

Os tribunais locais, de seu turno, têm seus poderes ampliados com a prerrogativa de eleição das causas representativas da controversia que serão encaminhadas ao STF e, naquelas que não hajam repercussão geral, passam a ter a última palavra sobre o direito aplicável.

O trato homogêneo da questão constitucional aparece como otimização do modo de tutela efetiva da força normativa da Constituição, para o que são convocados interessados e amigos da corte, ampliando a legitimidade social da jurisdição constitucional.

Todavia se observa que o alto nível de complexidade adquirido pelo sistema ao longo de um processo histórico, marcado por uma forte cultura do controle judicial difuso combinado com a introdução de técnicas do controle concentrado, há de ser revisto e simplificado, unificando-se as vias de ação direta.

É um tempo de progresso institucional que a história começa a registrar, resultando uma complexa simbiose não inteiramente assimilável pelos juristas, desafiando novos desenvolvimentos e uma práxis criativa, que colocará novos problemas jurídicos, certamente exigindo novas investigações científicas.

