

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO – PUC-SP
COORDENADORIA GERAL DE ESPECIALIZAÇÃO,
APERFEIÇOAMENTO E EXTENSÃO (COGEAE)
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL
TRIBUTÁRIO

REPERCUSSÃO GERAL DAS QUESTÕES CONSTITUCIONAIS EM
MATÉRIA TRIBUTÁRIA E A INTERVENÇÃO DE TERCEIROS

LEANDRO LOPES GENARO

SÃO PAULO

2014

LEANDRO LOPES GENARO

**REPERCUSSÃO GERAL DAS QUESTÕES CONSTITUCIONAIS EM
MATÉRIA TRIBUTÁRIA E A INTERVENÇÃO DE TERCEIROS**

Monografia apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito da Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão (COGEAE) da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), como requisito parcial para a obtenção do Grau de Especialista em Direito Processual Tributário.

Orientador: Prof. Dr. Renato Lopes Becho

SÃO PAULO
2014

LEANDRO LOPES GENARO

**REPERCUSSÃO GERAL DAS QUESTÕES CONSTITUCIONAIS EM
MATÉRIA TRIBUTÁRIA E A INTERVENÇÃO DE TERCEIROS**

Monografia apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito da Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão (COGEAE) da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), como requisito parcial para a obtenção do Grau de Especialista em Direito Processual Tributário.

Aprovada ___ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Renato Lopes Becho
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP
Orientador

Primeiro Examinador

Segundo Examinador

AGRADECIMENTOS

À Deus, que me guia e sustenta.

À minha mãe e meu pai, que foram, são e serão sempre a base de tudo.

À minha namorada Jessica Mota, em cuja parceria busco amor e abrigo.

Ao meu amigo Victor Augusto Pereira Sanches, cujas longas conversas e discussões foram essenciais na elaboração deste trabalho.

*"Somos o que pensamos.
Somos o que desejamos para nós.
Os pensamentos se tornam verdade a medida
em que acreditamos neles."*

Antônio Abreu

RESUMO

O presente trabalho objetiva, primeiramente, distinguir os modelos tradicionais de controle de constitucionalidade, comparando-os entre si, bem como traçar os contornos e especificidades do sistema brasileiro. Em seguida, pretende-se analisar detalhadamente a figura do recurso extraordinário e o instituto da repercussão geral das questões constitucionais, inclusive em comparação ao direito estrangeiro, com especial enfoque às questões tributárias. Ao final, busca-se conceituar as espécies legalmente previstas de intervenção de terceiros, verificando sua harmonia com a sistemática da Repercussão Geral, sempre como forma de contribuir no debate e não esgotá-lo.

ABSTRACT

The first objective of the study is to distinguish the traditional models of judicial review, to allow the comparison between them, as well as the definition of the contours and specificities of the Brazilian system. Then, it is necessary to analyze the extraordinary appeal and the Brazilian certiorari, with their background in foreign law, with particular focus on tax issues. Furthermore, it seeks to identify the legal species of third party intervention, checking their harmony with the Brazilian Certiorari, always as a contribution to the debate and not to exhaust it.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
PARTE I – OS MODELOS TRADICIONAIS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE:	11
1. O modelo estadunidense	
<i>1.1. Origens e fundamentos.....</i>	<i>12</i>
<i>1.2. Aspectos processuais.....</i>	<i>14</i>
2. O modelo europeu-kelseniano	
<i>2.1. Origens e fundamentos.....</i>	<i>16</i>
<i>2.2. Aspectos processuais.....</i>	<i>18</i>
PARTE II – O SISTEMA BRASILEIRO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	
3. Os contornos e especificidades do modelo brasileiro de controle de constitucionalidade.....	20
<i>3.1. Evolução.....</i>	<i>21</i>
<i>3.2. Conformação atual.....</i>	<i>25</i>
PARTE III – A REPERCUSSÃO GERAL DAS QUESTÕES CONSTITUCIONAIS	
4. O recurso extraordinário no direito brasileiro.....	31
5. A repercussão geral das questões constitucionais no direito brasileiro.....	36
<i>5.1. Antecedentes.....</i>	<i>37</i>
<i>5.2. A conformação constitucional e infraconstitucional.....</i>	<i>41</i>
6. Os reflexos do julgamento por amostragem nos efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal proferida em sede de recurso extraordinário.....	46
7. Os efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária.....	52
PARTE IV – A INTERVENÇÃO DE TERCEIROS	
8.O conceito e origem do instituto.....	57
9. Espécies	

9.1. Assistência.....	58
9.2. Oposição.....	62
9.3. Denúnciação à lide.....	63
9.4. Nomeação à Autoria.....	64
9.5. Chamamento ao Processo.....	65
10. Do Amicus Curiae.....	66
CONCLUSÃO.....	75
REFERÊNCIAS.....	75

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo analisar o instituto da repercussão geral das questões constitucionais, o qual foi introduzido no ordenamento jurídico pátrio por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004, estudando suas características e peculiaridades, relacionando-o com o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade previsto na Constituição Federal de 1988 e posteriores reformas constitucionais, em especial no que se refere aos efeitos das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de recurso extraordinário, isto é, quando no exercício do controle concreto e incidental de constitucionalidade.

Assim, será desenvolvida, primeiramente, a conceituação dos sistemas tradicionais de controle de constitucionalidade, quais sejam, o modelo estadunidense e o modelo europeu-kelseniano, apontando a origem e o fundamento de cada um dos sistemas, bem como os seus aspectos processuais, buscando evidenciar a contraposição entre ambos.

Importante ressaltar, desde já, que não se desconhece a existência do sistema de controle de constitucionalidade preventivo-francês, o qual é de grande relevância para a questão da teoria sobre a fiscalização de constitucionalidade. Todavia, esta sistemática possui menor importância no que se refere ao sistema brasileiro, o qual, desde a Constituição Federal de 1891, privilegia o controle jurisdicional-repressivo.

Já a segunda parte do trabalho tem por objetivo a análise da efetiva formação do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, demonstrando sua origem pelo transplante do modelo estadunidense, e sua evolução ao longo do tempo, seu temperamento com elementos e mecanismos do modelo europeu-kelseniano, até chegarmos ao modelo adotado pela atual Constituição Federal, culminando na sistemática da repercussão geral das questões constitucionais, instituída pela Emenda Constitucional nº 45/2004, cujos reflexos se pretende debater.

A terceira parte deste trabalho é dedicada à figura do recurso extraordinário, sua origem histórica e atual colocação, com enfoque na demonstração da repercussão geral das questões constitucionais como requisito de admissibilidade, suas principais características constitucionais e infraconstitucionais, e pela interpretação destas pela doutrina e

jurisprudência, além do confronto entre a sistemática brasileira e seus antecedentes no direito estrangeiro.

Além disso, buscar-se-á demonstrar os efeitos das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral das questões constitucionais em matéria tributária, tendo em vista o modelo constitucional rígido de tributação adotado pela Constituição Federal de 1988, bem como suas consequências para terceiros não envolvidos diretamente nos processos em julgamento.

Finalmente, será analisado o instituto da intervenção de terceiros atualmente previsto no ordenamento pátrio, em especial a figura da assistência e do *amicus curiae*, buscando verificar sua harmonia com a sistemática da repercussão geral das questões constitucionais e as implicações do controle de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal em recurso extraordinário, com especial enfoque nas questões tributárias.

PARTE I – OS MODELOS TRADICIONAIS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Colhe-se da doutrina especializada que controle de constitucionalidade pode ser definido como “o instrumento de garantia da supremacia das constituições”¹ ou, em outras palavras, como “a verificação da adequação de um ato jurídico (particularmente da lei) à Constituição”².

Já na antiga Grécia é possível identificar ensinamentos a respeito da diferença hierárquica entre os diversos tipos de lei³. Nesse sentido, Uadi Lammêgo Bulos cita a existência da *graphe paranomon* como o “procedimento adotado em Atenas, Grécia, no século V a.C., como o antecedente mais remoto do controle de constitucionalidade de que se tem notícia”⁴.

Para o autor, a expressão *graphe paranomon* significa, literalmente, “termo de ajuste de contas”, por meio do qual “era possível verificar se uma lei, votada pela assembleia popular em face do Direito ancestral, estava em consonância com o interesse da maioria”, funcionando “como uma espécie de acusação pública contra os proponentes de leis inconstitucionais”⁵.

Este instituto também é comentado por José Levi Mello do Amaral Júnior, para quem

a doutrina cita, como precedente mais remoto do controle de constitucionalidade, a *graphe paranomon*, mecanismo da antiguidade ateniense por meio do qual deliberações da assembleia popular eram verificadas em face do Direito transcendente e superior às leis humanas. A *graphe paranomon* podia resultar na punição do proponente da lei desconforme ao Direito transcendente e superior

¹ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*, 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 181.

² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 34.

³ “Ora, pode-se sustentar com razão que um tal governo democrático não é governo algum; porque não existe constituição onde as leis não reinem. É preciso, com efeito, que a autoridade da lei se estenda sobre todos os objetos, que os magistrados se pronunciem sobre todas as pequeninas coisas e julguem os processos. Por conseguinte, se a democracia deve ser contada entre as formas de governo, é claro que um tal estado de coisas, no qual tudo se regula por decreto, não é mesmo, para bem dizer, uma democracia. Porque um decreto jamais pode ter uma forma geral como a lei.” (ARISTÓTELES. *A Política*. Trad. Nestor Silveira. São Paulo: Folha de S. Paulo, 2010, p. 86.)

⁴ *Op. cit.*, p. 181.

⁵ *Idem*, p. 181.

(desde que proposta no prazo de até um ano), bem como na invalidade da deliberação.⁶

O autor destaca ainda que, na Idade Média, os juízes ingleses “diziam”, em nome do rei, a justiça nos diferentes tribunais existentes, implicando a unificação dos diferentes costumes e levando à formação da sistemática do *common law*, o que, no século XVII, seria defendido por Sir Edward Coke como superior à autoridade do Parlamento e ao costume. Embora não tenha prevalecido na Inglaterra em razão da Revolução Gloriosa de 1688/1689, a qual confirmou a supremacia do Parlamento inglês, este entendimento se disseminou nas colônias americanas, formando as bases do moderno controle de constitucionalidade⁷.

Aliás, é a partir do século XVIII, com as Revoluções Liberais, que “o termo ‘Constituição’ passou a ser empregado para designar o corpo de regras que definem a organização fundamental do Estado”⁸.

Assim, embora seja possível identificar em precedentes mais antigos o início da sistemática de controle de constitucionalidade, somente no constitucionalismo moderno, a partir da célebre decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, no caso *Marbury vs. Madison*, é que este procedimento ganhou força e sistematização.

1 O sistema estadunidense

1.1 Origens e fundamentos

O sistema de revisão judicial (*judicial review*) da constitucionalidade das leis, nos Estados Unidos da América, se consolidou⁹ a partir da emblemática decisão da Suprema

⁶ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Controle de constitucionalidade: evolução brasileira determinada pela falta do stare decisis*. In: Revista dos Tribunais, ano 101, vol. 920, junho/2012, p. 135.

⁷ *Idem, ibidem*.

⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *op. cit.*, p. 3.

⁹ Elival da Silva Ramos pondera que, muito embora, “anteriormente a 1803 (ano em que foi julgado *Marbury v. Madison*), a Suprema Corte já houvera declarado inconstitucional legislação estadual, registrando-se enunciações precedentes do *judicial review*, outrossim, no âmbito das cortes estaduais e das cortes federais inferiores, em relação a leis estaduais e federais reputadas contrárias a normas constitucionais estaduais ou federais (...), o certo é que, quer pela amplitude e consistência da fundamentação apresentada pelo *Chief Justice* Marshall, quer pela repercussão alcançada, esse deve ser considerado o *leading case* do controle de constitucionalidade das leis nos Estados Unidos da América.” (RAMOS, Elival da Silva *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 105).

Corte no caso *Marbury v. Madison*, julgado no ano de 1803, momento em que se difundiu o interesse universal em todas as cortes americanas em relação à supremacia constitucional e o poder do juiz na defesa das garantias constitucionais.

Referido precedente ocorreu em uma época em que havia grande instabilidade política ocasionada pela vitória dos republicanos sobre os federalistas na eleição presidencial de 1800, na qual sagrou-se vencedor Thomas Jefferson. Vencidos no pleito, os federalistas se aproveitaram do tempo restante de governo e nomearam diversos correligionários para postos estratégicos no Poder Judiciário federal e no Distrito de Colúmbia, o que rendeu a alcunha de *midnight judges* (juízes da meia noite) aos nomeados às pressas¹⁰.

Dentro os nomeados, William Marbury havia sido indicado para o cargo de juiz de paz do Distrito de Colúmbia, mas sua comissão (o documento que lhe daria posse), embora lavrada, assinada e chancelada ainda no Governo anterior de John Adams, não lhe fora entregue a tempo. Assim, com a troca de Governo, o novo Secretário de Estado do Presidente Jefferson, James Madison, recusou-se a lhe entregar a comissão, motivo pelo qual William Marbury requereu, via *writ of mandamus* (Mandado de Segurança), que a Suprema Corte ordenasse que Madison procedesse à entrega¹¹.

Instaurada a lide, o seu resultado parecia óbvio: o *Chief Justice* John Marshall (correligionário federalista que, inclusive, chegou a ocupar cargo de Secretário de Estado no Governo Adams) iria decidir se seu colega federalista, William Marbury, teria o direito, ou não, à comissão de juiz de paz que já havia sido lavrada, assinada e chancelada pelo Governo anterior, mas que não lhe fora entregue pelo novo Governo republicano.

Em sua decisão John Marshall, como esperado, reconheceu (i) o direito de William Marbury ao cargo de juiz de paz e (ii) a existência de recurso para pleitear sua comissão de acordo com a legislação ordinária americana. Todavia, antevendo que “a decisão poderia acirrar ainda mais a disputa entre federalistas e republicanos”, John Marshall concluiu sua decisão determinando que “a Corte não era competente para o *mandamus* requerido, pois fundado em lei, ao passo que apenas a Constituição pode atribuir competência à Corte”¹².

Deste modo, votando de forma surpreendente em favor dos republicanos¹³, John Marshall declarou a inconstitucionalidade da Seção 13 do *Judiciary Act*, julgamento que é

¹⁰ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do, *op. cit.*, p. 136.

¹¹ *Idem*, p. 135.

¹² *Idem, ibidem*.

¹³ William Marbury não recebeu sua comissão de juiz de paz do Distrito de Columbia.

considerado o início do controle judicial de constitucionalidade, reforçando – ao menos em tese e naquele momento específico – o ideário federativo, pois o poder dos federalistas acabou se concentrando no poder judiciário com a perda da eleição de 1800.

Assim, muito embora tenha sido objeto de discussão durante o processo de elaboração e ratificação da constituição americana de 1787¹⁴, não houve consenso político e social sobre o tema. Assim, o modelo estadunidense de controle de constitucionalidade surgiu no âmbito de uma Constituição que não o previra expressamente, de modo que a decisão de John Marshall no caso *Marbury v. Madison*, proferida em 1803, retirou o fundamento de validade apenas e tão somente de maneira indireta da ideia de supremacia da Constituição.

Percebe-se, assim, que há uma forte dimensão política na decisão do *Chief Justice* John Marshall, a qual não pode ser desconsiderada, pois, ao mesmo tempo que extrai o fundamento do controle de constitucionalidade da ideia de supremacia da Constituição, também encontra-se diretamente ligada aos ideais federalistas, dos quais Marshall era partidário, motivo pelo qual foi atribuído ao Poder Judiciário o papel de controlador de constitucionalidade das normas.

1.2 Aspectos processuais

As principais características do modelo estadunidense de controle de constitucionalidade estão contempladas na própria decisão proferida no emblemático caso *Marbury v. Madison* e são bem sistematizadas por José Levi Mello do Amaral:

Em suma, o modelo americano tem as seguintes características: (a) difuso, porque qualquer juiz pode decidir sobre a inconstitucionalidade de uma lei; (b) concreto, porque a decisão de inconstitucionalidade é tomada em função de um caso concreto levado a juízo; (c) incidental, porque a decisão sobre a questão constitucional não é o assunto de fundo a ser decidido pelo juiz, mas incidente prévio à decisão do caso concreto agitado; (d) *inter partes*, porque a decisão faz coisa julgada apenas entre autor e réu, tanto que a lei não é removida da ordem jurídica, apenas não é aplicada ao caso concreto; (e) *ex tunc*, porque o vício é situado no plano da existência, de modo que a lei é considerada como se nunca houvesse existido para os fins do caso concreto (*null and void*, ou seja, nula e írrita, de nenhum efeito).¹⁵

¹⁴ Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *op. cit.*, p. 34 e AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do, *op. cit.*, p. 136.

¹⁵ *Op. cit.*, p. 135.

O sistema estadunidense é analisado por Elival da Silva Ramos¹⁶, que o descreve como (i) jurisdicional repressivo (o controle de constitucionalidade é exercido em conjunto com a função jurisdicional, e se aplica apenas aos atos legislativos já editados), (ii) difuso (pode ser exercido por qualquer juiz ou tribunal, desde que observadas as regras de distribuição de competência), (iii) incidental ou prejudicial (o controle de constitucionalidade não é o objeto principal do processo, mas exercido para julgamento da lide), (iv) concreto (imprescindível a existência de um litígio prévio), (v) declaratória de sanção de nulidade (motivo pelo qual produz efeitos *ex tunc*, já que só declara um vício já existente na norma), e (vi) *inter partes* (produz efeitos exclusivamente no caso *sub judice*).

Importante destacar, contudo, que, embora o controle de constitucionalidade produza eficácia *inter partes*, existe nos Estados Unidos da América, como parte da tradição do *commom law*, a regra do precedente ou a regra do *stare decisis*, a qual confere transcendência aos motivos determinantes da declaração de inconstitucionalidade, ou seja, referida decisão se torna de observância obrigatória no âmbito do tribunal em que proferida.

Como se vê, as qualidades do *judicial review* americano identificam-se, numa primeira análise, com os aspectos processuais da fiscalização de constitucionalidade, dentre as quais, no tocante ao objetivo do presente estudo, mais se aproximam a natureza concreta e o efeito *inter partes* do controle de constitucionalidade, as quais serão melhor apreciadas em momento oportuno para avaliar se a instituição da repercussão geral das questões constitucionais implicou, em alguma medida, em mudança nas feições do modelo brasileiro de controle de constitucionalidade.

¹⁶ *Op. cit.*, pp. 115-121.

2 O sistema kelseniano-europeu

2.1 Origens e fundamentos

Em decorrência das Revoluções Liberais, a Europa resistiu à implementação do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis, ao contrário do que se deu nos Estados Unidos da América. Elival da Silva Ramos explica as razões desta resistência:

A principal razão para tanto reside no fato de que, no Velho Continente, se travou uma luta feroz e secular entre o princípio da soberania de direito divino e o princípio da soberania popular, e o triunfo deste, ao ensejo da Revolução Gloriosa na Inglaterra e da Revolução de 1789 na França, viria a concretizar o triunfo da democracia constitucional de base parlamentar. Não seria de esperar que o Parlamento, após celebrar a histórica vitória sobre o poder monárquico que lhe era adverso, consentisse que outro Poder viesse a tolher, de algum modo, sua principal atividade, a elaboração legislativa. No confronto entre os dois princípios legitimadores do poder político, o Parlamento acabou por encarnar o princípio da soberania popular pelo fato de que era em seu âmbito que se tornava efetiva a vontade do povo, por meio do instituto da representação. Destarte, no plano das instituições de governo das democracias constitucionais europeias, desde cedo o primado da soberania popular redundou em um princípio de supremacia do Parlamento e, por via de consequência, da lei, enquanto manifestação mais autêntica de sua vontade.¹⁷

Deste modo, ainda que seja possível encontrar, no século XIX, algumas tentativas de controle de constitucionalidade inspiradas no modelo estadunidense¹⁸, tem-se que a sistematização do controle jurisdicional de constitucionalidade na Europa teve início apenas com a Constituição austríaca de 1920, a qual teve fundamental contribuição teórica de Hans Kelsen, severo crítico do sistema estadunidense¹⁹.

Hans Kelsen, tal qual já fizera o *Chief Justice* John Marshall, também baseia o controle de constitucionalidade das leis na supremacia da Constituição. Todavia, não se pauta na teoria do Poder Constituinte enquanto fundamentação racional do fenômeno jurídico por um viés político-sociológico, mas, sim, procurando “dar um cunho estritamente normativo ao fundamento de validade do direito positivo, o que fez mediante a construção de uma

¹⁷ *Op. cit.*, p. 124.

¹⁸ *Idem*, p. 137.

¹⁹ Cf. RAMOS, Elival da Silva, *op. cit.*, pp. 137 e 139 e FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais* (trad. Dunia Marinho Silva). São Paulo: Landy, 2004, p. 17.

categoria, por ele próprio denominada lógico-transcendental, qual seja a norma fundamental (*grundnorm*) kelseniana.”²⁰

A sistemática criada por Hans Kelsen buscou, por um lado, assegurar a suprallegalidade constitucional (afastando a sua fiscalização dos órgãos do Parlamento e do Governo), sem, por outro, afetar a supremacia do parlamento. Assim, foi instituída a figura específica do juiz constitucional que, por meio de uma aproximação natural das funções estatais, exerceria, para Kelsen, a efetiva função de um legislador negativo²¹.

A ampla aceitação desta sistemática de controle de constitucionalidade na Europa, em especial após a Segunda Guerra Mundial, se deve, basicamente, a três razões principais. Em primeiro lugar, por razões históricas, já que a aceitação da figura da Corte Constitucional como legislador negativo decorre pelo fato dos conflitos ocorridos no século XIX representarem a falha do legislador positivo no cumprimento de sua missão e a incapacidade dos juízes ordinários em controlar esta opressão do Governo²².

Para Louis Favoreu, “as terríveis lições das experiências nazista e fascista que são a causa imediata da criação das Cortes Constitucionais na Alemanha e na Itália e do restabelecimento da Corte austríaca”, bem como “a vontade de fundar uma verdadeira democracia, após os períodos de ditadura”, nos casos de Portugal e Espanha.”²³

Além disso, o sucesso também se deu por razões teóricas, já que o modelo kelseniano se mostrou compatível com a consolidada ideia de separação dos poderes, motivo pelo qual, inclusive, a jurisdição constitucional situa-se fora dos três poderes clássicos (executivo, legislativo e judiciário) nos países que adotam esta sistemática²⁴.

Isto porque, em primeiro lugar, não é o próprio Parlamento, como órgão estatal, que é soberano, mas, sim, a própria ordem estatal, estando a justiça e a administração pública subordinadas à legislação que, por sua vez, é subordinada à Constituição (norma fundamental da qual derivam todas as outras normas). Em segundo lugar, a atividade do legislador negativo e do legislador positivo são substancialmente diferentes, na medida em que o primeiro não dispõe do poder de livre criação do direito, mas apenas anular e adequar as leis aos limites impostos pela Constituição.

²⁰ RAMOS, Elival da Silva, *op. cit.*, p. 140.

²¹ *Idem*, pp. 142-143.

²² *Idem*, p. 23.

²³ *Op. cit.* pp. 22-23.

²⁴ FAVOREU, Louis, *op. cit.*, pp. 23-25 e AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do, *op. cit.*, p. 138.

Por fim, também se defende que o modelo kelseniano também obteve sucesso por razão institucional ou política, pois observa-se que a “onipotência de um poder majoritário estável e homogêneo fez surgir a necessidade de uma justiça constitucional nos regimes parlamentaristas ou semi-parlamentaristas europeus de tipo continental”²⁵, como meio de impedir a opressão da maioria ou conferir uma “imunidade jurisdicional às ações do Governo”²⁶.

2.2 Aspectos processuais

O modelo europeu-kelseniano de controle de constitucionalidade implica na criação de um “órgão jurisdicional superior ou a uma Corte Constitucional”²⁷ para julgamento das questões constitucionais, cuja variedade de organização pode ser ampla, mas sempre apresentando características comuns, que permitem identificá-las como tal.

José Levi Mello do Amaral sistematizou as características do modelo europeu-kelseniano de controle de constitucionalidade:

Em suma, o modelo europeu tem as seguintes características: (a) concentrado, porque o Tribunal Constitucional monopoliza o poder de decidir sobre a inconstitucionalidade de uma lei; (b) abstrato, porque a decisão de inconstitucionalidade recai sobre a própria lei, tomada em tese, independentemente de caso concreto; (c) principal, porque a decisão sobre a questão constitucional é, ela própria, o assunto central a ser decidido pelo Tribunal Constitucional; (d) *erga omnes*, porque a decisão repercute sobre toda a sociedade; (e) *ex nunc*: para Kelsen, “o ideal da certeza do direito exige que a anulação de uma norma geral irregular tenha normalmente efeito apenas para o futuro, ou seja, a partir da própria anulação”, razão que também pode tornar necessária a anulação retroativa (*ex tunc*). Aqui, o vício é situado no plano da validade. O Tribunal Constitucional austríaco adota como regra decisões de inconstitucionalidade *ex nunc*, admitida a eventual retroatividade. Porém, a maioria dos Tribunais Constitucionais europeus adota como regra decisões de inconstitucionalidade *ex tunc*, sem prejuízo de decisões *ex nunc*.²⁸

Elival da Silva Ramos identifica como traços característicos a natureza essencialmente jurisdicional e repressiva desta sistemática, uma vez que, ainda que se trate de um controle diferenciado (contencioso constitucional e não ordinário), que se aproxima da função legiferante sob viés negativo, subsiste como função jurisdicional atribuída à Corte

²⁵ *Idem*, pp. 25-26.

²⁶ *Idem, Ibidem*.

²⁷ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *op. cit.*, p. 1161

²⁸ *Op. cit.*, p. 139.

Constitucional pela própria Carta Magna, tendo como objeto os atos legislativos anteriormente constituídos, o que o aproxima da matriz estadunidense²⁹.

Entretanto, no que se refere ao aspecto subjetivo do controle, existem duas diferenças centrais entre ambos os modelos de controle de constitucionalidade, já que, no modelo europeu-kelseniano, há concentração da competência de controle em um único órgão, qual seja, o Tribunal ou Corte Constitucional, bem como o efeito de sua decisão sobre a inconstitucionalidade de normas opera efeitos *ergas omnes*, ou seja, para toda a sociedade³⁰.

Percebe-se, assim, que, em oposição à natureza concreta e de efeito *inter partes* do modelo estadunidense, o modelo europeu-kelseniano possui natureza abstrata e *erga omnes*. E, por isso, entende Gilmar Ferreira Mendes que o modelo estadunidense se aproxima ao modelo difuso de controle de constitucionalidade, bem como que o modelo europeu-kelseniano se equipara ao modelo concentrado, apontando, ainda, a existência do terceiro modelo, denominado modelo misto (dentro os quais inclui o modelo brasileiro e o modelo português)³¹, o qual será melhor detalhado a seguir.

²⁹ *Op. cit.*, pp. 156-158.

³⁰ *Idem*, pp. 158-159.

³¹ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1161.

PARTE II – O SISTEMA BRASILEIRO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

3 Os contornos e especificidades do modelo brasileiro de controle de constitucionalidade: evolução e conformação atual

Gilmar Ferreira Mendes observou que “o sistema de controle de constitucionalidade no Brasil sofreu substancial reforma com o advento da Constituição de 1988”³², sendo que a “ruptura do chamado ‘monopólio da ação direta’ outorgado ao Procurador-Geral da República e a substituição daquele modelo exclusivista por um amplíssimo direito de propositura configuram fatores que sinalizam para a introdução de uma mudança radical em todo o sistema de controle de constitucionalidade.”³³

Para alcançar tal conclusão, é necessário tecer breves considerações a respeito das demais Constituições brasileiras, a fim de compreender como se deu a evolução do controle de constitucionalidade das normas no ordenamento jurídico pátrio.

3.1 Evolução

Observa-se que a Constituição imperial de 1824 “não contemplava qualquer sistema assemelhado aos modelos hodiernos de controle de constitucionalidade”,³⁴ refletindo a visão então majoritária na França, “totalmente hostil a um controle jurisdicional de constitucionalidade das leis, fosse ele preventivo ou repressivo”³⁵.

Para Elival da Silva Ramos, as “condições que permitiram à Suprema Corte estadunidense fazer emergir o *judicial review* de um teto constitucional obscuro a esse respeito não estavam presentes no Brasil do Império, pelo que se teve de aguardar a

³² MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *op. cit.*, p. 1193.

³³ *Idem, ibidem.*

³⁴ *Idem, ibidem.*

³⁵ RAMOS, Elival da Silva, *op. cit.*, p. 178.

proclamação da República para que a jurisdição constitucional, no seu aspecto nuclear, pudesse ser estabelecida entre nós”.³⁶

Além disso, a despeito de o Poder Judiciário estar, constitucionalmente, no plano mais elevado dos Poderes constituídos (ao lado do Poder Legislativo, do Poder Moderador e do Poder Executivo), na prática, a ligação da soberania popular com o Poder Moderador e o Poder Legislativo não deixava espaço para o florescimento de uma jurisdição constitucional³⁷.

Todavia, com a proclamação da República, foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro o controle de constitucionalidade difuso e concreto, nos moldes do modelo estadunidense: o “Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890, organizou a Justiça Federal, criou o Supremo Tribunal Federal (a partir do Supremo Tribunal de Justiça imperial) e previu o recurso extraordinário”³⁸, estabelecendo que, “na guarda e aplicação da Constituição e das leis nacionais, a magistratura federal só intervirá em espécie e por provocação de parte”³⁹.

Já na Constituição de 1891, como apontado por Rui Barbosa⁴⁰, as inovações no controle de constitucionalidade brasileiro foram incorporadas de maneira ainda mais concludente que na própria Constituição americana. E mais, a natureza judicial e repressiva foi posteriormente explicitada pela Lei nº 221, de 20.11.1894, e mantida pela reforma constitucional de 1926⁴¹.

Conforme observa Elival da Silva Ramos, “(...) tratava-se, com efeito, de um controle difuso, quanto ao aspecto orgânico ou competencial; incidental, concreto e subjetivo, quanto ao aspecto modal ou procedimental; gerador de decisões com efeitos *inter partes*, decisões essas de natureza meramente declaratória, com aparência de retroatividade total, no plano da eficácia temporal, indicativas da nulidade *ab initio* e de pleno direito do ato impugnado”.⁴²

³⁶ *Op. cit.*, p. 183.

³⁷ “Isso não significa, contudo, que não existia nenhuma forma de controle da constitucionalidade das leis sob o domínio da Constituição de 1824. Havia, sim, o controle político preventivo que ao Imperador, no exercício indelegável do Poder Moderador, cabia manejar no bojo do processo legislativo (arts. 62 e 101, III), podendo recusar sanção aos projetos aprovados pelas duas Casas da Assembleia Geral, em fórmula genérica que abarcava, por certo, razões de inconstitucionalidade. E a eficácia desse veto ou recusa de sanção era considerável, pois, embora pudesse vir a ser superado pelo Parlamento, exigia-se, para tanto, a aprovação da propositura, nos mesmos termos, nas duas legislaturas seguintes (art. 65)” (*Idem, ibidem*)

³⁸ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do, *op. cit.*, p. 140.

³⁹ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *op. cit.*, p. 1194.

⁴⁰ BARBOSA, Rui. *Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo*, p. 57. Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bd000124.pdf>. Acesso em 29.09.2013.

⁴¹ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *op. cit.*, p. 1196.

⁴² *Op. cit.*, p. 187-188.

Percebe-se, assim, a nítida influência do direito estadunidense para a consolidação, no Brasil, do modelo de controle de constitucionalidade judicial, considerando ser ele, tal qual, difuso e concreto, preventivo, de natureza política⁴³, o que acabou deixando de considerar a tradição romano-germânica do sistema jurídico brasileiro, como apontado por José Levi Mello do Amaral Júnior:

Relativamente ao controle de constitucionalidade, o drama do modelo é a ausência do *stare decisis*. Elemento da prática do *common law*, gestado ao longo de séculos, o *stare decisis* não permite cópia. Portanto, faltou ao Direito brasileiro o elemento que confere – ao modelo americano – funcionalidade e coerência decisórias. Julgado um recurso extraordinário pelo Supremo Tribunal Federal, nada vinculava os demais juízes brasileiros ao entendimento firmado pelo Tribunal de cúpula. Então, buscou-se suprir a falta do *stare decisis* pela via normativa. Adotaram-se, sucessivamente, sucedâneos normativos ao *stare decisis*.⁴⁴

Esta incongruência foi notada à época, motivo pelo qual a Constituição de 1934, embora vigente por curto período, introduziu significativas alterações no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade⁴⁵.

Isto porque, ao mesmo tempo em que manteve “a fiscalização incidental de constitucionalidade das leis e dos atos normativos pelo Pretório Excelso”⁴⁶, a referida Constituição também impôs (i) necessidade de maioria dos membros dos tribunais para a declaração de inconstitucionalidade, como garantia de segurança jurídica, e (ii) competência do Senado Federal para suspender a execução, no todo ou em parte, da lei declarada inconstitucional, objetivando emprestar efeito *erga omnes* à decisão *inter partes* do Supremo Tribunal Federal.⁴⁷

Ademais, a Constituição de 1934 inovou, ainda, ao introduzir a representação interventiva, espécie de fórmula específica de solução judicial dos conflitos federativos, a cargo do Procurador-Geral da República, “que condicionava a eficácia da lei interventiva, de iniciativa do Senado (art. 41, §3º), à declaração de sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal (art. 12, §2º)”.⁴⁸

Percebe-se, portanto, que a Constituição de 1934 começou a afastar a filiação do sistema jurídico brasileiro ao *civil law* (aproximando-se, assim, ao *common law*, cuja adoção permitiu atribuir coerência e funcionalidade ao modelo estadunidense de controle de

⁴³ *Idem*, p. 184.

⁴⁴ *Op. cit.*, pp. 140-141.

⁴⁵ Gilmar Ferreira Mendes anota que “na Constituinte de 1934, foi apresentado projeto de instituição de uma Corte Constitucional inspirada no modelo austríaco” que, porém, não foi acolhido. (MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *op. cit.*, p. 1198)

⁴⁶ BULOS, Uadi Lammêgo, *op. cit.*, p. 197.

⁴⁷ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *op. cit.*, p. 1196.

⁴⁸ *Idem*, p. 1197.

constitucionalidade) e a tradição eminentemente liberal (adquirindo feições do Estado Social). É nesse contexto de mudanças que Elival da Silva Ramos indaga:

se o fato de ter sido a Constituição de 1934 aquela que marcou a superação do constitucionalismo liberal, fortemente idealizado das Cartas de 1824 e 1891, de feições social-democratas, não estaria relacionado às tentativas que então se fizeram de transformar o nosso sistema de fiscalização de constitucionalidade das leis, de padrão estadunidense, desde o advento da República, em um sistema de padrão europeu, propostas essas que resultaram em algumas acomodações importantes.⁴⁹

A Constituição de 1937, embora mantendo, em tese, o controle de constitucionalidade jurisdicional e repressivo da sistemática estadunidense (a par do controle político ligado à função legislativa)⁵⁰, estabeleceu a previsão de que, “no caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderia o Chefe do Executivo submetê-la novamente ao Parlamento”⁵¹ e, caso confirmada a constitucionalidade da lei em uma votação qualificada, superar-se-ia a decisão do Tribunal⁵².

Com a Constituição de 1946, recuperou-se o controle de constitucionalidade das normas jurisdicional e repressivo, retomando o espírito da Constituição de 1934, fundamentada no modelo estadunidense, permitindo ao Supremo Tribunal Federal “aferir diretamente a compatibilidade do direito estadual com os chamados ‘princípios sensíveis’”⁵³.

Além disso, houve um aprimoramento em relação à representação interventiva adotada, na medida em que “a verificação de constitucionalidade passou a dizer respeito ao ato estadual contraventor, previamente à decretação da intervenção por lei federal, enquanto sob o regime de tal verificação tinha por objeto a própria lei interventiva, previamente à sua implementação pelo Presidente da República”⁵⁴.

Tais alterações preparam o terreno para a implantação do controle abstrato de constitucionalidade, o que se deu com a edição da Emenda Constitucional nº 16, de 26/11/1965, a qual promoveu reforma na organização do Poder Judiciário buscando solucionar o problema, hoje explícito, da sobrecarga dos tribunais superiores. Assim, ao lado

⁴⁹ *Op. cit.*, p. 198.

⁵⁰ RAMOS, Elival da Silva, *op. cit.*, p. 200.

⁵¹ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *op. cit.*, p. 1198.

⁵² O Projeto de Emenda Constitucional nº 33, de 25.05.2011, apresenta proposta, em alguma medida parecida, na medida em que pretende (i) alterar a quantidade mínima de votos de membros de tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis; (ii) condicionar o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo e (iii) submeter ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de emendas à Constituição. A Comissão de Constituição e Justiça aprovou, em 24.04.2013, e, atualmente, aguarda parecer de comissão especial sobre o mérito para ser submetida à votação em Plenário.

⁵³ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 60-61.

⁵⁴ RAMOS, Elival da Silva, *op. cit.*, p. 203.

da representação interventiva, instituiu-se o efetivo controle abstrato de inconstitucionalidade das normas federais e estaduais, o qual era de iniciativa exclusiva do Procurador-Geral da República⁵⁵.

José Levi Mello do Amaral Júnior defende que a representação de inconstitucionalidade foi um dos sucedâneos normativos ao *stare decisis*, inexistente no sistema jurídico brasileiro:

Nova etapa na busca de mecanismos para suprir a falta do *stare decisis*, a representação de inconstitucionalidade não era uma modalidade limitada de controle, como a representação interventiva, porque podia ser dirigida contra lei federal ou estadual em face de qualquer disposição constitucional. Na prática, conheceu função supletiva e corretiva do modelo difuso e concreto. “Supletiva” porque alcançava casos que escapavam ao controle difuso e concreto. “Corretiva” porque “permitia superar a situação de insegurança jurídica e corrigir determinadas injustiças decorrentes da multiplicidade e contraditoriedade dos julgados proferidos pelos diferentes juízes e Tribunais sobre a mesma matéria”. Note-se: a função corretiva apontada – decorrente do efeito *erga omnes* inerente à decisão, dispensada a manifestação do Senado Federal – configura sucedâneo ao *stare decisis*. Por outro lado, o manejo da representação era pouco frequente contra lei federal, em especial porque a legitimidade ativa para a representação era monopólio do Procurador-Geral da República, cujo cargo estava à disposição do Presidente da República.⁵⁶

A Constituição de 1967, no que cinge ao controle de constitucionalidade, manteve, ao mesmo tempo, as características básicas do modelo difuso, jurisdicional e repressivo ao lado do controle preventivo político (veto por inconstitucionalidade) e, por outro, a ação direta genérica, declaratória de inconstitucionalidade, de caráter abstrato⁵⁷.

Muito embora a Emenda Constitucional nº 1/1969 tenha radicalizado a tendência autoritária do período⁵⁸, em quase nada alterou as disposições a respeito do controle de constitucionalidade.

Assim, na época, para Gilmar Ferreira Mendes, a representação de inconstitucionalidade possuía “*caráter dúplice* ou *natureza ambivalente*, permitindo ao Procurador-Geral submeter a questão constitucional ao Supremo Tribunal quando estivesse convencido da inconstitucionalidade da norma, ou, mesmo quando convencido da higidez da situação jurídica, surgissem controvérsias relevantes sobre sua legitimidade”⁵⁹.

⁵⁵ *Idem*, p. 210; MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *op. cit.*, p. 1202-1204.

⁵⁶ *Op. cit.*, pp. 140-141.

⁵⁷ RAMOS, Elival da Silva, *op. cit.*, p. 215.

⁵⁸ Por essa razão, houve dúvida, inclusive, se se tratava de manifestação do Poder Constituinte originário ou do Poder Constituinte derivado, de modo que muitos consideram a Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional nº 1/1969 em bloco: Constituição de 1967/1969.

⁵⁹ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *op. cit.*, p. 1207.

Em outras palavras, o controle abstrato de inconstitucionalidade poderia ser instaurado tanto para a declaração de inconstitucionalidade de determinada norma quanto para a declaração de sua constitucionalidade, quando houvesse “controvérsia constitucional” sobre a questão.

Escolheu-se por uma ação direta genérica de declaração de inconstitucionalidade, buscando a coerência e funcionalidade do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, o que acabou não sendo amplamente alcançado, principalmente em razão da sua restrita legitimidade ativa – apenas a cargo do Procurador-Geral da República, cargo que, à época, era de livre nomeação e exoneração pelo Presidente da República⁶⁰.

A Emenda Constitucional nº 7/1977 alterou, também, a sistemática de controle de constitucionalidade adotada no Brasil, introduzindo a representação para fins de interpretação de lei ou ato normativo, federal ou estadual, que também era de competência privativa do Procurador-Geral da República, e também a competência do Supremo Tribunal Federal para analisar pedido de cautelar no âmbito da representação de inconstitucionalidade⁶¹.

3.2 Conformação atual

Com a restauração da democracia, foi promulgada a atual Constituição Federal em 05/10/1988, ampliando de forma considerável os mecanismos de proteção judicial e de controle de constitucionalidade.

Com efeito, houve o aumento do controle político de inconstitucionalidade pela Constituição de 1988, na medida em que, além do já existente controle preventivo exercido por meio de veto presidencial, o Senado Federal também passou a poder sustar atos normativos do Poder Executivo, exercendo o controle político repressivo das normas⁶².

Quanto ao controle jurisdicional de inconstitucionalidade, a atual Constituição manteve o modelo estadunidense, difuso e incidental, habilitando o Supremo Tribunal Federal como instância julgadora final, aumentando, ainda, o rol de ações constitucionais e seu âmbito de proteção⁶³.

⁶⁰ RAMOS, Elival da Silva, *op. cit.*, p. 221.

⁶¹ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *op. cit.*, p. 1205.

⁶² RAMOS, Elival da Silva, *op. cit.*, pp. 226-227.

⁶³ *Idem*, pp. 228-229.

Apesar disso, a Constituição de 1988 também seguiu a tendência verificada com a Constituição de 1934, instituindo mecanismos de ampliação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade para além do processo subjetivo (controle abstrato de inconstitucionalidade), autorizando (i) a suspensão, pelo Senado Federal, da execução de norma declarada inconstitucional, de forma definitiva, pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concreto, (ii) a representação interventiva com base nos princípios sensíveis e (iii) a regra do *full bench*, ou seja, a cláusula de reserva de plenário.

Assim, a Constituição de 1988 trouxe significativa inovação no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, em razão de seu incremento com a instituição de novos mecanismos, motivo pelo qual é reconhecida, por muitos autores, como “um dos mais avançados do mundo, principalmente em matéria de fiscalização concentrada”⁶⁴.

Nesse sentido, são Inegáveis as inúmeras mudanças legítimas da Constituição, no que se refere as funções do Magistrado, em sua atividade interpretativa, adequando a interpretação a valores do presente. É nesse cenário que Cândido Rangel Dinamarco pondera que

*A tutela da Constituição pelo processo acaba produzindo, em alguns casos, verdadeiras mudanças informais desta, o que se dá quando os julgados dos tribunais se encaminham no sentido de alterar substancialmente o significado antes atribuído a alguma norma ou garantia. Essas mudanças são legítimas porque, sendo o juiz um intérprete da ordem jurídica como um todo, cumpre-lhe decidir com atenção à lei posta e também aos princípios gerais do direito – e a consequência é que o continuado exercício da jurisdição faz com que em algumas matérias os textos legais e mesmo os constitucionais recebam interpretação à luz de valores vigentes *no presente* e que no momento de sua edição não eram aceitos ou eram dimensionados ou interpretados de modo diferente.*⁶⁵

A representação de inconstitucionalidade, que havia sido introduzida pela Emenda Constitucional nº 16/1965, foi transformada na ação direta de inconstitucionalidade, tendo sido amplamente alargada a sua sujeição ativa, na forma do art. 103 da Constituição Federal.

Gilmar Mendes Ferreira entende que “tal fato fortalece a impressão de que, com a introdução desse sistema de controle abstrato de normas, com ampla legitimação, e, particularmente, a outorga do direito de propositura a diferentes órgãos da sociedade, pretendeu o constituinte reforçar o controle abstrato de normas no ordenamento jurídico brasileiro como peculiar instrumento de *correção* do sistema geral incidente”⁶⁶.

⁶⁴ BULOS, Uadi Lammêgo, *op. cit.*, p. 199.

⁶⁵ *Op. cit.* p. 194.

⁶⁶ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *op. cit.*, p. 1214.

Luís Roberto Barroso afirma que a ampliação do rol de sujeitos para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade é a “a maior transformação no exercício da jurisdição constitucional no Brasil”⁶⁷. Todavia, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tende a ter uma interpretação restritiva de tal rol, segregando entre os legitimados universais e especiais:

Ao longo dos anos de vigência da nova Carta, e independentemente de qualquer norma expressa, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consolidou uma distinção entre duas categorias de legitimados: (i) os *universais*, que são aqueles cujo papel institucional autoriza a defesa da Constituição em qualquer hipótese; e (ii) os *especiais*, que são os órgãos e entidades cuja atuação é restrita às questões que repercutem diretamente sobre sua esfera jurídica ou de seus filiados e em relação às quais possam atuar com representatividade adequada. São legitimados universais: o Presidente da República, as Mesas do Senado e da Câmara, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e partido político com representação no Congresso Nacional. Os legitimados especiais compreendem o Governador de Estado, a Mesa da Assembleia Legislativa, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.⁶⁸

Além da ação direta de inconstitucionalidade, o constituinte também instituiu a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a qual busca eliminar a omissão normativa que impeça o cumprimento das disposições constitucionais.

Também inovou com a ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental, de índole objetiva, de baixa densidade normativa e eficácia limitada aos termos de legislação posterior, o que “impediu qualquer aplicação da norma-matriz até a edição da Lei Federal n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da arguição (...) não se disfarçando a tentativa de modelagem de uma verdadeira ação direta de inconstitucionalidade de caráter subsidiário.”⁶⁹

Além desses instrumentos originários, o panorama do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade também foi substancialmente alterado por Emendas Constitucionais.

A Emenda Constitucional nº 03/1993 instituiu a ação declaratória de constitucionalidade, mecanismo de controle abstrato e principal, cujo objetivo é a declaração da constitucionalidade da norma com eficácia contra todos e efeito vinculante, tal qual a decisão proferida em ação direta de inconstitucionalidade.

Ocorre que o volume de trabalho e o constante déficit operacional do Poder Judiciário estavam em níveis alarmantes, inclusive no Supremo Tribunal Federal. É nesse contexto fático que a Reforma do Judiciário promovida pela Emenda Constitucional nº

⁶⁷ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 160.

⁶⁸ *Idem*, p. 161.

⁶⁹ RAMOS, Elival da Silva, *op. cit.*, pp. 233-234.

45/2004 estabeleceu “como requisito de admissibilidade de recurso extraordinário a demonstração, pelo recorrente, da ‘repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso’, podendo o STF recusar o recurso pela manifestação de dois terços de seus membros (§3º do art. 102)”⁷⁰ e a súmula vinculante, “que interfere com a fiscalização jurisdicional de constitucionalidade na medida em que, versando necessariamente sobre matéria constitucional, permite ao Supremo Tribunal Federal estabelecer a validade de ato legislativo questionado em face da Lei Maior, com efeito vinculante idêntico ao das decisões proferidas em ações diretas de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade”⁷¹.

Percebe-se, assim, que o sistema brasileiro de constitucionalidade, quanto à natureza do órgão de controle, contempla o controle político, que pode ser repressivo ou preventivo, e o controle jurisdicional (Elival da Silva Ramos e José Afonso da Silva) ou judicial (Luís Roberto Barroso) ou judiciário (Manoel Gonçalves Ferreira Filho e Alexandre de Moraes) ou jurídico (Alexandre de Moraes), que é apenas repressivo.

Entretanto, por suas características, considera-se que o sistema de controle de constitucionalidade adotado no Brasil é essencialmente jurisdicional-repressivo⁷², sendo o controle político eminentemente secundário⁷³, o que ocorre, principalmente, em decorrência da natureza política deste tipo de controle, à medida que integrado no próprio processo legislativo⁷⁴.

Quanto à distribuição da competência (órgão judicial de controle de constitucionalidade), Elival da Silva Ramos sustenta que é quase uniforme o entendimento doutrinário no sentido de que o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade é “misto”, ou seja, controle difuso quando realizado incidentalmente e controle concentrado quando operado pela via principal. Assim, embora o julgamento das ações diretas de constitucionalidade ou inconstitucionalidade seja de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a jurisdição constitucional é atribuída a todos os órgãos do Poder Judiciário, desde o juiz singular até o Supremo Tribunal Federal, de modo que o controle somente pode

⁷⁰ RAMOS, Elival da Silva, *op. cit.*, p. 236.

⁷¹ *Idem, ibidem.*

⁷² RAMOS, Elival da Silva, *op. cit.*, p. 237.

⁷³ Gilmar Ferreira Mendes aponta entendimento do Supremo Tribunal Federal, sob a égide da Constituição de 1967/1969, mais ainda hoje seguido em diversos precedentes, no sentido de que “quando ‘a vedação constitucional se dirige ao próprio processamento da lei ou da emenda (...), a inconstitucionalidade (...) já existe antes de o projeto ou de a proposta se transformarem em lei ou emenda constitucional, porque o próprio processamento já desrespeita, frontalmente, a Constituição”, vislumbrando, pois, hipótese excepcional de controle preventivo de caráter judicial. (MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *op. cit.*, p. 1240).

⁷⁴ *Idem*, p. 1240.

ser difuso⁷⁵. Trata-se apenas de questão de competência e não de concentração do controle de constitucionalidade⁷⁶.

Assim, o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade é considerado misto, na medida em que contempla tanto o controle incidental ou concreto, no qual é “a fiscalização constitucional desempenhada por juízes e tribunais na apreciação de casos concretos submetidos a sua jurisdição”⁷⁷, isto é, *incidenter tantum*, como o controle principal ou abstrato, no qual a fiscalização é exercida “fora de um caso concreto, independente de uma disputa entre as partes, tendo por objeto a discussão acerca da validade da lei em si”⁷⁸, ou seja, por via direta, na qual “a resolução da questão constitucional consiste no próprio objeto do processo”⁷⁹.

Mais especificamente quanto ao controle exercido pelo Supremo Tribunal Federal, observa-se que a manifestação sobre a constitucionalidade das normas poderá ser tanto por via incidental quanto abstrata, na qual o efeito da decisão de inconstitucionalidade opera-se *erga omnes* (artigo 102, §2º, da Constituição de 1988).

Surge, assim, o problema do efeito da decisão de inconstitucionalidade proferida em sede de controle incidental, pois, sem o *stare decisis* (que confere funcionalidade e coerência ao modelo estadunidense), toda decisão do Pretório Excelso em recurso extraordinário, em tese, teria efeitos apenas para as partes envolvidas no processo.

Embora o art. 52, X, da Constituição, estabeleça competência *privativa* do Senado Federal para “suspender a execução, no todo ou em parte, da lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”, justamente, como forma de emprestar eficácia *erga omnes* às decisões da Corte Suprema, Gilmar Ferreira Mendes entende que o referido dispositivo “perdeu parte do seu significado com a ampliação do controle abstrato de

⁷⁵ Elival da Silva Ramos ressalva que “a fiscalização por conduta omissiva do Parlamento (ou da Administração) deva ser reconhecida como mista, isto é, concentrada e difusa: no tocante à omissão ordinária de leis e atos normativos o sistema opera de modo concentrado (por meio da ação direta de inconstitucionalidade por omissão), ao passo que relativamente à carência de norma legal ou administrativa, que torne inviável o exercício de direitos fundamentais, adota-se a difusão (via principal ou incidental, operada esta por meio de mandado de injunção)”. No entanto, “diante da natureza profundamente diversa da inconstitucionalidade por ação e por omissão”, entende o professor que não se deve reuni-las sob o mesmo manto para fins, pelo que o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade é, efetivamente, difuso. (*Op. cit.*, p. 250)

⁷⁶ *Idem*, pp. 245-248.

⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto, *op. cit.*, p. 50.

⁷⁸ *Idem, ibidem*.

⁷⁹ RAMOS, Elival da Silva, *op. cit.*, p. 250.

normas, sofrendo mesmo um processo de obsolescência”⁸⁰, com o que se tornou inócua a regra, permanecendo, assim, a sobrecarga no Supremo Tribunal Federal.

Assim, a solução encontrada pelo constituinte derivado para aliviar os trabalhos da Corte Suprema foi alterar o controle difuso e concreto de constitucionalidade através da instituição da sistemática da repercussão geral das questões constitucionais e da súmula vinculante, motivo pelo qual passa-se a analisar como tais mecanismos de racionalização impactam nas características do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade.

⁸⁰ Lastreado na ampliação do controle abstrato de normas, na eficácia erga omnes da decisão do caso concreto proferida em arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF, nas hipóteses da legislação processual que permitem negativa de seguimento ou provimento de recurso extraordinário por decisão monocrática do relator, no controle de constitucionalidade operado em ações coletivas, na adoção da súmula vinculante, e, por fim, na utilização da técnica de declaração de inconstitucionalidade com limitação de efeitos, entende Gilmar Mendes que teria havido mutação constitucional do dispositivo que delega ao Senado Federal a suspensão de execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, concluindo que o alcance da mencionada regra fica restrito a simples efeito de publicidade da inconstitucionalidade declarada incidentalmente pelo Supremo Tribunal Federal, cuja decisão, por si só, possuiria “*força normativa*” e eficácia geral. (MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *op. cit.*, pp. 1244-1253).

PARTE III – A REPERCUSSÃO GERAL DAS QUESTÕES CONSTITUCIONAIS

4 O Recurso Extraordinário no direito brasileiro

Nas palavras de José Carlos Barbosa Moreira, recurso pode ser definido como o “remédio voluntário idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração de decisão judicial que se impugna”⁸¹.

José Eduardo Carreira Alvim, por sua vez, destaca que a expressão recurso traz, em sua etimologia, a ideia de voltar atrás “e, daí, o emprego dessa palavra para traduzir aquele ato através do qual se pode pedir o reexame da questão decidida”⁸², o que, no sentido técnico-processual, seria o “*meio de impugnação* das decisões”⁸³, o que, por si só, não tem o condão de instaurar uma nova relação jurídica processual.⁸⁴

Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha destacam que recurso é “um conceito jurídico-positivo, que depende, pois, do exame de um dado ordenamento jurídico”⁸⁵, de modo que o delineamento de suas características não é tarefa da teoria, mas, sim, do direito positivo.

Em sentido amplo, os recursos podem ser classificados, quanto à sua natureza, em recurso ordinário ou recurso extraordinário (ou excepcional ou de superposição)⁸⁶. Para Vicente Greco Filho, os recursos ordinários “são os previstos no processo comum para a correção de algum prejuízo”⁸⁷, enquanto os recursos extraordinários, “apesar de aplicarem-se também ao processo comum, estão consagrados em nível constitucional e têm por função não

⁸¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, 11ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 233.

⁸² ALVIM, José Eduardo Carreira. *Teoria geral do processo*, 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 293.

⁸³ *Idem. Ibidem.*

⁸⁴ NERY JR., Nelson. *Teoria geral dos recursos*, 6ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 206.

⁸⁵ DIDIER JR., Fredie, CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*, v. 3, 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 19.

⁸⁶ Cf. ALVIM, José Eduardo Carreira, *op. cit.*, p. 293, e DIDIER JR., Fredie, CUNHA, Leonardo Carneiro da, *op. cit.*, p. 269.

⁸⁷ GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*, v. 2, 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 270.

apenas a correção no caso concreto, mas também a uniformidade da interpretação da legislação federal e a integridade das normas da própria Constituição”⁸⁸.

José Eduardo Carreira Alvim, referindo-se aos ensinamentos de Manzini, Florian, Leone e Liebman, reconhece a divisão no direito brasileiro, ressalvando, todavia, que

os recursos ordinários e extraordinários do direito italiano e, em geral, do europeu, nada têm que ver com os nossos recursos ordinário e extraordinário. Para o direito italiano, *ordinários* são aqueles que a lei concede normalmente, isto é, sem o pressuposto de qualquer coisa excepcional e que se podem interpor somente em relação a decisões que não passaram em julgado. Impedem a coisa julgada. São os nossos recursos, tanto os ordinários quanto o extraordinário. *Extraordinários* são aqueles que a lei concede excepcionalmente, isto é, no pressuposto de qualquer coisa de extraordinário, e que se propõem contra decisões que já adquiriram a autoridade de coisa julgada ou, então, excoutoriedade. Seriam exemplos, as nossas ações rescisórias e revisões criminais. Agridem a coisa julgada.⁸⁹

Do mesmo modo, Barbosa Moreira assevera que a denominação “extraordinário” do recurso brasileiro guarda similitude apenas com a nomenclatura do direito estrangeiro, tratando-se, contudo, de referências diversas⁹⁰. No mesmo sentido, Nelson Nery Jr. aponta que o ordenamento jurídico brasileiro não acolheu a dicotomia entre recurso ordinário e recurso extraordinário, pois não se distingue, por essa forma, os remédios contra decisões com ou sem autoridade de coisa julgada⁹¹.

De toda sorte, é possível afirmar que, dentre os recursos extraordinários⁹², identifica-se o recurso extraordinário, propriamente dito, para o Supremo Tribunal Federal e o recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça, ambos de fundamentação vinculada⁹³, nas restritas hipóteses de cabimento previstas no texto constitucional⁹⁴⁻⁹⁵.

⁸⁸ GRECO FILHO, Vicente, *op. cit.*, p. 271.

⁸⁹ *Op. cit.*, p. 307, nota 51.

⁹⁰ *Op. cit.*, p. 580.

⁹¹ *Op. cit.*, p. 227.

⁹² Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha observam que o “recurso especial, na verdade, é fruto da divisão das hipóteses de cabimento do recurso extraordinário para o STF (antes da CF/88), que servia como meio de impugnação da decisão judicial por violação à Constituição e à legislação federal. Com a criação do STJ, pela CF/88, as hipóteses de cabimento do antigo recurso extraordinário foram repartidas entre o STF e o STJ. O recurso especial nada mais é do que um recurso extraordinário para o STJ.” (*Op. cit.*, p. 269). Para Bruno Dantas, o recurso extraordinário “se enquadra como *recurso de tipo excepcional e fundamentação vinculada*, embora seja um *meio de impugnação ordinário*”. (*Op. cit.*, p. 29).

⁹³ Nos recursos de fundamentação vinculada, “a lei limita o tipo de crítica que se possa fazer contra a decisão impugnada”, isto é, o “recurso não pode ser utilizado para veicular qualquer espécie de crítica à decisão recorrida”. (DIDIER JR., Fredie, CUNHA, Leonardo Carneiro da, *Op. cit.*, pp. 28-29). Cf., ainda, DANTAS, Bruno, *op. cit.*, p. 29.

⁹⁴ Constituição Federal de 1988:

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

(...)

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

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

A doutrina indica que o recurso extraordinário brasileiro buscou inspiração no *writ of error* estadunidense⁹⁶⁻⁹⁷, identificando, até mesmo, “um paralelismo entre os recursos – *writ of error*/recurso extraordinário, e entre os Tribunais – Corte Suprema dos Estados Unidos da América/Supremo Tribunal Federal”⁹⁸.

O recurso extraordinário foi instituído no Brasil pelo Decreto nº 848, de 11/10/1890 (ainda denominado, neste momento, sob o genérico termo “recurso”, sem, pois, a qualificação de “extraordinário”⁹⁹), contemplando a guarda da legislação constitucional e infraconstitucional¹⁰⁰, em razão do modelo federativo adotado pelo Brasil a partir da proclamação da República, em 1889.

c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.

d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

⁹⁵ Constituição Federal de 1988:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

(...)

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;

b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;

c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

⁹⁶ Além da fonte de inspiração americana, reconhece-se, ainda, uma fonte de inspiração argentina para o recurso extraordinário brasileiro: “O legislador brasileiro buscou também na República Argentina, que contava com uma constituição republicana havia mais de 30 anos, modelo para seu recurso extraordinário. A Lei argentina n. 48/1863, que trata do recurso extraordinário em seus arts. 14, 15 e 16, manteve o emprego do termo “apelación” para o recurso de “*sentencias definitivas pronunciadas por los tribunales superiores de provincia*”. Mas, como esclarece Raúl Eduardo Escribano (2004), o recurso, legalmente cunhado de “apelación”, é, na doutrina e na jurisprudência, denominado “recurso extraordinário”, o que lhe dá uma idéia mais exata de sua natureza”. (MACIEL, Adhemar Ferreira. *Restrição à admissibilidade de recursos na Suprema Corte dos Estados Unidos e no Supremo Tribunal Federal do Brasil*. In: Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 43, n. 170, abr./jun. 2006, p. 10).

⁹⁷ Adhemar Ferreira Maciel, reconhecendo que o *writ of error* foi uma das fontes de inspiração do recurso extraordinário brasileiro, anota o fato pitoresco que “nos Estados Unidos, um ano depois da publicação da lei orgânica brasileira (1890), o recurso-paradigma foi substituído pelo *writ of certiorari*, que admitia a relevância da *federal question*”. (*Op. cit.*, p. 10).

⁹⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*, 12ª ed. São Paulo: RT, 2013, p. 69.

⁹⁹ A denominação “recurso extraordinário” surgiu na Constituição de 1934 (ainda contemplando a competência ampla) e subsiste até hoje, restrita à fiscalização da constitucionalidade.

¹⁰⁰ Decreto nº 848, de 11.10.1890:

Art. 9º Compete ao Tribunal:

(...)

II. Julgar em gráo de recurso e em ultima instancia:

a) as questões decididas pelos juizes de secção e de valor superior a 2:000\$000;

b) as questões relativas á successão de estrangeiros, quando o caso não for previsto por tratado ou convenção;

c) as causas criminaes julgadas pelos juizes de secção ou pelo jury federal;

d) as suspeições oppostas aos juizes de secção.

Paragrapho unico. Haverá tambem recurso para o Supremo Tribunal Federal das sentenças definitivas proferidas pelos tribunaes e juizes dos Estados:

a) quando a decisão houver sido contraria á validade de um tratado ou convenção, á applicabilidade de uma lei do Congresso Federal, finalmente, á legitimidade do exercicio de qualquer autoridade que haja obrado em nome da União - qualquer que seja a alçada;

Esta sistemática permaneceu inalterada até o advento da Constituição de 1988, quando, em resposta à sobrecarga de processos do Supremo Tribunal Federal, foi cindida a competência para guarda e uniformização da legislação federal – transmitida ao recém-criado Superior Tribunal de Justiça, por intermédio do recurso especial – e da Constituição – mantida no âmbito do Supremo Tribunal Federal, por meio dos diversos instrumentos de controle de constitucionalidade, consoante esmiuçado nos capítulos anteriores.

Cabe mencionar, ainda, que o recurso extraordinário, por ser dirigido para tribunal de cúpula, assume algumas funções específicas.

Vicente Greco Filho aponta a função de conferir integridade às normas constitucionais¹⁰¹. Já Bruno Dantas identifica quatro funções, sendo duas clássicas, quais sejam, função nomofilática e função uniformizadora, e duas contemporâneas, a função *dikelógica* e a função paradigmática¹⁰².

Tomando como base as lições de Calamandrei, tem-se que a função nomofilática está diretamente relacionada à existência do interesse público primário, atribuído ao acolhimento da pretensão deduzida, ou seja, o interesse primário do recurso é o interesse do próprio Estado em controlar a aplicação do direito objetivo¹⁰³ e, em decorrência dessa função, é que se separam as questões de fato das questões de direito, cabendo ao Supremo Tribunal Federal apenas a análise das últimas¹⁰⁴.

Por sua vez, a função uniformizadora “orienta-se à conformação de uma unidade jurídica e à garantia do respeito aos *princípios da igualdade perante a lei e da legalidade*”¹⁰⁵. Ou seja, a análise do recurso deve implicar na uniformidade da aplicação e interpretação das normas constitucionais sobre todo o território nacional¹⁰⁶.

b) quando a validade de uma lei ou acto de qualquer Estado seja posta em questão como contrario á Constituição, aos tratados e ás leis federaes e a decisão tenha sido em favor da validade da lei ou acto;

c) quando a interpretação de um preceito constitucional ou de lei federal, ou da clausula de um tratado ou convenção, seja posta em questão, e a decisão final tenha sido contraria, á validade do titulo, direito e privilegio ou isenção, derivado do preceito ou clausula.

¹⁰¹ *Op. cit.*, p. 271.

¹⁰² DANTAS, Bruno, *op. cit.*, p. 58.

¹⁰³ *Idem*, p. 59.

¹⁰⁴ Inegavelmente, há grande dificuldade na tutela exclusiva da ordem jurídica descolada do interesse das partes discutido no processo levado a julgamento. Bruno Dantas ressalva, no entanto, que o sistema brasileiro atenua essa dificuldade, uma vez que “o STF adotou postura de revisão dos julgados, afastando entendimento de que sua atividade seria meramente cassacional. Entra nesse contexto o Enunciado 456 da súmula de sua jurisprudência dominante: ‘O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa aplicando o direito à espécie’” (*Idem*, p. 60).

¹⁰⁵ *Idem*, p. 61.

¹⁰⁶ *Idem, ibidem*.

A função *dikelógica* refere-se à “busca de justiça no caso levado ao tribunal, mediante a correta aplicação do direito”¹⁰⁷, a qual, embora secundária, no Brasil, à função nomofilática, existe na medida em que o recurso extraordinário serve à tutela de direitos subjetivos das partes¹⁰⁸.

Por fim, quanto à função paradigmática ou persuasiva, tem-se que é exercida diferentemente nos sistemas de *civil law* e de *common law*, na medida em que, na primeira sistemática, ante a primariedade da lei como fonte de direito, como regra, as decisões dos tribunais de cúpula não vinculam os tribunais inferiores, ao passo que, no sistema do *common law*, “o respeito à eficácia vinculante dos precedentes é a força motriz que dá sustentação ao sistema, em razão da ausência de normas jurídicas escritas”¹⁰⁹.

No Brasil, não obstante tenha sido inicialmente adotada a tradição romano-germânica (*civil law*), onde os precedentes possuem apenas força persuasiva, têm sido sistematicamente introduzidos mecanismos que, conferindo efeito vinculante aos precedentes, tendem a reforçar a função paradigmática do recurso extraordinário.

Por essa razão, iniciou-se uma linha de interpretação que defende existir um processo de “objetivação” ou “abstração” do controle difuso de constitucionalidade¹¹⁰, sendo objeto do presente o questionamento se a repercussão geral das questões constitucionais pode ser caracterizada como um desses indutores.

¹⁰⁷ *Idem, ibidem.*

¹⁰⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa, *op. cit.*, p. 582.

¹⁰⁹ DANTAS, Bruno, *op. cit.*, p. 70.

¹¹⁰ Cf., a propósito, o voto do Ministro Gilmar Mendes, no RE nº 376.852-2/SC: “Esse novo modelo legal [das regras da Lei nº 10.259/2001 aplicáveis ao recurso extraordinário interposto contra decisão das turmas recursais dos juizados especiais] traduz, sem dúvida, um avanço na concepção vetusta que caracteriza o recurso extraordinário entre nós. Esse instrumento deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva. Trata-se de orientação que os modernos sistemas de Corte Constitucional vêm conferindo ao recurso de amparo e ao recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*). Nesse sentido, destaca-se a observação de Häberle segundo a qual ‘a função da Constituição na proteção dos direitos individuais (subjetivos) é apenas uma faceta do recurso de amparo’, dotado de uma ‘dupla função’, subjetiva e objetiva, ‘consistindo esta última em assegurar o Direito Constitucional objetivo’ (Peter Häberle, O recurso de amparo no sistema germânico, Sub Judice 20/21, 2001, p. 33 (49))”.

5 A repercussão geral das questões constitucionais no direito brasileiro

Bruno Dantas observa que, tal qual se deu no Brasil a partir da Emenda Constitucional nº 45/2004, existe uma tendência mundial de criação de filtros para o acesso aos tribunais de cúpula – órgãos responsáveis pela integridade e coerência do direito – em razão da massificação das relações jurídicas e aumento do acesso à justiça, que acarretaram o aumento das demandas levadas ao Poder Judiciário¹¹¹.

Especificamente no que se refere ao Supremo Tribunal Federal, observa-se que, desde sua instituição, como o recurso extraordinário tinha “a peculiaridade de ser exercitável em qualquer dos ramos do direito objetivo onde houvesse ‘questão federal ou constitucional’, é compreensível que nessa alta Corte para logo se tenha instalado um formidável acúmulo de processos, moléstia que, por causa da demora no tratamento, tornou-se crônica, passando a ser referida como a ‘crise do Supremo’”.¹¹²

Em razão disso, tanto o próprio Supremo Tribunal Federal, por intermédio das manifestações de seus Ministros e de óbices regimentais e jurisprudenciais, quanto o legislador ordinário, por intermédio de alterações legislativas, buscaram adotar providências capazes de estancar a “crise do Supremo”. Rodolfo de Camargo Mancuso lembra a lição do Ministro José Carlos Moreira Alves a respeito dos elementos de contenção do recurso extraordinário positivados antes mesmo da promulgação da Constituição de 1988:

A Lei 3.396/58 exigiu que o despacho de admissão do recurso extraordinário fosse motivado, à semelhança do que já ocorria com o que não o admitia; a Emenda Regimental, de 287 de agosto de 1963, criou a súmula como instrumento de trabalho para facilitar a fundamentação dos julgados; a Emenda Constitucional 16/65 outorgou ao Supremo Tribunal Federal competência para julgar representações de inconstitucionalidade de leis e atos normativos, estaduais e federais, com a finalidade – que vem expressa na exposição de motivos do projeto dessa Emenda – de lhe permitir, num único julgamento, solver a questão da constitucionalidade, ou não, dessas normas, o que estancaria, no nascedouro, a fonte de recursos extraordinários que lhe seriam interpostos se a declaração de inconstitucionalidade se tivesse de fazer em cada caso concreto; a Emenda Constitucional 1/69 admitiu restrições ao cabimento do recurso extraordinário quando interposto com fundamento nas letras a e d do inc. III de seu art. 119.

(...) em 1970, o Regimento Interno “estabeleceu uma série de casos de restrição ao recurso extraordinário, admitindo, como válvula de escape, as alegações de ofensa à Constituição Federal e de dissídio com sua jurisprudência predominante”; depois, em 1975, a Emenda Regimental 3, ampliativa daquelas restrições, “substituiu, com exceção a elas, o dissídio com sua jurisprudência predominante pela arguição de relevância da questão federal”; já em 1977, sobreveio a Emenda Constitucional n. 7, que, “com a mesma inspiração de reduzir o número de recursos extraordinários,

¹¹¹ DANTAS, Bruno, *op. cit.*, pp. 90-91.

¹¹² MANCUSO, Rodolfo de Camargo, *op. cit.*, p. 69.

introduziu, em nosso sistema jurídico, a representação de interpretação de leis ou atos normativos estaduais ou federais, e consagrou, em seu texto, o instituto da arguição de relevância da questão federal”. Esse Regimento, revisto e atualizado em 1980, aumentou – prossegue o Min. Moreira Alves – “as restrições ao recurso extraordinário, mas, em contrapartida, acrescentou uma terceira válvula de escape: a manifesta divergência com as súmulas”. Finalmente, encerrando o rol, a emenda Regimental 2/85 “alterou o sistema de restrição ao recurso extraordinário, enumerando os casos de cabimento dele nas hipóteses das letras *a* e *d* do inc. III do art. 119 da Emenda Constituição 1/69, o último dos quais é o de acolhimento da arguição de relevância da questão federal nos feitos não mencionados”¹¹³.

Já com a Constituição de 1988, buscou-se desafogar o Supremo Tribunal Federal por meio da restrição de sua competência apenas para a garantia da integridade de normas constitucionais, deixando a cargo do Superior Tribunal de Justiça a guarda da legislação federal e uniformização de jurisprudência, por meio do recurso especial.

Ainda assim, a quantidade de processos que aportavam no Supremo Tribunal Federal continuava a sobrecarregar o órgão de cúpula do Poder Judiciário Brasileiro, agravando ainda mais a “crise do recurso extraordinário”. E nesse contexto foi introduzida a repercussão geral das questões constitucionais pela Emenda Constitucional nº 45/2004.

5.1 Antecedentes

Como visto, foram diversas as tentativas anteriores de criação de filtros para reduzir os recursos extraordinários no Supremo Tribunal Federal, às quais ainda incluímos “certos *gargalos* no processamento”¹¹⁴, como, por exemplo, o regime de retenção dos recursos e a ampliação dos poderes do relator. Não obstante, seu ápice, certamente, encontra-se a repercussão geral das questões constitucionais.¹¹⁵

¹¹³ *Op. cit.*, pp. 71-72.

¹¹⁴ *Idem*, pp. 73-74.

¹¹⁵ Bruno Dantas assevera que “Com a introdução da repercussão geral, o que se vê é que, atrasado em dezesseis anos, o constituinte corrigiu parcialmente o problema. Trouxe para o nosso sistema a fórmula que melhores resultados surtiu mundo afora, e que hoje existe em diversos países como Estados Unidos, Inglaterra, Canadá, Austrália, Alemanha, Argentina e Japão. Isso revela, em nosso modo de entender, que houve equívoco do constituinte de 1988 ao tentar solucionar o problema do excesso de recursos perante o STF com a simples criação de uma nova Corte de Justiça”. (*Op. cit.*, pp. 56-57).

No direito estrangeiro, a primeira fonte é, sem dúvida, o *writ of certiorari* dos Estados Unidos da América, país onde se originou a concepção paradigmática de filtro no acesso à Suprema Corte, seguido pelos demais países que adotaram este tipo de controle.

Embora referido recurso já tivesse sido previsto no *Judiciary Act* de 1789, não havia previsão para sua utilização como forma de decidir um caso, mas apenas “como um procedimento auxiliar para suprir imperfeições nos autos sob seu exame”¹¹⁶. Apenas com a reforma de 1925 é que se conferiu ampla discricionariedade judicial à Suprema Corte Americana, de modo que, a partir deste momento, “em sede recursal, um processo só pode chegar à Suprema Corte por meio do *certiorari* ou da *certification of questions*”¹¹⁷, sendo que apenas o primeiro vem se mostrado meio hábil para tal na prática forense.

Na sistemática estadunidense, o critério essencial na escolha dos casos que serão analisados pela Suprema Corte é a sua importância, com ampla discricionariedade judicial¹¹⁸, sendo permitida, ainda, a escolha de quais questões, dentro do mesmo caso, serão examinadas (*limited grant of certiorari*)¹¹⁹⁻¹²⁰.

Por essa razão é que, “dadas as suas características peculiares, *com destaque para o fato de que a Suprema Corte escolhe a maioria das causas que julgará*, o número de julgamentos acaba sendo extremamente reduzido – algo em torno de 1% do volume de julgamento dos tribunais distritais”¹²¹.

Percebe-se, assim, que a Suprema Corte americana também adota diversas medidas para evitar o acúmulo de causas, como aponta Thomas Cooley:

(...) é necessário, em 90% dos casos, obter do tribunal um *writ of certiorari*, fazendo valer *special and important reasons*, se se quiser que o tribunal conheça de uma questão e dê a seu respeito uma decisão adequada. O Supremo Tribunal apenas aceita, aproximadamente, uma de cada doze questões que lhe são apresentadas

¹¹⁶ *Idem*, p. 94.

¹¹⁷ *Idem*, pp. 96-98.

¹¹⁸ BRAGHITTONI, Rogério Ives. *Acesso aos tribunais superiores: Da arguição de relevância à “repercussão geral”*. Tese (Doutorado em Direito). São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2006, p. 52.

¹¹⁹ DANTAS, Bruno, *op. cit.*, p. 100.

¹²⁰ “O *quorum* para concessão do *certiorari* é definido por uma regra costumeira da Suprema Corte. Segundo essa regra, o *certiorari* será concedido quando ao menos quatro juízes votarem nesse sentido, o que é chamado ‘regra dos quatro’ (*rule of four*), de modo que mesmo que a maioria dos membros da Corte concorde que o *writ of certiorari* deve ser denegado, basta que uma minoria de quatro votem a favor para que sua posição prevaleça. Consolidou-se, porém, uma prática de cavalheirismo exercida pelos presidentes, segundo a qual, votando três juízes pela concessão do *certiorari*, o presidente a eles adere, no que é chamado de *join-three vote*”. (*Idem, ibidem*). Cf., ainda, BRAGHITTONI, Rogério Ives, *op. cit.*, p. 51.

¹²¹ *Idem*, p. 42.

através do *certiorari*, ainda que sejam suficientes quatro votos para promover a retenção de um processo.¹²²

No *writ of certiorari*, a repercussão geral das questões constitucionais é apenas um dos aspectos relevantes, o que merece atenção, pois “o nosso constituinte derivado não elegeu a relevância das questões constitucionais como critério para admissão do RE, mas o impacto indireto que elas possam causar em largos segmentos sociais”¹²³.

Além do modelo norte-americano, o sistema adotado no Brasil de repercussão geral das questões constitucionais também utilizou como referência os exemplos da Alemanha e Argentina.

No modelo alemão, embora o Tribunal Constitucional Federal não possa realizar a escolha discricionária dos casos de repercussão geral a serem julgados¹²⁴ (ou seja, verificados os pressupostos, haverá o julgamento do recurso), há previsão para que a verificação dos pressupostos seja feita a parte do julgamento do processo, em uma seção formada por três juízes que podem, por unanimidade, rejeitar a admissão por decisão irrecurável e que não precisa ser sequer fundamentada¹²⁵.

Além disso, também há o recurso de revisão¹²⁶, o qual também tem por finalidade o interesse público de conferir unidade à jurisprudência, cujo cabimento é condicionado à existência de questão “suficientemente paradigmática e que, julgada, reúna condições de repercutir além dos estritos limites da lide”, sendo certo que tal demanda “deve ter em sua essência um ponto duvidoso de difícil solução, que não derive claramente de uma interpretação razoável do texto legal”¹²⁷.

Já o modelo argentino, que se aproxima da figura do *certiorari*, foi instituído pela Lei nº 23.774/1990 e permite à Corte Suprema, discricionariamente, “rechaçar o recurso extraordinário, por falta de lesão federal suficiente ou quando as questões discutidas carecerem de substancialidade ou de transcendência”¹²⁸.

¹²² COOLEY, Thomas. *Princípios gerais do direito constitucional dos Estados Unidos da América* (trad. Ricardo Rodrigues Gama). Campinas: Russell, 2002, p. 152.

¹²³ *Idem*, p. 107.

¹²⁴ BRAGHITTONI, Rogério Ives, *op. cit.*, p. 42.

¹²⁵ MORAES, Alexandre. *Jurisdição constitucional e Tribunais Constitucionais*, 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 166.

¹²⁶ Trata-se de recurso dirigido à Corte Federal de Justiça contra decisões de última instância proferidas pelas cortes regionais de recursos em sede de recurso de apelação ou, raramente, contra decisões proferidas pelas cortes regionais de primeira instância. (DANTAS, Bruno, *op. cit.*, p. 108).

¹²⁷ DANTAS, Bruno, *op. cit.*, p. 109.

¹²⁸ *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*

Art. 280. - *Llamamiento de autos. Rechazo del recurso extraordinario. Memoriales en el recurso ordinario. Cuando la Corte Suprema conociere por recurso extraordinario, la recepción de la causa implicará el*

Todavia, no próprio ordenamento jurídico brasileiro já encontramos antecedentes históricos de mecanismos de filtro dos recursos extraordinário. Embora vários instrumentos já tenham sido acima apontados, com fundamento na sistematização promovida pelo Ministro Moreira Alves, o principal antecedente é a arguição de relevância.

Victor Nunes Leal, já em 1965, defendia o requisito de verificação prévia da relevância da questão discutida em recurso extraordinário, que seria realizado pelo *ponderado critério* do Supremo Tribunal Federal como forma de “aliviar o fardo correspondente a tais processos”, permitindo o julgamento apenas dos casos suficientemente importantes ou significativos. Embora não fosse possível uma definição rigorosa do que seria a “alta relevância da questão de direito federal”¹²⁹, o Ministro Victor Nunes Leal sustentava que não haveria risco de subjetivismo ante alguns balizamentos, como “o interesse público da decisão a ser tomada, ou melhor, o seu reflexo além do exclusivo interesse das partes litigantes”¹³⁰.

Posteriormente, a “arguição de relevância da questão federal foi criada pela Emenda Regimental nº 3/1975 e constitucionalizada pela Emenda Constitucional nº 7/1977”¹³¹, sendo definida, na Emenda Regimental 2/85, como aquela cujos “reflexos na ordem jurídica, e considerados os aspectos morais, econômicos, políticos ou sociais da causa, exige a apreciação do recurso extraordinário pelo Tribunal”¹³².

Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, ponderando que a outorga de poder para seleção dos casos que serão julgados é aspecto essencial da organização das Cortes Supremas, apontam que, antes mesmo da instituição da repercussão geral das questões constitucionais, “experimentamos o requisito da arguição de relevância da questão afirmada

llamamiento de autos. La Corte, según su sana discreción, y con la sola invocación de esta norma, podrá rechazar el recurso extraordinario, por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia.

¹²⁹ LEAL, Victor Nunes. *Aspectos da reforma judiciária*. In: Revista de Informação Legislativa, Brasília, n. 7, set. 1965, pp. 37-39.

¹³⁰ *Idem. Ibidem.*

¹³¹ Emenda Constitucional nº 7/1977:

Art. 119. Compete ao Supremo Tribunal Federal:

(...)

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

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

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

c) julgar válida lei ou ato do governo local contestado em face da Constituição

ou de lei federal; ou

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

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

¹³² MANCUSO, Rodolfo de Camargo, *op. cit.*, pp. 76-77.

para o seu conhecimento em sede extraordinária (art. 119, III, *a e d c/c* §1.º, da CF 1967, alterada pela Emenda Constitucional 1 de 1969 *c/c* arts. 325, I a XI, e 327, §1.º, do RISTF, com a redação dada pela Emenda Regimental 2 de 1985)¹³³. Entretanto, para esses autores, não haveria qualquer vinculação entre ambos os institutos, a não ser a função de “filtragem”:

Nada obstante tenham a mesma função de “filtragem recursal”, a arguição de relevância de outrora e a repercussão geral não se confundem. A começar pelo desiderato: enquanto a arguição de relevância funcionava como um instituto que visava a possibilitar o conhecimento deste ou daquele recurso extraordinário *a priori* incabível, funcionando como um instituto com característica central inclusiva, a repercussão geral visa a excluir do conhecimento do Supremo Tribunal Federal controvérsias que assim não se caracterizem.¹³⁴

Além disso, a decisão a respeito da arguição de relevância era realizada em sessão secreta, dispensando fundamentação, ao passo que a repercussão geral exige a transcendência da questão debatida, devendo ser apreciada em sessão pública e conter motivação¹³⁵.

Já para Sandro Marcelo Kozikoski, embora repercussão geral das questões constitucionais guarde paralelo com a extinta arguição de relevância da questão federal, suas diferenças impõe a necessidade de um novo parâmetro interpretativo¹³⁶.

Por outro lado, para José Carlos Barbosa Moreira, a repercussão geral das questões constitucionais é, em alguma medida, a ressurreição da arguição de relevância, já que, ainda que em outros termos, também tem como fonte inspiradora a prática do *writ of certiorari* norte-americano¹³⁷.

5.2 A conformação constitucional e infraconstitucional

A relação entre a sistemática processual e o regime constitucional é apontada pela doutrina por longa data, sendo firme o entendimento de que “o direito processual é

¹³³ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*, 2ª ed. São Paulo: RT, 2008, p. 30.

¹³⁴ *Idem*, p. 31.

¹³⁵ *Idem*, p. 30.

¹³⁶ KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *A repercussão geral das questões constitucionais e o juízo de admissibilidade do recurso extraordinário (Lei 11.418/2006)*. In: Caderno de Soluções Constitucionais 3. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 406-407.

¹³⁷ *Idem*, p. 83.

fundamentalmente determinado pela Constituição em muitos de seus aspectos e institutos característicos”¹³⁸.

Por isso, o regramento constitucional da repercussão geral é importante, uma vez que liga, diretamente, às duas esferas do direito processual constitucional, quais sejam, (i) a tutela dos princípios fundamentais da livre organização judiciária (normas sobre os órgãos da jurisdição, sua competência e garantias); e (ii) a jurisdição constitucional (controle judiciário da constitucionalidade das leis)¹³⁹.

A repercussão geral das questões constitucionais foi instituída pela Emenda Constitucional nº 45/2004, que acrescentou o §3º ao já existente artigo 102 da Constituição que cuida das competências do Supremo Tribunal Federal:

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

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

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

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

Assim, criou-se uma espécie de *filtro* à admissão do recurso extraordinário, atribuindo ao próprio recorrente a necessidade de sua demonstração como requisito de admissibilidade do referido recurso.

Bruno Dantas entende que a repercussão geral se apresenta como um requisito intrínseco de admissibilidade recursal e está relacionada com a recorribilidade, como vetor do cabimento, pois eventual decisão reconhecendo a sua inexistência implica na declaração de inadmissibilidade do recurso, de modo que está pautado por “regras meramente procedimentais que conduzirão, no fundo, ao reconhecimento de que a decisão é *irrecorrível*, ao menos em sede extraordinária”¹⁴⁰.

¹³⁸ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 87.

¹³⁹ *Idem*, p. 88.

¹⁴⁰ *Idem*, p. 218.

Percebe-se, assim, que a decisão do Supremo Tribunal Federal se revela meramente declaratória¹⁴¹ de uma irrecorribilidade já preexistente e, por isso, é de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, por expressa determinação constitucional¹⁴².

De toda a sorte, pode-se afirmar que existe a presunção em favor da repercussão geral¹⁴³, existindo a regra implícita de admissibilidade do recurso extraordinário, tratando a sua rejeição como exceção¹⁴⁴, pois estabeleceu-se a necessidade de *quorum* qualificado em dois terços para declarar a inexistência da repercussão geral das questões constitucionais.

O constituinte derivado deixou a cargo do legislador ordinário a definição do que seria a repercussão geral das questões constitucionais, tratando-se, assim, de um conceito aberto, posteriormente preenchido por outros conceitos jurídicos indeterminados previstos na legislação infraconstitucional, permitindo, assim, maior elasticidade de interpretação por parte do Supremo Tribunal Federal¹⁴⁵.

Do mesmo modo, a disciplina infraconstitucional da repercussão geral também se mostra extremamente importante, já que o sistema processual se apresenta como “fator de efetividade das normas ditadas no plano constitucional, que ele promove de modo direto e de modo indireto”¹⁴⁶. Nesse contexto, sobreveio a Lei nº 11.418, de 19/12/2006, que introduziu os artigos 543-A e 543-B no Código de Processo Civil.

Para caracterização da repercussão geral, o art. 543-A, § 1º, do Código de Processo Civil exige a configuração de relevância (do ponto de vista econômico, político, social e jurídico) e transcendência (ou seja, além do interesse das partes específicas da causa). Ou seja, a questão, para ser analisada pelo Supremo Tribunal Federal, tem que, necessariamente,

¹⁴¹ Bruno Dantas ressalva que se pode rejeitar essa tese “ao argumento de que é a própria decisão do STF a responsável pela transformação do recurso – que em princípio era admissível – em inadmissível”, de modo que “a decisão da Corte seria *constitutiva* de uma situação jurídica”, afastando o enquadramento como requisito de admissibilidade, inclusive porque “a recorribilidade é sempre definida *a priori* pelo sistema jurídico, e não por decisão de quem quer que seja, ainda que esse alguém seja o STF”. O autor, no entanto, enfrenta os fundamentos, alegando que (i) de fato, a recorribilidade somente pode ser definida *a priori* no ordenamento jurídico, sendo, justamente, o que fez o art. 102, §3º, da Constituição e (ii) o STF apenas declara a natureza das coisas, isto é, a existência ou não de repercussão geral, considerando as balizas apresentadas pelo próprio texto constitucional. Se o STF negar o que o mundo empírico lhe revela, estará decidindo *contra legem*, mas essa possibilidade não altera a natureza declaratória do instituto. (*Idem*, pp. 219-220).

¹⁴² DANTAS, Bruno, *op. cit.*, p. 222, e DIDIER JR., Fredie, CUNHA, Leonardo Carneiro da, *op. cit.*, p. 346.

¹⁴³ DIDIER JR., Fredie, CUNHA, Leonardo Carneiro da, *op. cit.*, pp. 345-346.

¹⁴⁴ DANTAS, Bruno, *op. cit.*, p. 218.

¹⁴⁵ DIDIER JR., Fredie, CUNHA, Leonardo Carneiro da, *op. cit.*, p. 347.

¹⁴⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. I, 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 194.

contribuir “para persecução da unidade do Direito no Estado Constitucional brasileiro, compatibilizando e/ou desenvolvendo soluções de problemas de ordem constitucional”¹⁴⁷.

Bruno Dantas identifica uma dimensão objetiva e outra subjetiva à repercussão geral, relacionadas, respectivamente, à relevância e à transcendência. Isto porque, na dimensão objetiva, “haverá a fixação de quais matérias, quando inserida na fundamentação de um recurso extraordinário, são hábeis a causar impacto indireto em determinados grupos sociais, quando não na sociedade inteira”¹⁴⁸, ao passo que, na dimensão subjetiva, “o intérprete averiguará fundamentalmente qual o grupo social que *potencialmente* receberá os influxos da eventual decisão”¹⁴⁹.

A fim de racionalizar a sistemática da repercussão geral, o §4º do artigo 543-A, do Código de Processo Civil, dispensa a análise da questão pelo Plenário se, na Turma (composta por cinco Ministros), houver no mínimo quatro votos favoráveis, pois, neste caso, eventual manifestação do Plenário já não teria o condão de alterar o resultado, pois, conforme previsto no artigo 102, § 3º, da Constituição, são necessários dois terços dos Ministros (oito, portanto) para a negativa da repercussão geral.

Trata-se de sucinta regulamentação legal, atribuindo ao próprio Supremo Tribunal Federal a competência para regular a Repercussão Geral das questões constitucionais, o que se deu por intermédio da Emenda Regimental nº 21/2007.

Cabe ressaltar, ainda, que, mesmo diante da instituição da sistemática da repercussão geral, ainda assim o Supremo Tribunal Federal permanece sobrecarregado, sendo imprescindível uma visão crítica da situação, conforme apontado por Luis Roberto Barroso¹⁵⁰:

Apesar desses bons serviços, o Supremo se aproxima da terceira década de sua existência democrática sob severa crise de funcionalidade. Com a redemocratização, ocorreu no país um expressivo aumento na demanda por justiça, o que significou uma expansão exponencial de litigiosidade e, conseqüentemente, um grande congestionamento nos juízos e tribunais. De certa forma, esse processo era inevitável em uma sociedade que se tornou mais informada acerca de seus direitos e passou a ter uma maior consciência de cidadania. É chegada a hora, no entanto, de enfrentar com desassombro essa crise de crescimento.

Por fim, como será melhor examinado a seguir, a sistemática adotada implicou no *juízo por amostragem* das questões constitucionais, pois o artigo 543-B, do Código de Processo Civil (introduzido pela Lei nº 11.418/2006), possibilitou a seleção de um ou mais

¹⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel, *op. cit.*, p. 34.

¹⁴⁸ *Op. cit.*, p. 240.

¹⁴⁹ DANTAS, Bruno, *op. cit.*, p. 240.

¹⁵⁰ BARROSO, Luis Roberto. Reflexões sobre as competências e o funcionamento do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/palestra-ivnl-reflexoes-stf-25ago2014.pdf>. Acesso em 26/08/2014.

recursos representativos da questão a ser julgada no Supremo Tribunal Federal, com a devolução e/ou o sobrestamento de todos os demais recursos extraordinários aos órgãos de origem e, negada a existência de repercussão geral, todos os recursos sobrestados serão automaticamente inadmitidos

6 Os reflexos do julgamento por amostragem nos efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal proferida em sede de recurso extraordinário

Como acima demonstrado, Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha defendem que, dentre as inúmeras mudanças significativas no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, a transformação do recurso extraordinário pode ser considerada como o aspecto central da mudança, pois se trata, originalmente, de mecanismo de controle concreto de constitucionalidade que tem servido também ao controle abstrato¹⁵¹, entendimento também observado em diversas outras manifestações doutrinárias e jurisprudenciais¹⁵².

Não obstante destacar que, “a partir de diferentes concepções filosóficas e de experiências históricas diversas, o controle judicial de constitucionalidade continua a ser dividido, para fins didáticos, em modelo difuso e modelo concentrado, ou, às vezes, entre sistema americano e sistema austríaco ou europeu de controle”¹⁵³, Gilmar Ferreira Mendes pondera que (i) tais sistemáticas são apenas aparentemente excludentes e, assim, levaram ao surgimento dos modelos mistos (como, por exemplo, o modelo brasileiro e o modelo português), bem como, (ii) o desenvolvimento dos próprios sistemas clássicos apontaria “em direção a uma aproximação ou convergência a partir de referenciais procedimentais e pragmáticos”¹⁵⁴.

Para Sandro Marcelo Kozikoski, o denominador comum das mudanças “pode ser sintetizado num fortalecimento dos mecanismos de controle na *via concentrada*, em detrimento do paradigma adotado na *via difusa*”¹⁵⁵, sendo “forçoso reconhecer, assim, que alguns dos parâmetros interpretativos relacionados ao juízo de admissibilidade do recurso extraordinário deverão ser repensados em prol dessa nova realidade contemporânea”¹⁵⁶.

José Levi Mello do Amaral Júnior, por sua vez, entende que o sistema brasileiro não é misto, mas, em verdade, é um sistema com cumulação de elementos dos dois modelos tradicionais que coexistem em paralelo, “com influxos recíprocos, episódicos e eventuais”,

¹⁵¹ *Op. cit.*, p. 360.

¹⁵² *Idem*, pp. 362-366.

¹⁵³ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *op cit.*, pp. 1160-1161.

¹⁵⁴ *Idem. Ibidem*.

¹⁵⁵ *Op. cit.*, p. 418.

¹⁵⁶ *Idem, ibidem*. Cf., ainda, MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento e repercussão geral: e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário*, 5ª ed. São Paulo: RT, 2009, pp. 51-55.

sendo que “reconhecer a vocação do direito brasileiro para o controle concentrado e abstrato de normas, como consequência da busca de sucedâneos ao *stare decisis*, não implica o descarte do controle difuso e concreto, pelo contrário. O controle difuso e concreto ajuda a estreitar a teia de proteção contra atos inconstitucionais e é particularmente útil à defesa em concreto dos direitos fundamentais.”¹⁵⁷

De toda sorte, tem-se que a “versão brasileira do *writ of certiorari* americano”¹⁵⁸ é uma verdadeira tentativa de introduzir um elemento de estabilidade sistêmica não originariamente presente no sistema jurídico brasileiro, derivado do *civil law*, no qual, em regra, se atribui menor importância aos precedentes judiciais como fonte de direito, passando-se a adotar um elemento decorrente de um modelo de controle de constitucionalidade nos moldes estadunidense (que possui o princípio do *stare decisis* a lhe conferir funcionalidade e coerência).

E, dentro da sistemática de julgamento da repercussão geral das questões constitucionais, introduzido pela Emenda Constitucional nº 45/2004, há um importante aspecto a se considerar, qual seja, o *julgamento por amostragem*, cuja adoção, para Gilmar Mendes, “deverá maximizar a feição objetiva do recurso extraordinário”¹⁵⁹.

O artigo 543-B, do Código de Processo Civil, atribui aos órgãos de origem, responsáveis pelo juízo de admissibilidade dos recursos extraordinários, a seleção de um ou mais que representem a controvérsia a ser analisada, enviando ao Supremo Tribunal Federal apenas os processos selecionados, sobrestando todos os demais recursos na origem.

Essa competência foi ampliada ao Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal ou, então, ao próprio ministro relator do recurso extraordinário no qual se identifique controvérsia múltipla e idêntica, nos termos dos artigos 328 e 328-A, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF).

Já o artigo 329 atribui à Presidência da Corte Suprema o dever de divulgar de forma ampla as decisões tomadas sob a sistemática da repercussão geral, bem como criar e manter atualizado um banco de dados eletrônicos sobre tais questões.

¹⁵⁷ *Op. cit.*, pp. 145-146.

¹⁵⁸ *Idem*, p. 145.

¹⁵⁹ MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*, 33ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 692.

Como principal consequência dessa nova condição de admissibilidade do recurso extraordinário (possibilidade jurídica recursal, ou interesse-adequação)¹⁶⁰, destaca-se a imediata reprodução do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal (que se dá na forma já explicitada nos capítulos anteriores) nos recursos sobrestados nos órgãos de origem. Consoante observa Ada Pellegrini Grinover, “trata-se de uma hipótese de juízo de admissibilidade pelo tribunal *a quo*, que independe de novo juízo de admissibilidade pelo tribunal *ad quem*, que se pode considerar implícito”¹⁶¹.

Portanto, na sistemática da repercussão geral das questões constitucionais, o efeito da decisão proferida em razão do julgamento por amostragem ganha efeitos para além do caso em concreto, impondo a inadmissão de todos os demais recursos fundados na mesma controvérsia constitucional quando não reconhecida a sua repercussão geral ou, quando reconhecida, devolvendo os demais processos aos tribunais de origem para adequação do julgado em atenção ao decidido pelo Supremo Tribunal Federal.

Embora tal decisão seja proferida em sede de recurso extraordinário e, assim, no âmbito do controle concreto e incidental de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal (no qual, em regra, haveria apenas atribuição de efeitos *inter partes*), a decisão ganha transcendência, motivo pelo qual essa sistemática de julgamento causa impacto ao sistema brasileiro de controle de constitucionalidade.

Nesse sentido, Roger Stiefelmann Leal vai direto ao ponto ao ponderar que,

em tese, a instituição do novo pressuposto recursal não deveria implicar modificação da ordem processual quanto aos efeitos do juízo de constitucionalidade proferido em sede de controle concreto. Manter-se-ia a observância de seus parâmetros gerais, alcançando – como regra – apenas as partes envolvidas no caso. Contudo, ao disciplinar o instituto da repercussão geral, a Lei n 11.418/2006 e as alterações regimentais aprovadas a propósito pelo STF inovaram significativamente quanto aos efeitos da decisão proferida em sede de recurso extraordinário.¹⁶²

De toda sorte, o próprio Supremo Tribunal Federal já apontou que o efeito da decisão por amostragem sobre a repercussão geral de questão constitucional pode decorrer de um único julgamento¹⁶³:

Rcl 10.793/SP

¹⁶⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Processo: Estudos & Pareceres*, 2ª ed. São Paulo: DPJ Editora, 2009, p. 30.

¹⁶¹ *Op. cit.*, p. 31.

¹⁶² LEAL, Roger Stiefelmann. *A incorporação das súmulas vinculantes à jurisdição constitucional brasileira: alcance e efetividade em face do regime legal da repercussão geral e da proposta de revisão jurisprudencial sobre a interpretação do art. 52, X, da Constituição*. In: Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Editora FGV, vol. 261, set-dez/2012, p. 187.

¹⁶³ Cf. LEAL, Roger Stiefelmann, *op. cit.*, p. 188, citando voto proferido pelo Min. Gilmar Mendes no AIQO nº 760.350/SE, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 19.02.2010, e despacho monocrático proferido pelo Min. Marco Aurélio no RE nº 565.089/SP, DJ de 10.12.2008.

RECLAMAÇÃO. ALEGAÇÃO DE INOBSERVÂNCIA POR MAGISTRADO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA DA DECISÃO PROFERIDA PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO MÉRITO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 583.955-RG/RJ. INSTITUTO DA REPERCUSSÃO GERAL. COMPETÊNCIA DOS TRIBUNAIS DE ORIGEM PARA SOLUCIONAR CASOS CONCRETOS. CORREÇÃO DA EVENTUAL DESOBEDIÊNCIA À ORIENTAÇÃO ESTABELECIDADA PELO STF PELA VIA RECURSAL PRÓPRIA, EM JULGADOS DE MÉRITO DE PROCESSOS COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. RECLAMAÇÃO NÃO CONHECIDA.

1. As decisões proferidas pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento de recursos extraordinários com repercussão geral vinculam os demais órgãos do Poder Judiciário na solução, por estes, de outros feitos sobre idêntica controvérsia.

2. Cabe aos juízes e desembargadores respeitar a autoridade da decisão do Supremo Tribunal Federal tomada em sede de repercussão geral, assegurando racionalidade e eficiência ao Sistema Judiciário e concretizando a certeza jurídica sobre o tema.

3. O legislador não atribuiu ao Supremo Tribunal Federal o ônus de fazer aplicar diretamente a cada caso concreto seu entendimento.

4. A Lei 11.418/2006 evita que o Supremo Tribunal Federal seja sobrecarregado por recursos extraordinários fundados em idêntica controvérsia, pois atribuiu aos demais Tribunais a obrigação de os sobrestarem e a possibilidade de realizarem juízo de retratação para adequarem seus acórdãos à orientação de mérito firmada por esta Corte.

5. Apenas na rara hipótese de que algum Tribunal mantenha posição contrária à do Supremo Tribunal Federal, é que caberá a este se pronunciar, em sede de recurso extraordinário, sobre o caso particular idêntico para a cassação ou reforma do acórdão, nos termos do art. 543-B, § 4º, do Código de Processo Civil.

6. A competência é dos Tribunais de origem para a solução dos casos concretos, cabendo-lhes, no exercício deste mister, observar a orientação fixada em sede de repercussão geral.

7. A cassação ou revisão das decisões dos Juízes contrárias à orientação firmada em sede de repercussão geral há de ser feita pelo Tribunal a que estiverem vinculados, pela via recursal ordinária.

8. A atuação do Supremo Tribunal Federal, no ponto, deve ser subsidiária, só se manifesta quando o Tribunal a quo negasse observância ao leading case da repercussão geral, ensejando, então, a interposição e a subida de recurso extraordinário para cassação ou revisão do acórdão, conforme previsão legal específica constante do art. 543-B, § 4º, do Código de Processo Civil.

9. Nada autoriza ou aconselha que se substituam as vias recursais ordinária e extraordinária pela reclamação.

10. A novidade processual que corresponde à repercussão geral e seus efeitos não deve desfavorecer as partes, nem permitir a perpetuação de decisão frontalmente contrária ao entendimento vinculante adotado pelo Supremo Tribunal Federal. Nesses casos o questionamento deve ser remetido ao Tribunal competente para a revisão das decisões do Juízo de primeiro grau a fim de que aquela Corte o aprecie como o recurso cabível, independentemente de considerações sobre sua tempestividade.

11. No caso presente tal medida não se mostra necessária.

*12. Não-conhecimento da presente reclamação.*¹⁶⁴⁻¹⁶⁵

Assim, pode-se afirmar, de forma inequívoca, que houve uma mudança significativa no efeito da decisão do Pretório Excelso no controle concreto e incidental de constitucionalidade, já que o Supremo Tribunal Federal passou a se manifestar uma única vez

¹⁶⁴ Rcl 10.793/SP, Pleno, Rel. Min. Ellen Gracie, v.u., DJ de 06.06.2011 (destaques acrescidos).

¹⁶⁵ Neste mesmo sentido: STF, RE 565.089/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, decisão monocrática, DJ de 10.12.2008; STF, RE-AgRg 234.995/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, decisão monocrática, DJ de 21.02.2011; e STF, RE 598.037/RS, Rel. Min. Carmen Lúcia, decisão monocrática, DJ de 02.08.2011

sobre determinada controvérsia constitucional, cuja decisão se propaga para todos os recursos fundados em matéria idêntica, com observância obrigatória por parte dos tribunais de origem¹⁶⁶.

No mesmo sentido, Bruno Dantas defende que “essa decisão irradia efeitos vinculantes sobre os recursos que se encontravam sobrestado na origem, e eles estarão automaticamente inadmitidos”.¹⁶⁷

Portanto, a instituição da sistemática da repercussão geral das questões constitucionais atribuiu efeitos vinculantes e *erga omnes* à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na fiscalização concreta de constitucionalidade.

Por fim, importante destacar que esse efeito vinculante não está relacionado à parte dispositiva do julgado, mas sim aos seus fundamentos determinantes, impondo-se “aos demais casos sobrestados as razões que pautaram o julgamento do recurso extraordinário, ainda que os diplomas legislativos contestados sejam outros”¹⁶⁸, ou, em outras palavras, “implícita ao modelo de repercussão geral, tal como interpretado pelo STF, está a atribuição de efeito vinculante às decisões de mérito – únicas e avulsas – proferidas em sede de recurso extraordinário.”¹⁶⁹

Além disso, esse específico efeito vinculante não se confunde com o previsto no artigo 103-A, da Constituição Federal, que instituiu as súmulas vinculantes, de modo que não é dirigido diretamente aos “demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”, mas, apenas e tão somente, aos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, nos quais é feito o juízo de admissibilidade dos recursos extraordinários, não havendo, até o momento, definição sobre os mecanismos de controle de sua observância¹⁷⁰.

De toda a sorte, importante a ressalva feita por Mantovanni Colares Cavalcanti no IX Congresso Nacional de Estudos Tributários, realizado em dezembro de 2012 pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET, para quem “essa pode não ser a metodologia perfeita, mas é inegável que se aproxima do ideal, diante da posição mediana da estabilidade

¹⁶⁶ *Idem*, p. 74.

¹⁶⁷ *Op. cit.*, p. 331.

¹⁶⁸ LEAL, Roger Stiefelmann, *op. cit.*, p. 188. Aponta o autor que essa é a concepção clara do Supremo Tribunal Federal, recordando dos “casos de declaração de inconstitucionalidade de leis municipais instituidoras de IPTU progressivo”, aos quais se entendeu possível aplicar o entendimento da Corte fixado em um caso concreto para diversas municipalidades que tivessem instituído leis estabelecendo a progressividade do IPTU. (*Idem*, p. 189).

¹⁶⁹ *Idem. Ibidem.*

¹⁷⁰ *Idem*, p. 190.

em relação à previsibilidade e a uniformidade, sem a pretensão de se ter a certeza ou a verdade como fator determinante em matéria de racionalidade decisória.”

Isto porque esta nova sistemática deu maior estabilidade jurídica às relações processuais, assegurando isonomia e celeridade, buscando, desta forma, garantir a segurança aos cidadãos, que saberão, de antemão, qual o entendimento do Poder Judiciário sobre determinada questão jurídica¹⁷¹.

Assim, se, por um lado, há um efetivo esforço para racionalizar a atuação do Supremo Tribunal Federal, “de modo a inibir o exame repetitivo de controvérsias já anteriormente decididas”¹⁷², com cristalina valorização dos “julgamentos promovidos pela Corte mediante o reconhecimento de efeito vinculante para cada decisão de mérito proferida em sede de controle concreto de constitucionalidade”¹⁷³, por outro, a introdução de mecanismos e institutos advindos de modelos distintos no sistema brasileiro sem maior reflexão leva a “pontos de estrangulamento do modelo por motivos de excesso ou saturação”.¹⁷⁴⁻¹⁷⁵

¹⁷¹ Para Regina Helena Costa, estabilidade “significa que a jurisprudência deve sinalizar aquilo que será o entendimento a vigorar para o futuro, constituindo um indicativo dos comportamentos que devem ser adotados, que serão considerados legítimos. O objetivo é evitar oscilações, especialmente as abruptas, na orientação adotada pelos órgãos jurisdicionais.” (COSTA, Regina Helena. *Repercussão geral em matéria tributária: primeiras reflexões*. In: PAULSEN, Leandro (Coord.). *Repercussão Geral no recurso extraordinário: estudos em homenagem à Ministra Ellen Gracie*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 109).

¹⁷² *Idem*, p. 192.

¹⁷³ *Idem*, *ibidem*.

¹⁷⁴ *Idem*, p. 197.

¹⁷⁵ Cogita-se da reclamação ou do agravo do artigo 544, do Código de Processo Civil. Cf. LEAL, Roger Stiefelmann, *op. cit.*, p. 190 e DANTAS, Bruno, *op. cit.*, pp. 333-334.

7 Os efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal sob a sistemática da repercussão geral em matéria tributária

Como se sabe, o sistema constitucional brasileiro instituído pela Constituição Federal de 1988 se revela bastante peculiar, sendo especialmente rígido e inflexível, e, por isso, repousa sobre o Supremo Tribunal Federal a responsabilidade de manter hígida e coerente a aplicação do sistema constitucional tributário brasileiro.

Com efeito, já na Constituição de 1934, o sistema tributário foi estruturado de forma rígida e inflexível, definindo de forma detalhada a competência tributária, os elementos da regra matriz de incidência, o conteúdo, forma e quantidade de tributos que poderiam ser arrecadados pela União, Estados e Municípios de maneira exaustiva e abrangente¹⁷⁶.

A Constituição de 1937, mantendo a rigidez do sistema constitucional tributário, delegou aos Estados a competência residual de criar novos impostos e impediu a bitributação, instituindo, também, as competências tributárias negativas, como, por exemplo, a imunidade recíproca. As Constituições de 1946, de 1967 e de 1969 seguiram a mesma linha, estipulando de forma enumerativa as competências tributárias, discriminando os impostos e esgotando as formas e meios de instituição de novos tributos pelo Entes políticos.

Como bem apontado por Geraldo Ataliba, a competência tributária adotada no Brasil é exaustiva, pois, já na Constituição de 1946, foi criado um sistema “completo, fechado e harmônico, que limita e ordena estritamente, não só cada poder tributante como – consequência lógica – toda a atividade tributária, globalmente considerada.”¹⁷⁷

Percebe-se, deste modo, que a Constituição Federal de 1988 apenas manteve a longa tradição brasileira de sistemas constitucionais tributários rígidos e inflexíveis, nos quais todos os tributos que podem ser instituídos e cobrados, e por quais Entes tributantes, estão categoricamente previstos na Constituição, elencando o rol taxativo de tributos, com regras restritas de competência residual para a instituição de tributos não nominados expressamente.

Helena Taveira Tôres aponta recente pesquisa que, comparando o sistema constitucional tributário brasileiro com o de outros países, comprovou esse caráter singular,

¹⁷⁶ ATALIBA, Geraldo. *Sistema Constitucional Tributário Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 61.

¹⁷⁷ *Idem*, p. 27.

ou seja, que nenhum outro país possui um arcabouço constitucional de competências tributárias tão rígido e exaustivo, demonstrando que alguns países limitam-se a expressar, em variados graus, o princípio da legalidade tributária (como, de forma exemplificativa, Estados Unidos, Israel, Japão, Portugal e Suíça), ao passo que outros países apenas asseguram a legalidade de forma genérica ou implícita (por exemplo, África do Sul, Chile, Espanha, Itália e Suécia) ou nem sequer a asseguram (Argentina e Uruguai, por exemplo)¹⁷⁸.

Geraldo Ataliba aponta que, entre as diversas características da rigidez do sistema tributário brasileiro, merece destaque a impossibilidade de qualquer mudança, exceto por meio de Emenda Constitucional, cujo processo legislativo é mais solene e complexo do que o da edição de leis, de modo que o legislador ordinário não tem liberdade para “desenhar qualquer traço fundamental”¹⁷⁹ em matéria tributária. Em outras palavras, não existe competência tributária fora dos termos definidos ou do rol taxativo explicitado na Constituição Federal de 1988, inexistindo, assim, liberdade discricionária para o legislador ordinário.

Para Victor Nunes Leal, a rigidez e inflexibilidade do sistema constitucional tributário decorre do próprio regime federalista, em especial em razão do processo centrífugo de sua formação, atendendo ao antigo desejo de descentralização de recursos da União para os Estados e Municípios¹⁸⁰, contrapondo-se, assim, ao antigo regime autoritário. Por essa razão é que o constituinte estabeleceu, de forma taxativa, a repartição tanto da competência tributária quanto da destinação das receitas arrecadadas¹⁸¹.

Assim, para Humberto Ávila, a Constituição de 1988 estabelece todo o conteúdo material e define as hipóteses de incidência, estabelecendo cada espécie tributária, sua regra matriz de incidência e limitando, tanto formal quanto materialmente, os tributos que podem ser instituídos¹⁸².

A Constituição Federal não foi rígida e detalhista apenas e tão somente com relação às competências tributárias e às regras matriz de incidência, mas também no que se refere às normas protetivas que moldam e limitam o poder de tributar, amparando os direitos e

¹⁷⁸ TÔRRES, Heleno Taveira *et alli*. “Sistema Tributário e Direitos Fundamentais no Constitucionalismo Comparado” in TÔRRES, Heleno Taveira (coord.). *Sistema Tributário, legalidade e direito comparado: entre forma e substância*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 21-76.

¹⁷⁹ *Idem*, p. 20.

¹⁸⁰ LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo do Brasil*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997, p. 79.

¹⁸¹ LIVEIRA, Fabrício Augusto de. *A evolução da estrutura tributária e do fisco brasileiro: 1889-2009*. In: Texto para discussão do IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, nº 1469, Brasília, jan. 2010. p. 39.

¹⁸² ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 110.

garantias dos contribuintes, instituindo extenso rol de limitações constitucionais ao poder de tributar, para garantir a própria soberania do povo.

Roque Antônio Carrazza foi preciso ao pontuar que

é sempre oportuno encarecer que a competência tributária é conferida às pessoas políticas, em última análise, pelo povo, que é o detentor por excelência de todas as competências e de todas as formas de poder. De fato, se as pessoas políticas receberam a competência tributária da Constituição e se esta brotou da vontade soberana do povo, é evidente que a tributação não pode operar-se exclusiva e precipuamente em benefício do Poder Público ou de uma determinada categoria de pessoas. Seria um contra-senso aceitar-se, de um lado, que o povo outorgou a competência tributárias às pessoas políticas e, de outro, que elas podem exercitá-la em qualquer sentido, até mesmo em desfavor desse mesmo povo.¹⁸³

Assim, até hoje permanecem válidos os ensinamentos de Aliomar Baleeiro, para quem “nenhuma Constituição excede a brasileira, a partir da redação de 1946, pelo zelo com que reduziu a disposições jurídicas aqueles princípios tributários.”¹⁸⁴

Por essas razões é que o Supremo Tribunal Federal, como guardião das disposições constitucionais, acaba por ser o responsável por decidir não apenas intrincadas questões federativas (a exemplo de guerra fiscal do ICMS e do ISSQN) e de garantias fundamentais (como, por exemplo a segurança jurídica do contribuinte), mas também detalhes da mecânica de tributos, em razão de sua base constitucional, sendo corriqueiro o julgamento de questões relativas à sujeição passiva, regra matriz de incidência, base imponible, entre outros temas.

Não por acaso que o primeiro caso em que houve o reconhecimento de inconstitucionalidade de dispositivo introduzido por Emenda Constitucional tenha sido em matéria tributária. Trata-se do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 939/DF, de relatoria do Ministro Sydney Sanches, no qual se reconheceu inconstitucionalidade do Imposto Provisório sobre a Movimentação ou a Transmissão de Valores e de Créditos e de Direitos de Natureza Financeira (“IPMF”), por frontal violação às cláusulas pétreas dos direitos e garantias fundamentais dos contribuintes, em especial ao princípio da anterioridade e às imunidades constitucionais.

Segundo dados do próprio Supremo Tribunal Federal, atualizados até agosto de 2014, a existência de repercussão geral das questões constitucionais já foi objeto de

¹⁸³ LEAL, Roger Stiefelmann. *A incorporação das súmulas vinculantes à jurisdição constitucional brasileira: alcance e efetividade em face do regime legal da repercussão geral e da proposta de revisão jurisprudencial sobre a interpretação do art. 52, X, da Constituição*. In: Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Editora FGV, vol. 261, set-dez/2012, p. 187.

¹⁸⁴ BALEEIRO, Aliomar. *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 2.

apreciação em 758 temas, sendo que, desse total, 205 envolvem questões tributárias¹⁸⁵. Além disso, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal já resultaram na suspensão / devolução de 106.775 processos, sendo que as questões tributárias respondiam por 19.482 processos, ou seja, 18,25% do total de casos, estando atrás, apenas, das questões administrativas e de direito público em geral¹⁸⁶.

Neste cenário, a repercussão geral das questões constitucionais e a expansão do controle abstrato de constitucionalidade têm como objetivo permitir que a jurisdição constitucional exercida pelo Supremo Tribunal Federal dê respostas cada vez mais céleres e adequadas para as inúmeras controvérsias tributárias de natureza constitucional.

Esta preocupação também já foi notada por Cassio Scarpinella Bueno, para quem:

seja porque determinadas decisões têm efeitos vinculantes, seja, quando menos, porque tem efeitos “meramente persuasivos”, nunca, para nossa experiência jurídica, foi tão importante saber o que e como os tribunais decidem as mais variadas questões.¹⁸⁷

Portanto, especialmente no que se refere às questões tributárias, a importância e influência das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal por meio do controle de constitucionalidade instituído através da sistemática da repercussão geral das questões constitucionais, as quais, como acima demonstrado, podem ter até mesmo caráter vinculante, conforme defendido por parte da doutrina, revela-se um importante e indispensável instrumento para estabilização das relações sociais e a pacificação dos conflitos entre contribuintes e a administração pública.

Por essa razão, os julgamentos do Supremo Tribunal Federal envolvendo a repercussão geral das questões tributárias estão, cada vez mais, sendo acompanhados e debatidos pelos demais contribuintes, motivo pelo qual passa-se a analisar as hipóteses legalmente previstas de intervenção de terceiros, verificando a sua harmonia com essa nova modalidade de controle de constitucionalidade.

¹⁸⁵ Estatísticas e Relatórios. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=listas_rg. Acesso em 23/08/2014.

¹⁸⁶ Números da repercussão geral. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=numeroRepercussao>. Acesso dia 23/08/2014.

¹⁸⁷ Bueno, Cassio Scarpinella. *Amicus Curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p.71.

Parte IV – A INTERVENÇÃO DE TERCEIROS

8 – Da evolução e do conceito de partes e terceiros no processo civil

Até meados do Século XIX não existia uma noção processual de parte que não fosse atrelada à titularidade da relação jurídica material. Assim, no Brasil, por exemplo, os antigos processualistas conceituavam partes como sendo os sujeitos da relação jurídica material deduzida em juízo¹⁸⁸. Isto ocorre em razão da falta de autonomia científica e metodologia do direito processual, que surgiu mais precisamente com a obra de Oskar von Bülow¹⁸⁹, quando teve início a fase intitulada *autonomista* ou *conceitual* do direito processual.

O conceito de parte, nessa fase autonomista, abrangia comumente aquele que pedia e aquele em face de quem era formulado o pedido (demandante e demandado)¹⁹⁰, ou seja, iniciou-se a nítida distinção feita entre as partes na relação jurídica material e na relação jurídica processual, as quais nem sempre são as mesmas.

Já nessa fase existia uma noção conceitual mais clara das várias hipóteses de intervenção de terceiros¹⁹¹, que, nessa época, eram identificados como sujeitos estranhos à relação jurídica material deduzida em juízo e, também, à relação jurídica processual já formada¹⁹². Surge, então, a noção formal e processual de intervenção de terceiros.

Para Moacyr Amaral Santos, terceiros podem ser conceituados como aquelas

peças estranhas à relação de direito material deduzida em juízo e estranhas à relação processual já constituída, mas que, sujeitos de uma relação de direito material que àquela se liga intimamente, intervêm no processo sobre a mesma relação, a fim de defender interesse próprio.¹⁹³

¹⁸⁸ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 20ª ed., atual. São Paulo: Saraiva, 1ª volume, 1992. p.

¹⁸⁹ ALVIM, José Eduardo Carreira, *Op. cit.* p. 161.

¹⁹⁰ MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. 1ª ed. atual. Campinas : Millennium, 2000. p. 27.

¹⁹¹ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro — um novo ramo do direito processual*, pp. 44-5.

¹⁹² *Idem.* p. 49

¹⁹³ *Idem.* p. 18.

Já em meados do Século XX, especialmente a partir das décadas de 60 e 70, conforme exposto por José Eduardo Carreira Alvim, teve início a fase instrumentalista, decorrente dos estudos de Mauro Cappelletti e outros juristas italianos¹⁹⁴, que propõe uma postura metodológica de otimização do sistema processual em busca da efetividade, reaproximando o direito material do direito processual (substância-processo)¹⁹⁵.

Especificamente no Brasil, Cândido Rangel Dinamarco sustenta que partes são “os sujeitos do contraditório instituído perante o juiz”¹⁹⁶, ou seja, seriam os sujeitos interessados na relação jurídica processual. Nesse mesmo sentido, Ada Pellegrini Grinover e Araújo Cintra afirmam que parte é aquele que vem deduzir uma pretensão à tutela jurisdicional, formulando o pedido (demandante) e aquele que se vê envolvido pelo pedido (demandado)¹⁹⁷.

Mais recentemente, surge com força uma visão constitucional do processo civil, resguardando a aplicação sistemática dos princípios constitucionais com as normas processuais, pois, como ensina Cassio Scarpinella Bueno, “o processo civil, como de resto, todos os outros chamados ‘ramos’ do direito, está inserido em um contexto bem mais amplo, que é o da Constituição Federal”¹⁹⁸.

Já para Athos Gusmão Carneiro¹⁹⁹, no direito processual, o conceito de terceiro, tal qual se dá no direito material, pode ser obtido por meio de negação. É dizer, em uma relação jurídica envolvendo duas partes (A, como autor, e B, como réu), todos os demais que não forem partes (nem coadjuvantes) no processo serão terceiros.

Do mesmo modo, Cândido Rangel Dinamarco sustenta que terceiro é um sujeito alheio a determinada relação processual, mas que pode ter sua esfera de direitos atingida, seja em razão de prejuízo de fato, seja por ser juridicamente prejudicado²⁰⁰.

Para Cassio Scarpinella Bueno, o mais importante, para distinguir “terceiros” das próprias “partes”, é o momento imediatamente anterior à intervenção, momento em que deve-se verificar quem é parte e quem é terceiro juridicamente interessado. Ou seja:

é verificar quem pediu e em face de quem se pediu, para olhar, em última análise, para as relações de direito material e constatar em que condições delas afloram

¹⁹⁴ *Idem*, p. 164.

¹⁹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do processo*, 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 150.

¹⁹⁶ *Idem*. p. 152.

¹⁹⁷ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. Cit.* p. 304.

¹⁹⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus Curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 75.

¹⁹⁹ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de Terceiros*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 69.

²⁰⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Coisa Julgada e Intervenção de Terceiros*, São Paulo: Malheiros, 1997, p. 19.

eventuais situações legitimantes, vale dizer, situações que autorizarão a intervenção de outros no processo.²⁰¹

Aliás, importante destacar que, com o ingresso do terceiro no processo, esse passa a deter faculdades, deveres e ônus implícitos na relação processual, adquirindo, assim, sua condição de parte do processo²⁰²⁻²⁰³.

Assim, as intervenções de terceiros nos processos têm o condão de ampliar os efeitos da sentença a ser proferida, a qual também atingirá os sujeitos intervenientes, inclusive no que se refere aos efeitos da coisa julgada material²⁰⁴. Passa-se, assim, a demonstrar as diversas espécies de intervenção de terceiros previstas no ordenamento pátrio, com especial enfoque na possibilidade de sua utilização para intervir nos casos em que foi reconhecida a repercussão geral das questões constitucionais.

9 – Espécies de intervenção de terceiros

9.1 Assistência

A assistência é uma espécie de intervenção de terceiros espontânea, que não ocorre por meio de ação própria, mas por inserção de um terceiro sujeito em determinada relação processual, e vem regulamentada no Código de Processo Civil em seus artigos 50 e seguintes, de onde se destaca a seguinte definição:

Art. 50. Pendendo uma causa entre duas ou mais pessoas, o terceiro, que tiver interesse jurídico em que a sentença seja favorável a uma delas, poderá intervir no processo para assisti-la.²⁰⁵

Assim, o instituto da assistência é uma forma de intervenção espontânea, por meio da qual um terceiro sujeito, que detenha interesse jurídico em determinada causa, se insere voluntariamente na relação processual já existente, a fim auxiliar a uma das partes, buscando

²⁰¹ Bueno, Cassio Scarpinella. *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*. 2 ed. Saraiva, 2006. p. 4.

²⁰² Carneiro, Athos Gusmão. *Op. cit.*, p. 49.

²⁰³ Bueno, Cassio Scarpinella. *Op. cit.* p. 370.

²⁰⁴ Dinamarco, Cândido Rangel. *Op. cit.* p. 25.

²⁰⁵ BRASIL, CPC. 1973

sentença favorável a si e ao litigante assistido. Importante ressaltar que o terceiro, ao ingressar na demanda, torna-se sujeito, mas não parte processual.

Um dos pressupostos de admissibilidade do assistente é o interesse jurídico sobre a causa, o qual não se confunde com o interesse econômico, moral, ou qualquer outro que exista ou venha a existir, de modo que o terceiro deve comprovar a reflexão, favorável ou prejudicial, direta ou indireta, da sentença a ser proferida nos autos, em sua esfera jurídica. Para Athos Gusmão Carneiro, “não é qualquer interesse que autoriza um terceiro a intervir no processo em favor de uma das partes, mas sim apenas o interesse jurídico. O interesse, v.g., meramente afetivo, ou meramente econômico, não faculta a assistência.”²⁰⁶

A assistência pode se dar em duas modalidades, quais sejam, assistência simples, na qual o interesse a ser protegido pelo assistente é mediato, pois a relação de direito material discutida no processo não faz parte da esfera jurídica do assistente, que será atingida por via reflexa, ou assistência litisconsorcial, na qual que o assistente também mantém relação de direito material com a parte adversa do assistido, motivo pelo qual o assistente estaria até mesmo legitimado para demandar o direito por si próprio²⁰⁷.

Para elucidar a questão, como exemplo de assistência simples, temos a intervenção do sublocatário em Ação de Despejo movida pelo locador em face do locatário principal (relação Locador – Locatário, e Locatário – Sublocatário), e de assistência litisconsorcial, a intervenção de um sócio na lide proposta por outro.

A formulação do pedido de admissão no feito pode se dar por todo o trâmite processual, desde a citação do réu até o trânsito em julgado da ação, sempre no estado em que o processo se encontrar, sendo defesa apenas a prática de atos já atingidos pela preclusão. Nesse sentido, a 3ª turma do STJ já entendeu que:

O assistente pode ingressar em qualquer fase do processo, mas, sem dúvida, não pode praticar atos que já se esgotaram no tempo, cobertos pela preclusão.²⁰⁸

Controversa é a questão da vinculação do assistente à sentença transitada em julgado e extensão de seus efeitos e da coisa julgada. Porém, mais coerente seguir no entendimento de que a coisa julgada produz efeitos apenas às partes, como aponta Ernane Fidelis dos Santos:

a coisa julgada, porém, não atinge o assistente, mesmo o litisconsorcial. Não, não o atinge, exatamente porque não é parte, já que nada pediu, nem contra ele se pediu nada. É simples assistente com poderes de parte, mas não litisconsorte.²⁰⁹

²⁰⁶ *Op. cit.* p. 190.

²⁰⁷ USTÁRROZ, Daniel. *A Intervenção de terceiros no processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p. 36.

²⁰⁸ REsp 327.0623, Rel. Min. Menezes Direito, ac. 6-5-2002

Assim sendo, ao assistente se estende os efeitos da sentença, considerando que, “consequentemente, todos os terceiros estão sujeitos à eficácia da sentença nos limites do seu objeto”²¹⁰, mas não os efeitos da coisa julgada, coisas processualmente distintas, sendo-lhe assistido o direito de discutir posteriormente a coisa julgada.

O Projeto do Novo Código de Processo Civil, ainda pendente de aprovação pelo Congresso, disciplina o instituto da assistência em capítulo próprio, inserido na parte destinada às intervenções de terceiros, sendo descrito nos artigos 316 a 321, mas não sofrendo alterações significativas em relação ao disposto no Código vigente.

Em especial, para fins do presente trabalho, observa-se que o Supremo Tribunal Federal não vem admitindo a inclusão de terceiros como assistentes nas causas em que foi reconhecida a repercussão geral das questões constitucionais, em razão de não identificar o interesse jurídico, mas apenas econômico.

Apenas a título exemplificativo, sem o aprofundamento da questão, importante destacar que, durante muitos anos, se discutiu no Poder Judiciário qual seria o prazo prescricional para os contribuintes obterem a restituição dos tributos indevidamente recolhidos ou recolhidos a maior, em razão das alterações promovidas pela Lei Complementar nº 118/05.

Após a consolidação do entendimento pelo Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que o prazo prescricional seria de 10 (dez) anos para os pagamentos realizados até a vigência da referida Lei Complementar, a questão foi submetida ao crivo do Supremo Tribunal Federal, que, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 566.621/RS, apreciou a questão sob a sistemática da Repercussão Geral das Questões Constitucionais, reconhecendo que o prazo prescricional seria de 10 (dez) anos apenas para as ações ajuizadas até a vigência da Lei Complementar nº 118/05.

Embora nenhuma das partes tenha interposto recurso do acórdão proferido, verificou-se que outros contribuintes buscaram intervir ativamente no processo, apresentando manifestações (questão de ordem, embargos de declaração e embargos de divergência), as quais sustentaram que o acórdão proferido estava enviado de um suposto vício (o qual não interessa, para fins do presente estudo).

²⁰⁹ FIDELIS DOS SANTOS, Ernane. *Manual de Direito Processual Civil*, vol.1. 3ª ed. 1994, pág. 76.

²¹⁰ LIEBMAN, Enrico Túllio. *Eficácia e autoridade da sentença*, 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 170.

Entretanto, ao verificar a questão, a Ministra Relatora Rosa Weber determinou o desentranhamento das petições, exatamente em razão dos sujeitos não serem parte do processo originário, olvidando-se, assim, dos efeitos vinculativos decorrentes das decisões proferidas sob a sistemática da Repercussão Geral.

Talvez o caso mais emblemático da não admissão de terceiros se deu no Recurso Extraordinário nº 611.586/PR, no qual se discutia a tributação de coligadas e controladas, cuja dívida estimada pela Receita Federal do Brasil era de quarenta e três milhões de reais, sendo que, deste montante, apenas a Vale S.A. respondia por trinta milhões de reais, ou seja, dois terços do valor total. Todavia, como a escolha de casos para julgamento da Repercussão Geral das Questões Constitucionais se dá por amostragem, não foi o Recurso Extraordinário de tal empresa que foi o escolhido para ser o *leading case* do tema em questão, até mesmo porque se encontrava pendente de julgamento o Recurso Especial interposto em tal caso.

Ao analisar o pedido formulado, o Ministro Joaquim Barbosa, ressaltando a possibilidade da empresa apresentar memoriais de julgamento e, assim, trazer novos subsídios para a discussão, indeferiu o pedido de ingresso no feito formulado, o que, por conseguinte, impediu referida empresa de interpor recurso contra a decisão final proferida no Recurso Extraordinário.

Tal situação impediu o amplo debate da questão, pois, em razão da decisão que impossibilitou a intervenção da Vale, o Supremo Tribunal Federal deixou de apreciar questão importante ao deslinde de toda a controvérsia (tributação em caso de coligadas não localizadas em paraísos fiscais), motivo pelo qual tal ponto foi recentemente julgado pelo Superior Tribunal de Justiça e, por isso, foi objeto de novo Recurso Extraordinário, o que implica no retorno da mesma discussão ao Supremo Tribunal Federal.

O Ministro Marco Aurélio indeferiu o pedido de admissão no processo de terceiro interessado em processo mais recente, qual seja, o Recurso Extraordinário nº 570.122/RS, em que se discute a não cumulatividade da COFINS, no qual também já foi reconhecida a Repercussão Geral das Questões Constitucionais. Para o Ministro, o conflito envolve o interesse de determinado contribuinte e da União, motivo pelo qual não há qualquer relação com o referido sindicato que possa resultar em seu ingresso no recurso como assistente.

Esta decisão monocrática foi reiterada pelo Ministro Marco Aurélio em decisão posterior, na qual foi firmado o entendimento de que “a decisão mediante a qual não se admite, em processo subjetivo, a participação de terceiro, presente a repercussão geral, não é

impugnável”²¹¹, concluindo ainda que “o instituto nada mais é do que um filtro de acesso ao Supremo”²¹², olvidando-se, assim, da amplitude que este instituto assumiu no atual ordenamento jurídico brasileiro, em especial do carácter vinculante de tais decisões.

9.2 Oposição

Com expressa previsão nos artigos 56 a 61 do Código de Processo Civil, a oposição é utilizada quando um terceiro pretende para si coisa ou direito controvertido entre as partes do processo (autor e réu), colocando-se como verdadeiro titular da relação jurídica demandada, opondo-se, literalmente, contra as vontades de ambas as partes.

Para Cândido Rangel Dinamarco, a oposição pode ser de duas espécies, sendo a primeira a oposição interventiva, quando acontece nos autos do processo em tramitação, tornando, assim, o oponente uma parte da relação processual já existente, devendo ser apresentada sempre antes da audiência e seu julgamento se dá em conjunto com a lide principal.²¹³

A segunda, conhecida como oposição autônoma, ocorre em uma nova relação processual, após a instrução e julgamento do processo, de modo que, conforme aponta Daniel Ustárroz, “não há um incidente no processo, mas sim um processo incidente”²¹⁴. Ou seja, apesar de sua distribuição por dependência, surgirá uma nova autuação processual, que seguirá o procedimento ordinário e será julgada de forma independente, evitando assim causar prejuízo à lide principal. Importante ressaltar que, na oposição autônoma, o oponente não se insere nos sujeitos da demanda anterior, considerando a origem de um novo processo.

Nesta toada, resume Athos Gusmão Carneiro:

O oponente ingressa no processo pendente, apresentando uma “pretensão própria” sobre a coisa ou o direito objeto da lide; busca fazer com a sua pretensão, dele oponente, prevaleça sobre as pretensões tanto do autor como do réu. A oposição é processualmente uma nova ação, em que o autor é terceiro, como oponente, e são réus o autor e o réu da ação já existente, como opostos.²¹⁵

²¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 570.122/RS. Relator Ministro Marco Aurélio: Brasília, DF, 10/03/2013;

²¹² *Idem. Ibidem.*

²¹³ *Op. cit.* p. 19

²¹⁴ *Op. cit.* p. 64

²¹⁵ *Op. cit.* p. 82

A oposição será retirada no Novo Código de Processo Civil estando ausente tanto no projeto inicial quanto no relatório proferido em 2012, assim sendo, o oponente não mais será considerado um terceiro interventor, mas sim autor de uma nova demanda, remanescendo, desta forma, apenas e tão somente a espécie de oposição autônoma.

Percebe-se, assim, que esta modalidade não se aplica aos julgamentos realizados sob a sistemática da Repercussão Geral das questões constitucionais, especialmente em matéria tributária, uma vez que a relação jurídica discutida nos casos selecionados pelo Supremo Tribunal Federal não guarda relação com a pretensão de terceiros.

9.3 Nomeação à Autoria

Considerada por Daniel Amorim Neves como “uma espécie de sucessão processual”²¹⁶, a nomeação à autoria, disciplinada pelos artigos 62 e seguintes do Código de Processo Civil, tem como escopo possibilitar ao sujeito erroneamente incluído no polo passivo de determinada demanda o direito de apontar o verdadeiro legitimado da lide e ser sucedido por ele, sendo, assim, classificada por Daniel Ustároz como um “veículo processual adequado para corrigir o polo passivo”²¹⁷

Trata-se de procedimento que deve ser adotado até o prazo concedido à defesa, mas que depende da homologação do autor da ação, eis que é o maior interessado na solução da lide, bem como da aceitação do próprio nomeado, já que poderá recusar a sua nomeação, rechaçando a sua responsabilidade. Assim as lições de Nelson Nery Junior, para quem:

É possível que o nomeado, citado, não aceite a qualidade que lhe é atribuída pelo réu. Nesse caso, fica sem efeito a nomeação e o processo continua a correr contra a sua vontade.²¹⁸

De toda a sorte, importante destacar que, caso o réu não nomeie a autoria no prazo legal, ou então faça a nomeação de forma equivocada, poderá responder pelas perdas e danos, não limitadas apenas à esfera processual, mas também aos prejuízos gerados ao direito material buscado pelo autor através da demanda.

O instituto da nomeação à autoria também desaparecerá na redação do novo Código de Processo Civil, cabendo à parte ilegítima somente postular a improcedência da demanda

²¹⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Método, 2010. p. 222

²¹⁷ *Op. cit.* p. 77

²¹⁸ NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria. *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: RT, 1997. p. 345

movida contra ele, sendo que a responsabilidade de litigar contra a parte correta será de responsabilidade do autor da ação, e não mais do ilegitimado.

Por suas próprias características, esta espécie de intervenção de terceiros não é compatível com o regime da Repercussão Geral das Questões Constitucionais, até mesmo porque, nesta hipótese, restará transcorrido o prazo legal para nomeação, não sendo, assim, objeto do presente trabalho.

9.4 Denúnciação da Lide

A denúnciação da lide é uma modalidade de intervenção de terceiro em que um sujeito externo ao litígio, o qual possui o dever de ressarcir a parte denunciante pelos resultados oriundos do processo, é inserido na relação processual, sendo, assim, conceituada por Cândido Rangel Dinamarco como uma intervenção provocada por qualquer uma das partes para sustentar, perante terceiro, o direito de regresso contra ele²¹⁹.

Trata-se, assim, de uma espécie de intervenção coercitiva, que independe da vontade do terceiro interventor, vinculando-o à relação jurídica processual já existente e, também, aos seus efeitos, mesmo que a denúnciação da lide seja processada em autos apartados ao principal, de forma autônoma. Têm-se, nesse caso, duas ações, duas relações jurídicas processuais distintas, mas em um único processo, com uma fase de instrução e uma única sentença.

Para Vicente Greco Filho:

A finalidade precípua da denúnciação é a de se liquidar na mesma sentença o direito que, por acaso, tenha o denunciante contra o denunciado, de modo que tal sentença possa valer como título executivo em favor do denunciante contra o denunciado. Tudo isso na hipótese de o denunciante perder a demanda, porque, se vencê-la, nada há a liquidar²²⁰.

Percebe-se, assim, que a obrigação ao ressarcimento do denunciante, acaso devida, será exigível, apenas e tão somente, na hipótese em que a lide seja julgada de modo desfavorável ao denunciante, ou seja, quando este restar sucumbente na ação principal, uma vez que, na hipótese da ação principal ser julgada favorável, não será cabível qualquer ressarcimento, já que inexistente qualquer prejuízo, motivo pelo qual a denúnciação restará prejudicada.

²¹⁹ *Op. cit.* p. 30.

²²⁰ *Op. cit.* p.138.

O artigo 70 do Código de Processo Civil determina expressamente as hipóteses de cabimento de denunciação da lide, sendo que os dois primeiros incisos abrangem a garantia própria, advinda da transmissão de direitos, enquanto do último inciso compreende-se os casos de responsabilidade civil, por constituir apenas a obrigação de indenizar.

Cabe ressaltar, ainda, que o denunciado, aceitando a denúncia proposta, também poderá intervir no processo na modalidade de assistente, impugnando o objeto da lide principal e auxiliando a defesa do denunciante. Isto porque, conforme acórdão lavrado pelo Ministro Sidnei Beneti, o denunciado tem “interesse em oferecer resistência, de forma ampla, à pretensão deduzida pelo adversário do denunciante, tendo em vista que o desfecho conferido à demanda principal poderá repercutir na demanda secundária”, independentemente da “natureza jurídica que o denunciado assume no processo”.²²¹

Embora o instituto da Denunciação da Lide, no projeto originário do Novo Código de Processo Civil, tenha sido mesclado com o instituto do Chamamento ao Processo, gerando o que seria denominado Chamamento em Garantia, o instituto retornou no relatório do Senado, de 2012, com poucas alterações.

Tal qual se dá na nomeação à autoria, este instituto não pode ser aplicado a nova sistemática da Repercussão Geral das questões constitucionais, por sua própria natureza e limitado campo de atuação previsto em lei, motivo pelo qual também não será aprofundado o estudo do tema.

9.5 Chamamento ao processo

Embora este instituto seja corriqueiramente confundido com a Denunciação da Lide, o chamamento ao processo revela-se significativamente diferente por se referir a uma corresponsabilidade passiva pelo cumprimento da obrigação demandada pelo autor, gerando, desta forma, um litisconsórcio passivo, chamando à relação processual a parte legitimada excluída.

De acordo com José Roberto Dos Santos Bedaque:

A distinção entre chamamento e denunciação é feita à luz da relação material. Enquanto na primeira hipótese de intervenção os chamados passam a ocupar a posição de réus, visto que todos integram a mesma situação da vida e o pedido,

²²¹ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 900.762/MG. Relator Ministro Sidnei Beneti: Brasília, DF, 12/02/2008.

embora formulado a um deles, diz respeito a todos, na denunciação existe vínculo apenas entre denunciante, que exerce o direito de regresso, e denunciado, obrigado pela garantia.²²²

Trata-se, assim como na denunciação, de uma intervenção coercitiva, considerando que o terceiro passará a integrar o polo passivo da ação, independentemente de sua concordância, vinculando-se à futura sentença e à coisa julgada. O chamamento é instituto interventivo restrito a iniciativa da parte demandada, sendo-lhe facultativo, eis que é possível litigar a coobrigação posteriormente, em ação autônoma.

O chamamento ao processo somente se revela admissível quando houver uma relação de direito material relativa ao objeto da ação principal (de dívida ou de responsabilidade), existente entre autor, o chamado e o chamante, ou seja, há uma relação de codevedores, aos quais, no caso de condenação, será devida a quota parte de cada um. Cabe-nos ressaltar o caráter litisconsorcial simples, mesmo que ulterior, sendo que a sentença será proferida de forma diferenciada a cada legitimado passivo.

Como acima identificado, embora no projeto original do novo Código de Processo Civil tenha ocorrido a unificação deste instituto com o da Denunciação da Lide, tal situação foi alterada com o relatório do Senado, sendo que, após, houve a mudança na denominação do chamamento ao processo para denunciação em garantia, sem alterações substanciais.

Tal qual se dá nas modalidades acima identificadas, exceto assistência, esta modalidade de intervenção de terceiros não se mostra um instrumento eficiente para intervenção nos processos em que restou reconhecida a Repercussão Geral das questões constitucionais e, assim, não será objeto do presente estudo.

10 – *Amicus Curiae*

A expressão, em latim, é explicada por Paulo Rónai como “amigo da cúria, isto é, da justiça. Diz-se de perito designado por um juiz para aconselhá-lo”²²³, e tem suas origens históricas apontadas para o próprio direito romano e também para o direito penal inglês, tendo alcançado seu amplo desenvolvimento no direito estadunidense²²⁴.

²²² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 131

²²³ RÓNAI, Paulo. *Não perca seu latim*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980. p.25.

²²⁴ Bueno, Cassio Scarpinella. *Op. Cit.* p. 111.

Com efeito, embora já fosse identificado em alguns precedentes, tanto por meio de órgãos da Administração Pública como, também, por particulares, o instituto do *amicus curiae* na sistemática processual americana encontra-se previsto na regra 37 do Regimento Interno da Suprema Corte (“Supreme Court of the United States Rule 37”), sendo que, para Vallisney de Souza Oliveira, em razão da tradição do sistema americano ser hostil às intervenções de terceiros, o *amicus curiae* se caracteriza apenas como um “espectador que se dizia apenas amigo da Corte”²²⁵ apenas no interesse “de colaborar com a Corte em busca de um fim superior de justiça”, evitando assim “erros na prolação das decisões judiciais”²²⁶.

No direito brasileiro, a expressão *amicus curiae* foi primeiramente apontada no Regimento Interno da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais (Resolução nº 390/2004, do Conselho Nacional de Justiça). Todavia, em inúmeros outros instrumentos normativos há dispositivos que indicam a figura do *amicus curiae*, mas utilizando-se de outras denominações²²⁷, como, por exemplo, a figura instituída pelo art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/1999.

Aponta Cassio Scarpinella Bueno que

amicus curiae é modalidade de intervenção de terceiros mas que não se confunde com a assistência – ou qualquer outra das modalidades que, sob aquele rótulo, prevê o nosso Código de Processo Civil – , porque a qualidade do interesse que norteia uma e outra intervenção é totalmente distinta. Aquela, jurídica, no sentido ‘individual-subjetivo-tradicional’ do termo; esta também jurídica, mas em sentido diverso, que tende a transcender interesses ou direitos subjetivados em indivíduos. Nesse sentido, um ‘interesse público’.²²⁸

Desta forma, o *amicus curiae*, no ordenamento pátrio, é uma espécie de intervenção autônoma, ainda não tão usual, com atuação direta nas Cortes Superiores, especialmente em ações de controle abstrato de constitucionalidade, que tende a fornecer maiores informações e subsídios para tomada de decisões, tanto por escrito quanto em sustentação oral das suas razões, consoante, inclusive, previsto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (art. 131, § 3º, acrescido pela Emenda Regimental nº 15/2004).

Ou seja, o *amicus curiae* é um terceiro que, em razão de sua representatividade, mesmo sem ser parte do processo, é chamado ou se oferece voluntariamente para intervir em processo relevante, a fim de apresentar ao Tribunal seus argumentos e subsídios sobre determinado debate que está sendo travado na demanda, amplificando a discussão, para que o órgão julgador tenha mais elementos para decidir a questão.

²²⁵ OLIVEIRA, Vallisney de Souza. *Constituição e Processo Civil*. Editora Saraiva, São Paulo, 2008. p. 98.

²²⁶ *Idem. Ibidem.*

²²⁷ *Idem.* p. 144.

²²⁸ *Idem.* p. 434.

Assim, a intervenção do *amicus curiae*, no controle concentrado de atos normativos, tem como objetivo pluralizar e legitimar social e democraticamente o debate constitucional, trazendo argumentos e pontos de vista diferenciados, bem como informações fáticas e dados técnicos relevantes à solução da controvérsia jurídica debatida nos autos.

Para Gilmar Ferreira Mendes, “trata-se de providência que confere um caráter pluralista ao processo objetivo de controle abstrato de constitucionalidade, permitindo que o tribunal decida com pleno conhecimento dos diversos aspectos envolvidos na questão.”²²⁹

A razão de ser do *amicus curiae* já foi objeto de análise pelo Ministro Celso de Melo na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.321, que tramitou no Supremo Tribunal Federal, conforme se observa da emenda do referido julgado:

E M E N T A: (...) PROCESSO OBJETIVO DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO - POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DO "AMICUS CURIAE": UM FATOR DE PLURALIZAÇÃO E DE LEGITIMAÇÃO DO DEBATE CONSTITUCIONAL. - O ordenamento positivo brasileiro processualizou, na regra inscrita no art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99, a figura do ‘amicus curiae’, permitindo, em consequência, que terceiros, desde que investidos de representatividade adequada, sejam admitidos na relação processual, para efeito de manifestação sobre a questão de direito subjacente à própria controvérsia constitucional. A intervenção do ‘amicus curiae’, para legitimar-se, deve apoiar-se em razões que tornem desejável e útil a sua atuação processual na causa, em ordem a proporcionar meios que viabilizem uma adequada resolução do litígio constitucional. - A ideia nuclear que anima os propósitos teleológicos que motivaram a formulação da norma legal em causa, viabilizadora da intervenção do ‘amicus curiae’ no processo de fiscalização normativa abstrata, tem por objetivo essencial pluralizar o debate constitucional, permitindo, desse modo, que o Supremo Tribunal Federal venha a dispor de todos os elementos informativos possíveis e necessários à resolução da controvérsia, visando-se, ainda, com tal abertura procedimental, superar a grave questão pertinente à legitimidade democrática das decisões emanadas desta Suprema Corte, quando no desempenho de seu extraordinário poder de efetuar, em abstrato, o controle concentrado de constitucionalidade.(...)²³⁰

Percebe-se, assim, que a autorização expressa para o ingresso do *amicus curiae* nos processos de controle controlado de constitucionalidade evidencia a vontade do legislador que tal sistemática não seja exercida pelo mero contraste de normas, mas, numa perspectiva mais ampla, que a interpretação constitucional implique na interpretação sistêmica do ordenamento jurídico brasileiro e, também, da análise dos elementos fáticos, dada a estreita relação entre o fato e a norma.

Esta questão foi brilhantemente exposta por Gilmar Ferreira Mendes em decisão monocrática proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.316:

Observa-se também que a constatação de que, no processo de controle de

²²⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 218.

²³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.321 MC. Relator Ministro Celso de Mello: Brasília, DF, 25/10/2000.

constitucionalidade, faz-se, necessária e inevitavelmente, a verificação de fatos e prognoses legislativos, sugere a necessidade de adoção de um modelo procedimental que outorgue ao Tribunal as condições necessárias para proceder a essa aferição. Esse modelo pressupõe não só a possibilidade de o Tribunal se valer de todos os elementos técnicos disponíveis para a apreciação da legitimidade do ato questionado, mas também um amplo direito de participação por parte de terceiros (des)interessados. (...)

Hoje não há como negar a “comunicação entre norma e fato” (Kommunikation zwischen Norm und Sachverhalt), que, como ressaltado, constitui condição da própria interpretação constitucional. É que o processo de conhecimento aqui envolve a investigação integrada de elementos fáticos e jurídicos. [Cf., MARENHOLZ, Ernst Gottfried, *Verfassungsinterpretation aus praktischer Sicht*, in: *Verfassungsrecht zwischen Wissenschaft und Richterkunst*, Homenagem aos 70 anos de Konrad Hesse, Heidelberg, 1990, p. 53 (54)]. (...)

Não há dúvida, outrossim, de que a participação de diferentes grupos em processos judiciais de grande significado para toda a sociedade cumpre uma função de integração extremamente relevante no Estado de Direito. A propósito, Peter Häberle defende a necessidade de que os instrumentos de informação dos juízes constitucionais sejam ampliados, especialmente no que se refere às audiências públicas e às “intervenções de eventuais interessados”, assegurando-se novas formas de participação das potências públicas pluralistas na qualidade de intérpretes em sentido amplo da Constituição (cf. Häberle, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, 1997, p. 47-48). Ao ter acesso a essa pluralidade de visões em permanente diálogo, este Supremo Tribunal Federal passa a contar com os benefícios decorrentes dos subsídios técnicos, implicações político-jurídicas e elementos de repercussão econômica que possam vir a ser apresentados pelos “amigos da Corte”. Essa inovação institucional, além de contribuir para a qualidade da prestação jurisdicional, garante novas possibilidades de legitimação dos julgamentos do Tribunal no âmbito de sua tarefa precípua de guarda da Constituição.²³¹

Portanto, também no entender do Supremo Tribunal Federal, a intervenção do *amicus curiae* objetiva ampliar o debate jurídico e constitucional, mediante o aporte de novos argumentos, pontos de vista, possibilidades interpretativas e informações fáticas e técnicas, acentuando o respaldo social e democrático da jurisdição constitucional exercido por tal Corte Suprema.

Cabe ressaltar, ainda, que, embora o *amicus curiae* não se confunda com assistente e, por isso, não está legitimado a atuar na defesa de seus próprios interesses – mas sim para o enriquecimento do debate jurídico, fornecendo subsídios para que a decisão a ser proferida seja a mais justa e correta – isto não é um óbice à sua atuação no Supremo Tribunal Federal.

Deste modo, ainda que não exista expressa previsão legal admitindo o ingresso do *amicus curiae* em Recursos Extraordinários com Repercussão Geral das Questões Constitucionais reconhecida, tal possibilidade se deu em razão do Supremo Tribunal Federal

²³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.316, Relator Ministro Cezar Peluso. Decisão monocrática proferida pelo Ministro Gilmar Mendes: Brasília, DF. 13/01/2010.

ter conferido uma interpretação extensiva ao art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99, em razão do caráter objetivo e vinculante que tais julgamentos assumem²³².

Aliás, nesse sentido, Cassio Scarpinella Bueno afirma que:

(...) a repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário e o reconhecimento expresso desde o plano constitucional do caráter vinculante das súmulas do Supremo Tribunal Federal impõem, quase que como uma necessidade de maior e prévio diálogo – cooperação – entre os componentes daquela corte e os destinatários de suas decisões. (...) A necessidade de um diálogo prévio assume, nessas condições, fator de legitimação das decisões jurisdicionais tomadas no Supremo Tribunal Federal²³³.

Referido autor, inclusive, defende uma sistematização do instituto do *amicus curiae*, adequando a essa nova realidade decorrente do regime de controle de constitucionalidade decorrente da sistemática da repercussão geral das questões constitucionais:

Não se trata, é certo, apenas da colocação de um rótulo novo (interesse institucional) sobre algo antigo (interesse jurídico), querendo, com isso, falsear os contornos essenciais do que vimos de afirmar. Nosso intuito é colocar um novo rótulo para destacar as possibilidades de atuação do *amicus curiae* quando inserido em um devido contexto, que é novo, que é diferente, que é seu. Não se trata, contudo, de deixar de lado o que ‘tradicional’ e o que caracteriza a evolução do nosso processo civil; trata-se de uma necessária contextualização, de uma necessária adaptação dos referenciais do direito processual civil brasileiro para aquilo que é novo.²³⁴

Portanto, pode-se afirmar, em um primeiro momento, que o instituto do *amicus curiae* seria absolutamente harmônico com a sistemática da Repercussão Geral das Questões Constitucionais, assegurando a intervenção de terceiros nos Recursos Extraordinários que irão decidir questões relevantíssimas do aspecto jurídico, político, econômico e social e que atingiram inúmeros casos semelhantes, assegurando assim a garantias previstas na Constituição Federal de 1988.

Ocorre, contudo, que, por não serem parte ou então assistentes litisconsorciais, ou seja, por não integrarem a lide, sendo consideradas apenas entidades parciais aptas a contribuir com o debate na Suprema Corte, nega-se aos *amici curiae* a legitimidade para recorrer, não sendo possível nem mesmo a interposição de embargos de declaração. É o que se observa, a título exemplificativo, na decisão do Ministro Ricardo Lewandowski, proferida nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.591:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS POR AMICUS CURIAE. NÃO CONHECIMENTO. LEGITIMIDADE RECURSAL.

²³² Apenas a título exemplificativo: Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 672.215. Relator Ministro Joaquim Barbosa: Brasília, DF. 29/03/2012.

²³³ *Op. cit.* p. 560/561.

²³⁴ *Idem.* p. 469/470.

INEXISTÊNCIA. I – Esta Corte pacificou sua jurisprudência no sentido de que não há legitimidade recursal das entidades que participam dos processos do controle abstrato de constitucionalidade na condição de *amicus curiae*, “ainda que aporem aos autos informações relevantes ou dados técnicos” (ADI 2.591-ED/DF, Rel. Min. Eros Grau). II - Precedentes. III – Agravo regimental improvido.^{235_236}

Assim, em algumas oportunidades o Supremo Tribunal Federal acabou por não aceitar os recursos interpostos pelos *amici curiae* e, com isso, impediu o amplo debate da questão, violando os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, colocando-se, assim, em sentido contrário à posição adotada pela maioria da doutrina brasileira, conforme bem apontado por Cassio Scarpinella Bueno²³⁷.

Não se olvida a necessidade de regulamentação da questão, a fim de assegurar a isonomia e celeridade nos julgamentos realizados pela sistemática da Repercussão Geral das Questões Constitucionais, bem como dos efeitos vinculantes decorrentes de tais decisões. Também não se pode fechar os olhos para a necessidade de normas rígidas e objetivas para assegurar que não haja a intervenção de centenas ou milhares de terceiros nos Recursos Extraordinários com a Repercussão Geral reconhecida, sob pena do próprio falecimento do instituto.

Entretanto, não se pode admitir, com as devidas vênias ao entendimento divergente, que o Supremo Tribunal Federal adote entendimento que impeça que terceiros participem ativamente dos julgados a serem realizados sob a sistemática da Repercussão Geral e das Súmulas Vinculantes, inclusive assegurando o seu interesse recursal, deixando assim, de lado a harmonização do sistema processual com as novas sistemáticas de estabilização da jurisprudência.

²³⁵ Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.934. Relator Ministro Ricardo Lewandowski: Brasília, DF. 30/03/2011.

²³⁶ Neste mesmo sentido: Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.615. Relatora Ministra Cármen Lúcia: Brasília, DF. 17/03/2008.

²³⁷ *Op. cit.*, p. 184.

CONCLUSÃO

Conforme demonstrado no presente trabalho, o controle de constitucionalidade brasileiro é classificado como misto, pois possui tanto aspectos advindos da sistemática estadunidense (difuso, concreto, incidental, *inter partes* e *ex tunc*), quando julgado em determinado caso específico pelo processo ordinário, quanto do modelo europeu-kelseniano (concentrado, abstrato, principal, *erga omnes* e *ex nunc*), quando exercido pelo Supremo Tribunal Federal (Corte máxima de justiça no Brasil) em âmbito de controle de constitucionalidade próprio em ações coletivas.

Todavia, em razão da chamada “Crise do Supremo” (sobrecarga de trabalho no Supremo Tribunal Federal em razão do excessivo número de feitos pendentes de julgamento), o Constituinte derivado alterou a sistemática de controle de constitucionalidade de normas vigentes através da Emenda Constitucional nº 45/2004, a qual instituiu um novo filtro de acesso ao tribunal de cúpula brasileiro por meio do Recurso Extraordinário, qual seja, a Repercussão Geral das Questões Constitucionais.

Nesta nova sistemática, para que determinada questão constitucional seja apreciada pelo Supremo Tribunal Federal através de Recurso Extraordinário, faz-se necessário demonstrar, como requisito de admissibilidade do recurso, que a questão jurídica debatida no caso é relevante do ponto de vista econômico, político, social e jurídico, bem como transcende os interesses das partes específicas da causa.

Buscou-se, assim, transformar o Supremo Tribunal Federal em um *Tribunal de teses*, para que cada questão jurídica constitucional seja apreciada apenas e tão somente uma única vez, ainda que advinda por meio de Recurso Extraordinário.

Assim, o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal através da Repercussão Geral tem, por via indireta, já que não há expressa previsão legal nesse sentido, efeito vinculante sobre as demais instâncias do Poder Judiciário, que deverão aplicar o entendimento firmado no *leading case* julgado aos demais casos da mesma temática, implicando significativa mudança no efeito das decisões do Supremo Tribunal Federal no controle concreto de constitucionalidade.

Isto porque, na sistemática anterior, o Recurso Extraordinário era uma forma de controle de constitucionalidade difuso, concreto e incidental, possuindo efeitos apenas *inter partes* e *ex tunc*. Todavia, quando for reconhecida a existência de Repercussão Geral da questão constitucional debatida, o controle de constitucionalidade no referido recurso se dará de forma concentrada, abstrata e principal, com efeitos *erga omnes* e *ex nunc*.

Embora ainda existam críticas, em especial pela metodologia adotada para escolha dos recursos que serão julgados por *amostragem*, entende-se que a Repercussão Geral deve ser privilegiada, pois, ao desafogar o Supremo Tribunal Federal, assegura não apenas a celeridade no julgamento das causas, mas também a estabilização das relações sociais e a pacificação da jurisprudência, efetivando a segurança jurídica e isonomia entre os litigantes.

Este efeito torna-se ainda mais relevante em matéria tributária, pois, por expressa previsão na Constituição Federal e no Código Tributário Nacional, a obrigação tributária decorre diretamente da Lei (obrigação *ex lege*), sendo assim uma característica essencial a isonomia e igualdade de todos os contribuintes em situações idênticas.

Além disso, não se pode olvidar também que o sistema tributário constitucional brasileiro é especialmente rígido e inflexível, fortemente enraizado na Constituição Federal, motivo pelo qual tornou-se corriqueiro ao Supremo Tribunal Federal julgar desde detalhes da mecânica dos tributos até intrincadas questões tributárias. Por essa razão é que as controvérsias tributárias respondem por significativa parte dos temas em que já houve o reconhecimento da Repercussão Geral (aproximadamente 20% do total).

Neste cenário, a Repercussão Geral das questões constitucionais significa um grande avanço na conflituosa relação entre a Administração Pública e Contribuintes, possibilitando a estabilidade e a previsibilidade da tributação sobre toda a sociedade, assegurando assim a isonomia e segurança jurídica.

Não obstante, a alteração do controle de constitucionalidade de normas no Brasil repercutiu significativamente em todo o ordenamento jurídico, o qual é uno e indivisível, e, com isso, tornou-se necessário abrandar o formalismo buscando assegurar as garantias fundamentais, em especial o contraditório e a ampla defesa.

Conforme demonstrado no presente estudo, em razão do efeito vinculante indireto das decisões proferidas sob o rito da Repercussão Geral, deve-se autorizar que terceiros interessados, demonstrada a motivação, intervenham ativamente nos recursos selecionados por amostragem.

Deste modo, entende-se que há efetiva motivação jurídica, e não apenas econômica, de terceiros aos casos em que foi reconhecida a Repercussão Geral, pois a decisão a ser proferida irá vincular o resultado da ação de suas próprias ações, afetando diretamente a sua esfera jurídica.

Nesse sentido, analisando o instituto da intervenção de terceiros já previsto no ordenamento jurídico brasileiro (e, inclusive, comparando-o com o texto do projeto do novo Código de Processo Civil), verificou-se que é possível a utilização da figura do assistente ou do *amicus curiae* para intervenção nos processos em que for reconhecida a existência da Repercussão Geral das questões constitucionais sem a necessidade de alteração da Constituição Federal ou do Código de Processo Civil, bastando a mera adequação do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal para tanto.

Embora a jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal não admita a intervenção de terceiros por meio da assistência em tais casos, bem como não permita a interposição de recursos pelos *amici curiae*, acredita-se que esta interpretação não é a mais adequada, pois, como demonstrado, o efeito quase que vinculante das decisões proferidas em Repercussão Geral, como ferramenta para a maior estabilidade às relações jurídicas, resultou em significativa mudança no controle de constitucionalidade das normas no Brasil.

Por essa razão, concluiu-se que deve ser realizada uma releitura de todo o ordenamento jurídico, inclusive do sistema processual, deixando de lado a interpretação fria da lei, objetivando assim harmonizar todo o sistema para admitir a intervenção de terceiros nos casos em que for reconhecida a Repercussão Geral das questões constitucionais, a qual pode se dar, inclusive, por meio da utilização de espécies de intervenção de terceiros já previstas no ordenamento pátrio, seja por meio da assistência, seja pelo instituto do *amicus curiae*.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro — um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALVIM, Arruda. Manual de direito processual civil. 8ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, 2003.

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Teoria geral do processo*, 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Controle de constitucionalidade: evolução brasileira determinada pela falta do stare decisis*. In: Revista dos Tribunais, ano 101, vol. 920, junho/2012.

ARISTÓTELES. *A Política*. Trad. Nestor Silveira. São Paulo: Folha de S. Paulo, 2010.

ATALIBA, Geraldo. *Sistema Constitucional Tributário Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BALEIRO, Aliomar. *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

BARBOSA, Rui. *Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo*, p. 57. Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bd000124.pdf>. Acesso em 29.09.2013.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Reflexões sobre as competências e o funcionamento do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/palestra-ivnl-reflexoes-stf-25ago2014.pdf>. Acesso em 26/08/2014.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo*. São Paulo: Malheiros, 2011.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus Curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRAGHITTONI, Rogério Ives. *Acesso aos tribunais superiores: Da arguição de relevância à “repercussão geral”*. Tese (Doutorado em Direito). São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 234.695/SP. Relator Ministro Dias Toffoli: Brasília, DF, 21.fev.2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.321 MC. Relator Ministro Celso de Mello: Brasília, DF, 25/10/2000.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.316, Relator Ministro Cezar Peluso. Decisão monocrática proferida pelo Ministro Gilmar Mendes: Brasília, DF, 13/01/2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.934. Relator Ministro Ricardo Lewandowski: Brasília, DF, 30/03/2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.615. Relatora Ministra Cármen Lúcia: Brasília, DF, 17/03/2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 10.793/SP. Relatora Ministra Ellen Gracie: Brasília, DF, 06.jun.2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 568.089/SP. Relator Ministro Marco Aurélio: Brasília, DF, 10.dez.2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 598.037/RS. Relatora Ministra Carmen Lúcia: Brasília, DF, 02.ago.2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 570.122/RS. Relator Ministro Marco Aurélio: Brasília, DF, 10/03/2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 900.762/MG. Relator Ministro Sidnei Beneti: Brasília, DF, 12/02/2008.

BRITO, Edvaldo. Problemas constitucionais da repercussão geral e da súmula vinculante em matéria tributária. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Grandes questões atuais do direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2009.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*, 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de Terceiros*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; **Grinover**, Ada Pellegrini; **Dinamarco**, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

COOLEY, Thomas. *Princípios gerais do direito constitucional dos Estados Unidos da América* (trad. Ricardo Rodrigues Gama). Campinas: Russell, 2002.

COSTA, Regina Helena. Repercussão geral em matéria tributária: primeiras reflexões. In: **PAULSEN**, Leandro (Coord.). *Repercussão geral no recurso extraordinário: estudos em homenagem à Ministra Ellen Gracie*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. *O recurso extraordinário, a repercussão geral e a mula de Tales*. In: *Caderno de Soluções Constitucionais 3*. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 422-433.

DANTAS, Bruno. *Repercussão geral: perspectiva histórica e de direito comparado – questões processuais*, 2ªed. São Paulo: RT, 2009.

DIDIER JR., Fredie, **BRAGA**, Paulo Sarno; **OLIVEIRA**, Rafael. *Curso de direito processual civil: Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*, v. 2, 7ª ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

DIDIER JR., Fredie, **CUNHA**, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*, v. 3, 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. *Coisa julgada e intervenção de terceiros*. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. *Instituições de direito processual civil*, v. I, 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais* (trad. Dunia Marinho Silva). São Paulo: Landy, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FIDELIS DOS SANTOS, Ernane. *Manual de Direito Processual Civil*, vol.1. 3ª ed. 1994.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*, v. 2, 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Processo: Estudos & Pareceres*, 2ª ed. São Paulo: DPJ Editora, 2009.

KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *A repercussão geral das questões constitucionais e o juízo de admissibilidade do recurso extraordinário (Lei 11.418/2006)*. In: Caderno de Soluções Constitucionais 3. São Paulo: Malheiros, 2008.

LAMY, Eduardo de Avelar. Repercussão geral no recurso extraordinário: a volta da arguição de relevância? In: Wambier, Teresa Arruda Alvim et. al. (coords). *Reforma do Judiciário – Primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: RT, 2005.

LEAL, Roger Stiefelmann. *A convergência dos sistemas de controle de constitucionalidade: aspectos processuais e institucionais*. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional nº 57, ano 14, out-dez/2006, pp. 62-81.

_____. *A incorporação das súmulas vinculantes à jurisdição constitucional brasileira: alcance e efetividade em face do regime legal da repercussão geral e da proposta de revisão jurisprudencial sobre a interpretação do art. 52, X, da Constituição*. In: Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Editora FGV, vol. 261, set-dez/2012.

LEAL, Victor Nunes. *Aspectos da reforma judiciária*. In: Revista de Informação Legislativa, Brasília, n. 7, set. 1965.

LIEBMAN, Enrico Túllio. *Eficácia e autoridade da sentença*, 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LIVEIRA, Fabrício Augusto de. *A evolução da estrutura tributária e do fisco brasileiro: 1889-2009*. In: Texto para discussão do IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, nº 1469, Brasília, jan. 2010.

_____. *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo do Brasil*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997.

MACIEL, Adhemar Ferreira. *Restrição à admissibilidade de recursos na Suprema Corte dos Estados Unidos e no Supremo Tribunal Federal do Brasil*. In: Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 43, n. 170, abr./jun. 2006.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*, 12ª ed. São Paulo: RT, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme; **MITIDIERO**, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*, 2ª ed. São Paulo: RT, 2008.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. 1ª ed. atual. Campinas : Millennium, 2000.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento e repercussão geral: e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário*, 5ª ed. São Paulo: RT, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes; **WALD**, Arnaldo; **MENDES**, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*, 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira, **COELHO**, Inocência Mártires, **BRANCO**, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*, São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *Jurisdição constitucional*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 218.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional – inconstitucionalidade e garantia da Constituição*, t. VI, 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

MORAES, Alexandre. *Jurisdição constitucional e Tribunais Constitucionais*, 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, 11ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MRAD, Ricardo. Repercussão geral e súmula vinculante em matéria tributária. Orientadora: Fabiana Del Padre Tomé. São Paulo: PUC-SP, 2010. Dissertação (Mestrado em Direito Tributário)-Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

NERY JR., Nelson. *Teoria geral dos recursos*, 6ª ed. São Paulo: RT, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson; **NERY**, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: RT, 1997.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Método, 2010.

OLIVEIRA, Fabrício Augusto de. “A Evolução da Estrutura Tributária e do Fisco Brasileiro: 1889-2009” in Texto para Discussão do IPEA, n. 1469, Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), jan. 2010.

OLIVEIRA, Vallisney de Souza. *Constituição e Processo Civil*. Editora Saraiva, São Paulo, 2008.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *O controle difuso de constitucionalidade das leis no ordenamento brasileiro: aspectos constitucionais e processuais*. São Paulo: Malheiros, 2010.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010.

RÓNAI, Paulo. *Não perca seu latim*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. v1. 21ª ed. São Paulo : Saraiva, 1999.

SCAFF, Fernando Facury. O recurso extraordinário ao STF e a repercussão geral da questão constitucional em matéria tributária – lei 11.418. In: **ROCHA**, Valdir de Oliveira (Coord.). *Grandes questões atuais do direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2007.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de Processo Civil: processo de conhecimento*. v1. 4ª ed. São Paulo : RT, 1998.

SLAIBI FILHO, Nagib. Breve história do controle de constitucionalidade. In: Moreira, Eduardo Ribeiro e Pugliesi, Marcio (coords). *20 aos da Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro : Forense, 2003.

TÔRRES, Heleno Taveira *et alli*. “Sistema Tributário e Direitos Fundamentais no Constitucionalismo Comparado” in **TÔRRES**, Heleno Taveira (coord.). *Sistema Tributário, legalidade e direito comparado: entre forma e substância*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. v1. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

USTÁRROZ, Daniel. *A Intervenção de terceiros no processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.