

INTRODUÇÃO

Com o fenômeno de “constitucionalização do direito” na segunda metade do século XX, ocorre uma inevitável aproximação entre direito processual e Constituição. A concepção dessa ciência passa a estar inserida no contexto do Estado Social e Democrático de Direito, demandando-se, portanto, uma finalidade/legitimação pública, condizente com o titular do poder constituinte.

Portanto, todos passam a invocar a prestação da tutela frente o ente estatal como direito fundamental de “acesso à justiça”, perdendo-se, então, a característica de um instituto indiferente à realidade social.

É sob o contexto dessa nova ordem constitucional que o sistema irá reger-se com base em regras e princípios. E isso também veio a ocorrer no Brasil, uma vez assimiladas essas idéias estrangeiras pelo constituinte de 1988, promovendo-se, numa Carta dotada de supremacia material e axiológica, uma série de preceitos fundamentais de relação intrínseca com o processo,¹ de forma que essa ciência possa concretizar um direito igualitário e justo².

Nesse passo, o direito fundamental de ação³ passa a ser consagrado não em favor de alguns, mas à coletividade, indistintamente, de modo que todos possam obter, sob a ótica da dignidade da condição humana, o primeiro e maior direito humano, o direito de obter todos os demais direitos, sendo necessário, além da previsão legal, um aparato estatal que possa contribuir de forma efetiva.

¹ Tais como o direito à jurisdição, como consectário do direito de ação (art. 5º, XXXV), o direito ao juiz natural (art. 5º, XXXVII e LVIII), direito à isonomia (art. 5º, *caput*), direito ao contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV), direito à prova (art. 5, LVI), direito à motivação e publicidade das decisões judiciais (art. 93, IX), dentre outros.

² ALVES, Francisco Glauber Pessoa. **O princípio jurídico da igualdade e o Processo Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.12.

³ *Idem*, p. 11. E ainda, MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo** v. 1. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 37. Assim, faz-se imperioso trazer à colação a lição deste autor, para quem o direito de ação compreende três aspectos: “direito de acesso à jurisdição, direito ao processo justo e direito à técnica processual adequada.” Diz ainda que (...) “nenhum desses aspectos, isoladamente considerado, comporta toda a complexidade do direito de ação; todos eles se complementam para definir adequadamente esse direito. Qualquer conceituação que ignore algum desses aspectos será necessariamente incompleta”

Assim, revela-se o acesso à justiça não apenas um direito social fundamental, mas o ponto central da moderna processualística.

Sem dúvida, foram inúmeros os fenômenos determinantes para o crescimento dessa atuação do Estado-Juiz, destacando-se a “massificação” da sociedade capitalista do século XX, e ainda, para alguns, o neoconstitucionalismo e a judicialização da política, tendo como efeito, ao revés, o inchaço das máquinas judiciárias, especialmente nos órgãos de instância superior, e a perda da efetividade do direito de ação, algo que já havia sido detectado desde o início do século XX.

No entanto, modernamente, já sob o fenômeno de abertura constitucional⁴ e a globalização⁵, com o surgimento dos “novos direitos” fica, então, evidenciada a ausência de instrumentos hábeis a dar uma qualitativa resposta ao jurisdicionado, deflagrando-se uma situação de impotência do Estado para atender a essa realidade social que, repita-se, urge por uma tutela jurisdicional efetiva.

Nos dizeres consagrados de Rui Barbosa, “justiça tardia nada mais é do que injustiça institucionalizada”,⁶ de modo que se faz crucial no contexto sócio, político e econômico atual, que o Judiciário brasileiro retome as rédeas de sua trajetória institucional, no sentido de atuar sob o prisma constitucional da eficiência, especialmente no que tange a atuação de sua Corte Constitucional, a qual se encontra na posição “de vela na cúpula do Estado.”⁷

Pois, partindo-se da premissa doutrinária que o processo justo está intrinsecamente relacionado ao perfil do Judiciário, sobretudo, no que se refere à organização dos tribunais superiores, faz-se indispensável que o órgão excelso

⁴ “Numa expressão mais simples, pode-se afirmar que o Estado Constitucional Democrático da atualidade é um Estado de abertura constitucional radicado no princípio da dignidade do ser humano” (CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A Constituição aberta e os direitos fundamentais**, São Paulo: Forense, 2003, p. 16).

⁵ Samantha Chantal Dobrolwolski afirma que “a globalização forçou a idéia da necessidade de inclusão máxima de direitos num Estado-Nação, fazendo que se reconheça a pluralidade advinda do mundo aberto do século XXI.” (*In A construção social do sentido da democracia contemporânea: entre soberania popular e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 202).

⁶ BARBOSA, Rui. **Justiça** - O Pensador - Frases. Disponível em: <<http://pensador.uol.com.br/frase/NTczNTg1>> Acesso em: 04 out. 2011.

⁷ Consoante asseverado pelo ilustre mestre Rui Barbosa. (VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**, *Revista de Direito GV*, São Paulo, n. 4(2), jul/dez 2008, p. 441).

abandone a função de coadjuvante para se dedicar a uma atuação protagonista, ainda que realizada sob “escolhas provisórias”,⁸ através de consensos mais concretos, valorizando-se os dissensos sempre em favor da realização constitucional.

Assim, contribui-se para a estabilização do entendimento da Carta e o fortalecimento de uma democracia que vem se perfazendo através de um discurso deliberativo em que a sociedade colabora para o resultado do julgamento, principalmente nos *hard cases* caracterizados por uma frequente “tensão”⁹ e harmonização,¹⁰ ou “ponderação” de princípios constitucionais, conferindo-se, assim, maior legitimidade às decisões do Judiciário enquanto órgão não eleito pelos cidadãos, sendo estes intérpretes dinâmicos da Constituição.

A atual função que o Supremo Tribunal Federal ocupa encontra-se em posição bastante diversa das missões a ele incumbidas. E no cenário jurídico atual, a Corte Constitucional ainda está longe de ser a “guardiã da Constituição” - expressão contida no *caput* do art. 102 da “Magna Carta”, e derradeiramente utilizada pela doutrina -, mas, de fato, no mais das vezes, uma instância revisora dos feitos locais.

É com o propósito de estabelecer a técnica processual adequada ao atual contexto, que o constituinte derivado veio modernizar as técnicas processuais no âmbito do Supremo Tribunal Federal, através da Emenda Constitucional nº 45/2004, introduzindo na “Carta Magna” diversos princípios constitucionais, dentre eles o direito à “duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII), “celeridade” e efetividade (art. 5º, XXXV, e LXXVIII, da CR/88), como corolário da isonomia em sua acepção

⁸ Clémerson Merlin Clève, em excelente explanação proferida no Seminário Internacional Trabalho e Constituição, realizado no Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, em Curitiba/PR, no dia 24 de junho de 2010, ressaltou isso muito bem ao afirmar que “hoje, todos os movimentos sociais reivindicam em nome da CR, não a sua aplicação. Na verdade, o que falta são consensos mais concretos. O campo da discussão é o da política e o dissenso opera em favor da realização constitucional. Não há como prescindir do paternalismo sem uma igualdade material. A CR de 88, aponta para um paternalismo não radical, não sendo liberal para que haja uma sociedade mais justa e solidária. Na realidade, Weimar foi um “laboratório” de Direito constitucional, sendo um tempo rico da recente história da humanidade. O que há, hoje, mais uma vez, é uma era de radicalismos em alguns países. Assim, devemos lutar para que haja um consenso constitucional, levando-se em conta que os direitos fundamentais deverão ser protegidos na área da democracia e dos direitos políticos.”

⁹ Nesse sentido, Robert Alexy (*In Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2001, p. 112) e ainda Daniel Sarmiento (*In Por um constitucionalismo inclusivo: história brasileira*. teoria da Constituição e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 238).

¹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**, Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 226.

mais ampla (art. 5º, *caput*, da CR/88), instituindo-se, no ordenamento jurídico, através da Lei nº 11.418/2006, um mecanismo de seleção e filtragem que vem transmutar as feições do recurso extraordinário.

Essa alteração veio a se agregar a uma série de reformas introduzidas ao longo das últimas décadas no direito processual civil brasileiro,¹¹ tendo por escopo a realização de direitos fundamentais processuais, especialmente, a tutela jurisdicional efetiva que prescinde ser adequada, tempestiva, (por consectário do direito de ação), objetivando a obtenção do direito material de modo mais célere.

Saliente-se que esse mesmo espírito também vem predominando na elaboração do projeto do novo Código de Processo Civil, ao se priorizar, nesse aspecto, a redução drástica de recursos até a sentença, criando-se o incidente de resolução de demandas repetitivas no âmbito dos tribunais locais (como uma “espécie de repercussão geral”). Também, a possibilidade de aplicação de multas consideráveis para recursos procrastinatórios e de má-fé, e, ainda, em alguns casos, a possibilidade bastante controversa de se realizarem julgamentos virtuais, sem olvidar da necessidade de instituição de um novo paradigma de processo digital eletrônico, alterações essas que têm por objetivo a uniformização das decisões em controvérsias semelhantes, de forma a se obter uma justiça mais ágil e previsível.

Aliás, os princípios que regem o novo diploma processual civil em vias de aprovação no parlamento brasileiro, são categóricos em evidenciar uma relação intrínseca desse instituto com a Constituição de 1988.¹²

Assim, caracteriza-se a repercussão geral como sendo um novo pressuposto recursal inserido pelo constituinte derivado na via extraordinária, que se perfaz através

¹¹ A título de exemplo, as reformas constantes nos arts. 273 e 461 do CPC referentes à antecipação de tutela e tutela específica, respectivamente, dentre outras, em atendimento ao art. 5º LXXVIII, da CR/88.

¹² Assim, preceitua o art. 1º do projeto do novo CPC (PL n. 8.046/2010): “O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e os princípios fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.” Reza, ainda o art. 6º que “Ao aplicar a lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, observando sempre os princípios da dignidade humana, da razoabilidade, da legalidade, da impessoabilidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência.”

de uma análise, segundo Luiz Guilherme Marinoni, “qualitativa/quantitativa”,¹³ delimitando o âmbito da competência no controle difuso, de modo a promover um julgamento equânime em controvérsias idênticas, reduzindo as atividades da máquina e o redirecionamento da atuação do Supremo Tribunal Federal apenas nos casos de notável relevância e consideráveis reflexos à sociedade.

Portanto, é um instituto que objetiva não apenas a dar uma nova roupagem ao referido recurso, mas também a alterar, sensivelmente, as características da atuação da Corte Constitucional Brasileira já com alguns ares de *Supreme Court*.

Esse estreitamento da via difusa decorre de um fenômeno processual importado do modelo estadunidense, o *writ of certiorari*,¹⁴ sendo também aderido por diversas Cortes Constitucionais em razão do fortalecimento dos meios de fiscalização de constitucionalidade ante a nova ordem constitucional, originando-se, na Europa Continental, uma espécie de duas concessões, ou funções privada e pública,¹⁵ de modo a possibilitar não apenas a seleção de relevantes casos concretos, mas a necessária uniformização do texto constitucional, abrindo-se oportunidades para inéditas discussões em prol da efetividade jurisdicional e a consagração de novos direitos.

Assim, ainda com nuances, algumas mais restritas à lei, outras com ampla discricionariedade, o mecanismo de seleção e filtragem vem se revelando uma tendência mundial das Cortes.

¹³ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **A repercussão geral no recurso extraordinário**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.37.

¹⁴ DANTAS, Bruno. **Repercussão geral**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 97. Também MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **A repercussão geral no...**, p. 33.

¹⁵ Elisabetta Silvestri afirma que **muito diversa é a situação das Cortes Supremas que são também Cortes de Apelação, (a saber, cortes que, em linha de princípio, se ocupam tanto do direito, quanto do fato) e que, como tais, devem desempenhar em predomínio a função “privada”**. Na realidade, estas cortes são sempre mais orientadas a resolver a função “pública” de entendimento no sentido dinâmico, a saber, como função que atribui à Corte o papel de principal artífice da evolução do direito vigente. Já foi posto em evidência como esse papel, por ser incisivo, pressuponha uma rigorosa seleção dos casos. (SILVESTRI, Elisabetta. **Corti Supreme Europee**: accesso filtri e selezione - Le Corte Supreme- Atti Del Convegno – Milano: Giuffrè Editore, 2001,p. 108-109).

No Brasil, passados aproximadamente cinco anos da regulamentação desse instituto, as estatísticas começam a apontar uma saída eficaz para o desafogamento do Supremo Tribunal Federal.¹⁶

Para a doutrina majoritária, a solução para o acesso irrestrito à jurisdição constitucional no âmbito da Corte brasileira parece estar sendo solucionada através da Emenda Constitucional nº 45, ao ser traçado novo formato para o recurso extraordinário.

No entanto, vem merecendo uma análise cuidadosa a forma de processamento do *certiorari* brasileiro, alertando-se para a necessária criação de regras e procedimentos que visem maior segurança ao jurisdicionado, principalmente em razão do efeito multiplicador dos casos “por amostragem”, ou também denominados “paradigma”.

Dessa forma, o trabalho tem por finalidade expor a origem e evolução da repercussão geral e seus efeitos, à luz dos movimentos históricos que marcam o crescimento do controle de constitucionalidade e a atuação das Cortes no Brasil e no Mundo, as principais controvérsias doutrinárias, jurisprudenciais, dados, e ainda, a trajetória do instituto no direito brasileiro no sentido de propiciar um refinamento do debate e o reequadramento da função paradigmática em caráter provisório do Supremo Tribunal Federal, enquanto órgão excelso do Judiciário.

Ainda, pretende-se chamar a atenção para os eventuais obstáculos de ordem prática que possam comprometer o seu manejo democrático, atentando-se, ainda, para a “jurisprudência defensiva,” como contraponto ao acesso à justiça e inviabilização de direitos.

¹⁶ Em discurso de abertura do Anuário de 2011, o Presidente do STF Ministro Celso Peluso destacou que “esses e outros consideráveis resultados obtidos em 2010, testemunhos de desempenho singular, nem sempre reconhecido, em favor do cidadão, constituem produto direto da introdução de medidas concebidas, formuladas e negociadas pelo Judiciário, como, por exemplo, a sistemática da Repercussão Geral, que possibilitou, em pouco mais de três anos de vigência, alteração significativa do perfil dos julgamentos da Corte.” (**Discurso do presidente do STF, Min. Cezar Peluso, na abertura do ano judiciário de 2011.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfDestaque_pt_br/anexo/Discurso_abertura_ano_judiciario.pdf> Acesso em 12 out. 2011).

A pesquisa inicia-se fazendo um breve panorama sobre o controle de constitucionalidade brasileiro à luz do direito comparado e dos movimentos históricos que marcam esse contexto, direcionando-se para análise da evolução do controle difuso até os dias atuais no Brasil.

Posteriormente, faz-se uma análise da evolução do recurso extraordinário até o momento de sua objetivação, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45, passando-se, então, a se discorrer sobre o advento do mecanismo da repercussão geral diante do contexto de “crise” vivida pelo Supremo Tribunal, seus efeitos, demonstrando-se uma aproximação entre o modelo difuso e concentrado como resultado de um modelo contemporâneo de constitucionalidade.

Num segundo momento, serão analisadas questões acerca da natureza e do procedimento da repercussão geral perante o Supremo Tribunal Federal, incluindo-se as principais controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais, bem como um breve panorama sobre as Cortes Constitucionais Européias e sua respectiva atuação política e jurídica, e ainda, a adoção do respectivo mecanismo de “seleção e filtragem” e seus efeitos.

Por fim, serão apresentados dados extraídos do próprio *site* do Supremo Tribunal Federal que possam revelar se a repercussão geral vem realizando uma mudança positiva no cenário brasileiro, para, após, serem analisadas as transformações delineadas no controle de constitucionalidade e a evolução da atuação daquela Corte Superior enquanto órgão político responsável pela realização dos direitos fundamentais e a estabilização do texto constitucional, em atuação conjunta com a sociedade no Estado Democrático.

Ademais, será avaliada a repercussão geral frente à dificuldade majoritária da jurisdição constitucional contemporânea, examinando-se os eventuais contratemplos que podem levar à condução antidemocrática do instituto e o caminho para o manejo legítimo da repercussão geral, de modo a caracterizá-la como instrumento de

efetivação de direitos processuais fundamentais, especialmente o direito à tutela jurisdicional efetiva e tempestiva.

O destaque conferido pelos veículos nacionais de imprensa demonstra o interesse da atual sociedade brasileira aos pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal, o que se reforçou após a vigência do instituto da “repercussão geral” na medida em que a Corte passa a dar prioridade na análise das questões constitucionais de notável relevância em sede de controle difuso.

Com efeito, fomentou a possibilidade de um rico debate na arena judicial entre todos os intérpretes devidamente representados, através da pluralização da discussão entre setores de uma sociedade multicultural e plural, e uma criteriosa e fundamentada admissibilidade do *amici curiae*, para que assim se viabilize um consenso democrático no processo de tomada de decisões pelo Tribunal Superior.

A ascensão dos países da América Latina demarca um novo ritmo ao constitucionalismo atual em razão de sua pluralidade e diversidade cultural, sendo o grande “laboratório” da evolução humana no século XXI.

Assim, o Brasil passa a ser o foco das atenções no âmbito internacional, não apenas sob o prisma político-econômico, mas, igualmente, sob o aspecto institucional, ou seja, de evolução das instituições públicas no sentido de possibilitar a concretude de direitos fundamentais, sobretudo, dos direitos humanos. Revela-se, portanto, um grande momento para o Judiciário dar um passo considerável na consolidação da democracia brasileira.

UM PANORAMA ACERCA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO NO BRASIL

1.1 A evolução dos modelos difuso e concentrado de constitucionalidade

Inicialmente, observar-se-á ao longo do trabalho, que a evolução do controle de constitucionalidade no direito brasileiro está constantemente sofrendo influências de um direito comparado, marcado por profundas transformações ocorridas ao longo dos séculos XX e XXI.

Assim, pretende-se abordar não apenas a história do controle de constitucionalidade no Brasil, mas também a origem indissociável desses movimentos históricos para a evolução do Direito.

1.1.1 As origens do sistema difuso e concentrado de constitucionalidade

Atualmente, em se tratando de Tribunais Constitucionais, juristas remontam aos tempos da idade antiga e, reformulando a questão “quem guardará os guardiões?”,¹⁷ demonstram a recorrente preocupação sobre um possível “senhor da Constituição” da modernidade, haja vista que isso poderia incorrer na figura de um “duplo chefe de Estado”¹⁸, ameaçando, sobremaneira, a conquista do Estado Social e Democrático.

¹⁷ São diversos os tipos de “guardiões das constituições” existentes ao longo da história da humanidade. (WOLFE, Christopher. **La transformacion de la interpretacion constitucional**. Traducción de Maria Gracia Rubio de Casas y SonsolesValcárce. Madrid: Editorial Civitas, 1991, p 50). Um exemplo clássico, frequentemente citado pela doutrina, são dos éforos espartanos (227 a. C.), como encontrado em Rousseau (ROSSEAU, Jean-Jaques. **O contrato social e outros escritos**. São Paulo: Editora Pensamento, 1998, p. 120) e ainda, o incontestável *quis custodiet ipsos custodes*, de Sócrates (séc. V a.C.), momento em que já se questionava “quem vigia os vigilantes?”, (SÓCRATES. **O diálogo democrático**. Disponível em: <<http://www.mundodosfilosofos.com.br/socrates>> Acesso em: 30 ago. 2011), tendo Platão, seu discípulo, afirmado, tempos depois, a seguinte expressão (séc. V a.C.): “os guardiões irão sempre proteger deles mesmos?” (PLATÃO. **A república**. Disponível em: <www.mundodosfilosofos.com.br/platao2.htm> Acesso em: 30 ago. 2011). Assim, desde a Idade Antiga já existia o debate na filosofia acerca da necessidade de uma classe guardiã das cidades como ideal de uma sociedade perfeita.

¹⁸ SÓCRATES. **O Diálogo democrático**. Disponível em: <<http://www.mundodosfilosofos.com.br/socrates>> Acesso em: 30 ago. 2011.

Essa é uma inquietação ainda encontrada nos tempos atuais, principalmente quando se questionam os limites de atuação do Judiciário¹⁹, como será analisado.

Como afirma a doutrina, a simples elaboração de uma Constituição, em seu sentido formal, não é causa suficiente para a incidência de uma fiscalização jurisdicional, sendo necessário um *plus*, nas palavras de Jorge Miranda, que “a supremacia da constituição se revele um princípio jurídico operativo”.²⁰ Foi o que veio a ocorrer no *judicial review*.

No século XVIII,²¹ antes mesmo do advento da Constituição Americana, juízes já sustentavam a possibilidade da não aplicação da lei ao caso concreto em razão da sua menor importância, sendo essa análise de índole subjetiva.²² No entanto, isso apenas veio a ter repercussão em 1803, no *Marbury x Madison*,²³ mais de um século após o advento da Constituição dos EUA, através do notável precedente em que se

¹⁹ O autor salienta como equivocada a expressão “judicialização da política”, expressão derradeiramente utilizada pela doutrina, apontando como correta a “politização da justiça”. (MIRANDA, Jorge. **Direito Constitucional** – Tomo IV – Inconstitucionalidade e Garantia da Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 4. ed., 2008, p. 116.

²⁰ *Idem*, p. 113.

²¹ Mauro Cappelletti afirma que, apesar do juiz americano ter sido o primeiro a estabelecer esse exemplo contemporâneo, já havia, em outros tempos, até mesmo entre os clássicos, uma espécie de “supremacia de uma dada lei ou de um dado corpo de leis”. (CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1988, p.46.

²² Havia uma hierarquização das leis coloniais em detrimento das normas superiores, donde veio a surgir o padrão da Constituição rígida. No entanto, em 1787, é promulgada a Constituição dos Estados Unidos, sendo contemplado em seu art. 3º o único órgão do Judiciário, a *Supreme Court*, atribuindo-se à Corte, matérias cuja apreciação seria de caráter obrigatório e facultativo, e ainda, deixando-se ao encargo do Congresso Nacional a criação dos demais órgãos do Judiciário. Embora não fosse expressamente contemplado um princípio vinculativo de origem britânica do *stare decisis quieta movere*, pode-se dizer que este já estava inserido na cláusula *due process of law*, quando do advento da décima quarta emenda à Constituição. (MENDES, Gilmar Ferreira *et. all.* **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011, p.1062).

²³ Em 1803, ocorre de forma inédita a criação de um precedente no sentido de afastar determinada lei infraconstitucional contrária à *paramount law*, ocasião essa em que a decisão se tornou obrigatória não apenas à *Supreme Court*, mas também a todos os demais tribunais estadunidenses. A partir desse episódio, o *Chief of Justice John Marshall* admite a possibilidade de as decisões da Suprema Corte revestirem-se de autoridade judiciária federal sob os tribunais dos Estados, dotando-se de um “poder transcendental” perante o Estado. (MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de....**, p. 1062). Acerca da questão, destaca Luis Roberto Barroso que *Marshall* expõe três fundamentos para o controle judicial de constitucionalidade, sendo eles (i) a supremacia da Constituição; (ii) “a nulidade da lei que contrarie a constituição”; (iii) “é o Poder Judiciário o intérprete final da Constituição”. (BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 8)

afastou a incidência de uma lei infraconstitucional contrária à *paramount law*,²⁴ inaugurando-se, publicamente, o controle judicial das leis.

Embora tenha como herança o sistema da *commow law*, o direito norte-americano não aderiu à característica basilar do direito britânico da supremacia do Parlamento,²⁵ relacionando-o à Constituição como seu princípio maior, e reservando ao Judiciário papel de “intérprete qualificado e final.”²⁶ Mas isso não significa uma inércia do legislativo estadunidense, muito pelo contrário, sua atuação foi sempre ativa e notável.²⁷

Como afirma Maurizio Fioravanti,²⁸ o berço do *commow law* tem origem no *ius comune* da Idade Média, no século XV, que, para alguns, reflete uma época marcada por um “eclipse da constituição.”²⁹ Já, para o autor, esse foi um período de composição bastante particular, “sensível” e “relevante” do constitucionalismo.

Com a queda do império romano, inexistia uma forma típica de poder, havendo necessidade de políticas participativas, discutindo-se regras, acordos, equidade, práticas de equilíbrio, gozando-se das liberdades concretas decorrentes da prática social.

Assim, caracteriza-se a Constituição Medieval, basicamente: (i) pela relação intrínseca de limitação dos poderes públicos, e (ii) pelo conjunto de relações a partir de

²⁴ SLAIBI FILHO, Nagib. **Breve história do controle de constitucionalidade**. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/institucional/dir_gerais/dgcon/pdf/artigos/direi_const/breve_historia_controle_constitu.pdf> Acesso em: 02 ago. 2011.

²⁵ Segundo Jorge Miranda, essa supremacia do Parlamento consubstancia-se no seguinte: “(i) poder do legislador de modificar livremente qualquer lei, de forma fundamental ou não; (ii) de distinção jurídica entre leis constitucionais e ordinárias; (iii) inexistência de autoridade judiciária ou qualquer outra com o poder de anular um ato do Parlamento ou considerá-lo nulo ou inconstitucional.”(MIRANDA, Jorge. **Direito...**, p. 123.

²⁶ Luis Roberto Barroso, mencionando Eduardo García de Enterría, afirma que “la técnica de atribuir a La Constitución el valor normativo superior, inmune a las Leyes ordinárias y más bien determinante de la validez de éstas, valor superior judicialmente tutelado, es la más importante creación, com El sistema federal, del constitucionalismo norteamericano, y su gran innovación frente a la tradición inglesa de que surgió.” (BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no...**, p. 66).

²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law e commow law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista de Faculdade de Direito da UFPR**. Curitiba/PR, n. 49, 2009, p.19.

²⁸ Nesta parte da obra, o autor vem tratar da Idade Média, considerado por muitos um ponto obscuro do constitucionalismo. Para ele, o engano é comum, porém, trata-se de um momento de composição bastante particular, sensível e relevante do constitucionalismo. (FIORAVANTI, Maurizio. **Constitution, de la antigüidad a nuestros días**. Tradução de Manuel Martinez Neira. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 33).

²⁹ *Idem*, p. 44.

um sentido global, um conjugado de relações civis, econômicas e políticas, na perspectiva de um “direito dado”. Daí porque se afirmar que “a constituição medieval é inimiga do arbítrio”.³⁰

Esse momento também pode ser bem representado pelo jurista e parlamentar inglês Eduard Coke³¹ (1552-1634), ao retratar a lei fundamental pelo conjunto de normas radicadas na comunidade política através da escrituração dos costumes ingleses (*commne consilium regui*),³² em que o rei, por sua autoridade, nomeava a lei se estivesse em conformidade com o consentimento dos magnatas e o compromisso dessa comunidade. Tais características foram determinantes para a formação do constitucionalismo moderno.

Assim, vigoraram os princípios gerais do direito, marcando a atuação dos *Englishmen*³³ por séculos, sem que houvesse o *stare decisis* e *rules of precedent*,³⁴ que passam a integrar o sistema apenas no final século XIX, especialmente os precedentes vinculantes ou *biding precedents*,³⁵ mais ainda recentes, promovendo-se uma significativa evolução do *commow law*, de modo a ganhar maior segurança jurídica.³⁶

Portanto, os precedentes, a lei e os costumes, devem ser igualmente considerados fontes desse sistema,³⁷ não sendo possível uma confusão entre eles.

³⁰ FIORAVANTI, Maurizio. **Constitucion, de la...**, p. 33.

³¹ *Idem, ibidem*.

³² *Idem*, p. 43.

³³ MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e *commow law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista de...**, p. 18.

³⁴ *Idem*, p. 17.

³⁵ *Idem*, p. 11-58.

³⁶ *Idem*, p. 54. Afirma Canotilho que “o homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsavelmente, a sua vida. Por isso, desde cedo se consideravam os princípios da segurança, jurídica e da proteção à confiança como elementos constitutivos do Estado de Direito. Esses dois princípios – segurança jurídica e proteção da confiança – andam estreitamente associados, a ponto de alguns autores considerarem o princípio da confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexcionada com elementos objetivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a proteção da confiança se prende mais com os componentes subjetivos da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos dos actos”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 256).

³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e *commow law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista de...**, p. 18.

No sistema estadunidense, a guarda da Constituição cabe a todos os cidadãos mediante o direito de resistência³⁸ (oriundo da *commow law*), que emana da *U.S. Constitution*, independentemente da posição que se ocupa na sociedade, defendendo-se a ordem social e econômica com base nos princípios gerais do direito.³⁹ Por essa razão, afirma-se⁴⁰ que esses “tribunais sentenciadores,” que compõe a Federação, passam a se tornar guardiões de um “Estado judicial” em que, por ordem da Carta, subordinarão a totalidade da vida pública à realização de direitos fundamentais no âmbito privado (direito civil, à liberdade pessoal e à propriedade privada),⁴¹ estando protegidos do “Estado legislação, governo e administração”.

Esse modelo de fiscalização incidental “puro”⁴² foi amplamente aderido por diversos países da Europa,⁴³ tais como Grécia, Noruega, Portugal, países anglo-saxões de constituições escritas, os latino-americanos, e ainda, em determinados períodos na Dinamarca e Romênia (começo século XX), Alemanha de Weimar, Japão (1946), Itália (1948 a 1956), e Suécia. Em alguns casos, foi necessária a instituição do órgão dos tribunais constitucionais,⁴⁴ como ocorreu na América Latina, Canadá, Austrália, Índia, etc.

Já os países da *civil law* possuem uma tradição bastante diversa em razão dos dogmas do movimento revolucionário e dos ideais iluministas do século XVIII, havendo uma intensa adstrição do juiz ao texto da lei, estando impedido de interpretá-la, o que jamais ocorreu no *commow law*.⁴⁵

Na Revolução Francesa⁴⁶ (1789), a queda do monarca é sucedida pela ascensão do Parlamento, a Assembléia Soberana, rompendo-se com o antigo direito francês e o *ius commune*, como uma espécie de desvinculação ao passado. Com efeito,

³⁸ FIORAVANTI, Maurizio. **Constitucion, de la...**, p. 43.

³⁹ WOLFE, Christopher. **La transformacion de la...**, p. 50.

⁴⁰ *Idem*, p. 22.

⁴¹ *Idem*, p.50.

⁴² MIRANDA, Jorge. **Direito Constitucional...**,p. 121.

⁴³ *Idem, ibidem*.

⁴⁴ *Idem, ibidem*.

⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law e commow law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista de...**, p. 17.

⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law e commow law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista de...**, p. 27.

criou-se um direito nacional preciso no intuito de reduzir as atividades do juiz, que passa a ter uma notável subordinação ao Parlamento, diferentemente do que ocorreu na Revolução Inglesa⁴⁷ (1688), em que se manteve as origens da *commow law*, especialmente no que se refere ao poder criativo do julgador.

Entretanto, com o declínio do Estado Liberal do século XVIII (*“L’Etat c’est moi”*, de Luis XVI,) e da concepção de *Rosseau* em que o juiz era a *“vox legis”*, emerge o constitucionalismo do Estado Social no século XX.

Os ideais de Montesquieu e sua teoria da “tripartição de poderes,”⁴⁸ harmônicos e independentes (já ventilados na antiga Grécia por Aristóteles),⁴⁹ ganham uma releitura de seu criador através da “teoria de freios e contra-pesos,” em que o poder subsiste uno, porém, subdividido entre as funções do Executivo, Legislativo e Judiciário, revelando-se, assim, uma das doutrinas políticas mais relevantes dos últimos tempos, sendo traduzida em diversas constituições contemporâneas ainda que de forma abrandada, sendo denominada pelo sistema estadunidense através do *check and balance*.⁵⁰

Na Europa, embora as constituições alemãs do século XIX contemplassem a previsão de um tribunal especial visando a “proteção judicial da constituição,”⁵¹ isso se revestia de enorme superficialidade, dado aos estreitos limites de proteção desses direitos.⁵² Isso só foi definitivamente alterado após o advento da Constituição de Weimar,⁵³ em 1919, portanto, mais de um século depois do advento da carta estadunidense.

⁴⁷ *Idem, ibidem.*

⁴⁸ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do espírito das leis**. São Paulo, Saraiva, 2000, p. 167.

⁴⁹ PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional** – um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Editora Coimbra, 1989, p. 31.

⁵⁰ SILVA, Daniel Cavalcante. **“Check and balance” e conflitos políticos**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19065/checks-and-balances-e-conflitos-politicos>> Acesso em: 16 jan. 2011.

⁵¹ *Idem.*

⁵² *Idem.*

⁵³ Clémerson Merlin Clève, ao tratar da Constituição de Weimar no Seminário Internacional Trabalho e Constituição, realizado em 24/06/2010, no Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, em Curitiba/PR, ressaltou que “A constituição de Weimar inaugura o constitucionalismo social. Antes dela, a constituição mexicana, de 1917, soviética de 1917. Mas a de Weimar inaugura um novo momento do constitucionalismo

No ano seguinte, em 1920,⁵⁴ Hans Kelsen lança o modelo concentrado de constitucionalidade de índole objetiva, em que uma única corte, a Corte Constitucional, estaria apta a analisar a constitucionalidade de uma lei, em tese, no intuito de defender a supremacia constitucional, sendo este um novo modelo de justiça constitucional que até hoje se revela utilizado em muitos países, inclusive, no Brasil, representando, na época, o que seria a idéia de “meio termo” entre o modelo norte-americano e o francês,⁵⁵ e tendo por objetivo reforçar a separação entre os “poderes” do Estado.⁵⁶

No período do *Reich*, a Corte Alemã conviveu apenas com o ideal de um exercício livre da magistratura “criadora”,⁵⁷ já que os juízes não possuíam independência funcional⁵⁸.

No caso de emenda à Constituição, ou do artigo 76 de Weimar, a Corte não estava apta a analisar uma lei de acordo com o Estado Constitucional da época (aspecto material), mas tão somente em relação à sua estrutura (aspecto formal),⁵⁹ o

social. A partir da Constituição de Weimar, os direitos fundamentais passam a ser compreendidos como de primeira geração, são os direitos individuais assegurados em face do Estado, no sentido de liberdade a não intervenção. A partir daqui, fala-se dos direitos fundamentais sob uma nova ótica, sendo as condições necessárias para o exercício da cidadania na democracia. Os direitos fundamentais apontam para um futuro de transformação”.

⁵⁴ FAVOREU, Louis. **As cortes constitucionais**. Tradução de Dunia Marinho Lima. São Paulo: Landy, 2004, p. 19. E ainda: PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 134.

⁵⁵ Jorge Miranda afirma que, além do modelo de fiscalização incidental (*judicial review*) criado em 1803, e o concentrado (tribunal constitucional alemão), por decorrência da constituição austríaca de 1920, o qual veio a ser designado como modelo europeu, há ainda, como herança do século XVIII e XIX, o modelo de fiscalização política do tipo francês, em que há a fiscalização pelo próprio parlamento e por um órgão político especialmente constituído para esse fim, sendo ligado àquele, também podendo ser independente. (MIRANDA, JORGE. **Manual de...**, p. 118).

⁵⁶ Louis Favoreu menciona que o modelo kelseniano foi questionado por alguns que sustentavam ser incompatível com o Parlamento, e também por ser contrário à separação de “poderes”. No entanto, os juristas defensores kelsenianos afirmavam era que a jurisdição constitucional não só era compatível com o Parlamento, como era o órgão responsável por manter a separação dos três poderes. (FAVOREU, Louis. **As cortes...**, p. 19). Dirley Cunha Jr. destaca que “o Poder político, como fenômeno sociocultural, é uno, indivisível, uma vez que aquela capacidade de impor, decorrente de seu conceito, não pode ser fracionada. (...) O fenômeno da separação de Poderes não é senão o fenômeno de separação das funções estatais, que consiste na forma clássica de expressar a necessidade de distribuir e controlar o exercício do Poder político entre distintos órgãos do Estado. (...) Não é o poder que é divisível, mas, sim, as funções que o compõem e se manifestam por distintos órgãos do Estado.” (CUNHA JR., Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. Salvador: Jus Podium, 2011, p. 528-529).

⁵⁷ *Idem*, p. 64.

⁵⁸ CUNHA JR., Dirley. **Curso de...**, p. 19.

⁵⁹ *Idem*, p. 528-529.

que se traduzia num conteúdo duvidoso e discutível da norma, pois não havia um exame com base nos princípios comumente utilizados pela *Supreme Court*.

Após a segunda grande guerra, com a criação da Lei Fundamental de *Bonn*,⁶⁰ ou *Grundgesetz*, (1949), e do Tribunal Constitucional Federal Alemão (1951),⁶¹ o modelo austríaco de constitucionalidade ganha ascensão nos povos de tradição romano-germânica (1947), com a Constituição Italiana e sua respectiva Corte Constitucional (1956), Turquia (1961),⁶² posteriormente em Portugal (1976) e Espanha (1978)⁶³, e na Grécia (1984).⁶⁴ Daí sua notória importância para o sistema de controle das leis.

Já, no final do século XX, foram ainda criadas Cortes Constitucionais em países do Leste Europeu (Polônia, República Tcheca, Hungria)⁶⁵ e países Africanos (Argélia e Moçambique).⁶⁶

Em suma, o que se observa é que os países da *commow law* e *civil law*, em razão de diferentes contextos históricos, possuem valores, tradições, raízes diversas,⁶⁷ motivo pelo qual a construção jurídica desses sistemas não poderia ser semelhante. A Europa baseou-se no modelo que possibilitou a queda da Bastilha⁶⁸ e os ideais iluministas se propagaram mais do que esperado, vindo a ocorrer uma espécie de sacralização da lei, dogma advindo dos ensinamentos de Rousseau,⁶⁹ de modo a torná-la “intocável”. Já para o modelo dos EUA, em contrapartida, o que é “sagrado” é a Constituição.⁷⁰

⁶⁰ BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito**. Disponível em: <<http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?=7547>> Acesso em: 01 jun. 2010.

⁶¹ *Idem*.

⁶² BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no...**, p. 66.

⁶³ *Idem, ibidem*.

⁶⁴ *Idem, ibidem*.

⁶⁵ *Idem, ibidem*.

⁶⁶ *Idem, ibidem*.

⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e *commow law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista de...**, p.22.

⁶⁸ FAVOREU, Louis. **As cortes...**, p. 20.

⁶⁹ ROSSEAU, Jean-Jaques. **O contrato social e...**, p. 123.

⁷⁰ FAVOREU, Louis. **As cortes...**, p. 20.

Para Louis Favoreu, havia uma impossibilidade de penetração do modelo estadunidense ante a “incapacidade dos juízes ordinários de exercer a justiça constitucional,”⁷¹ pois o modelo continental europeu, influenciado pelos ideais revolucionários, acarretava uma limitação do Judiciário pela falta de criatividade dos magistrados. Além disso, a insuficiente rigidez⁷² e a ausência de unidade de jurisdição,⁷³ também seriam dois entraves aparentemente interligados à luz da doutrina de Kelsen,⁷⁴ sendo, a Constituição, norma fundamental que requer uma estabilidade do texto, sem que haja possibilidade de revisão/alteração.

Já, para Mauro Capelletti,⁷⁵ a maioria dos países de tradição romano-germânica optou pela não vinculação aos precedentes em razão da enorme divergência que isso acarretaria em diversos tribunais. No entanto, com o passar do tempo, muitos países alteram sua sistemática, evoluindo da forma abstrata para a concreta em controle concentrado, inclusive na Áustria, em 1975, onde se inaugurou o formato original.

No entanto, como afirma Marinoni,⁷⁶ o que se observa na atualidade é um movimento de crescente aproximação entre o juiz da *common law* e *civil law*, em razão da decadência do juiz oriundo da Revolução Francesa.

Pois, se o sistema da época promovia uma “certeza e a segurança jurídica”⁷⁷ em razão da estrita aplicação da lei, hoje se vê obrigado a adotar técnicas interpretativas com o objetivo de promover um sentido às cláusulas constitucionais abertas, provenientes do direito pós-moderno, sendo necessário, portanto, que se reconquiste, de algum modo, essa estabilidade.

É com esse propósito que os subsídios do *commow law* passam a ser aplicados no *civil law*, ainda que adaptados à realidade de cada país, no intuito de promover uma

⁷¹ *Idem*, p. 21.

⁷² *Idem, ibidem*.

⁷³ *Idem, ibidem..*

⁷⁴ *Idem*, p. 20.

⁷⁵ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de...**, p. 80.

⁷⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 100.

⁷⁷ *Idem, ibidem*.

valorização/uniformização da jurisprudência e um fortalecimento da jurisdição constitucional no âmbito das Cortes Constitucionais. É o que será visto mais adiante.

1.1.2 Um breve panorama sobre o controle de constitucionalidade no direito comparado atual

Ressalta-se, desde já, que o objetivo ora presente é a exposição de um panorama acerca dos principais países que possam representar os modelos de constitucionalidade no contexto da América e da Europa continental, e de suas características, a fim de que se possa, após, contrapor-se ao modelo sul-americano de constitucionalidade, especialmente o Brasil, não havendo, assim, o propósito de se esgotar o presente tema.

Inicialmente, vale dizer que uma das relevantes razões para o nascimento do controle de constitucionalidade das leis no âmbito judicial é a necessidade de limitação do legislador, ou seja, o controle judicial sobre a legitimidade constitucional das leis. Como contraponto, existe o controle por meio político, classificado como preventivo, e que ocorre antes da vigência da lei, ou ainda, quando se tratar de questão meramente consultiva, não tendo uma força vinculativa essa decisão. Há, ainda, quem o classifique como “controle não jurisdicional”, e que nas palavras de Rodrigo Lopes Lourenço, citado por Luis Roberto Barroso, “a rigor, político é todo órgão estatal dotado de autonomia de decisão outorgada diretamente pela Constituição”.⁷⁸

Atualmente, países como EUA, Canadá, Austrália e Índia, oriundos da *commow law*,⁷⁹ adotam o modelo difuso concebido pelo sistema estadunidense a partir de uma rica construção doutrinária e jurisprudencial, realizada a partir do século XIX.

⁷⁸ BARROSO, Luis Roberto. **O controle de...**, p. 65. Sustenta ainda aquele autor que juízes e tribunais também são órgãos políticos por sua atuação independente e não hierarquizada.

⁷⁹ SILVESTRI, Elisabetta. **Corti Supreme Europee: accesso filtri e selezione - Le Corte Supreme-Atti Del Convegno** – Milano: Giufre Editore, 2001, p. 107.

Nos EUA, modelo do controle difuso, a competência constitucional da *Supreme Court* pode ser obrigatória ou facultativa, dependendo do caso concreto,⁸⁰ sendo que, especialmente após 1988, houve um fortalecimento do critério de seleção das causas através do denominado *writ of certiorari*.

Já, a maioria dos países da *civil law*,⁸¹ como Alemanha, Itália, Áustria, França, e Espanha, adotam o controle concentrado por conjugarem da concepção de que os Tribunais Constitucionais devem exercer a função de “guardiões” apenas quando estiverem no exercício de “autoproteção dos tribunais”, na idéia de que se houver ofensa à Constituição, esta se reflete na própria base e posição dessas Cortes, repercutindo nas questões relacionadas à independência da justiça. No entanto, alguns deles, em certa época, admitiram ou admitem a convivência com o controle difuso.

No sistema estadunidense de *stare decisis*,⁸² as decisões da *Supreme Court* em matéria constitucional vinculam a todos os seus juízes e membros, sob pena de esse precedente ser revogado quando vier a representar um entendimento já ultrapassado (*overruling*),⁸³ ou ainda, ser mantido na hipótese de se estar em caso diverso daquele já examinado (*distinguishing*).⁸⁴ Pois, se assim não fosse, não haveria como se fazer respeitar as decisões da Corte Suprema, o que assim permanece, inclusive, quando há alteração no quadro de seus membros.

Isso propicia um trabalho técnico de excelência dos advogados, para que se demonstre que a questão ventilada não estaria enquadrada na hipótese do precedente, de forma fazer *jus* à chancela do Judiciário. Assim, diante de situações contraditórias, o juiz poderá exercer o controle de constitucionalidade, atacando-se precipuamente não a lei contaminada por vício, mas o ato, fato ou conduta em que se baseia a lei

⁸⁰ FAVOREU, Louis. **As cortes...**, p. 53.

⁸¹ *Idem*, p. 56.

⁸² APPIO, Eduardo. **Direito das minorias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 33.

⁸³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios...**, p.403.

⁸⁴ *Idem*, p. 354.

impugnada,⁸⁵ por vezes incorrendo na inaplicação de uma lei no caso concreto pela via incidental.

No sistema europeu, estão presentes diversos modelos de Cortes Supremas, sendo elas as Cortes de Cassação, as Cortes de Revisão nos ordenamentos da Europa Continental, e as Cortes de Apelação na Inglaterra e nos países escandinavos, o que evidencia que o modelo de atuação será determinado pela função que a Corte desempenha no sistema jurisdicional, ou seja, o âmbito e a finalidade do controle exercido nos confrontos dos juízos subordinados e de suas decisões.

A Corte Constitucional Austríaca é um tribunal competente para julgar conflitos de ordem federal, cabendo a ela manter o equilíbrio federativo, e ainda, conhecer e julgar litígios entre administração e a Constituição, sem prejuízo do funcionamento de uma Corte em sede administrativa, e ainda, competente para apreciar a regularidade das iniciativas populares ou os referendos.⁸⁶

Já, o controle de constitucionalidade das leis na Áustria pode ser preventivo ou repressivo.⁸⁷ Dentre todos os meios de acesso de caráter repressivo, o mais inovador foi o acesso individual, a partir de 1975, possibilitando o pleito relativo aos direitos fundamentais, o qual a lei admite um pronunciamento *ultra petita*, embora a via principal do controle se dê *ex officio*.

As decisões da Corte impõem-se tanto ao legislativo, como à administração pública⁸⁸ e à ordem jurídica. Na jurisprudência, o principal tema é a defesa do princípio da legalidade, bem como dos direitos fundamentais, tendo essa Corte um

⁸⁵ CLÈVE, Clémerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 92.

⁸⁶ *Idem*, p. 46.

⁸⁷ O cargo é vitalício até o dia 31 de dezembro em que se completar setenta anos. A Corte é independente dos órgãos federados ou da união, porém, a administração da Corte depende da chancelaria federal⁸⁷. É uma atribuição que a Corte possui em relação a projetos de lei, de regulamentos, entre outras ações que ainda não tenham sido votadas em assembleia; ou *a posteriori* pode haver três modos de acesso: o controle pelos governos provinciais, o acesso pelas jurisdições, o acesso pelos parlamentares, o acesso pelos indivíduos e o acesso de ofício da Corte. (CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de...**, p. 85).

⁸⁸ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de...**, p. 55.

papel importante a respeito de “dizer o direito,”⁸⁹ ou seja, de afirmar quando se trata ou não de direito fundamental.

Já, o Tribunal Constitucional Alemão é um reflexo da história do país. Dentre suas atribuições está em ser: (i) Tribunal Eleitoral em caso de Apelo; (ii) Alta Corte de Justiça ou como Tribunal Repressivo; (iii) Corte Federal que julga litígios entre a Federação e os Länder, e também apenas entre os Länder, e, (iv) o Órgão que realiza o controle de qualidade e sentido das normas, ainda que não acarrete em anulação da norma. Também aqui há o controle preventivo e repressivo,⁹⁰ destacando-se nesse último o recurso constitucional do cidadão como instrumento de maior inovação nessa Corte.

Na jurisprudência, a grande questão versa sobre os direitos fundamentais, especialmente sobre o princípio da igualdade. A influência que esse tribunal⁹¹ exerce

⁸⁹ “Veja-se que, a partir da Constituição Federal de 1988, prevaleceu no sistema jurídico brasileiro a leitura principiológica do direito constitucional, mudando o STF da posição de mero aplicador do direito para a de “realizador de direitos” e “garantidor dos princípios constitucionais”. Essa mudança é sentida especialmente na jurisprudência e no papel mais incisivo do Supremo, especialmente quando deve decidir diferentemente do que foi decidido anteriormente pelo Legislativo ou Executivo. Há, assim, uma aproximação do papel do juiz (especialmente dos Ministros do STF) do sistema brasileiro com tradição romano-germânica ao sistema de *common law*, no qual os juízes têm papel de *judge-made-law*.” (BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica**: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de *common law* e *civil law* na sociedade contemporânea. Curitiba, 2011, 264 f., Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, p. 230).

⁹⁰ *Idem*, p. 92. Normalmente, costuma-se afirmar que não há controle preventivo na Alemanha, o que é um erro, já que tal controle funciona em três hipóteses: (i) quando há uma lei que aprova um tratado, pode ser essa lei encaminhada ao Tribunal Constitucional antes de sua promulgação; (ii) em matéria de litígios entre órgãos constitucionais, é possível o controle *a priori* da lei; bem como (iii) a entrada de uma lei pode ser retardada até a sentença do Tribunal Constitucional. Já no caso do controle *a posteriori*, há diferentes formas, sendo que o controle concentrado repressivo pode ocorrer por via de ação, podendo ser acionado contra uma lei federal, por parte de um Land; (ii) o controle por meio de remessas dos Tribunais, como na Áustria; (iii) o recurso constitucional, que tem iniciativa dos indivíduos.

⁹¹ TARUFFO, Michele. **Le Corti Supreme europee**: accesso, filtri e selezione - Le Corte Supreme – Atti Del Convegno, Milano: Giufrè Editore, 2001, p. 90. Afirma o autor, a respeito da Corte de *Revision* austríaca e alemã, que, em ambos os casos, e embora precisamente se trate de Corte de “Revisão” e não de “Cassação” (no senso franco-italiano do termo), ainda é este um órgão de cúpula que realiza exclusivamente um controle de legalidade sobre decisões de mérito impugnadas, e, portanto, são ambas XX– a este respeito – Corte Suprema Européia. Ambas as *Revisionsgerichte* alemães e austríacos decidem controvérsias entre partes privadas sobre recurso de uma delas, e, portanto ambas realizam a função que é em precedência definida como *privada*. Todavia, o que muito interessa nesta sede, é que ambas efetuam também a função que é definida como *pública* de interpretação do direito e de individualização de regras de juízo destinadas a ter eficácia bem além da decisão da controvérsia singular. Este aspecto da função da Corte Alemã e daquela Austríaca, é evidente do fato que o acesso a essa Corte não é possível para qualquer controvérsia, como seria, ao invés, lógico se fosse realizada exclusivamente a função *privada*. Existem, ao contrário, critérios diretos a limitar o acesso ao *Revisionsgericht* em exame, essencialmente como o propósito de impedir que esse venha investido de causa que – por assim dizer – não “merecem” ser levadas em consideração pela Corte Suprema, e fazer com que essa se ocupe somente de

sobre a ordem jurídica e política é expressiva, e necessária devido à situação histórica do tribunal, o qual exerce função indispensável no fortalecimento da coesão da sociedade política, sendo ainda um elemento estabilizador e uma força de integração,⁹² denotando-se, assim, uma intensa judicialização da política na Corte Alemã, e, como consequência, a defesa dos direitos fundamentais.

Há um jargão utilizado na Alemanha Federal em que “acima do Estado de Direito fica o Estado dos juízes”.⁹³ Isso ocasiona diversos efeitos, numa espécie de infiltração do direito público⁹⁴ no direito privado,⁹⁵ evidenciando, portanto, o quão atuante é a máquina estatal judiciária às pressões do capitalismo.

Já, a Corte Constitucional Italiana⁹⁶ também é um reflexo dos abusos cometidos na primeira metade do século XX, tendo características sócio-políticas semelhantes ao Tribunal Alemão. Além do controle da constitucionalidade das leis, a Corte é competente para o julgamento: (i) de conflitos entre diversos poderes do

controvérsias particularmente importantes. Tais critérios são essencialmente dois: na Alemanha o recurso é admitido se uma autorização ao impugnar foi concedida pelo juiz *a quo*, ou – em todo caso – se o valor da causa é superior a uma *summa gravaminis* estabelecida pela lei (que é atualmente de 60.000 marcos). Na Áustria tais autorizações são sempre pedidas, mas o recurso ao *Revisionsgericht* não é mais admitido quando o valor da causa é inferior a 50.000 xelins. Em ambos os ordenamentos o critério principal da qual depende a concessão ou a refutação da autorização a recorrer ao *Revisionsgericht* é a importância da questão de direito, nesse tipo de caso particular, pela uniforme interpretação da lei e pelo desenvolvimento do direito. (negritou-se)

⁹² CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de...**, p. 76.

⁹³ FAVOREU, Louis. **As cortes...**, p. 63.

⁹⁴ HESSE, Konrad. **Derecho constitucional y derecho privado**. Tradução de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Civitas, 1995, p. 10.

⁹⁵ *Idem*, p. 42. Aponta o autor que, na esfera pública, os Estados revolucionários oitocentistas inscrevem nas constituições num núcleo de direitos fundamentais, que derivam de uma democracia representativa assentada na vontade geral. Afirma que, nesse período, a Constituição “carece de vínculos materiais com o Direito Privado”, eis que toda intervenção do poder executivo nos direitos fundamentais precisava de autorização da lei. Assim, destaca que numerosos conceitos do direito privado são transpostos para o direito político, como ocorreu com as vestes de direito subjetivo, impressas aos direitos fundamentais, conferindo-lhe, assim, contornos civilísticos.

⁹⁶ TARUFFO, Michele. **Le Corti Supreme...**, p. 94. No mesmo sentido, afirma o autor que, no que tange à natureza e função da Corte Italiana de Cassação, há tempos se discute se essa deve tutelar em prevalência o *jus constitutionis* ou o *jus litigatoris*, ou somente um ou outro, ou ambos, em igual medida. Por consequência, também se discute se a Corte desempenha a função institucional que se acredita ser-lhe típica, ou se ocorre, ao invés, um desperdício nessa definição teórica da função fundamental da Corte e o papel que essa desempenha em concreto. Na prática quotidiana das suas decisões, compartilha de algumas reflexões. Uma delas é que esse desperdício existe, e mais, representa de muitas maneiras, um dos problemas mais graves do funcionamento atual da Corte de Cassação Italiana, sob o argumento de que, na prática, a Corte se comporta em prevalência como um órgão que implementa a tutela do *jus litigatoris*, ou seja, se dedica à formulação de decisões que resolvem a singular controvérsia tendo em conta, sobretudo, a posição e os interesses da parte singular, enquanto a sua função institucional é mais aquela de tutela do *jus constitutionis*.

Estado, entre o Estado e as regiões, ou mesmo o conflito entre regiões; (ii) de acusações levantadas contra o Presidente da República, e, (iii) a admissão de referendos ab-rogativos.

Também na Itália, há o controle da constitucionalidade das leis preventivo e repressivo, sendo que este varia entre um controle concentrado, que é exercido por via de ação direta, e um controle difuso, ou seja, por meio de remessas dos autos pelos tribunais inferiores, pelos quais deverá ser atendida uma série de questões⁹⁷.

No controle político⁹⁸, o Presidente Italiano, quando discorda da promulgação de uma determinada lei, pode suspendê-la, sob o argumento do que é conhecido por “mensagem motivada”, no intuito de que o texto legislativo seja novamente submetido a uma deliberação. E ainda, promulgada a lei, ainda é possível haver o controle *a posteriori*, ou seja, repressivo.

A jurisprudência da Corte Italiana é vasta, versando desde as relações entre o Estado e as coletividades integrantes, até o trabalho da Corte em matéria de proteção dos direitos fundamentais. Mas também aqui, um dos grandes focos é a defesa do princípio da igualdade, que ocupa grande parte dos casos, sendo beneficiários dos direitos fundamentais não só dos indivíduos, mas também nos casos de organizações sociais.

Após a segunda-guerra, sob grande influência jurídica, houve um maior exercício da Corte em reescrever vários segmentos do direito, em razão da aplicação

⁹⁷ TARUFFO, Michele. **Le Corti Supreme...**, p. 80. Ressalta o autor que se perfaz necessário saber se os atos são passíveis de controle, e, ainda, que deve ser um juiz quem faça esse pleito. Ou seja, alguém com autoridade para remeter aqueles autos ao controle de constitucionalidade. Também, defende que deve haver uma importância determinante da questão de constitucionalidade, havendo uma ligação entre a instância principal e a instância incidental. Igualmente necessária uma não manifesta falta de fundamento da questão de constitucionalidade. Esses requisitos foram criados com a intenção de facilitar o processamento de casos de revisão de constitucionalidade. Quando é o momento de proferir uma decisão para esses autos que cheguem à Corte Constitucional, o que deve ser destacado é a diferença entre decisão de admissão e decisão de rejeição. Essa distinção não é tão simples quanto parece, pois o direito italiano criou técnicas para facilitar a aplicação do direito com base nessas distinções. Salienta o autor a chamada técnica das sentenças “aditivas de princípios”, que ocorre quando a Corte declara a inconstitucionalidade de uma omissão do legislador, mas não introduz uma regra na lacuna da lei. Outra técnica é a das sentenças tidas como “interpretativas de rejeição”, onde a Corte busca guiar os juízes ordinários em seus trabalhos de aplicação da lei.

⁹⁸ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de...**, p. 33.

dos direitos fundamentais⁹⁹. Do mesmo modo, a influência sob a ordem política é notória, já que a Corte exerce uma função insubstituível de atuar na falta de escolhas legislativas, no caso das sentenças “aditivas” ou “substitutivas”.

Portanto, Alemanha e Itália foram países que, num certo período de suas trajetórias constitucionais, interessaram-se grandemente pelo modelo estadunidense, buscando implementá-lo em suas justiças constitucionais, razão pela qual permanecem resquícios desse sistema no modelo europeu de constitucionalidade.

Já, a Espanha possuiu um Tribunal Constitucional desde 1978, e ainda que sem influência histórica tão destacada, é sem dúvida, um tribunal inovador em muitos aspectos. O controle de constitucionalidade da Espanha versa sobre: (i) os conflitos entre órgãos constitucionais do Estado; (ii) o equilíbrio entre Estado e Coletividades integrantes; (iii) o respeito aos direitos fundamentais pelas autoridades administrativas e jurisdicionais; e (iv) a entrada das normas internacionais na ordem jurídica interna.

Naquele país, havia uma atribuição de controle preventivo que foi suprimido em 1985, e o controle *a posteriori*, que funciona apenas em alguns casos.¹⁰⁰ O país tem uma composição política distinta, com grupos de separação internos, e a Corte tem grande atuação política ao estabelecer o equilíbrio entre a soberania do Estado e a independência dessas Comunidades Autônomas que o integram, no intuito de pacificar esses conflitos.

⁹⁹ IRTI, Natalino. **L'età della decodificazione**. 4. Ed. Milano: Giuffrè, 1999, p. 26. Nesse sentido, acerca do “fenômeno da constitucionalização do direito”, sustenta o autor que a constituição passa a ser o centro do ordenamento jurídico, contendo princípios éticos, que devem ser modificados de acordo com a evolução da sociedade em que ela está inserida. (O autor foi professor da Universidade La Sapienza, sendo que atualmente é Presidente do Instituto Italiano de Estudos Históricos). Também nesse mesmo sentido, Pietro Perlingieri sustenta que o fenômeno da “constitucionalização do direito” determina que a Constituição esteja no centro do ordenamento jurídico, uma vez que tal Carta possui princípios éticos que devem ser reavaliados de acordo com a evolução/transformação da sociedade. (O autor é professor da Universidade de Nápoles, sendo um dos grandes estudiosos acerca da revisão do direito civil à luz da Constituição na Itália, tendo lecionado nas Universidades La Sapienza, LUISS Guido Carli, dentre outras). (PERLINGIERI, Pietro. **Direito civil à luz da legalidade constitucional**, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 575).

¹⁰⁰ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de...**, p. 34. Em recurso de inconstitucionalidade por via de controle concentrado repressivo, as leis são encaminhadas ao Tribunal por seus devidos agentes competentes. Por remessa do juiz ordinário de uma questão de inconstitucionalidade de uma lei. E, principalmente no recurso de *amparo*, onde há uma mescla de controle de constitucionalidade abstrato e *in concreto*.

A jurisprudência espanhola destaca-se pelo número de recursos de *amparo*,¹⁰¹ dotado de um mecanismo de filtragem com características peculiares, havendo grande preocupação com a proteção aos direitos fundamentais. Essa é a grande inovação que mobiliza não só o Tribunal Constitucional, mas também outros sujeitos processuais como defensor do povo, e o Ministério Público, sendo esse o grande marco no âmbito do Judiciário espanhol.

Segundo Favoreu,¹⁰² o número das Cortes e Tribunais Constitucionais tem aumentado sensivelmente em toda Europa, como é o caso da Hungria, da Albânia, Croácia, Romênia, Rússia, entre tantos outros países, sendo que a designação dos juízes dá-se por autoridades políticas. E ainda que muito próximas do modelo

¹⁰¹ TARUFFO, Michele. **Le Corti Supreme...**, p. 102-104. Afirma o autor que outro exemplo muito interessante é representado pelo Tribunal Supremo Espanhol, que, em particular visa disciplinar atual introduzida pela nova *Ley de Enjuiciamiento Civil* (entrou em vigor com a lei n. 1 de 7 de janeiro de 2000). O novo sistema é centralizado sobre distinções entre questões de *infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto de proceso*. As questões de caracteres processuais são aquelas que consideram: i) jurisdição e competência; ii) violação de norma processual relativa à sentença; iii) violação de norma que regula a garantia processual; iv) violação dos direitos processuais fundamentais reconhecidos no art. 24 da Constituição espanhola (que corresponde ao art. 5º da nossa Constituição). Estas questões podem ser resolvidas com um “recurso extraordinário” que, porém, não vem proposto à Corte Suprema, mas aos seus *Tribunales Superiores de Justicia* que se colocam – por assim dizer – a um nível intermediário entre a Corte de Apelação e o *Tribunal Supremo* (art. 468 ss. da nova LEC). O verdadeiro e próprio *recurso de cassación* propõe-se, ao invés, ao *Tribunal Supremo*, essencialmente pelo único motivo consistente na violação de normas substanciais aplicáveis a questões que formam objeto do processo (art. 477 n. 1 LEC). Todavia, a norma (n.2) indica uma série de hipóteses particulares e específicas, nas quais uma sentença pode ser impugnada em Cassação, o que se trata, acima de tudo, da tutela de direitos fundamentais (salvo aqueles previstos no art. 24 da Constituição, pela razão há pouco indicada); também são impugnáveis as sentenças sobre controvérsias de valores superiores a 25 milhões de pesetas (uma *summa gravaminis* muito elevada, da ordem de cerca de 300 milhões de liras). Finalmente, e esta é a hipótese, de muitas maneiras, a mais original e interessante, o recurso é admitido quando subsiste um *interés casacional*, que, numa tradução livre, seria o “interesse à cassação”, que não é, todavia, abandonado no vazio: o n. 3 do mesmo art. 477 fornece, de fato, ao defini-lo, fazendo referência a três hipóteses: a primeira se verifica quando a sentença impugnada é em contraste com a jurisprudência consolidada (a *doctrina jurisprudencial*) do *Tribunal Supremo*; a segunda, quando há contraste na jurisprudência da Corte de segundo grau, e, a terceira, quando se trata de norma que entrou em vigor a menos de cinco anos, sob a condição que não exista uma jurisprudência consolidada do *Tribunal Supremo* sobre norma anterior de conteúdo igual ou semelhante. O significado total desta disciplina fortemente restritiva do Recurso em Cassação é evidente que é uma análise superficial da norma ora citada. Por um lado busca limitar fortemente os recursos ao *Tribunal Supremo*, excluindo, seja as questões de caráter processual, sejam as controvérsias que não tenham um conteúdo econômico muito relevante. Por outro lado, busca reforçar a função *pública* da Corte, fazendo fundamento essencialmente sobre soluções de conflitos jurisprudenciais e sobre a manutenção da uniformidade dos conflitos de jurisprudência das cortes inferiores. Naturalmente, os tempos não são ainda maduros (a nova LEC entrou em vigor em 2001) para formular avaliação mais articulada deste sistema: deverá, de fato, esperar um ano para ver como isso funcionará concretamente e qual será o impacto total da nova modalidade sobre a justiça civil na Espanha. No estado atual da coisa, todavia, pode-se constatar que a reforma introduziu uma série de novidades radicais na organização da Corte Suprema e na definição de sua função: é claro, de fato, que o *Tribunal Supremo* espanhol transformou-se – em modo muito coerente e preciso – em uma verdadeira e própria “corte de precedente”.

¹⁰² FAVOREU, Louis. **As cortes...**, p. 19.

Ocidental europeu, as Cortes do Leste Europeu parecem não conseguir dar o mesmo enfoque prático no seu exercício de atuação.

Já, na Ásia e na África, percebe-se que são projetos ainda em fase inicial, sendo necessário um amadurecimento sócio-político desses países para que se efetivem a atuação dessas Cortes. Alguns países afastaram-se implicitamente ou publicamente do *judicial review*. Já outros, ainda mantêm uma justiça constitucional próxima a esse modelo europeu, como é o caso da Grécia,¹⁰³ Dinamarca,¹⁰⁴ Suécia¹⁰⁵ e Noruega.¹⁰⁶

Sob o contexto da América Latina, já é possível ser detectado pela doutrina um terceiro modelo denominado de sul-americano, o qual vem ganhando atenções e cujas características ainda não se encontram “bem definidas.”¹⁰⁷ Nesse sentido, afirma Favoreu:

...os países da América Latina não fizeram escolha entre os modelos estadunidense e europeu: fizeram coexistir o controle concentrado e o controle difuso. Mesmo quando parecem ter optado pelo sistema da Corte Constitucional, como no Chile, constatamos que esta, na realidade, está estruturalmente ligada à Corte Suprema, sendo uma parte de seus membros simultaneamente juízes desta (...) podemos considerar que, ao lado dos modelos estadunidense e europeu, há também um modelo sul-americano, cujas características comuns ainda não foram definidas.¹⁰⁸

É o que ocorre atualmente no sistema misto¹⁰⁹ de constitucionalidade em diversos países aqui situados, especialmente o Brasil, sendo inicialmente introduzido o controle difuso, sobrevivendo o modelo concentrado que veio a se fortalecer após a Constituição de 1988, com a Emenda Constitucional nº 03/93.

¹⁰³ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de...**, p. 94.

¹⁰⁴ *Idem*, p. 93.

¹⁰⁵ *Idem, ibidem*.

¹⁰⁶ *Idem, ibidem*.

¹⁰⁷ FAVOREU, Louis. **As cortes...**, p. 23.

¹⁰⁸ *Idem*, p. 131.

¹⁰⁹ MENDES; Gilmar Ferreira *et. all.* **Curso de...**, p. 162.

Assim, afirma Mendes¹¹⁰ que, embora o Supremo Tribunal Brasileiro não seja verdadeiramente uma Corte Constitucional ao modelo original austríaco, a Constituição resguarda à sua competência, a apreciação da lei em tese.

De fato, o modelo eclético¹¹¹ de constitucionalidade conjuga a possibilidade de todo e qualquer órgão fracionário do Judiciário vir a afastar a incidência de uma lei contrária à Constituição (através da via de exceção de índole subjetiva),¹¹² bem como a hipótese de o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade de uma lei pela via concentrada (por ação direta de índole objetiva, via de regra),¹¹³ ou ainda, pela via difusa, o que será analisado adiante.

No âmbito do Mercosul, o que se verifica é a predominância de uma “concepção difuso-concentrada.”¹¹⁴ Na Colômbia¹¹⁵ e Bolívia,¹¹⁶ merece destaque um modelo de constitucionalismo *sui generis* e de grande riqueza política-jurídica, pois, em razão da diversidade cultural marcada pelas comunidades indígenas afetas à região, foram particularizadas políticas institucionais de modo a proteger direitos fundamentais.

¹¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 19.

¹¹¹ BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 153.

¹¹² CLÈVE, Clémerson Merlin, **A fiscalização abstrata da...**, p. 97. Nesse caso, afirma o autor que a fiscalização dar-se-á nos seguintes casos: (i) via ação, pelo autor; (ii) via resposta, pelo réu; (iii) por terceiro interessado; (iv) via ações constitucionais, A exemplo do mandado de segurança, *habeas data*, *habeas corpus*, e ainda, através da ação civil pública e ação popular.

¹¹³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito constitucional positivo**. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 49. Aqui menciona o autor que essa modalidade pode ocorrer: (i) Art. 102, I, “a”, CR/88, sendo a denominada ADIN; (ii) art. 102, § 1º, CR/88, intitulada ADPF; (iii) art. 103, §2º, CR/88, consistindo na denominada ADINPO; (iv) art. 36, III, CR/88, consubstanciada na Ação Direta Interventiva, e, (v) art. 102, I, “a”, CR/88, sendo a denominada ADC.

¹¹⁴ BENITEZ, Gisela Maria Bester. **O controle de constitucionalidade jurisdicional nos países do Mercosul e a amplitude democrática do acesso à justiça constitucional. Análise comparativa no âmbito do direito processual constitucional**. Anuário de Derecho Constitucional LatinoAmericano/2003, Instituto de Investigaciones Jurídicas de LA UNAM. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2003/pr/pr13.pdf>> Acesso em: 02 out. 2011.

¹¹⁵ BARATTO, Marcia. **Direitos indígenas na América do Sul e o papel dos tribunais constitucionais no Brasil, Colômbia e Bolívia: reflexões sobre direitos humanos e diversidade cultural**. II Seminário de Sociologia & Política da UFPR. Anais do Evento setembro de 2010. Curitiba. Disponível em: <<http://www.seminariosociologiapolitica.ufpr.br/anais/GT01/Marcia%20Baratto.pdf>> Acesso em: 02 out. 2011.

¹¹⁶ BENITEZ, Gisela Maria Bester. **O controle de constitucionalidade jurisdicional nos países do Mercosul e a amplitude democrática do acesso à justiça constitucional. Análise comparativa no âmbito do direito processual constitucional**. Anuário de Derecho Constitucional LatinoAmericano/2003, Instituto de Investigaciones Jurídicas de LA UNAM. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2003/pr/pr13.pdf>> Acesso em: 02 out. 2011.

Ressalte-se que, além do Brasil, Bolívia e Chile são os dois únicos países do Mercosul a possuírem Cortes Constitucionais,¹¹⁷ adotando-se um modelo misto de constitucionalidade.¹¹⁸ Já, na Argentina,¹¹⁹ há previsão constitucional de um controle difuso, sendo que o acesso à Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina faz-se através da via extraordinária. Com uma reforma realizada em 1994, passou a haver a previsão legal das ações de inconstitucionalidade. No entanto, a “ação de amparo” não possui previsão constitucional, nem tampouco é utilizada na prática.

Assim, no direito alienígena, essas seriam as breves e relevantes considerações a serem feitas acerca da origem e evolução dos modelos de constitucionalidade, e que se revelam de extrema importância para que se possa, então, apresentar a origem e evolução do modelo brasileiro e uma possível transição de paradigma do Supremo Tribunal Federal enquanto órgão de cúpula do sistema Judiciário brasileiro.

1.1.3 As origens do controle de constitucionalidade no Brasil

Afirma Clémerson Merlin Clève que, de alguma forma, o constitucionalismo brasileiro tem procurado buscar sua identidade.¹²⁰

Segundo o autor, já vivemos algumas influências nos períodos de constitucionalismo no Brasil, sendo eles: (i) o período do constitucionalismo francês e algo de britânico, onde havia um caráter parlamentar (1824/1891); (ii) o período do constitucionalismo norte-americano (revolução de 1930); (iii) após, este é interrompido pelo constitucionalismo polonês e português (1937), e, (iv) depois de um

¹¹⁷ BENITEZ, Gisela Maria Bester. **O controle de constitucionalidade jurisdicional nos países do Mercosul e a amplitude democrática do acesso à justiça constitucional. Análise comparativa no âmbito do direito processual constitucional.** Anuário de Derecho Constitucional LatinoAmericano/2003, Instituto de Investigaciones Jurídicas de LA UNAM. Disponível em: <
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2003/pr/pr13.pdf> > Acesso em: 02 out. 2011.

¹¹⁸ *Idem.*

¹¹⁹ *Idem.*

¹²⁰ Em explanação proferida no Seminário Internacional Trabalho e Constituição, realizado em 24/06/2010, no Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, em Curitiba/PR.

longo período da ditadura, retoma-se, então, o período da influência alemã, americana, e das Constituições européias.

Sob influências desse modelo estadunidense que se aperfeiçoa com *John Marshall*,¹²¹ quando do advento da primeira Constituição brasileira, em 1824, o império já se manifestava favorável à criação de um órgão soberano e responsável pela guarda do texto constitucional.

No entanto, por questões políticas envolvidas, a realidade que marca as primeiras décadas do Supremo Tribunal de Justiça da época, ainda sob resquícios de um forte domínio português, era o controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Legislativo (art. 9 e 15) e pelo Poder Moderador (art. 3º e 101), de forma política e repressiva, ambos de modo concentrado¹²². E, embora o texto constitucional já falasse em igualdade, a maior classe no país constituía-se dos escravos negros¹²³. Era uma época em que a “suprema inspeção,”¹²⁴ exercida pelo Imperador, impedia uma confiabilidade do Poder Judiciário.

Com a primeira Constituição Republicana, em 1891, passa-se, então, a ser adotado o sistema estadunidense,¹²⁵ incidental e *inter partes*.

Assim, sucede-se a denominação da antiga corte imperial pelo Supremo Tribunal Federal, em que muitos nomeados permaneceram no cargo, o que se revelou uma decepção histórica, para alguns, por se esperar uma atuação imediata do Poder

¹²¹ WOLFE, Christopher. **La transformacion de la...**, p.33. Em certo sentido, pode-se dizer, com exatidão, que o controle judicial por juízes federais exercitou-se, pela primeira vez, no ano de 1790. O primeiro caso claro em que o Tribunal Supremo declarou uma lei do Congresso nula ocorreu em *Marbury v. Madison*.

¹²² ULIANA JR., Laércio Cruz. Aproximação dos efeitos das decisões do controle difuso com o concentrado. **Revista de direitos fundamentais & democracia – Unibrasil**, v. 6, 2009. Disponível em <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/viewFile/272/192>> Acesso em: 12 out. 2011.

¹²³ SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo: história brasileira**. Teoria da Constituição e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 245. Clémerson Merlin Clève afirma que “o direito brasileiro, na vigência da Constituição de 1824, desconheceu a fiscalização das leis e atos normativos. Durante o Império, o direito brasileiro sofria das concepções então em voga na Europa, especialmente Inglaterra e França. Ambos os países desconheciam qualquer arranjo jurisdicional com a idêntica finalidade. O princípio da supremacia do Parlamento (Inglaterra) e a concepção de lei enquanto “expressão da vontade geral” catalisada pelo Legislativo (França) constituíam obstáculo à instituição da fiscalização de constitucionalidade tal como experimentada pelos Estados Unidos.” (CLÈVE, Clémerson Merlin. **A fiscalização abstrata da...**, p. 80).

¹²⁴ CUNHA, Jr., Dirley. **Curso de...**, p. 300.

¹²⁵ BARROSO, Luis Roberto. **O controle de...**, p. 60.

Judiciário, o que não ocorreu. E em que pese ser garantido o direito ao sufrágio universal, as eleições eram fraudadas¹²⁶. De qualquer sorte, esse é o momento em que se passa a contemplar o controle difuso nos artigos 59 e 60, retirando-se a competência das justiças da União e dos Estados a se pronunciarem sobre a validade das leis face à Constituição¹²⁷.

Portanto, embora com avanço, o sistema ainda apresentava deficiências que provocavam uma “incerteza no direito.”¹²⁸

Sob a égide da Constituição de 1934,¹²⁹ no controle difuso, introduziu-se no texto: (a) requisito da votação por maioria absoluta dos membros do Tribunal para declaração de inconstitucionalidade de lei/ato (art. 179), e ainda, (b) a competência do Senado Federal para suspender, no todo, ou em parte, ato declarado inconstitucional pela então denominada Suprema Corte (art. 91, IV), demonstrando-se uma crescente atuação do Judiciário e uma preocupação do Legislativo em promover um equilíbrio entre as funções estatais no Estado Democrático, ainda em fase embrionária.

No que se refere ao controle concentrado, instituiu-se a competência do Supremo Tribunal para propositura de representação interventiva (art. 12, §2º), a qual deveria ser provocada pelo Procurador-Geral da República, em sendo o caso de violação aos princípios denominados “sensíveis” (art. 7º). Essa Carta também possui como marco a elaboração de um capítulo destinado à ordem econômica e social, sem que houvesse, contudo, o rompimento com o modelo capitalista econômico decorrente do Estado liberal individualista, de forma que ainda se mantiveram os postulados básicos dessa concepção, como a “apropriação da propriedade privada dos meios de produção e liberdade de iniciativa.”¹³⁰

Na Constituição de 1937, era Vargas, o Supremo Tribunal Federal (retoma-se a denominação anterior) - vive momento de grande instabilidade política, ao ser

¹²⁶ BARROSO, Luis Roberto. **O controle de...**, p. 64.

¹²⁷ *Idem*, p. 84.

¹²⁸ CUNHA Jr, Dirley. **Curso de...**, p.301.

¹²⁹ *Idem*, p. 85.

¹³⁰ BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas – legitimidade e possibilidades da constituição brasileira**. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, p. 69.

instituída a possibilidade de reexame, pelo Congresso Nacional, das decisões de inconstitucionalidade, e ainda, o afastamento da apreciação de questões políticas pela Corte, causando enorme enfraquecimento desse órgão de cúpula do Judiciário.

Embora a Carta disciplinasse o processo legislativo, o Congresso foi fechado à época, e o Presidente governava através de decretos,¹³¹ sendo expressamente proibida ao Judiciário, a apreciação de questões de cunho exclusivamente político (artigo 94).¹³²

Já, na Constituição de 1946, o Supremo Tribunal volta a ter uma maior representatividade do cenário jurídico, pois ainda que já sob o regime militar, mantém-se o controle incidental e a competência do Senado para suspender atos declarados inconstitucionais. E, por meio da Emenda nº 16/65, alarga-se a competência da Corte através da adoção do controle concentrado de constitucionalidade (artigo 101, I, “K”) de origem austríaca, permitindo-se a declaração de inconstitucionalidade de lei, mediante provocação do Procurador-Geral da República.

Aqui, portanto, dá-se início a um modelo misto de constitucionalidade, e que nas palavras de Barroso, “não foi afetado pela inovação, passando ambos a conviver entre si.”¹³³

Na Constituição de 1967, onde se insere o contexto do golpe militar de 64, o Supremo Tribunal retrocede mais uma vez em sua atuação, especialmente no que se refere ao controle concentrado de constitucionalidade, eis que o único legitimado ativo reduzia-se ao Procurador-Geral da República, cargo de livre nomeação do Presidente da República. Os vários Ministros que perfilavam à ditadura acarretaram grande instabilidade política ao órgão durante esse período. Com a Emenda nº 01/69, a “nova Constituição” fortalece o Poder Executivo em razão dos militares que se encontram no poder. Preconiza-se o direito à liberdade, à integridade física, à vida, em que pese os porões da ditadura promovessem, incessantemente, a violação desses direitos humanos.

¹³¹ SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo...**, p. 245.

¹³² CUNHA Jr, Dirley. **Curso de...**, p.303.

¹³³ BARROSO, Luis Roberto. **O controle de...**, p. 86.

Sobrevindo a queda do regime militar, e com a adoção de Assembléia Nacional Constituinte, ocorre a promulgação da Constituição da República Federativa de 1988, verificando-se, a partir daí, uma transformação radical da Corte Constitucional. Ao conferir competência ao Superior Tribunal de Justiça de matérias até então reservadas àquele, eleva-se o Supremo Tribunal Federal ao *status* predominantemente constitucional, tendo como missão precípua zelar pela observância dos ditames da “Magna Carta”.

Em resumo, a evolução da atuação do Tribunal Constitucional Brasileiro sempre oscilou de acordo com o contexto político da época, apresentando-se em alguns momentos de forma mais tímida, outras promissora, apenas galgando o notável posto de guardião das normas constitucionais no pós 88, sendo esse, portanto, o marco inicial para uma nova concepção de fiscalização das leis no Brasil. Essa é a razão pela qual a doutrina afirma que o direito constitucional brasileiro não possui uma marca significativa até 1988.¹³⁴

1.1.4 O controle de constitucionalidade no Brasil pós 88

Com a promulgação da Constituição de 1988, percebe-se um movimento pela estabilidade do texto constitucional, pois a ditadura ainda representava uma ameaça. Anos após a vigência do texto, com o aumento da perspectiva de uma vida digna liderada pelo espírito de Estado Democrático,¹³⁵ inaugura-se uma fase da concretização das normas, não sendo apenas um programa, mas algo real, garantindo-se direitos universais contemplados desde a época aristotélica e ainda desprotegidos, como a liberdade e a igualdade,¹³⁶ alcançando, num outro prisma, o princípio da

¹³⁴ BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito** – Disponível em: <<http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?=7547>> Acesso em: 01 jun. 2010.

¹³⁵ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A constituição aberta e os direitos fundamentais**; Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 35.

¹³⁶ Estes valores que posteriormente passam a ser elencados como direitos fundamentais no art. 5º da CR/88.

dignidade da pessoa humana¹³⁷ como refletor dos “novos direitos”¹³⁸ da modernidade.¹³⁹

Como afirma Siqueira Castro, o momento político quando do advento da “Carta-compromisso”, é deflagrado pela “síntese de nossas grandes contradições e ideais de mudança”, com “uma mescla ideológica de seus autores”, um “congresso constituinte multipartidário”, com uma linguagem “híbrida”, “repetitiva” e por vezes “enigmática”. Afirma o autor:

Inspirada nos mais consequentes postulados do humanismo solidarista em que radica a social democracia neste fim de século, a nova Constituição retrata, como nenhuma outra, o fenômeno da abertura constitucional da pós-modernidade. Reúne, muito mais, um magnânime e um humanitário projeto de pacificação nacional ao lado de um elenco de direitos à esperança a serem efetivados segundo a capacidade transformadora da sociedade e da classe política brasileira, do que propriamente uma solução acabada de organização social e política para um país marcado por impenitentes contrastes classistas e regionais. Aí reside a sua virtude: esse hibridismo, que caracteriza a tipologia das constituições mistas do 2º pós-guerra, segundo a renomada

¹³⁷ ALVES, Francisco Glauber Pessoa. **O princípio jurídico da igualdade e o processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 11.

¹³⁸ PASOLD, Cesar Luiz Pasold. **Novos direitos: conceitos operacionais de cinco categorias que lhes são conexas**, Revista Sequencia Juridica n. 50, jul/2005, p. 225-236. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/viewFile/.../13817>> Acesso em: 09 out. 2011. O autor vem caracterizar a dignidade à condição do ser humano, ou seja, “sua capacidade de se autoconstruir permanentemente e de viver construtivamente em sociedade”.

¹³⁹ *Idem*, p. 21. Acerca da “**terceira dimensão**”, Wolkmer acrescenta a existência de duas correntes na doutrina nacional: a primeira defende “a interpretação abrangente acerca dos direitos de solidariedade ou fraternidade”, tais como direito à paz, qualidade de vida, ambiente saudável, etc.; e a segunda defende “a interpretação específica acerca de direitos transindividuais”, como sendo direitos de titularidade coletiva e difusa, tais como o direito ambiental e do consumidor, alertando-se que a diferenciação entre direitos difusos e coletivos nem sempre é clara, mas que, resumidamente, o primeiro envolve uma realidade fática, e o segundo trata de interesses comuns em organizações, sindicatos, etc. Ainda, o autor aduz que da modernização das relações jurídicas, surge então uma “**quarta dimensão de direitos**”, sendo aquela relativa aos reflexos da evolução tecnológica, tais como o direito a bioética, biotecnologia e a bioengenharia, os quais estão relacionados à vida humana, relacionando-se a temas como inseminação artificial, aborto, eutanásia, transplante de órgãos, etc., a grande maioria ainda carecendo de regulamentação específica. Nesse sentido, também: OLIVO, Luis Carlos Cacellier de. Aspectos Jurídicos do comércio eletrônico. In ROVER, Aires, José (Org.). **Direito, sociedade e informática: limites e perspectivas da vida digital**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000, p. 60. As tendências, as culturas, até então locais, restritas a determinados povos, etnias, classes, grupos, passam a serem divulgadas em rede virtual, *on line*, propiciando infinitos movimentos de reconhecimento e agregação, concebendo-se uma nova forma de organização social numa sociedade multicultural globalizada. Eis a “**quinta dimensão**” dos direitos, como aqueles advindos da “tecnologia da informação”, do “ciberespaço” e da era virtual. Segundo Wolkmer, são inúmeros os tipos penais configurados no intuito de serem protegidos diversos bens jurídicos no contexto virtual, tais como “incitação do uso de droga, de racismo, de abuso e exploração de menores, pirataria, roubo de direitos autorais, ameaça, calúnia de pessoas e tantos outros”. Para Paulo Bonavides, **há que se considerar fundamental o direito à democracia, à informação e ao pluralismo como decorrência dos avanços da sociedade atual**, sendo necessário sejam demarcados os passos dessa ciência jurídica, haja vista que não há sociedade sem o Direito. (BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 524-526).

classificação de Sanches Agesta, é que tornou consistente a reestruturação constitucional num ambiente político-social que exhibe, de forma odiosa, focos de soberba riqueza em meio ao alastrante pauperismo da população.¹⁴⁰

É nesse cenário internacional que o texto constitucional rompe com o regime ditatorial, assegurando a autonomia do Judiciário, ampliando verdadeiramente a atuação do Supremo Tribunal Federal com a criação de diversos remédios jurídicos que visam proteger direitos e garantias fundamentais. Assim, surge a necessidade de uma reorganização do ordenamento jurídico interno à luz de novos ditames constitucionais, imprimindo um ritmo dinâmico ao texto de modo a ampliar e fortalecer a jurisdição constitucional.

Naquela época, juristas precursores como Barroso e Clève¹⁴¹ eram favoráveis à aplicação imediata das normas constitucionais em prol da efetividade, de forma a promover justiça, igualdade e liberdade, o que só veio a ocorrer verdadeiramente décadas depois. Esse pensamento baseia-se na moderna “teoria do desenvolvimento e efetividade das normas constitucionais,”¹⁴² que defende a imediata aplicabilidade e justicabilidade das normas de conteúdo programático que versem sobre os direitos fundamentais, ainda que não existam normas regulamentadoras, com fundamento no art. 5º, §1º da CR/88.

Nas palavras de Barroso, efetividade significa “realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social”.¹⁴³ Para o autor, essa mudança de orientação em razão da “força normativa” das constituições democráticas desencadeou a criação de um sistema de princípios atribuídos à interpretação

¹⁴⁰ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A Constituição aberta e os...**, p. 125-127.

¹⁴¹ SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo...**, p. 247.

¹⁴² BARROSO, Luis Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. T. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 71.

¹⁴³ *Idem*, p. 71.

constitucional,¹⁴⁴ sendo reconhecidos no direito brasileiro, os da supremacia da Constituição, presunção da constitucionalidade de leis e atos do poder público, da interpretação conforme, da unidade, razoabilidade, e efetividade.

É sob essa nova ordem principiológica das “normas das normas, as mais excelsas do sistema,”¹⁴⁵ que esses direitos se proliferam, surgindo inúmeros questionamentos sobre os limites da atuação do Judiciário em prol da realização da Constituição - e que corroboram para um aumento da tensão entre democracia e direitos fundamentais -, sendo que a interpretação do texto constitucional será influenciada por critérios valorativos assim eleitos pela sociedade¹⁴⁶.

Para Clève, a Constituição de 1988 vem caracterizar o afastamento de uma democracia representativa, assumindo o cidadão um papel central como sujeito participante de um processo político na qualidade de fomentador de seus direitos, em que pese o controle sob o Estado ainda se perfaça com o voto. Afirma o autor:

A cidadania vem exigindo a reformulação do conceito de democracia, radicalizando, até, uma tendência que vem de longa data. Tendência endereçada à adoção de técnicas diretas de participação democrática. Vivemos, hoje, um momento em que se procura somar a técnica necessária da democracia representativa com as vantagens oferecidas pela democracia direta. Abre-se espaço, então, para o cidadão atuar, direta e indiretamente, no território estatal.¹⁴⁷

Nesse mesmo contexto, em 1984, surge a teoria de Robert Alexy, abordando-se a questão da legitimidade da atuação jurisdicional e a necessidade de efetivação de direitos fundamentais, sobretudo, nos órgão de cúpula, para demonstrar que os novos

¹⁴⁴ FISCHER, Octavio Campos. **Os efeitos de declaração de inconstitucionalidade no Direito Tributário Brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 12. Afirma o autor, no sentido de que a jurisdição constitucional tem a função de dar “proteção e eficácia” à Constituição.

¹⁴⁵ BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 18. Afirma ainda o autor, na página 124, que: “representado, todavia, a excelsitude normativa das disposições constitucionais, são os princípios a mola-mestra dessa teoria, a manivela do poder legítimo, a idéia-força que ampara todo o sistema organizacional; violá-los, de último, configura uma inconstitucionalidade material quer a violação afronte direta ou indiretamente, externa ou internamente, corpo normativo do Estatuto Supremo.”

¹⁴⁶ FARIA, José Eduardo. **Poder e legitimidade**. São Paulo: Perspectiva, 1978, p. 45.

¹⁴⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Temas de Direito Constitucional (e de Teoria do Direito)**. São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 17.

tempos evidenciam a superação do positivismo e a evolução da interpretação principiológica a ser promovida pelo Judiciário e sociedade, de forma que esta “avalize” o processo de tomada de decisões, principalmente quando decorrer de eventual “colisão” entre “poderes”.

Alexy vem propor, através da “representação argumentativa”,¹⁴⁸ que a atividade dos tribunais seja complementada pela representação política do parlamento, de modo a legitimar as decisões da Corte num atuar em conjunto da sociedade, na qualidade de participantes de um processo de luta e consolidação por uma democracia deliberativa, diferentemente do legislador que não prescinde de argumentos para a realização de sua função constitucional.¹⁴⁹

A necessidade de atuação política do Judiciário, decorrente da reconstitucionalização do século XX, e a revolução dos direitos humanos,¹⁵⁰ vem da promessa de uma profunda mudança pela efetivação de direitos fundamentais. Com isso, o Supremo Tribunal, através do uso do controle abstrato, evidenciaria um fator imprescindível para todo o controle de constitucionalidade: o elemento externo, ou seja, o componente de decisão política.¹⁵¹ Tal fator aproximaria a Corte Constitucional dos ensinamentos de Carl Schmitt¹⁵² – com todas as ressalvas feitas – em detrimento da hierarquia normativa e positivista de Hans Kelsen.

¹⁴⁸ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luíz Afonso Heck, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 163-165. E ainda: ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático. Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Tradução de Luís Afonso Heck. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 217: 55-66, jul./set. 1999, p. 55.

¹⁴⁹ *Idem*, p. 58. (...) Afirma ainda o autor que “a representação argumentativa dá certo quando o tribunal constitucional é aceito como instância de reflexão do processo político. Isso é o caso, quando os argumentos do tribunal encontram eco na coletividade e nas instituições políticas, conduzem a reflexões e discussões que resultam em convencimentos examinados.”

¹⁵⁰ BARBOZA, Estefania Maria de Queiroz. **Stare decisis...**, p 18.

¹⁵¹ BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em: 13 dez. 2011. “Nos últimos anos, o Supremo Tribunal Federal tem desempenhado um papel ativo na vida institucional brasileira. (...) A centralidade da Corte – e, de certa forma, do Judiciário como um todo – na tomada de decisões sobre algumas das grandes questões nacionais tem gerado aplauso e crítica, e exige uma reflexão cuidadosa. O fenômeno, registre-se desde logo, não é peculiaridade nossa. Em diferentes partes do mundo, em épocas diversas, cortes constitucionais ou supremas cortes destacaram-se em determinadas quadras históricas como protagonistas de decisões envolvendo questões de largo alcance político, implementação de políticas públicas ou escolhas morais em temas controvertidos na sociedade.”

¹⁵² SCHMITT, Carl. **Teologia política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 11.

Assim, compreende-se a Corte Constitucional como órgão “guardião da Constituição” não apenas no básico sistema positivista, em que a estrutura de hierarquia define tudo internamente ao direito, mas um órgão soberano que, contrariamente aos ensinamentos de Kelsen,¹⁵³ afasta-se da área jurídica para decidir e interpretar com parâmetros alheios ao direito, ou seja, através do elemento da política¹⁵⁴ de Schmitt, sendo que, uma vez utilizados pela Corte Constitucional, inserem-se na ordem jurídica com força tal que não são meramente ilustrativos, mas possuindo força vinculativa¹⁵⁵.

Por óbvio que nenhuma das teorias deve ser tomada em sua plenitude, já que professam caminhos extremos de aplicação do direito. Para a construção de um texto constitucional que se mantenha uma vertente democrática, mas que respeite a variabilidade política, faz-se pertinente retirar elementos das duas teorias que se tornam pertinentes à temática em questão. Se, por um lado, Kelsen vale-se da norma

¹⁵³ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Vê-se o que ocorre atualmente através das súmulas vinculantes.

¹⁵⁴ SCHMITT, Carl. **O conceito do político**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 19. Para o autor, o conceito de Estado pressupõe o conceito do político. Consoante sua acepção literal e sua aparição histórica, Estado é uma condição de características especiais de um povo, mais precisamente a condição competente dado o caso decisivo e, por isso, perante os muitos *status* individuais e coletivos imagináveis, pura e simplesmente o *status*. Mais não pode ser dito por agora. Todas as características de tal representação – *status* e povo – adquirem seu sentido através da característica adicional do político e se tornam incompreensíveis quando se assimila mal a essência do político. A falha da sua teoria, no entanto, é ceder muita força ao Soberano, que não fica exatamente definido em sua tese, bem como não conferir padrão de segurança para a sustentação do Estado, salvo o ditame da mesma decisão soberana, o que levaria a recair, cedo ou tarde, em uma insegurança social e jurídica, já que a interpretação da Constituição não obteria nenhuma base e nenhum princípio de processamento.

¹⁵⁵ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do...**, p. 181. Afirma o autor que: “a análise do Direito, que revela o caráter dinâmico desse sistema normativo e a função da norma fundamental, também expõe uma peculiaridade adicional do Direito: O Direito regula sua própria criação, na medida em que uma norma jurídica determina o modo em que outra norma é criada e também, até certo ponto, o conteúdo dessa norma. (...) A ordem jurídica, especialmente a ordem jurídica cuja personificação é o Estado, é, portanto, não um sistema de normas coordenadas entre si, que se acham, por assim dizer, lado a lado, no mesmo nível, mas uma hierarquia de diferentes níveis de normas.” Ainda, salienta que “a unidade dessas normas é constituída pelo fato de que a criação de uma norma – a inferior – é determinada por outra – a superior – cuja criação é determinada por outra norma ainda mais superior, e de que esse regressus é finalizado por uma norma fundamental, a mais superior, que, sendo o fundamento supremo de validade da ordem jurídica inteira, constitui a sua unidade.” Para argumentar em favor dessa permanência no ordenamento jurídico, Kelsen apela justamente para o poder original, chamado por ele de “norma fundamental” da qual descende toda a legitimidade e a justificativa para a existência, tanto da Constituição, quanto do ordenamento jurídico. Foi tardiamente que Kelsen delimitou que essa norma fundamental seria, em verdade, um poder público, uma vontade geral, advinda não só dá coletividade, mas de uma coletividade que se posicionaria de forma democrática. Portanto, a norma fundamental seria fruto da democracia, argumentando em favor do Estado Democrático de Direito. A falha na teoria de Kelsen é justamente o problema da criação e manutenção do Estado, em que os casos limítrofes forçariam o próprio ordenamento jurídico a fornecer uma resposta que não possui e a interpretação, pouco explorada por ele, deveria ater-se à “vontade do legislador”, pouco pertinente para a operação de decisão tão peculiar e necessária ao Judiciário.

fundamental como forma de sustentar, peremptoriamente, que a democracia deve ser mantida como imprescindível à existência da Constituição e, conseqüentemente, do Estado, a teoria de Schmitt¹⁵⁶ resolve a problemática do hermetismo kelseniano, trazendo a decisão como forma de solucionar as questões limítrofes do direito, dando à Corte Constitucional, e unicamente a ela, a possibilidade de interpretar criativamente, dando sentido, ou em melhores termos, extraíndo da Constituição sentidos que entrem em conformidade com a sociedade democrática.

Nesse passo, a busca pela efetividade das normas constitucionais é, sem dúvida, um fator que impulsionou a “judicialização da política” no direito pátrio, principalmente em razão do embrionário estágio da democracia que aqui se encontra em vigor a Constituição. Assim, afirma Barroso:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, como alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro.¹⁵⁷

Ainda em relação a essa “judicialização da política” ou “politização do direito”, Marcelo Neves critica a banalização do fenômeno, sustentando que “em vez de ser uma exceção, atuando como técnica argumentativa para reduzir o ‘valor

¹⁵⁶ SCHMITT, Carl. **Teologia...**, p. 7. A teoria de Schmitt, que vê na criação e sustentação do Estado não um elemento de normatividade fundamental, mas assevera que é a decisão de um Soberano que outorga essa fundação original e que será sempre essa mesma decisão soberana quem decide tanto pela manutenção do Estado, quanto pela delimitação desse mesmo ente estatal. Nas palavras de Schmitt, sobre o soberano e decisão supostamente externa, são: “soberano é quem decide sobre o estado de exceção. (...) A decisão sobre a exceção é, em sentido eminente, decisão, pois uma norma geral, como é apresentada pelo princípio jurídico normalmente válido, jamais pode compreender uma exceção absoluta e, por isso, também, não pode fundamentar, de forma completa, a decisão de que um caso real, excepcional.”

¹⁵⁷ BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em: 13 dez. 2011.

surpresa’ da decisão judicial em controvérsias constitucionais sobrecomplexas, a ponderação pode, nessas condições, transmutar-se em meio de acomodação de interesses que circulam à margem do Estado de Direito e Democracia, sob o manto retórico dos princípios.”¹⁵⁸

Seja como for, quanto ao caráter político da jurisdição constitucional, como bem afirma Octavio Fischer,¹⁵⁹ reportando-se a *Otto Bachof*, revela-se uma árdua tarefa separar o que é político e o que é jurídico. Mas, o que não há é a possibilidade de se fazer “política contra o direito”, sendo esta somente válida quando estiver dentro dos limites autorizados pelo direito.

Entende-se como fundamento para o texto constitucional, que hoje se vive num mundo de democracias complexas, multiculturais, que têm, por um lado uma “intransigente defesa da liberdade”,¹⁶⁰ e por outro, uma “incansável busca da igualdade.”¹⁶¹ É nessa área de tensão que se fundam todas as novas teorias sobre democracia, principalmente aquelas que vislumbram coadunar as características da herança do ideal liberal iluminista com as concepções de pluralismo, de diferenças e complexidade em nossa sociedade atual. Nesse contexto, a sociedade será um importante “vetor” a conduzir o sentido da norma a ser aplicada pelos juízes, sobretudo os que se encontram nos tribunais superiores.

Portanto, é nesse contexto histórico de redemocratização do país que ocorre o crescimento da atuação da Corte Constitucional Brasileira. Talvez em razão da simultaneidade dos fatos – ruptura do regime militar e estruturação da jurisdição constitucional – é que o constituinte tenha entendido por bem unir, resguardar as duas espécies de controle, pois, embora os sistemas de controle difuso e abstrato de

¹⁵⁸ NEVES, Marcelo da Costa Pinto. **Entre a Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. Brasília: UNB, 2010, p. 196.

¹⁵⁹ FISCHER, Octavio Campos. **Os efeitos de declaração de...**, p. 19-21. Segundo o autor, que poderiam ser caracterizados em quatro níveis: “(i) na nomeação dos membros do Tribunal encarregado de fiscalizar a constitucionalidade de uma norma; (ii) na dimensão política da própria constituição; (iii) nos efeitos políticos que podem surgir da decisão, e, por fim, (iv) na possibilidade de análise das questões políticas”.

¹⁶⁰ DOBROWOLSKI, Samantha Chantal. **A construção social do...**, p. 211. E ainda CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Processo Civil. Novas tendências (Homenagem ao Professor Humberto Teodoro Júnior)**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 558.

¹⁶¹ *Idem, ibidem*.

constitucionalidade partam de concepções históricas e momentos filosóficos diversos, isso não inviabilizou sua convivência harmônica no Brasil, propiciando um modelo *sui generis*, misto,¹⁶² ou eclético de controle.

Após, foram introduzidas algumas alterações no sistema concentrado de constitucionalidade pela Lei nº 9.868/99, instituindo-se a ação direta de inconstitucionalidade (ADI – art. 102, I, “a”), por ação ou omissão, e ainda, regulamentando, através da Emenda Constitucional nº 03/1993, a ação declaratória de constitucionalidade (ADC – art. 103, §4º), posteriormente regulamentadas pela lei 9.868/99), passando a se consubstanciar, na modalidade do controle abstrato de constitucionalidade através desse tipo de ação, e ainda, pela ação direta de inconstitucionalidade interventiva (art. 36, III), ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADINPO – art. 103, §2º), e arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF – art. 102, §1º), que veio a ser regulada posteriormente pela Lei 9.882/99), e em nível estadual, a representação de inconstitucionalidade contra leis ou atos normativos estaduais ou municipais (art. 125, §2º).

Tais alterações demonstram uma significativa alteração na essência do controle abstrato de constitucionalidade, passando a ser permitida a modulação dos efeitos da decisão proferida em controle concentrado (art. 27 da lei n. 9.868/99), considerando-se o interesse e a repercussão jurídica do julgamento para terceiros, ou seja, analisando-se a possibilidade de repercussão da lei em diversos outros casos concretos idênticos pendentes de julgamento.

Se por um lado isso representou uma sobrecarga aos Ministros no momento de decidir, por outro, tornou-se um mecanismo de acesso às partes porventura atingidas pelo julgamento, configurando-se, assim, o primeiro grande passo para uma aproximação entre os dois modelos de constitucionalidade¹⁶³ em razão da

¹⁶² MENDES, Gilmar, MENDES *et. all.* **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 162.

¹⁶³ APPIO, Eduardo. **Direito das...**, p. 22-23 e, MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios...**, p. 100.

particularização dos efeitos da decisão às partes juridicamente interessadas e que venham a se manifestar nesse sentido.

Ressalte-se, ainda, a notória inovação do constituinte de 1988 em ampliar o rol de legitimados para propositura de ADI, não se restringindo apenas ao Procurador-Geral da República, mas a todos aqueles elencados no art. 103 da CR, o que, nas palavras de Barroso, “veio ampliar, significativamente, o exercício da jurisdição constitucional no Brasil.”¹⁶⁴ De fato, a “Magna Carta” conferiu um enorme prestígio à forma abstrata e concentrada de jurisdição constitucional, fato esse analisado por pelo autor como “um fenômeno inquietante.”¹⁶⁵

Segundo Paulo Bonavides, essa fiscalização abstrata possui uma natureza meramente formal, e em efeitos práticos, objetiva simplesmente a resolução de conflitos entre entes públicos, desprestigiando-se o caráter principal do sistema de controle que se realiza a partir da concretização dos direitos e garantias fundamentais como consectário da defesa à ordem constitucional.¹⁶⁶

No entanto, para Clève, a via concentrada prioriza a defesa da ordem constitucional no intuito de que se possa proteger o “interesse genérico de toda a coletividade”.¹⁶⁷

Por outro lado, permaneceu-se também com o modelo estadunidense de constitucionalidade, trazendo-se algumas modificações, tais como a criação do mandado de injunção¹⁶⁸ (art. 5º, LXXXI) e a estrita vinculação do recurso extraordinário apenas às questões constitucionais (art. 102, III).¹⁶⁹

¹⁶⁴ BARROSO, Luis Roberto. **O controle de...**, p. 88.

¹⁶⁵ *Idem*, p. 89.

¹⁶⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de...**, p. 308.

¹⁶⁷ CLÈVE, Clémerson Merlin. **A fiscalização abstrata de...**, p. 97.

¹⁶⁸ Quanto ao mandado de injunção, num primeiro momento pós 88, o STF equiparou os efeitos da decisão no mandado de injunção ao da ação direta de inconstitucionalidade, o que só veio a ser alterado por uma gradativa evolução da jurisprudência, que passa a conceder, nesses casos, efeitos concretos e mandamentais, indicando-se o conteúdo da lei em caráter provisório até que o legislador assim o faça, complementado-a por força de lei.

¹⁶⁹ JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática**. 2. ed. Salvador: Jus Podium, 2006, p. 101. Assim, afirma o autor: “no direito brasileiro, a fiscalização incidental da constitucionalidade pode ser provocada e suscitada (a) pelo autor, na inicial de qualquer ação, seja de que

Ainda segundo Barroso, “o modelo brasileiro de fiscalização de inconstitucionalidade adota como regra geral, o controle judicial, cabendo aos órgãos do Poder Judiciário a palavra final e definitiva acerca da interpretação da constituição.”¹⁷⁰ De fato, o constituinte de 88 veio assegurar a autonomia do Judiciário, deixando principalmente ao encargo do Supremo Tribunal a missão de dirimir as controvérsias constitucionais porventura existentes, o que vem se desvirtuando em razão da absoluta inoperância dos órgãos estatais, mormente no que se refere às políticas garantidoras de direitos de primeira e segunda geração, de modo a desestabilizar a relação de tríplice de poderes.

Essa “febre” pela via concentrada, realmente ocorreu após o advento da Constituição de 88, coincidindo com o momento de “judicialização da política” no país,¹⁷¹ em que o Judiciário passa a analisar e decidir matérias até então estritamente reservadas ao Executivo ou ao Legislativo, sendo que este Poder, por sua vez, passa a adotar procedimentos análogos aos judiciais em sua respectiva casa (ex: CPI’s, etc).

A Constituição Federal de 1988 consolidou, no art. 2º, a denominada “cláusula pétrea” de separação dos poderes do Estado, a fim de que estes sejam harmônicos entre si, mas que, no entanto, haja um controle recíproco entre eles, ou seja, além da função típica, existem funções atípicas não previstas na teoria de Montesquieu.¹⁷² No entanto, é notório que a realidade constitucional tem se mostrado bastante diversa.

natureza for (civil, penal, trabalhista, eleitoral, e principalmente, nas ações constitucionais de garantia, como mandado de segurança, *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de injunção, ação popular e ação civil pública), qualquer que seja o tipo de processo e procedimento, (processo de conhecimento, processo de execução e processo cautelar) ou (b) pelo réu, nos atos de resposta (contestação, reconvenção e exceção) ou nas ações incidentais de contra-ataque, (embargos à execução, embargos de terceiro, etc.)”

¹⁷⁰ BARROSO, Luis Roberto. **O controle de...**, p. 89.

¹⁷¹ TATE C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The global expansion of judicial power**. New York: New York Unity Press, 1995, p. 2/3. *Apud* CASTRO, Marcos Faro de. **O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política**. Disponível em: <http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_34/rbcs34_09.htm>. Acesso em: 12 nov. 2011. Afirmam os autores que a expansão das atividades do Poder Judiciário está correlacionada ao fim do comunismo e à consequente expansão e hegemonia do capitalismo, o que também propiciou a democratização dos países da América Latina, Ásia e África. Outro fator de igual importância é a influência da jurisprudência e da teoria da ciência da política americana sobre os mecanismos de controle judicial, causando boa impressão em diversos países no mundo. Ademais, esse fenômeno, vale dizer, não está adstrito apenas ao Brasil e EUA, no século XX, mas também aos países da Europa, no século XIX.

¹⁷² Reza o texto da Carta que: (i) as funções típicas do Legislativo são de legislar e fiscalizar, tendo como função atípica a fiscalização dos demais poderes; (ii) a função típica do Executivo de administrar de

Para alguns,¹⁷³ essa “judicialização” contribui para uma interação entre os poderes e o fortalecimento do processo democrático, eis que a jurisdição constitucional passa a se integrar no processo de políticas públicas como resultado das democracias contemporâneas. Daí a razão de uma aproximação entre Direito e Política.¹⁷⁴

No entanto, outros afirmam que esse fenômeno é “contingencial”¹⁷⁵, mas inevitável diante dos inúmeros direitos sociais catalogados na Constituição e do “déficit de prestações sociais no plano das políticas públicas”¹⁷⁶ num país recentemente democratizado, assim se determinando que fique “tudo judicializado,” quando o correto seria que essa reivindicação ocorresse através de processos políticos diversos, mobilizações, etc., não se transformando o Judiciário numa única via de acesso, o que seria temível para uma recente democracia.

Como afirma Konrad Hesse, a igualdade, como princípio constitutivo da ordem constitucional, traduz-se no “elemento essencial à constituição aberta”.¹⁷⁷

Para Alexy, a teoria de igualdade fática¹⁷⁸ surge no Estado Social e demanda um esquema ou programa de repartição dos bens partilháveis numa determinada sociedade, o que, segundo *Karlsruhe*, significa aceitar por inevitável a desigualdade

acordo as leis vigentes, tendo por atípica o ato de legislar por meio de medidas provisórias, leis delegadas, etc. (art. 62 e segts. CR/88), e que (iii) a função do Judiciário tem por função típica julgar, firmar ou não o direito no caso concreto, tendo a função atípica de legislar na elaboração de seus regimentos internos e administrar sua própria estrutura administrativa (art. 99 CR/88).

¹⁷³ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do espírito das..**, p. 167.

¹⁷⁴ TATE C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The global expansion of judicial power.** http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_34/rbcs34_09.htm> Acesso em: 12 nov. 2011.

¹⁷⁵ STRECK, Lenio. **Direitos ambientais no Estado socioambiental.** Disponível em: <<http://amprs.jusbrasil.com.br/noticias/2659885/lenio-streck-abre-seminario-internacional-direitos-Fundamentais-no-estado-socioambiental>> Acesso em 12 out. 2011. Para o autor, “enquanto a judicialização é contingencial, o ativismo ocorre quando os juízes e tribunais se substituem ao legislador e ao poder Executivo fazendo juízos políticos e morais sobre a legislação e sobre o modo de administrar. O problema é que cada juiz faz o “seu próprio juízo político e moral”. O resultado é uma fragmentação de decisões. Assim, ao invés de os Governos elaborarem políticas públicas, acabam gastando energias para atender demandas *ad hoc*. E isso acaba sendo interessante para os governos, porque ao invés de concederem remédios e proporcionarem internamentos através de políticas para todos, eles fornecem advogados para que as pessoas ingressem com ações. E isso forma um círculo vicioso”.

¹⁷⁶ *Idem*.

¹⁷⁷ *Apud* BONAVIDES, Paulo. **Curso de...**, p. 342. HESSE, Konrad. **Derecho constitucional y derecho privado.** Tradução de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Civitas, 1995.

¹⁷⁸ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2001, p. 419.

jurídica e produzir uma igualdade fática. Nesse sentido, afirma o autor que o Estado social deve ser um fomento nesse sentido, obrigando-o a adotar ações positivas, propiciar uma passagem da liberdade jurídica para real, da igualdade abstrata para fática. Essas lições talvez possam revelar a razão pela qual a Corte Constitucional Alemã ser tão atuante no âmbito político, especialmente em se tratando de direitos fundamentais.

Nesse particular, também é valiosa a lição de Ronald Dworkin, ao sustentar que o controle judicial possui o condão de democratizar o processo de tomada de decisões, quando se está diante da falha/omissão da atuação do Executivo e do Legislativo, para assegurar a garantia de direitos fundamentais. Aduz o autor:

Sem dúvida, é verdade, como descrição bem geral, que numa democracia o poder está nas mãos do povo. Mas é por demais evidente que nenhuma democracia proporciona a igualdade genuína de poder político. Muitos cidadãos, por motivo ou outro, são inteiramente destituídos de privilégios. O poder econômico dos grandes negócios garante poder político especial a quem os gere. (...) Essas imperfeições no caráter igualitário da democracia são bem conhecidas e, talvez, principalmente irremediáveis. Devemos levá-las em conta ao julgar quanto os cidadãos individualmente perdem de poder político sempre que uma questão sobre os direitos individuais é tirada do legislativo para o Judiciário.¹⁷⁹

Ainda, ressalta que “se os tribunais tornam a proteção dos direitos individuais como sua responsabilidade especial, então as minorias ganharão em poder político, na medida em que o acesso aos tribunais é efetivamente possível e na medida em que as decisões dos tribunais são efetivamente fundamentadas.”¹⁸⁰

Mesmo sendo países de tradições jurídicas diversas (o Brasil oriundo *civil law*, e EUA da *commow law*), essas lições de Dworkin aplicam-se perfeitamente ao sistema jurídico brasileiro em razão da realidade e da necessidade de efetivação de direitos considerados fundamentais ao cidadão, sobretudo, os direitos humanos.¹⁸¹

¹⁷⁹ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p.31.

¹⁸⁰ *Idem*, p.32.

¹⁸¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e...**, p. 393. Afirma o autor com muita propriedade que: “As expressões “direitos do homem” e “direitos fundamentais” são frequentemente

Assim, tratando-se de questões políticas, deve o Judiciário determinar que os conflitos sejam resolvidos através de fundamentos jurídicos, não políticos. Ou seja, por argumentos “de princípios, não de política”¹⁸², ainda que haja uma zona bastante cinzenta entre eles, e não obstante o caráter político da Constituição de 88. Pois, se o indivíduo não obtém sua demanda atendida de um modo natural,¹⁸³ por uma instância legislativa ou administrativa, deverá provocar a atuação da máquina estatal no sentido de promover a realização da prestação jurisdicional de maneira efetiva e tempestiva,¹⁸⁴ e o Judiciário, por óbvio, deve propiciar uma resposta à altura do pretendido pelo jurisdicionado.

Por todos esses fenômenos já relacionados, a sociedade vem potencializar suas expectativas de direitos, agora em nível constitucional, no plano processual, passando a ser analisada como ciência capaz de dirimir todos os “entraves” que circundam a complexa democracia brasileira.

Com a perda da efetividade da tutela¹⁸⁵ também no direito pátrio, acaba por ser inevitável que o constituinte derivado utilize-se de novas “técnicas processuais adequadas”¹⁸⁶, de modo a viabilizar a manutenção dessa via de acesso. Bem por isso, percebe-se, nas últimas décadas, uma profunda alteração dos mecanismos processuais nos sistemas de fiscalização de constitucionalidade, a exemplo do direito comparado.

utilizadas como sinônimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: **direitos do homem** são direitos válidos para todos os povos em todos os tempos (dimensão, jusnaturalista-universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal, os direitos fundamentais seriam direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.”

¹⁸² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e...**, p. 101.

¹⁸³ BARROSO, Luis Roberto. **O acesso às prestações de saúde no Brasil** – Desafios ao Poder Judiciário. Audiência Pública – Saúde. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Luis_Roberto_Barroso.pdf> Acesso em 26 set. 2011.

¹⁸⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral...**, p. 119.

¹⁸⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. In A segurança jurídica como fundamento do respeito aos precedentes. In: CORREA, Estevão, Lourenço. (Coord.) **Revista do Instituto dos Advogados do Paraná**, n. 37, Curitiba, 2009, pg. 60. Afirma o autor: “O sistema jurídico, em tal dimensão, afigura-se completamente privado de efetividade, pois indubitavelmente, não PE capaz de permitir previsões e qualificações jurídicas unívocas. Há uma mínima preocupação, na ordem jurídica brasileira com a previsibilidade”.

¹⁸⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil. Teoria Geral...**, p. 191.

Como afirma Appio,¹⁸⁷ chega a ser curioso o fato de um profundo conhecedor da via de fiscalização abstrata, o ilustre Ministro Gilmar Mendes, ter lançado a semente da idéia de um novo modelo difuso de constitucionalidade, o qual está por ser construído no Brasil a partir de uma concepção republicana. Pois, inicialmente, no controle difuso analisavam-se apenas questões *inter partes*, ou seja, voltado tão somente para o passado quando da reapreciação da questão pelo Supremo Tribunal, diferentemente do controle concentrado em que a Corte julgava, tendo como fundamento a lei em tese, com olhos para o futuro, lidando-se, portanto, com perspectivas temporais diversas.¹⁸⁸

Segundo a doutrina,¹⁸⁹ o fato de o controle abstrato de constitucionalidade dado por preferência pelo constituinte de 88 não discutir a lei na prática, no caso concreto, mas apenas lei em tese, contribuía para inúmeras discussões de enorme vagueza dos Ministros, corroborando para que teses argumentativas ficassem mais no plano da pura abstração, gerando enorme insegurança jurídica e um infinito obstáculo à celeridade e efetividade processual.

Por outro lado, o Supremo Tribunal, até o momento, não dirigia suas atenções nas decisões em controle difuso, dada a impossibilidade dos julgamentos produzirem efeitos prospectivos pela ausência de vinculação desses julgados (*no binding effect*)¹⁹⁰, produzindo-se apenas efeitos *inter partes* e *ex tunc*,¹⁹¹ de modo a se atender aos

¹⁸⁷ APPIO, Eduardo. **Direito das...**, p. 24.

¹⁸⁸ *Idem, ibidem*. Afirma ainda que: “O controle difuso e o controle concentrado, muito embora não pudessem ser diferenciados do ponto de vista ontológico (qualitativo), lidavam com duas dimensões distintas de tempo. O tempo do controle difuso era o passado, e o inverso sucedia com o controle concentrado, voltado quase que exclusivamente para situações futuras. O Supremo Tribunal Federal (STF), a cada julgamento, tinha de se adaptar ao universo simbólico destas duas dimensões, muito embora, em ambos os casos, tratasse de proteger a Constituição Federal, assegurando-lhe uniformidade interpretativa.” Além disso, o autor faz menção à obra de Hans Kelsen, ao traçar uma comparação entre as atividades desenvolvidas pela Corte Constitucional e a Suprema Corte dos Estados Unidos, reproduzindo o seguinte trecho: “(...) Os tribunais que disponham de seu poder de controle diferenciam-se apenas, no plano qualitativo, ou seja, em que o primeiro não anula a lei inconstitucional apenas para o caso concreto – como nos últimos – mas sim para todos os casos”.

¹⁸⁹ *Idem*, p. 22.

¹⁹⁰ *Idem. Ibidem*.

¹⁹¹ Ressalte-se que, embora haja a previsão do art. 52, X, da Constituição de 88, que amplia e modula os efeitos da decisão de inconstitucionalidade, através de resolução do Senado Federal, passando a ter efeitos *erga omnes* e *ex nunc*, esse mecanismo, na prática, não obteve funcionalidade em razão de sua pouca utilização. Assim, através da ação de reclamação n. 4.335/07, sob Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, propõe-se a mutação constitucional desse dispositivo.

princípios gerais de direito, segurança jurídica, e à boa fé nas relações contratuais,¹⁹² diferentemente do controle concentrado em que, julgando o Supremo Tribunal Federal uma lei inconstitucional, seus efeitos, via de regra, retroagiam à data de edição, assim produzindo efeitos *erga omnes* e *ex tunc*.

De fato, isso mudou após 1988, havendo uma urgente necessidade de se alterar a sistemática do controle de constitucionalidade brasileiro, sob pena de a “crise”¹⁹³ provocar uma paralisação das atividades do Supremo Tribunal, o que significaria enorme retrocesso para uma recém conquistada democracia. Assim, serão analisados a seguir, alguns dos fenômenos que corroboraram para essas alterações legislativas, culminando com a mudança de paradigma e a consequente evolução dos modelos difuso e concentrado no Brasil.

Inicialmente, aponta-se o fato da jurisprudência do próprio Supremo Tribunal ter consolidado, no pós 88, o direito de acesso à tutela jurisdicional em sede de Corte Constitucional como “um verdadeiro direito (fundamental) do cidadão, não um exercício de uma discricionariedade política da Corte,”¹⁹⁴ o que, inevitavelmente, contribuiu para o aumento drástico do número de recursos extraordinários em Brasília, e que determinaram a banalização da função política do Supremo Tribunal Federal.

Embora essa “crise numérica”¹⁹⁵ tenha se desdobrado em razão da judicialização e do elevado número de recursos enviados àquela Corte, há também que se levar em conta como fator decisivo “a massificação das demandas nas relações homogêneas,”¹⁹⁶ que deram ensejo às ações em série, necessitando muitas delas, um provimento célere e efetivo.

¹⁹² APPIO, Eduardo. **Direito das...**, p. 18.

¹⁹³ *Idem*, p. 20-21.

¹⁹⁴ *Idem*, *ibidem*.

¹⁹⁵ *Idem*, p. 24.

¹⁹⁶ MENDES, Gilmar; MARTINS, Ivens Gandra da Silva. **Controle concentrado de constitucionalidade**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 101.

Outro fato agravante é a resistência dos juízes brasileiros em relação ao julgamento das ações coletivas, por não haver uma regulamentação suficiente¹⁹⁷ sobre o tema, especialmente sob a ótica processual, causando, na prática, certa insegurança jurídica aos institutos atualmente em vigor,¹⁹⁸ o que, em parte, pretende ser resolvido através do incidente de demanda repetitiva¹⁹⁹ disposto no projeto do novo código de processo civil, desde que assegurados amplamente o contraditório e a ampla defesa. No entanto, isso apenas poderá ser analisado quando o instituto estiver em vigência.

De outra forma, também se diz que o principal problema para a crise atual dos Tribunais Superiores advém de um excesso de litigância²⁰⁰ da sociedade brasileira. Por questões de origem social, o brasileiro tem por costume recorrer ao Judiciário, havendo um exagero no trâmite dos processos às Cortes Superiores, notadamente o Supremo Tribunal interpretado como órgão revisor dos tribunais locais, numa espécie de “terceira” ou “quarta” instância.

¹⁹⁷ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Processo...**, p. 558. Afirma o autor que “na Ação Civil Pública, apesar do grande esforço do Ministério Público dos diversos Estados da Federação, os direitos sociais praticamente se encontram sem defesa, enquanto que a resolução de conflitos tem se pautado pelo rigor técnico na interpretação das normas processuais, distanciando-se da nossa realidade social, com a adoção, muitas vezes, de teses jurídicas que impedem que a ação civil pública possa servir de instrumento eficiente para defesa das coletividades. Basta, para que se tenha uma idéia do problema, examinar um dos dados de pesquisa, que revela que mais da metade das ações civil públicas são extintas sem julgamento de mérito. Ainda no campo da defesa coletiva, a demora do processo e mesmo o seu resultado têm-se revelado de forma muito especial, também em decorrência das interpretações técnicas que exigem, de uma das partes, tarefas que elas não podem realizar, seja por incapacidade financeira, como a realização de grandes jurídicas, seja mesmo a produção de uma prova que não está ao seu alcance.”

¹⁹⁸ Há um projeto de lei tramitando sobre o Código de Processo Coletivo, Lei n. 5.139/09. No entanto, o projeto ainda é alvo de muitas críticas e não foi devidamente debatido pela sociedade.

¹⁹⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução de conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 379-380. “Tais medidas refletem, sem dúvida, a tendência de coletivização do processo, assim explicada por: “Desde o último quartel do século passado, foi tomando vulto o fenômeno da ‘coletivização’ dos conflitos, à medida que, paralelamente, se foi reconhecendo a inaptidão do processo civil clássico para instrumentalizar essas megacontrovérsias, próprias de uma conflitiva sociedade de massas. Isso explica a proliferação de ações de cunho coletivo, tanto na Constituição Federal (arts. 5º, XXI; LXX, ‘b’; LXXIII; 129, III) como na legislação processual extravagante, empolgando segmentos sociais de largo espectro: consumidores, infância e juventude; deficientes físicos; investidores no mercado de capitais; idosos; torcedores de modalidades desportivas, etc. Logo se tornou evidente (e premente) a necessidade da oferta de novos instrumentos capazes de recepcionar esses conflitos assim potencializado, seja em função do número expressivo (ou mesmo indeterminado) dos sujeitos concernentes, seja em função da indivisibilidade do objeto litigioso, que o torna insuscetível de partição e fruição por um titular exclusivo.”

²⁰⁰ ALVIM, Arruda. **A Constituição de 88 não é culpada por excesso de demanda do Judiciário**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias>> Acesso em: 29 out. 2009.

Também não pode ser descartado como fator de ampliação da jurisdição o fenômeno de abertura constitucional da época, o qual fora detectado na Alemanha, por Peter Häberle, em 1975, através de sua notável obra sobre o tema, pulverizando-se no Brasil através da teoria da interpretação constitucional em que o processo hermenêutico é introduzido e condicionado ao momento histórico da sociedade. Nas palavras de Häberle:

A estrita correspondência entre vinculação (à constituição) e legitimação para a interpretação: interpretação é um processo aberto. Não é, pois, um processo de passiva submissão, nem se confunde com a recepção de uma ordem. A interpretação reconhece possibilidades e alternativas diversas. A vinculação se converte em liberdade na medida que se reconhece que a nova orientação hermenêutica consegue contrariar a ideologia da subsunção.²⁰¹

Logo, a visão haberliana vem demonstrar que o processo de interpretação do texto constitucional deve ter como participante não apenas os juízes constitucionais, mas todos aqueles que vivem sob o contexto da norma. Para o autor, a teoria “é a

²⁰¹ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta e os intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição. Porto Alegre: Fabriks, 1999, p. 24. E ainda, também nesse sentido: SANTOS, Boaventura de Souza. **Reconhecer para libertar**. Os caminhos do cosmopolismo mundial, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 2003, p. 26. Sobre esse intenso movimento social que marca o século XXI, afirma o autor que, originalmente, o multiculturalismo era conceituado como “a coexistência de formas culturais ou de grupos caracterizados por culturas diferentes no seio das sociedades modernas”. Agora, ganha nova dimensão ao ser retratado como “as diferenças culturais em um contexto transnacional ou global”, podendo ainda assumir diversos sentidos como “a existência de uma multiplicidade de culturas, ou a co-existência de culturas no espaço de um mesmo Estado-Nação”, ou ainda, “a existência de culturas que interinfluenciam tanto dentro como além do Estado-nação”. Pois, com a miscigenação de culturas e de conhecimentos de outros povos, é natural que ocorra uma mutação de valores e de anseios da sociedade. Concomitante à recuperação econômica dos países no pós-guerra, inicia-se no século IX, a era da globalização. Como decorrência do impacto desse fenômeno, surge então, os denominados direitos de terceira geração, ou direitos coletivos, direitos de “fraternidade” e “solidariedade”, em que o Estado se obriga a proteger a coletividade, tais como os dispositivos constitucionais relativos ao direito da personalidade (art. 5º, V, IX, X, XIV, XXV, XXVII, e XXVIII), a lei que disciplinou acerca (i) da ação civil pública visando proteger os interesses metaindividuais específicos (lei n. 7.347/85); (ii) os deficientes físicos (lei n. 7.853/89); (iii) os direitos da criança (lei n. 8.069/90); (iv) do consumidor (lei n. 8.078/90); (v) do idoso (lei n. 10.741/03); (vi) direito à paz, ao meio ambiente (lei n. 8974/95), etc. Segundo Antonio Carlos Wolkmer, esses direitos referem-se “à proteção de categorias ou grupos de pessoas (famílias, povo, nação), não se enquadrando nem no público nem no privado”, em razão do papel central que as constituições democráticas passam a exercer sobre o sistema. **Acrescenta-se a essa categoria direitos decorrentes de transformações sociais recentes, tais como direitos do gênero (condição feminina), dos deficientes físico e mental, direito das minorias (éticas, religiosas, sexuais), e os direitos da personalidade (intimidade, honra, imagem)**. (WOLKMER. Antonio Carlos; MORATO, José Rubens. **Os novos direitos no...**, p. 09). (sem destaques no original)

expressão da teologia no protestantismo alemão”²⁰², uma vez que “toda e qualquer pessoa que leia livremente a constituição acaba sendo co-intérprete do texto”,²⁰³ sendo a atividade estendida a uma realidade internacional (*jus gentium*).

No intuito de demonstrar que o legislador constituinte já estava inserido nesse contexto mundial, ressalta Siqueira Castro²⁰⁴ que o preâmbulo e o art. 4º da “Carta Magna” de 1988, ao proclamar como princípio de suas relações internacionais, “a cooperação entre os povos no intuito do progresso da humanidade”, deixou demonstrada a intenção do constituinte brasileiro em promover um diálogo aberto entre os diversos povos, propiciando a assimilação de uma gama de direitos.

Nesse contexto de sociedade plural, a busca pela legitimidade das decisões acaba por desaguar no campo das teorias de argumentação jurídica, momento esse em que o Direito passa fazer correlações com a Ética, Moral e a Justiça, fazendo considerações de ordem empíricas (o conceito de dignidade da pessoa humana, igualdade, democracia, etc.),²⁰⁵ propiciando uma ascensão do Judiciário, sobretudo, das Cortes Constitucionais, passando a interferir decisivamente na esfera dos outros “poderes” através do crescimento substancial, da sua atuação política no seio da sociedade moderna, especialmente do Supremo Tribunal Federal, órgão que tem por missão o cumprimento da Constituição.

²⁰² HÄBERLE, Peter. **A Constituição é uma declaração de amor ao país**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-mai-29/entrevista-peter-haberle-constitucionalista-alemao>> Acesso em 09. jan. 2012.

²⁰³ *Idem*.

²⁰⁴ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A Constituição aberta e...**, p.16. Ainda afirma o autor: “Numa expressão mais simples, pode-se afirmar que o Estado Constitucional Democrático da atualidade é um Estado de abertura constitucional radicado no princípio da dignidade do ser humano (...) A rigor, o postulado da dignidade humana constitui-se no direito prolífero por excelência, tendo gerado nas últimas décadas várias famílias de novos direitos que angariam o *status* de fundamentalidade constitucional. Além disso, assumiu o eixo central do Estado Democrático de Direito, cuja configuração supralegal projeta-se muito mais à sociedade e ao mundo, do que propriamente em direção à organicidade dos poderes representativos da soberania.”

²⁰⁵ SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo...**, p. 242. Ana Paula de Barcelos destaca que “do ponto de vista metodológico-formal, o constitucionalismo atual opera sobre três premissas fundamentais, das quais depende, em boa parte, a compreensão dos sistemas jurídicos ocidentais contemporâneos. São elas: (i) a normatividade da Constituição, isto é, o reconhecimento de que as disposições constitucionais são normas jurídicas, dotadas, como as demais, de imperatividade; (ii) a superioridade da Constituição sobre o restante da ordem jurídica (cuida-se aqui de Constituições rígidas, portanto); e (iii) a centralidade da Carta nos sistemas jurídicos, por força do fato de que os demais ramos do Direito devem ser compreendidos e interpretados a partir do que dispõe a Constituição.” (BARCELOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 36).

Assim, sustenta parte da doutrina que o neoconstitucionalismo²⁰⁶ caracteriza-se como um importante instrumento de efetivação dos direitos e de garantia da supremacia das normas constitucionais, uma vez que o texto assimila novos valores e diretrizes políticas de um Estado Social “paternalista”.

Essa nova ótica é destacada por Dirley da Silva Cunha,²⁰⁷ nas palavras de Carbonell, como uma “*nova teoria jurídica* a justificar a mudança de paradigma, de *Estado Legislativo* para “*Estado Constitucional de Direito*”, excluindo-se do eixo central do ordenamento o princípio da legalidade, oriundo dos movimentos revolucionários do século XVIII, e que é assumido pelo princípio da força normativa da Constituição.

Mas há, ainda, renomada doutrina sustentando que esse fenômeno estaria calcado em direitos fundamentais já contemplados desde as revoluções liberais, alterando-se apenas a “moldura” em razão do novo contexto, das novas circunstâncias da modernidade. É como bem destaca Clève, no sentido de que “o neoconstitucionalismo importa, na verdade, uma renovada visão do direito constitucional que se apóia, especialmente, sobre duas dimensões: normativa e metodológica”.²⁰⁸

Pois bem. O que ainda parece ser obscuro para os operadores do direito é a forma como esses valores devem ser assimilados pelo intérprete, pois a vagueza e

²⁰⁶ Luis Roberto Barroso ressalta que “o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como *marco histórico*, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como *marco filosófico*, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como *marco teórico*, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito.” **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito**. Disponível em: <<http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?=7547>> Acesso em: 01 jun. 2010.

²⁰⁷ CUNHA JR., Dirley da. **Curso de...**, p. 40. Destaca o autor trecho de Carbonell, afirmando que “o neoconstitucionalismo seja em sua aplicação prática, como em sua dimensão teórica, é algo que está por vir. Não se trata, como afirma o autor, de uma teoria consolidada.

²⁰⁸ CLÈVE, Clémerson Merlin. **Estado constitucional, neoconstitucionalismo e tributação**. Disponível em: <<http://www.clevedadvogados.com.br>> Acesso em: 09 nov. 2011.

indeterminação²⁰⁹ por vezes geram compreensões diversas, imprecisas, à luz de uma sociedade globalizada e de contexto plural. O verdadeiro fascínio doutrinário em torno de uma prática jurídico-constitucional confusa acerca da aplicação dos princípios constitucionais e da ponderação entre eles, bem como de outros critérios de argumentação, revela-se uma técnica cada vez mais frequente nos casos concretos, não sendo uma questão puramente quantitativa, mas também de relevância jurídica e social.

Segundo Marcelo Neves, o ponto reside “no fato de que a decisão e os argumentos utilizados para fundamentá-las tendem a limitar-se ao caso concreto *sub judice*, mas não oferecem critérios para que se reduza o ‘valor-surpresa’ das decisões de futuros casos em que haja identidade jurídica dos fatos subjacentes,”²¹⁰ motivo pelo qual as decisões finais acabam por ser muitas vezes inconsistentes em razão de os próprios órgãos colegiados decidirem por critérios e fundamentos diferentes.²¹¹

O que se percebe, portanto, é que não existe nenhum fundamento de ordem objetiva que possa estabelecer a eleição ou exclusão de determinada norma/princípio ao caso concreto, não havendo um critério de partida na escolha por determinado argumento. Pois, num controle racional de juízes, tem de haver um discernimento racional de escolha, através de uma coerente linha de argumentação, com o devido respeito aos julgamentos paradigmáticos, mesmo que em caráter provisório, - o que parece não estar ocorrendo há tempos no direito pátrio.

²⁰⁹ STRECK, Lenio. **Direitos ambientais no Estado socioambiental**. Disponível em: <<http://amprs.jusbrasil.com.br/noticias/2659885/lenio-streck-abre-seminario-internacional-direitos-fundamentais-no-estado-socioambiental>> Acesso em 12 out. 2011. Destaca o autor que “o problema é que cada juiz faz o “seu próprio juízo político e moral”. O resultado é uma fragmentação de decisões.”

²¹⁰ NEVES, Marcelo. **Entre a Hidra de...**, p. 198.

²¹¹ *Idem*, p. 201. Ainda afirma o autor: “como se orientar em futuros casos com base em um acórdão confuso e, eventualmente, contraditório em seus fundamentos?” Adverte, ainda, que é possível mudar uma posição consolidada, porém é preciso – nesses casos – uma sobrecarga argumentativa combinada à transparência. A “princiologia e o modelo de sopesamento, se adotados de forma muito maleável e tecnicamente imprecisa, atua como estimulante de um ‘casuismo’ descomprometido com a força normativa da constituição e a autoconsistência constitucional do sistema jurídico”.

De igual valia, é a visão de Alfonso Garcia Figueroa,²¹² uma vez que está conectada a um contexto plural. Para o autor, a distinção entre regras e princípios não é tão forte quanto se pensava, daí o modelo da “derrotabilidade das normas”. Isso porque os princípios “jusfundamentais” acabam por modular o Direito em razão da moral, em que se propicia uma instabilidade nas decisões pela correlação do discurso jurídico com a moral, e ainda, pela instabilidade da própria moral.²¹³

Segundo Roberto Gargarella,²¹⁴ essa vulgarização no processo de interpretação constitucional também é um fenômeno deflagrado na Suprema Corte Argentina, caracterizando-se como um entrave em três ordens: (i) a ausência de justificativas para seleção de distintos critérios utilizados no caso concreto, podendo gerar interpretações num ou noutro sentido; (ii) a “combinação” de distintos critérios de interpretação pode acarretar um nível de incertezas quando ocorrer sem justificativas, gerando insegurança jurídica; (iii) por outro lado, a adoção de um único critério interpretativo também não será capaz de apaziguar os temores acerca da discricionariedade, pois,

²¹² FIGUEROA, Alfonso García. **Criaturas de la moralidad**. Uma aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos. Madrid: Trotta, 2009, p. 256. Nas palavras do autor: “Que espera um legalista do Direito? Qualquer um que tenha sofrido o calvário de um processo judicial, com suas incertezas, sabe que essa pretendida segurança ou previsibilidade do Direito considerada como possível e desejável pelo legalista não tem lugar no tráfico jurídico ordinário.”

²¹³ *Idem*, p. 118-119.

²¹⁴ GARGARELLA, Roberto. **Teoría y crítica de del Derecho Constitucional**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2008, p. 239-242. Por oportuno, faz-se uma abordagem analítica da obra de Gargarella, cujo trabalho foi inspirado nos estudos de Néstor Sangés, o qual vem apresentar um criterioso trabalho de classificação das mais diversas formas de interpretação já utilizadas pela Suprema Corte Argentina em sua trajetória histórica, sendo elas denominadas: (i) interpretação “literal”: aquela que segue literalmente o texto da lei; (ii) interpretação “popular”: aquela que é voltada à um entendimento mais popular; (iii) interpretação “especializada”: algumas situações que é necessário uma interpretação técnica, de acordo com um contexto; (iv) interpretação “intencional”: aquela vinculada a uma intenção, ainda que de modo excepcional; (v) interpretação “voluntarista”: aquela decorrente da vontade do legislador, a ser analisada por meio dos debates prévios dos parlamentares; (vi) interpretação “justa”: afasta-se do sentido das palavras da lei, seguindo-se os princípios fundamentais de justiça; (vii) interpretação “orgânico-sistemática”: afasta-se do sentido da norma para adotar-se o sentido pleno da constituição; (viii) interpretação “realista”: aquela que faz prevalecer a verdadeira essência jurídica e econômica, prevalecendo a denominação feita pela realidade; (ix) interpretação que assume a existência de um “legislador perfecto”: aquela que presume o legislador seja perfeito e que a norma revela um direito claro, preciso, coerente, sem lacunas; (x) interpretação “dinâmica”: vai das origens da norma ao sentido da constituição, adequado à realidade de viver da época; (xi) interpretação “teleológica”: descartando-se as possibilidades anteriores, está relacionada aos fins perseguidos pela constituição; (xii) interpretação “conforme a La autoridad externa”: quando o critério de decisão advém da doutrina. Jurisprudência, estrangeiras, na maioria dos casos o sistema estadunidense e a Corte Interamericana de Derechos Humanos; (xiii) interpretação “constructiva”: aquela de acordo com o desempenho do Estado, de forma a manter a salvo seus interesses; (xiv) interpretação “continuista”: aquela que obriga que a decisão deve ser necessariamente de acordo com os precedentes; (xv) interpretação “objetiva”: aquela que determina como a norma deve ser interpretada, afastando a possibilidade de interpretação de acordo com critérios subjetivos.

segundo o autor, qualquer dos critérios adotados será compatível com várias conclusões possíveis, muitas vezes contraditórias entre si.²¹⁵

Em suma, a temática acerca dos limites de atuação do Judiciário torna-se um intenso e justificável dilema pelo qual vivem os países sul-americanos, em que a democracia perfaz-se dia-a-dia.

Nesse contexto, o Judiciário é provocado a compor as lides, tendo a árdua missão de dar uma solução ao caso concreto, principalmente nos *hard cases*, casos difíceis ou quase impossíveis, por vezes chegando a soluções pacificadoras e equilibradas, e noutras, decisões precipitadas, equivocadas, excessivas que, via de regra, produto de ativismo judicial hoje recorrente nos tribunais pátrios, provocam, por vezes, uma superposição de poderes e uma elitização do debate, de modo a excluir as camadas menos favorecidas ou expressivas da sociedade, também reconhecidas por “minorias.”²¹⁶

Nessa esteira, é valiosa a lição de Marinoni, reportando-se a *Marrymann*, ao afirmar que o constitucionalismo vem propiciando um novo perfil do juiz do *civil law*, na medida em que se encontra autorizado a julgar se uma lei é válida ou não, quebrando-se o “dogma”²¹⁷ da separação entre o Legislativo e o Judiciário, e evidenciando a possibilidade de o juiz “criar o direito”²¹⁸, aproximando-se do juiz do *commow law*. Afirma o autor, *in verbis*:

A evolução do *civil law*, particularmente em virtude do impacto do constitucionalismo, deu ao juiz um poder similar ao do juiz inglês submetido ao *commow law*, e bem mais claramente, ao poder do juiz americano, dotado de poder e controlar a lei a partir da Constituição. No instante em que a lei perde sua supremacia, submetendo-se à Constituição, transformação não apenas o conceito de direito, mas igualmente o significado de jurisdição. O juiz deixa de ser um servo e assume o dever de atuá-la na medida dos direitos positivados na Constituição. Se o juiz pode negar a validade da lei em face da Constituição ou mesmo instituir regra imprescindível à realização de direito fundamental, o seu papel não é mais aquele concebido por juristas

²¹⁵ GARGARELLA, Roberto. **Teoría y...**, p. 243.

²¹⁶ APPIO, Eduardo Fernando. **Direito das...**, p. 264.

²¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios...**, p., 42.

²¹⁸ *Idem*, p. 40.

e processualistas de épocas distantes. Note-se que o juiz brasileiro, hoje, tem um poder criativo maior do que o juiz do *commow law*, pois ao contrário deste, não presta o adequado respeito aos precedentes.²¹⁹

Sem dúvidas, o que se observa modernamente é uma aproximação entre os clássicos oponentes.²²⁰ A descaracterização do juiz *civil law*, em razão do fenômeno da abertura constitucional²²¹ na busca da concretização de direitos fundamentais, vem propiciando uma falta de coerência jurídica nesse sistema, sendo certo que a previsibilidade e segurança do direito modernamente construído na *commow law*, através da técnica dos precedentes, tem apenas a contribuir, hodiernamente, para o direito pátrio. Nessa perspectiva, o Judiciário brasileiro vem adotando alguns traços do sistema estadunidense, como por exemplo, o modo de atuação criativa do *judge-made-law*,²²² e ainda, a recente importação do mecanismo processual de seleção e filtragem do *writ of certiorari*, promovendo um reordenamento da função do Supremo Tribunal Federal enquanto órgão excelso do sistema.

Para Estefania Maria de Queiroz Barboza, essa importação de institutos estrangeiros objetiva a promoção de discursos morais entre sociedade e o Judiciário de maneira que não caiam num vazio pelos julgadores,²²³ devendo ser analisados sob a ótica do direito à integridade e “do romance em cadeia” de Dworkin. Afirma a autora:

É certo que o estudo comparado busca princípios comuns e analogias da jurisdição constitucional de alguns países de *common law* com outros de *civil law* para fins de enriquecimento da prática constitucional brasileira...a superação dos precedentes se dá de forma menos abrupta, devendo haver uma coerência entre as decisões (...) o que, por sua vez, faz com que o direito jurisprudencial se transforme na medida da transformação da sociedade e com a hipótese de que haja uma maior segurança nas decisões nesse sistema do que nos sistemas de *civil law* no contexto do constitucionalismo (...) Essa tendência de aproximar processualmente o

²¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios...**, p. 42. No mesmo sentido: BARBOZA, Estefania Maria de Queiroz. **Stare decisis...**, p. 29.

²²⁰ *Idem*, p. 42.

²²¹ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A Constituição aberta...**, p. 35.

²²² MARINONI, Luiz Guilherme, **Precedentes obrigatórios...**, p. 50. E ainda, BARBOZA, Estefania, Maria de Queiroz. **Stare decisis...**, p. 15.

²²³ *Idem*, p. 17.

sistema brasileiro ao sistema de *common law* fica ainda mais visível quando da leitura da exposição de motivos do anteprojeto 757 do novo Código de Processo Civil e de seu substitutivo. Há uma grande preocupação com a celeridade processual, mas também com a segurança jurídica que deverá ser promovida evitando-se decisões conflitantes e buscando-se estabilidade na jurisprudência já consolidada, que só poderá ser alterada mediante uma adequada fundamentação. A uniformização da jurisprudência também busca realizar o princípio da isonomia.²²⁴

Também para Sarmento, é inegável que as Constituições contemporâneas estão inseridas de conteúdos de ordem moral, facilitando-se a adesão por meio das técnicas argumentativas como suporte da decisão racional. Ainda nas palavras do autor:

No paradigma neoconstitucionalista, a argumentação jurídica, apesar de não se fundir com a Moral, abre um significativo espaço para ela. Por isso, se atenua a distinção da teoria jurídica clássica entre a descrição do Direito como ele é, e prescrição sobre como ele deve ser. Os juízos descritivo e prescritivo de alguma maneira se sobrepõem, pela influência dos princípios e valores constitucionais impregnados de forte conteúdo moral, que conferem poder ao intérprete para buscar, em cada caso difícil, a solução mais justa, no próprio marco da ordem jurídica. Em outras palavras, as fronteiras entre Direito e Moral não são abolidas, e a diferenciação entre eles, essencial nas sociedades complexas permanece em vigor, mas as fronteiras entre os dois domínios tornam-se muito mais porosas, na medida em que o próprio ordenamento incorpora, no seu patamar mais elevado, princípios de justiça, e a cultura jurídica começa a “levá-los a sério.”²²⁵

Em obra sobre o tema, Gustavo Binjenbojm, também alerta para o fenômeno da judicialização e das inúmeras discussões processuais acerca dos processos subjetivos, provocando a seguinte indagação: “Quais os limites democraticamente aceitáveis de tal movimento?”²²⁶

Portanto, sem que se pretenda aprofundar a questão, vale dizer que esses dilemas atualmente vividos pela Corte Brasileira não se tratam de algo único, particular, sendo fruto de um momento histórico da pós-modernidade ora vivenciado

²²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios...**, p. 17-247.

²²⁵ SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo...**, p. 242.

²²⁶ BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**. Legitimidade democrática e instrumentos de realização. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 102.

pela tensão entre constitucionalismo²²⁷ e a realidade constitucional, sobretudo, nos países em franca ascensão marcados por uma forte tendência regional plural e multicultural, razão pela qual a jurisdição constitucional assume notável importância na América Latina atual.

Assim, a Constituição brasileira passa por inúmeros “testes”, sendo absolutamente necessário, fundamental, que haja uma rigorosa e justificada atuação do Supremo Tribunal²²⁸ aos casos legítimos de sua apreciação, de modo que se possa a refinar cada vez mais o debate através de uma análise “qualitativa-quantitativa”, transformando esse órgão numa arena judicial, num espaço público de relevantes discussões que possam contribuir para o desenvolvimento e pacificação da sociedade. É esse, portanto, o caminho que a Corte Constitucional brasileira vem trilhando no sentido de cumprir os comandos da “Magna Carta” de 1988.

1.2 Aspectos atuais do controle difuso de constitucionalidade

Segundo Barroso,²²⁹ o controle difuso, ou *incidenter tantum*, revela-se a “única via acessível ao cidadão comum para a tutela dos seus direitos subjetivos constitucionais”, pois será unicamente através dessa via que o indivíduo terá a possibilidade de levar sua questão constitucional à apreciação na instância máxima do Judiciário.

²²⁷ BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição...**, p. 55. Aqui, o autor remonta ao período da origem das constituições escritas que representavam de forma positivada as idéias do liberalismo político de um governo limitado que assegura direitos fundamentais.

²²⁸ STRECK, Lenio. **Direitos ambientais no Estado socioambiental**. Disponível em: <<http://amprs.jusbrasil.com.br/noticias/2659885/lenio-streck-abre-seminario-internacional-direitos-fundamentais-no-estado-socioambiental>> Acesso em 12 out. 2011. Afirma que: “E, na medida em que aumentam as demandas por direitos, cresce o papel do Judiciário. Numa palavra: a intervenção do Judiciário é produto do espaço concedido pela política (...) Mormente no Brasil, no vácuo do Poder Executivo e legislativo, acabou por tomar para si tarefas que não lhe dizem respeito. Por isso, temos que controlar as decisões judiciais. Democracia é controle. Como fazer isso? Com uma consistente teoria da decisão. Não se pode aceitar decisões mal fundamentadas ou fundamentadas na vontade individual de um membro do Judiciário (...) Ora, democracia não é apenas direito de reclamar judicialmente alguma coisa. Por isso é que cresce a necessidade de se controlar a decisão dos juízes e tribunais, para evitar que estes substituam o legislador. E nisso se inclui o STF, que não é — e não deve ser — um super poder.”

²²⁹ BARROSO, Luis Roberto. **O controle de...**, p.114.

No entanto, como já observado no tópico anterior, esse mecanismo vem sofrendo profundas alterações no que se refere a sua aplicabilidade, efeitos, alterando-se, sobremaneira, o panorama da fiscalização incidental no direito brasileiro.²³⁰

Segundo Didier Jr. e Cunha,²³¹ o controle incidental pode também ser denominado de difuso porque é feito *a posteriori*, de acordo com as circunstâncias, contrapondo-se ao abstrato, em que a inconstitucionalidade é *a priori*. Via de regra, o controle abstrato é feito pela via concentrada (ADIN, ADC, ADPF), e o concreto é feito de forma difusa. O controle difuso é sempre *incidenter tantum*, pois se resolve por meio de incidente, apenas tendo eficácia *inter partes*. Já o concentrado, no Brasil, é feito *principiliter tantum*, ou seja, “se a constitucionalidade da lei compõe o objeto litigioso do processo e a decisão a seu despeito ficará imune pela coisa julgada material, com eficácia *erga omnes*”.

Vale lembrar, não há óbice para que o controle difuso seja abstrato. É o que ocorre no caso da lei em tese ser aferida por qualquer órgão judicial, através do incidente arguição de inconstitucionalidade (art. 97 da CR/88 c/c art. 480/482 CPC), em que a lei é analisada *in abstrato*, tendo efeito apenas *inter partes*, e sendo possível a intervenção do *amicus curiae* (como o que ocorre em sede de ADI e ADC).

Em que pese haver o constituinte derivado ter dado preferência ao controle concentrado, esse modelo vem sofrendo uma mitigação através da implementação de técnicas de modulação dos efeitos em controle difuso da pertinência do ingresso dos *amici curiae*, no intuito de esclarecer necessárias questões de ordem técnica, e a realização de audiências públicas com o objetivo de ampliar os debates sobre determinadas questões de grande relevância e controvérsia no seio da sociedade.

²³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do...**, p. 56. Afirma o autor que “...recentemente, surgiu no Supremo Tribunal Federal orientação que nega expressamente a equivalência entre controle incidental e eficácia da decisão restrita às partes do processo. Essa tese sustenta que mesmo nas decisões tomadas em sede de recurso extraordinário – ou seja, em controle incidental –, quando objeto de manifestação do Plenário do Supremo Tribunal Federal, gozam de efeito vinculante em relação aos demais órgãos da Administração e aos demais órgãos do Poder Judiciário.”

²³¹ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Processo Civil**. v. I. 11. ed. Salvador: Jus Podium, 2009, p. 345.

Esse panorama transformou-se em 2008,²³² quando o Supremo Tribunal Federal passou a admitir a produção de efeitos *erga omnes* em sede de controle incidental, fato esse que corroborou para o surgimento de uma demanda contida, no intuito de que terceiros pudessem se beneficiar da nova jurisprudência da Corte. Assim, o denominado “efeito transcendente” das decisões passa a ser admitido em controle difuso, fazendo-se coisa julgada não só à parte dispositiva da decisão, mas também aos motivos determinantes quando for bastante clara a *ratio decidendi*,²³³ ainda perante terceiros²³⁴, operando-se uma dispensa de aplicabilidade da resolução senatorial, de modo a acarretar uma “verticalização” do julgamento, com a consequente “abstrativização” do controle difuso brasileiro.

Como adverte Eduardo Appio, a partir daí advêm três situações jurídicas: (i) dos litígios pendentes em processos idênticos; (ii) dos litígios em que a coisa julgada já obteve o trânsito em julgado e que poderiam repercutir numa equivocada “coisa julgada inconstitucional”²³⁵; (iii) os conflitos no plano de direito material, mas que não o levaram até o Judiciário, sentindo-se pressionadas a buscar uma confirmação do entendimento judicial (*enforcement*).²³⁶ Analisando-se sob uma ótica, poderia ser

²³² APPIO, Eduardo. **Direito das...**, p. 39. Vide Reclamação 1.987-0/DF, rel. Min. Marco Aurélio Correa. No mesmo sentido, MENDES, Gilmar. **O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: Um caso clássico de mutação constitucional**. In Revista de Informação Legislativa, Senado Federal, vl. 162, 2004, p. 149-168. Vale dizer, ainda, que a criação de canal televisivo que transmite os julgamentos do STF, bem como a reiterada aparição midiática da Corte Constitucional, propiciou aos Ministros um amplo reconhecimento social e, por inúmeras razões com fundos sociológicos, antropológicos e filosóficos, o STF foi tido, em meio à onda que anunciava a participação social do Judiciário com o movimento do ativismo judicial, como a última instância, numa vaga noção de superioridade hierárquica, entidade essa que não apenas resguardaria a aplicabilidade da justiça, mas daria novo sentido à aplicação do texto constitucional.

²³³ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **A repercussão geral no recurso extraordinário**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 64-70. Tal momento de evolução pode ser constatado a partir do RE n. 197.197 do Município de Mira Estrela. No mesmo sentido, HC n. 82.959/SP. Ressalte-se, que tal efeito transcendente ainda é bastante controverso na doutrina.

²³⁴ BARBOZA, Estefania, Maria de Queiroz. **Stare decisis...**, p. 232. “Não obstante a justa preocupação dos Ministros, o que se verifica é que cada um julga o caso individualmente e há apenas a soma das decisões favoráveis ou contrárias com motivos determinantes diversos, o que impede que se forme um entendimento do Tribunal acerca de determinado assunto e que se possa retirar daquele conjunto de decisões proferidas num único caso qual seria a *ratio decidendi* ou os princípios que a fundamentaram a vincular os casos vindouros que venham a tratar do mesmo assunto.”

²³⁵ Nesse sentido: MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada inconstitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 62.

²³⁶ APPIO, Eduardo Fernando. **Controle difuso de constitucionalidade**. Modulação dos efeitos, uniformização de jurisprudência e coisa julgada. Curitiba: Juruá, 2008, p. 20.

considerado um retrocesso à justiça na medida em que causas idênticas deveriam ser conduzidas a um julgamento igualitário, na perspectiva de um “processo justo”.

O tema é bastante sensível. Recentemente, o Supremo Tribunal Federal, em algumas oportunidades,²³⁷ reavaliou seu posicionamento anterior, entendendo pela inaplicabilidade da teoria dos motivos determinantes, e, por conseguinte, a impossibilidade de concessão desses efeitos, não havendo, portanto, jurisprudência consolidada sobre a questão.

Assim, faz-se necessário o assentamento das discussões no âmbito do controle difuso, pois, do contrário, os mecanismos processuais introduzidos não alcançarão sua finalidade, qual seja, desafogar e reenquadrar essa Corte, não havendo os necessários consensos em matéria constitucional. Afirma Kozikoski que “a ausência de mecanismos rígidos que assegurem a uniformidade das decisões (...) conduz à possibilidade de que os demais magistrados continuem a aplicar o ato normativo objeto de questionamento em outros casos idênticos, considerando a presunção de sua constitucionalidade a despeito do eventual pronunciamento contrário manifestado pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle incidental”.²³⁸

Não há como negar que a introdução dos institutos da repercussão geral, da súmula e do efeito vinculante demonstra que a moderna cultura estadunidense precedentalista vem ganhando espaço no direito pátrio, acenando para novos paradigmas para o controle difuso brasileiro. Nesse mesmo sentido é o voto do Ministro Gilmar Mendes que assim salienta:

²³⁷ **Inaplicabilidade da teoria da transcendência dos motivos determinantes.** Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/topicos/3534510/inaplicabilidade-da-teoria-da-transcendencia-dos-motivos-determinantes>> Acesso em 12 out. 2011. Agravo Regimental na Reclamação n. 6204 AL. Relatoria Min. Eros Grau. DJ 06.05.2010. Ementa: Agravo Regimental na Reclamação. Inovação da lide. Impossibilidade. Ausência de identidade entre o ato reclamado e o objeto da decisão deste tribunal que se alega desrespeitada. via processual inadequada. Artigo 102, I, I, da constituição do Brasil. Teoria da transcendência dos motivos determinantes. Eis o trecho do voto do Relator Min. Eros Grau: O Plenário deste Tribunal ainda não fixou entendimento no sentido de afirmar a transcendência das razões de decidir nas ações constitucionais. Por ora, persiste a convicção, do Colegiado, de que a ausência ‘perfeita’ entre o ato impugnado e a decisão apontada como violada é circunstância que inviabiliza o conhecimento da reclamação. Nego seguimento ao pedido, nos termos do disposto no art. 21, §1º, do RISTF.

²³⁸ KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. **Repercussão geral e efeito vinculante: neoconstitucionalismo, amicus curiae e a pluralização do debate**, Curitiba, 2010, 425 f. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, p. 103.

E a experiência demonstra, a cada dia, que a tendência dominante - especialmente na prática deste Tribunal - é no sentido da crescente contaminação da pureza dos dogmas do controle difuso pelos princípios reitores do controle concentrado. Detentor do monopólio do controle direto e, também, como órgão de cúpula do Judiciário, titular da palavra, definitiva sobre a validade das normas no controle incidente, em ambos os papéis, o Supremo Tribunal há de ter em vista o melhor cumprimento da missão precípua de guarda da Constituição, que a lei fundamental explicitamente lhe confiou.²³⁹

Por outro lado, é certo que a adoção de um modelo fundado no *stare decisis* e que requer uma séria uniformização da jurisprudência dos tribunais pátrios²⁴⁰ repercute na escolha de um novo padrão, que propicia uma maior liberdade aos juízes quando da vinculação ao precedente obrigatório, e ainda, numa significativa redução da atividade do Legislativo, razão pela qual se faz necessária uma maior “coerência interna”²⁴¹ dos Ministros da Corte para uma correta aplicação desses julgados²⁴².

No intuito de contribuir por uma solução ao impasse, Estefania Barboza sustenta a teoria baseada no modelo do “romance em cadeia” proposto por Dworkin,

²³⁹ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário. 2. PIS – Programa de Integração Social. Alteração da Base de cálculo. Conceito de faturamento. Lei 9.718 e Lei Complementar n. 07/70. 3. Inconstitucionalidade do §1º do art. 3º, da Lei 9.718/98. Recurso Extraordinário conhecido e provido n. 388.830-7. Decorações Karícia Limitada e União. Relator Ministro Gilmar Mendes. 10 de março de 2006. Diário da Justiça da União, Brasília, p. 55.

²⁴⁰ Nesse mesmo sentido: MARINONI, Luiz Guilherme. **A aproximação entre as jurisdições de civil law e common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil** In: Coletânea em homenagem ao professor Ovídio Baptista da Silva, São Paulo: Saraiva, 2009. Também: SILVA, Lucas Cavalcanti da. O Controle Difuso de Constitucionalidade e o respeito aos Precedentes do Supremo Tribunal Federal – A Força dos Precedentes. Estudos que trata da súmula impeditiva de recursos. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Estudos dos cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR**. Salvador: Jus Podium, 2010, p. 151. Afirma o autor que, e devido ao fato das decisões em controle difuso não serem dotadas de efeito vinculante e não alcançarem casos semelhantes, isso ensejou a possibilidade de o Judiciário brasileiro admitir que qualquer juiz ou tribunal decida de acordo com o seu livre convencimento, e não de acordo com o entendimento da Corte Brasileira, razão pela qual é “chegado o momento de buscar alternativas para o anacronismo do controle difuso de constitucionalidade brasileiro”. Assim, propõe-se que, em sede de controle difuso no Brasil, seja enaltecida “a importância do Poder Judiciário na defesa da Constituição, pois faz dele verdadeiro “fórum de debate” sobre as questões constitucionais, construindo-se o entendimento sobre a adequação da legislação com a Constituição Federal, de “baixo para cima”, ou seja, com a participação dos diversos autores (e mais variadas concepções de Direito” que figuram num processo judicial.” (p. 172). Assim, para o autor, “a teoria do precedente obrigatório não impõe o engessamento da jurisprudência, como se impedisse a necessária evolução do Direito (...) nunca se propôs à inflexibilidade (...) Diante das inevitáveis alterações dos rumos da sociedade (e, por conseguinte, do Direito) as Cortes de Justiça podem rever seus posicionamentos manifestos em decisões passadas, desde que o façam fundamentadamente, passando a adotar esse entendimento como precedente obrigatório para os casos futuros.” (p. 173)

²⁴¹ APPIO, Eduardo Fernando.. **Controle difuso de...**, p. 24-25.

²⁴² *Idem, ibidem*.

utilizando-se da doutrina do *stare decisis*, para que assim seja possível uma visão coerente acerca da prática constitucional brasileira, de modo a interpretar os direitos humanos e fundamentais de acordo com os princípios que retratem a moralidade política da melhor forma possível, reduzindo-se o “valor surpresa”²⁴³, a fim de se garantir “segurança jurídica, integridade e estabilidade almejadas pela sociedade.”²⁴⁴

Na Jurisdição Constitucional brasileira a segurança jurídica só poderá ser garantida na medida em que os Ministros do Supremo Tribunal Federal decidirem os casos como se estivessem construindo um *romance em cadeia*, fundamentados em princípios; princípios estes que, tais como os nomes dos personagens de um romance, não podem mais ser alterados; princípios que formam a estrutura constitucional da comunidade, que são motivadores do caminho a ser seguido.

É preciso que esses Ministros olhem, então, para o que já está inscrito na história e na prática constitucional, que leiam as decisões tomadas no passado como inspiração para julgar os direitos fundamentais com a interpretação mais precisa possível, de modo a retratar a moralidade política da comunidade brasileira.

Por isso mesmo, os Ministros não podem se olvidar que o protagonista desse romance é o povo, cuja dinâmica da vida deverá ser acompanhada pelo direito que, apesar de estar limitado ao enredo estabelecido, não tem o fim previsível. São as ações do povo que levarão o romance a seguir seu caminho. A interpretação e densificação do conteúdo dos direitos humanos e fundamentais pela Jurisdição Constitucional brasileira constituem um processo que estará sempre em constante construção.²⁴⁵

O que se observa atualmente, é que o controle difuso está bastante à frente do concentrado, já que possui o condão de produzir julgamentos absolutamente adequados à realidade, examinado o direito específico com base numa situação ilustrada de forma real, tendo o magistrado a oportunidade de vivenciar os limites da norma constitucional.

Essa é a razão pela qual Bonavides afirma que “quanto mais perto do povo estiver um juiz constitucional mais elevado há de ser o grau de sua legitimidade (...) nunca distante do cidadão, mas invariavelmente ao seu lado,”²⁴⁶ de forma que a via

²⁴³ NEVES, Marcelo. **Entre a Hidra de...**, p. 198.

²⁴⁴ BARBOZA, Estefania, Maria de Queiroz. **Stare decisis....**, p. 232.

²⁴⁵ *Idem*, p. 250.

²⁴⁶ BONAVIDES, Paulo. **Jurisdição constitucional e legitimidade** (algumas observações sobre o Brasil) Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ea/v18n51/a07v1851.pdf> > Acesso em: 31 jun. 2010. Mas há,

incidental, no Brasil, tem se mostrado de forma mais adequada a garantir direitos fundamentais. Assim, complementa o autor:

O controle difuso, sobre ser de índole jurídica ou judicial, com limites definidos no afastamento de aplicação da norma inconstitucional, é também grandemente democrático, visto que nasce nas bases do sistema, no seu subsolo, na sua horizontalidade, e por ele se irradia com amplitude que todo juiz do ordenamento é, na via de exceção, juiz constitucional. Aquela juridicidade ou judicialidade da justiça constitucional, ínsita ao controle difuso, muda de feição em se tratando de controle abstrato da lei, porquanto a proteção imediata que aí se concede não é ao Direito subjetivo, mas ao Direito objetivo, à constitucionalidade mesma de ordem estabelecida. De tal sorte que o controle toma desde então um sentido mais político que propriamente jurídico.²⁴⁷

Desta forma, as decisões do Supremo Tribunal brasileiro passam a ser classificadas²⁴⁸ atualmente: (i) por uma única Turma, em controle difuso, com eficácia *inter partes*; (ii) por Pleno, em controle difuso, mas que não se trata de entendimento sumulado, sendo hipótese de “precedente vinculativo” e que pode ser reexaminado em caso de novos argumentos ou evolução do pensamento; (iii) súmulas vinculantes, hipótese em que a decisão terá efeito *erga omnes*, no entanto, admite-se revisão consoante o §2º do art. 103-A da CR/88, e, (iv) decisões oriundas de controle concentrado (ADI, ADC e ADPF), que são alcançadas pela coisa julgada material, não podendo ser objeto de nova apreciação.

Verifica-se, portanto, que o tema relativo à jurisdição constitucional está em constante evolução no âmbito do Supremo Tribunal Federal, e, em sede de controle difuso, temas que ora merecem atenção da comunidade jurídica são: (i) questão relativa à desnecessidade de resolução do senado federal que imprime efeitos *erga omnes* (art. 52, X), CR; (ii) possibilidade de modulação dos efeitos da decisão de

também, doutrina de peso com entendimento em sentido contrário. José Afonso da Silva, em XVIII Conferência Nacional dos Advogados, afirmou que um Tribunal Constitucional que tenha por objeto o cumprimento de sua missão, não pode se contaminar através do controle difuso de constitucionalidade, o qual não seria propício à defesa dos valores da Constituição em razão da sua limitação ao caso concreto. Em conferência, sugestionou o autor a elaboração de um anteprojeto de criação de uma Corte Constitucional, deixando para o Superior Tribunal de Justiça a competência para o recurso extraordinário.

²⁴⁷ BONAVIDES, Paulo. **Jurisdição constitucional e legitimidade** (algumas observações sobre o Brasil) Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ea/v18n51/a07v1851.pdf> > Acesso em: 31 jun. 2010.

²⁴⁸ DIDIER, Jr. Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de...**, p. 350.

inconstitucionalidade; (iii) critérios objetivos para admissibilidade do *amicus curiae*, e, (iv) aplicabilidade ou não da teoria motivos determinantes.

Em relação ao item (i), aduz a doutrina²⁴⁹ que tal discussão perde um tanto quanto de sua relevância após a Emenda Constitucional n. 45/2004, em que se conferiu ao Supremo Tribunal Federal o poder de editar súmulas vinculantes em matéria constitucional, com o objetivo de se evitar o ajuizamento, ou diminuir o tempo de idênticas demandas em trâmite cujos temas já foram decididos pela Corte.

1.3 A evolução do recurso extraordinário e sua “objetivação”: a Emenda Constitucional nº 45/04.

É certo que o recurso extraordinário não é o único meio de controle difuso de constitucionalidade, havendo outras formas de acesso através da competência originária do Supremo Tribunal Federal para julgar mandado de segurança, mandado de injunção, reclamação, *habeas corpus*, *habeas data*, e as respectivas ações constantes no art. 102, I, alíneas da “Carta Magna”, além daquelas hipóteses de foro por prerrogativa de função em que a Corte Suprema é igualmente competente para processar e julgar autoridades.

Através dessas ações, o controle difuso poderá ser estabelecido por meio da arguição de questão prejudicial.

Entretanto, é o recurso extraordinário o grande responsável pela intensa sobrecarga que vivencia a Corte ainda nos dias atuais. Assim, nas palavras de Didier

²⁴⁹ MORAIS, Dalton Santos. Crítica à caracterização da atuação senatorial no controle concreto brasileiro como função de publicidade: a importância da jurisdição constitucional ordinária e os limites da mutação constitucional. In **Revista de Processo**. (Coord.) WAMBIER, Tereza Arruda. Ano 34. n. 176. out./2009, p. 88. Afirmo ainda o autor: “é que a interpretação restritiva, para não dizer anulante, da competência constitucionalmente assegurada ao Senado Federal pelo art. 52, X, da CF/1988 é contrária à interpretação valorativa que se deve dar à Constituição”. Sustenta, ainda, reportando-se a Konrad Hesse, que “uma mudança das relações fáticas pode – ou deve – provocar mudanças na interpretação da Constituição. Ao mesmo tempo, o sentido da proposição jurídica estabelece o limite da interpretação e, por conseguinte, o limite de qualquer mutação constitucional.”

Jr. e Cunha “a Corte Suprema rejulga decisões proferidas, em última ou única instância, que tenham violado dispositivo da Constituição Federal. No particular, além de corrigir a ofensa a dispositivos da Carta, o Supremo Tribunal Federal cuida de *uniformizar* a jurisprudência nacional quanto à interpretação das normas constitucionais.”²⁵⁰

Pois bem. A história do recurso extraordinário, instituído pelo Decreto nº 510 em 1890, cindiu-se basicamente em duas fases: a anterior e a posterior à Constituição da República. Já naquela época, diversos operadores do direito debatiam uma fórmula para solucionar o crescente número de recursos que se avolumavam perante o Supremo.

Por sugestão de José Afonso da Silva,²⁵¹ o legislador constituinte aderiu à proposta legislativa e repartiu a competência do recurso extraordinário, reservando ao Supremo Tribunal Federal a apreciação e julgamento das questões estritamente relacionadas ao texto constitucional (art. 102, III, *a, b e c* da CR), sendo que as demais passaram a ser de competência da então criada Corte do Superior Tribunal de Justiça (art. 105, III, *a, b, e c*) da CR.²⁵²

Tais providências significaram o primeiro passo dado pelo constituinte no sentido de reenquadrar o Supremo à função de exame das “*questiones iuris*” de âmbito nacional, mas ainda não foram suficientes, persistindo o acúmulo demasiado de processos e a tumultuada atividade dos tribunais superiores, prorrogando exaustivamente a prestação jurisdicional, violando, inclusive, o princípio constitucional da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, CR/88).²⁵³

²⁵⁰ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de...**, p. 322.

²⁵¹ DANTAS, Bruno. **Repercussão geral**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 52.

²⁵² BARROSO, Luis Roberto. **Temas de...**, p. 69.

²⁵³ TAVARES, André Ramos. **Constituição do Brasil integrada**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 44. Aqui é apropriado o comentário de Bruno Dantas, quando afirma que a triste realidade é que essa nova Corte de Justiça não pôs fim à crise do Judiciário, pois “se antes tínhamos apenas um tribunal estorvado pelo volume de processos, agora temos dois sofrendo do mesmo mal!”

A dita “crise”²⁵⁴ enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal era evidente, traduzindo-se em centena de anos, sendo adotadas inúmeras providências, tais como um juízo de admissibilidade diferido para o recurso extraordinário, a instituição de súmula da jurisprudência dominante, e ainda, a arguição de relevância, providências essas que restaram insuficientes.²⁵⁵

A democracia consolida-se, a sociedade evolui, as relações se transformam, havendo necessidade de renovação do texto constitucional, o que infelizmente, foi realizado de maneira superficial quando da revisão de nº 01/06 de 1994, (art. 3º do ADCT), perdendo, o legislador constituinte, uma grande oportunidade à época, de realizar uma alteração sensível na Carta, especialmente, nos que diz respeito aos mecanismos de seleção e filtragem.

Ainda que sobrevivendo emendas constitucionais, leis ordinárias, e reformas no Código de Processo Civil, não houve possibilidade de se conter a “enxurrada” de demandas desde a primeira instância aos tribunais superiores. No entanto, para uma recém conquistada democracia talvez fosse temerário que se promovesse, naquele momento, uma restrição do acesso individual ao Supremo Tribunal, o que justificaria inclusive o posicionamento jurisprudencial da Corte à época.

O art. 102, III, da CR preconiza que será cabível recurso extraordinário contra decisão que julgar a causa em última ou única instância. De modo diverso ao que ocorre no recurso especial, caberá a via extraordinária contra decisão proferida pelo órgão dos Juizados Cíveis, consoante o que dispõe a súmula n. 640 do Supremo

²⁵⁴ BRAGHITTONI, Ives. **Recurso extraordinário, uma análise do acesso ao Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 38. E ainda: LIMA, José Edvaldo Albuquerque de. **Recurso ordinário, extraordinário e especial**. 3. ed. Leme: Mundo Jurídico, 2008, p. 199-200.

²⁵⁵ . “A crise do STF se traduz como vimos, em duas conseqüências bem determináveis. A primeira delas, o acúmulo de processos sem decisão nesse órgão, visto como o número dos que anualmente nele têm ingresso excede, de muito, o dos que nele conseguem ser julgados (...). A segunda conseqüência se traduz na perda de substância dos julgados de nossa mais alta Corte de Justiça. Eles, que deveriam ser os norteadores de toda a atividade jurisdicional do País, apresentam-se, em sua esmagadora maioria, como frutos modestos, às vezes nada convincentes, por força da pressão intolerável do volume de trabalho exigido dos senhores Ministros.” (PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Da arguição de relevância no recurso extraordinário**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1977, p. 12).

Tribunal Federal.²⁵⁶ E ainda, como bem salientado por Didier Jr. e Cunha,²⁵⁷ via de regra, o recurso extraordinário tem seu cabimento contra decisão de colegiado, sendo também cabível na hipótese de ser manejado contra decisão monocrática.

No que se refere à alínea “a”, do art. 102, III, da CR, a contrariedade a dispositivo da Constituição tem de ser direta, não se admitindo violação indireta ou reflexa,²⁵⁸ sem que haja “lei de permeio”,²⁵⁹ pois, nesse caso, será hipótese de cabimento da via especial para o Superior Tribunal de Justiça, conforme a súmula nº 636 do Supremo Tribunal Federal, sendo necessária a realização do prequestionamento.²⁶⁰

Já, a alínea “b”, dispõe que caberá recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal quando este, na qualidade de “guardião da Constituição”, reexaminar a norma e o seu possível vício, dispensando-se o prequestionamento,²⁶¹ sendo necessário, por outro lado, que o tribunal *a quo* manifeste-se pela inconstitucionalidade de uma lei ou tratado, (o que se faz através da cláusula de reserva de plenário, em que se observa a questão *in abstracto*),²⁶² sendo que, contra tal decisão, que venha a ser proferida pela Câmara ou Turma, caberá o dito recurso.

No que se refere à letra “c”, do art. 102, III, CR, caberá recurso extraordinário quando a decisão recorrida “julgar válida a lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição”, o que também se analisa na hipótese da letra “d” do mesmo dispositivo, mas, diferentemente, nesse caso, a lei privilegiada foi a federal, consoante o disposto no art. 24 da CR.

²⁵⁶ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de ...**, p. 324. Dispõe a súmula n. 640 STF que: “É cabível recurso extraordinário contra decisão proferida por juiz de primeiro grau nas causas de alçada, ou por turma recursal de juizados especiais cível e criminal.”

²⁵⁷ *Idem, ibidem*. Os autores ainda ressaltam que “não cabe recurso extraordinário contra decisão proferida em processamento de precatório (súmula n. 733), porque se trata de decisão administrativa, e contra acórdão que defere medida liminar (súmula n. 735), porque não é decisão final.”

²⁵⁸ *Idem*, p. 325.

²⁵⁹ *Idem, ibidem*.

²⁶⁰ *Idem, ibidem*. Nesse sentido, RE n. 154.159, rel. Min. Marco Aurélio Mello.

²⁶¹ *Idem, ibidem*.

²⁶² *Idem, ibidem*. Os autores advertem que a cláusula de plenário somente deve ser observada quando se julga pela inconstitucionalidade da norma.

Já a letra “d”, adveio da hipótese prevista no art. 102, III, CR, afirmando Didier Jr.²⁶³ que essa mudança procedeu-se de forma correta por se tratar de competência constitucional acerca dos conflitos sobre competência legislativa (art. 22 e 24 da CR), operacionalizando-se, assim, uma racionalização do sistema.

E, ainda, finalmente, na hipótese de tratados internacionais²⁶⁴ sobre direitos humanos, em que através da Emenda Constitucional nº 45/2004, conferiu-se a essas normas o *status* de norma supralegal (art. 5º, §3º, da CR), desde que aprovadas pelo voto de três quintos das casas legislativas em procedimento bicameral, razão pela qual eventual violação poderá propiciar o ensejo da via extraordinária.

Em 2003, por ocasião de julgamento de um recurso extraordinário de Relatoria da Ministra Hellen Gracie Northfleet, sob o argumento da efetividade, entendeu-se pela dispensabilidade do prequestionamento e aplicação de um posicionamento já firmado do Supremo Tribunal Federal noutro recurso da mesma espécie,²⁶⁵ dando-lhe “ares” de controle concentrado.

Após, em 2004, outras inovações: (i) no julgamento do recurso extraordinário²⁶⁶ em que se decidiu sob a Relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, com base em fundamento diverso daquele analisado pelo tribunal *a quo*, reiterando o teor da súmula n. 456 do Supremo Tribunal Federal; (ii) no julgamento do recurso extraordinário, cujo Relator foi o Ministro Celso Mello, em que se decidiu interpretar a cláusula de proporcionalidade prevista no art. 29, IV, da CR/88, ao tratar do número de vereadores por município, concedendo-se efeito *erga omnes*, sendo a decisão do Supremo Tribunal Federal objeto de uma Resolução do TSE, que, posteriormente foi

²⁶³ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de ...**, p. 325.

²⁶⁴ Esse caso diferencia-se dos tratados, os quais são ratificados por decreto apenas, dispondo o art. 105, III, alínea “a” que caberá recurso especial nessa hipótese.

²⁶⁵ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de...**, p. 347. Ver o RE n. 376.852, rel. Min. Gilmar, DJ de 27.03.2003.

²⁶⁶ *Idem, ibidem*. Ver ainda, RE n. 298.694, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 23.04.2004.

objeto de duas ações diretas de inconstitucionalidade, ambas rejeitadas por aquela Corte Superior, ao argumento da força normativa da Constituição.²⁶⁷

Até então, o Supremo Tribunal Federal não dispunha de mecanismos que lhe permitissem selecionar as causas definitivamente merecedoras do seu foco, vendo-se obrigado a ser uma “instância revisora”, sem a abrangência condizente, em tese, com as decisões proferidas pela cúpula do Poder Judiciário, refletindo direta e negativamente na qualidade da prestação jurisdicional. E após mais de uma década, com a Emenda Constitucional nº 45, o feito representa um avanço do legislador no sentido de atender aos anseios da sociedade brasileira por uma justiça mais ágil, célere, eficiente.²⁶⁸

Assim, são inseridos através dessa Emenda, na “Carta Magna”, alguns dispositivos relativos à função do Supremo que se encontravam ainda pendentes, sendo eles: (i) o § 3º ao art. 102, o qual passou a exigir que a parte demonstre como condição de admissibilidade em recurso extraordinário, a existência da Repercussão Geral das questões constitucionais suscitadas em recurso extraordinário (§ 2º do art. 102 da CR);²⁶⁹ (ii) o art. 103, A, que instituiu o poder do Supremo de editar súmulas

²⁶⁷ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de ...**, p. 348-349. Ver, ainda, RE n. 197.191/SP, DJ de 27.02.2004, e ainda, Informativo do STF n. 398, 22/26 de agosto de 2005. Revela-se um julgamento bastante polêmico até os dias atuais.

²⁶⁸ VIDIGAL, Edson. **Modelo de Justiça não é mais o condizente com os desafios**. Disponível em <<http://www.direito.com.br>> Acesso em: 29 out. 2009. Quando do advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, manifestou-se o Ministro do Superior Tribunal de Justiça Edson Vidigal com as seguintes palavras: “o modelo de Justiça no Brasil não é mais condizente com os desafios que a sociedade impõe nesse começo do século XXI. É importante que continuemos batendo firme contra a morosidade do Judiciário.” Nesse mesmo sentido: GOMES JR., Luiz Manoel. **A repercussão geral da questão constitucional no recurso extraordinário**. Juris Síntese n. 51, Jan-Fev, 2005, p. 07. Afirma o autor que se trata de uma forma de evitar que situação caótica que se encontra o Supremo Tribunal Brasileiro, pois “o que era para ser *extraordinário* – manifestação da Suprema Corte – se tornou *ordinaríssimo*”, ou seja, “todos recorrem para o Supremo Tribunal Federal, que passou a ser um terceiro ou quarto grau de jurisdição.”

²⁶⁹ Em linhas gerais, o Conselho Nacional de Justiça foi criado para exercer o “controle externo” do Judiciário, tendo competência para o controle administrativo e financeiro dos Tribunais locais, o cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, e ainda, a atuação nas atribuições conferidas no Estatuto da Magistratura e outras constantes nos artigos no artigo 103-B, incisos I a VII da Constituição Federal. E ainda, tramita no Congresso Nacional, a Proposta de Emenda Constitucional - PEC nº 358/2005, que trata da segunda etapa da reforma do Judiciário, a qual visa, no conjunto, dar maior transparência e efetividade às atividades realizadas pelo aludido Poder, de forma a propiciar o fortalecimento da jurisdição. No mesmo sentido, Tereza Arruda Alvim Wambier destaca que a súmula vinculante “é direito positivo no Brasil”, vez que passa a ter o efeito de norma cogente, de lei ordinária. Esse instituto veio a ser pormenorizado no art. 103-A, caput e §1º, da Constituição Federal e com o advento da lei nº 11.417/2006, disciplinando alguns dispositivos relativos à edição, revisão, e cancelamento de súmula vinculante pelo STF. (WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. **Recurso especial, extraordinário e ação rescisória**. 2. ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 225) . No mesmo sentido,

vinculantes; e (iii) o art. 103-B, I a VII, que instituiu a criação do Conselho Nacional de Justiça. Assim, a orientação mais recente passa a ser no sentido de dar essa nova dimensão ao recurso extraordinário, cujos efeitos são considerados como próprios e específicos do controle concentrado de constitucionalidade.²⁷⁰

Também foi acrescida à competência do Supremo a hipótese elencada no art. 102, III, “d” da CR, que trata da necessidade de questionamento da validade de lei federal, que erroneamente, havia sido atribuída ao Superior Tribunal de Justiça. Então veio o legislador infraconstitucional e editou a lei nº 11.418/2006, inserindo as regras processuais dos arts. 543-A e 543-B do Código de Processo Civil, referentes à aplicação da repercussão geral no recurso extraordinário.

Também nesse sentido é a opinião de Scarpinella Bueno²⁷¹ e Didier Jr.,²⁷² ao afirmarem que a nova orientação do Supremo é dar “objetivação” ao recurso extraordinário, passando a ter efeitos específicos semelhantes ao controle concentrado de constitucionalidade, o que se confirma com a adoção da repercussão geral, haja vista que a via difusa não mais se reflete apenas o efeito “*inter partes*” e “*ex tunc*”, podendo também aqui haver o efeito “*erga omnes*” e uma possível “*modulação dos efeitos*”²⁷³ da norma declarada inconstitucional.

Pois, segundo José Miguel Garcia Medina,²⁷⁴ a semelhança com o controle concentrado se fortalece na medida em que a jurisprudência do Supremo vem mitigando o papel do Senado Federal no controle difuso pela via do recurso extraordinário, dispensando-se o cumprimento do art. 97 da CR/88, que trata do

MENDES, Gilmar. **A reforma do Judiciário, de alguma forma, vem realizando a reforma do estado democrático de Direito**. Disponível em: <<http://bahianoticias.com.br/justica/noticias>> Acesso em: 29 ago. 2010. Segundo o autor, o instituto da repercussão geral e da súmula vinculante possibilitaram a “racionalização” e “otimização” da gestão de processos no Judiciário, vez que o plenário do Supremo, em alguns casos, passou a proferir julgamentos dotados de “efeito vertical”, ou seja, para todas as demais instâncias cujas causas sejam idênticas, sob pena de interposição de reclamação perante o Supremo, conforme determina o §3º do art. 103-A da CR/88.

²⁷⁰ MEDINA, José Miguel Garcia. **Prequestionamento e repercussão geral**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 53. No mesmo sentido, DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de...**, 39.

²⁷¹ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de Direito Processual Civil**. v. V. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 258.

²⁷² DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de...**, p. 39.

²⁷³ APPIO, Eduardo Fernando. **Controle difuso de...**, p. 83-84.

²⁷⁴ MEDINA, José Miguel Garcia. **Prequestionamento e...**, p. 51.

princípio da reserva de plenário, e que veio a se tornar definitivo com a nova redação do art. 481 do Código de Processo Civil.

Pois bem, adotando-se a tese da abstrativização do recurso extraordinário em que prevalece a defesa da ordem constitucional, e não mais o interesse subjetivo das partes, resta saber se os efeitos das decisões proferidas estarão condicionados à resolução do Senado Federal.

O tema ainda é controverso. A posição defendida no HC n. 82.952/SP pelos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau é no sentido de que haveria uma mutação constitucional do art. 52, X, da CR/88, na medida em que essa resolução tornou-se obsoleta, tornando-se o Legislativo um órgão de mera publicidade. No entanto, para os Ministros Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa, não se trataria caso de uma mutação constitucional, sendo necessário que houvesse um lapso temporal maior, e ainda, o absoluto desuso do dispositivo, de forma que fosse adotada uma postura de “autorrestrrição”.

Em 2005, como uma grande inovação, o Supremo Tribunal, sob Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, passa a admitir a sustentação oral dos *amici curiae* em recurso extraordinário, evidenciando-se, em mais uma oportunidade, o caminho para “objetivação” desse recurso²⁷⁵.

Ainda, em 2006, outra inovação foi quando do julgamento do *habeas corpus*²⁷⁶, em que tendo sido declarado inconstitucional, *incidenter tantum*, o §1º do art. 2º da lei 8.072/90, aplicou-se o art. 27 da lei 9.868/99 para determinar a concessão de efeitos *ex nunc* à decisão, utilizando-se, portanto, um instrumento do controle concentrado em controle difuso.

Posteriormente, o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal sofreu as necessárias adaptações no sentido de cumprir as inovações contidas nos artigos supramencionados através da emenda regimental nº 21/2007 (que alterou os arts. 322-

²⁷⁵ DIDIER, Jr. Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de...**, p. 349.

²⁷⁶ Informativo do STF n. 372, de 29/11 a 03/12/2004.

A e 328), sucedendo-se, ainda, das emendas de nºs 23 e 27/2008 (arts. 328-A), nºs 24/2008, 29 e 31/2009 (art. 13), e nº 31/2009 (art. 324). Tudo isso, repita-se, com visando a “necessária objetivação do Supremo Tribunal Federal.”²⁷⁷

Assim, não se pode negar a “importância e a delicadeza”²⁷⁸ dessa via extraordinária democrática²⁷⁹ no sistema de controle, principalmente em razão da ineficácia conferida ao mandado de injunção pelo Judiciário brasileiro²⁸⁰. Não há como negar a relevância jurídica e política que o recurso extraordinário continua exercendo no sistema Judiciário atual, enquanto instrumento individual apto a dar enorme concretude a direitos constitucionais, sobretudo, fundamentais, e agora repercutindo para uma ou toda a coletividade.

1.4 A Repercussão geral e o risco de “fechamento” da jurisdição constitucional.

No intuito de se aprofundar os questionamentos acerca do fundamento do instituto da repercussão geral, é oportuno colacionar as lições de Miguel Reale acerca da Teoria Tridimensional do Direito, em que se reformula o conceito de norma jurídica a partir de um fenômeno jurídico decorrente de fato social, que recebe uma valoração humana, abrindo-se, assim, um novo caminho para a compreensão da adoção desse instituto no atual contexto social.

Sem dúvidas, a análise da composição do Direito enquanto ciência é um tema de grande complexidade para os juristas, sociólogos e filósofos, a começar pelas

²⁷⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de...**, p. 258.

²⁷⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa, **Comentário do Código de Processo Civil**, 14. ed, Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 584. Nesse mesmo sentido, por exemplo, em emblemático trabalho sobre o tema, já se indagou de forma contundente: “há demasiados recursos no ordenamento jurídico brasileiro? Deve-se restringir seu cabimento? São eles responsáveis pela morosidade no funcionamento do Poder Judiciário?” Respondendo tais indagações, o autor conclui que há três recursos que “atendem aos interesses da brevidade e certeza, interesses que devem ser ponderados – como na fórmula da composição dos medicamentos – para dar adequado remédio às necessidades do processo judicial”: a apelação, o agravo e o extraordinário, isto é, recurso especial e recurso extraordinário (ARAGÃO, Egas Moniz de. Demasiados recursos? **Revista de Processo**. São Paulo, v. 31, n. 136, p. 9-31, jun. 2006, pg. 18).

²⁷⁹ *Idem*, p. 585.

²⁸⁰ STRECK, Lenio Luiz, **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. Uma nova crítica do Direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, Rio de Janeiro, 2004, p. 537-538.

expressões designadas. Para Miguel Reale²⁸¹, o termo “validade formal ou técnico-jurídica” é empregado no sentido de vigência, a “validade social” é empregada no sentido de eficácia, e a “validade técnica” é utilizada no sentido de fundamento da norma jurídica. Segundo o autor, as perguntas a serem formuladas acerca dos significados da vigência, da eficácia e fundamento do Direito são respectivamente as seguintes: “a) que é que condiciona logicamente a validade das regras jurídicas? b) que é que torna uma norma jurídica socialmente existente? e c) que é que torna eticamente legítima a obrigatoriedade do Direito?”²⁸² Para Reale, esses questionamentos formarão o elo entre a Filosofia e o Direito.

Segundo a teoria realeana,²⁸³ para todo fenômeno jurídico há sempre (i) um fato subjacente de diversas ordens, política, econômica, social, etc.; (ii) um valor atribuído para esse acontecimento, que determina a ação do homem num determinado sentido, e, (iii) uma regra ou norma que determina a relação de integração entre fato e valor. Esses elementos não podem existir separadamente, existindo entre eles, simultaneamente, uma “unidade” que regula as relações jurídicas de forma dinâmica e dialética.

Afirma o autor que o Direito “é síntese de ser e de dever ser,”²⁸⁴ ou seja, enquanto os objetos demonstram o “ser”, os valores evidenciam a finalidade de sua existência, indicando o “dever ser”,²⁸⁵ e ainda, fazendo-se um juízo do objeto por inúmeras vezes, e após, um juízo de valor, indica-se que o objeto “deve ser”, surgindo-se, então, os objetos culturais.

Assim, tanto o *ser* como o “valor” são indefiníveis e o máximo que se pode afirmar,²⁸⁶ é que “ser é o que é, e que valor é o que vale”, ou seja, a realidade resume-se a juízos sobre o ser, ou juízos de valor. Assim, valor é um juízo atribuído a algo a partir da natureza.

²⁸¹ REALE, **Lições preliminares de Direito**, 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 105.

²⁸² REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 586.

²⁸³ REALE, Miguel, **Lições...**, p. 65.

²⁸⁴ REALE, Miguel, **Teoria do Direito e do Estado**. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p.11.

²⁸⁵ REALE, Miguel **Filosofia...**, p. 187.

²⁸⁶ *Idem, ibidem.*

Nesse raciocínio, todas as coisas possuem um determinado juízo de valoração do ser humano²⁸⁷, o que demonstra que essa atividade de interpretação é inerente ao homem dada a sua racionalidade. E além da formação do “juízo de existência”, caracterizado de acordo com as circunstâncias de cada fato, há também o “juízo de valor” formado através das experiências pessoais assimiladas ao longo da vida. Isso leva a concluir que o contexto de vida individual será determinante para a formação do juízo valorativo, e também pelo processo de escolhas.

Para Miguel Reale, uma norma jurídica serve para cumprir dois propósitos: o primeiro deve servir para ordem ou organização social, ou seja, evitar o conflito, amenizar casos, promover a paz e a segurança, e o segundo tem a finalidade de confirmar os valores sociais “axiologicamente invariáveis.”²⁸⁸ Desse modo, a norma jurídica não possui uma necessidade lógica, já é elaborada através de sua interpretação.

Ainda, na visão de autor,²⁸⁹ questionar, do ponto de vista filosófico, o fundamento do Direito significa estudar valores como resultante de fins de direito, de forma que a coexistência social seja positiva e passível de uma convivência para fins também de direito. Os valores são elementos basilares para formação das normas de convivência social, podendo, no decorrer do processo histórico-social de criação, sofrer transformações, sejam elas, políticas, técnicas ou econômicas.

No entanto, ainda, segundo o autor, existe um núcleo insuscetível de sofrer modificação, que são as denominadas “invariantes axiológicas,”²⁹⁰ as quais se revelam importantes no presente momento, para que se possa que contraditar o instituto da repercussão geral.

Nesse sentido, afirma Reale que o fundamento do Direito encontra-se atrelado ao direito natural ou jusnaturalismo, por ser esse uma “constante axiológica²⁹¹” do direito positivado e uma verdadeira condição de existência do direito posto. Já, no que

²⁸⁷ REALE, Miguel *Filosofia* ..., p. 188.

²⁸⁸ *Idem*, p. 586.

²⁸⁹ *Idem*, *ibidem*.

²⁹⁰ *Idem*, p. 590.

²⁹¹ *Idem*, *ibidem*.

tange a expressão “invariantes axiológicas”, entende-se por aqueles valores que não se alteram facilmente e são realmente estruturantes, sendo salvos de transformações políticas, técnicas ou econômicas.

Afirma ainda, que “se tem por fundamento, no plano filosófico, o valor ou o complexo de valores que legitima uma ordem jurídica, dando a razão de sua obrigatoriedade.”²⁹² Assim, a norma possui fundamento quando pretende realizar ou resguardar um valor reconhecidamente necessário à coletividade. E, ao mesmo tempo, essa norma deve ainda impedir a ocorrência de um “desvalor”.²⁹³

Diante da premissa que a norma jurídica origina-se de valores preconizados pela sociedade, vislumbra-se que a simples existência daquela representa a satisfação de um mínimo destes, como, por exemplo, a ordem, a segurança, a paz. Assim, defende o autor que a filosofia jurídica é a ciência capaz de resolver esses questionamentos, pois esta indagará as condições da validade, ou seja, o aspecto “ético, o técnico-jurídico e o histórico-social.”²⁹⁴

Para Reale, questionar sobre os fundamentos do direito de modo filosófico é saber de que forma o direito positiva-se (passa a existir no ordenamento), para compreender e salvaguardar as comunidades positivamente fundadas. Saber o que é essa positividade que embasa as sociedades, e, posteriormente as estruturas é entender quais são as “invariantes axiológicas”²⁹⁵ ou pressupostos do ordenamento referentes ao valor da pessoa humana. Já, as leis jurídicas, são deveres morais e econômicos decorrentes dessas variações axiológicas, porém, tipificadas ou especificadas de acordo com padrões de condutas amadurecidos por um processo de experiência histórica.

Assim, na concepção realeana, é de se concluir que o fundamento da norma estará sempre baseado num valor pretendido conforme os anseios da sociedade. A

²⁹² REALE, Miguel *Filosofia...*, p. 594.

²⁹³ *Idem, ibidem.*

²⁹⁴ *Idem*, p. 587.

²⁹⁵ *Idem*, p. 590.

concretização do valor ganha relevo jurídico por intermédio da norma, conferindo-lhe, assim, reconhecida legitimidade.

Muito embora a teoria de Reale recepcione o Direito como *fato, valor e norma*, este somente reconhece a norma como seu objeto com base no culturalismo jurídico, sendo as demais estudadas em disciplinas diversas. Também é oportuno salientar que esse “trinômio” também se verifica no período histórico do *ius commune* da Idade Média, em que o conjunto de leis radicadas na comunidade política perfazia-se através dos costumes, que resultaram na lei fundamental, a *common law*.

Diante desses ensinamentos, pode-se afirmar que há uma corrente majoritária sustentando que a repercussão geral deve ser admitida, por estar acobertada em diversos valores existentes no ordenamento jurídico, e que são reconhecidamente necessários e salvaguardados nos tempos atuais, como ainda pelas “invariantes axiológicas.”²⁹⁶ Ou seja, valores estruturantes que estão imunes às transformações políticas, sociais, científicas ou econômicas da sociedade, tendo alguns, inclusive, galgado *status* de direitos fundamentais.

Utilizando-se das lições de Marinoni e Mitidiero, o “mecanismo de filtragem recursal”²⁹⁷ não só vem reforçar o peso de diversos valores invariáveis, tais como segurança jurídica, celeridade, efetividade e utilidade do provimento jurisdicional, acesso à jurisdição, duração razoável do processo, unidade do Estado Democrático de Direito, etc., - muitos deles consagrados pela “Carta Magna” de 1988 - , mas também inovar ao resguardar novos valores como a “objetivação”²⁹⁸ do recurso extraordinário através da “otimização”²⁹⁹ das atividades da Corte Constitucional. É a opinião dos autores:

²⁹⁶ REALE, Miguel *Filosofia...*, p. 594.

²⁹⁷ MARINONI, Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *A repercussão...*, p.18.

²⁹⁸ GOMES, Ana Zélia Jansen Saraiva; **O processo de objetivação do recurso extraordinário**. Disponível em: <http://lfg.com.br/public_html/article/.php?story20080208141335917> Acesso em 15 jun. 2010.

²⁹⁹ MENDES, Gilmar. **A reforma do Judiciário, de alguma forma, vem realizando a reforma do Estado Democrático de Direito**. Disponível em: <<http://bahianoticias.com.br/justica/noticias>> Acesso em: 29 ago. 2010.

Resguarda-se, destarte, a um só tempo, dois interesses: o interesse das partes na realização de processos jurisdicionais em tempo justo e o interesse da Justiça no exame de casos pelo Supremo Tribunal apenas quando essa apreciação mostrar-se imprescindível para realização dos fins a que se dedica a alcançar a sociedade brasileira³⁰⁰(...) constitui mais uma tentativa do legislador infraconstitucional em concretizar o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. Com sua vigência, pretende-se outorgar a todos um processo com duração razoável e reforçar o valor da igualdade e racionalizar a atividade judiciária...sua exata compreensão pressupõe que bem se apreenda o perfil constitucional do Supremo Tribunal Federal...toca-lhe a tarefa de guardar a constituição, promovendo a unidade do Direito Brasileiro.³⁰¹

No entanto, há também outra corrente ainda que minoritária,³⁰² entendendo que o referido instituto vem retratar uma espécie de limitação do acesso à jurisdição perante o Supremo Tribunal, na medida em que a parte fica condicionada ao preenchimento dos requisitos para o conhecimento do recurso extraordinário, o que não sendo atendido inviabilizará a apreciação deste pela Corte Constitucional,³⁰³ restando mitigado, por consequência, o acesso à justiça como corolário do princípio da igualdade princípio da dignidade humana³⁰⁴ (art. 5º, XXXV; art. 97, ambos da CR/88).

Nessa ótica, questiona-se se esses valores, reconhecidamente imprescindíveis à sociedade, estariam sendo verdadeiramente protegidos por esse novel instituto, se

³⁰⁰ MARINONI, Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **A repercussão...**, p. 19.

³⁰¹ *Idem*, p.79.

³⁰² ARAUJO, Marcelo Labanca Corrêa; BARROS, Luciano José Pinheiro. O estreitamento da via difusa no controle de constitucionalidade e a repercussão geral nos recursos extraordinários. **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**. v.1. n. 1. Dez/2007. E ainda, Roberto Busato, em trecho da Revista Veja: **FOLHA - A OAB é contrária à repercussão geral**. “Sem isso, como impedir que casos, como brigas de vizinhos, cheguem ao Supremo? – A repercussão geral é a volta da ditadura militar, quando tínhamos um instrumento idêntico, que se chamava arguição de relevância. É o STF decidindo subjetivamente o que tem repercussão e o que não tem. Naquela ocasião, quando se retirou a arguição, foi criado o Superior Tribunal de Justiça (STJ) justamente para desafogar o Supremo. Agora vamos continuar com a Corte e voltar com o mesmo instrumento.” Disponível em <<http://www.veja.abril.com.br/blogs/reinaldo/2006/12/smula-vinculante-e-repercusso-geral.html>> Acesso em 24 jul. 2010. No mesmo sentido: SOIBELMAN, Félix. **Arguição de relevância da questão federal. Emenda Constitucional nº 45/2004**. Jus Navigandi, Disponível em: <<http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6391>>. Acesso em: 29 jul. 2010. Afirma o autor que “a arguição de relevância tinha sido suprimida da C.R.F.B./88 sob alegação de ser um resquício do autoritarismo. Não deixa de ser curioso o pensamento, uma vez que traduzia o reconhecimento, pelos constituintes, da contaminação ideológica e política do STF. Temia-se, egresso o país de uma ditadura, que houvesse qualquer trava legal na apreciação e efetivação dos direitos fundamentais. O STF, com grande parte dos Ministros indicados, ainda, pela ditadura militar, poderia comportar-se como elemento reacionário.”

³⁰³ DE LIMA, José Edvaldo Albuquerque. **Recurso ordinário, extraordinário e...**, p. 200.

³⁰⁴ RIBEIRO, Marlana Carla Peixoto. **O acesso à justiça como um direito fundamental**. Disponível em: <<http://www.agata.ucg.br/formularios/ucg/institutos/nepjur/pdf/MONOGRAFIA171005.pdf>> Acesso em: 14 jun. 2010.

haveria um confronto entre as “invariantes axiológicas”, ou ainda, se a repercussão geral estaria propiciando “desvalores”(?)

É inegável que esse novo mecanismo instituído traz uma nova “moldura” ao recurso extraordinário, na medida em que acarreta uma restrição à sua apreciação pelo Supremo Tribunal, em razão do preenchimento de novos requisitos, cujo conceito revela-se “indeterminado,”³⁰⁵ podendo ocasionar uma interpretação casuística do julgador, pois que condicionada sempre ao caso concreto.³⁰⁶ É o que se vê, por vezes, ocorrer na prática.

No Estado Contemporâneo, em que há uma complexidade de relações jurídicas, o acesso pleno à justiça, inclusive perante o Supremo Tribunal Federal, passa a exercer um papel crucial na concretização de direitos, em que pese essa não seja a única forma de obtenção. Uma premissa básica da justiça social pressupõe o acesso efetivo, não simbólico, o que não está sendo condizente com a atual realidade, muito ao contrário, pois, o que se verifica é uma “ruptura da crença tradicional na confiabilidade de nossas instituições jurídicas.”³⁰⁷

Também nessa linha, é o pensamento de Celso Lafer,³⁰⁸ em que, ao elaborar obra sobre Hannah Arendt, reafirma os dizeres dessa teórica política acerca da importância do acesso pleno à justiça para a efetivação dos direitos fundamentais, assim dizendo que “o primeiro direito humano, do qual derivam todos os demais, é o direito a ter direitos, direitos que a experiência totalitária mostrou que só podem ser exigidos através do acesso pleno à ordem jurídica que apenas a cidadania oferece.”³⁰⁹

³⁰⁵ DIDIER Jr, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de...**, p. 330.

³⁰⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual de processo de conhecimento**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 558.

³⁰⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Acesso à justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p.08.

³⁰⁸ LAFER, Celso. **A reconstrução dos...**, p.166.

³⁰⁹ *Idem, ibidem*. O autor, reproduzindo a teórica política alemã Hannah Arendt, sustenta importância do acesso pleno à justiça para a efetivação dos direitos fundamentais aduzindo: “o primeiro direito humano, do qual derivam todos os demais, é o direito a ter direitos, direitos que a experiência totalitária mostrou que só podem ser exigidos através do acesso pleno à ordem jurídica que apenas a cidadania oferece”. Nesse passo, o direito ao acesso pleno à justiça revela-se de enorme importância, pois que é o único instrumento que garante a obtenção de todos os direitos de forma legítima, democrática. E ainda, FLORES, Joaquim Herrera, *In A reinvenção dos direitos humanos*, Florianópolis, Fundação Boiteux, 2009, p. 36. Sob outro prisma, mas com

Pois bem. Seja como for, o direito ao acesso pleno à justiça revela-se de enorme importância na medida em que é o único instrumento que garante a obtenção de todos os outros de forma legítima, democrática. Mas a indagação que ora se faz pertinente é se, diante dessa realidade constitucional massificada, seria possível ao Estado, através do Poder Judiciário, propiciar uma tutela célere, efetiva, a todos os cidadãos, de forma individualizada, em sede de Corte Constitucional?

Ainda diante desse contexto, poderia a Constituição garantir a via extraordinária como um direito fundamental em nível recursal perante o Supremo Tribunal Federal? Seria o estreitamento da via difusa a forma contemporânea mais adequada a se alcançar uma justiça célere e eficaz? Seria a “objetivação” do recurso extraordinário um fenômeno processual condizente com a realidade neoconstitucional?

Por óbvio, uma justiça eficiente é condição “*sine qua non*” para a conquista de direitos e a concretização da denominada “justiça distributiva,”³¹⁰ culminando-se num “processo justo”. Pois, a ausência da função pacificadora de conflitos, desempenhada através do Judiciário, só vem fomentar o exercício da autotutela proibida ante a exclusividade do “*jus puniendi*” em favor da máquina estatal.

Afinal, para que serve a mera previsibilidade do direito se não há o alcance, a conquista, ou se este é falho, omissivo, e não mais corresponde aos anseios de uma sociedade?

idêntica relevância, afirma o autor que “o conteúdo básico dos direitos humanos não é o de ter direitos a ter direitos, (círculo fechado que não cumpriu com seus objetivos desde que se “declarou” há quase duas décadas). Para nós, o conteúdo básico dos direitos humanos será o conjunto de lutas pela dignidade, cujos resultados, se é que temos poder necessário para isso, deverão ser garantidos por normas jurídicas, por políticas públicas e por uma economia aberta às exigências da dignidade.” No entanto, uma vez não alcançado esse ideal, é necessário que a via judicial seja um instrumento de garantias, ou seja, não há como negar que “o direito a ter direitos” consagra-se, atualmente, crucial ferramenta de acesso aos direitos humanos e fundamentais num recente Estado Social e Democrático de Direito.

³¹⁰ Segundo Lafayette Pozzoli e Caio Henrique Lopes Ramiro, trata-se de uma expressão que remonta a Grécia antiga, em Aristóteles, na célebre obra “Ética a Nicomaco”, para conceituar três espécies fundamentais de justiça, sendo elas: comutativa, distributiva e social. A primeira funciona na base de troca, permuta, entre pessoas iguais; a segunda tem a finalidade de permitir que as pessoas participem do bem comum de maneira equitativa, dando-se a cada um, o que lhe é devido, de acordo com suas habilidades; e por último, a justiça social, ou geral, ou legal, em que através da lei que o bem comum é realizado perante a sociedade, estando comprometida com o bem comum. A primeira está relacionada à bem ou direito enquanto pessoa; a segunda está relacionada à pessoa na sua posição profissional, pessoal ou familiar, e a terceira está voltada para o bem da coletividade (Conceitos de Justiça Participativa. **RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**. Bauru. v. 40. n. 45, p. 149-169, jan./jun. 2006).

A solução mais sensata não seria posicionar o Supremo Tribunal Federal diante dessa nova realidade constitucional global? Não seria, portanto, uma necessidade de se reordenar a função da Corte Constitucional brasileira ante o mundo pós-moderno?

A título de informação, mas sendo de grande valia para a reflexão que ora se propõe, vale registrar que, segundo dados oficiais, em 1960, a população brasileira era de aproximadamente setenta milhões, ao passo que em 2010, ou seja, vinte anos depois, chega-se à marca dos mais de cento e noventa milhões. Nos últimos cinquenta anos, houve uma explosão demográfica no país. E ainda, não obstante a redução drástica da média de filhos por família, segundo dados do IBGE,³¹¹ a população no Brasil, em 2050, já será de mais de duzentos e cinquenta milhões.

Ainda, de acordo com esses dados, indagação pertinente é saber se haveria estrutura judiciária suficiente para conter a avalanche de processos que chegariam anualmente ao Supremo?

A solução para o “desafogamento” dessa Corte Constitucional seria o aumento da estrutura, ou uma readequação do recurso extraordinário condizente com um mundo pós-moderno?

Nessa nova ótica mundial, seria missão incumbida a Corte Constitucional Brasileira atender demandas individuais?

O descompasso, nesse caso, não estaria presente no caráter do sistema recursal?

A seleção do recurso extraordinário não seria o meio mais adequado de acesso à Suprema Corte, eis que condizente com a realidade contemporânea³¹²?

³¹¹ IBGE. Disponível em: <<http://www.brasilecola.com/brasil/a-populacao-brasileira.htm>> Acesso em 04 ago. 2011.

³¹² CARNEIRO, Athos Gusmão. **Recurso especial, agravos e agravo interno**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 04. Afirmo o autor: “A chamada crise do Supremo Tribunal Federal, pelo número de feitos sempre crescente e absolutamente excessivo, posto a cargo dos integrantes do Excelso Pretório. A par da matéria, em competência originária, derivada do exercício de sua função de Corte Constitucional, também uma **multiplicidade de recursos supervenientes** de todas as partes de um **país sob alto incremento demográfico** e

Portanto, fica aqui a presente questão, que mais a frente será novamente examinada.

A REPERCUSSÃO GERAL

2.1 Precedentes

Embora a Constituição de 1967 tenha previsto o instituto da arguição de relevância, já no intuito de realizar uma filtragem dos recursos interpostos perante o Supremo Tribunal, este não produziu os efeitos desejados, uma vez que as demandas continuavam acumulando-se nas instâncias superiores, razão pela qual o referido instituto não foi recepcionado pela Carta de 88.

E em que pese, para alguns,³¹³ o requisito da repercussão geral seja semelhante ao de arguição de relevância, há orientação de peso³¹⁴ entendendo que esses conceitos

³¹³ WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. **Recurso especial, extraordinário e ação rescisória**. 2. ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 292. Nesse mesmo sentido, afirma Eduardo de Avelar Lamy: “Portanto, a interpretação do conceito vago constituído pela relevância da questão federal em casos submetidos ao crivo de um STF legislador, era feita segundo análises que, embora no entender de Arruda Alvim não fossem verdadeiramente discricionárias, possuíam considerável caráter político, ao contrário daquilo que acredita-se ocorrerá com a novel repercussão geral das questões constitucionais, de sistemática diferenciada, como analisar-se-á adiante. Isso por que os ditames da atual ordem constitucional (especialmente o artigo 93, inciso IX, da CF), ainda que parcialmente modificada pela Emenda 45 de 08.12.04, não estão em sintonia com a liberdade concedida ao Pretório Excelso pela Constituição de 1967, de decidir sem a possibilidade de recursos, sem a necessidade de fundamentação e sem a possibilidade de embargos de declaração. Nisto reside a origem das principais diferenças entre a Arguição de Relevância e a Repercussão Geral, nos termos em que acredita-se será esta implantada em nosso ordenamento.” (LAMY, Eduardo de Avelar. Repercussão geral no recurso extraordinário. **Revista da Esmesc**, v. 12, n. 18, 2005, p. 171). A repercussão geral é um sistema de filtro, idêntico, sob o ponto de vista substancial, ao sistema da relevância, que faz com que ao STF cheguem exclusivamente questões cuja importância transcenda à daquela causa em que o recurso foi interposto. Entende-se, com razão, que, dessa forma, o STF será reconduzido à sua verdadeira função, que é a de zelar pelo direito objetivo, sua eficácia, sua inteireza e a uniformidade de sua interpretação, na medida em que os temas trazidos à discussão tenham relevância para a nação. A “regulamentação feita pelo Pretório Excelso de então seguiu fielmente a idéia central do governo militar, incluindo até “os aspectos morais” e os “políticos”. Por isso, qualquer interpretação acerca do significado de “repercussão geral” deve fugir de eventuais comparações com o conteúdo dos arts. 327 a 329 do regimento interno do STF e da jurisprudência (ambos não recepcionados), praticada pelo Tribunal até 1988. A Constituição do Brasil, fruto do processo constituinte de 1986-88, mais do que um corte simbólico, estabeleceu explicitamente um novo paradigma de direito e de Estado. Não se pode olhar o novo – por mais discutível que seja esse novo – com os olhos do velho, que com toda a certeza, não recomenda em nada para a melhoria do processo democrático e o acesso a justiça. Ou seja, a arguição de relevância do regime militar deve ser lida como um instrumento para o controle dos tribunais e do legislativo. (ALVIM, Arruda. A EC n.45 e o instituto da repercussão geral. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *et.all.* (Coords.). **Reforma do Judiciário**: Primeiros ensaios críticos sobre a EC 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 63- 99). Já a exigência da comprovação da “repercussão geral das questões constitucionais” – repita-se, por mais discutível que seja a sua compatibilidade com a Constituição – deve ser lida como um instrumento para aprimorar o processo democrático, tanto é que o constituinte derivado estabeleceu a presunção

são diversos, pois enquanto o primeiro concentra-se no conceito de relevância, o segundo, a controvérsia do texto constitucional prescinde de reflexos múltiplos, ou seja, para muito além do caso concreto. Outra diferença está no rigor processual, em que este era analisado em sessão secreta e aquele passou a ser examinado em sessão pública, sob o crivo da motivação das decisões judiciais (art. 93, IX, CR). Outra questão refere-se ao atual instituto requerer *quorum* qualificado para a deliberação.³¹⁵

Nesse propósito, veio o legislador ordinário e regulamentou a referida matéria através da Lei nº 11.418/2006, entrando em vigor apenas em 18/02/2007, sendo que o requisito de admissibilidade da repercussão geral passou a ser exigido somente a partir de 3 de maio de 2007.³¹⁶ Assim, o exemplo paradigmático do mecanismo de seleção e filtragem denominado “*writ of certiorari*,”³¹⁷ de origem norte-americana, foi aderido pelo Brasil e adaptado às regras do sistema jurídico pátrio, através do diploma processual civil (art. 541 e ss.) e regimento interno do Supremo Tribunal Federal (art. 322 e ss.).

Em linhas gerais - já que aqui o objetivo principal não está em tecer minúcias sobre o instituto no direito alienígena -, o modelo paradigmático “*writ of certiorari*”³¹⁸ vem sendo aderido por vários países do direito europeu. Como acrescenta Bruno Dantas,³¹⁹ reportando-se à *William Coleman Jr.*, quando afirma que “*Instead of*

da existência dessa repercussão geral, exigindo o qualificado quorum de 8 votos para a recusa do recurso extraordinário e não para a sua admissão. Este deve ser o belvedere do qual o novel instituto deve ser olhado e não o velho instituto da arguição de relevância. (STRECK, Lênio Luiz. A repercussão geral das questões constitucionais e a admissibilidade do recurso extraordinário: a preocupação do constituinte com as causas irrelevantes. In: AGRA, Walber de Moura (Coord.). **Comentários à reforma do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 135- 136). Corroborando esse entendimento, tem-se os ensinamentos de Sandro Marcelo KOZIKOSKI: “Forçoso admitir, neste sítio, que a atual exigência de demonstração da *repercussão geral* das questões constitucionais guarda um paralelo com a extinta *arguição de relevância da questão federal* que, no passado, vigorou quando o STF apreciava matéria que, hoje, é própria da competência do STJ”. (KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. A Repercussão geral das questões constitucionais e o juízo de admissibilidade do recurso extraordinário. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Reforma do...**, p. 749).

³¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **A Repercussão geral no recurso extraordinário**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.31.

³¹⁵ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Processo Civil**. v. I. 11. ed. Salvador: Jus Podium, 2009, p. 333.

³¹⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de Direito Processual Civil**. v. V. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 266.

³¹⁷ DANTAS, Bruno. **Repercussão geral**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 97.

³¹⁸ *Idem, ibidem.*

³¹⁹ *Idem, ibidem..*

narrowing the Court's jurisdiction, Congress chose, in more and more instances, to delegate to the Court the responsibility for determining which federal issues are of sufficient national importance to warrant Supreme Court review."³²⁰

Vê-se aqui o grau de independência dos Ministros da *Supreme Court* (USSC,)³²¹ que, além da competência exclusiva para selecionar as causas que julgam ser de extrema relevância para aquela sociedade, podem, inclusive, deixar de apreciar determinada questão dotada de repercussão, se a demanda pender de suficiente debate pelas instâncias locais, ou ainda, se não houver um panorama completo sobre os diversos reflexos da questão em debate.

Observa-se, que a *Rule 10*³²² é enfática ao condicionar a análise desse mecanismo pela Suprema Corte apenas em casos de necessidade extrema (*compelling reasons*), evidenciando-se o caráter discricionário da Corte. Dispõe a regra: "*Rule 10. Considerations Governing Review on Certiorari. Review on a writ of certiorari is not a matter of right, but of judicial discretion. A petition for a writ of certiorari will be granted only for compelling reasons. The following, although neither controlling nor fully measuring the Court's discretion, indicate the character of the reasons the Court considers.*"³²³

Assim, qualifica-se o órgão estadunidense como um tribunal de superposição, de caráter casuístico, com atuação notavelmente restrita se comparada ao instituto

³²⁰ Tradução livre: "em vez de estreitar a jurisdição do Tribunal, o Congresso escolheu, em casos mais e mais, de delegar ao Tribunal a responsabilidade para determinar quais as questões federais são de suma importância nacional suficiente para justificar uma revisão do Supremo Tribunal." (DANTAS, Bruno. **Repercussão...**, p. 97.

³²¹ *Idem*, p. 99.

³²² "Considerações sobre a revisão do *Certiorari*: A Revisão em um mandado de *certiorari* não é uma questão de direito, mas de apreciação judicial. Uma petição por *writ of certiorari* só será concedido por razões imperiosas. A seguir, embora nem se controle e nem haja uma total mediação do poder discricionário do Tribunal de Justiça, pode-se indicar a natureza das razões que o Tribunal considera: (...)" (tradução livre). Nesse sentido: KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. **Repercussão geral e efeito vinculante**: Neoconstitucionalismo, *amicus curiae* e a pluralização do debate, fls. 425. Tese de Doutorado em Direito (Relações Sociais) – Universidade Federal do Paraná – Curitiba, 2010, p. 241-242.

³²³ Tradução Livre: "Considerações Governamentais acerca do *certiorari*. A Revisão de um *certiorari* não é uma questão de direito, mas de discricionariedade judicial. Uma petição para um *writ of certiorari* será concedida apenas por razões imperiosas. Assim, embora não haja nenhum controle nem totalmente a medição, este indica o caráter das razões que o considera." **Supreme Court of the United States**. Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov>> Acesso em: 31 out. 2011.

brasileiro. Fazendo, ainda, uma análise comparativa entre os referidos institutos, afirma Kozikoski:

A advertência, neste sítio, é que o direito federal nos EUA é colocado em caráter residual. Tal sistema diverge profundamente do modelo federativo brasileiro, onde o direito federal ganha proeminência, na perspectiva das matérias abrangidas. Tais peculiaridades, aliás, propiciam a leitura de um federalismo *centrífugo*, na experiência brasileira; ao contrário do que se sucede no federalismo norte-americano, onde as forças sociais aglutinaram-se, em dado momento histórico, em proveito de um Governo Central, dando azo a um modelo *centrípeto*. Por si só, tal análise explica em parte o grande número de recursos extraordinários no Judiciário brasileiro, comparativamente ao *writ of certiorari* norte-americano. Vale dizer: a gama de matérias afeta à competência legislativa assinalada à União Federal, em caráter *privativo* e *concorrente*, permite o cotejo dos dispositivos federais e constitucionais no âmbito dos litígios intersubjetivos, com o desencadeamento das instâncias excepcionais.³²⁴

Já, no direito alemão,³²⁵ o requisito da “*significação fundamental*” (*grundsätzliche Bedeutung*)³²⁶ deverá estar presente no recurso denominado “*revision*”.³²⁷ Nas palavras de Artur May,³²⁸ “*Danach kann eine Rechtsfrage vorgelegt werden, wrden, wenn ihre Beantwortung zur Fortbildung des rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich ist.*”³²⁹. Há, ainda, uma peculiaridade no direito alemão que se refere aos “indicadores negativos e positivos” de seleção dos casos eleitos, e que segundo Arruda Alvim,³³⁰ poderiam vir a contribuir no direito pátrio.

³²⁴ KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. A repercussão geral das questões constitucionais e o juízo de admissibilidade do recurso extraordinário. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Reforma do...**, p. 749.

³²⁵ MARINONI, Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **A repercussão geral...**, p. 21.

³²⁶ DANTAS, Bruno. **Repercussão...**, p.108-109. Em nota, o autor cita o texto de *Benjamim Kaplan, Arthur T. vonMehren e Rudolf Shaefer*, 1958, em que se falava sobre significação fundamental, “*grundsatzlicheBedeutung*”, como requisito de cabimento do recurso *revision*.

³²⁷ DANTAS, Bruno. **Repercussão...**, p. 107.

³²⁸ *Idem*, p. 109.

³²⁹ *Idem, ibidem*. Tradução livre: “Deve ser suficientemente paradigmática e que, julgada, reúne condições de repercutir além dos estritos limites da lide” ou seja, prossegue o autor, “não depende da gravidade da lesão causada, pela decisão recorrida, mas tão somente do amplo efeito que a resposta à questão pode assumir perante a sociedade.”

³³⁰ ALVIM, Arruda. A EC n.45 e o instituto da Repercussão Geral. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *et.all.* (Coords.). **Reforma do...**, p. 42.

De igual forma, o direito japonês também adotou a espécie de filtro, entendendo que o recurso vinculado à Suprema Corte deverá estar relacionado à matéria constitucional ou hipótese de erro relativo aos procedimentos elencados no Código. Como aduz Yasuhei Taniguchi,³³¹ a Suprema Corte só admitirá o recurso se a decisão recorrida for contrária à sua decisão, ou se se tratar de questão relevante, o que, em tese, se assemelharia ao “*certiorari*”³³² da Suprema Corte Americana.

Na Argentina,³³³ com a alteração da redação do art. 280 do Código de Processo Civil e Comercial da Nação, o mecanismo de filtragem foi adotado no espírito dos institutos acima, sendo aqui denominado “*iuris de gravedad institucional*,”³³⁴ o qual estará presente quando restarem comprometedoras ao “bom funcionamento das instituições,” e que passam através das “hipóteses de *transcendência* do interesse individual.”³³⁵ Como afirma Kozikoski³³⁶, trata-se de um “filtro qualitativo,” em que a Suprema Corte da Nação analisa quais as causas que serão avocadas e julgadas, caracterizando-se, assim, a discricionariedade do instituto no direito argentino.

Por outro lado, verifica-se no direito espanhol³³⁷, que diferentemente do paradigmático “*writ of certiorari*”, o legislador, de forma mais conservadora, buscou exaurir todas as hipóteses de ocorrência da repercussão geral através de um rol

³³¹ GOMES JR., Luiz Manoel. **A repercussão geral da questão constitucional no recurso extraordinário**. Juris Síntese n. 51, Jan-Fev/2005, p. 05.

³³² DANTAS, Bruno. **Repercussão...**, p. 97.

³³³ GOMES Jr. Luiz. **A repercussão geral da...**, p. 06.

³³⁴ *Idem, ibidem*.

³³⁵ LA RÚA, Fernando. **Teoria general del proceso**. Buenos Aires: Depalma, 1991, p. 179. Afirma o autor que “Debe haber también um límite, el cual consiste em el presupuesto de la cuestión constitucional; solo que bajo esta doctrina queda deferido a um juicio más subjetivo y menos formal de la propia Corte, que resolverá si el asunto, que transcende el interes individual para afectar el de la colectividad, tiene suficiente repercusión constitucional como para abrir la instancia extraordinária y emitir pronunciamiento sobre el derecho común, cuya interpretación tiene alcance o esse efecto.” Tradução livre: “Deve haver também um limite, o qual consiste no pressuposto da questão constitucional; só que parte dessa doutrina tem defendido um juízo mais subjetivo e menos formal da própria Corte, que resolverá assim o assunto, que transcende ao interesse individual para afetar a coletividade, tem suficiente repercussão constitucional como para abrir a instância extraordinária e emitir pronunciamiento sobre o direito comum, cuja interpretação tem alcançado esse efeito.”) Nesse sentido: KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. **Repercussão geral e...**, p. 425.

³³⁶ KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. **Repercussão geral e...**, p. 243.

³³⁷ *Idem*, p. 98. Acrescenta, ainda, o autor: “está no art. 477 da vigente Ley de Enjuiciamiento Civil espanhola na qual o legislador se esmerou em descrever de forma rígida o significado de interesse cassacional, em vez de delegar tal missão ao aplicador da lei.”

taxativo, de forma que a Suprema Corte Espanhola esteja absolutamente vinculada à lei.

Portanto, a ideia aqui proposta é ter uma ampla noção da origem e tendência dos fenômenos de “filtragem qualitativos” assumida pelo Judiciário contemporâneo, uns de forma mais contida e conservadora, outros muitos, mais ampla e liberal, porém, todos com o mesmo objetivo: impedir que uma avalanche de processos desvirtue a atuação dessas Cortes, zelando, prioritariamente, pela qualidade e efetividade da tutela jurisdicional.

2.2. Natureza Jurídica

A maioria da doutrina consente³³⁸ no sentido de que a repercussão geral é pressuposto específico de cabimento do recurso extraordinário,³³⁹ ainda que revestido de algumas peculiaridades, devendo ser enquadrado no juízo de admissibilidade intrínseco³⁴⁰ do recurso. Assim, a partir do advento da lei, em todos os recursos extraordinários deverá constar, em questão preliminar, esse requisito formal, sob pena de não conhecimento ou rejeição liminar (art. 557 do CPC).

Nesse passo, vem assinalando a jurisprudência do Supremo Tribunal brasileiro que a preliminar devidamente destacada na petição de recurso extraordinário constitui-se um “requisito indispensável”³⁴¹ (como consequência da inobservância dos arts. 543, §2º, do CPC, e 323, §1º, do RISTF), e sua ausência acarreta a impossibilidade de reconhecimento da repercussão geral de maneira “implícita”.³⁴²

³³⁸ GOMES Jr. Luiz. A repercussão geral da questão constitucional do recurso extraordinário. **Revista Juris Síntese** n. 51 – jan/fev 2005.p. 4.

³³⁹ No teor do que dispõe o art. 499 do Código de Processo Civil, o recurso extraordinário pode ser interposto tanto pelas partes como pelo Ministério Público, exigindo-se o esgotamento das instâncias ordinárias (Súmulas 281 do STF). Além das hipóteses de cabimento, exige-se o prequestionamento e a repercussão geral.

³⁴⁰ DANTAS, Bruno. **Repercussão...**, p. 217.

³⁴¹ Repercussão Geral no AgIn 703.374/PR – 2ª Turma - rel. Min. Ellen Gracie, DJ 07.11.2008. *In Revista de Processo*, n. 33, v. 165, nov/2008, p. 286.

³⁴² *Idem, ibidem*. No mesmo sentido: RE 569.476 – AgRg, rel. Min., Ellen Gracie, em que o Plenário da Corte entendeu que o mesmo se aplica nas hipóteses do art. 323, §1º do RISTF.

A controvérsia é idêntica quando se tratar da hipótese de interposição simultânea dos recursos especial e extraordinário, em que a decisão do tribunal local fundamenta-se com base no texto infraconstitucional e constitucional.

Há quem sustente pela necessidade de ser compatibilizado o instituto da repercussão geral com o entendimento relativizado da súmula 126 do Superior Tribunal de Justiça,³⁴³ “sob pena de inviabilização da tarefa precípua do STJ, garantidor da inteireza do direito federal,”³⁴⁴ prevalecendo o entendimento de que o conhecimento do recurso especial está condicionado à interposição da via extraordinária.

No entanto, há quem entenda pela não revogação da dita súmula, afirmando que as exigências devem ser compatibilizadas, sem que se imponha ao recurso especial o requisito da repercussão geral, ou seja, admitindo-se que o Supremo Tribunal Federal examine o recurso extraordinário mesmo sem o instituto, eis que já presente o interesse recursal com a interposição simultânea de tais recursos, ou ainda, que a admissibilidade do recurso especial não esteja condicionada à do extraordinário, entendendo-se por um “reconhecimento implícito” da repercussão geral.³⁴⁵

2.2.1. Um conceito “indeterminado” (“Relevância + Transcendência”)

Determina o artigo 543, A, §1º, do Código de Processo Civil que: “para efeito de repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social, ou jurídico, que ultrapassem os interesses

³⁴³ Diz a súmula 126 do STJ: “É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido se assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário.”

³⁴⁴ KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. A repercussão geral das questões constitucionais e o juízo de admissibilidade do recurso extraordinário. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Reforma do...**, p. 758.

³⁴⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recurso especial, recurso extraordinário e...**, p. 313-315. No mesmo sentido: MARTINS, Cristiano Zanin; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo. O instituto da repercussão geral e o recurso especial interposto simultaneamente ao recurso extraordinário. **Revista de Processo**, n. 34. v. 174, agosto/2009, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 241-243.

subjetivos da causa”. Portanto, ausente a conceituação legal, o que certamente reduziria a possibilidade de aplicação do referido instituto, surge doutrina ainda insuficiente para a relevância da matéria, tecendo considerações a respeito do tema.

À exemplo, vejamos a lição, citada em diversas doutrinas, pelo ilustre jurista Arruda Alvim, *in verbis*:

a repercussão da matéria discutida seja geral, *i.e.*, que diga respeito a um grande espectro de pessoas ou a um largo segmento social, uma decisão sobre assunto constitucional impactante, sobre tema constitucional muito controvertido, em relação à decisão que contrarie orientação do STF; que diga respeito à vida à liberdade, à federação, à invocação do princípio da proporcionalidade (em relação à aplicação do Texto Constitucional) etc., ou ainda, outros valores conectados a Texto Constitucional que se alberguem debaixo da expressão *repercussão social*.³⁴⁶

A técnica de conceito vago na redação do artigo supra, reflete o pensamento da casa legislativa no sentido de que seria inviável estabelecer todas as hipóteses de relevância, deixando a análise a encargo exclusivo da Suprema Corte, uma vez presentes os demais requisitos, sendo essa a estratégia encontrada no sentido de viabilizar a atuação ampla e exclusiva do Supremo Tribunal Federal,³⁴⁷ às causas que apresentem notável importância para a sociedade brasileira.

Do contrário, a definição taxativa das hipóteses de cabimento da repercussão geral, acarretaria um “engessamento do STF”, como bem adverte Rafael Maltez,³⁴⁸ o que, definitivamente, não foi intenção do legislador infraconstitucional.

Segundo Marinoni e Mitidiero,³⁴⁹ nosso legislador utilizou uma fórmula para identificar quando estará presente a hipótese da repercussão geral, adotando os critérios da “relevância e transcendência”. Afirmam ainda: “tem que contribuir, em

³⁴⁶ BRAGHITTONI, Ives. **Recurso extraordinário, uma análise do acesso ao Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 54.

³⁴⁷ MALTEZ, Rafael Tocantins. Repercussão geral da questão constitucional. In: MELLO, Rogério Licastro Torres de. (Coord). **Recurso especial e extraordinário** - repercussão geral e atualidades, São Paulo: Método, 2007, p.191.

³⁴⁸ *Idem*, p. 91.

³⁴⁹ MARINONI, Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **A repercussão geral no...**, p. 35.

outras palavras, para a persecução da unidade do Direito do Estado Constitucional brasileiro, compatibilizando e/ou desenvolvendo soluções de ordem constitucional,³⁵⁰ sob pena de se desvirtuar novamente da função política do recurso extraordinário.

Já, Bruno Dantas, traz a origem do termo utilizado para caracterizar o instituto, o que também merece uma breve análise:

Com efeito, o substantivo *repercussão* provém do latim *repercussione*, e significa, segundo o dicionário *Aurélio*, “ato ou efeito de repercutir”. O verbo intransitivo *repercutir*, por sua vez, tem sua origem no latim *repercutere*, e significa “fazer indiretamente a sua ação ou influência”. Nele está parcela descritiva do conceito, pois consiste em algo de possível apreensão pelos sentidos. Já o adjetivo *geral* também vem do latim *generale* e significa comum à maior parte ou à totalidade de um grupo de pessoas”. Nesse vocábulo está o quinhão normativo do conceito, que depende de preenchimento valorativo, pois a idéia de generalidade pressupõe o conhecimento do grupo social considerado.³⁵¹

Pois bem. Além da importância jurídica, política, social, econômica, a questão em voga tem de ser capaz de refletir, nas relações em sociedade ou de certo segmento. Ou seja, o aspecto “geral” é imprescindível. O tema não deve apenas ser relevante constitucionalmente sob o cunho subjetivo: precisa transcender, ao menos, para uma determinada classe, causando impacto no segmento da sociedade.

Ademais, conceituação *sui generis* é a que foi ministrada por Didier Jr. e Cunha, e que se entende ser de relevo:

Como foi visto, o legislador valeu-se, corretamente, de conceitos jurídicos indeterminados para a aferição da repercussão geral. É possível vislumbrar, porém, alguns parâmetros para a definição do que seja “repercussão geral”: i) questões constitucionais que sirvam de fundamento a demandas múltiplas, como aquelas relacionadas a questões previdenciárias ou tributárias, em que diversos demandantes fazem pedidos semelhantes, baseados na mesma tese jurídica. Por conta disso, é possível pressupor que, em causas coletivas que versem sobre temas constitucionais, haverá a tal “repercussão geral” que se exige para o cabimento do recurso extraordinário. ii) questões que, em razão

³⁵⁰MARINONI, Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **A repercussão geral no...**, p.35.

³⁵¹DANTAS, Bruno. **Repercussão...**, p. 244-245.

da sua magnitude constitucional, devem ser examinadas pelo STF em controle difuso de constitucionalidade, como aquelas que dizem respeito à correta interpretação/aplicação dos direitos fundamentais, que traduzem um conjunto de valores básicos que servem de esteio a toda ordem jurídica dimensão objetiva dos direitos fundamentais.³⁵²

Assim, deverá o Supremo avaliar não só a alegação da existência de repercussão geral no caso concreto, mas também sua intensidade, ou seja, a extensão dos efeitos daquela decisão para a sociedade como um todo. Em outras palavras, o impacto de determinado julgamento sobre uma gama de relações jurídicas presentes, pretéritas e futuras.

Portanto, para a doutrina majoritária,³⁵³ foi uma opção do legislador, o qual atribuiu definitivamente ao Supremo Tribunal Federal, aqui, através do recurso extraordinário, o papel de assentar as controvérsias de efetiva importância para certo grupo de pessoas e classes. Ou ainda, de forma mais ampla, para a sociedade brasileira, não havendo que se falar em discricionariedade, e sim na competência dessa Corte para apreciação dessas discussões, desde que atendidos os requisitos legais.

Portanto, não se trata de um defeito, mas sim de uma característica da lei elaborada propositalmente pelo legislador, tendo em vista a urgente necessidade da Suprema Corte em focar suas atenções nas questões a serem dirimidas, quando só então voltará a exercer sua função paradigmática³⁵⁴ perante o Judiciário brasileiro.

Sem dúvidas, a apreciação da repercussão geral será questão bastante complexa, mas como bem salienta o especialista Ives Braghittoni, “mesmo em se admitindo que “todas” as questões fossem relevantes, não seria ilegal, nem ilícito, nem ilegítimo, que se permitisse a escolha de quais causas sejam *mais* relevantes”,³⁵⁵ já que o objetivo da Corte é analisar esses níveis de demanda. Assim é o pensamento do ilustre processualista Humberto Teodoro Júnior, ao frisar que o Supremo jamais

³⁵² DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de...**, p. 333-334.

³⁵³ BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 136. Nesse mesmo sentido MARINONI, Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **A repercussão geral no...**, p. 34.

³⁵⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recurso especial...**, p. 295.

³⁵⁵ BRAGHITTONI, Ives. **Recurso extraordinário...**, p. 81.

poderá apreciar um recurso sobre “lacônica e imotivada alegação”,³⁵⁶ pois, trata-se de direito e garantia constitucional (art. 93, IX, CR) que sempre permeará as decisões do Supremo, após o advento da Constituição de 88.

Entendeu o constituinte derivado que os Ministros da mais alta Corte do país devem ser exclusivamente competentes para detectar as causas de maior relevância e que necessitam ser pacificadas. E assim o fez, porque acreditou que referida medida, ainda que admitido certo grau de subjetividade do julgador (o que é inerente à função do magistrado), poderá elevar, em muito, a qualidade da prestação jurisdicional.

Em resumo, por todas as razões acima, é de se concluir que o sistema de seleção e filtragem instituído não significa que o acesso seja irrestrito. Ao contrário: para a melhor doutrina,³⁵⁷ objetivamente, uma vez presente o binômio “relevância e transcendência”, é direito da parte ter o recurso extraordinário admitido pelo Supremo, quando, então, exercerá sua função precípua de pacificar as grandes controvérsias de notória importância para a coletividade, tendo por objetivo maior a garantia da preservação do Estado Democrático de Direito.

Assim, faz-se imprescindível a “sinalização” do Supremo acerca das matérias que comportam repercussão geral, para fins de admissibilidade do recurso extraordinário, o que ocorrendo, desencadeará uma operação inversa,³⁵⁸ analisando-se, primeiramente, os demais requisitos do recurso extraordinário, já que obrigatório o pronunciamento do Supremo acerca da presença do referido instituto.

³⁵⁶ TEODORO Jr, Humberto. **Emenda Constitucional n. 45/2004**. Disponível em: <<http://www.ulbra.br/direito/artmainab>> Acesso em: 29 out. 2009.

³⁵⁷ MARINONI, Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **A repercussão geral no...**, p.35.

³⁵⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de...**, p. 258.

2.3 Pressupostos de reconhecimento

2.3.1 Os reflexos de natureza econômica, política, social ou jurídica

São poucos na doutrina, ainda escassa, que se aventuram a tecer maiores delongas sobre o significado da expressão contida no §3º do art. 103, da Constituição da República.

Na maioria das vezes, o que se vê nos livros é a mera reprodução do texto constitucional, ou dos dispositivos infraconstitucionais, agregado a uma abordagem superficial sobre o tema. Assim, faz-se aqui, um breve comentário da doutrina³⁵⁹ existente acerca das hipóteses de cabimento do instituto da repercussão geral, trazendo-se, ainda, algumas ementas de julgados de notoriedade: a) reflexos econômicos:³⁶⁰ ações que versem, por exemplo, sobre o sistema financeiro de habitação, questões que versem sobre a privatização de serviços essenciais, ou seja, telefonia, correção salarial de categoria, etc.; b) relevante interesse social: quando em correlação com o conceito de interesse público em sentido *lato*, ou seja, saúde, escola,

³⁵⁹ GOMES Jr. Luiz. **A repercussão geral da...**, p. 6. Ilustra José Carlos Barbosa Moreira, citado por Luiz Manoel Gomes Jr., a presença da repercussão geral nas seguintes hipóteses: “a) questão capaz de influir concretamente, de maneira generalizada, numa grande quantidade de casos”. Exemplos que podem ser citados: questões relacionadas a tributos federais ou a contratos cujo objeto seja de larga utilização – ‘cadernetas de poupança’; b) decisão capaz de servir à unidade e aperfeiçoamento do direito ou particularmente significativa para o seu desenvolvimento’. Uma hipótese seria a delimitação da incidência de dispositivo que regule o direito aos recursos, ou mesmo discussão sobre os limites constitucionais das tutelas de urgência; c) decisão que tenha imediata importância jurídica ou econômica para círculo mais amplo de pessoas ou para mais extenso território da vida pública’. Um caso recente foi a alteração do índice de correção nos contratos de leasing pactuados em dólar norte-americano. É de todo evidente a importância econômica para o universo de consumidores, especialmente pela ampla utilização de tal instrumento; d) decisão que possa ter como consequência a intervenção do legislador no sentido de corrigir o ordenamento jurídico positivo ou de lhe suprir lacunas’. A correta compreensão quanto à legitimidade de políticas públicas em determinadas situações onde haja um grande número de feitos, bastando citar a questão da correção monetária das contas do FGTS; e) decisão que seja capaz de exercer influência capital sobre as relações com Estados estrangeiros ou com outros sujeitos de direito internacional público.”

³⁶⁰ Q.O. em RE n. 559.607-9/SC, rel. Min. Marco Aurélio, DJ 22.02.2008. Ementa: “Repercussão Geral. Contribuição para PIS e Cofins. Importação. Desembaraço Aduaneiro. Base de incidência. Surge a Repercussão Geral da matéria versada no extraordinário no que o acórdão impugnado implicou a declaração de inconstitucionalidade da expressão “acrescido do valor do Imposto sobre Operações Relativas à circulação de mercadorias e sobre Prestação de serviços de transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação. ICMS incidente no desembaraço aduaneiro e do valor das próprias contribuições”, contida no inc. I do art. 7º, da lei n. 10.865/2004, considerada a letra do inc. III do § 2º do art. 149 da CF”. **Revista de Processo** n. 33, v. 159, mai/2008, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 286.

moradia, etc.; c) reflexos políticos:³⁶¹ hipótese em que a decisão muda o panorama da política econômica ou diretriz de governo, questões relacionadas aos Estados estrangeiros ou organismos internacionais, etc.; d) reflexos jurídicos: hipótese bastante relevante, sob vários aspectos. Terá relevância sempre que a matéria for contrária ao pronunciamento do Supremo Tribunal Federal ou estiver em desacordo com a jurisprudência dominante ou sumulada. Se a função do Supremo é uniformizar a interpretação da Constituição, decisões contrárias ao seu entendimento devem ser alteradas. Também deve ser considerado juridicamente relevante quando a interpretação adotada pela decisão recorrida for teratológica, absurda, como nos casos de evidente afronta ao texto constitucional.³⁶²

³⁶¹ Repercussão Geral no RE n. 568.596-9/MG, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ. 02.05.2008. Ementa: “Constitucional. Eleitoral. Inelegibilidade. Ex-cônjuge de prefeito reeleito. Art. 14 §7º, da CF/1988. Existência de Repercussão Geral. Questão relevante do ponto de vista político, político, social e jurídico.” Trecho do voto: (...) “a questão constitucional oferece repercussão geral. O tema em debate apresenta relevância política, jurídica, e social, uma vez que afeta aos direitos políticos dos cidadãos, mostrando-se necessário estabelecer o alcance e os limites da inelegibilidade determinada pelo art. 14, §7º, da CF, em casos de candidatura de ex-cônjuges de ocupantes de cargos políticos. Por esses motivos, verifico que a questão constitucional trazida aos autos ultrapassa o interesse subjetivo das partes que atuam no presente feito”. **Revista de Processo n. 34**, v. 168, fev/2009, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 231-233.

³⁶² Como exemplos: i) Q.O. em RE nº 559.607-9/SC, Sessão Plenária, rel. Min. Marco Aurélio, DJ 22.02.2008. “Ementa: Repercussão Geral. Consequências. Matérias da competência da Justiça Federal. Uma vez assentado o Supremo em certo processo, a repercussão geral do tema vinculado, impõe-se a devolução à origem de todos os demais que hajam sido interpostos na vigência do sistema, comunicando-se a decisão aos presidentes do STJ, dos Tribunais Regionais Federais e da Turma Nacional de Uniformização da Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais bem como aos coordenadores das Turmas Recursais, para que suspendam o envio à Corte, dos recursos que tratem a questão, sobrestando-os.”; ii) Repercussão Geral no AgIn n.749.115/RS, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 06.12.2010. Ementa: “Competência Legislativa. Legislação local. Limites. Princípio do juiz natural. Distinção entre as matérias próprias de processo e as de procedimento. Ações coletiva e individual. 2. Há matéria constitucional na controvérsia em que se questiona a validade de regulamento editado por órgão do Judiciário estadual que, com base na lei de organização judiciária local, preceitua a convocação de ação individual em incidente de liquidação no bojo da execução de sentença proferida em Juízo diverso do inicial. Relevância jurídica do tema. 3. Repercussão geral reconhecida.” (**Revista de Processo n. 36**, v. 191, jan/2011, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 191). iii) Repercussão Geral no AgIn n. 791.811/SP, rel. Min. Dias Toffi, DJ 08.10.2010. Ementa: “Direito Constitucional e Administrativo. Ação Civil Pública. Improbidade administrativa. Discussão sobre a possibilidade de contratação de determinados serviços, com dispensa de licitação. Consequências. Presença da Repercussão Geral.” Trecho do acórdão: “A matéria suscitada no recurso extraordinário acerca da efetiva aplicação das sanções previstas para hipóteses da prática de atos de improbidade administrativa, é de índole eminentemente constitucional e, no caso presente, encontra-se, ademais, conexa com o próprio mérito da questão posta em debate nos autos (...) A questão posta apresenta densidade constitucional e extrapola os interesses subjetivos das partes, sendo relevante para todas as esferas da Administração Pública, que podem deparar-se com situações que demandem a celebração de contratos de prestação de serviços e que poderão, depois de estabelecida por este STF a exata compreensão dos comandos constitucionais em debate nestes autos, agir com maior segurança, evitando a celebração de avenças passíveis de anulação, bem como sujeitas a imposição de graves sanções para aqueles que tomarem parte em tal tipo de contratação.” (**Revista de Processo n. 36**, v. 191, jan/2011, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 472-476).

Cumpra ainda salientar, que a jurisprudência do Supremo Tribunal vem consolidando entendimento, em reiteradas oportunidades, pela inexistência de repercussão geral do ponto de vista jurídico no caso de ofensa reflexa ou indireta ao texto constitucional, estando caracterizada apenas em havendo afronta direta, pois, se abarcasse aquela também, demandaria uma análise acerca do conteúdo da legislação infraconstitucional.³⁶³

2.3.2. Motivação + Razoabilidade X Discricionariedade. Desafios da Corte

De fato, é reconhecida a tendência atual do legislador no sentido de atribuir maiores poderes aos aplicadores da lei, a fim de que o Direito possa acompanhar a evolução da sociedade contemporânea e tornar efetiva a tutela jurisdicional. Isso também se verifica quando do advento do instituto da repercussão geral, vez que a análise do que é “relevante” ou não, do que “transcende” ou não, ficará de certa forma, ao crivo do julgador, no caso, aos Ministros do Supremo (§2º do art. 543-A, CPC). A prática forense revela-se nesse sentido.

No entanto, sendo imperiosa a motivação de todas as decisões judiciais decorrente da nova ordem principiológica constitucional (art. 93, IX, CR), deverá o eminente julgador realizar o exercício de interpretação da norma, apontando claramente as razões de seu convencimento, seja pela negativa ou admissibilidade da repercussão geral.

Nesse contexto, é imprescindível que se realize de forma minuciosa, pelos Tribunais locais, uma triagem dos melhores processos que incidem sobre a controvérsia, pois a causa eleita poderá se tornar paradigma (ainda que diante de um novo contexto provisório da atualidade), seja pela ausência de repercussão geral, impedindo tantos outros de serem apreciados pela Egrégia Corte, seja pelo seu

³⁶³ Repercussão Geral no AgIn 808.968/RS, Tribunal Pleno, rel. Ministro Gilmar Mendes, DJ 06.04.2011. (**Revista de Processo n. 36**, v. 195, maio/2011, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 495). E ainda, RE – AgRg 596.568, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ. 10.11.20210, e ainda, AgIn – Ag/Rg n. 719.797, rel. Min. Ellen Gracie, DJ. 18.12.2009.

acolhimento, o que determinará a subida de tantos outros recursos extraordinários ao Supremo, tornando-se uma espécie de *leading case*.³⁶⁴

Esta “seleção” é mais uma relevante providência em prol da celeridade e da efetividade, e a mínima “sinalização” do Supremo em julgar esses casos deverá estar sob o foco da comunidade jurídica, devendo haver uma participação ativa dos membros das entidades representativas de classes, do *amicus curiae* quando se revelar necessário, da Ordem dos Advogados do Brasil, Ministério Público, através de um amplo debate sobre a questão, tudo em homenagem à garantia do devido processo legal. Assim, é necessário que o magistrado analise sob o critério de razoabilidade, a abrangência e o limite das normas, sem que haja excessos.³⁶⁵

Também se revela de crucial importância o debate exaustivo acerca da matéria objeto da repercussão geral, a fim de que a causa esteja madura e os julgadores estejam convictos quando da oportunidade do julgamento do recurso. Isso se realiza através do alargamento da discussão sobre o tema, todos zelando, sobremaneira, pelos princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório. Esse será um grande desafio para a atual da Corte Constitucional.

Não obstante a maioria entenda pela obrigatoriedade de motivação da decisão acerca do juízo de admissibilidade da repercussão geral, há orientação de peso, como a de Ovídio Baptista da Silva, sustentando que o melhor caminho a ser seguido pelo Supremo Tribunal é a seleção discricionária dos recursos que mereçam atenção da Corte, sendo uma providência de caráter “pedagógico” e que deve ser utilizada no intuito de conduzir o processo de revisão de nosso “perverso sistema recursal brasileiro”.³⁶⁶

³⁶⁴ **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/repercussao geral>> Acesso em 29 out. 2010.

³⁶⁵ TEODORO JR, Humberto. **Repercussão geral no recurso extraordinário (Lei n. 11.418) e Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal (Lei n. 11.417)**. Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor n. 14, Abril/Maio 2007, p. 05. Disponível e;> <<http://www.ulbra.br/direito/artmainab>> Acesso em 29 out. 2010.

³⁶⁶ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **A função dos tribunais superiores**. São Leopoldo: Fabris, 1999, p. 481.

Essa respeitável opinião segue orientação dos padrões do direito estadunidense, tratando-se de uma verdadeira “avocatória” pela Corte quando julgar o caso merecedor de análise. Sem dúvida, a questão é sensível e merece a devida atenção, principalmente em razão do excessivo número de casos em que vem se permitindo o reconhecimento da repercussão geral³⁶⁷ atualmente no direito brasileiro, desvirtuando-se, mais uma vez, da finalidade da alteração promovida pelo legislador derivado.

No entanto, há que se ponderar que a democracia estadunidense encontra-se num estágio bem mais avançado. Nos EUA, o que é “sagrado é a Constituição”, sendo que o sentimento constitucional é algo bastante exercido e cultivado pelos cidadãos norte-americanos, diferentemente do que ocorre, ainda, no Brasil. Embora a democracia brasileira já tenha superado uma fase inicial de instabilidade, ainda no presente momento pugna-se pela efetividade das normas constitucionais, especialmente pela concretização de direitos fundamentais básicos, tais como saúde, educação, etc.

Isso faz concluir que o atual estágio democrático brasileiro inviabiliza que o Supremo Tribunal Federal figure como uma espécie de *Supreme Court*, em que é realizada uma espécie de “avocatória” dos recursos, o que não impede que, num futuro próximo, a Corte Constitucional Brasileira possa vir a atuar nos moldes do direito estadunidense. Mas isso num outro estágio de sociedade, e assim, de democracia.

2.3.3 Presunção de existência da repercussão geral. Contrariedade à súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal

Por outro lado, como exposto brevemente acima, restará presente a repercussão geral *in re ipsa* quando o recurso impugnar decisão contrária à súmula ou

³⁶⁷ Segundo Luis Roberto Barroso, na Conferência Nacional dos Advogados. Conferência Magna de Encerramento. “Democracia, Desenvolvimento e Dignidade Humana: Uma agenda para os próximos dez Anos,” realizada em Curitiba/PR, em 24 de novembro de 2011.

jurisprudência dominante de qualquer Tribunal (art. 543-A, § 3º, CPC c/c § 1º do artigo 323 do RISTF), estando flagrantemente comprovada a relevância jurídica nesse caso, quando caberá ao Supremo pacificar a controvérsia levantada em sessão plenária.

O recurso objeto de análise será a Questão de Ordem (Q.O.),³⁶⁸ que pode ser suscitada em Plenário. E ainda, deve-se entender por jurisprudência dominante aquela que resulta de posicionamento pacífico no momento da interposição do recurso extraordinário.³⁶⁹

Ademais, como salientado no item 2.2, para efeito de se considerar a repercussão geral, ainda aqui é necessário que seja destacado um item preliminar acerca da presença do referido instituto para que haja o conhecimento do recurso extraordinário, não sendo possível isso ocorrer de forma “implícita.”³⁷⁰ Essa presunção é bastante positiva porque vem a reforçar a força vinculativa das decisões, sejam elas súmulas “simples”, súmulas vinculantes, ou ainda, jurisprudência que não foi sumulada.³⁷¹

Outra questão relevante é quando a decisão recorrida está em consonância com o entendimento assentado pelo Supremo Tribunal Federal, seja através de súmula ou jurisprudência, o que não se traduz em ausência do referido requisito³⁷², ao contrário, pois será a hipótese em que o recorrente terá de provocar aquela Corte Superior a reconhecer a repercussão geral, seja porque se impõe uma alteração do posicionamento da norma firmado anteriormente (*overruling*), seja porque o caso contém situações peculiares que ensejam o afastamento ou não do caso paradigma

³⁶⁸ Nesse sentido: QO-RE 579.431, QO-RE 582.650, QO-RE 580.108, Min. Ellen Gracie.

³⁶⁹ DANTAS, Bruno. **Repercussão...**, p. 67.

³⁷⁰ Repercussão Geral no AgIn 703.374/PR – 2ª Turma, rel. Min. Ellen Gracie, DJ 07.11.2008. In Revista de Processo n. 33, vol. n. 165, nov/2008, pg. 286. No mesmo sentido, RE 569.476 – AgRg, rel. Min. Ellen Gracie, em que o Plenário da Corte entendeu que o mesmo se aplica nas hipóteses do art. 323, §1º do RISTF.

³⁷¹ DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo. **Curso de...**, p. 332.

³⁷² “INTERPRETAÇÃO DO ART. 543-A, § 3º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL C/C ART. 323, § 1º, DO RISTF. 1. Não se presume a ausência da repercussão geral quando o recurso extraordinário impugnar decisão que esteja de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, vencida a Relatora. 2. Julgamento conjunto dos Recursos Extraordinários n. 563.965, 565.202, 565.294, 565.305, 565.347, 565.352, 565.360, 565.366, 565.392, 565.401, 565.411, 565.549, 565.822, 566.822, 566.519, 570.772, e 576.220.” Acórdão da RG do RE n. 563.965/RN, Rel. Min. Carmen Lúcia, j. 20/03/2008, DJe 070.”

(*distinguishing*). Isso mais uma vez vem fortalecer uma constante revisitação³⁷³ de temas que a Corte já tenha se manifestado, evitando o temido engessamento³⁷⁴ da jurisprudência.

E ainda, não sendo ela reafirmada³⁷⁵, segue-se pelo procedimento ordinário de tramitação, reconhecendo-se a repercussão geral e se determinando o julgamento do processo após a oitiva do Ministério Público Federal.

Apenas no intuito de contribuir com a transparência das informações, seria relevante que as estatísticas anuais publicadas apresentassem em cada um dos recursos conhecidos, a *performance* individual de cada julgador acerca da repercussão geral nos seguintes aspectos: (i) percentual de omissões quando da hipótese de apreciação do cabimento; (ii) percentual de votos favoráveis à repercussão geral; (iii) percentual de votos contra. Certamente isso traria uma relevante contribuição para o jurisdicionado.

2.4 Aspectos processuais

2.4.1 Juízo de admissibilidade na instância local e no STF pelo Relator, Turma ou Plenário Virtual. Efeitos da decisão de reconhecimento.

A repercussão geral é questão relacionada exclusivamente ao recurso extraordinário, pelo que dispõe o §2º do art. 542-A do Código de Processo Civil. A questão que se faz presente é saber qual o momento de aferição desse instituto, ou seja,

³⁷³ DIDIER, Jr. Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de...**, p. 336.

³⁷⁴ DIDIER, Jr. Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de...**, p. 336. Relembrem os autores que, a demonstração do *overrunlig* ou *distinguishing* deverá ser realizada perante a Corte Superior, não ao Tribunal local, pois manter o recurso sobrestado equivale a uma usurpação de competência.

³⁷⁵ Ver RE-QO 479.431, RE-QO 582.650, RE-QO 582.108, Rel. Ministra Ellen Gracie. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=processamentoMultiplo>> Acesso em 10 jan. 2011.

se este deve ser analisado antes ou após o exame dos requisitos do recurso extraordinário, no que é silente o texto constitucional.

Primeiramente, tecendo algumas considerações acerca da teoria dos recursos, antes de se realizar o julgamento de mérito realizado pelo órgão *ad quem* (em que a irresignação é em relação ao objeto da causa), atendendo-se a regras processuais, faz-se necessário o exame do juízo de admissibilidade pelo órgão *a quo*.

No entanto, há particularidades do recurso extraordinário: a primeira é a sua inadmissão em caso de ausência da preliminar de repercussão geral, conforme determina o art. 327 do RISTF. A segunda é a não vinculação do Supremo ao referido juízo de admissibilidade realizado pelos Tribunais de origem, que pode entender pela ausência da demonstração do referido instituto, e a consequente rejeição do recurso, sendo essa decisão irrecorrível.³⁷⁶

Este dispositivo encontra fundamento na Lei nº 11.418/2006, mais precisamente em seu artigo 3º, que reza: “Caberá ao Supremo Tribunal Federal, em seu Regimento Interno, estabelecer as normas necessárias à execução desta Lei.”

Assim, parece acertado o entendimento acerca da possibilidade do Tribunal de origem analisar todos os pressupostos de admissibilidade do recurso extraordinário, à exceção do mérito da repercussão geral, que será apreciado exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal, conforme aduz o próprio texto constitucional (§2º do art. 543-A, do CPC), sob pena da decisão ser passível de reclamação,³⁷⁷ prevista no art. 102, I, CR.

³⁷⁶ Faz-se aqui a ressalva em razão das hipóteses elencadas no art. 557 do CPC, em relação regime híbrido do recurso e seus efeitos.

³⁷⁷ O procedimento relativo à reclamação perante o STF está regulado na Lei n. 8.038/90, especialmente nos artigos 10 e 16. Julgado procedente o pedido de reclamação, o Tribunal determinará a medida adequada à preservação de sua competência (art. 17), determinando-se de imediato o cumprimento desta, lavrando-se o acórdão posteriormente (art. 18). O Regimento Interno do Supremo menciona, dentre as possíveis medidas adequadas, a avocação do processo em que se verifique a usurpação de sua competência (art. 161, I, com a redação dada pela Emenda Regimental 09 de 2001). Não cabem embargos infringentes no processo da reclamação (Súmula 368 do STF). MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão geral no...,** p. 46.

Para Didier Jr. e Cunha, o histórico de atuação do Supremo Tribunal Federal vem admitindo o cabimento da reclamação quando for hipótese de desobediência às decisões pelo Pleno em controle difuso, ainda que não haja Súmula Vinculante, e em que pese não haja previsão legal nesse sentido, mas por “interpretação extensiva”, como forma de evitar “decisões contraditórias e acelerar o julgamento das demandas.”³⁷⁸

A doutrina brasileira divide-se quanto ao momento da apreciação da repercussão geral na referida Corte Superior. Sustenta Arruda Alvim que, por se tratar de pressuposto específico de cunho político, deverá ser precedido do juízo de admissibilidade convencional.³⁷⁹ No entanto, José Rogério Cruz e Tucci destaca que esse pressuposto deverá ser analisado conjuntamente com os demais requisitos de admissibilidade, sob pena de novo congestionamento do Plenário do Supremo, o que parece ser mais coerente, na medida em que não houve restrição da lei nesse sentido.³⁸⁰

Já o autor Gomes Jr. questiona a opção feita pelo legislador, aduzindo que se o Presidente do Tribunal de origem pode analisar a questão referente à violação do texto constitucional, não haveria motivos para deixar de apreciar a repercussão geral, razão pela qual, no caso de irresignação da parte, segundo ele, caberia a interposição do recurso de agravo.³⁸¹ No entanto, em que pesem os argumentos coerentes, não foi essa a opção adotada pelo legislador.

Como bem salientado por Didier Jr. e Cunha, a Lei 11.418/2006, instituiu o incidente da repercussão geral “por amostragem”³⁸², a exemplo do que ocorria nos Juizados Especiais Federais (art. 321, §5º do RISTF, revogado pela Emenda

³⁷⁸ DIDIER, Jr. Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de ...**, p. 350. E ainda, ver HC n. 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, em que se entendeu que o Min. Gilmar Mendes sustentou ser sempre cabível reclamação quando houver “decisões conflitantes com suas teses”.

³⁷⁹ Citado por Bruno Dantas. (DANTAS, Bruno. **Repercussão...**, p. 292). Eduardo Arruda Alvim, em Conferência realizada nas VI Jornadas de Direito Processual Civil, Brasília, 2005.

³⁸⁰ TUCCI, José Rogério Cruz. Anotações sobre a repercussão geral como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário. Lei 11.418/2006. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**. n. 16. jan/fev 2007. No mesmo sentido, DANTAS, BRUNO. **Repercussão geral**, p. 293.

³⁸¹ DANTAS, Bruno. **Repercussão geral...**, p. 321.

³⁸² MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão geral...**, p. 61.

Regimental n. 21/2007). É o denominado “recurso representativo da controvérsia,”³⁸³ que sobrestará a tramitação dos demais (§1º do art. 543-B, CPC).

Também poderá ocorrer a “conexão por afinidade” no caso de vários recursos sobre a mesma discussão, permitindo que o melhor (e que na maioria das vezes não são os primeiros selecionados), possa vir a ser apreciado pela Corte, pois, não é raro que aqueles amplamente debatidos e que contêm robusta argumentação sobre o tema, ou seja, de melhor técnica empregada, invariavelmente, demorem a tramitar nos tribunais locais e chegar até a Suprema Corte.

Assim, sendo o caso, deverá o Relator, por meio eletrônico através do “Plenário Virtual”, inserir “cópia da manifestação” pelo reconhecimento ou não da repercussão geral, tornando pública a referida decisão, levando-se os autos à respectiva Turma para que os demais Ministros manifestem-se acerca da existência ou não do instituto (art. 323 do RISTF).

Havendo, no mínimo, quatro votos favoráveis, ou ainda, não havendo manifestação de oito Ministros pela rejeição, será admitida a hipótese de repercussão geral, ficando dispensada sua remessa ao Plenário do Supremo (§ 1º do art. 324 do RISTF), nos termos da lei (art. 543-A, § 4º do CPC, a *contrario sensu*). A súmula relativa ao julgamento deverá constar da ata e será publicada no Diário Oficial, funcionando como condição de eficácia da decisão (vide § único do art.325 do RISTF).

Aqui algumas observações de ordem prática de relevância e que talvez mereçam uma análise atenciosa, talvez sendo necessária uma eventual alteração do Regimento Interno do Supremo Tribunal.

Primeiro é sobre a arrazoada decisão de admissibilidade atribuída exclusivamente ao Relator, o que não parece ser a melhor técnica. Acessando-se o *site* do Supremo Tribunal Federal, verifica-se que o pronunciamento dos demais Ministros

³⁸³ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de...**, p. 336. Aqui, os autores ressaltam a força do princípio da adequação para o julgamento das “causas em massa”. Ademais, ressaltam que não caberá agravo da decisão que determinar o sobrestamento do recurso enquanto não houver julgamento por amostragem, nem reclamação constitucional, sendo admissível apenas agravo interno para o Tribunal (art. 544, CPC), não havendo afronta a súmula 727 do STF.

acerca da presença do instituto consubstancia-se num simples “sim” ou “não”, o que parece ser temerário à segurança das informações digitais, pois o fato da decisão ser por meio eletrônico, não significa que ela tenha de se reduzir a um termo monossilábico. Não se pode descartar o fato de que os sistemas digitais são movimentados por seres falíveis, sendo necessário, portanto, que haja outra forma de averiguação, numa espécie de “dupla checagem” dessas informações pelo jurisdicionado.

Segundo, pela ausência do comparecimento dos Ministros ao “Plenário Virtual”, pois, não raras às vezes em que sequer há pronunciamento dos julgadores além do Relator, o que não parece ser a decisão mais legítima ainda que prevista a hipótese do silêncio na lei (§1º do art. 324 do RISTF).

Por se tratar de um possível *leading case*, os Ministros deveriam elaborar e divulgar as razões em seus votos, ainda que de forma sucinta, o que somente é exigido do Relator, ou ainda, do voto que vierem a divergir³⁸⁴. Isso facilita, inclusive, o próprio julgamento do mérito do recurso dos casos sobrestados. Mas o que ocorre na prática, é que a previsão do silêncio acaba por estimular a inércia dos Ministros³⁸⁵.

Embora isso não se reverta em prejuízo às partes, traz enorme consequência para a máquina judiciária, desvirtuando-se, novamente, da finalidade do instituto. São questões que merecem uma análise cuidadosa do Supremo Tribunal, já que estão expressamente previstas no Regimento Interno desse órgão.

Estando presentes todos os requisitos inerentes ao juízo de admissibilidade, o Supremo Tribunal Federal deverá conhecer o recurso extraordinário, a fim de lhe

³⁸⁴ “O Supremo Tribunal Federal (STF) estabeleceu nesta quinta-feira (26) uma nova regra para os julgamentos sobre a existência ou não de repercussão geral, filtro que permite à Corte analisar somente recursos extraordinários de interesse de toda a sociedade. Pela decisão, tomada no Plenário, o primeiro ministro que divergir do voto do Relator do recurso terá de disponibilizar seus motivos no sistema eletrônico de votação desses casos, disponível no portal do STF. O objetivo é permitir que a razão da divergência seja divulgada, o que é importante especialmente quando o Relator acaba vencido na votação da repercussão geral.” Ainda não há disposição no RISTF sobre a decisão supra. Decisão proferida em Plenário do dia 26/03/2009. **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=105382&caixaBusca=N>> Acesso em 25 07 2011.

³⁸⁵ WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. **Recurso especial, extraordinário e...**, p.301.

prover, ou não, o mérito, operando-se o denominado “efeito substitutivo”³⁸⁶ do recurso, no qual a decisão proferida pelo órgão “*ad quem*” substitui a decisão recorrida. Portanto, admitida a repercussão geral, a decisão terá eficácia vinculante,³⁸⁷ consoante o disposto no art. 102, § 3º, da CR/88, já que se trata de um *leading case*. Ademais, o pronunciamento em Plenário sobre a repercussão geral vinculará todos os demais órgãos do tribunal e administração, dispensando que a decisão seja novamente apreciada pela Corte,³⁸⁸ havendo ou não enunciado sobre a matéria (art. 325 do RISTF). São duas as possibilidades acaso seja reconhecida a hipótese de repercussão geral e julgado o mérito do recurso:

A uma, os Tribunais de origem poderão reexaminar suas decisões nos recursos sobrestados à luz do pronunciamento da Egrégia Corte, podendo se retratar, quando a decisão for contrária à do Supremo, incidindo o efeito vertical, ou declará-los prejudicados quando a decisão é no mesmo sentido (art. 543-B e §3º, do CPC). Note-se, como afirma Didier Jr. e Cunha, que aqui se opera uma espécie de “efeito regressivo”³⁸⁹ ao recurso, pouco semelhante ao utilizado na apelação (art. 296 CPC).

A duas, os Tribunais locais podem manter orientação contrária ao caso paradigma, nos casos sobrestados, hipótese em que o recurso deverá ser remetido ao crivo do Supremo Tribunal Federal, que, através de seu Relator, poderá cassar, ou reformar, liminarmente, o acórdão recorrido (arts. 543-B, §4º e art. 557, §1º, A, do CPC, art. 13, V, e 21 do RISTF), ou ainda, revisar a tese firmada pela Corte, ao conhecer e dar provimento ao recurso (§5º do art. 543-A, CPC). Tal hipótese não poderá incidir se o Supremo editar Súmula Vinculante sobre a matéria.

Outra questão bastante relevante é acerca do exame relativo à existência ou não da repercussão geral feita pelo Relator, o que lhe incumbe exclusivamente, bem como eventual agravo que venha a ser interposto para efeito de exame do “acerto ou

³⁸⁶ Ressalvados os casos de eventual anulação do provimento recorrido, em que não se operará o “efeito substitutivo.”

³⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **A repercussão...**, p.28. Ressalta-se que a decisão não terá o peso de uma Súmula Vinculante, mas terá uma eficácia vinculante para todos os demais casos.

³⁸⁸ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de...**, p. 335.

³⁸⁹ *Idem, ibidem.*

desacerto do crivo negativo de admissibilidade exercido pelo Presidente do Tribunal, prolator do acórdão impugnado mediante o extraordinário ou por quem lhe faça às vezes.”³⁹⁰ Nesse caso, o julgamento desse recurso também caberá apenas ao Relator, e não ao Colegiado, não sendo o caso de tal matéria ser incluída no Plenário virtual, em razão de não haver “utilidade e necessidade em movimentar-se a máquina judiciária.”³⁹¹

A obrigatoriedade da motivação clara das decisões judiciais encontra amparo no texto constitucional (art. 93, IX, da CR) e possui duas razões, segundo a doutrina:³⁹² uma de ordem técnica, sob pena da parte não ter acesso aos motivos que levaram o julgador à tomada de decisão, o que inviabilizaria seu direito de recorrer; e outra, de ordem política, pois sendo um Estado Democrático de Direito, é garantia constitucional dos cidadãos brasileiros a imparcialidade das decisões judiciais, sendo expurgados do ordenamento jurídico pátrio critérios relacionados à conveniência ou oportunidade do julgador. No entanto, o que se verifica é que tal imposição só é destinada ao Ministro Relator, sendo que os demais, na maioria das vezes, não emitem votos eletrônicos no painel.³⁹³

Ademais, como bem ressalta Gomes Júnior,³⁹⁴ em se tratando de repercussão geral, não existe óbice a impedir a realização de sustentação oral, lembrando, ainda, que esse direito encontra-se expressamente positivado no art.7º da Lei 8.906/94.

Por outro lado, em havendo elevado número de recursos extraordinários em situação semelhante e com fundamentação análoga, poderá o Tribunal de origem, a rigor do que dispõe o art. 543-B do Código de Processo Civil, “selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia”, a fim de que seja apreciada pela Egrégia Corte a alegada hipótese de “repercussão geral”, sobrestando o andamento dos demais

³⁹⁰ Repercussão Geral no AgIn 808.968/RS – Tribunal Pleno – j. 30.11.2010, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJ 06.04.2011. (**Revista de Processo n. 36**, v. 195, maio/2011, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 495).

³⁹¹ Repercussão Geral no AgIn 808.968/RS – Tribunal Pleno – j. 30.11.2010, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJ 06.04.2011. (**Revista de Processo n. 36**, v. 195, maio/2011, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 495).

³⁹² MARINONI, Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **A repercussão geral...**, p 31.

³⁹³ Exceto o Ministro Marco Aurélio Mello.

³⁹⁴ GOMES JR., Luiz Manoel. **A repercussão geral...**, p. 06.

feitos, conforme determina o § 1º do mesmo artigo, até que se aprecie e se julgue a questão prejudicial³⁹⁵ a ser observada no *leading case*.

Sustenta Tereza Arruda Alvim Wambier³⁹⁶ que, em havendo sobrestamento equivocado pelo órgão *a quo*, caberá o recurso de agravo ao Supremo Tribunal Federal (art. 544 do CPC), para que fique evidenciado que a alegada “controvérsia idêntica” do recurso eleito paradigma não se coaduna com a questão ventilada nos autos.

Nessa mesma linha, dispõem os arts. 328, 329 do RISTF que, se o Presidente do Supremo Tribunal Federal, bem como o Relator do recurso extraordinário, entenderem estar-se diante de caso capaz de gerar “efeitos múltiplos”, poderão comunicar sua existência aos “Tribunais” de origem, para que haja suspensão da remessa dos feitos em situação idêntica, tornando-os, portanto, casos paradigmas, prestando informações no prazo de 5 (cinco) dias, a rigor do que dispõe o art. 543-B, do CPC. Ressalta Didier que esse é um procedimento semelhante ao que já ocorre em controle concentrado no art. 21 da lei 9.868/99, e que foi previsto anteriormente nos juizados especiais para todos os recursos extraordinários (revogado pela Emenda nº 21/2007, o §5º do art. 321 do RISTF).

Ademais, vale consignar o entendimento já pacificado no Supremo em relação à possibilidade de decisão monocrática do Relator, relativa ao reconhecimento da

³⁹⁵ Questão de Ordem em Recurso Extraordinário - Q.O.nº 576.155-0/DF – rel. Min. Ricardo Lewandowski, D.J. 12.09.2008. “Ementa: Questão de ordem. Prejudicialidade constitucional. Ação civil pública. Legitimidade ativa. Ministério Público. Termo de Acordo de Regime Especial –Tare. Lesão ao patrimônio público. Afronta ao art. 129, III, da CF. Repercussão geral reconhecida. Prejudicialidade constitucional verificada. I – A prejudicialidade suscitada consubstancia-se em uma propriedade lógica necessária para a solução de casos que versem sobre a mesma questão. II – Precedente do STF. III – Questão resolvida, com a determinação de sobrestamento das causas relativas ao Termo de Acordo de Regime Especial que estiverem em curso no STJ e no TJDF e Territórios até o deslinde da matéria pelo Plenário da Suprema Corte. IV – O Plenário decidiu também que, a partir do julgamento, os sobrestamentos poderão ser determinados pelo Relator, monocraticamente, com base no art. 328 do RISTF.” Revista de Processo n. 34, vol. n. 170, abril de 2009, São Paulo, Editora RT, pg. 195. E ainda, no mesmo sentido: AgRg no AgIn n. 726.795/RS – rel. Min. Eros Grau, DJ n. 29.05.2009. Ementa: Agravo Regimental no agravo de instrumento. Recurso Extraordinário. Repercussão Geral. Preliminar formal e fundamentada. Inexistência. Petição em apartado. Preclusão consumativa. Precedentes. (...) 2 – O STF fixou entendimento no sentido da exigência da demonstração da repercussão geral das questões constitucionais discutidas quando a intimação do acórdão recorrido tenha ocorrido a partir de 03.05.2007, data da publicação da ER 21, de 30.04.2007. Precedente”. (**Revista de Processo n. 34**, v. 173, julho/2009, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 323).

³⁹⁶ WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. **Recurso especial, extraordinário e...**, p. 304.

repercussão geral³⁹⁷, ou de rejeição, a qual ficará condicionada ao posterior crivo do órgão do colegiado³⁹⁸, no caso de haver consolidado entendimento da Corte brasileira sobre o caso. Se a turma do Supremo Tribunal Federal conhecer a questão como sendo de repercussão geral, desde que existam, no mínimo, 4 (quatro) votos a favor (art. 543-A, §4º, CPC), dispensa-se, então, a remessa ao Plenário.

Em havendo reconhecimento da repercussão geral, o Supremo passa, então, a analisar o caso no mérito do recurso, apreciando todas as questões constitucionais levantadas em razão do efeito vinculante que se produzirá em relação aos casos elencados como repetitivos. Portanto, os recursos sobrestados e que tenham a mesma “controvérsia idêntica,” deverão ser submetidos à decisão da Corte proferida no *leading case*.

Outra questão bastante comum tem sido a demora nos julgamento de mérito dos recursos que já tenham sido admitidos, ou seja, ultrapassadas as questões preliminares referentes aos pressupostos de recorribilidade, especialmente, o atinente à repercussão geral.

Na prática, o que se tem verificado é que os tribunais locais estão verdadeiramente “abarrotaados” com o acúmulo dos recursos sobrestados, verificando-se, aqui, uma situação que merece toda atenção, de modo a ter uma solução urgente, sob pena de os tribunais locais contraírem enorme fardo. Assim, sobrestado recurso extraordinário, é da competência do Tribunal de origem conhecer e julgar ação cautelar tendente a dar ao recurso extraordinário efeito suspensivo. (QO-MC-AC 2.177, Min. Ellen Gracie).

³⁹⁷ Conforme decidido em Mandado de Injunção n. 595, rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 23.04.99. No mesmo sentido, vejamos: RE n. 496.111, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 06.08.2004. Ag Rg no RE n. 459.227, rel. Min. Eros Grau, DJ 05.05.2006, AgIn 749.682, rel. Min. Ricardo Lewandowski, Dj 26.06.2009. AgRg no RE 422.241, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 17.08.2004, Ag In 527.566, rel. Min. joaquim barbosa, DJ 04.11.2009. AgIn n. 728.514, rel. Min. Carmen Lucia, DJ 03.06.2009, RE n. 418.918, rel. Min. Marco Aurelio, DJ 01.07.2005. RE n. 427.076, rel. Min Ayres Britto, DJ 29.09.2004, AgIn n. 524.703, rel. Min. Cezar Peluso, DJ 17.12.2004. (**Revista de processo n. 36**, v. 194, abril/2011, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 439).

³⁹⁸ Repercussão Geral em RE n. 612.359/SP, rel. Min. Ellen Gracie, DJ 27.08.2010. Ementa: “Processo civil. Cabimento de Agravo interno no âmbito dos Juizados Especiais. Constitucionalidade do julgamento monocrático do recurso desde que haja possibilidade de revisão pelo órgão colegiado. Ratificação da jurisprudência firmada por esta Suprema Corte. Existência da Repercussão Geral.” Cumpre lembrar que tal entendimento está em consonância com o disposto no art. 325, *caput*, do RISTF. (**Revista de Processo n. 36**, v. 194, abril/2011, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 435).

Por fim, questão importante é o caso em que o Supremo Tribunal não apenas reconhece a existência da “revelância/transcendência” da matéria suscitada, como ainda vem ampliar o objeto da discussão versada nos autos. É o que já se verificou em alguns julgamentos paradigmáticos, uma ampliação da discussão jurídica com o efeito de pacificar o maior número possível de casos,³⁹⁹ ou seja, até que ponto seria discutível se haveria mitigação ao princípio do contraditório e da ampla defesa.

2.4.2 Do processamento por meio eletrônico

Como afirmam Didier Jr. e Cunha, “a repercussão geral sofria, então o risco de conspirar contra sua finalidade de filtrar e racionalizar julgamentos no STF, implicando um inesperado transtorno procedimental”⁴⁰⁰, razão pela qual foram instituídos os meios digitais de processamento virtual do instituto.

Diante do que foi exposto ao longo do capítulo, o Relator deverá se manifestar sobre a repercussão geral (art. 323 do RISTF), submetendo os demais Ministros por meio eletrônico no prazo de 20 (vinte) dias. Se se tratar questão jurídica de semelhante controvérsia, o Relator deverá aplicar a solução do caso paradigma (art. 543, B, CPC, c/c arts. 323, § 1º, 327, § 1º). Se o recurso funda-se em súmula ou jurisprudência dominante do próprio Supremo (art. 542-A, § 3º), haverá presunção absoluta de repercussão geral. Se nesse prazo não chegarem a 7 (sete) votos contra, com o do Relator serão 8 (oito), e a repercussão geral deverá ser conhecida.

Advertem Didier Jr. e Cunha que, na prática, o que vem se realizando é uma operação inversa, uma vez que a maioria dos Ministros silencia em relação ao Plenário

³⁹⁹ É o que se verifica nos casos do RE n. 565.714, de Relatoria do Min. Carmen Lúcia, em que a discussão dos autos referia-se à indexação do salário com base no salário mínimo aos policiais militares de SP, o STF entendeu por ampliar a discussão e analisar também a situação quando se tratar de regime de CLT e outros regimes jurídicos. O mesmo ocorreu em relação ao julgamento do RE n. 579.951/RN, de Relatoria do Min. Ricardo Lewandowski, em que o caso subjetivo tratava-se de um motorista contratado por uma serventia municipal, mas que em razão da relevância social, o tema foi ampliado, apreciando-se todas as questões relativas ao nepotismo nos cargos da administração, o que gerou ainda a edição da Súmula Vinculante n. 13.

⁴⁰⁰ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de...**, p. 342.

virtual, ocorrendo um julgamento “tácito”, afirmando os autores que, “a manifestação tácita confirma a presunção já existente, não ofendendo a exigência constitucional.”⁴⁰¹ No entanto, talvez o caso mereça uma reflexão da Corte, pois pela previsão expressa no RISTF, seria conveniente uma análise sobre o tema, ou seja, se a regra não estaria desvirtuando da finalidade do instituto, já que essas omissões não estão indo a favor de sua celeridade e efetividade.

Pois, como bem ressalva Barroso⁴⁰², há, hoje, um excessivo reconhecimento da repercussão geral, inflacionando a agenda do Supremo Tribunal pelos próximos 10 (dez) anos, sendo necessário que se reavalie a relação “qualitativa/quantitativa” dos casos que venham a ser eleitos no intuito de que não haja um desvirtuamento do instituto.⁴⁰³

O que se entende é que todos os Ministros deveriam analisar se seria hipótese de cabimento ou não da repercussão geral, ainda que de forma sucinta, propiciando-se um debate, ainda que virtual, sobre o tema. Portanto, há que fazer uma necessária reflexão se a forma de processamento do instituto não estaria desvirtuando o espírito da lei, à luz do princípio constitucional da fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX, CR) e a sua própria finalidade, qual seja, a filtragem dos casos de notória repercussão para a sociedade.

Conforme dispõe a emenda regimental nº 31/2009, que acrescentou o § 2º, do art. 324 do RISTF, se o Relator admite a matéria ser de cunho constitucional e estando presentes os requisitos, o silêncio dos demais acarretará a presunção da repercussão geral. No entanto, se entender que se trata de matéria infraconstitucional, não havendo manifestação dos demais Ministros, presumir-se-á a inexistência de repercussão geral, conforme o art. 543-A, e § 5º do CPC. Aqui, mais uma necessária cautela em relação ao silêncio, que irá surtir diretamente um efeito negativo, não apenas para aquele jurisdicionado, mas também às causas idênticas, sendo necessário, portanto, que haja

⁴⁰¹ *Idem, ibidem.*

⁴⁰² Na XXI Conferência Nacional dos Advogados. Conferência Magna de Encerramento. “Democracia, Desenvolvimento e Dignidade Humana: Uma agenda para os próximos dez Anos.”, realizada em 24 de novembro de 2011, em Curitiba/PR.

⁴⁰³ *Idem.*

uma fundamentação expressa dos julgadores, novamente e em atenção ao art. 93, IX, da CR, princípio basilar do Estado Democrático de Direito.

2.4.3 Admissibilidade de *amicus curiae*

Faz-se oportuno tecer uma análise sobre o modo como o instituto do *amicus curiae* vem sendo introduzido no ordenamento jurídico brasileiro.

Ainda que desprovido de grande expressão, a figura do *amicus curiae* foi prevista em nosso ordenamento jurídico na Lei nº 6.385/76 (art. 31), ao tratar dos processos individuais com a competência fiscalizadora da Comissão de Valores Mobiliários (CVM)⁴⁰⁴. Após, foi introduzido pela Lei nº 8.884/94, envolvendo os processos do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE; art. 89).⁴⁰⁵ Posteriormente, foi contemplado pela Lei 9.868/99, a qual veio a regulamentar detalhadamente as ações diretas de inconstitucionalidade e de constitucionalidade (ADI e ADC).

A novidade é que esse mesmo instituto veio a ser regulado expressamente pelo Código de Processo Civil, ao tratar do controle difuso de constitucionalidade (Lei 9.868/99; art. 482, §3º do CPC). Da mesma forma, passou a ser previsto na Lei nº 10.259/2001, que estabeleceu a criação dos Juizados Especiais Federais, (art. 14, §7º). E ainda, também foi contemplado através das leis que regulamentam os procedimentos relativos às súmulas vinculantes (Lei n. 11.417/2006; art. 3º, §2º) e de repercussão geral no recurso extraordinário (Lei n. 11.418/2006; art. 543, A, §6º do CPC), respectivamente, perante o Supremo Tribunal Federal.

⁴⁰⁴ Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>> Acesso em: 31 out. 2010.

⁴⁰⁵ *Idem*.

Em linhas gerais, - já que aqui não se fará uma análise histórica do instituto -, trata-se o *amicus curiae* de figura denominada por Paulo Rónai como “amigo da cúria”, ou seja, “perito designado por um juiz para aconselhá-lo”.⁴⁰⁶

Como é sabido, o instituto do *amicus curiae* foi importado do direito comparado inglês, sendo aderido pelo direito estadunidense,⁴⁰⁷ também denominado de *Brandies-Brief*, que representa um memorial-manifestação utilizado originalmente nos Estados Unidos pelo advogado *Louis D. Brandeis*, no caso *Müller Vs Oregon*, em 1908, em que o autor reproduziu a *Rule* nº 37 do Regimento Interno da *U.S. Supreme Court*⁴⁰⁸, afirmando que o *amicus curiae* deverá apresentar o consentimento das partes envolvidas, ou deverá juntar seu pedido de admissão e as razões, o que poderá ser admitido pela *Supreme Court*, independentemente, ou ainda, designar audiência para tratar da questão.

Segundo Luiz Fernando M. Silva,⁴⁰⁹ a relevância da presença do instituto nos tribunais estadunidenses pode ser verificada através do julgamento da Universidade de Michigan (2003), envolvendo a questão do sistema de cotas para as minorias raciais (casos *Grutter v. Bollinger* e *Gratz v. Bollinger*), em que houve o requerimento de mais de 150 (cento e cinquenta) entidades representadas por ONGs, empresas públicas, empresas privadas (as eleitas maiores dos EUA), as mais renomadas

⁴⁰⁶ BUENO, Cassio Sarpinella. **O *amicus curiae* no processo civil brasileiro**: um terceiro enigmático. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008; p. 06

⁴⁰⁷ SILVA, Luiz Fernando Martins da. **Revista Jurídica**. Brasília, v. 7, n. 76, dez/2005 a jan/ 2006. Disponível em: http://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:rgG5eRJSW6AJ:www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_76/artigos/PDF/LuizFernando_Rev76.pdf+o+amicus+curiae+e+luiz+roberto+barroso&hl=pt Acesso em 31 out. 2010.

⁴⁰⁸ SILVA, Luiz Fernando Martins da. **Revista Jurídica**. Brasília, v. 7, n. 76, dez/2005 a jan/ 2006. Disponível em: http://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:rgG5eRJSW6AJ:www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_76/artigos/PDF/LuizFernando_Rev76.pdf+o+amicus+curiae+e+luiz+roberto+barroso&hl=pt Acesso em 31 out. 2010. Ver também: **Rule 37** - Rules of Supreme Court of the United States Brief for an *Amicus Curiae*. Disponível em: <http://www.supremecourt.gov> Acesso em: 31 out. 2011.

⁴⁰⁹ *Idem*. Outro caso também mencionado pelo autor como sendo de igual importância refere-se à eleição presidencial dos EUA, em que houve alegação da prática de fraude eleitoral pelo então candidato *George W. Bush* (*Florida Election Case* nº 00.949), admitindo-se nove figuras na qualidade de *amicis*, tais como o Centro de Estudos da *New York University*, a Assembléia Legislativa da Flórida, o Estado do Alabama, e a *American Bar Association* - o equivalente à Ordem dos Advogados do Brasil. Ao final, o resultado do julgamento foi a favor de *Bush*.

universidades (*Harvard, Princeton, Yale, Cornell, Brown, Penn, etc.*) e ainda, organizações de direitos civis e organizações de veteranos das Forças Armadas.

Ao traduzir o dicionário da língua inglesa, Cassio Scarpinella Bueno,⁴¹⁰ em obra renomada sobre o tema, sustenta que a expressão supramencionada traduz a “função processual” que essa figura acaba por exercer desde o direito medieval inglês, a qual atualmente veio a ser adotada, e que predomina no direito estadunidense, também repercutindo em diversos outros países como Canadá, Austrália, Hong Kong, França, Itália e Argentina.⁴¹¹

Nessa mesma linha é o pensamento de Gustavo Bonenbojm,⁴¹² ao afirmar que tal figura deve ser traduzida como “amigo da Corte”, ou seja, “aquele que lhe presta informações sobre a matéria de direito”. Nas palavras do autor:

Sua função é chamar a atenção dos julgadores para alguma matéria que poderia, de outra forma, escapar-lhe ao conhecimento....Um memorial de *amicus curiae* é produzido, assim, por quem não é parte no processo, com vistas a auxiliar a Corte para que esta possa proferir uma decisão acertada, ou com vistas a sustentar determinada tese jurídica em defesa de interesses públicos privados de terceiros, que serão indiretamente afetados pelo desfecho da questão (...) Trata-se de inovação bem inspirada, que se inscreve no contexto de abertura constitucional no país, permitindo que indivíduos e grupos sociais participem ativamente das decisões do Supremo Tribunal Federal que afetem seus interesses...⁴¹³

Como bem salientado pela especialista na matéria, Thais Catib De Laurentiis,⁴¹⁴ o que se verifica é que essa prerrogativa importada do direito norte-

⁴¹⁰ BUENO, Cassio Sarpinella. *O amicus curiae...*, p.06.

⁴¹¹ LAURENTIIS, Thais Catib de. **A caracterização do amicus curiae à luz do Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:pMEUHQQe6_IJ:www.sbdp.org.br/ver_monografia.php%3FidMono%3D106+thais+catib+amicus+curiae&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br Acesso em: 02 set. 2011.

⁴¹² BONENBOJM, Gustavo. *A Nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 155.

⁴¹³ *Idem*, p. 155, em nota de rodapé.

⁴¹⁴ LAURENTIIS, Thais Catib de. **A caracterização do amicus curiae à luz do Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:pMEUHQQe6_IJ:www.sbdp.org.br/ver_monografia.php%3FidMono%3D106+thais+catib+amicus+curiae&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br Acesso em: 02 set. 2011.

americano não confere às partes o poder de decidir acerca da possibilidade de manifestação do *amicus curiae* no processo, sendo delegada essa tarefa, de forma exclusiva, à egrégia Corte do Supremo Tribunal Federal.

Portanto, independentemente da essência do controle, se abstrato ou difuso, a finalidade do instituto é a mesma.

Revela-se o *amicus curiae* como sendo aquele que auxilia o juiz nas causas que envolvam determinados valores inseridos na sociedade brasileira, através da Constituição da República, não exercendo (ou ao menos não devendo exercer) função de parte no processo, embora, na prática, seja notável a participação deste para o amadurecimento das questões postas em exame, principalmente aquelas que se mostram bastantes relevantes no seio da sociedade, em que se exige um técnico com a *expertise* necessária sob determinado tema.

Poderá o Relator do recurso extraordinário, a exemplo do que ocorre no controle concentrado de constitucionalidade, pelo que determina os §§1º e 6º do art. 543-A, e ainda, §2º do art. 323 do RISTF, admitir a intervenção do *amicus curiae*, vez que o interesse da questão levada ao Supremo deve ir além dos “interesses subjetivos da causa”, tal como ocorre em sede de controle concentrado de constitucionalidade (art. 7º, §2º da lei 9.868/99). Essa decisão será irrecorrível, conforme dispõe o art. 323, §2º do RISTF.

Sobre a figura do *amicus curiae*, ressalta José Miguel Garcia Medina, ao fazer alusão à importante julgado da Egrégia Corte, o seguinte:

A participação do *amicus curiae* no processo, assim, liga-se à noção de *direito de participação procedimental* que é inerente à idéia de Estado Democrático de Direito. Reconhece o Supremo Tribunal Federal⁴¹⁵, nesse sentido que o *amicus curiae* ‘qualifica-se como fator de legitimação social das decisões da Suprema Corte’, permitindo que ‘se realize sempre sob uma perspectiva eminentemente pluralística, a possibilidade participação formal das entidades e instituições que efetivamente representem os interesses

⁴¹⁵ MEDINA, José Miguel Garcia. **Prequestionamento e repercussão geral**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 345. Julgamento proferido pelo STF (ADI 2130MC/SC, J. 20.12.2000, Rel. Min. Celso de Mello, DJ. 02.02.2001).

gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, grupos e estratos sociais.⁴¹⁶

Poderá este terceiro, através de procurador habilitado, opinar tanto pela existência como pela ausência da repercussão geral, sendo-lhe permitida, ainda, a oportunidade de oferecer razões por escrito e oralmente, de forma a proporcionar um debate cada vez mais intenso e democrático, atendendo-se, sobretudo, aos ditames constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, tal como ocorre em relação às entidades representativas de classes.

No entanto, prepondera na jurisprudência⁴¹⁷ opinião no sentido de que o *amicus curiae* não possui legitimidade para recorrer.

Sustenta a jurista Tereza Arruda Alvim Wambier ser possível, por idêntica fundamentação, a intervenção do *amicus curiae* inclusive nos processos sobrestados que aguardam julgamento do recurso paradigma, pois este poderá conter novos argumentos que auxiliem o juiz, até então não observados, e que possam justificar o reconhecimento da relevância da questão.⁴¹⁸

Na realidade, como bem salienta Antonio Pereira Gaio Jr., tal prática tem por objetivo “além de aprimorar as decisões judiciais, ampliar o canal interpretativo da sociedade no âmbito do próprio processo, firmando ainda mais seu caráter democrático e, mesmo se justificando em face da importância da repercussão que o julgamento pode ter sobre eventuais outros recursos, além daquele sob análise no momento.”⁴¹⁹

No entanto, no controle difuso em que a norma vivencia “ao vivo e a cores” a situação em concreto, a atuação do *amicus curiae* torna-se definitivamente engrandecida, mas aqui com uma peculiaridade: a sua intervenção no recurso “por

⁴¹⁶ *Idem, ibidem.*

⁴¹⁷ MEDINA, José Miguel Garcia. **Prequestionamento e...**, p. 345. Julgamento proferido pelo STF (ADI-ED 3615/PB, J. 17.03.2008, Rel. Min. Carmen Lúcia, J. 24.04.2008).

⁴¹⁸ WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. **Recurso especial, extraordinário e...**, p. 304.

⁴¹⁹ GAIO JR., Antonio Pereira. Considerações sobre a idéia da repercussão geral e a multiplicidade dos recursos repetitivos no STF e no STJ. **Revista de Processo n. 34**, v. 170, abril/ 2009, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 149.

amostragem,” que nas palavras de Didier Jr. e Cunha, trata-se de um “procedimento de caráter objetivo semelhante ao procedimento da ADIN, ADC, e ADPF, e de profundo interesse público.”⁴²⁰

Em relação à natureza jurídica do instituto, há grande controvérsia na doutrina em razão das múltiplas faces que o *amicus curiae* vem ganhando atualmente, e ainda, tendo em vista a natureza controversa da intervenção de terceiros.

Alguns autores afirmam⁴²¹ não ser uma forma de terceiros, tratando-se de “órgão ou entidade”, não devendo ser interpretado como parte.

Para outros,⁴²² trata-se de um terceiro que não está inserido na qualidade de interveniente, assumindo a figura de poder da parte sem o ser. Há quem entenda,⁴²³ ainda, que o *amicus curiae* nada mais é do que um sujeito processual perito em matéria de direito, e, ainda, há por fim, quem sustente⁴²⁴ que a intervenção de terceiros corresponde ao ingresso de um terceiro na qualidade de assistência.

Para muitos,⁴²⁵ o “amigo da corte” não deve ser classificado como assistente ao argumento, eis que: (i) este não deve possuir interesse direto na causa, independentemente do resultado do julgamento; (ii) o legislador aduz, expressamente, na Lei 9.868/99, a impossibilidade de intervenção de terceiros; (iii) a admissão dessa figura será ato discricionário do Relator do recurso quando este julgar conveniente, salvo na hipótese de não aceitação do *animus curiae* pelo Supremo Tribunal Federal, em que a análise acerca do recebimento do recurso vislumbra-se como um direito deste.

⁴²⁰ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de...**, p. 340.

⁴²¹ DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 394.

⁴²² BUENO, Cassio Scarpinella, *In amicus Curie...*, p131.

⁴²³ DIDIER Jr., Fredie. **Recurso de terceiro**: Juízo de Admissibilidade. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 185.

⁴²⁴ CABRAL, Antônio Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial: uma análise dos institutos interventivos similares – o *amicus* e o *vertreter des öffentlichen interessen*. **Revista de Processo n. 117**, set/out 2004, São Paulo: Revista dos Tribunais. No mesmo sentido acórdão do Min. Marco Aurélio Mello. São eles: ADI 2.831, Rel. Min. Marco Aurélio, decisão monocrática, julgamento em 30-11-04, DJ de 10-12-04; ADI 3.421, Rel. Min. Marco Aurélio, decisão monocrática, julgamento em 14-10-05, DJ de 24-10-05;.

⁴²⁵ DINAMARCO, Candido, **Instituições de...**, p. 394, e BUENO, Cassio Sarpinella, *In Amicus Curiae*, p. 135-136.

Para Guilherme Pena de Moraes, esse instituto não se revela uma modalidade de intervenção de terceiros, mas uma forma de partiticação da sociedade no âmbito da jurisdição constitucional.⁴²⁶ Do mesmo modo, Didier Jr. sustenta que a figura não se equipara ao terceiro, devendo ser analisada como um auxiliar do juízo em matéria de direito.⁴²⁷ Nessa mesma linha é o posicionamento de Marinoni, ao sustentar que a figura se assemelha à um auxiliar da justiça.⁴²⁸ Desse posicionamento, pode se extrair uma série de consequências jurídicas, tais como a impossibilidade de praticar diversos atos processuais, como o direito de recurso, sustentação oral, etc. Essas hipóteses já foram acolhidas pela Supremo Tribunal⁴²⁹ em algumas oportunidades.

Nessa linha de pensamento, há que se registrar as palavras de Gilmar Mendes:

O instituto em questão, de longa tradição no direito americano, visa um objetivo dos mais relevantes: viabilizar a participação no processo de interessados a afetados pelas decisões tomadas no âmbito do controle de constitucionalidade. Como há facilmente de se perceber, trata-se de medida concretizadora do princípio do pluralismo democrático que rege a ordem constitucional brasileira.⁴³⁰

⁴²⁶ MORAIS, Guilherme Pena de. **A figura do *amicus curiae* na ADPF**. Disponível em: <http://academico.diretorio.fgv.br/ccmw/A_figura_do_amicus_curiae_na_ADPF> Acesso em: 31 out. 2010.

⁴²⁷ DIDIER Jr., Fredie. **Recurso de...**, p. 185.

⁴²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Repercussão geral...**, p. 42.

⁴²⁹ Como exemplos: STF, ADI-ED 3615 / PB, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, DJ 17/03/2008, Tribunal Pleno) “EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS POR AMICUS CURIAE. AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE. INTERPRETAÇÃO DO § 2º DA LEI N. 9.868/99. 1. A jurisprudência deste Supremo Tribunal é assente quanto ao não-cabimento de recursos interpostos por terceiros estranhos à relação processual nos processos objetivos de controle de constitucionalidade. 2. Exceção apenas para impugnar decisão de não-admissibilidade de sua intervenção nos autos. 3. Precedentes. 4. Embargos de declaração não conhecidos.” [grifou-se]; STF, ADI-ED 2591 / DF, Relator(a): Min. EROS GRAU, Julgamento: 14/12/2006, Tribunal Pleno) “EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. LEGITIMIDADE RECURSAL LIMITADA ÀS PARTES. NÃO CABIMENTO DE RECURSO INTERPOSTO POR AMICI CURIAE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS PELO PROCURADOR GERAL DA REPÚBLICA CONHECIDOS. ALEGAÇÃO DE CONTRADIÇÃO. ALTERAÇÃO DA EMENTA DO JULGADO. RESTRIÇÃO. EMBARGOS PROVIDOS. 1. Embargos de declaração opostos pelo Procurador Geral da República, pelo Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor - BRASILCON e pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor - IDEC. As duas últimas são instituições que ingressaram no feito na qualidade de amici curiae. 2. Entidades que participam na qualidade de *amicus curiae* dos processos objetivos de controle de constitucionalidade, não possuem legitimidade para recorrer, ainda que aporem aos autos informações relevantes ou dados técnicos. Decisões monocráticas no mesmo sentido. (...) 3. Ação direta julgada improcedente. [grifou-se]

⁴³⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade: Uma análise das Leis 9868/99 e 9882/99. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n. 11, fev/ 2002, p. 05. A afirmação do autor dá-se para o controle concentrado, o que não impede que seja utilizada em controle difuso.

Portanto, não há como se furtar do entendimento de que o *amicus curiae* revela-se um terceiro no processo, mas sim um terceiro *sui generis*, de função anômala, eis que o Supremo Tribunal não vem admitindo que este possa ter todos direitos inerentes às partes, tal como o de recorrer, o qual vem sendo admitido apenas em caráter de exceção, em caso de inadmissão do ingresso desse instituto.

Em prol do debate, o que se vem permitindo de forma mais complacente é a apresentação de memoriais e a possibilidade de sustentação oral perante o Plenário do Supremo Tribunal, o que, nas palavras do Ministro Gilmar Mendes, “confere um processo colorido diferenciado, emprestando-lhe um caráter pluralista e aberto, fundamental para o reconhecimento de direitos”.⁴³¹

Não obstante as diversas posições doutrinárias acerca do instituto, o que se deve concluir, como bem analisou Éfren Fernandez Pousa Júnior,⁴³² é no sentido de que todas elas possuem traços comuns, devendo-se entender que tal figura compõe o quadro dos sujeitos processuais que formam a lide, exercendo função elementar no processo em razão da oportunidade de se propiciar à sociedade uma representatividade no debate de questões relevantes, em que há o interesse coletivo presente.

Nesse sentido, como também bem ilustra a especialista Anna Candida da Cunha Ferraz, o *amicus curiae* revela-se uma forma de participação da sociedade na jurisdição constitucional. Vejamos:

Para além de servir como "amigo da corte", no sentido de, por requisição do juiz constitucional aportar ao processo constitucional valiosos elementos, particularmente de natureza jurídica, para colaborar na solução de controvérsias constitucionais, e de se tornar figura imprescindível para maior proteção dos direitos fundamentais submetidos à jurisdição constitucional, o *amicus curiae* configura valioso instrumento para a pluralização do processo

⁴³¹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 3 ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 346-347.

⁴³² POUSA JÚNIOR, Éfren Fernandez. **A figura do *amicus curiae* no direito pátrio**. Disponível em: <
<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:LoqFIcpdJuQJ:www.webartigos.com/articles/32037/1/A-FIGURA-DO-AMICUS-CURIAE-NO-DIREITOPATRIO>> Acesso em: 31 out. 2010.

perante a Corte Suprema. Por seu intermédio, a sociedade em geral encontra novos caminhos para participar de decisões constitucionais sobre matérias relevantes e de enorme ressonância social, Política e econômica. Torna-se o *amicus curiae* verdadeiro intermediário entre o Tribunal Constitucional e a jurisdição constitucional e, tal como a ampliação do acesso à justiça, é vocacionado para a democratização e a legitimação dessa modalidade de controle de constitucionalidade no Brasil...⁴³³

Segundo a especialista Thais Catib de Laurentiis,⁴³⁴, um ponto bastante ressaltado pelo Ministro Marco Aurélio Mello⁴³⁵ é no sentido de que não basta ser relevante a questão, pois ela deve se revestir de complexidade, o que pode acarretar, inclusive, a presença de vários *amici*, pois, do contrário, dispensa-se a participação.

Ademais, em relação à representatividade dos postulantes, a autora ainda afirma que tal critério foi deixado ao encargo dos Ministros da Corte, os quais tem comumente utilizado do método de análise dos estatutos sociais para a caracterização desse requisito, de modo a se comprovar a finalidade do ingresso de determinada

⁴³³ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. O *amicus curiae* e a democratização e a legitimação da jurisdição constitucional concentrada. Osasco. **Revista Mestrado em Direito**. Ano 8, n.1, 2008, p. 72.

⁴³⁴ LAURENTIIS, Thais Catib de. **A caracterização do *amicus curiae* à luz do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:pMEUHQQe6_IJ:www.sbdp.org.br/ver_monografia.php%3FidMono%3D106+thais+catib+amicus+curiae&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br Acesso em: 02 set. 2011.

⁴³⁵ “Petição/STF nº 133.592/2005 DECISÃO PROCESSO OBJETIVO - INTERVENÇÃO DE TERCEIROS - EXCEPCIONALIDADE NÃO VERIFICADA - INDEFERIMENTO. 1. Eis as informações prestadas pelo Gabinete: O Sindicato dos Trabalhadores dos Setores Públicos, Agropecuário, Florestal, Pesqueiro e do Meio Ambiente do Estado do Amazonas - SINTRASPA pleiteia seja admitido como *amicus curiae* na ação direta de inconstitucionalidade acima citada. Discorre sobre o respectivo mérito, requerendo a improcedência do pedido, ante a revogação do ato atacado pela Lei nº 2.330/1995, e apresenta cópias de documentos. Registro que o processo encontra-se nesta Corte aguardando o encaminhamento das informações solicitadas por Vossa Excelência aos requeridos. 2.(...). Embora presente a representatividade do Sindicato que requer a intervenção, não se tem complexidade a direcionar à audição. Aliás, apontou-se, até mesmo, que o pedido formulado está prejudicado, ante o advento de nova lei, revogando o diploma atacado na inicial desta ação. 3. Indefiro o pleito. 4. (...).Ministro Marco Aurélio Mello” [grifou-se]; “DECISÃO: (PET SR-STF n. 109.187/2005) Junte-se. 2. A Associação Brasileira das Empresas de Transporte Terrestre de Passageiros-ABRATI requer sua admissão na presente ADI, na condição de *amicus curiae* (§ 2º do artigo 7º da Lei n. 9.868/99). 3. A presente ação tem por objeto os artigos 42 e 43 da Lei Complementar n. 94 do Estado do Paraná, que dispõem sobre prorrogação dos contratos de concessão para a prestação de serviço público de transporte de passageiros. Resta evidenciado o legítimo interesse da entidade. 4. Em face da relevância da questão e tendo em vista a sua repercussão na ordem pública estadual, admito o ingresso da peticionária na presente ação direta, na qualidade de *amicus curiae*, observando-se, quanto à sustentação oral, o disposto no art. 131, § 3º, do RISTF, na redação dada pela Emenda Regimental n. 15, de 30.3.2004. Determino à Secretaria que proceda às anotações. Publique-se. Brasília, 16 de setembro de 2005.” Ministro Eros Grau – Relator” [grifou-se]

classe.⁴³⁶ Este é um ponto bastante relevante e que deve merecer bastante atenção dos Ministros.

Por fim, cabe aqui fazer algumas ressalvas de ordem prática e que, igualmente, são aplicáveis tanto em controle difuso, como em concentrado. A ideia do instituto tem, por certo, a ampliação do debate através de alguns entes devidamente representados e que possuam conhecimentos técnicos que possam contribuir, sobremaneira, para o julgamento.

Do contrário, o instituto torna-se banalizado, deixando de cumprir sua função social. Na prática, vê-se a presença dos mesmos grupos representativos, as mesmas discussões levadas às audiências públicas, não contribuindo da forma esperada, o que deve ser advertido desde já, em que pese ser de absoluta relevância o instituto.

Outra relevante questão é o grau de fundamentação quando exercido o juízo de admissibilidade acerca da pertinência do ingresso, e que não vem sendo cumprindo, via de regra, fugindo aos padrões exigidos pela Constituição.

Conforme aduz a especialista Damares Medina, o “*amicus curiae* é ferramenta adicional de defesa das partes”,⁴³⁷ pois este, quando ingressa nos autos, possui efetivamente um caráter parcial e partidário em favor de uma delas, revelando-se como um grande fator de influência, e, inclusive, de desequilíbrio ou reequilíbrio das relações, quando do julgamento final.

Segundo pesquisa detalhada realizada pela autora supramencionada, o fenômeno que vem ocorrendo no direito pátrio acerca do *amicus curiae* está reproduzindo “perfil partidário do instrumento,”⁴³⁸ ocorrido desde a década de 60 no direito estadunidense, e que foi caracterizado pela doutrina como “legítimo lobby

⁴³⁶ LAURENTIIS, Thais Catib de. **A caracterização do *amicus curiae* à luz do Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:pMEUHQe6_IJ:www.sbdp.org.br/ver_monografia.php%3FidMono%3D106+thais+catib+amicus+curiae&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br> Acesso em: 02 set. 2011.

⁴³⁷ MEDINA, Damares. ***Amicus curiae*: amigo da Corte ou amigo da parte?** Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/340675/amicus-curiae-influi-em-decisoes-do-stf-mostra-pesquisa>> Acesso em: 31 out. 2010.

⁴³⁸ *Idem.*

judicial,”⁴³⁹. De acordo com a referida autora, o estudo mostra que a atuação do *amicus curiae* no controle concentrado (incluindo ADI, ADC e ADPF) pode acarretar o aumento considerável de êxito da ação, chegando a afirmar que as chances revelam serem superiores em 22% (vinte e dois por cento) do que na hipótese de não haver terceiro envolvido na causa.⁴⁴⁰

Outro relevante dado trazido na pesquisa foi o alto índice de admissibilidade do *amicus curiae* pelo Supremo Tribunal Federal.⁴⁴¹ Dos 1.440 pedidos formulados até 2008, verifica-se que 1.235 foram deferidos, representando um percentual de mais de 85% (oitenta e cinco por cento), o que demonstra que o requerimento de ingresso do *amicus curiae* não tem sido apreciado de forma tão rígida, mas sim bastante flexível pelos Ministros da Corte brasileira. E ainda, revela que 84% (oitenta e quatro por cento) dos casos de atuação do *amicus curiae* refere-se a ADI.

Portanto, não há como restar dúvidas sobre o caráter de parcialidade que envolve a atuação do *amicus curiae* nos processos objetivos, os quais, muitas vezes, são contratados pelas próprias partes para defesa dos respectivos interesses.

No entanto, segundo a advogada Damares Medina, isso não retira a legitimidade. Ao contrário, fomenta a pluralização do debate, mas não propicia necessariamente um processo mais democrático.⁴⁴² Para a autora,⁴⁴³ uma forma de suprir eventual desequilíbrio provocado pela atuação do *amicus curiae* é a realização de audiências públicas, o que vem sendo cada vez mais aderido pelo Supremo Tribunal Federal. No entanto, para José Adércio Leite Sampaio, apenas a atuação dos *amici*

⁴³⁹ *Idem.*

⁴⁴⁰ *Idem.*

⁴⁴¹ MEDINA, Damares. ***Amicus curiae***: amigo da Corte ou amigo da parte? Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/340675/amicus-curiae-influi-em-decisoes-do-stf-mostra-pesquisa>> Acesso em: 31 out. 2010.

⁴⁴² *Idem.*

⁴⁴³ *Idem.* A autora ainda afirma que só no segundo semestre de 2008, a STF convocou audiências públicas por duas vezes: uma referente ao caso de aborto anencéfalo (convocada pelo Min. Marco Aurélio), e no referente à importação de pneus usados (convocada pela Min. Cármen Lúcia).

curiae e audiências públicas seriam, de certo modo, medidas “insuficientes” e “elitistas”⁴⁴⁴ não tornando o processo legitimamente democrático.

Não obstante as relevantes advertências feitas pela doutrina – e que devem servir de cautela aos ilustres Ministros –, parece crível afirmar que a atuação do *amicus curiae* revela-se uma importante ferramenta no sentido de ampliar o objeto da discussão, cujo tema é complexo e altamente relevante para a sociedade brasileira, trazendo argumentos que possam contribuir para o debate e a elucidação de questões técnicas porventura suscitadas, ainda que essas venham a serem contratadas pelas partes.

Também parece ser razoável afirmar que a possibilidade de discussão jurídica aberta ao *amicus curiae* é necessariamente uma forma de se colocar à prova o processo democrático brasileiro garantido pela Constituição da República, na medida em que seja esclarecedora às questões técnicas objeto da discussão, havendo, portanto, pleno exercício do contraditório e da ampla defesa, principalmente quando se estiver diante da hipótese de edição de súmulas vinculantes, a teor do que dispõe o §2º art.3º da lei n. 11.417/2006 que instituiu o art. 103-A, da CR/88.

2.4.4 Efeitos da decisão: efeitos de reconhecimento e de não reconhecimento da repercussão geral.

O Regimento Interno do Supremo Tribunal determinou que a realização do sistema de votações, relativo ao reconhecimento da repercussão geral e a consequente admissibilidade do recurso extraordinário, seja realizado através do sistema de votação *on line*, pelo Plenário Virtual.

Dispõe o art. 327 do RISTF que a Presidência deverá recusar o recurso que não apresentar “preliminar formal e fundamentada de repercussão geral”, o que leva a

⁴⁴⁴ SAMPAIO, José Adércio Leite. Habermas entre amigos e críticos. Prolegômenos para uma esfera pública, In: **Jürgen Habermas, 80 anos. Direito e democracia**. FRANKENBERG, Günter; Moreira Luiz (org.) Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 537.

concluir que o Relator do recurso extraordinário também estará atribuído de competência idêntica, se a Presidência não recusar liminarmente o recurso em questão.

Assim, estando ausentes os requisitos relativos à demonstração da repercussão geral “relevância/transcendência”,⁴⁴⁵ deverá o Supremo Tribunal Federal negar seguimento ao recurso extraordinário, sendo essa decisão irrecorrível (art. 534, A, CPC). E isso deverá ser analisado através do “recurso por amostragem” (art. 321, §5º do RISTF, revogado pela Emenda Regimental n. 21/2007), ou ainda, “recurso representativo da controvérsia”⁴⁴⁶ que sobrestará a tramitação dos demais (§1º do art. 543-B, CPC).

Segundo Marinoni e Mitidiero, “o não reconhecimento da repercussão geral de determinada questão tem efeito pan-processual,”⁴⁴⁷ ou seja, irá refletir além do caso concreto, acarretando (i) como efeito primário a rejeição liminar de todos os recursos extraordinários em situação jurídica semelhante (art. 543-A e §5º da lei processual civil), pelo Presidente do Supremo (art. 13, V, “c” e 327 do RISTF), ou ainda, pelo Relator do processo (§1º do art. 327 do RISTF), salvo se houver revisão de tese (art. 327 do RISTF). Assim, nos casos em que envolvam na mesma questão de direito reputada controversa, ou seja, a mesma *ratio decidendi*, o Supremo Tribunal Federal poderá julgar um, ou alguns dos recursos, de modo que todos os demais serão inadmitidos por consequência da decisão “de amostragem”; (ii) como segundo efeito está na dispensa de interposição de recurso extraordinário, na eventualidade de se interpor recurso especial, conforme dispõe a súmula 126 da Corte do Superior Tribunal de Justiça.

⁴⁴⁵ MARINONI, Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **A repercussão geral do...**, p. 54.

⁴⁴⁶ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de...**, p. 336.

⁴⁴⁶ *Idem*, p. 337.

⁴⁴⁷ MARINONI, Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **A repercussão geral do...**, p. 54. Sobre o tema: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e Súmula Vinculante**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 130. Afirma este autor, que a jurisprudência afirma de três modos: (i) é o produto, o resultado final da função jurisdicional do Estado; (ii) reiteradas decisões sobre a mesma matéria em um mesmo Tribunal; (iii) a jurisprudência ganharia um destaque em determinado caso, surtindo efeitos para outras demandas idênticas”.

Também é relevante o comentário assinalado pelos autores acima indicados,⁴⁴⁸ quanto ao termo erroneamente indicado na lei processual civil em relação aos recursos de “matéria idêntica”. Trata-se, na realidade, de “controvérsia idêntica”, pois “a matéria pode ser a mesma, embora a discussão exposta no recurso extraordinário assuma contornos diferentes a partir desse ou daquele caso.”⁴⁴⁹ Nesse contexto, a análise dos demais recursos deverá estar relacionada à controvérsia⁴⁵⁰, em si, da questão debatida, e não apenas à fundamentação, que poderá assumir aspectos diversos.

Vale consignar, para a grande maioria da doutrina,⁴⁵¹ que a negativa da repercussão geral acarretará o efeito vertical de inadmissão automática dos recursos sobrestados (art. 543-B, §2º, do CPC), nos quais deverá constar cópia da decisão paradigma que foi objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, e ainda, decisão de inadmissão do referido recurso.

Nesse ponto, há quem sustente, minoritariamente,⁴⁵² que os Tribunais locais não estão autorizados a julgar os recursos extraordinários, ainda que o julgamento se limite a reproduzir a orientação já firmada pelo Supremo Tribunal, seja pela existência ou inexistência de repercussão geral, sob o argumento de que seria uma competência privativa da Suprema Corte, e que eventual delegação somente seria possível através de emenda constitucional. No entanto, esse não parece ser o espírito da lei.

Ainda contrariando a orientação majoritária, há quem diga⁴⁵³ que as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, na via difusa, não são dotadas de efeito vinculante, inclusive, em relação à repercussão geral, razão pela qual seria obrigatória a remessa de todos os recursos extraordinários à Suprema Corte, para que esta decida conforme seu entendimento. Entretanto, essa tese não está em conformidade com a sistemática e a finalidade do novel instituto.

⁴⁴⁸ MARINONI, Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **A repercussão geral do...**, p. 55.

⁴⁴⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. **O amicus curiae...**, p. 266.

⁴⁵⁰ MARINONI, Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **A repercussão geral do...**, p.61.

⁴⁵¹ MARINONI, Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **A repercussão geral do...**, p.54.

⁴⁵² BUENO, Cassio Scarpinella. **O amicus curiae...**, p. 266.

⁴⁵³ *Idem, ibidem.*

Segundo a doutrina, a decisão que rejeita o recurso extraordinário por ausência de repercussão geral, não pode ser atacada (art. 543-A, do CPC), vez que “não agride o modelo constitucional do direito processual civil porque ela é colegiada.”⁴⁵⁴

No entanto, em que pese o óbice legal, a maioria da doutrina⁴⁵⁵ alerta sobre a possibilidade de interposição de embargos de declaração (art. 535 do CPC), como reflexo do direito e garantia constitucional à motivação das decisões judiciais (art. 93, IX, CR), caso se vislumbre alguma obscuridade, contradição ou omissão da decisão. Pois, faz-se necessário que a sociedade tenha o conhecimento claro e preciso sobre a manifestação dos termos da decisão proferida pela Corte.

Já, Marinoni e Mitidiero ainda sustentam a possibilidade de impetração de mandado de segurança (art. 5º, II, lei 1.533/51), na hipótese rejeição equivocada do recurso extraordinário pela Suprema Corte fundada em ausência de repercussão geral, em que pese existam precedentes da Egrégia Corte pela inadmissibilidade.⁴⁵⁶

2.4.5 Alguns questionamentos sobre o instituto

Da análise do capítulo, ficam algumas relevantes questões formuladas e que merecem uma atenciosa análise da comunidade jurídica, a fim de que se promova um aperfeiçoamento do instituto, o que não implica em reduzir a sua importância para o direito brasileiro, sendo elas: (i) se o efeito múltiplo das decisões apreciadas em repercussão geral não vem padronizar ou segmentar soluções para um mesmo tema, formando uma espécie de “blocos” de decisões, ou ainda, uma “jurisprudência defensiva,”⁴⁵⁷ sem que haja um mínimo de casuismo necessário a que se promova uma

⁴⁵⁴ BUENO, Cassio Scarpinella, **Curso sistematizado de...**, p. 260.

⁴⁵⁵ MARINONI, Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **A repercussão geral do...**, p. 56. No mesmo sentido: DANTAS, Bruno. **Repercussão...**, p. 304.

⁴⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão geral...**, p. 60.

⁴⁵⁷ TUCCI, José Rogério Cruz. **Jurisprudência defensiva?** VIII Jornadas Brasileiras de Direito Processual Civil e Penal. VIII Jornadas Brasileiras de Direito Processual Civil e Penal. Vitória. 21 a 24 de junho

justiça substancial e igualitária, nos moldes constitucionais; (ii) se o procedimento de votação em Plenário Virtual vem sendo realizado de forma amplamente legítima e democrática (eis que, por vezes, carece-se de fundamentação pelos Ministros da Corte);⁴⁵⁸ (iii) se estaria havendo equívoco por parte dos Ministros em reconhecer, de forma excessiva, questões de “relevância e transcendência,”⁴⁵⁹ contribuindo para “inflacionar”⁴⁶⁰ a agenda do Supremo Tribunal Federal nos próximos anos, acarretando uma perda da celeridade e efetividade processual; (iv) se o silêncio em favor do reconhecimento da repercussão geral (art. 324 RISTF) não estaria de certa forma, sendo mal utilizado pelos ilustres componentes da Corte, pois se verifica, muitas vezes, que não há voto prévio dos demais Ministros que compõem o colegiado, corroborando para o reconhecimento de matérias que talvez, na essência, não deveriam comportar o *status* da repercussão geral;⁴⁶¹ (v) se o processo eletrônico do Plenário Virtual está bem capacitado para receber e processar os respectivos votos dos Ministros de forma segura, pois, para que se tenha uma justiça efetiva, há que se ter uma justiça modernizada, condizente com a “democracia digital” do século XXI.⁴⁶²

Essas, dentre outras, são algumas advertências já depreendidas e que desde já ficam para uma reflexão.

de 2010. Disponível em: <http://direitoprocessual.org.br/fileManager/Relatorio_Carolina_Albuquerque.pdf> Acesso em: 01 dez. 2011.

⁴⁵⁸ FREITAS, Marina Cardoso de. **Análise do julgamento da repercussão geral nos recursos extraordinários.** Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/150_Monografia%20Marina%20Cardoso.pdf> Acesso em: 16 jan. 2011.

⁴⁵⁹ MARINONI, Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **A repercussão geral no...**, p. 35.

⁴⁶⁰ Luis Roberto Barroso, durante explanação na Conferência Nacional dos Advogados. Conferência Magna de Encerramento. “Democracia, Desenvolvimento e Dignidade Humana: Uma agenda para os próximos dez Anos.”, realizada em 24 de novembro de 2011, em Curitiba/PR.

⁴⁶¹ FREITAS, Marina Cardoso de. **Análise do julgamento da repercussão geral nos recursos extraordinários.** Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/150_Monografia%20Marina%20Cardoso.pdf> Acesso em: 16 jan. 2011.

⁴⁶² GOMES, Wilson. A democracia digital e o problema da participação civil na decisão civil na decisão política. **Revista Fronteiras.** Unisinos – Estudos Midiáticos, exemp. setembro/dezembro 2005, 31/06/2006. Disponível em: <<http://revcom2.portcom.intercom.org.br/index.php/fronteiras/article/view/3120/2930/31209303-1.pdf>> Acesso em 02 jan. 2011.

A REPERCUSSÃO GERAL NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

3.1 Preliminarmente: estatísticas de julgamento

No presente capítulo, torna-se oportuno serem realizadas considerações acerca do procedimento da repercussão geral, mais especificamente, de que forma o instituto vem se comportando na prática. O lapso temporal escolhido para o exame compreenderá os últimos 3 (três) anos, sendo que, em alguns momentos, fez-se uma retrospectiva do mecanismo desde o seu advento.

Para tanto, serão utilizadas as diversas estatísticas⁴⁶³ efetuadas pelo Supremo Tribunal Federal, onde são mensurados os efeitos relativos à adoção do instituto no direito brasileiro, sendo certo que algumas informações relevantes, que poderiam contribuir para uma avaliação mais profunda, ainda não estão sendo objeto de pesquisa.

3.1.1. Matérias com repercussão geral reconhecida

Analisando-se as estatísticas⁴⁶⁴ anuais realizadas pelo Supremo Tribunal Federal nos últimos três anos, verifica-se que, no ano de 2009, foram conhecidos 32.940 recursos distribuídos, sendo que, em 21.407 dos casos foi reconhecida a repercussão geral, e em 11.433 deles foram rejeitados (sendo 8.450 são recursos extraordinários, dos quais 4.178 foram admitidos).

⁴⁶³ Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=numeroRepercussao>> Acesso em: 12 nov. 2011.

⁴⁶⁴ *Idem.*

Em 2010, 31.767 processos foram distribuídos, sendo que, em 22.637 casos houve o reconhecimento da repercussão geral, e em 9.130 foi ela negada (sendo 6.837 são recursos extraordinários, dos quais 4.136 foram admitidos).

Em 2011, foram 29.933 processos distribuídos, sendo que em 25.475 casos foi reconhecido o instituto, e em 4.458 foi rejeitado (sendo 6.658 recursos extraordinários, dos quais 5.124 foram admitidos).

Em 2009, 10.081 processos foram sobrestados nos Tribunais, aguardando julgamento dos recursos “por amostragem”⁴⁶⁵ (15,33%), conforme dispõe o art. 543, letra “b”, do CPC. Em 2010, foram devolvidos 19.896 processos (30,35%) à instância local, e em, 2011, foram 24.237 processos (36,85%).

Os tribunais locais originários foram, por ordem: (i) TJRS, com 8.881 recursos devolvidos; (ii) TJSP, com 7.742 recursos; (iii) TRF-RS, com 3.353 recursos; (iv) Colégio Recursal do Juizado Especial Cível de SP, com 2.219 recursos; (v) TRF de SP, com 2.192 recursos; (vi) TJRJ com 1.921 recursos; (vii) superior Tribunal de Justiça, com 1.807 recursos; (viii) TRF - SC, com 1.799 recursos, e, (ix) TRF - PR, com 1.527 recursos devolvidos.

O que se verifica, principalmente no último ano, é que o percentual de reconhecimento aumentou vultuosamente (quase 85%), e ainda, que o percentual de

⁴⁶⁵ Segundo a pesquisa divulgada no site, as 10 matérias que mais incidem os recursos “por amostragem” são as seguintes: (i) (a) direito do consumidor; contratos de consumo; bancários; expurgos inflacionários; planos econômicos; (b) direito civil; obrigações; inadimplemento; correção monetária (envolve 3.670 processos); (ii) (a) direito processual civil e do trabalho; liquidação; cumprimento; execução de sentença; (b) direito processual civil e do trabalho; formação; suspensão e extinção do processo; extinção do processo sem resolução de mérito; interesse processual (2.580 processos); (iii) direito processual civil e do trabalho; recurso (2.127 processos); (iv) (a) direito do consumidor; responsabilidade do fornecedor; indenização por dano moral; inclusão indevida em cadastro de inadimplentes; (b) direito do consumidor; contratos de consumo; cartão de crédito (1.506 processos); (v) direito do consumidor; contratos de consumo; telefonia; pulsos excedentes (1.341); (vi) direito do consumidor; responsabilidade do fornecedor; indenização por dano moral (1.216); (vii) direito civil; obrigações; inadimplemento; juros de mora - legais/contratuais; capitalização; anatocismo (1.145); (viii) direito administrativo e outras matérias de direito público; servidor público civil; sistema remuneratório e benefícios; adicional de sexta-parte (1.102); (ix) (a) direito processual civil e do trabalho; jurisdição e competência; competência; (b) direito do consumidor; contratos de consumo; telefonia; assinatura básica mensal (994 casos); (x) (a) direito civil; empresas; espécies de sociedades; anônima; (b) direito civil; obrigações; espécies de contratos; compra e venda; (c) direito do consumidor; contratos de consumo; telefonia (961 casos). **(Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=numeroRepercussao>> Acesso em: 12 nov. 2011).

sobrestamento também vem se ampliando, o que leva a concluir que o procedimento de seleção e filtragem inerente ao instituto não vem sendo adotado com o rigor necessário pelos julgadores da Corte.

Os dados ainda apontam as matérias mais controversas sob o aspecto da repercussão geral, sendo: (i) Direito Administrativo e outras matérias, com 31.812 recursos (31,73%); (ii) Direito Tributário, com 16.842 recursos (16,80%); (iii) Direito Processual Civil e do Trabalho, com 15.788 recursos (15,75%); (iv) Direito do Trabalho, com 9.742 recursos (9,72%); (v) Direito Civil, com 9.577 recursos (9,55%); (vi) Direito do Consumidor, com 6.074 recursos (6,06%); (vii) Direito Previdenciário, com 4.510 recursos (4,5%); (viii) Direito Processual Penal, com 3.066 recursos (3,06%); (ix) Direito Penal, com 1.985 casos (1,98%); (x) Direito Eleitoral e Processo Eleitoral, com 433 recursos (0,43%).

Portanto, algumas matérias que envolvem o Poder Público são as mais debatidas, tendo-se, portanto, a União Federal, como um grande fomentador de conflitos a sobrecarregar a máquina judiciária.

Os números ainda revelam que, nos últimos anos, a maior parte dos recursos admitidos era proveniente do Tribunal Superior do Trabalho, sendo 3.217 casos em 2009, 2.569 casos em 2010, e 2.402 casos em 2011, o que veio a ser alterado, passando a ter, a Corte de Justiça, elevado o número de questões controversas no âmbito do Supremo Tribunal Federal, sendo 1.950 causas em 2009, 1.349 em 2010, e 2.563 em 2011.

Em 2009, foram submetidos ao julgamento de mérito da repercussão geral, 99 processos (média 10% do total), em 2010 foram 119 processos (média 12%), e ainda, em 2011 foram 145 processos (média de 14%), sendo provido o julgamento favorável de mérito em 27 casos em 2009, 19 casos em 2010, e 37 casos em 2011. Isso vem acarretando um acúmulo indevido de recursos, sobrecarregando as atividades judiciárias, inviabilizando-as, principalmente, no âmbito dos tribunais locais, já que estes ficam com o encargo de aguardar o julgamento dos casos “por amostragem”.

3.1.2. Matérias com repercussão geral negada

Também consta das estatísticas que, desde o advento do instituto, ou seja, de 2007 até 2011, a pesquisa revela que 65.754 dos recursos foram devolvidos à instância local em razão dos efeitos múltiplos, ou ainda, do efeito “dominó”, representando uma redução de 71% na distribuição de processos recursais, e ainda, 59% na redução de estoque.

Em 2011, foram 24.237 recursos (36,85%), em 2010 foram 19.896 recursos (30,25%), e em 2009, foram 10.081 (15,33%). Portanto, houve um aumento considerável de sobrestamentos, e, por consequência, de reconhecimento da repercussão geral.

Ademais, observa-se que a classe do recurso extraordinário com agravo foi criada a partir da Resolução 450 de 07/12/2010,⁴⁶⁶ tendo sido detectado um número vultoso desse recurso durante o ano de 2011. No primeiro semestre, foram interpostos 2.493 agravos com preliminar de repercussão geral, e no segundo 5.909 recursos, totalizando-se 8.402 recursos em 2011.

⁴⁶⁶ Lei n. 12.322/2010, que entrou em vigor a partir de 09/12/2010, extinguindo-se a figura do agravo de instrumento (AI), e ainda, criando a classe processual denominada de recurso extraordinário com agravo (ARE) contra decisão que rejeita o processamento do recurso extraordinário.

3.1.3. Processos julgados e em julgamento. Comparativo anual

Segundo dados estatísticos atualizados em 11/01/2012,⁴⁶⁷ o panorama geral do instituto da repercussão geral é o seguinte: até 2011, (i) 359 casos em que foi reconhecido o instituto (70,39%); (ii) 143 casos em que foi negado, dos quais: (a) 109 matérias por ser o caso de objeto infraconstitucional, e (b) em 34 casos restantes (28,04%), por outros motivos; (iii) em 8 casos em que o tema central está em análise (1,57%).

Portanto, desde 2007 até 2011, observa-se que 110 casos já tiveram a repercussão geral reconhecida no mérito (30,64%), e em 249 casos, o julgamento ainda se encontra pendente (69,36%), sendo que dos casos julgados: (a) 37 referem-se a novos temas (33,64%), e 73 representam uma reafirmação da jurisprudência (66,36%), o que demonstra que a atuação da Corte tem sido com mais ênfase na seleção dos recursos ao reconhecimento de novos direitos sob a ótica constitucional.

Dos casos pendentes, observa-se que 224 estão em conclusão ao Relator (89,96%), 12 estão incluídos em pauta (4,82%), e ainda, 13 casos encontram-se com o julgamento iniciado (5,22%). Isso requer uma valiosa atenção dos membros da Corte, na medida em que os recursos com mérito pendente de julgamento estão se avolumando, desviando-se da finalidade do instituto.

Segundo as mesmas pesquisas,⁴⁶⁸ desde o segundo semestre de 2007 até 2011, foram distribuídos 199.951 processos (entre recursos extraordinários, agravos de instrumento e agravos em recurso extraordinário), sendo que 100.247 recursos tiveram a repercussão geral conhecida (50,14%), e nos outros 99.704 casos, a repercussão geral foi negada (49,86%). Portanto, no âmbito geral, até o presente momento, o instituto foi conhecido quase que no mesmo percentual em que foi rejeitado.

⁴⁶⁷ **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=numeroRepercussao> Acesso em: 12 nov. 2011.

⁴⁶⁸ *Idem.*

Em relação aos Ministros, o que se pode detectar na relação entre julgamento realizado/pendente, verifica-se o seguinte: (i) Ministro Ricardo Lewandowski, com o maior número de recursos julgados, sendo 32, estando ainda outros 34 pendentes; (ii) Ministro Presidente, que julgou 18 casos, estando outros 8 pendentes; (iii) Ministro Gilmar Mendes, em que julgou 14 processos, estando outros 30 pendentes; (iv) Ministro Dias Toffoli, com 9 casos julgados, estando outros 24 pendentes; (v) Ministro Cesar Peluso, com 7 processos, estando ainda 1,6 pendente; (vi) Ministra Carmen Lucia, com 7 processos julgados, restando 11 para julgamento; (vii) Ministro Marco Aurélio, com 5 casos julgados, estando outros 60 para julgamento; (viii) Ministro Ayres Britto, com 3 processos julgados, restando 13 para julgamento.

No entanto, o que se deve destacar, é que a estatística apresentada menciona apenas os casos vinculados sob relatoria, deixando de mencionar a atuação do julgador nas matérias apresentadas no Plenário Virtual, corroborando, de certa forma, para uma omissão dos Ministros acerca da admissibilidade da repercussão geral, o que vem se tornando frequente, salvo na hipótese em que há voto divergente do Relator, quando o julgador está obrigado a fazê-lo por escrito.

Em relação aos tribunais locais de onde emanam as causas recebidas pelo Supremo, desde o advento do instituto, ou seja, desde 2007, estes se estabelecem na seguinte ordem: (i) TJSP, com 12.090 recursos; (ii) TJRS, com 9.687 recursos; (iii) TJMG, com 6.838 recursos; (iv) TJRJ, com 5.633 recursos; (v) TJPR, com 1.935 recursos, seguindo-se de outros Tribunais, já sem tanta expressão.

Já os órgãos de origem eleitos campeões em matéria de repercussão geral são: (i) Turmas Recursais de Juizados Especiais Estaduais de São Paulo (1426); (ii) Turma Recursal Cível e Criminal do Rio de Janeiro (1.132); (iii) Colégio Recursal do Juizado especial Cível de São Paulo (774); (iv) Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais do Rio de Janeiro (598 processos); (v) Turmas Recursais de Juizados Especiais Estaduais do Rio Grande do Sul (577), dentre outros, o que leva a concluir que a matéria relativa ao instituto da repercussão geral encontra-se, no mais das vezes,

na alçada dos Juizados Especiais Estaduais e Federais, cujas causas são de menor expressão financeira.

Nesse sentido, é a opinião de Barroso,⁴⁶⁹ ao sustentar que o instituto da repercussão geral deve ser revisto e aprimorado, especialmente na sua relação “qualitativa/quantitativa”, tendo em vista que o Supremo já avaliou e o concedeu em mais casos do que é capaz de julgar nos próximos anos, inflacionado sua agenda novamente. Segundo ele, a jurisdição constitucional não pode ser exercida às “dezenas de milhares”, como aqui vem ocorrendo, destacando que seria necessário fazer uma reavaliação do mecanismo.

3.2 A repercussão geral como instrumento democrático de efetivação da tutela jurisdicional constitucional

Após a análise do instituto e suas estatísticas, será observado de que maneira ele poderá ser manejado no direito pátrio, no intuito de propiciar o exercício da tutela jurisdicional de modo mais célere, a concretização de direitos, a pacificação da sociedade, a estabilização do texto constitucional, e o fortalecimento do Estado Democrático.

3.2.1 A repercussão geral frente à dificuldade majoritária da jurisdição constitucional

Como fora analisado, a adoção dos critérios de seleção e filtragem para o conhecimento das causas perante a Corte Constitucional, é um fenômeno que circunda

⁴⁶⁹ Luis Roberto Barroso, por ocasião da explanação na XXI Conferência Nacional dos Advogados. Conferência Magna de Encerramento. “Democracia, Desenvolvimento e Dignidade Humana: Uma agenda para os próximos dez Anos”, realizada em 24 de novembro de 2011, em Curitiba/PR.

não apenas a Corte Constitucional Brasileira, sendo algo em nível mundial⁴⁷⁰. Também na Europa continental, (Alemanha, Áustria, Espanha, etc.) com a revolução dos direitos humanos⁴⁷¹ do século XX, a evolução do constitucionalismo caminha para uma espécie de “reserva” das Cortes a um alto nível de discussões jurídicas que venham a contribuir para a evolução da sociedade.

Portanto, é impensável a repercussão geral como forma de instrumentalizar e facilitar o funcionamento do Supremo Tribunal Federal, de modo a redirecioná-lo a ser, efetivamente, uma Corte Constitucional, que tenha em sua origem, uma intenção antidemocrática.

Mas, sob o aspecto processual, e com risco de incorrer em inconstitucionalidade na operação, é necessário advertir que essa triagem do instituto em comento deve ser feita de forma a respeitar, sobretudo, o princípio democrático da igualdade formal,⁴⁷² já que qualquer cidadão poderia questionar o acolhimento de um processo em detrimento de outro.

O sentimento de injustiça seria ainda maior, dado que a Corte Constitucional é o último baluarte para se recorrer em matérias de constitucionalidade, o que remeteria

⁴⁷⁰ Nesse sentido: BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 99. Afirma o autor que é uma tendência mundial a seleção dos casos que as Cortes Constitucionais irão julgar. Ele cita, como exemplo, o *writ of certiorari*, cuja discricionariedade pertence à *Supreme Court*, e ainda, a Alemanha, através da queixa constitucional que também se revela discricionário, obedecendo as seguintes condições: “(i) significado fundamental jurídico da questão; ou (ii) existência de um prejuízo especialmente grave para o recorrente no caso de denegação. Ambos estão obrigados a justificar suas razões para o conhecimento da causa.”

⁴⁷¹ BARBOZA, Estefania Maria de Queiroz. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de *common law* e *civil law* na sociedade contemporânea**. Curitiba, 2011, 264 f., Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, p. 59.

⁴⁷² STRECK, Lenio Luiz *et. all.* **A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional**. Disponível em: <<http://www.fadiva.edu.br/Documentos/posgraduacao/materiaispos/leandro/ANovaPerspectiva%20.pdf>> p. 14-15. Acesso em: 13 dez. 2011. Afirma o autor que “já no caso do controle difuso de constitucionalidade – peculiaridade nossa e de Portugal – o próprio Supremo Tribunal sempre teve ciência (isto é, esteve concorde) de que não há a possibilidade de dar efeito *erga omnes* às decisões proferidas nesta modalidade, necessitando da intervenção do Senado Federal, (afinal, embora o próprio Supremo Tribunal não estar cumprindo, há muito tempo, a determinação constante no art. 525, X, da CF). E, por fim, se se trata de súmula vinculante, sabe-se que é despidiendi qualquer participação do Senado Federal. Qual a razão de tais conclusões? A resposta parece simples: isto é assim em face das determinações que integram a Constituição Federal por decisão do poder constituinte originário e derivado.

ao fato de que exatamente essa Corte não pode atuar de forma a cair em descrédito, numa desconfiança tal que seja alimentado um sentimento de injustiça.

Numa primeira observação, é difícil imaginar que a repercussão geral seja capaz de confrontar o princípio da democracia, o princípio da igualdade formal e do acesso aos órgãos jurisdicionais, sem que saia amplamente prejudicada.

Para tanto, o recurso utilizado não seria fazer do referido instituto um mote para confrontos, mas buscar a adaptabilidade, necessária à operacionalidade do Supremo Tribunal Brasileiro, no contexto árduo e pouco acolhedor em que surgiu. É preciso uma forte justificação para que não se acuse a repercussão geral de estar sendo elitista ao escolher os processos que deve julgar, sobretudo, pela forma com que define essa triagem, ou seja, por sua pertinência temática e de relevância social, o que poderia relacionar o instituto a uma idéia de democracia majoritária, ou seja, em favor da elite, e, portanto, contra a efetivação de direitos fundamentais.

A acusação de elitismo poderia advir de duas vertentes: uma em que se aponta para um elitismo clássico, com invólucro sócio-econômico, e outro elitismo jurídico, mais sutil, em que se daria preferência a certas formas de litígio.⁴⁷³

Sendo conhecidamente nomeada de Constituição Cidadã, a Carta não pode ser conivente com nenhuma forma de elitismo, seja ele sócio-econômico ou jurídico.

Aceitar um processo em detrimento de outro, seja pela influência econômica do impetrante, ou pela influência no âmbito jurídico que uma parte possui, significa ir contra a notória característica pluralista atribuída à Constituição, já que todos os cidadãos, em tese, deveriam ter acesso ao Supremo Tribunal Federal por meio do recurso extraordinário, como preconiza o princípio da igualdade formal, sendo que a única forma de denegatória de recurso a ser considerada justificável é por ausência de requisitos.

⁴⁷³ VERISSIMO, Marcos P. A Constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial "à brasileira". *Revista Direito GV*, v. 4, p. 407-440, 2008, p. 412. Afirma o autor que: "Assim é, por exemplo, que acabou eliminada no novo texto constitucional, a possibilidade de escolha do Supremo Tribunal Federal dos casos que lhe são submetidos. Essa escolha, antes materializada pelo mecanismo da arguição de relevância, foi considerada antidemocrática pelo legislador constituinte e expurgada do sistema constitucional".

A hipótese de triagem em que um processo é escolhido pela influência sócio-econômica de uma das partes é, no mínimo, absurda e nitidamente antidemocrática, não devendo sequer ser conjecturada, salvo para fins acadêmicos.

Porém, cogitar que um processo seja selecionado pela influência jurídica de uma das partes, seja pelo *status* de doutrinador ou pela respeitabilidade da parte, não é uma ilusão tão distante, já que efetivamente isso encontra confirmações práticas no cotidiano jurídico. A "Carta Magna" parece despertar essa desconfiança, reforçada pela doutrina, quando pensa na estrutura jurídica brasileira:

A Carta brasileira é analítica, ambiciosa, desconfiada do legislador. Como intuitivo, constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito. Na medida em que uma questão – seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público – é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial.⁴⁷⁴

Sendo a triagem necessária a viabilizar o trabalho do Supremo Tribunal brasileiro, a justificativa, para sua adoção, não pode, de forma alguma, deixar pontos soltos sobre os quais poderia ser fundada uma argumentação de antidemocrática.

Para cada lide escolhida ao processamento, é necessário, conjuntamente, uma forte e contundente argumentação/justificação que afaste quaisquer alegações de elitismo, evitando, assim, que se incorra em um processo que, particularmente adotado, vá contra a universalidade do princípio da igualdade formal. Portanto, aqui, torna-se imperiosa a fundamentação explícita, ainda que de forma sucinta,⁴⁷⁵ acerca da

⁴⁷⁴ BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: < <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf> > Acesso em: 13 dez. 2011.

⁴⁷⁵ Nesse sentido: BARROSO. Luis Roberto. **O controle de...**, p.101. Ele destaca que a decisão não necessita ser exaustiva, porém fundamentada. No entanto, talvez essa posição mereça uma reflexão em razão do excesso de reconhecimento do instituto, o que se demonstra pelas estatísticas, e ainda, em razão da relevância da matéria, que tem "efeitos múltiplos".

admissão ou rejeição da repercussão geral, eis que seria a única maneira compatível com o regime democrático.⁴⁷⁶

É certo, ainda, que o processo civil brasileiro atual vem sendo marcado de alguns antagonismos. Por um lado, um vetor democrático que conduz à efetividade, celeridade, visando à concretização do direito material através de um “processo justo”.⁴⁷⁷ Por outro lado, um processo civil ainda com um grau de “autoritarismo”, de um caráter antidemocrático, citando-se, como exemplo, o movimento da “jurisprudência defensiva”,⁴⁷⁸ em que, por vezes, principalmente no âmbito das Cortes Superiores, vem acarretando a obstacularização da jurisdição e a violação de direitos fundamentais como o devido processo legal, contraditório, ampla defesa, etc.

Aliás, nesse particular, em relação ao projeto do novo Código de Processo Civil, convém lembrar que a orientação mais recente, indicada não apenas pelo Legislativo, mas através de diversas audiências públicas formadas por notáveis advogados, membros da Magistratura, etc., vem no sentido de coibir tais práticas, o que, inclusive, está sendo expressamente disposto pelo princípio da cooperação entre as partes (art. 5º do projeto de lei 8.046/2010), bem como em proibições específicas⁴⁷⁹ (art. 961, I; §2º do art. 961, e §3º do art. 971 do referido projeto, dentre outras).

Portanto, é certo que eventuais entraves criados pela jurisprudência não são um meio de obter celeridade processual, mas uma forma de mitigação aos princípios fundamentais, fomentando-se apenas insegurança jurídica. Pois, como bem salienta

⁴⁷⁶ GONÇALVES, Nicole P. S. Mäder. **A jurisdição constitucional na perspectiva da democracia deliberativa**. Curitiba, 2010, 550 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná (UFPR) – Curitiba, p. 517.

⁴⁷⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Elen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p.8. Afirma o autor que “a expressão “acesso à Justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. “Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.”

⁴⁷⁸ É o que ocorre, por exemplo, quando determinado recurso deixa de ser conhecido em razão do preenchimento errôneo de guia, ou insuficiência de preparo, rejeição de recurso especial em razão do não julgamento de embargos de declaração ou ainda, a rejeição do agravo em razão da não juntada de peça obrigatória. AgRg no EREsp 755.271/DF, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, Corte Especial, julgado em 16/06/2010, DJ 10/08/2010. AgRg no REsp 1105229/MG, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 03/03/2011, DJe 18/03/2011); (AgRg no REsp 924.942/SP, de relatoria do Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, julgado na sessão de 3/2/2010 e publicado no DJe de 18/3/2010).

⁴⁷⁹ Vide art. 961, I; §2º do art. 961, e §3º do art. 971 da lei n. 8.046/2010.

Tereza Arruda Alvim Wambier, é necessário que a justiça possa oferecer o binômio “celeridade/qualidade”⁴⁸⁰ ao jurisdicionado, de modo que um não exclua o outro.

Em verdade, presente o instituto da repercussão geral, não deixará de haver jurisdição constitucional aos particulares, sendo necessária a produção de um argumento/entendimento mais ponderado e mesurado, que vá ser útil a todos os interessados em controvérsias judiciais semelhantes, numa analogia à normatividade. Assim, caberá aos advogados demonstrar que o caso não se enquadra ao “paradigma” e assim: (i) pugnar pela alteração do entendimento da Corte, quando este lhe for prejudicial e ultrapassado (*overrunling*)⁴⁸¹; e (ii) evidenciar que se trata de uma situação jurídica ainda não apresentada, de modo que caberá ao Supremo Tribunal Federal reconhecer a repercussão geral (*distinguishing*).⁴⁸²

Dessa forma, a defesa da criação, implementação e sustentação da repercussão geral dentro do ordenamento jurídico, figurando como elemento central do controle difuso, chega à Corte Constitucional num momento complexo do Judiciário brasileiro, levando a crer que a superação do instituto se dará com o tempo e sedimentação de sua aplicabilidade perante a sociedade, obtendo maior êxito conforme o convencimento prático, ou seja, conforme haja aprovação social em razão da boa aplicabilidade da triagem, respeitando-se a universalidade como forma de atingir os particulares, ainda que num quadro de “consensos provisórios,”⁴⁸³ condizente com o constitucionalismo atual. Esse raciocínio não apenas protege o direito de igualdade formal, mas a igualdade substancial, seguindo em sintonia com o direito à jurisdição, de modo mais célere.

Pois, uma vez conquistado respeito e confiança da sociedade, a repercussão geral possui facetas que são pertinentes não só à instrumentalização e racionalização

⁴⁸⁰ WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. **Anotações do Congresso Brasileiro de Direito Processual Civil 2009**. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/annotacoes-do-congresso-brasiliense-de-direito-processual-civil-2009>> Acesso em: 05 out. 2011.

⁴⁸¹ APPIO, Eduardo. **Direito das minorias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 33.

⁴⁸² *Idem, ibidem*.

⁴⁸³ Clèmerson Merlin Clève, por ocasião de sua explanação no evento realizado no Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, em Curitiba/PR, no dia 24 de junho de 2010, a qual foi denominada “A Constitucionalização dos Direitos Sociais: A Herança de Weimar no Constitucionalismo Contemporâneo. Seminário Internacional Trabalho e Constituição.”

das atividades no âmbito do controle difuso de constitucionalidade, mas também à própria aplicação dos princípios democráticos e que, antes, afrontavam à repercussão geral.

Daí porque se afirmar que esse mecanismo revela-se um instrumento de combate a uma democracia majoritária, que insiste em fazer predominar seus interesses. Pois, na medida em que determinadas matérias relevantes são amplamente debatidas e assentadas, pela rejeição ou conhecimento, outras milhares de controvérsias idênticas são pacificadas, podendo a Corte Constitucional dedicar-se ao reconhecimento e amadurecimento de novas questões relevantes ainda não apreciadas, e de igual importância para a sociedade, bem como, por exemplo, um Direito Civil à luz da Constituição, e que segundo o Ministro Eros Grau, revela-se a doutrina moderna do Direito Público.⁴⁸⁴

Assim, sob o aspecto material, o que se espera é que o fechamento do controle difuso instituído pela repercussão geral possa impulsionar o implemento de diversas questões jurídicas em observância à Carta Republicana, promovendo-se a efetivação de direitos fundamentais, e assim, fortalecendo o ideal de uma democracia contra-majoritária.

3.2.2 O papel do STF na construção de sentido do texto constitucional num Estado Democrático de Direito

Com a difusão do princípio democrático nas Constituições modernas, a legalidade passa a regular o freio entre os poderes existentes na sociedade, de modo a tornar o Estado indissociável à democracia.

⁴⁸⁴ Como por exemplo, cita-se RE n. 407.688/SP, DJ de 06/10/2006, em que o Min. Eros Grau - ainda que em voto vencido - trava uma discussão jurídica com o Min. Relator Cesar Peluso, sustentando a tese da impenhorabilidade do bem de família, em razão do direito constitucional à moradia revelar-se um direito fundamental de eficácia plena.

Assim, passou-se de um Estado de Direito onde a Constituição confundia-se com a própria existência do Estado, para um Estado Democrático de Direito, em que a Constituição funda e vincula a existência do Estado, que agora está igualmente ligado à idéia de Democracia.⁴⁸⁵

Se, por um lado, a estruturação do Estado de Direito é determinada pela constitucionalidade, ou seja, pela hierarquia jurídica em que a Constituição assume o posto mais elevado, atrelando o Poder Constituinte às normas, preceitos, princípios e axiomas⁴⁸⁶ que devem ser respeitados por todo o ordenamento jurídico - e, portanto, por todo o Estado -, por outro lado, a democracia é um dos princípios que se mostra mais relevante, por ser capaz de tornar efetivos, princípios caros à Constituição, como é o caso da liberdade, da igualdade e da dignidade da pessoa humana. A conjunção é tamanha que, mesmo que academicamente, não é possível supor um meio de coexistência entre esses princípios, sem que para isso exista um ambiente democrático.

A supressão da democracia leva, inevitavelmente, ao aniquilamento de, ao menos, um desses direitos (liberdade, igualdade, dignidade), quando não todos, de modo que é impossível não situá-la em lado oposto aos direitos individuais,⁴⁸⁷ pois,

⁴⁸⁵ Kelsen, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p 262-271.

⁴⁸⁶ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo - os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009, p. 274-277. Afirma o autor que “por necessidade de encadeamento o raciocínio e por imperativo didático, percorre-se brevemente o tema, agrupando-se as diferentes teorias ou metodologias em quatro grandes categorias: (i) **o formalismo**, tendo como símbolo a Escola da Exegese, 1804, e o Código Napoleônico, marcam a visão mecanicista do Direito, pela qual a interpretação jurídica seria uma atividade acrítica de subsunção dos fatos à norma. Nele se cultivava uma visão romântica e onipotente da lei, compreendida como expressão da razão e da vontade geral rousseauiana”. Tem-se ainda, como marcante o processo lógico-dedutivo da “jurisprudência de conceitos” de KARL KARENZ, que reputa sua criação à PUCHTA (...). (ii) **o anti-formalismo** marcado pela frase célebre de R. IHERING que, em 1934, “o Direito deve servir aos fins sociais, antes que aos conceitos e às formas.” Assenta Barroso que essa fase marca a aceitação do pensamento que o Direito não estaria adstrito ao texto da lei e aos precedentes, em que o juiz possui uma função criativa do direito, sendo sua função não apenas declaratória, de modo a interpretar o direito de acordo com a evolução social. (...). (iii) **o positivismo**, final do século XIX, em que há uma nítida separação entre o Direito e a Moral, em que HANS Kelsen, em 1979, reconhece “a decisão judicial como um ato político de escolha entre as possibilidades oferecidas pela moldura da norma”, e que HEBERT HART, em 1961, reconhece que “além dos casos simples, solucionados com base no texto legal e nos precedentes, existem os “casos difíceis” (*hard cases*), que envolvem o exercício da discricionariedade judicial.” E, por fim, (iv) **o retorno dos valores** no pensamento na segunda metade do século XX, como decorrência da crise moral do positivismo jurídico e da supremacia da lei ocasionado pela reconstrução dos países da Europa no pós-segunda guerra, com a revolução dos direitos humanos. É um período de “reaproximação entre o Direito e Filosofia, estando os valores no centro da discussão metodológica contemporânea e do pensamento pós positivista”.

⁴⁸⁷ COMELLA, Víctor Ferreres. **Justicia constitucional y democracia**. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 1997, p. 37.

segundo Bonavides, sua relevância para a ordem constitucional contemporânea é tamanha ao ponto de considerá-lo um direito fundamental de última geração, bem como o direito à informação e ao pluralismo.⁴⁸⁸

Por muito tempo, desde a *práxis* na antiga Grécia, a democracia estava vinculada à deliberação de todos, ou seja, uma participação ativa de pessoas, diretamente, no processo de escolhas e decisões. E a representatividade da modernidade não excluiu essa participação, já que, embora os políticos representantes sejam eleitos, certas sensíveis questões devem ser votadas pela população em geral, em respeito à democracia.

Mas, o século XXI trouxe uma desafiante missão ao Judiciário enquanto órgão incumbido pela realização da Constituição, principalmente nos países emergentes marcados por uma sociedade multicultural e pluralista, e que aos poucos, vêm merecendo atenção do mundo acadêmico por suas peculiaridades.

Em todo ato de cada um dos três Poderes deve estar presente, igualmente, sobre pena de nulidade, o princípio democrático, ou, quando levemente afastado, deve haver uma justificativa convincente que não deixe a sociedade sob um “véu” de insegurança. É necessário que o legislador respeite o princípio democrático ao elaborar uma lei, observando todos os fatores que lhe são exigidos pela Constituição, sendo igualmente necessário que o juiz, por estar em contato direto com ela, com o poder de extrair-lhe um sentido não tão universal e amplo, mas particular e específico, deva igualmente respeitar importante princípio.

Como adverte Victor Ferreres Comella, quanto maior for o “consenso parlamentar”⁴⁸⁹ e “extraparlamentar”, maior força será “presunção moderada de constitucionalidade,”⁴⁹⁰ sendo necessários argumentos contundentes para declarar a lei

⁴⁸⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24 ed. São Paulo; Malheiros, 1999, p. 524-526.

⁴⁸⁹ COMELLA, Víctor Ferreres. **Justicia constitucional y...**, p.275.

⁴⁹⁰ *Idem*, p. 287. Como ensina o autor, o juiz constitucional deve sempre lembrar-se que uma lei reveste-se de dignidade democrática, devendo sempre interpretá-la conforme a Constituição. A “correção funcional” está em o juiz fazer a aplicação da lei de forma a não prejudicar essa representatividade. E no que se refere ao ordenamento jurídico em vigor, sustenta que é necessário um respaldo extra-parlamentar satisfatório,

inválida. Daí a importância que cada um dos “Poderes” exerce sob a ordem democrática.

Isso também faz crer que o debate político deve ocorrer na seara do Legislativo⁴⁹¹, e o debate jurídico, para efeito de proteção dos direitos, deve ocorrer através da jurisdição constitucional, configurando-se, as deliberações, num espaço público em que a sociedade possa atuar e contribuir nesse processo.

Portanto, o que se faz imprescindível para a construção de um sentido democrático da Constituição é o fomento a uma “interpretação pública,”⁴⁹² que se perfaz através de um discurso deliberativo em que deve haver um respeito aos órgãos constituídos – todos eles – especialmente, ao poder Legislativo, como ideal do princípio republicano. Pois, como afirma Nicole Mäder Gonçalves:

Não se trata, portanto, da substituição dos discursos jurídicos por discursos políticos, mas da própria democratização de discursos jurídicos, de uma tentativa de fazer da tensão entre democracia e constitucionalismo – que

pois é o respeito pela lei que determinará ao judiciário submeter-se ao comando normativo elaborado, interpretando a lei de acordo com os princípios constitucionais. Pois, quanto menor for grau de consenso existente, maiores dificuldades o juiz constitucional terá para decidir se a lei em exame está em harmonia ou não com o sistema constitucional. No entanto, se o parlamento “erosiona” os direitos de participação política da população nasce então uma justificativa para o juiz extirpar a lei inconstitucional.

⁴⁹¹ Nesse mesmo sentido, as lições de Renata Pouso, ao afirmar que “...por outro lado, cumpre assinalar que a iniciativa popular, apesar de ser portadora de tamanha significação para a construção de um modelo democrático verdadeiro, é insuficiente na efetividade quando se pensa no resultado final do processo legislativo. Ou ainda, quando se considera o procedimento estabelecido na Carta Magna para tal manifestação, nos casos em que o tema a ser legislado tem estatura federal. (...) Isso pode ocorrer sob dois vetores: o primeiro diz respeito à iniciativa em si. Um país onde a população não tem a consciência de seu papel no exercício do poder de decisão e mando, ou este é fruto de uma Constituição semântica, ou meramente nominal – aplicando-se a concepção de Loewenstein -, torna-se letra morta o comando constitucional de impulso popular da atividade legislativa. Em pouquíssimos momentos da história política brasileira, vislumbrou-se o engajamento popular na provocação do Poder Legislativo. O segundo ponto a ser resolvido foi tratado no capítulo anterior sobre o procedimento dificultoso criado pela Constituição Federal para o recolhimento e conferência das assinaturas dos subscritores, a fim de legitimar qualquer projeto de iniciativa popular nas matérias de abrangência federal.” (p.70/71) (...)“Os instrumentos de participação popular direta previstos na Constituição de 1988 – plebiscito, referendo e iniciativa popular - são importantes indicadores do modelo de democracia escolhido pelo constituinte originário. O acesso a tais recursos deve, portanto, ser facilitado pelas leis regulamentadoras.” (POUSO, Renata Gonçalves Pereira Guerra. **Iniciativa popular...**, p. 114).

⁴⁹² DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law: the moral reading of the American Constitution**. Cambridge: Harvard Press, 1996, p. 37. Argumentos contra a tese, vide Nicole Gonçalves, que, reportando-se a Jeremy Waldron, afirma que (i) o princípio majoritário é relevante e (ii) não merece ser descartado, e que os debates republicanos ocorrem independentemente da atuação jurisdicional. (GONÇALVES, Nicole P. S. Mäder. **A jurisdição constitucional na...**, p. 544.

marca a jurisdição constitucional e seu nascimento – uma tensão voltada ao aperfeiçoamento da própria democracia e da constituição.⁴⁹³

Para Comella, a balança em favor do controle judicial é favorável, mas o contra-argumento merece ser respeitado, impondo-se certos limites, eis que um erro cometido pela inconstitucionalidade é muito mais difícil de ser corrigido que o inverso, devendo o juiz ter cautela⁴⁹⁴ nessa operação para: (i) examinar a lei sob essa presunção; (ii) gozar de uma liberdade institucional com uma dose de espírito crítico que possa manter viva a cultura pública constitucional, e ainda, sendo os juízes nomeados através de uma certa legitimidade democrática para que se evite uma “aristocracia da toga”; e (iii) expressar nas decisões, suas opiniões sobre temas controvertidos, mas com certa humildade em razão da sua própria falibilidade, e ainda, com respeito ao legislador.⁴⁹⁵

No contexto pós 88, o Supremo Tribunal Federal passa a se revelar de suma importância para uma contínua perpetuação da legalidade/legitimidade desse Estado de Direito, já que é o órgão último que fornece o limiar entre aqueles casos que não se sabe definir entre o dentro e o fora da legalidade, ou ainda, sob o critério da proporcionalidade, a medida da legalidade, principalmente nos casos limítrofes, em que essa Corte é chamada a dar uma resposta, de forma a definir essas fronteiras cinzentas, legítimas, e estabelecendo, por conseguinte, os rumos e os limites de atuação estatal. E assim vem perfazendo no direito pátrio, através de um modelo constitucional de democracia deliberativa, através de uma concepção ora procedimentalista, ora substancialista⁴⁹⁶, conforme o caso apresentado.

⁴⁹³ *Idem*, p. 538.

⁴⁹⁴ *Idem*, p. 163.

⁴⁹⁵ *Idem*, p. 199.

⁴⁹⁶ Já na década de 90, diversos trabalhos passaram a analisar a questão da legitimidade da atuação do judiciário, a exemplo do relevante trabalho de Eros Grau. (*In A ordem econômica na Constituição de 88: interpretação e crítica*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996). Acerca da teoria de princípios concebida por Ronald Dworkin (*In Levando os direitos a sério*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007) e Robert Alexy (*Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001, sendo a obra de 1985. E ainda: *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo, Malheiros, 2008, sendo a obra original de 1995), o que também registrada por Paulo Bonavides (*In Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994), suscitando discussões jurídicas relevantes sobre a

Tendo a Corte Constitucional brasileira papel fundamental na construção de um sentido do texto da Lei Maior num Estado Democrático, é que se afirma que a atuação do Superior Tribunal Federal não é uma simples jurisdição, mas, em verdade, uma jurisdição constitucional construtora de sentido, em tal grau que se confere às decisões um sentido semelhante ao formulador de normatividade, e que define os limites não apenas do Estado, mas também da democracia e do Direito. Assim afirma Barroso:

Por essa razão, a Constituição deve desempenhar dois grandes papéis. Um deles é o de estabelecer as regras do jogo democrático, assegurando a participação política ampla, o governo da maioria e a alternância no poder. Mas a democracia não se resume ao princípio majoritário. Se houver oito católicos e dois muçulmanos em uma sala, não poderá o primeiro grupo deliberar jogar o segundo pela janela, pelo simples fato de estar em maior número. Aí está o segundo grande papel de uma Constituição: proteger valores e direito fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos. E o intérprete final da Constituição é o Supremo Tribunal Federal. Seu papel é velar pelas regras do jogo democrático e pelo direitos fundamentais, funcionando como um fórum de princípios – não de política – e de razão pública – não de doutrinas abrangentes, sejam ideologias políticas ou concepções religiosas.⁴⁹⁷

Para Gargarella,⁴⁹⁸ a interpretação constitucional deve ser entregue não apenas os membros da Corte, mas também envolver notáveis doutrinadores constitucionalistas da história, bem como a um sentimento de cidadania, ou seja, o povo, o qual deve

ponderação de interesses e o princípio da proporcionalidade e a eficácia dos direitos fundamentais. Para os substancialistas, deve-se adotar uma postura intervencionista no sentido de que o juiz constitucional deve assumir papel fundamental de verdadeiro intérprete da Constituição, devendo analisar a lei não só à sua luz, mas de acordo com os princípios de justiça preconizados pela “Carta Magna”, criando-se uma jurisprudência de valores. Logo após, ainda em 90, os trabalhos de John Rawls (*In Uma teoria da justiça*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008), e Jurgen Habermas (*In Teoria de la acción comunicativa I - racionalidad de la acción y racionalización social*. Madri: Taurus, 1987) vêm sustentar a relação entre o Direito, Moral e Política. Para os procedimentalistas, o tribunal constitucional deve assumir uma postura passiva no sentido de respeitar e guardar o processo de criação democrática do direito, abstendo-se do juízo de valores, devendo a Corte constitucional assegurar, democraticamente, o processo de formação de vontades. Já, Lenio Streck (*In Hermenêutica jurídica em crise*. Uma exploração hermenêutica da construção do direito. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005), vem propor uma renovação da hermenêutica jurídica proveniente da nova linguagem da Filosofia, como forma de expandir o discurso.

⁴⁹⁷ BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em: 13 dez. 2011.

⁴⁹⁸ GARGARELLA, Roberto. **Teoría y crítica de del derecho constitucional**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2008, p. 245.

exercer seu poder através de discussões públicas, o que ainda se revela um tanto ausente tanto no processo democrático argentino, bem como no Brasil. Afirma, ainda, que esse movimento implicará em maior necessidade de motivação das decisões pelos juízes, os quais deverão contribuir para as discussões públicas, sendo valorada a produção de dissensos institucionais em favor da realização constitucional⁴⁹⁹, de modo a contribuir para uma Constituição voltada aos cidadãos, sem que haja veto das instituições ou daqueles que se beneficiam com a distribuição de poder atual.

Assim, é necessário que o processo de reconstrução pública das normas constitucionais abertas⁵⁰⁰ (art. 5º, §2º CR/88) seja realizado não apenas através dos *amici curiae* e das audiências públicas, mas através de um amplo debate, tendo aqui a imprensa televisiva, virtual, (canais, rádios e *sites* de TV, instituições públicas, Supremo Tribunal, Senado, Câmara, etc.). Ou seja, todos os órgãos de comunicação têm um papel de fundamental importância nesse processo para efeito de publicidade e fomento às discussões a serem promovidas no âmbito da “sociedade aberta e seus intérpretes”⁵⁰¹.

Esse envolvimento institucional torna-se fundamental ao aprimoramento de democracia deliberativa, sendo incumbido ao Judiciário assegurar a participação dos mais diversos segmentos da sociedade⁵⁰², de forma igualitária. Em resumo, essa é a concepção de democracia deliberativa de Jürgen Habermas.

⁴⁹⁹ Clémerson Merlin Clêve, por ocasião da conferência “A constitucionalização dos direitos sociais: a herança de Weimar no constitucionalismo contemporâneo. Seminário Internacional Trabalho e Constituição.” Curitiba, junho de 2011.

⁵⁰⁰ SAMPAIO, José Adércio Leite. Habermas entre Amigos e Críticos. Prolegômenos para uma esfera pública, In: **Jürgen Habermas, 80 anos. Direito e democracia**. FRANKENBERG, Günter; Moreira Luiz (org.) Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 322. Nesse mesmo sentido: GONÇALVES, Nicole P. S. Mäder. **A jurisdição constitucional na...**, p. 517.

⁵⁰¹ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. A sociedade aberta e os intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição. Porto Alegre: Fabris, 1997, pg. 24. “A interpretação constitucional é, todavia, uma atividade que, potencialmente, diz respeito a todos. Os grupos mencionados e o próprio indivíduo podem ser considerados intérpretes constitucionais indiretos ou a longo prazo (...) A ampliação do círculo de intérpretes aqui sustentada é apenas a consequência de necessidade, por todos defendida, de integração da realidade no processo de interpretação. É que os intérpretes em sentido amplo compõem essa realidade pluralista...”

⁵⁰² Nesse sentido, Renata Pouso destaca o seguinte: “portanto, apesar de tímidas e numericamente escassas provocações do Poder Legislativo quanto ao regramento da participação popular e, em especial, da iniciativa popular na apresentação de projetos de lei, ao menos o sistema não se encontra totalmente estático. A mobilização da sociedade civil organizada por meio de recursos de comunicação em massa, como a rede mundial

Analisando-se de forma breve o modelo procedimentalista, afirma o autor que não há democracia deliberativa sem que a esfera pública⁵⁰³ não esteja comprometida nesse processo político através dos entes públicos e privados, ressaltando-se a necessidade de aplicação das normas deontológicas e se restringindo o discurso de aplicação⁵⁰⁴. Já, John Ely⁵⁰⁵ considera o papel da jurisdição constitucional como sendo crucial para o regular funcionamento de uma democracia representativa, de modo a garantir a possibilidade de participação igualitária no debate entre maioria e minoria. Portanto, no âmbito do Judiciário, o Supremo Tribunal Federal nesse modelo possui um relevante papel de garantir a possibilidade de um discurso e um debate em igualdade de condições.

Já, Ronald Dworkin⁵⁰⁶ vem criticar o modelo procedimentalista (baseado na obra de Ely), afirmando, como substancialista, que essa corrente “passivista” (e assim os denomina) não procura dar respostas para os conceitos abertos contidos na Constituição estadunidense, restando aqui um vazio sobre seu conteúdo interpretativo, e que, segundo ele, vem reclamar uma “leitura moral da Constituição” em razão desta ser “compatível com a franqueza inerentes aos argumentos judiciais”, e ainda, permitir

de computadores é, em grande parte, responsável pela reiteração de tais medidas, como, também, tem sido preponderante para o desenvolvimento de uma consciência pública sobre a necessidade de apreensão, pelo povo, do seu poder de decisão... faz-se imperiosa a adoção das ações estatais e seculares de incentivo à participação popular” (p. 80). “A falta de informação, conclui-se, tem sido, ainda, a principal causa de omissão popular. Também o engajamento deficitário da população nos assuntos políticos podem ser explicado pela desconfiança na atuação dos governos quanto ao respeito e aplicação das normas.” (POUSO, Renata Gonçalves Pereira Guerra. **Iniciativa popular...**, p.115).

⁵⁰³ HABERMAS Jürgen. **Direito e democracia**: entre a facticidade e validade. v. I. Tradução de Flávio Bueno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 131.

⁵⁰⁴ *Idem*. p. 316. Adverte o autor que princípios deontológicos são aqueles que já predeterminam o modo de atuação do julgador, enquanto que princípios em sentido teleológicos representam valores que sugestionam o modo de aplicação do julgador.

⁵⁰⁵ ELY, John. **Democracia y desconfianza**: uma teoria del control contitucional. Tradução de Magdalena Holguín, Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 1997, p 29-61. Como argumentos contra a tese, Nicole P. S. Mäder destaca que a tese de Ely falha em algumas questões relevantes como: “(i) deposita uma confiança excessiva no princípio democrático; (ii) embora defenda as minorias, ironicamente exclui as mulheres e os pobres; (iii) rejeita a possibilidade de proteção judicial do *direito de minorias a ter e exercer costumes diferentes*, o que se torna cada vez mais imprescindível em sociedades marcadas por um forte pluralismo; e (iv) recusa-se a reconhecer qualquer suporte substancial, apesar de, sem perceber, utilizá-lo em sua teoria.” (GONÇALVES, Nicole P. S. Mäder. **A jurisdição constitucional na...**, p. 543).

⁵⁰⁶ DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**, São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 445.

a participação da sociedade e seus respectivos valores em jogo, assim contribuindo para um “direito como integridade”.⁵⁰⁷

Numa visão ampla, – já que o que aqui se propõe é apenas uma breve síntese sobre o tema –, para os procedimentalistas, cada cidadão é parte legítima para reivindicar direitos no processo democrático, enquanto pessoa ou em nome da coletividade, sendo que, ao Judiciário, caberá assegurar e garantir os instrumentos de participação com idêntico “poder de fogo”. Ou seja, o mais relevante é a preservação do ambiente da democracia.⁵⁰⁸ Para os substancialistas, compete ao Judiciário intervir quando estiverem em jogo direitos fundamentais.⁵⁰⁹

Logo, a visão procedimental perfaz-se através da abertura do debate na esfera pública, informação de qualidade, publicidade, imparcialidade, e a possibilidade de argumentação,⁵¹⁰ enquanto que a substancial é a proteção imediata da liberdade e da igualdade.⁵¹¹

Seja como for, ambas as concepções acabam por estar interligadas⁵¹² para que o processo democrático se perfaça em nível satisfatório. Se por um lado, a concretização de direitos fundamentais prescinde a conquista de um espaço público para sua reivindicação, por outro, as condições de materiais de participação também são bastante relevantes à efetivação desses direitos fundamentais.

Nesse “jogo político”, o Supremo Tribunal Federal necessita de sua independência para conduzir as regras e fazer valer os ditames constitucionais, sem que haja o comprometimento exclusivo com uma ou outra teoria, por vezes adotando uma perspectiva mais ativista, em outras mais de autocontenção, conforme o caso concreto, sempre almejando a realização de uma democracia contramajoritária.

⁵⁰⁷ *Idem*, p. 271.

⁵⁰⁸ APPIO, Eduardo Fernando. **Direito das...**, p. 315. Ressalta o autor que, os procedimentalistas só atuam de forma ativa na hipótese de “garantir o funcionamento dessas estruturas constitucionais”. O autor ainda se reporta a Robert Dahl, que afirma existir, no direito estadunidense, quatro estruturas fundamentais na Constituição dos Estados Unidos, sendo elas: “federalismo, presidencialismo, equidade na representação política e o *judicial review*.” (p. 316)

⁵⁰⁹ *Idem*.

⁵¹⁰ GONÇALVES, Nicole P. S. Mäder. **A jurisdição constitucional na...**, p. 542.

⁵¹¹ *Idem*.

⁵¹² APPIO, Eduardo Fernando. **O Direito das...**, p. 317.

Em casos peculiares, o Judiciário deverá mostrar, de forma mais incisiva, o poder da atuação estatal e promover a correção de eventuais falhas existentes, e que corroboram para uma evidente desigualdade, como é o caso do direito das minorias,⁵¹³ adotando uma postura ativista que favorece o modelo substancialista de democracia, de modo a reconhecer as diferenças e transmitir um sentimento de maior tolerância⁵¹⁴ à sociedade.

Em outros, o espaço público revela-se de suma importância, como no caso emblemático que envolveu a possibilidade de utilização das células tronco embrionárias para fins científicos,⁵¹⁵ em que diversas entidades representativas tiveram a oportunidade de debater sobre a questão no âmbito da Corte Constitucional brasileira. Acerca de validação do discurso democrático, afirma Daniel Sarmento que:

a) o emprego de uma metodologia racional, intersubjetivamente controlável e transparente, não só para aperfeiçoar as decisões, como também para evitar que elas sejam vistas pela sociedade como fruto exclusivo de caprichos e predileções de seus prolores; b) à democratização do próprio exercício da jurisdição constitucional, com abertura do seu procedimento à participação efetiva dos novos atores sociais, através de medidas como o fortalecimento do papel do *amici curiae* e a realização mais frequente das audiências públicas; e c) a adoção pelos juízes, de uma postura de moderação e de respeito diante das decisões adotadas pelos demais poderes, em razão do seu lastro democrático eleitoral.⁵¹⁶

Nessa linha, é válida a lição de Figueroa, ao afirmar que o neoconstitucionalismo “oferece instrumentos conceituais para reconstruir o direito atual, mas também oferece um modelo normativo de desenho institucional, assim

⁵¹³ GONÇALVES, Nicole P.S. Mäder. **A jurisdição constitucional na...**, p. 537. Afirma que - sendo aqui fundamental o critério de combinação entre reconhecimento/redistribuição - ou seja, reconhecimento das diferenças (protegendo-se a liberdade) e redistribuindo-se oportunidades (protegendo-se a igualdade).

⁵¹⁴ CARDOSO, Clodoaldo. **Tolerância e seus limites**. São Paulo: UNESP, 2003, p.144. Afirma o autor que tolerar significa “uma relação humana entre desiguais, em que o superior faz concessões ao inferior” e que o conceito de tolerância reaparece no pensamento neoliberal com o sentido novo de “respeito à diversidade cultural”, razão pela qual a identidade nacional, na visão política moderna, dá lugar à diversidade multicultural das comunidades delimitadas pela língua, religião e costumes. Portanto, para que essa sociedade pluralista possa conviver harmoniosamente, é preciso que haja tolerância entre os diversos grupos e povos da sociedade.

⁵¹⁵ ADI n. 3510/DF, Rel. Min. Carlos Ayres de Brito, DJ 05.03.2008.

⁵¹⁶ SARMENTO, Daniel. **Neoconstitucionalismo...**, p. 108.

como de interpretação e de aplicação do Direito”⁵¹⁷ em que o direito constitucionalizado prescinde reconstruir a teoria do direito a ser um modelo desejável, em razão “do positivismo jurídico não ser mais capaz de explicar a realidade do Direito”.⁵¹⁸ Assim, para o autor, o neoconstitucionalismo deve ser “mais ambicioso” na reconstrução do Direito e “menos ambicioso” quanto à possibilidade de desenvolver teorias universais.⁵¹⁹

Já Gargarella⁵²⁰ afirma que embora sejam muitas as acepções, a perspectiva de democracia prescinde de uma “aprovação das decisões públicas” através de um “processo de discussão coletiva”, e ainda, de um processo deliberativo que será oportunizado participar todos aqueles que possam potencialmente ser afetados pela decisão, mas também, tendo de existir mecanismos hábeis que propiciem uma correção das decisões, o que se revela um fator bastante relevante da teoria já que eventuais erros são inerentes à atividade humana.

Nesse sentido, a Corte Constitucional brasileira pode estabelecer decisões que contenham grande carga de democracia deliberativa, já que o valor epistêmico dos votantes respeitaria não só o princípio democrático, mas buscaria, pela função imposta pela Constituição, em realizá-lo.

A ressalva feita por Santiago Nino⁵²¹ pondera a epistemologia e afere que não seria exatamente o número de votantes o que excluiria a democracia, mas a inclinação desses poucos para se afastar dos problemas coletivos, ou ainda, não se aplicaria tanto a ideia de maioria votante, mas um valor intrínseco àqueles que exercem tal direito. Mas para o autor, é preciso, inicialmente, que haja igualdade de condições anterior à participação nesse processo, razão pela qual o papel da jurisdição constitucional é

⁵¹⁷ FIGUEROA, Alfonso García. **Criaturas de la moralidad**. Uma aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos. Madrid: Trotta, 2009, p. 49.

⁵¹⁸ *Idem, ibidem*.

⁵¹⁹ *Idem, ibidem*.

⁵²⁰ GARGARELLA, Roberto, igualitário. In: **El derecho a la igualdad**: Aportes para um constitucionalismo GARGARELLA, Roberto; ALEGRE, Marcelo (Coords.), Buenos Aires:Lexis Nexis, 2007, p. 22.

⁵²¹ NINO, Santiago, **La Constitución de la democracia deliberativa**. Tradução de Roberto P. Saba, Barcelona: Gedisa, Editorial, 1997, p. 166.

garantir direitos *a priori*, revelando-se estes como as condições mínimas para o resultado de um processo democrático.

Segundo Nino, “a falta de satisfação completa das condições *a priori* pode privar a democracia de algum grau de valor epistêmico, mesmo que não em sua totalidade.⁵²²”, uma vez que “a democracia se realimenta, trabalhando a favor de suas preocupações.”⁵²³

Também é valiosa a proposta de Comella⁵²⁴ em adotar uma terceira via que não seja a abstração exacerbada dos substancialistas, nem tampouco a restrição máxima dos procedimentalistas, mas que seja uma proposta em que o controle judicial justifica-se através da contribuição pelo Judiciário para a manutenção de uma cultura de deliberação pública, devendo-se sempre presumir pela constitucionalidade da lei emanada do Judiciário, merecendo uma reflexão se seria viável essa mudança radical de postura institucional.

É certo que todas as teorias contribuem de certa forma, para a evolução do processo de reconstrução de interpretação da Constituição. Pois, como afirma

⁵²² *Idem*, p.. 194. E ainda, GONÇALVES, Nicole P. S. Mäder. **A jurisdição constitucional na...**, p. 329. A autora afirma que Nino propõe um modelo de jurisdição constitucional que se restrinja a atuar apenas para: (i) garantir os pressupostos democráticos; (ii) rechaçar leis perfeccionistas; (iii) preservar a prática constitucional. Cabe, *a quo*, salientar as lições de Joaquín Herrera Flores, ao afirmar que “as constituições e tratados ‘reconhecem’ – evidentemente não de um modo neutro nem apolítico – os resultados das lutas sociais que se darão fora do direito, com o objetivo de conseguir um acesso igualitário e não hierarquizado ‘*a priori*’ aos bens necessários para se viver. (...) Por isso, nós não começamos pelos ‘direitos’, mas sim pelos ‘bens’ exigíveis para se viver com dignidade: expressão, convicção religiosa, educação, moradia, trabalho, meio ambiente, cidadania, alimentação sadia, tempo para o lazer e formação, patrimônio histórico-artístico, etc. Prestemos muita atenção, estamos diante de bens que satisfazem necessidades, e não de um modo *a priori*, perante direitos. Os direitos virão depois das lutas pelo acesso aos bens.” (FLORES, Joaquín Herrera. **A reinvenção dos direitos humanos**, Florianópolis, Fundação Boiteux, 2009, p. 34).

⁵²³ GODOY, Miguel Gualano de. **A democracia deliberativa como guia para a tomada de decisões legítimas**; Análise teórica a partir de Carlos Santiago Nino e algumas práticas institucionais no Brasil contemporâneo. Disponível em: <<http://www.eafit.edu.co/revistas/co-herencia/Documents/edicion14/3-a-democracia-deliberativa-guia-tomada-decises-legitimas.pdf>> Acesso em: 13 dez. 2011. “Para a concretização de sua teoria, Nino parte e depende do pressuposto de que a falta de imparcialidade não se deve às inclinações egoísticas dos atores sociais e políticos, mas sim à ignorância destes sobre os interesses dos demais. É com base nesse pressuposto que Nino reafirma sua crítica a governos ditatoriais ou aristocráticos (elitistas), já que um ditador ou uma minoria detentora do poder deixam de conhecer os interesses dos setores mais afastados da sociedade.” (...) “O valor epistêmico da democracia deliberativa, baseado na discussão e decisão públicas, não se aplica a qualquer decisão, em particular, e tampouco tem o condão de afirmar que todas as decisões majoritárias são as corretas. Ela não é uma confirmação do ditado popular “a voz do povo é a voz de Deus.”

⁵²⁴ COMELLA, Víctor Ferreres. **Justicia constitucional y...**, p.. 53- 79.

Dworkin,⁵²⁵ não haveria uma teoria de justiça capaz de atender a todas as situações “limite”, porque seja a teoria do “conservantismo originalista”, ou do “progressivismo construtivo”, eis que, estariam, de alguma forma sempre sucumbindo, sendo consideradas “mutáveis ou manipuláveis”.

Isso leva a concluir que o aprimoramento da legitimidade da jurisdição constitucional não é uma questão que envolve essa ou aquela teoria, mas, sobretudo, um compromisso político dos órgãos estatais em atender ao interesse público e concretizar os direitos, sobretudo os fundamentais. Portanto, há que se ter virtuosas e elogiáveis instituições engajadas nesse processo democrático.

Pois bem. É necessária uma dose de ativismo judicial, em determinadas situações limite. Mas também, é imprescindível que haja a conquista e a retomada do espaço público para o controle das discussões pelos cidadãos, devendo ser promovida pelo ente estatal sob diversas formas.

Através dos debates públicos promovidos pelo Executivo (através dos fóruns de debate, políticas públicas), pelo Judiciário (com a pluralização do debate através de classes representativas, dos *amici curiae*, principalmente nas questões de ordem técnica em que o juiz necessita formar o seu convencimento), e ainda, pelo Legislativo (através das discussões prévias no que se refere à elaboração de determinado projeto de lei), no âmbito das instituições públicas e privadas (com a criação de *sites*, *blogs*, bem como através dos órgãos de imprensa, mídia televisiva, digital, etc.), fomenta-se o engajamento e a participação dos cidadãos no processo de escolhas constitucionais.

Aliás, sob a ótica da teoria do “romance em cadeia” de Dworkin, é de grande valia a lição de Pablo Lucas Verdu, ao conceituar o sentimento constitucional como “expressão capital da afeição pela justiça e pela equidade, porque concerne ao ordenamento fundamental, que regula como valores, a liberdade, a justiça, e a igualdade, bem como o pluralismo jurídico”, revelando-se aqui a importância do

⁵²⁵ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 449.

contexto plural para a existência de um “sentimento constitucional”⁵²⁶. É com essa visão que Dworkin sugere ser possível encontrar uma solução para o exercício de uma democracia efetiva, em busca do ideal, o que torna um cidadão digno, pois, sendo o povo⁵²⁷ “protagonista da cena,” mister se faz que o sentimento da Constituição esteja latente na sociedade e se desenvolva um alto nível de debates públicos.

Nesse sentido, afirma Mauro Cappelletti que os tribunais não agem como legisladores, sendo estes responsáveis pelo processo de interpretação e criação do Direito. Nas palavras do autor, “os juízes estão constrangidos a ser *criadores do direito*, “*law-makers*”. Efetivamente, eles são chamados a interpretar e, por isso, inevitavelmente, a esclarecer, integrar, plasmar, transformar, e não raro a criar *ex novo* o direito. Isto não significa, porém, que sejam legisladores.”⁵²⁸

Estando a sociedade absolutamente inserida no contexto de uma democracia deliberativa, dotadas de condições *a priori* quando do processo de escolhas, não será necessário o ativismo judicial. Isso num estágio ideal de sociedade, e, portanto, de democracia.

Portanto, a concretização das normas constitucionais deve ser realizada através de uma reelaboração/“reconstrução”⁵²⁹, mediante um processo de “interpretação

⁵²⁶ VERDÚ, Pablo Lucas. **Sentimento constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. XVI do Prefácio.

⁵²⁷ Afirma Renata Pouso, nesse propósito que “...algumas vicissitudes, porém, têm prejudicado o desenvolvimento da democracia brasileira, dentre elas, a falta de identidade do povo, herdada do regime explorador de colonização observado desde o descobrimento do Brasil. Também, fomentando este desinteresse pelas questões da coletividade, a dominação constante, ora do poder econômico, ora da igreja, ora do militarismo, enfraqueceu demasiadamente as forças revolucionárias do povo. Em quase todas as tentativas de manifestação popular contrárias à centralização do poder, a manipulação dos instrumentos legais e administrativos findaram por perpetuar o regime de abusos, corrupção e tirania por parte dos governantes.” (POUSO, Renata Gonçalves Pereira Guerra. **Iniciativa popular...**, p. 114).

⁵²⁸ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 73-74.

⁵²⁹ GONÇALVES, Nicole P. S. Mäder. **A jurisdição constitucional n....**, p.02. Afirma a autora: “Pois a pergunta sobre o *papel* da jurisdição constitucional desdobra-se e especifica-se; sendo necessário investigar se o papel da jurisdição constitucional, no exercício de *interpretação/reconstrução* da Constituição é tutelar as condições procedimentais ou substanciais da democracia deliberativa e como ela pode democratizar-se, isto é, quais são as alternativas que possuem para interagir com a esfera pública e fazer uma reconstrução democrática do texto constitucional. As respostas para essas perguntas poderão dimensionar a importância da jurisdição constitucional em uma sociedade comprometida com a democracia deliberativa e indicar qual é o ponto de equilíbrio de sua intervenção nas decisões majoritárias. Afinal, se por um lado o sucesso da democracia e da constituição depende dos trabalhos da jurisdição constitucional, por outro, a *democracia* não pode se tornar uma *juristocracia*. Assim, é fundamental saber qual é o campo de atuação e a função da jurisdição constitucional em

pública”⁵³⁰ que não descarta a possibilidade de adoção de determinadas metodologias jurídicas, pois o que se faz é se agregar umas às outras, servindo de complemento para uma fundamentação que deve ser realizada, de modo claro e preciso, em atenção ao comando constitucional do art. 93, IX, da CR/88, e ainda, com respeito aos precedentes e em atenção aos *standarts*,⁵³¹ quando em colisão direitos fundamentais.

A verdade é que quando se fala em situações limítrofes de escolhas constitucionais, as teorias de justiça precisam ser mais modestas, já que a superação de paradigmas se tornará algo não tão extraordinário. Muito ao contrário, os “consensos provisórios” cada vez farão mais parte da realidade constitucional em razão da evolução dinâmica da humanidade em todos os segmentos.

Como salienta Karl Popper: “O futuro permanece em aberto. Não é predeterminado e, deste modo, não pode ser previsto, a não ser por acidente. Quando digo ‘é nosso dever permanecermos otimistas’, tal inclui não só a abertura do futuro, mas também o fato de que todos contribuimos para ele mediante todos os nossos atos: somos todos responsáveis por aquilo que o futuro nos reserva”.⁵³²

Nesse sentido, é o comentário de Álvaro Ricardo de Souza Cruz, ao sustentar que:

A novidade acaba surgindo em função do refinamento desse conhecimento que se acumulou, colocando, posteriormente em xeque as bases desse próprio paradigma. O paradigma cria instrumentos cada vez mais eficazes para a solução dos problemas que lhes são inerentes. Contudo, será esse mesmo refinamento que ‘cavará a sepultura do paradigma’, pois o paradigma cria condições para o surgimento de uma Ciência Extraordinária na qual os dogmas postulados e

sociedades democráticas para que não se corra o risco do jurídico substituir o político – elemento fundamental da democracia – ou o político atropelar o jurídico – que é a essência da Constituição.”

⁵³⁰ *Idem*, p. 537.

⁵³¹ SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da mesma moeda. In **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, n. 2, Ano n.1, abril/jun, 2006, p. 117. O autor explicita *standarts* como sendo o confronto existente entre o direito fundamental de liberdade de expressão e direito à honra das autoridades públicas. Sobre o discurso público e racional, afirma que “...o resultado que emergir da busca racional e dialógica da resposta mais correta para uma controvérsia jurídica qualquer não só tenderá a ser melhor e mais justo do que aquele que seria obtido através do exercício do mero decisionismo do intérprete, como também estará ungido de uma legitimidade muito maior” (p. 116).

⁵³² No mesmo sentido: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Um discurso científico da modernidade**. O conceito de paradigma é aplicável ao Direito? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, Prefácio, fls. xv.

princípios do paradigma em questão são questionados. A partir de então, os fundamentos do conhecimento científico passaram a ser paulatinamente erodidos, o que permite o surgimento de novos padrões científicos e, em seguida, a consolidação de um novo paradigma.⁵³³

Ainda, destaca o referido autor:

A oportunidade de uma revolução científica está sempre em aberto. Isso se dá primeiramente porque a comunidade de cientistas se esforça sempre para aplicar ainda com mais força os instrumentos do paradigma em xeque. Contudo, a crise se aprofundará com a construção das bases de um novo paradigma que, de imediato, passará a concorrer com o outro.⁵³⁴

É o dinâmico o mundo da modernidade, cabendo ao Direito acompanhá-lo, especialmente o órgão excelso, o “guardião da Constituição”, sempre que necessário.

A reconstrução permanente do sentido da Carta constitucional, mediante uma atuação conjunta com a sociedade brasileira, uniformizando-se seu texto, ainda que sob uma concepção provisória, de modo a garantir a concretização de direitos fundamentais adequados ao contexto da época, culmina, sem dúvida, no fortalecimento da democracia.

Nesse recorrente processo de reinterpretação/reconstrução da Constituição, é preciso ter em mente a necessidade de fortalecimento de um sentimento constitucional, - algo que parece ainda não ter sido desenvolvido pela nação brasileira - sentimento esse que propiciará uma sociedade ciente da sua linha evolutiva e dos seus anseios, corroborando para um afinamento das discussões públicas e a realização de “escolhas provisórias” através de “consensos mais concretos”⁵³⁵. Para que haja cidadania, tem de haver um sentimento constitucional.

⁵³³ Álvaro Ricardo de Souza. **Um discurso científico da...**, p. 05.

⁵³⁴ *Idem, ibidem.*

⁵³⁵ Clémerson Merlin Clève, por ocasião da conferência “A constitucionalização dos direitos sociais: a herança de Weimar no constitucionalismo contemporâneo. Seminário Internacional Trabalho e Constituição, realizado no Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, em Curitiba/PR, no dia 24 de junho de 2010.

3.3 Um caminho para o manejo legítimo da repercussão geral: a repercussão geral como instrumento de efetivação da tutela jurisdicional

Hodiernamente, a busca reiterada por sentidos constitucionais promovida pela mudança de valores decorrentes do pluralismo social, faz com que a repercussão geral assuma a possibilidade de ser considerada um instrumento de viabilização da democracia e de efetivação do Estado Democrático.

Considerando uma lide concreta por “paradigmática” (ainda que num grau relativo, segundo Popper), o conteúdo da controvérsia apresentada determinará o sentido da norma, de modo a atingir todos os particulares em situação judicial idêntica, e mobilizará, positivamente, a máquina jurídica estatal.

E mais. A repercussão geral deve preservar não apenas a garantia de direitos fundamentais, devendo, também, a postura do Judiciário frente aos obstáculos da atualidade procurar garanti-los. É tal como anseia o movimento do “ativismo judicial”, em que o Judiciário manifesta, em suas decisões, uma carga de responsabilidade sobre aquilo que assola o país, não estando apenas ao encargo do Poder Legislativo e Executivo o dever de corrigir eventuais erros sob a ótica do Estado Social.

Nesse sentido, o instituto vem a ser mais um mecanismo favorável de fortalecimento da democracia brasileira.

O Supremo Tribunal Federal aderiu a esse movimento, demonstrando um engajamento que é potencializado em sua jurisdição, por se tratar justamente de uma instância final em que se opera “consensos” que envolvem a Constituição. E no caso de ativismo judicial, seja no controle difuso⁵³⁶ ou concentrado, a participação dessa

⁵³⁶ VERISSIMO, Marcos P. **A Constituição de 1988...**, p. 412. “Ao Supremo Tribunal foi atribuída a “guarda” do novo texto constitucional. Operando seus termos dúbios e seu projeto de ação social, o tribunal foi chamado a um verdadeiro papel de mediação de interesses e arbitramento de disputas entre atores políticos, sobretudo entre governo e oposição. Os exemplos disso abundam e, como eles demonstram eloquentemente, o tribunal não parece ter ficado omissa a esse chamamento. Ao revés, assumiu cada vez mais clareza seu papel político, e passou a exercer sua competência de revisão constitucional com cada vez mais desenvoltura, quer no contexto do controle difuso, quer no do concentrado.

Corte é ainda mais incisiva e reforça a participação democrática de todo o Estado brasileiro, principalmente quando a decisão assume uma carga vinculante.

Não há como ter dúvida acerca da constitucionalidade do instituto, haja vista que as questões relativas aos direitos fundamentais sempre estarão repercutindo demasiadamente no âmbito da sociedade sob algum aspecto, seja ele social, jurídico, econômico, etc.

O que se tem é um reforço à seleção das causas já destinadas ao Supremo Tribunal, sendo uma espécie de mecanismo facilitador ao ponto de chegada. Pois, como afirma Nicole Gonçalves, “a repercussão geral só trará benefícios verdadeiros se sua apreciação estiver absolutamente comprometida com a tutela dos direitos fundamentais, os quais são *naturalmente transcendent*es, uma vez que a defesa dos direitos fundamentais de um cidadão não interessa apenas ao indivíduo lesado, mas a toda sociedade.”⁵³⁷

Também pelas razões acima, faz-se um adendo ao direito das minorias, sendo a repercussão geral um instrumento que vem a contribuir para captar e afirmar direitos fundamentais de pessoas de todo gênero, promovendo um Judiciário participativo, aos moldes de um ativismo judicial que respeite a Constituição.

No entanto, desde já, entende-se por oportuno tecer algumas premissas e sugestões, que talvez possam contribuir para uma maior reflexão acerca desse manejo legítimo do instituto e do seu aprimoramento no direito brasileiro.

Como bem salienta Marcelo Neves, se os conceitos podem ou não serem transplantados do direito comparado, - o que estará condicionado a vários fatores -, o que verdadeiramente importa, e será mais válido, é refletir sobre as deficiências que impedem o direito pátrio de desenvolver uma teoria constitucional que caminhe no processo de “tomada de decisões juridicamente consistentes e socialmente

⁵³⁷ GONÇALVES, Nicole P. S. Mäder. **A jurisdição constitucional na...**, p.550.

adequadas”,⁵³⁸ a fim de que haja uma posição consolidada a conter uma “sobrecarga argumentativa combinada à transparência.”⁵³⁹

Assim, questão relevante trata da decisão de admissibilidade ou rejeição da repercussão geral e sua respectiva fundamentação, que prescinde contornos claros, evitando-se a famigerada insegurança para outras situações jurídicas. Pois, num mundo massificado, não raras vezes, são elas idênticas, o que também não impede a evolução para outras situações diversas, e que não deverão estar condicionadas ao caso “paradigma”.

Assim, deve-se ter muita cautela no “retrato” do *leading case*, delineando-os de maneira bastante precisa, de modo a estarem preservados os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, o que não raro não se vê nos tribunais (cf. item 2.2.1/2.3.2). Isso requer uma fundamentação com bastante transparência.

Com relação à participação dos *amici curiae*, também se faz bastante relevante em sede de controle difuso de constitucionalidade,⁵⁴⁰ principalmente quando da análise da repercussão geral, e ainda, da edição, revisão e cancelamentos de súmulas vinculantes, pois não se está apenas diante da situação em concreto, mas de uma situação em abstrato que irá repercutir em milhares de outras questões jurídicas idênticas, de modo a “extrapolar as peculiaridades do caso em exame”.⁵⁴¹ Há que se ter a oportunidade do direito ao contraditório e à ampla defesa, em respeito ao devido processo legal (conforme item 2.4.3).

⁵³⁸ NEVES, Marcelo da Costa Pinto. **Entre a Hidra e...**, p. 189.

⁵³⁹ *Idem*, p. 201.

⁵⁴⁰ GONÇALVES, Nicole P.S. Mäder. **A jurisdição constitucional na...**, p. 530. Afirma a autora que o STF já reconheceu a possibilidade de atuação do *amicus curiae* em controle difuso ao menos em três oportunidades: no HC n. 82.424/RS (caso Ellwanger), quando alguns ministros adotaram alguns dos motivos do parecer do professor Celso Lafer na qualidade de *amicus curiae*, no RE n. 438.639/MG, em que se versava sobre o conflito de competência nas ações de danos morais decorrentes de acidente de trabalho, e ainda, RE n. 416.827/SC, em que se funda o pagamento de pensões por morte pelo INSS. Já a questão das audiências públicas ainda não foi objeto de análise do STF, mas podendo-se utilizar como “analogia” (i) o caso Verbistky, em que se trata de um *habeas corpus* em favor de alguns presos que se encontravam em delegacias de Buenos Aires, determinando a Suprema Corte que fosse solucionada a questão num prazo de sessenta dias para a retirada de menores de idade e enfermos, havendo uma audiência pública com o Poder Executivo; (ii) o caso Mendoza, que envolvia os danos ambientais provocados no Rio Matanza-Riachuelo, em razão dos poluentes despejados no Rio, havendo audiência pública com o Estado.

⁵⁴¹ GONÇALVES, Nicole P. S. Mäder. **A jurisdição constitucional na...**, p. 528.

Ponto também relevante é o excessivo número de casos em que vem se entendendo pelo reconhecimento da repercussão geral, e que também vem acompanhado de uma reincidente ausência de votos proferidos em Plenário Virtual, o que acarreta a presunção de admissibilidade do recurso em razão do silêncio dos demais Ministros (conforme item 2.4.1).

Portanto, há que se refletir sobre a necessidade de ampliar o número de votos obrigatórios (ao mínimo 4), não apenas do Ministro Relator, de maneira a reforçar a legitimidade dessas decisões, que repercutirão numa infinidade de outras causas idênticas.

Outra questão de notória importância refere-se ao processamento do Plenário Virtual⁵⁴² e a segurança de suas informações. Pois, há que se ter uma espécie de controle das informações geradas, numa dupla checagem do sistema digital, o que seria facilitado a partir de necessidade de implementação de outros votos obrigatórios dos membros do Colegiado, pois, não há como se ignorar o fato de que o sistema é operado por pessoas falíveis (consoante itens 2.4.1 e 2.4.2). A previsão de mecanismos eletrônicos dessa magnitude prescinde de um alto investimento financeiro que propicie segurança jurídica ao jurisdicionado.

De igual forma, é relevante seja aqui levantada a densidade normativa do conteúdo contido no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF) acerca da repercussão geral, podendo, inclusive, serem equiparadas a leis ordinárias, uma vez que tratam sobre todo procedimento que rege o instituto. Nesse raciocínio, questiona-se: tais normas não estariam ferindo o processo legislativo?

Outro ponto relevante seria o sobrestamento excessivo nos tribunais locais, sem que haja o julgamento dos casos eleitos “por amostragem”, ou com “efeitos múltiplos”, sobrecarregando-os demasiadamente, e ainda, incorrendo-se novamente no risco de se colocar a repercussão gera; em inutilidade, a exemplo do que ocorreu com a

⁵⁴² DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de...**, p. 344. Para Didier Jr., “não é ocioso afirmar que o julgamento por meio eletrônico só é possível, especificamente, para a repercussão geral, não se estendendo para outras situações, sob pena de ofender a garantia constitucional de fundamentação explícita das decisões.”

extinta arguição de relevância, comprometendo-se a tão almejada celeridade e efetividade processual, princípios esses mentores do próprio instituto. Há que se ter muita atenção nesse aspecto, para que o atual panorama não se torne irreversível (item 2.4.2).

Diante desse atual cenário atual, uma questão provocante e que merece análise, seria o cabimento de uma eventual antecipação de tutela para um caso eleito “por amostragem”. Uma vez estando presentes os requisitos do art. 273 do CPC, parece não ser impossível a utilização da medida, principalmente no âmbito do próprio Supremo Tribunal Federal, uma vez já reconhecida a presença da repercussão geral. Mas, é claro, a questão fica para reflexão.

Em linhas gerais, o instituto da repercussão geral será sempre legítimo quando utilizado numa perspectiva enquadrada na visão clássica de “abertura” e “fechamento,”⁵⁴³ entre democracia e constitucionalismo, e ainda, quando essa atividade de reconstrução da interpretação da Constituição tiver por base o “processo, a publicidade e fundamentação”.⁵⁴⁴ Em se tratando de uma questão jurídica relevante e que poderá surtir efeitos para toda a coletividade, ou determinado segmento, é necessário que as questões sejam amplamente discutidas pelos interessados devidamente representados, sendo crucial as “chamadas” da sociedade para os debates, (pelos meios de comunicação, rádio, televisão, meios públicos, etc.). Pois, há que se ter a presença dos seus principais atores, o povo, promovendo um sentido à norma constitucional.

Nessa linha, é o pensamento de Paulo Cezar Pinheiro Carneiro ao afirmar que:

De tudo que se disse até agora, seja das teorias éticas de justiça, seja do comportamento dos principais personagens do processo, podemos extrair uma meta, um referencial, delimitar um campo ético que deve impregnar o processo, servir de norte para o comportamento de todos os personagens que o integram, principais ou secundários, traduzindo numa expressão a que denominamos de “solidariedade”. (...)

⁵⁴³ GONÇALVES, Nicole P. S. Mäder. **A jurisdição constitucional na...**, p. 550.

⁵⁴⁴ *Idem, ibidem.*

Essa nova visão de processo, calcada na solidariedade se acentua e cresce de importância na medida em que passamos a considerá-lo não mais como um amontoado de páginas e documentos, mas sim como algo que tem vida. (...)

Assim, o processo passa a congregiar dois aspectos que se fundem: o plano técnico e o humano ou ético, não para criar normas, mas para desvendá-las, descobri-las, potencializá-las, interpretando-as na linha dos escopos jurídicos sociais e políticos do processo civil moderno, que informam o Estado Democrático de Direito.

Nesse passo, a ética passa a representar um valor indispensável na busca da constituição de uma justiça.⁵⁴⁵

Não há como deixar de negar que o advento do instituto da repercussão geral indica que a abstrativização do controle difuso concreto de constitucionalidade é um fenômeno inexorável, em prol da “eficiência e da economicidade”,⁵⁴⁶ e que deve acompanhar a evolução da massificada sociedade, através da adoção do referido processo de “fechamento/abertura”.⁵⁴⁷

Portanto, o que se pode afirmar até o presente momento, é que o referido instrumento foi bem adaptado ao sistema jurídico pátrio, preservando-se todos os direitos fundamentais da isonomia, celeridade, efetividade, segurança jurídica, etc., promovendo um significativo reordenamento na atuação do Supremo Tribunal Federal.

E isso contribuiu significativamente para o fortalecimento do Estado Democrático brasileiro desde o seu advento, o que não impede, de acordo com as ponderações acima realizadas, que esse mecanismo venha a ter um grau maior de aprovação pelo jurisdicionado com o decorrer do tempo, e com eventuais adaptações que possam ser realizadas no intuito de reforçar o seu caráter legítimo.

⁵⁴⁵ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Op. cit.*, pg. 562.

⁵⁴⁶ GONÇALVES, Nicole P. S. Mäder. **A jurisdição constitucional na...**, p. 519.

⁵⁴⁷ *Idem, ibidem.*

CONCLUSÃO

Os fenômenos do século XX passam a determinar, inexoravelmente, a necessidade de atuação política do Judiciário, de modo a dar concretude aos direitos fundamentais, sobretudo, aos direitos humanos.

Assim, superada a fase de instabilidade do texto constitucional ocorrida quando do advento da “Carta de 88”, e estando, agora, na ocasião em que se pugna pela efetividade das normas constitucionais, talvez seja o momento para uma profunda reflexão acerca dos rumos da Corte Constitucional Brasileira e seu modo de atuação, o que se faz por intermédio do controle de constitucionalidade.

Com a consolidação do Estado Social e Democrático, observa-se a proposta de uma jurisdição constitucional comprometida com os direitos fundamentais, que evidencia a tensão cotidiana entre o constitucionalismo e realidade constitucional, ou democracia. Por vezes, pendendo para um lado ou para outro, mas o que se torna imperioso é a preservação de ambos, de modo que não haja excessos.

A cultura do acesso irrestrito ao controle difuso, introduzida no direito pátrio no império, fez-se imprescindível à democracia, em razão da liberdade já enraizada nos julgadores quando do entendimento do texto constitucional. Mas aqui há entraves bastante peculiares, já que os julgados não se encontram obrigatórios em razão do sistema jurídico brasileiro positivista oriundo do *civil law*.

Ao contrário da *common law*, em que há uma formulação contínua de decisões, o que se vê no atual sistema jurídico brasileiro é um “caos jurisprudencial”, dada a necessidade já assimilada na cultura jurídica brasileira de que cada juiz, nos casos concretos, é livre e capaz de dizer o conteúdo da Constituição.

Essa problemática do controle difuso brasileiro vem a comprometer (i) a estrutura judiciária brasileira, na medida em que essa liberdade de interpretação tem sido levada ao extremo, pois enquanto um juiz julga a lei inconstitucional, na sala ao

lado, outro juiz ou tribunal pode considerá-la constitucional⁵⁴⁸, e ainda, (ii) o modo de atuação do Supremo Tribunal Federal, imiscuindo-se de sua missão constitucional em razão da sua assoberbada atuação revisora.

A exigência a dar uma uniformidade às decisões judiciais, em uma só via, torna-se mais evidente quando se observa que o Judiciário brasileiro possui diversas instâncias, pois, no caso de julgamentos conflitantes num mesmo Estado da Federação, cuja instância recursal é a mesma, surge o conflito, sendo a dubiedade sobre a segurança jurídica uma constante. E com o fenômeno da massificação da sociedade, essa controvérsia tornaria-se sem fim, não havendo parâmetro para a resolução de mérito, e ainda, sendo a aferição de constitucionalidade um mero joguete nas mãos de um Judiciário confuso, não existindo garantia, segurança, previsibilidade.⁵⁴⁹

Se o Supremo Tribunal Federal pretende reordenar sua atuação de modo a se focar nas decisões interpretativas e aplicativas da Constituição, - o que lhe é atribuído pela “Carta Magna”, por ter sido eleito o “guardião da Constituição” -, e com isso fornecer a mesma ferramenta que os precedentes na *common law*, faz-se imprescindível a instituição de um mecanismo de triagem, de maneira a não sobrecarregar indevidamente a Corte brasileira, o que tem ocorrido ao longo de décadas.

Em meio a esse contexto histórico, em que de um lado havia a complexa formulação sistemática da estrutura jurídica brasileira no tocante ao controle de constitucionalidade, e do outro, os anseios sociais que buscavam no Judiciário, através do ativismo a solução de seus problemas, foi criado o instituto de repercussão geral através da Emenda Constitucional nº 45/2003, projetando, principalmente sob o Supremo Tribunal, o acolhimento geral das questões de grande impacto na sociedade (Lei nº 11.418/2007), como forma de solucionar a “crise” na qual se encontra a Corte brasileira.

⁵⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 101.

⁵⁴⁹ *Idem*, p. 63.

O advento do mecanismo de filtragem foi importado do direito estadunidense, sendo o resultado de diversas decisões proferidas, paulatinamente, de cima para baixo, ao longo dos últimos anos, culminando com a objetivação do recurso extraordinário, ou da “abstrativização” do controle difuso.

Assim, determinou-se o rumo das decisões judiciais não através da lei (já que esta se traduz apenas num subterfúgio para o caso concreto, não sendo uma base de sustentação geral), mas se partindo de uma premissa de que o julgamento do caso “paradigma” irá refletir em todos os demais, cujas controvérsias sejam semelhantes, em razão do seu efeito “múltiplo”, assemelhando-se, de certa forma, aos precedentes na *common law*.

A questão é que, se o recurso extraordinário assumir uma nova faceta ao controle difuso, tendenciando para o controle abstrato, seus efeitos daí advindos estarão condicionados ao advento da resolução senatorial. Desta forma, entende-se que os direitos fundamentais da celeridade e da efetividade não devem sobrepor-se à notória inação do Legislativo, da qual a sociedade, por vezes, é vítima, de modo que a competência deferida ao Senado Federal deve ser reavaliada.⁵⁵⁰

No entanto, quanto à legitimidade do Judiciário, isso não deve impedir que o Supremo Tribunal Federal aprecie as referidas questões em controle difuso. A questão deve ser analisada no sentido de ser possível a atribuição de efeitos *erga omnes* e *vinculantes*, ou ainda, *transcendentes* em controle difuso, - o que, inclusive, já é acolhido nos Tribunais locais, através do § único do art. 481 do CPC -, devendo ser admitida a participação ativa da sociedade por meio das entidades de classes devidamente representadas, do auxílio técnico do *amici curiae*, sempre que se revelar pertinente e necessário, o que já é permitido em sede de controle difuso e abstrato também perante os Tribunais locais (art. 482, §§1, 2º, e 3º do CPC). A questão ainda padece de um assentamento do Supremo Tribunal Brasileiro.

⁵⁵⁰ Nesse sentido: CLÈVE, Clémerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 410.

Não há como negar que o advento da repercussão geral indica que a abstrativização do controle difuso concreto de constitucionalidade é um fenômeno inexorável, em prol da “eficiência e da economicidade”,⁵⁵¹ revelando-se um instituto necessário à sistemática recursal brasileira, trazendo grandes benefícios, se manejados de forma adequada e estiver sempre aberta a uma visão de *reconstrução* interpretativa da Constituição, comprometida com os direitos fundamentais.”⁵⁵²

A questão deve ser analisada pela teoria do “direito como integridade,” à luz da concepção de Dworkin, em que os Ministros do Supremo Tribunal devem fundamentar suas decisões numa espécie de “romance em cadeia”, em que a ordem principiológica estrutural regerá a base fundante das decisões, utilizando-se dos julgamentos anteriores para uma espécie de alinhamento, e, assim, renovado-se as decisões em “caráter provisório”, evoluindo-se paulatinamente, o que ainda parece ser um obstáculo de ordem prática em razão das divergências internas existentes na Corte.

Nesse contexto de abertura e ampliação do discurso na arena judicial, revela-se crucial a participação dos cidadãos sob um nível satisfatório de condições *a priori*, quando do processo de tomada de decisões, assim se fortalecendo um sentimento constitucional que deve ser latente na sociedade. Também se faz imprescindível o fomento das discussões através dos meios de comunicação e das instituições públicas e privadas, de modo a se realizarem todas as condições necessárias à produção de um rico debate, assim se consolidando uma democracia deliberativa que ora se perfaz através de um ativismo judicial, ora através de uma autocontenção, conforme o caso concreto.

Assim, a repercussão geral vislumbra-se como um instituto necessário à sistemática recursal brasileira, sendo sempre legítimo quando utilizado numa perspectiva enquadrada na visão clássica de “abertura” e “fechamento”⁵⁵³ entre democracia e constitucionalismo, e ainda, quando essa atividade de reconstrução da

⁵⁵¹ GONÇALVES, Nicole P. S. Mäder. **A jurisdição constitucional na perspectiva da democracia deliberativa**. Curitiba, 2010, 550 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná (UFPR) – Curitiba, p. 519.

⁵⁵² *Idem*, p. 520.

⁵⁵³ *Idem*, p. 550.

interpretação da Constituição tiver por base o “processo, a publicidade e fundamentação.”⁵⁵⁴

No que concerne ao paradigma da *Supreme Court* e seu sistema discricionário de seleção das causas, em que pese renomada doutrina pátria sustente ser favorável a esse modelo, há que se ponderar que a democracia estadunidense encontra-se num estágio bem mais avançado em relação à brasileira, em que ainda se pugna pela efetividade das normas constitucionais, especialmente pela concretização de direitos básicos. Isso vem reforçar a atuação do Supremo no sentido de dar concretude aos direitos fundamentais, inviabilizando o caráter “arbitrário” de filtragem do *certiorari* brasileiro. Mas isso não impede que, num futuro próximo, a Supremo Tribunal venha assim atuar, num estágio mais avançado de sociedade, e assim, de democracia.

Portanto, de acordo com as pesquisas realizadas, é de se concluir que o instituto da repercussão geral vem propiciando um estreitamento da via difusa com a filtragem dos casos, promovendo um necessário redirecionamento do Supremo Tribunal Federal, preservando-se direitos fundamentais como a isonomia, celeridade, efetividade, segurança jurídica, etc., e ainda, contribuindo significativamente para o fortalecimento do Estado Democrático brasileiro, o que não impede que eventuais adaptações tenham por objetivo reforçar seu caráter legítimo.

⁵⁵⁴ GONÇALVES, Nicole P. S. Mäder. **A jurisdição constitucional na perspectiva da democracia deliberativa**. Curitiba, 2010, 550 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná (UFPR) – Curitiba, p. 550.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura (Coord.). **Comentários à reforma do poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luíz Afonso Heck, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático. Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Tradução de Luíz Afonso Heck. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 217: 55-66, jul./set. 1999.

_____. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Landy, 2001.

_____. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2001.

ALVES, Francisco Glauber Pessoa. **O princípio jurídico da igualdade e o Processo Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ALVES JR., Francisco. O Princípio da Eficiência e o Poder Judiciário. **Revista da Esmese – Poder Judiciário do Estado de Sergipe**, n. 05, 2003.

ALVIM, Arruda. **A Constituição de 88 não é culpada por excesso de demanda do Judiciário**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias>> Acesso em: 29 out. 2009.

_____. A EC n.45 e o instituto da Repercussão Geral. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *et.all.* (Coords.). **Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC 45/2004**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

Anteprojeto do novo Código de Processo Civil. Disponível em: <[> Acesso em 08 jan. 2011.](http://www.senado.gov.br/senado/novocpc)

APPIO, Eduardo Fernando. **Controle difuso de constitucionalidade**. Modulação dos efeitos, uniformização de jurisprudência e coisa julgada. Curitiba: Juruá, 2008.

_____. **Direito das minorias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ARAGÃO, Egas Moniz de. Demasiados recursos? **Revista de Processo**. São Paulo, v. 31, n. 136, p. 9-31, jun. 2006.

ARAUJO, Marcelo Labanca Corrêa; BARROS, Luciano José Pinheiro. O Estreitamento da via difusa no Controle de Constitucionalidade e a repercussão geral nos Recursos Extraordinários. **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**. v.1. n. 1. dez/2007.

BARATTO, Marcia. **Direitos indígenas na América do Sul e o papel dos tribunais constitucionais no Brasil, Colômbia e Bolívia**: reflexões sobre direitos humanos e diversidade cultural. II Seminário de Sociologia & Política da UFPR. Anais do Evento setembro de 2010. Curitiba. Disponível em: <<http://www.seminariosociologiapolitica.ufpr.br/anais/GT01/Marcia%20Baratto.pdf>> Acesso em: 02 out. 2011.

BARBOSA, Rogério. **Novo CPC poderá regulamentar julgamentos virtuais**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-nov-21/codigo-processo-civil-regulamentar-julgamentos-virtuais>> Acesso em: 05 nov. 2011.

BARBOSA, Rui. **Justiça - O Pensador - Frases**. Disponível em: <<http://pensador.uol.com.br/frase/NTczNTg1>> Acesso em: 04 out. 2011.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O futuro da justiça: alguns mitos. **Revista de Processo**, v. 102, p. 232, abr/jun 2001.

BARBOZA, Estefania Maria de Queiroz. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica**: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de *common law* e *civil law* na sociedade contemporânea. Curitiba, 2011, 264 f., Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

BARCELOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009.

_____. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em: 13 dez. 2011.

_____. **O acesso às prestações de saúde no Brasil – Desafios ao Poder Judiciário**. In Audiência Pública – Saúde. Disponível em: <

http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Luis_Roberto_Barroso.pdf.> Acesso em 26 set. 2011.

BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**. Disponível em: <<http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?=7547>> Acesso em: 01 jun. 2010.

_____. **Temas de Direito Constitucional**. T. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BENITEZ, Gisela Maria Bester. O controle de constitucionalidade jurisdicional nos países do Mercosul e a amplitude democrática do acesso à justiça constitucional. Análise comparativa no âmbito do direito processual constitucional. **Anuário de Derecho Constitucional Latinoamericano/2003**. Instituto de Investigaciones Jurídicas de LA UNAM. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2003/pr/pr13.pdf>> Acesso em: 02 out. 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24 ed. São Paulo; Malheiros, 1999.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 26 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Jurisdição constitucional e legitimidade** (algumas observações sobre o Brasil) Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ea/v18n51/a07v1851.pdf>> Acesso em: 31 jun. 2010.

_____. **Teoria da democracia participativa**. São Paulo: Malheiros, 2008.

BONENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**: legitimidade democrática e instrumentos de realização. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BRAGHITTONI, Ives. **Recurso extraordinário, uma análise do acesso ao Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 17 jan. 1973.

BRASIL. Lei nº 6.385, de 07 de dezembro de 1976. Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 09 dez. 1976.

BRASIL. Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990. Institui normas procedimentais para os processos que especifica perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 29 mai. 1990.

BRASIL. Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 13 jun. 1994.

BRASIL. Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 05 jul. 1994.

BRASIL. Lei nº 9.068, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 11 nov. 1999.

BRASIL. Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 13 jul. 2001.

BRASIL. Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006. Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 20 dez. 2006.

BRASIL. Lei nº 11.418, de 19 de dezembro de 2006. Acrescenta à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, dispositivos que regulamentam o § 3º do art. 102 da Constituição Federal. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 20 dez. 2006.

BRASIL. Lei nº 12.322, de 09 de setembro de 2010. Transforma o agravo de instrumento interposto contra decisão que não admite recurso extraordinário ou especial em agravo nos próprios autos, alterando dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 10 set. 2010.

BRASIL. Projeto de Lei nº 5.139, de 08 de abril de 2009. Disciplina a ação civil pública para a tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, e dá

outras providências. Brasília, **Câmara dos Deputados**. Disponível em: <<http://http://www.camara.gov.br/sileg/integras/651669.pdf>> Acesso em: 11 ago. 2011.

BRASIL. Projeto de Lei nº 8.046, de 22 de dezembro de 2010. Revoga a Lei nº 5.869, de 1973. Brasília, **Câmara dos Deputados**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267> Acesso em: 11 ago. 2011.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de Direito Processual Civil**. v. V. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **O amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BUSATO, Roberto. **FOLHA - A OAB é contrária à repercussão geral**. Disponível em <<http://www.veja.abril.com.br/blogs/reinaldo/2006/12/smula-vinculante-e-repercusso-geral.html>> Acesso em 24 jul. 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**, Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Elen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

_____. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993.

_____. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARDOSO, Clodoaldo. **Tolerância e seus limites**. São Paulo: UNESP, 2003.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A Constituição aberta e os direitos fundamentais**. São Paulo: Forense, 2003.

CASTRO, Marcos Faro de. **O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política**. Disponível em: <http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_34/rbcs34_09.htm> . Acesso em: 12 nov. 2011.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Intervenção de terceiros**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Recurso especial, agravos e agravo interno**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Processo Civil. Novas tendências (Homenagem ao Professor Humberto Teodoro Júnior)**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Estado constitucional, neoconstitucionalismo e tributação**. Disponível em: <<http://www.cleveadvogados.com.br>> Acesso em: 09 nov. 2011.

_____. **Temas de Direito Constitucional (e de Teoria do Direito)**, São Paulo, Acadêmica, 1993.

COMELLA, Víctor Ferreres. **Justicia constitucional y democracia**. Madrid: Centro de Estudos Políticos e Constitucionales, 1997.

CORREA, Estevão, Lourenço. (Coord). **Revista do Instituto dos Advogados do Paraná**. n. 37. Curitiba, 2009.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Um discurso científico da modernidade**. O conceito de paradigma é aplicável ao Direito? Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009.

CUNHA JR, Dirley da. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática**. 2. ed. Salvador: Jus Podium, 2006.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. Salvador: Jus Podium, 2011.

DANTAS, Bruno. **Repercussão geral**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DE LA RÚA, Fernando. **Teoria general del proceso**. Buenos Aires: Depalma, 1991.

DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. **Direito Administrativo**. 13. ed., São Paulo: Atlas, 2001.

DIDIER Jr., Fredie. **Recurso de terceiro: juízo de admissibilidade**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Processo Civil**. v. I. 11. ed. Salvador: Jus Podium, 2009.

DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. I. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

Discurso do presidente do STF, Min. Cezar Peluso, na abertura do ano judiciário de 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfDestaque_pt_br/anexo/Discurso_abertura_ano_judiciario.pdf> Acesso em 12 out. 2011.

DOBROLWOLSKI, Samantha Chantal. **A construção social do sentido da democracia contemporânea: entre soberania popular e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Freedom's law: the moral reading of the American Constitution**. Cambridge: Harvard Press, 1996.

_____. **Levando os direitos a sério**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. Madrid: Ariel, 1989.

_____. **O império do Direito**, São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ELY, John. **Democracia y desconfianza: Uma teoria del control contitucional**. Tradução Magdalena Holguín, Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 1997.

FARIA, José Eduardo. **Poder e legitimidade**. São Paulo: Perspectiva, 1978.

FAVOREU, Louis. **As cortes constitucionais**. Tradução de Dunia Marinho Lima. São Paulo: Landy, 2004.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. O *amicus curiae* e a democratização e a legitimação da jurisdição constitucional concentrada. Osasco. **Revista Mestrado em Direito**. Ano 8, n.1, 2008.

FIGUEROA, Alfonso García. **Criaturas de la moralidad**. Uma aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos. Madrid: Trotta, 2009.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitucion, de la antigüedad a nuestros días**. Tradução de Manuel Martinez Neira. São Paulo: Max Limonad, 2001.

FISCHER, Octavio Campos. **Os efeitos de declaração de inconstitucionalidade no Direito Tributário Brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

FREITAS, Marina Cardoso de. **Análise do julgamento da repercussão geral nos recursos extraordinários**. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/150_Monografia%20Marina%20Cardoso.pdf> Acesso em: 16 jan. 2011.

FLORES, Joaquín Herrera. **A reinvenção dos direitos humanos**, Florianópolis, Fundação Boiteux, 2009.

FOLHA - A OAB é contrária à repercussão geral. Disponível em <<http://www.veja.abril.com.br/blogs/reinaldo/2006/12/smula-vinculante-e-repercusso-geral.html>> Acesso em 24 jul. 2010.

FUX, Luiz. **Novo CPC permitirá saber o dia de amanhã**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-set-06/cpc-permitira-saber-dia-amanha-afirma-luiz-fux>> Acesso em 05 dez. 2011.

GARGARELLA, Roberto, *In: El Derecho a la igualdad: Aportes para um constitucionalismo* GARGARELLA, Roberto; ALEGRE, Marcelo (Coord.), Buenos Aires: LexisNexis, 2007.

_____, **Teoría y crítica de del Derecho Constitucional**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2008.

GODOY, Miguel Gualano de. **A democracia deliberativa como guia para a tomada de decisões legítimas**; Análise teórica a partir de Carlos Santiago Nino e algumas práticas institucionais no Brasil contemporâneo. Disponível em: <<http://www.eafit.edu.co/revistas/co-herencia/Documents/edicion14/3-a-democracia-deliberativa-guia-tomada-decisoos-legitimas.pdf>> Acesso em: 13 dez. 2011.

GOMES, Ana Zélia Jansen Saraiva. **O processo de objetivação do recurso extraordinário**. Disponível em: <http://lfg.com.br/public_html/article.php?story20080208141335917> Acesso em: 15 jun. 2010.

GOMES, Wilson. A democracia digital e o problema da participação civil na decisão civil na decisão política. **Revista Fronteiras**. Unisinos – Estudos Midiáticos, exemp. setembro/dezembro 2005, 31/06/2006. Disponível em: <<http://revcom2.portcom.intercom.org.br/index.php/fronteiras/article/view/3120/2930/31209303-1.pdf>> Acesso em: 02 jan. 2011.

GOMES JR., Luiz Manoel. **A repercussão geral da questão constitucional no recurso extraordinário**. Juris Síntese n. 51, jan-fev, 2005.

GONÇALVES, Nicole P. S. Mäder. **A jurisdição constitucional na perspectiva da democracia deliberativa**. Curitiba, 2010, 550 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná (UFPR) – Curitiba.

GRAU, Eros. **A ordem econômica na Constituição de 88: Interpretação e Crítica**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. A sociedade aberta e os intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição. Porto Alegre: Fabris, 1997.

_____. **A Constituição é uma declaração de amor ao país**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-mai-29/entrevista-peter-haberle-constitucionalista-alemao>> Acesso em 09. jan. 2012.

HABERMAS Jürgen. **Direito e democracia: entre a facticidade e validade**. v. I. Tradução Flávio Bueno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**, vol I Tradução. Flávio Bueno, Siebeneichler. Rio de Janeiro. Tempo Brasileiro, 2003.

HESSE, Konrad. **Derecho constitucional y derecho privado**. Tradução de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Civitas, 1995.

IBGE. Disponível em: <<http://www.brasilecola.com/brasil/a-populacao-brasileira.htm>> Acesso em 04 ago. 2011.

Inaplicabilidade da teoria da transcendência dos motivos determinantes. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/topicos/3534510/inaplicabilidade-da-teoria-da-transcendencia-dos-motivos-determinantes>> Acesso em 12 out. 2011.

IRTI, Natalino. **L'età della decodificazione**. 4. Ed. Milano: Giuffrè, 1999.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. **Repercussão geral e efeito vinculante: Neoconstitucionalismo, amicus curiae e a pluralização do debate**, Curitiba, 2010, 425 f. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos Direitos Humanos**. São Paulo: Cia das Letras, 1988.

LAMY, Eduardo de Avelar. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário. **Revista da Esmesc**, v. 12, n. 18, 2005.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

LAURENTIIS, Thais Catib de. **A caracterização do *amicus curiae* à luz do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:pMEUHQQe6_IJ:www.sbdp.org.br/ver_monografia.php%3FidMono%3D106+thais+catib+amicus+curiae&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br> Acesso em: 02 set. 2011.

LIMA, José Edvaldo Albuquerque de. **Recurso ordinário, extraordinário e especial**. 3. ed. Leme: Mundo Jurídico, 2008.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução de conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009,

_____. **Divergência jurisprudencial e Súmula Vinculante**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A aproximação entre as jurisdições de *civil law* e *commow law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil** In: Coletânea em homenagem ao professor Ovídio Baptista da Silva, São Paulo: Saraiva, 2009.

_____; MITIDIERO, Daniel. **A repercussão geral no recurso extraordinário**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Coisa julgada inconstitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Curso de Processo Civil**. Teoria Geral do Processo. V. 1. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Estudos dos cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR**. Salvador: Jus Podium, 2010.

_____. **O precedente na dimensão da segurança jurídica**. Disponível em: <http://www.processoscoletivos.net/ve_artigo.asp?id=64> Acesso em 29 dez. 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e *commow law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista de Faculdade de Direito da UFPR** Curitiba/PR, n. 49, 2009.

_____. **Teoria Geral do Processo**. v. 1. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual de Processo de Conhecimento**. A tutela jurisdicional através do processo de conhecimento; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____; _____. **Manual de processo de conhecimento**. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARTINS, Cristiano Zanin; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo. O instituto da repercussão geral e o recurso especial interposto simultaneamente ao recurso extraordinário. **Revista de Processo**, n. 34. v. 174, ago/2009, São Paulo: Revista dos Tribunais.

MEDINA, Damares, **Amicus Curiae**: amigo da Corte ou amigo da parte? Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/340675/amicus-curiae-influi-em-decisoes-do-stf-mostra-pesquisa>> Acesso em 31 out. 2010.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Prequestionamento e repercussão geral**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MELLO, Rogério Licastro Torres de. (Coord). **Recurso especial e extraordinário - Repercussão Geral e Atualidades**, São Paulo: Método, 2007.

, Gilmar Ferreira. **A reforma do Judiciário, de alguma forma, vem realizando a reforma do estado Democrático de Direito**. Disponível em: <<http://bahianoticias.com.br/justica/noticias>> Acesso em: 29 ago. 2010.

_____. *et. all.* **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Ivens Gandra da Silva. **Controle concentrado de constitucionalidade**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 3 ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004

_____. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade**: um caso clássico de mutação constitucional. *In* Revista de Informação Legislativa, Senado Federal, v. 162, 2004.

_____. Controle de constitucionalidade: uma análise das leis 9868/99 e 9882/99. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n. 11, fev/ 2002.

MIRANDA, Jorge. **Direito Constitucional** – Tomo IV – Inconstitucionalidade e garantia da Constituição. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

MORAIS, Guilherme Pena de. **A figura do *amicus curiae* na ADPF**. Disponível em: <http://academico.direitorio.fgv.br/ccmw/A_figura_do_amicus_curiae_na_ADPF> Acesso em: 31 out. 2010.

MOREIRA, José Carlos Barbosa, **Comentário do Código de Processo Civil**, 14. ed, Rio de Janeiro: Forense, 2008.

NEVES, Marcelo da Costa Pinto. **Entre a Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. Brasília: UNB, 2010.

NINO, Santiago, **La Constitución de la democracia deliberativa**. Tradução de Roberto P. Saba, Barcelona: Gedisa, Editorial, 1997.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PASOLD, Cesar Luiz Pasold. **Novos direitos: conceitos operacionais de cinco categorias que lhes são conexas**, Revista Sequencia Juridica, n. 50, jul/2005, p. 225-236. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/viewFile/.../13817>> Acesso em: 09 out. 2011.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Da arguição de relevância no recurso extraordinário**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1977.

PEREIRA, Milton Luiz. *Amicus Curiae* – intervenção de terceiros. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre, 2002, n. 20, nov./dez. 2002.

PERLINGIERI, Pietro. **Direito civil à luz da legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional** – um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Editora Coimbra, 1989.

PLATÃO. **A república**. Disponível em: <www.mundodosfilosofos.com.br/platao2.htm> Acesso em: 30 ago. 2011.

POUSA JÚNIOR, Éfren Fernandez. **A figura do *amicus curiae* no direito pátrio.** Disponível em: <
<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:LoqFIcpdJuQJ:www.webartigos.com/articles/32037/1/A-FIGURA-DO-AMICUS-CURIAE-NO-DIREITOPATRIO>> Acesso em: 31 out. 2010.

POUSO, Renata Gonçalves Pereira Guerra. **Iniciativa popular** municipal – ferramenta de legitimação da democracia. São Paulo: Saraiva, Série IDP – Instituto Brasiliense de Direito Público, 2010.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça.** 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

_____. **Lições preliminares de Direito,** 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

Revista de Processo n. 33, v. 159, mai/2008, São Paulo: Revista dos Tribunais.

Revista de Processo n. 33, v. 165, nov/2008, São Paulo: Revista dos Tribunais.

Revista de Processo n. 34, v. 168, fev/2009, São Paulo: Revista dos Tribunais.

Revista de Processo n. 34, v. 170, abr/ 2009, São Paulo: Revista dos Tribunais.

Revista de Processo n. 34, v. 173, jul/2009, São Paulo: Revista dos Tribunais.

Revista de Processo n. 36, v. 191, jan/2011, São Paulo: Revista dos Tribunais.

Revista de Processo n. 36, v. 194, abr/2011, São Paulo: Revista dos Tribunais.

Revista de Processo n. 36, v, 195, mai/2011, São Paulo: Revista dos Tribunais.

Revista de Processo n. 117, set/out 2004, São Paulo: Revista dos Tribunais.

Conceitos de Justiça Participativa. **RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos.** Bauru. v. 40. n. 45, p. 149-169, jan./jun. 2006.

RIBEIRO, Marlana Carla Peixoto. **O acesso à justiça como um direito fundamental.** Disponível em: <
<http://www.agata.ucg.br/formularios/ucg/institutos/nepjur/pdf/MONOGRAFIA171005.pdf>> Acesso em: 14 jun. 2010.

ROSSEAU, Jean-Jaques. **O contrato social e outros escritos.** São Paulo: Editora Pensamento, Cultrix, 1998.

ROSA, Renato Xavier da Silveira. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. Disponível em: < <http://www.renatorosa.com/incidente-de-resolucao-de-demandas-repetitivas> > Acesso em 27 dez. 2011.

ROVER, Aires, José (Org.). **Direito, sociedade e informática**: limites e perspectivas da vida digital. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000.

Rule 37 - Rules of Supreme Court of the United States Brief for an *Amicus Curiae*. Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov>> Acesso em: 31 out. 2011.

SANTOS, Boaventura de Souza, **Reconhecer para libertar** – os caminhos do cosmopolismo mundial. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Habermas entre amigos e críticos. Prolegômenos para uma esfera pública, In: **Jürgen Habermas, 80 anos. Direito e Democracia**. FRANKENBERG, Günter; Moreira Luiz (org.) Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SARLET, Ingo W. **A eficácia dos direitos fundamentais**, 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo**: História Brasileira. Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. Ubiquidade constitucional: os dois lados da mesma moeda. In **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, n. 2, Ano n.1, abril/jun, 2006.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Direito constitucional** – anotações nucleares, 4 ed. Curitiba: Juruá, 2004.

SCHMITT, Carl. **O conceito do político**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

_____. **Teologia política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SILVA, Luiz Fernando Martins da. **Revista Jurídica**. Brasília, v. 7, n. 76, p.70-78, dez/2005 a jan/ 2006. Disponível em: <http://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:rgG5eRJSW6AJ:www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_76/artigos/PDF/LuizFernando_Rev76.pdf+o+amicus+curiae+e+luis+roberto+barroso&hl=pt> Acesso em 31 out. 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito constitucional positivo**. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **A função dos tribunais superiores**. São Leopoldo: Fabris, 1999.

SILVESTRI, Elisabetta. **Corti Supreme Europee**: acesso filtri e selezione - Le Corte Supreme- Atti Del Convegno – Milano: Giufré Editore, 2001.

SIQUEIRA, Carol. **Especialistas defendem que o novo CPC traga princípios do processo eletrônico**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/jornalcamara/default.asp?selecao=materia&codMat=69128&codjor>> Acesso em 30 dez. 2011.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Breve história do controle de constitucionalidade**. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/institucional/dir_gerais/dgcon/pdf/artigos/direi_const/breve_historia_controle_constitu.pdf> Acesso em: 02 ago. 2011.

SÓCRATES. **O diálogo democrático**. Disponível em: <<http://www.mundodosfilosofos.com.br/socrates>> Acesso em: 30 ago. 2011.

SOIBELMAN, Félix. **Arguição de relevância da questão federal. Emenda Constitucional nº 45/2004**. Jus Navigandi, Disponível em: <<http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6391>>. Acesso em: 29 jul. 2010.

SOUZA, Eduardo Francisco de. O controle difuso de constitucionalidade. **Revista Jurídica da Presidência da República** – Casa Civil – Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/revistajuridica>> Acesso em: 12 out. 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Direitos ambientais no Estado socioambiental**. Disponível em: <<http://amprs.jusbrasil.com.br/noticias/2659885/lenio-streck-abre-seminario-internacional-direitos-fundamentais-no-estado-socioambiental>> Acesso em 12 out. 2011.

_____. **Hermenêutica jurídica em crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do direito. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. Uma nova crítica do Direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, Rio de Janeiro, 2004.

Supreme Court of the United States. Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov>> Acesso em: 31 out. 2011.

Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/repercussaogeral>> Acesso em 29 out. 2010.

TARUFO, Michele. **Le Corti Supreme Europee**: acesso, filtri e selezione - Le Corte Supreme – Atti Del Convegno. Milano: Giufré Editore, 2001.

TATE C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The global expansion of judicial power.** http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_34/rbcs34_09.htm>. Acesso em: 12 nov. 2011.

TAVARES, André Ramos. **Constituição do Brasil integrada.** São Paulo: Saraiva, 2005.

TEODORO Jr, Humberto. **Emenda Constitucional n. 45/2004.** Disponível em: <<http://www.ulbra.br/direito/artmainab>> Acesso em 29 out. 2009.

_____. Repercussão geral no recurso extraordinário (Lei n. 11.418) e Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal (Lei n. 11.417). **Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor.** n. 14, Abril/Maio 2007, p. 05. Disponível e;> <<http://www.ulbra.br/direito/artmainab>> Acesso em 29 out. 2010.

_____. Alguns reflexos da Emenda Constitucional n. 45 de 08.12.2004, sobre o processo civil. **Revista de Processo**, n. 124, jun./ 2005.

TUCCI, José Rogério Cruz. **Jurisprudência defensiva?** VIII Jornadas Brasileiras de Direito Processual Civil e Penal. VIII Jornadas Brasileiras de Direito Processual Civil e Penal. Vitória. 21 a 24 de junho de 2010. Disponível em: <http://direitoprocessual.org.br/fileManager/Relatorio_Carolina_Albuquerque.pdf> Acesso em: 01 dez. 2011.

_____. Anotações sobre a repercussão geral como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário. Lei 11.418/2006. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil.** n. 16. jan/fev 2007.

ULIANA JR., Laércio Cruz. Aproximação dos efeitos das decisões do controle difuso com o Ccncentrado. **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia – Unibrasil**, v. 6, 2009. Disponível em <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/viewFile/272/192>> Acesso em: 12 out. 2011.

VERDÚ, Pablo Lucas. **Sentimento constitucional.** Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VIDIGAL. Edson. **Modelo de Justiça não é mais o condizente com os desafios.** Disponível em <<http://www.direito.com.br>> Acesso em: 29 out. 2009.

VERISSIMO, Marcos P. **A constituição de 1988, vinte anos depois:** suprema corte e ativismo judicial "À brasileira". **Revista Direito GV**, v. 4, p. 407-440, 2008.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista de Direito GV**, São Paulo, n. 4(2), jul/dez 2008.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. **Anotações do Congresso Brasiliense de Direito Processual Civil 2009.** Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/anotacoes-do-congresso-brasiliense-de-direito-processual-civil-2009>> Acesso em 05 out. 2011.

_____. **Recurso especial, extraordinário e ação rescisória.** 2. ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

Revista de Processo. (Coord.) WAMBIER, Tereza Arruda. Ano 34. n. 176. out./2009.
WOLFE, Christopher. **La transformacion de la interpretacion constitucional.** Traducción de Maria GraciaRubio de Casas y SonsolesValcárce. Madrid: Editorial Civitas, 1991.

WOLKMER. Antonio Carlos; MORATO, José Rubens. **Os novos direitos no Brasil – natureza e perspectivas.** São Paulo: Saraiva, 2003.