

PUC – PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL

**O IMPACTO DA REPERCUSSÃO GERAL NO CONTROLE DE
CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO**

JULIANA LEME FALEIROS

SÃO PAULO

2012

PUC – PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL

**O impacto da repercussão geral no controle de constitucionalidade
difuso**

Juliana Leme Faleiros

Orientador: Prof. Dr. Leonardo Ferres da Silva Ribeiro

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Direito Processual Civil, Pós-Graduação *Lato Sensu*, da Pontifícia Universidade Católica - COGEAE, como exigência parcial para a obtenção de título de especialista.

SÃO PAULO

2012

TERMO DE APROVAÇÃO

JULIANA LEME FALEIROS

**O IMPACTO DA REPERCUSSÃO GERAL NO CONTROLE DE
CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO**

Monografia apresentada como requisito para obtenção do título de especialista em Direito Processual Civil na Pontifícia Universidade Católica/SP pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e Instituição _____

Nome: _____

Titulação e Instituição _____

Nome: _____

Titulação e Instituição _____

São Paulo __/__/__

RESUMO

A Emenda Constitucional 45 de 08 de dezembro de 2004 introduziu, no ordenamento jurídico, a repercussão geral enquanto a Lei 11418/2006 delineou seus contornos processuais. Este instituto, a repercussão geral, em apertada síntese, exige da parte que intenta alcançar o Supremo Tribunal Federal a demonstração de que a controvérsia constante de seu processo tem viés social, político, jurídico ou econômico e que transcende ao interesse particular das partes. Da análise dos mencionados diplomas verificou-se que, da forma como desenhado, seus efeitos afetam o sistema do controle de constitucionalidade difuso até então vigente no país. Portanto, neste trabalho, através de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, almeja-se visitar o tema controle de constitucionalidade, suas modalidades e contornos bem como análise do recurso extraordinário, detalhando-o até chegar no atual modelo com a exigência da demonstração da repercussão geral.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade difuso. Recurso extraordinário. Repercussão Geral.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	6
CAPÍTULO 1 - CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	10
1.1 Considerações iniciais.....	10
1.2 Métodos de controle de constitucionalidade repressivo e vias de acesso no Brasil.....	16
1.3 Instrumentos da via de ação.....	17
1.3.1 ADI genérica - ação direta de inconstitucionalidade.....	17
1.3.2 ADC – ação declaratório de constitucionalidade.....	23
1.3.3 ADO - ação direta de inconstitucionalidade por omissão.....	26
1.3.4 ADPF - ação de descumprimento de preceito fundamental.....	29
1.3.5 Ação direta de inconstitucionalidade interventiva ou representação interventiva.....	35
1.4 Via de exceção ou defesa.....	39
CAPÍTULO 2 - DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.....	49
2.1 Considerações introdutórias.....	49
2.2 Pressupostos ou requisitos de admissibilidade.....	51
2.2.1 Esgotamento das vias recursais.....	51
2.2.2 Tempestividade.....	54

2.2.3 Preparo.....	56
2.2.4 Regularidade formal.....	57
2.2.5 Inexistência de fato impeditivo ou extintivo do direito de recorrer.....	58
2.2.6 Prequestionamento.....	59
2.2.7 Repercussão geral.....	64
CAPÍTULO 3 - EFEITOS DA DECISÃO PROFERIDA EM SEDE DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO E SEU IMPACTO NO CONTROLE DIFUSO.....	
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	86
REFERÊNCIAS	88

INTRODUÇÃO

A análise do processo histórico brasileiro nos revela que a democracia em nosso país sempre foi claudicante. O Brasil é rico em momentos de autoritarismo nos quais as liberdades e garantias individuais foram cerceadas.

Diante disso e a fim de inibir de nossa História períodos desta natureza, a Assembleia Constituinte, instalada em 1º de fevereiro de 1987, foi incumbida de elaborar um texto marcadamente democrático.

Ao tratar dos poderes do Estado, foi mantido o Supremo Tribunal Federal no topo da estrutura do Poder Judiciário cabendo-lhe, precipuamente, a guarda da Constituição Federal, artigo 102, caput, CF¹.

Para garantir a higidez constitucional e a sua plena observância, foi conferida a determinadas pessoas e entidades (artigo 103, I a IX, CF) a legitimidade para promover o controle concentrado da constitucionalidade por meio da ação direta de inconstitucionalidade, da ação declaratória de constitucionalidade, da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e da arguição de descumprimento de preceito fundamental, todas regulamentadas pelas Leis 9.868/99² e 9.882/99³.

Em breve síntese, pode-se afirmar que controle concentrado de constitucionalidade é exercido por determinado órgão jurisdicional responsável por

¹ “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...]” BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 25 maio 2011.

² BRASIL. Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999. *Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm>. Acesso em: 25 maio 2011.

³ BRASIL. Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999. *Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1o do art. 102 da Constituição Federal*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm>. Acesso em: 25 maio de 2011.

verificar a compatibilidade de ato normativo “in abstrato” com os ditames da Constituição Federal, podendo, após análise do Plenário, considerá-lo incompatível e determinar sua não aplicação.

Ao lado disso, o artigo 102, III⁴, do Texto Constitucional estabelece que qualquer pessoa, através do recurso extraordinário, pode alcançar o Supremo Tribunal Federal e provocá-lo a se manifestar sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de ato administrativo ou judicial.

Esse é o denominado controle difuso de constitucionalidade, ou seja, é controle de constitucionalidade perpetrado por qualquer juiz ou tribunal ao analisar, no caso concreto, a compatibilidade do ato com a Constituição Federal.

Trata-se, na verdade, de um exemplo de puro exercício da cidadania conferido pela Constituição.

Em dezembro de 2004, no entanto, foi editada a emenda constitucional 45. Denominada de reforma do Poder Judiciário, a emenda trouxe inúmeras inovações a sua estrutura e ao ordenamento jurídico como um todo, podendo realçar, dentre elas, a repercussão geral prevista no artigo 102, § 3^o⁵ da CF.

Como se depreende, o legislador, dotado de poder constituinte derivado reformador, acresceu um requisito de admissibilidade para processamento do recurso extraordinário e, por consequência, para o controle difuso de constitucionalidade.

⁴Art. 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.

⁵ “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...] § 3^o 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.”

Além dos pressupostos previstos - tempestividade, preparo, regularidade formal, inexistência de fato impeditivo ou extintivo do direito de recorrer e prequestionamento – o recorrente deve demonstrar que o caso examinado em seu processo atinge outras pessoas ou uma coletividade, ou seja, o recurso deve ter repercussão geral.

A lei 11.418/2006⁶, editada para o fim de conferir contornos ao instituto constitucional, acabou por definir os efeitos dele no sistema recursal.

As alterações introduzidas fizeram surgir sérios questionamentos acerca da repercussão geral e do impacto por ela causado não só no sistema recursal como no controle de constitucionalidade, tornando a discussão do tema atual e necessária.

Dessa feita, com o objetivo de adentrar neste problema, este trabalho analisa as consequências da legislação infraconstitucional no sistema de controle difuso de constitucionalidade e no novo desenho do recurso extraordinário.

No primeiro capítulo será feita uma análise do controle de constitucionalidade e seus modelos na esfera federal com recortes históricos a partir da Constituição do Império. Destaque-se que, a fim de direcionar o trabalho, não será abordado o controle de constitucionalidade no âmbito estadual.

No segundo capítulo, o estudo se restringe ao recurso extraordinário, um dos instrumentos do controle difuso de constitucionalidade. Neste momento, examina-se seu conceito, suas particularidades, requisitos necessários para sua admissão junto ao Tribunal competente, com especial atenção à repercussão geral.

⁶ BRASIL. Lei n. 11.418, de 19 de dezembro de 2006. *Acrescenta à Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, dispositivos que regulamentam o § 3o do art. 102 da Constituição Federal.* Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11418.htm>. Acesso em: 25 maio de 2011.

No terceiro capítulo, a caminho do fim, analisa-se o impacto do novo desenho do recurso extraordinário com a edição da Emenda Constitucional 45 e da Lei 11418/2006 sobre o controle difuso de constitucionalidade.

A metodologia utilizada envolverá pesquisa legislativa, bibliográfica, no caso, pesquisa doutrinária, e de decisões judiciais, estas devendo ser pesquisadas junto ao Supremo Tribunal Federal. O resultado dessa pesquisa será uma monografia dissertativa e analítica sobre o tema escolhido, abrangendo, dentro dela, os assuntos relevantes anteriormente indicados.

CAPÍTULO 1

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

1.1 Considerações iniciais

Os atos emanados do poder público gozam de presunção de validade e constitucionalidade⁷. No entanto, tal presunção é relativa, pois, levantadas dúvidas a esse respeito, o sistema admite questionamento através do controle de constitucionalidade⁸. Como afirma o professor Luis Roberto Barroso⁹ “[...] em todo ato de concretização do direito infraconstitucional estará envolvida, de forma explícita ou não, uma operação mental de controle de constitucionalidade.”

Em apertada síntese, pode-se afirmar que controle de constitucionalidade é a verificação de compatibilidade entre um ato jurídico ou lei e a Constituição vigente no país. Para tanto, deve-se considerar as seguintes premissas¹⁰: (i) a supremacia do Texto e (ii) a rigidez constitucional¹¹.

A supremacia do Texto está intimamente relacionada à ideia de hierarquia de suas normas (princípios e regras)¹² e, portanto, a norma inferior deve, obrigatoriamente, ser compatível com a norma superior, a Constituição Federal¹³.

⁷ MARTINS, Flávia Bahia. *Direito constitucional*. 2. ed. Niterói: Impetus, 2011. p. 492.

⁸ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. reformulada e atualizada de acordo com a Emenda Constitucional 57/2009. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 110.

⁹ BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1.

¹⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 29.

¹¹ Sobre a rigidez constitucional, Clève (2000, p. 31) anota que foi Lord Byron quem desenvolveu essa teoria.

¹² PROBST, Paulo Vitor da Silva. A objetivação do recurso extraordinário. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 36, v. 197, p. 67-105, jul. 2011. p. 71.

¹³ CARDOSO, Oscar Valente. Declaração de inconstitucionalidade, reserva de plenário e competência das turmas recursais. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, v. 104, p. 100-107, nov. 2011.

As normas contidas no Texto têm nível máximo de eficácia, ou seja, guardam com o restante do ordenamento uma relação vertical de compatibilidade. Se incompatíveis, repita-se, as normas inferiores devem ser retiradas do ordenamento¹⁴.

A rigidez constitucional¹⁵, por sua vez, reside na forma pela qual uma lei pode ser alterada. Uma Constituição é rígida se o seu processo de alteração é mais solene e restritivo do que o processo da lei ordinária, pois, se assim não for, serão leis da mesma natureza.

A função do controle de constitucionalidade é complementar a lógica sistêmica do ordenamento jurídico, mas, no entanto, não se esgota nela, alcançando as funções política, legislativa negativa e contramajoritária¹⁶.

No que tange à função política, é possível dizer que o controle de constitucionalidade tem a função de manter os atos jurídicos, tanto no aspecto formal quanto material, em consonância com a Constituição Federal¹⁷.

Com isso, o Poder Judiciário tem assumido, cada vez mais, a função política de interpretar os preceitos indeterminados – abertos - do Texto e de estabelecer instrumentos de realização dos direitos fundamentais ali encartados.

¹⁴ Gilmar Ferreira Mendes anota que “[...] é inegável, todavia, que a ausência de sanção retira o conteúdo obrigatório da Constituição, convertendo o conceito de inconstitucionalidade em simples manifestação de censura ou crítica.” MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. cap. 12, p. 1049-1381. p. 1053.

¹⁵ MARTINS, 2011, p. 491.

¹⁶ No julgamento da ADPF 187 na qual se discutiu a denominada “marcha da maconha”, consignou-se que “[...] as minorias também titularizam o direito de reunião. Observou-se que isso evidenciaria a função contra-majoritária do STF no Estado Democrático de Direito. Frisou-se, nessa contextura, que os grupos majoritários não poderiam submeter, à hegemonia de sua vontade, a eficácia de direitos fundamentais, especialmente tendo em conta uma concepção material de democracia constitucional.” Info. 631, STF.

¹⁷ Luis Roberto Barroso (2009, p. 342) assevera que “[...] em rigor, uma decisão judicial jamais será política no sentido de livre escolha, de discricionariedade plena. [...] O dever de motivação, mediante o emprego de argumentação racional e persuasiva, é um traço distintivo da função jurisdicional e dá a ela uma específica legitimação.” Adiante, o autor conclui que o magistrado está vinculado à Constituição Federal e às leis, devendo respeitar a sua presunção de validade e atuando contrariamente somente em casos específicos. Conservar os direitos fundamentais constitucionais, mesmo que sejam da minoria, esse é o seu dever.”

Ademais, ao proferir uma decisão, o Poder Judiciário assume sua função legislativa negativa, ou seja, ao pronunciar a inconstitucionalidade de uma norma, se posiciona negativamente à atividade legislativa¹⁸.

Por fim, ainda quanto às funções do controle de constitucionalidade, no que se refere a sua contramajoritariedade, é forçoso dizer que o resultado da análise - o pronunciamento - é emanado de um Poder do Estado no qual seus membros não são eleitos pela sociedade, mas, mesmo assim, pode ser a ela imposto bem como aos demais Poderes.

Esse tema é tormentoso causando acaloradas discussões no meio jurídico, uma vez que, à primeira vista, o controle de constitucionalidade judicial feriria o princípio democrático.

Sobre a contramajoritariedade, vale voltar aos ensinamentos de Luis Roberto Barroso¹⁹ que afirma que há fundamentos de ordem normativa e de ordem filosófica. A primeira, o autor explica, significa que os membros da Corte Suprema, guardiães da Constituição Federal, estão atrelados ao seu texto, “não têm vontade própria”. Essa assertiva se funda no consagrado princípio da separação dos poderes e implica dizer que os magistrados “[...] ao aplicarem a Constituição e as leis, estão concretizando decisões que foram tomadas pelo constituinte ou pelo legislador, isto é, pelos representantes do povo.”

A segunda ordem, qual seja, a filosófica, segundo o mencionado autor, se refere ao aspecto democrático do Estado de Direito. Democracia não implica a vontade da maioria. Em outra direção, significa o respeito aos direitos da minoria. Nos ensinamentos do professor citado “[...] aí está o segundo grande papel de uma

¹⁸ Diga-se: contra a atividade legislativa, mas em sintonia com a democracia e a Constituição Federal (BARROSO, 2009, p. 342).

¹⁹ BARROSO, 2009, p. 339.

Constituição: proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos.”

Anote-se que foi o constituinte quem conferiu ao Supremo o dever de guarda da Constituição Federal e que sua formação seria realizada por meio de nomeações pelo Presidente da República com referendo do Senado Federal.

Assim, o controle tem a função de manter a harmonia do sistema jurídico expurgando leis e atos normativos contrários à Constituição e para melhor detalhamento do tema ora examinado, vale trazer à baila as espécies de inconstitucionalidade.

O controle de constitucionalidade pode ser, quanto à natureza do vício, formal ou material (substancial)²⁰. O vício formal se dá pelo desrespeito às regras de procedimento. Mesmo que o conteúdo seja constitucional, caso haja desrespeito à forma de elaboração, o ato normativo deverá ser considerado nulo e extirpado do sistema. É o vício no processo legislativo, comumente denominado de inconstitucionalidade nomodinâmica²¹. O vício substancial, por seu turno, é o vício da matéria, do conteúdo versado no ato. A inconstitucionalidade desta espécie é também chamada de nomoestática²².

Quanto ao momento da realização do controle de constitucionalidade é possível classificá-lo em preventivo ou prévio e repressivo ou posterior à edição da lei²³.

²⁰ CLÈVE, 2000, p. 36.

²¹ Na ADI 4249, relatoria do Min. Celso de Mello, por exemplo, discute-se a constitucionalidade formal da lei 13.541/2009 do Estado de São Paulo que proíbe o consumo de produtos fumíferos no interior dos estabelecimentos comerciais. A Confederação Nacional do Turismo, dentre outros argumentos, sustenta que o Estado extrapolou competência legislativa privativa da União e, portanto, haveria vício formal na iniciativa do projeto que deu origem à lei.

²² Na ADI 4372, a Anamages questiona a EC 62/2009 a qual altera a forma de pagamento dos precatórios. Dentre outros fundamentos, a Associação entende que a EC padece de vício de inconstitucionalidade material uma vez que fere o artigo 60 do Texto. A EC versa sobre matéria na qual a CF veda alterações por qualquer espécie normativa, até mesmo por emenda constitucional.

²³ BULOS, 2009, p. 116.

O primeiro é o controle exercido na formação do ato, antes que seja inserido no ordenamento jurídico sendo que os três Poderes podem exercê-lo.

O Poder Legislativo exerce o controle desde o início uma vez que o parlamentar, ao enviar um projeto de lei, deve se atentar à constitucionalidade. A CCJ (Comissão de Constituição e Justiça), dentre outras atribuições, emite parecer acerca da constitucionalidade do projeto e exerce controle preventivo. Além dessa Comissão, comissões temáticas ou o próprio Plenário no momento das deliberações exercem o controle preventivo da constitucionalidade²⁴.

Aprovado o projeto, este é encaminhado ao Poder Executivo que pode exercer o controle preventivo por meio do veto²⁵. Se for contrário ao projeto sob o fundamento da contrariedade ao interesse público, o veto será político. Por outro lado, se o Executivo entender que há inconstitucionalidade o veto será jurídico e, assim, com caráter de controle de constitucionalidade prévio ou preventivo.

O Poder Judiciário também pode apreciar a inconstitucionalidade por meio do controle preventivo, desde que seja quanto à forma e no caso concreto²⁶.

José Carlos Francisco²⁷ ensina que:

[...] enquanto tramita o projeto de lei, o tema de mérito da proposta de ato normativo em princípio está submetido exclusivamente à legítima responsabilidade do Legislativo ou do Executivo (na fase de sanção ou veto), de maneira que a intempestiva atuação do Judiciário ofenderia a separação dos Poderes. No entanto, tratando-se de vício de forma que venha a atingir interesses legítimos de

²⁴ FRANCISCO, José Carlos. Controle de constitucionalidade. In: TANAKA, Sônia Yuriko Kanashiro (Org.). *Direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 86-142. p. 100.

²⁵ *Ibidem*, p. 101.

²⁶ ADI 466-2, Rel. Celso de Mello, j. 03.04.1991: “[...] O direito constitucional positivo brasileiro, ao longo de sua evolução histórica, jamais autorizou - como a nova constituição promulgada em 1988, também não o admite - o sistema de controle jurisdicional preventivo de constitucionalidade, em abstrato. Inexiste, desse modo, em nosso sistema jurídico, a possibilidade de fiscalização abstrata preventiva da legitimidade constitucional de meras proposições normativas pelo Supremo Tribunal Federal. [...]”

²⁷ FRANCISCO, 2009, p. 102-103.

parlamentares, restringindo sua atuação no processo de elaboração de normas, é possível o acesso ao Judiciário, que então poderá realizar o controle formal do projeto de emenda ou lei. Nesse caso, a lesão ao devido processo não é ameaça remota, mas sim emergente ou já concretizada (pois o projeto está tramitando).

Nesse caso, o parlamentar tem a seu alcance o remédio constitucional - mandado de segurança preventivo - uma vez que teria, em tese, direito líquido e certo ao devido processo legal legislativo. O STF, ao ponderar sua maior atribuição constitucional, isto é, a guarda da CF, com a preservação da separação dos poderes, se mostra cuidadoso em relação a esta espécie de controle²⁸.

No que tange ao controle repressivo, exercido após a formação do ato normativo, o Poder Judiciário o exerce por meio dos controles difuso e concentrado²⁹.

O Poder Legislativo, com a promulgação da CF de 1988, pode exercê-lo ao sustar os atos normativos emanados do Poder Executivo que exorbitem o poder regulamentar ou os limites de delegação legislativa nos moldes dos artigos. 49, V e 68.

O Poder Executivo, por seu turno, em regra, não pode exercer o controle repressivo como na Constituição Federal anterior. Este Texto permitia o chefe do Poder Executivo Federal a editar decreto autorizando seus subordinados a não cumprir uma lei supostamente inconstitucional³⁰.

²⁸ O "leading case" sobre esse tema é o MS 20.257, j. 08.10.1980, de relatoria para acórdão do Min. Moreira Alves. Neste julgamento, ficou assentado que o remédio constitucional não é admitido para o fim de impedir deliberação de projeto de lei pelo Congresso Nacional por suposta violação à CF uma vez que o choque somente existirá após a transformação do projeto em lei. Salvo, é claro, o caso de projeto que verse sobre tema vedado nos moldes do artigo 47, §1º da CF à época, atual artigo 60, §4º. No entanto, tal posicionamento tem sido flexibilizado e no MS 26.307, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 19.12.2006, o Plenário do STF admitiu o controle prévio de projeto de lei. Neste mesmo sentido, MS 24.667 AgR/DF, rel. Min. Carlos Velloso, j. 04.12.2003.

²⁹ FRANCISCO, 2009, p. 114.

³⁰ Sob a égide da atual CF, em tese, admite-se que o chefe do Poder Executivo municipal, em vista da sua não legitimidade para ajuizar ADI (artigo 103 da CF), edite decretos com este conteúdo. No entanto, na ementa e no bojo do acórdão proferido na ADI 221 MC/DF, j. 16.09.1993, o Ministro

1.2 Métodos de controle de constitucionalidade repressivo e vias de acesso no Brasil

Os métodos de controle de constitucionalidade são:

- método concentrado, reservado ou austríaco: existência de único órgão para fazer o controle³¹.
- método difuso, aberto ou norte-americano: todo e qualquer órgão do Poder Judiciário de qualquer grau de jurisdição pode fazer controle de constitucionalidade³².
- método misto: é o sistema brasileiro e abrange os dois métodos acima mencionados.³³

Há duas vias de acesso para o controle de constitucionalidade³⁴: (i) via de ação ou (ii) via de exceção ou defesa.

A via de ação adota o método concentrado, ou seja, somente o Supremo Tribunal Federal pode fazer o controle de constitucionalidade. Nesse caso o objeto da demanda é a questão constitucional e o controle, em razão disso, é abstrato, ou seja, faz-se o controle de lei em tese, assegurando a supremacia da Constituição.

Moreira Alves, relator do feito, ao se posicionar em consonância com esta tese, ressaltou que o alargamento de legitimados para propositura de ADI trazido na então recente CF tornaria esse entendimento questionável.

³¹ MENDES, 2009, p. 1057.

³² Ibidem, p. 1058.

³³ BOLZAN, Marcelo Buliani. A evolução do controle incidental de constitucionalidade. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, ano 1, n. 4, p. 129-151, out./dez. 2007. p. 130. Há que ressaltar que o controle passou a ser híbrido após a EC 16/1965 à Constituição de 1946 pelo fato desta ter alterado o artigo 101 e introduzido a alínea *k* ao seu inciso I que passou a ter a seguinte redação: “[...] a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República”.

³⁴ MENDES, 2009, p. 1055.

Na via de ação o processo é objetivo, não há resistência de pretensão e os efeitos da decisão são “erga omnes” e “ex tunc”, isto é, a decisão proferida declara a inconstitucionalidade do ato normativo, tornando nulos “ab ovo” quaisquer atos jurídicos nele fundado nos moldes do artigo 102, §2º da CF³⁵.

A via de ação é exercida por meio dos seguintes instrumentos³⁶:

- ADI genérica - ação direta de inconstitucionalidade;
- ADC - ação declaratória de constitucionalidade;
- ADO - ação direta de inconstitucionalidade por omissão;
- ADPF - argüição de descumprimento de preceito fundamental;
- ADI interventiva ou representação interventiva.

1.3 Instrumentos da via de ação

1.3.1 ADI genérica – ação direta de inconstitucionalidade

A competência para julgamento desta ação é originária do Supremo Tribunal Federal, pois se trata de controle concentrado (art. 102, I, “a” da CF). É o principal instrumento de controle abstrato de constitucionalidade e tem por objetivo preservar a supremacia da Constituição, analisando a compatibilidade da norma com o Texto a fim de mantê-la ou extirpá-la.

³⁵ O dispositivo foi alterado pela EC 45/2004 e tem a seguinte redação: “[...] § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.”

³⁶ NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2008. p. 121.

Emendas constitucionais, leis ou atos normativos, estadual ou federal, podem ser objeto desta demanda. Leis municipais, súmulas persuasivas e súmulas vinculantes³⁷ não podem ser questionadas, no entanto, por este instrumento.

De acordo com o Supremo Tribunal Federal, somente as normas federais ou estaduais com abstração, generalidade e normatividade poderão ser objeto de ADI.

Os atos que produzem efeitos concretos, em regra, estão excluídos da apreciação da Corte por este caminho. A exceção reside nos regulamentos e decretos autônomos que poderão, até mesmo, ser objeto de controle repressivo no Poder Legislativo quando importar em abuso de poder regulamentar³⁸.

Vale mencionar, ainda, que, de acordo com o posicionamento até hoje adotado pelo STF, norma decorrente de poder constituinte originário não pode ser objeto de ADI.

Assim, em conclusão, podem ser objeto de controle de constitucionalidade por meio da ADI³⁹:

➤ todas as espécies normativas do artigo 59 da Constituição Federal, isto é, emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias⁴⁰, decretos legislativos e resoluções;

³⁷ Há controvérsia quanto à vedação do uso da ADI genérica para questionar a constitucionalidade da súmula vinculante. No HC 96.301/SP, j. 30.09.2008, ao final da decisão monocrática, a rel. Min. Ellen Gracie assim se posiciona: “[...] Assim, nos termos do art. 103-A, §2º, da Constituição da República, a tese sustentada pelo impetrante só pode ser veiculada em ação própria, por aqueles que possuem legitimidade para ajuizar a ação direta de inconstitucionalidade. Do exposto, nego seguimento ao *writ*, nos termos do que me permite o art. 21, §1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.”

³⁸ Luís Roberto Barroso ressalta que essa posição parece estar superada no Supremo Tribunal Federal. Em 22 de agosto de 2008, no julgamento da ADIn MC 4.048/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, ficou assentado que “[...] o Supremo Tribunal Federal deve exercer sua função precípua de fiscalização da constitucionalidade das leis e dos atos normativos quando houver um tema ou uma controvérsia constitucional suscitada em abstrato, independente do caráter geral ou específico, concreto ou abstrato de seu objeto. Possibilidade de submissão das normas orçamentárias ao controle abstrato de constitucionalidade.” (BARROSO, 2009, p. 172-173).

³⁹ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 42.

⁴⁰ ADI 2.736/DF, rel. Min. Cezar Peluso, j. 08.09.2010

- as normas correspondentes editadas na esfera estadual;

- medidas provisórias convertidas em lei ou que perderem a sua eficácia, objetos de ADI, terão o julgamento prejudicado por carência superveniente da ação. Há tendência para afirmar que a relevância e a urgência são requisitos atinentes à discricionariedade do Presidente da República e o STF tem se posicionado no sentido de que avançar nesta análise é quebrar o princípio da separação de poderes⁴¹;

- os tratados internacionais, incorporados no ordenamento jurídico, podem ser objeto de controle de constitucionalidade, pois, para a maioria da doutrina, o tratado internacional incorporado tem força de lei ordinária. No entanto, é preciso destacar que os tratados e convenções internacionais que versem sobre direitos humanos aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por 3/5 dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais (art. 5º, §3º da CF). Caso o tratado sobre direitos humanos não passe por esta deliberação e aprovação, ficou assentado pela Corte que será tido como norma supralegal⁴², abaixo da CF e acima de lei ordinária;

- Os regimentos internos dos Tribunais podem ser objeto de ADI, pois são normas estaduais, genéricas, abstratas e autônomas.

⁴¹ Pela concessão da medida cautelar, ADI 3.964 MC/DF, rel. Min. Carlos Britto, j. 12.12.2007; ADI 4.048 MC/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 14.05.2008.

⁴² RE 466.343, rel. Min. Cezar Peluso, RE 349.703, rel. Min. Carlos Britto, e HC 87.585, rel. Min. Marco Aurélio, todos julgados em 03.12.2008.

➤ As leis distritais, em vista da acumulação das competências estadual e municipal do DF, podem ser objeto de ADI se, somente se, a matéria versada for equivalente à matéria de competência estadual.

Por fim, ainda quanto ao objeto da ADI, é preciso destacar que atos anteriores à CF vigente estão excluídos. Nesse caso é uma questão de recepção ou não recepção de determinado ato normativo e, como adiante se verá, poderá ser objeto de ADPF.

O artigo 103 da CF estabelece, num rol taxativo, os legitimados a propor ADI. De acordo com o entendimento dominante na Corte, há os legitimados universais e os legitimados especiais. Aqueles são autorizados a impugnar qualquer ato, independentemente da matéria. São eles: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, o Procurador Geral da República, o Conselho Federal da OAB e partido político com representação no Congresso Nacional⁴³.

Os legitimados especiais – Governador do Estado ou do Distrito Federal, Mesa da Assembleia Legislativa ou do Distrito Federal, Confederação Sindical e entidade de classe de âmbito nacional – devem obrigatoriamente demonstrar a pertinência temática.

Oscar Valente Cardoso⁴⁴ ensina que:

⁴³ Nesse último caso, houve alteração de posicionamento da Corte. Até o julgamento da ADI 2.159 AgR/DF, j. 12.08.2004, caso o partido político perdesse a representação no Congresso Nacional, a ação deveria ser extinta por perda superveniente do interesse de agir (carência de ação superveniente). A partir disso, com voto condutor do Min. Gilmar Mendes, decidiu-se que, em vista da objetividade da demanda, o processo não deve ser extinto. O interesse em discussão – a constitucionalidade ou não de uma norma – é de suma relevância para a Nação.

⁴⁴ CARDOSO, Oscar Valente. A subjetividade no controle concentrado de constitucionalidade: pertinência temática, *amicus curiae* e análise de fatos. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 107, p. 71-78, fev. 2012. p. 71.

[...] pertinência temática é pressuposto consistente na necessidade de demonstração, por parte do legitimado ativo, da existência de nexos entre o pedido da ação com seu objeto ou a sua finalidade institucional (a denominada 'relação de pertinência').

Esse é um requisito de nítida construção jurisprudencial. A Constituição Federal não traz essa limitação e, portanto, apesar de pacífico o entendimento, essa exigência é questionável.

O artigo 102, I, 'p' da CF confere ao STF a atribuição de julgar pedidos cautelares em ações diretas de inconstitucionalidade.

Neste aspecto, é preciso ampliar o sentido da expressão "cautelar" ali contida inserindo nele toda e qualquer providência necessária e preliminar que atenda os requisitos da urgência e da plausibilidade. André Ramos Tavares⁴⁵, ao tratar desse tema, ressalta que a própria Corte, ao elaborar seu regimento interno, assim se conduziu ao redigir o artigo 21, IV.

Ademais, ainda quanto às cautelares, é preciso dizer que o artigo 10 da Lei 9868/1999 determina o quórum de maioria absoluta para sua concessão, sendo admitido, no período de recesso a apreciação e concessão pelo Presidente da Corte.

A Lei 9868/99 expressamente proíbe a desistência bem como a intervenção de terceiros nos artigos 5º e 7º, "caput", respectivamente. Em relação à desistência, o fundamento é claro: tratando-se de processo objetivo, o interesse em solucionar a questão levada a julgamento é da sociedade e não da parte.

No entanto, no que tange a intervenção de terceiro surge a questão do *amicus curiae* previsto no artigo 7º, §2º da lei.

⁴⁵ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 292

É figura enigmática, como o denominou o mestre Cássio Scarpinella Bueno⁴⁶, de natureza jurídica *sui generis*, mas, mesmo assim, não escapa do conceito de intervenção de terceiro. *Amicus curiae* talvez seja a intervenção realizada por ente não parte com viés mais próximo do conceito de terceiro⁴⁷.

Oscar Valente Cardoso⁴⁸ o define como sendo:

[...] o ‘amigo da Justiça’, é pessoa, em regra, sem relação ou interesse próprio na lide, com a atribuição de opinar ou prestar informações sobre a matéria controvertida, podendo o órgão julgador conferir à sua manifestação o valor que entender adequado; não se trata de testemunha ou perito, não é remunerada, não exerce função de fiscal da lei destinada ao Ministério Público, tampouco está sujeita à exceção de suspeição.

Importa consignar que na ADPF 187/DF, na qual se discutiu o contraponto entre liberdade de manifestação do pensamento e drogas ilícitas a ABESUP – Associação Brasileira de Estudos Sociais do Uso de Psicoativos, entidade admitida como *amicus curiae*, impetrou ‘habeas corpus’ a fim de proteger seus associados de eventual punição quanto ao porte de drogas que, no caso, seriam utilizadas para pesquisa.

O STF⁴⁹, neste ponto do julgamento, entendeu que:

[...] não obstante o relevo da participação do *amicus curiae*, como terceiro interveniente, no processo de fiscalização normativa abstrata, ele não disporia de poderes processuais que, inerentes às partes, viabilizassem o exercício de determinadas prerrogativas que se mostrassem unicamente acessíveis a elas, como o poder que assiste, ao arguente, de delimitar o objeto da demanda por ele instaurada. Afirmou-se que a intervenção do *amicus curiae* seria voltada a proporcionar meios que viabilizassem uma adequada

⁴⁶ BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

⁴⁷ Considerando, como Cássio Scarpinella Bueno assinala, que “[...] terceiro é todo aquele que não pede ou contra quem nada se pede em juízo.” BUENO, Cássio Scarpinella. *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 3.

⁴⁸ CARDOSO, 2012, p. 73.

⁴⁹ Informativo 631.

resolução do litígio constitucional, sob a perspectiva de pluralização do debate, de modo a permitir que o STF venha a dispor de todos os elementos informativos necessários à resolução da controvérsia, além de conferir legitimidade às decisões proferidas pela Suprema Corte. Para tanto, o *amicus curiae* teria a possibilidade de exercer o direito de fazer sustentações orais, além de dispor da faculdade de submeter, ao relator da causa, propostas de requisição de informações adicionais, de designação de peritos, de convocação de audiências públicas e de recorrer da decisão que haja denegado seu pedido de admissão no processo. Reputou-se, portanto, que as questões ora suscitadas não estariam em causa neste processo, muito embora reconhecida sua importância.

Vê-se que, além das particularidades do caso concreto, o amigo da Corte em questão não tem legitimidade para pleitear como parte. Sua atuação deve se limitar a trazer elementos para pluralização do debate.

Por fim, quanto ao procedimento, força dizer que o quórum para instalação da sessão de julgamento de ADI, conforme expressa previsão legal (artigo 22, Lei 9868/99) é de oito Ministros, portanto, de maioria qualificada. Assim procedido, o quórum para julgamento é de maioria absoluta, portanto, seis ministros.

1.3.2 ADC - ação declaratória de constitucionalidade

Esse instrumento é fruto do poder constituinte derivado, introduzido no Texto pela EC 03 de 17 de março de 1993. Foi bastante criticado pela doutrina⁵⁰, pois, afirmava-se que era despidendo uma vez que as leis gozam de presunção de constitucionalidade até que o contrário seja declarado pelo STF.

Defendeu-se a tese de que a ADC tornaria o STF um órgão consultivo e de correção de conduta dos demais Poderes. Além disso, por meio de emenda constitucional os poderes e atribuições da Corte não poderiam ser ampliados. Como

⁵⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 34. ed. rev. e atual. até a EC 67 de 22.12.2012. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 56.

resposta, o STF afirmou que julgar é sua função típica e, assim procedendo, cumpre seu papel sem que atue como órgão consultivo⁵¹.

Ainda em relação às críticas disparadas contra a EC 03/1993 e mais especificamente contra a ADC, acusou-se de ferir os princípios do devido processo legal e do livre convencimento do juiz, pois a sociedade não mais poderia discutir a constitucionalidade da demanda por meio do controle difuso⁵².

O STF, por seu turno, entendeu que se trata de controle concentrado e, assim, a decisão tem efeito vinculante e “erga omnes”. O STF, neste último caso, passa a ser o juiz competente para decidir a prejudicial em todos os casos concretos.

No entanto, a Corte reputou legítima a ADC⁵³ e a caracteriza como mecanismo de aperfeiçoamento de interesses, pois a decisão nela proferida coloca fim às demandas questionadoras da constitucionalidade dos atos normativos federais.

Passado o tempo e rebatidas as críticas, sedimentou-se a constitucionalidade da ação declaratória de constitucionalidade bem como sua utilização⁵⁴.

No que tange ao objeto da ADC é forçoso ressaltar que, aqui, a CF expressamente restringe seu alcance, ou seja, somente lei ou ato normativo federal

⁵¹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008a. p. 65.

⁵² José Afonso da Silva afirma que ADC “[...] é um meio paralisante de debates em torno de questões jurídicas fundamentais, de interesse coletivo. [...] Seu exercício gera um processo constitucional contencioso, de fato, porque visa desfazer decisões proferidas entre partes, mediante sua propositura por uma delas. [...] Então, a rigor, não se trata de processo sem partes e só aparentemente é processo objetivo, porque, no fundo, no substrato da realidade jurídica em causa, estão as relações materiais controvertidas que servem de pressupostos de fato da ação.” (SILVA, 2010, p. 56).

⁵³ ADC QO 01, rel. Min. Moreira Alves, j. 01.12.1993. Antes de iniciar o julgamento propriamente dito do mérito desta ação o Ministro relator levantou questão de ordem para o Tribunal acerca da constitucionalidade da EC 03/93. Ficaram rebatidas as críticas e incidentalmente declararam a conformidade da Emenda à Constituição Federal.

⁵⁴ TAVARES, 2007, p. 301.

pode ser atacado por meio deste instrumento nos moldes estabelecidos no artigo 102, I, 'a', parte final.

Os legitimados, a partir da EC 45/2004, são os mesmos da ADI conforme expressa previsão do Texto, artigo 103, "caput", valendo as observações feitas anteriormente quanto à pertinência temática.

A lei 9868/99 também regulamenta o procedimento da ADC com a diferença de que o Advogado-Geral da União não é citado, pois não há ato impugnado. Outro diferencial de destaque refere-se ao fato de que o autor da demanda deve demonstrar a controvérsia jurisprudencial sobre o tema conforme o artigo 14, III da mencionada Lei.

O pronunciamento da Corte na ADC torna a presunção relativa de constitucionalidade da norma em presunção absoluta⁵⁵. Tem efeito "erga omnes", "ex tunc" e vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e Poder Executivo. Somente em relação ao Poder Legislativo não há vinculação posto que a atividade legiferante se liga aos ditames constitucionais, nos moldes do artigo 28, parágrafo único da Lei 9.868/1999⁵⁶.

Ainda quanto à decisão na ADC há um aspecto interessante a ser ressaltado.

Se o juiz ou tribunal ainda não tiver decidido processo pendente, a decisão do STF será imediatamente aplicada ao caso concreto. Se, por outro lado, houver decisão com trânsito em julgado, haverá fundamento para propositura de ação rescisória com possibilidade de concessão de medida liminar.

⁵⁵ TAVARES, 2007, p. 300.

⁵⁶ "Art. 28. Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão. Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal."

Fica, no entanto, em aberto a questão do trânsito em julgado de decisão com expiração do prazo para ajuizamento da ação rescisória. Deve ser mantida a coisa julgada inconstitucional caso a decisão seja contrária ao posicionamento assumido pela Corte? Esse é um tema bastante atual e tormentoso, mas que foge ao tema proposto ao estudo⁵⁷.

Saliente-se, por fim, a disposição do artigo 24 da Lei 9868/1999⁵⁸ que dispõe sobre o caráter dúplice dos instrumentos ADI e ADC.

Proclamado o resultado pela constitucionalidade do ato julga-se improcedente a ADI e procedente a ADC. Por outro lado, proclamada a inconstitucionalidade, julga-se procedente a ADI e improcedente a ADC⁵⁹.

1.3.3 ADO – ação direta de inconstitucionalidade por omissão

Instrumento introduzido no ordenamento pela CF de 1988, a ADO tem cabimento nas hipóteses de não produção legislativa. Caso o poder competente se mantenha inerte diante de norma de eficácia limitada dependente de lei

⁵⁷ Luiz Guilherme Marinoni é visceralmente contrário à desconsideração da coisa julgada ou “relativização da coisa julgada” como usualmente denominado o fenômeno. MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. O Min. Celso de Mello no RE 649.154/MG, j. em 23.11.2011, esclarece, da mesma forma, que não adota esse entendimento, mas deixa claro que se rende à decisão em sentido contrário proferida pelo órgão colegiado no que toca as questões de estado, em especial, à descoberta da paternidade. Luís Roberto Barroso, por seu turno, tem uma visão mais flexível sobre o tema e defende a ponderação dos valores envolvidos. Afirma que “[...] somente em situações-limite, de quase ruptura do sistema, será legítima a superação da garantia constitucional da coisa julgada.” (BARROSO, 2009, p. 226).

⁵⁸ “Art. 24. Proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória; e, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória.”

⁵⁹ Flávia Bahia Martins, sobre o tema, atesta que “[...] a ambivalência (ou, ainda, a natureza fungível ou dúplice) traduz-se na possibilidade de, em sede de ADI, o STF julgar improcedente o pedido e declarar a constitucionalidade da norma, sem que tal tenha sido requerido pelo autor da ação. No sentido oposto, o STF pode julgar improcedente o pedido na ADC e declarar a inconstitucionalidade da norma. Ou seja, se um autor está propondo uma ADI pedindo que a lei seja declarada inconstitucional e o STF discordar entendendo que a lei é válida, nesta mesma ação ele julga improcedente o pedido de inconstitucionalidade e declara a lei constitucional. Este é o caráter dúplice que a lei conferiu às duas ações, aliás, em atenção à jurisprudência do STF (é a chamada legalização da jurisprudência), por medida de economia processual.” (MARTINS, 2011, p. 534).

regulamentadora, é possível instá-lo a agir por meio da ADO cujo resultado conferirá efetividade à norma constitucional.

Flávia Piovesan⁶⁰, a respeito do tema, assevera:

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão está intimamente relacionada com o próprio perfil da Constituição de 1988. Em virtude do volume e extensão de normas constitucionais não dotadas de plena aplicabilidade, inseridas na Carta de 1988, é que se introduz o instrumento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a fim de que tornem efetivas as regras constitucionais.

[...]

Logo, objetiva a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, em última análise, permitir que toda a norma constitucional alcance eficácia plena, obstando que a inação do legislador venha a impedir o exercício de direitos constitucionais.

Em suma, a ADO é o instrumento constitucional para combater a síndrome de inefetividade da norma constitucional de eficácia limitada.

Constata-se, dessa feita, que a inconstitucionalidade não decorre somente de comportamento ativo, mas também omissão do poder público. Portanto, o pronunciamento do STF, neste caso, é declarar a inconstitucionalidade da omissão a fim de que dê efetividade à norma constitucional⁶¹.

Conforme o artigo 103, §2º da Lei Fundamental⁶², julgada procedente a ADO, deve ser dada ciência ao poder competente para edição da lei ou ato normativo e,

⁶⁰ PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 112-113.

⁶¹ Luiz Roberto Barroso assinala que “[...] como regra, legislar é uma faculdade do legislador. [...] Todavia, nos casos em que a Constituição impõe ao órgão legislativo o dever de editar norma reguladora da atuação de determinado preceito constitucional sua abstenção será ilegítima e configurará caso de inconstitucionalidade por omissão.” (BARROSO, 2009, p. 34).

⁶² “art. 103. [...] §2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.”

em se tratando de órgão administrativo, deve ser fixado o prazo de 30 dias, sob pena de apuração da ocorrência de crime de desobediência⁶³.

Na verdade o Texto fala em “providências” e não em lei e, dessa forma, o poder competente para suprir essa omissão não é somente o poder Legislativo, podendo ser a omissão proveniente do Poder Executivo ou do Poder Judiciário.

No entanto, o pronunciamento direcionado ao Poder Legislativo tem caráter declaratório uma vez que, segundo posicionamento dominante na Corte Suprema, a atividade legiferante deve atender a conveniência e a oportunidade⁶⁴.

Em virtude da postura assumida pelo STF, o uso deste veículo é menos comum. Conforme dados coletados no site do STF o manejo deste instrumento é bastante reduzido: num total de 17 (dezesete) distribuições no período de 2008 a 2012, 14 (catorze) aguardam julgamento⁶⁵.

Os legitimados para propositura são os mesmos da ADI e da ADC, nos termos do artigo 103 da CF devendo ser respeitada a pertinência temática em caso de legitimados ditos especiais.

O procedimento previsto para esse instrumento segue os passos da ADI, ressalvada a patente impossibilidade de concessão de medida cautelar e pela dispensabilidade da citação do Advogado-Geral da União por ausência de ato impugnado.

O objeto da ADO poderá pretender combater a omissão total ou parcial. Como exemplo de omissão total pode-se mencionar o artigo 18, §4º da CF⁶⁶ no qual,

⁶³ BARROSO, 2009, p. 264.

⁶⁴ De novo, vale assinalar o ensinamento de Luiz Roberto Barroso que afirma: “por isso, em remédio jurídico de baixa eficácia, e conseqüentemente, de uso limitado, é insuficiente para a tutela objetiva do ordenamento constitucional, quando vulnerado na sua supremacia.” (BARROSO, 2009, p. 265).

⁶⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=adoAguardandoJulgamento>>. Acesso em: 29 fev. 2012.

⁶⁶ ADI 3682, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 09.05.2007. Na esteira de combate da inatividade do legislador, o constituinte conferiu aos cidadãos outro instrumento, o mandado de injunção. Esta via de

por meio de emenda constitucional ficou determinada a exigência de edição de lei complementar federal em conjunção com lei estadual e manifestação da população interessada para criação, incorporação, fusão e desmembramento de municípios. No entanto, mesmo após o julgamento da mencionada ação, não houve edição de lei complementar, mas emenda à Constituição para convalidar a criação de municípios sem o devido cumprimento da exigência constitucional⁶⁷.

Quanto à omissão parcial pode-se indicar como exemplo o caso do salário mínimo, estabelecido no artigo 7º, IV da CF. O STF já foi provocado a se manifestar sobre o tema, mas nada pôde fazer de concreto, em que pese o pronunciamento no sentido de que o valor do salário mínimo não atinge as necessidades básicas fixadas na Lei fundamental⁶⁸.

Sob o fundamento de respeito à reserva do possível, a reserva parlamentar orçamentária e a separação de Poderes, o STF se vê de mãos atadas para solucionar o problema do ínfimo valor do salário mínimo.⁶⁹

De qualquer maneira, apesar do pouco uso deste instrumento, é salutar mantê-lo no sistema.

1.3.4 ADPF – arguição de descumprimento de preceito fundamental

Este instituto foi introduzido no ordenamento pela Constituição Republicana de 1988 inicialmente no parágrafo único do artigo 102. Tendo sido alterado pela

controle de constitucionalidade é utilizável por qualquer cidadão também no caso de omissão legislativa. Anote-se que, em vista da autorização constitucional para que o servidor público deflagre greve, mas que até a presente data não houve edição de lei que regulamente o exercício deste direito, foi impetrado no STF o MI 708/DF, relator Min. Gilmar Mendes, j. 25.10.2007, que, por maioria de votos, restou autorizado aos servidores públicos a aplicação das leis 7701/88 e 7783/89 que ditam as regras do direito de greve dos empregados regidos pela CLT.

⁶⁷ Artigo 96 da ADCT.

⁶⁸ ADI 1442, rel. Min. Celso de Mello, j. 03.11.2004, por maioria.

⁶⁹ ADI 1458 MC/DF, 1439/DhF e 1442/DF, de relatoria do Min. Celso de Mello.

Emenda Constitucional de revisão nº 03, passou a constar no parágrafo primeiro do mencionado dispositivo.

Esse artigo foi considerado pelo STF como norma de eficácia limitada e, portanto, enquanto não editada a Lei 9882/99, regulamentadora de seu procedimento, este instrumento não pôde ser utilizado.

A partir de 1999, portanto, caras questões à sociedade brasileira foram levadas à Corte por meio deste veículo podendo citar, como exemplo, as ADPF 54 e 153 que versam, respectivamente, sobre o aborto de feto anencefálico e a lei da anistia de nº 6683/79.

Mas o que é, exatamente, a arguição de descumprimento de preceito fundamental?

O artigo 1º da Lei define que a ADPF terá como objetivo evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do poder público. Note-se que não é lei ou ato normativo como ocorre na ADI, mas ato do poder público.

Esse aspecto torna a ADPF um instrumento muito mais amplo abrangendo atos emanados de quaisquer das esferas federativas – União, Estados, Municípios e Distrito Federal – bem como as entidades e órgãos da Administração direta e indireta⁷⁰.

Quanto ao significado da expressão “preceito fundamental” ficou assentado na ADPF 01 que cabe ao STF conceituar tal instituto.

A doutrina é convergente quanto à definição do instituto podendo-se afirmar que a ADPF é cabível nos casos de violação dos princípios fundamentais (artigo 1º a 4º da CF); dos direitos e deveres individuais e coletivos, direitos sociais, da

⁷⁰ CUNHA JUNIOR, Dirley da. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. In: DIDIER, Fredie (Org.). *Ações constitucionais*. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodium, 2009a. p. 491-554. p. 517.

nacionalidade, partidos políticos, direitos políticos; dos princípios sensíveis (art. 34, VII, CF) e dos preceitos contidos no art. 60, §4º, a denominada cláusula pétrea.

Sendo assim, assevera-se que os preceitos fundamentais são os princípios ou as regras relevantes à Constituição⁷¹. São, em última análise, a quintessência do Texto.

Há duas modalidades de processamento da ADPF⁷²: (i) a direta ou autônoma e (ii) a incidental.

Aquela é típica ação de controle concentrado de constitucionalidade. Instaura-se um processo objetivo no qual não há partes e cujo objeto é tutelar preceitos fundamentais. Esta é uma ação judicial de controle concreto de constitucionalidade com questão constitucional suscitada em um processo subjetivo onde se controverte, com fundamentos relevantes, acerca da aplicação de lei ou ato do poder público contestado em face de um preceito fundamental.

A modalidade incidental possibilita o trânsito direto e imediato ao STF de uma questão constitucional relevante. Na espécie, quando admitida a arguição, operar-se-á uma verdadeira cisão entre a questão constitucional e as demais suscitadas e discutidas pelas partes no caso concreto, subindo ao Tribunal para sua exclusiva apreciação.

Todavia, além do veto presidencial quanto ao inciso II do artigo 2º que autorizava qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do poder público a ajuizar tal demanda, o Min. Néri da Silveira na ADI 2231/DF ajuizada pela OAB contra a íntegra da Lei 9882/99 obtemperou, em seu voto, que a arguição incidental em

⁷¹ CUNHA JUNIOR, p. 501.

⁷² Ibidem, p. 504.

processos em curso não poderia ser veiculada por lei ordinária, mas somente por meio de emenda à Constituição⁷³.

Sendo assim e não tendo sido concluído o julgamento da ADI mencionada, a ADPF incidental é letra morta no ordenamento jurídico vigente restando, apenas, a modalidade autônoma.

Sob a inspiração dos ordenamentos jurídicos alemão e espanhol, o legislador brasileiro introduziu no artigo 4º, §1º o caráter subsidiário da ADPF:

Art. 4º A petição inicial será indeferida liminarmente, pelo relator, quando não for o caso de arguição de descumprimento de preceito fundamental, faltar algum dos requisitos prescritos nesta Lei ou for inepta.

§ 1º Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade. (grifo nosso).

Dirley da Cunha Junior⁷⁴ defende a subsidiariedade tão somente da arguição incidental para que o STF não se afigure como uma Corte de 3ª instância ou de supercassação de decisões judiciais proferidas pelas instâncias ordinárias.

Acompanhado de André Ramos Tavares, o autor entende que a ADPF autônoma é cabível sempre que houver violação de preceito fundamental, uma vez que a arguição de descumprimento tem um caráter de principalidade no sistema de controle de constitucionalidade, na medida em que seu objetivo é defender preceito constitucional fundamental.

Gilmar Ferreira Mendes⁷⁵ entende que as demais ações de controle concentrado são o parâmetro para o caráter subsidiário da ADPF:

⁷³ Informativo 253, STF.

⁷⁴ CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. rev. e ampl. Salvador: JusPodium, 2009b. p. 467.

Assim, tendo em vista o caráter acentuadamente objetivo da arguição de descumprimento, o juízo de subsidiariedade há de ter em vista, especialmente, os demais processos objetivos já consolidados no sistema constitucional. Nesse caso, cabível a ação direta de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade, ou, ainda, a ação direta por omissão, não será admissível a arguição de descumprimento. Em sentido contrário, não sendo admitida a utilização de ações diretas de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, isto é, não se verificando a existência de meio apto para solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla e geral e imediata, há de se entender possível a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental. É o que ocorre, fundamentalmente, nos casos relativos ao controle de legitimidade do direito pré-constitucional, do direito municipal em face da Constituição Federal e nas controvérsias sobre direito pós-constitucional já revogado ou cujos efeitos já se exauriram. Nesses casos, em face do não-cabimento da ação direta de inconstitucionalidade, não há como deixar de reconhecer a admissibilidade da arguição de descumprimento. (grifo nosso).

O Ministro conclui, em defesa do preceito fundamental – segurança jurídica –, no sentido de que a ADPF poderá ser manejada a fim de solver controvérsia de interesse geral:

Assim sendo, é possível concluir que a simples existência de ações ou de outros recursos processuais – vias processuais ordinárias – não poderá servir de óbice à formulação da arguição de descumprimento. Ao contrário, tal como explicitado, a multiplicação de processos e decisões sobre um dado tema constitucional reclama, as mais das vezes, a utilização de um instrumento de feição concentrada, que permita a solução definitiva e abrangente da controvérsia. (grifo nosso).

Por fim, sobre o caráter subsidiário da ADPF, vale transcrever trecho do voto do Min. Celso de Mello na ADPF 74⁷⁶:

⁷⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: demonstração de inexistência de outro meio eficaz*. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=236>>. Acesso em: 27 nov. 2009.

⁷⁶ Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=74&processo=74>>. Acesso em: 27 nov. 2009.

É claro que a mera possibilidade de utilização de outros meios processuais não basta, só por si, para justificar a invocação do princípio da subsidiariedade, pois, para que esse postulado possa legitimamente incidir, revelar-se-á essencial que os instrumentos disponíveis mostrem-se aptos a sanar, de modo eficaz, a situação de lesividade. Isso significa, portanto, que o princípio da subsidiariedade não pode - e não deve - ser invocado para impedir o exercício da ação constitucional de arguição de descumprimento de preceito fundamental, eis que esse instrumento está vocacionado a viabilizar, numa dimensão estritamente objetiva, a realização jurisdicional de direitos básicos, de valores essenciais e de preceitos fundamentais contemplados no texto da Constituição da República. Se assim não se entendesse, a indevida aplicação do princípio da subsidiariedade poderia afetar a utilização dessa relevantíssima ação de índole constitucional, o que representaria, em última análise, a inaceitável frustração do sistema de proteção, instituído na Carta Política, de valores essenciais, de preceitos fundamentais e de direitos básicos, com grave comprometimento da própria efetividade da Constituição. Daí a prudência com que o Supremo Tribunal Federal deve interpretar a regra inscrita no art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, em ordem a permitir que a utilização da nova ação constitucional possa efetivamente prevenir ou reparar lesão a preceito fundamental, causada por ato do Poder Público. (grifo nosso).

Constata-se que há fortes vozes defensoras da subsidiariedade da ADPF, restringindo, dessa forma, sua aplicação.

De acordo com o artigo 103 da CF, os legitimados para propositura desta ação são os mesmos da ADI, respeitado, como já se disse, o instituto da pertinência temática quanto ao Governador de Estado ou do Distrito Federal, à Mesa da Assembleia Legislativa ou do Distrito Federal, à Confederação Sindical e à entidade de classe de âmbito nacional.

Os procedimentos previstos nas Leis 9.868/99 e 9.882/99 são similares, valendo destacar, por fim, que a propositura da ADPF não fica sujeita a prazo prescricional ou decadencial, pois violação a preceitos constitucionais não se convalidam com o passar do tempo⁷⁷, razão pela qual se admite discutir leis anteriores à CF paradigma.

⁷⁷ A lei da anistia, objeto da ADPF 153, causa enorme polêmica no cenário jurídico. Seus contestadores argumentam que crimes de tortura são delitos contra a humanidade e, portanto,

Por fim, importa dizer que há diferença no que toca à concessão da medida cautelar. Aqui, na ADPF, o relator, ao analisar a petição inicial, poderá concedê-la liminarmente remetendo ao Plenário para referendá-la (artigo 5º, §1º da lei 9882/99).

Lembre-se que na ADPF 54, em 1º de julho de 2004, foi concedida liminar pelo relator, Min. Marco Aurélio, no sentido de reconhecer o direito constitucional da gestante de interromper a gestação de feto comprovadamente anencéfalo. No entanto, ao serem os autos encaminhados ao Pleno para referendo, em outubro do mesmo ano, foi revogada a decisão monocrática⁷⁸.

1.3.5 Ação direta de inconstitucionalidade interventiva ou representação interventiva

A Constituição Federal estabelece, como regra, a não intervenção da União nos Estados, Distrito Federal e Municípios bem como dos Estados nos Municípios localizados em seu território⁷⁹.

No entanto, diante de situações consideradas delicadíssimas há previsão para quebra desta regra e o instrumento cabível é a intervenção exercível, dentre

patentemente imprescritíveis. Além disso, ainda contra o posicionamento adotado pela Corte Suprema, o Brasil, por ser signatário de tratados internacionais sobre o tema, deveria permitir a persecução penal e conseqüente punição dos torturadores. Na verdade, o país já foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos quanto aos delitos cometidos na Guerrilha do Araguaia. Por fim, para concluir esse aparte que foge ao tema tratado neste trabalho, os corpos não encontrados dos presos políticos implicam no não exaurimento do crime, no caso, de sequestro e, portanto, sem início de contagem de prazo prescricional.

⁷⁸ Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=54&processo=54>>.

Acesso em: 3 jul. 2012.

⁷⁹ “Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.”

outros meios, pela ação direta de inconstitucionalidade interventiva ou simplesmente representação interventiva⁸⁰.

Na verdade, esta mencionada ação se distancia dos parâmetros das ações diretas examinadas anteriormente uma vez que seu uso demanda um litígio. Para que seja iniciado esse procedimento é necessário um conflito concreto, um processo subjetivo. Como Uadi Lammêgo Bulos⁸¹ afirma, com propriedade, “[...] é um meio termo entre o controle difuso e o concentrado de normas.”

Portanto, pode-se dizer que esse instrumento insere-se na classificação de controle concreto, mas concentrado, pois compete a um único órgão julgar⁸².

A Constituição Federal, em seus artigos 34 a 36, estabelece as regras da intervenção da União nos Estados e no Distrito Federal sendo que, neste último caso, só ocorrerá se o ato questionado for correspondente a ato estadual, pois, se atinente a municipal, não caberá pedido de intervenção⁸³ pelo Chefe do Poder Executivo Federal.

A representação interventiva ou ADI interventiva tem como único legitimado o Procurador-Geral da República⁸⁴ e sua atuação se circunscreve aos casos de violação dos princípios ditos sensíveis emoldurados no artigo 34, VII da CF⁸⁵.

⁸⁰ André Ramos Tavares se posiciona nesse sentido (2007, p. 964).

⁸¹ BULOS, 2009, p. 153.

⁸² Ibidem, p. 154.

⁸³ Este trabalho se limita a analisar o controle de constitucionalidade no âmbito do Supremo Tribunal federal e, portanto, a análise da intervenção nos municípios, que estão sujeitos ao controle de constitucionalidade por meio das regras previstas nas respectivas Constituições estaduais, fica excluída.

⁸⁴ Gilmar Ferreira Mendes assevera que o “[...] Procurador-Geral da República instaura o contencioso de inconstitucionalidade não como parte autônoma, mas como representante judicial da União Federal, que ‘tem interesse na integridade da ordem jurídica, por parte dos Estados-membros’.” (MENDES, 2009, p. 1276-1277).

⁸⁵ “Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: [...] VI - prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial; VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático; b) direitos da pessoa humana; c) autonomia municipal; d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta. e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.”

Ressalte-se que a representação interventiva tem cabimento desde que haja violação aos ditos princípios independentemente do veículo, ou seja, pode ser ato normativo como atos administrativos concretos e até mesmo omissões do poder público⁸⁶.

Julgado procedente o pedido⁸⁷, o relator requisitará a intervenção federal ao Poder Executivo, sendo que o Presidente da República, sob pena de incorrer em crime de responsabilidade (art. 85, VII da CF), deverá decretá-la^{88, 89}.

Como derradeira chance ao ente federado faltoso, a Constituição, em seu artigo 36, §3º, estabelece que “[...] o decreto limitar-se-á a suspender a execução do ato impugnado, se essa medida bastar ao restabelecimento da normalidade [...]”, ou seja, antes da efetiva intervenção é dada a oportunidade ao ente de restabelecer a ordem e o devido cumprimento à CF.

Saliente-se que a representação interventiva é o embrião⁹⁰ do controle concentrado no Brasil e que na história mais recente, em especial sob a égide da atual Constituição, não se realizou a medida extrema da intervenção⁹¹.

⁸⁶ Gilmar Ferreira Mendes é quem explica a abrangência do instituto e informa que esse posicionamento, em que pese o voto contrário dos Min. Celso de Mello e Moreira Alves, assim ficou assentado na IF 114 que teve como relator o então Ministro do STF, Sr. Néri da Silveira (MENDES, 2009, p. 1282).

⁸⁷ De acordo com o RISTF, art. 173, parágrafo único, o quórum de deliberação é de maioria qualificada, ou seja, há que ter oito votos favoráveis à intervenção.

⁸⁸ BARROSO, 2009, p. 327.

⁸⁹ André Ramos Tavares, quanto ao resultado da ADI interventiva, adverte que há três correntes: (i) uma no sentido de que o Presidente não tem escolha, vinculando-se à decisão do STF; (ii) a segunda, em posição diametralmente oposta, defende a discricionariedade do Chefe do Poder Executivo, autorizando-o a analisar a oportunidade e a conveniência da intervenção; (iii) a última corrente, intermediária, admite “[...] que o Presidente possa controlar a regularidade formal da decisão.” (TAVARES, 2007, p. 1013).

⁹⁰ Marcelo Buliani Bolzan ressalta que foi a Constituição de 1934 que introduziu a representação interventiva no ordenamento jurídico com o fito de “[...] fazer valer princípios de observância obrigatória pelos Estados por força da Constituição caso uma lei estadual os violasse.” (BOLZAN, 2007, p. 134). Neste mesmo sentido (BULOS, 2009, p. 153).

⁹¹ BARROSO (2009, p. 316) registra que “[...] sob o regime constitucional de 1988, jamais ocorreu hipótese de intervenção federal formalmente decretada. Aliás, tampouco na vigência da Constituição de 1967-69. Em levantamento retrospectivo sumário e sem pretensão de ser exaustivo, contabilizam-se, sob a Constituição de 1946, intervenções nos Estados de Alagoas (1957), Goiás (1964), e de novo em Alagoas (1966). No período de 1936 e 1937, houve intervenção no Maranhão, Mato Grosso,

Há, ainda, outras formas de intervenção, quais sejam⁹²: (i) espontânea; (ii) provocada.

A intervenção espontânea ocorre nas hipóteses previstas no artigo 34, I a III e V, 'a' e 'b' da CF⁹³. Nesses casos, o Presidente da República decreta a intervenção federal sendo ouvidos os Conselhos da República e da Defesa Nacional, cujos pareceres não o vincularão conforme disposição dos artigos 84, X, 90, I e 91, §1º, II da CF.

De acordo com o artigo 36, §1º da CF o decreto determinará “a amplitude, o prazo e as condições de execução” nomeando-se interventor, se necessário. Nesta modalidade interventiva, o Presidente deverá, em 24 horas, submeter à apreciação do Congresso Nacional ou Assembleia Legislativa.

Vê-se que a atuação presidencial fica limitada à deliberação parlamentar e, assim que cessar os motivos que ensejaram a intervenção, as autoridades afastadas, se possível, retornarão ao cargo.

A intervenção provocada, por sua vez, pode ser por solicitação ou por requisição.

Tanto uma como a outra visam assegurar “a garantia do livre exercício de qualquer dos poderes”, mas, para sua consecução é necessária a “solicitação do Poder Legislativo ou do Poder Executivo coacto ou impedido, ou de requisição do Supremo Tribunal Federal se a coação for exercida contra o Poder Judiciário”, nos

Distrito Federal, Rio Grande do Sul e Rio de Janeiro. E, entre 1920 e 1930, houve decreto de intervenção nos Estados da Bahia, Espírito Santo, Rio de Janeiro e Pernambuco.”

⁹² FRANCISCO, 2009, p. 119. No mesmo sentido: TAVARES, 2007, p. 1010 et seq.

⁹³ “Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: I - manter a integridade nacional; II - repelir invasão estrangeira ou de uma unidade da Federação em outra; III - pôr termo a grave comprometimento da ordem pública; [...] V - reorganizar as finanças da unidade da Federação que: a) suspender o pagamento da dívida fundada por mais de dois anos consecutivos, salvo motivo de força maior; b) deixar de entregar aos Municípios receitas tributárias fixadas nesta Constituição, dentro dos prazos estabelecidos em lei; [...]

moldes dos artigos 34, IV e VI e 36, I da CF⁹⁴. Lembrando que a competência para decretar a intervenção é do Poder Executivo e, assim, tanto a solicitação quanto a requisição se dirigem ao seu representante.

Assim, é possível afirmar que se os Poderes Legislativo ou Executivo, estadual ou distrital, estiverem cerceados de alguma forma deverão solicitar ao Poder Executivo federal a intervenção. No caso de violação contra o livre exercício do Poder Judiciário local este deverá solicitar ao Supremo Tribunal Federal que, após análise, requisitará ao representante do Poder Executivo federal⁹⁵.

Por fim, importa consignar que nestas modalidades aplica-se o disposto no artigo 36, § 3º da CF, ou seja, confere-se ao ente federado que se encontra em desacordo com o Texto uma última chance de se enquadrar à constitucionalidade.

1.4 Via de exceção ou defesa

A via de exceção ou defesa adota o controle difuso proveniente do ordenamento jurídico norte-americano. Qualquer juiz ou Tribunal, diante de uma arguição de inconstitucionalidade incidental, poderá fazer o controle de constitucionalidade do ato normativo⁹⁶.

⁹⁴ “Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: [...] IV - garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes nas unidades da Federação; VI - prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial; [...]” e “Art. 36. A decretação da intervenção dependerá: I - no caso do art. 34, IV, de solicitação do Poder Legislativo ou do Poder Executivo coacto ou impedido, ou de requisição do Supremo Tribunal Federal, se a coação for exercida contra o Poder Judiciário; [...]”.

⁹⁵ José Carlos Francisco ressalta que “[...] a decretação será discricionária se espontânea ou provocada por solicitação, mas será vinculada em caso de requisição, porque essa cabe apenas ao Judiciário (tanto que nesses casos não há possibilidade de o Congresso Nacional controlar ou cessar a medida por sua vontade).” (FRANCISCO, 2009, p. 119).

⁹⁶ Luiz Guilherme Marinoni inicia sua obra *Coisa julgada inconstitucional* (2008, p. 17), afirmando que “[...] o sistema de controle difuso da constitucionalidade longe de ser uma mera técnica para o controle da constitucionalidade, consagra um atributo do Poder Judiciário, de grande importância quando se tem em conta a relação entre os Poderes, especialmente entre os Poderes Judiciário e Legislativo, a efetividade da distribuição da justiça nos casos concretos e a adequada defesa dos direitos do cidadão.” Adiante, ainda, quanto ao assunto o autor assevera categoricamente que “[...]”

Vale transcrever trecho da obra de André Ramos Tavares⁹⁷ ao ressaltar a grandeza desta via de controle de constitucionalidade, *in verbis*:

Há uma subjetivação no sistema ou, se quiser, uma humanização, considerando-se mesmo que o Direito está posto não para atender aos problemas abstratamente colocados. O Direito está a serviço do indivíduo, do Homem, e o concreto é aquele que mais bem representa essa ideia.

Nesse controle, incidental, implica dizer que a (in) constitucionalidade não é o pedido imediato, mas, a questão prejudicial⁹⁸ ligada à causa de pedir. Assim, a posição adotada pelo julgador sobre esta questão norteará o julgamento do mérito da demanda.

O controle de constitucionalidade por esta via é concreto, ou seja, ocorre dentro de um caso concreto com suposta violação de direito posto na Constituição. Por pressupor a existência de pretensão resistida, diz-se que a via de exceção ou defesa é um processo subjetivo⁹⁹ e, em virtude disso, tradicionalmente, entende-se que seus efeitos atingem somente as partes ali envolvidas¹⁰⁰, retroativamente.

Qualquer ato normativo, federal, estadual, distrital ou municipal, pode ser questionado por essa via. Sendo assim, qualquer pessoa que se sinta lesada pode provocar o Poder Judiciário para que se pronuncie acerca da sua constitucionalidade. E mais, até mesmo de ofício o magistrado, ao analisar a causa,

todo e qualquer juiz, no direito brasileiro, tem o poder e o dever de negar aplicação à lei inconstitucional.” (p. 18).

⁹⁷ TAVARES, 2007, p. 315.

⁹⁸ CUNHA JUNIOR, 2009b, p. 305-306. No mesmo sentido: BOLZAN, 2007, p.130.

⁹⁹ CUNHA JUNIOR, 2009b, p. 306.

¹⁰⁰ Esse tema está intrinsecamente conectado ao cerne deste trabalho, uma vez que o resultado da admissão da repercussão geral em recurso extraordinário implicará em efeito *erga omnes*.

poderá declarar uma norma inconstitucional e afastar sua incidência no caso concreto¹⁰¹.

Importante repetir que este controle não admite a declaração da inconstitucionalidade de ato normativo como pedido imediato. O que se almeja, sempre, é a preservação do bem da vida atingido por norma eivada pelo vício da inconstitucionalidade¹⁰².

Essa modalidade de controle consagrou-se nos EUA¹⁰³, em 1803, quando foi levada à Suprema Corte daquele país a discussão de violação da Constituição em vista da aplicação de lei editada pelo Congresso, o “Judiciary Act” de 1801 alterador do “Judiciary Act” de 1789.

No caso, especificamente, William Marbury discute a determinação, pelo então novo Secretário de Estado, James Madison, nomeado pelo presidente eleito, Thomas Jefferson, de não concluir o processo de nomeação de “justices of the peace”¹⁰⁴ autorizado pelo Congresso durante o mandato do ex-presidente, John Adams, com base na mencionada nova lei.

¹⁰¹ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *O controle difuso de constitucionalidade das leis no ordenamento brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 73. Ainda, Dirley da Cunha Jr. anota que o STF tem sido refratário quanto à possibilidade de o juiz declarar, de ofício, a inconstitucionalidade de um ato normativo, em vista da ausência do prequestionamento que, como se verá adiante, é pré-requisito para o conhecimento dos recursos excepcionais, no caso, o extraordinário (CUNHA JUNIOR, 2009b, p. 308).

¹⁰² CUNHA JUNIOR, 2009b, p. 307.

¹⁰³ Ronaldo Poletti ensina que, nos EUA, apesar da consagração desta modalidade de controle ter se dado com o caso Marbury X Madison, outros casos debateram esse tema. POLETTI, Ronaldo. *Controle da constitucionalidade das leis*. São Paulo: Forense, 1985. p. 36 et seq.

¹⁰⁴ Como nos ensina o Min. Adhemar Ferreira Maciel, em nota de rodapé, “justice of the peace” não pode ser traduzido como juiz de paz e não há mais, naquele país, cargo com as mesmas atribuições. São, na atualidade, juízes que solucionam conflitos de menor repercussão. MACIEL, Adhemar Ferreira. O acaso, John Marshall e o controle de constitucionalidade. *Brasília*, ano 43, n. 172, p. 37-44, out./dez. 2006. Disponível em:

<<http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/93276/1/Maciel%20Adhemar.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2012. p. 43

Consigne-se que, apesar do processo de nomeação ter se iniciado no final do mandato do presidente derrotado não houve tempo hábil para entrega dos atos de investidura, “comissions”¹⁰⁵.

O Congresso, em apoio a Thomas Jefferson, edita novo “Judiciary Act” em 1802, anulando o de 1801, embasador das nomeações de John Adams e trazendo de volta as regras do de 1789.

Diante da negativa da nomeação, Marbury, através do “writ of mandamus”, busca, judicialmente, a realização de seu direito, qual seja, ser nomeado juiz.

A Suprema Corte, então presidida por John Marshall e baseada na obra *O Federalista*, entende que Marbury de fato tem direito a ser nomeado¹⁰⁶, mas, da mesma forma, vota pela impossibilidade de obrigar o Secretário de Estado a realizar tal ato¹⁰⁷.

O que é importante ressaltar, na verdade, não é o resultado do pedido de Marbury, mas a fundamentação da decisão. Os seis membros da Suprema Corte, em sintonia, firmaram-se n’O *Federalista* para proferir a decisão, conforme citado pelo Ministro aposentado do STJ Adhemar Ferreira Maciel¹⁰⁸:

Relativamente à competência das cortes para declarar nulos determinados atos do Legislativo, porque contrário à constituição, tem havido certa surpresa, partindo do falso pressuposto de que de tal prática implica em uma superioridade do Judiciário sobre o Legislativo. Argumenta-se que a autoridade que pode declarar nulos os atos de outra deve necessariamente ser superior a esta outra. Uma vez que tal doutrina é muito observada em todas as constituições americanas, convém uma breve análise de seus fundamentos.

Não há posição que se apoie em princípios mais claros que a de declarar nulo o ato de uma autoridade delegada, que não esteja afinada com as determinações de quem delegou essa autoridade. Consequentemente, não será válido qualquer ato legislativo contrário

¹⁰⁵ BARROSO, 2009, p. 3-4.

¹⁰⁶ Ibidem, p. 7.

¹⁰⁷ MACIEL, 2006, p. 40

¹⁰⁸ Ibidem, p. 39.

à Constituição. Negar tal evidência corresponde a afirmar que o representante é superior ao representado, que o escravo é mais graduado que o senhor, que os delegados do povo estão acima do próprio povo, que aqueles que agem em razão de delegações de poderes estão impossibilitados de fazer não apenas o que tais poderes não autorizam, mas sobretudo o que eles proíbem. (grifo nosso).

A Corte norte-americana, de fato, entendeu que a lei (Judiciary Act de 1789) que a determinava competente para julgar “writ of mandamus” era inconstitucional¹⁰⁹.

Luís Roberto Barroso¹¹⁰, em conclusão a esse período da História, assim se pronuncia:

Marbury v. Madison, portanto, foi a decisão que inaugurou o controle de constitucionalidade no constitucionalismo moderno, deixando assentado o princípio da supremacia da Constituição, da subordinação a ela de todos os poderes estatais e da competência do Judiciário com seu intérprete final, podendo invalidar os atos que lhe contravenham. Na medida em que se distanciou no tempo da conjuntura turbulenta em que foi proferida e das circunstâncias específicas do caso concreto, ganhou maior dimensão, passando a ser celebrada universalmente como o precedente que assentou a prevalência dos valores permanentes da Constituição sobre a vontade circunstancial das maiorias legislativas.

Vê-se que esse precedente norte-americano é paradigmático acerca do controle difuso de constitucionalidade e da supremacia da Constituição.

No Brasil, que até então experimentara o poder ilimitado realizado pelo Imperador, detentor do poder moderador¹¹¹, esse método de controle de

¹⁰⁹ BARROSO, 2009, p. 8.

¹¹⁰ Ibidem, p. 10.

¹¹¹ Marcelo Buliani Bolzan lembra que “[...] na época do Brasil colonial, sob a égide da Constituição do Império de 25 de março de 1824, não havia controle judicial de normas. O Brasil estava sob a forte influência de países da Europa, principalmente Inglaterra e França, que concebiam a lei como a ‘vontade geral’ e não admitiam a fiscalização de constitucionalidade de normas.” (BOLZAN, 2007, p. 130).

constitucionalidade encontrou eco e Rui Barbosa¹¹², entusiasta dos ideais norte-americanos e mentor da Constituição republicana de 1891, o inseriu no Texto¹¹³.

Antes da efetiva promulgação da Carta foi editado um texto provisório, o Decreto 510, em 22 de junho de 1890, no qual, dentre outras disposições, estabeleceu a atual denominação do Supremo Tribunal Federal¹¹⁴ e o incumbiu de interpretar a Constituição Federal.

Em outubro do mesmo ano, em acréscimo ao que fora disciplinado, editou-se o Decreto 848 que instituiu a Justiça Federal fixando-lhe, no artigo 3º deste texto, a atribuição de “[...] guarda e aplicação da Constituição e das leis nacionais a magistratura federal só intervirá em espécie e por provocação de parte.”

Atente-se que, antes mesmo da Constituição de 1891 o recurso extraordinário era instituído no país e com sua promulgação o texto provisório, Decreto 510, foi praticamente ratificado, consagrando-se, no país, o controle difuso de constitucionalidade.

Vale mencionar, ainda, a fim de reforçar a transformação pela qual passou o ordenamento jurídico, que em 1894 foi editada a lei 221 que em seu artigo 13, §10,

¹¹² A propósito, cf. MACIEL, 2006, p. 42 e CUNHA JUNIOR, 2009b, p. 305.

¹¹³ Digna de nota é a passagem assinalada pela historiadora Emilia Viotti da Costa que, ao dissertar sobre a Corte, relata episódio vivido no início da República no qual o então Presidente, Marechal Floriano Peixoto, ameaça os Ministros com a prisão caso concedessem *habeas corpus* em favor de militares, parlamentares, jornalistas, todos presos por sua determinação. A ordem, por óbvio foi negada. Esse processo demonstra que, no início da República federativa, nem todos estavam sintonizados com os pensamentos de Rui Barbosa, isto é, nem todos estavam certos de que o Poder Judiciário tinha competência para julgar a (in) constitucionalidade dos atos dos demais poderes, em especial do Poder Executivo. A autora relata que: “Rui procurava firmar a competência do Tribunal para decidir sobre a constitucionalidade dos atos do Poder Executivo. Mas a maioria dos ministros decidiu que o Poder Judiciário não tinha competência para apreciar o caso antes do Congresso, a quem cabia aprovar ou desaprovar o estado de sítio declarado pelo presidente.” COSTA, Emilia Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. Organização Albino Advogados Associados. São Paulo: IEJE, 2001. p. 23 et seq.

¹¹⁴ Antes disso, a Corte, em outros moldes, foi denominada de Casa de Suplicação do Brasil e, posteriormente, de Supremo Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfHistorico>>. Acesso em: 11 jun. 2012.

expressamente determinava aos juízes e tribunais a não aplicação de leis manifestamente inconstitucionais¹¹⁵.

Nessa esteira de evolução do controle de constitucionalidade das leis e atos do poder público, a Constituição de 1934 trouxe significativos avanços, ampliando as conquistas até então alcançadas.

Em seu artigo 113, item 33¹¹⁶, pela primeira vez, estabeleceu expressamente a figura do mandado de segurança como instrumento hábil para “[...] defesa do direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente *inconstitucional* ou ilegal de qualquer autoridade” (grifo nosso).

Foi neste Texto, no artigo 76¹¹⁷ que surge, também pela primeira vez, a explícita menção a competência da Corte Suprema para julgamento do recurso extraordinário em caso de ofensa à Constituição.

No capítulo das disposições gerais, artigo 179, a Carta estabeleceu a reserva de plenário¹¹⁸, autorizando os tribunais a declarar a inconstitucionalidade de leis desde que o quórum fosse de maioria absoluta de votos de todos seus membros¹¹⁹.

Ainda em sede de inovações, importantíssimo dizer que foi nesta Carta que o Senado Federal, dentre outras atribuições, passou a ter a competência de conferir

¹¹⁵ MARTINS, 2011, p. 505.

¹¹⁶ BRASIL. Constituição (1934). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm>. Acesso em: 25 maio 2011.

¹¹⁷ “Art 76 - A Corte Suprema compete: [...] III - em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instância: [...] b) quando se questionar sobre a vigência ou validade de lei federal em face da Constituição, e a decisão do Tribunal local negar aplicação à lei impugnada; c) quando se contestar a validade de lei ou ato dos Governos locais em face da Constituição, ou de lei federal, e a decisão do Tribunal local julgar válido o ato ou a lei impugnada; [...]”

¹¹⁸ Sobre o tema de origem da expressão “full bench” do direito anglo saxão, consultar Oscar Valente Cardoso (2011).

¹¹⁹ MARTINS, 2011, p. 505.

eficácia “erga omnes” à decisão “inter partes” proferida pela Corte conforme se lê da redação do artigo 91, alínea IV¹²⁰.

Em 1937, com Getúlio Vargas no poder, há um profundo retrocesso no que tange ao controle de constitucionalidade. A Carta, chamada polaca pela influência do Texto autoritário daquele país, foi outorgada à força pelo regime ditatorial e não privilegiou o controle.

Ao mesmo tempo em que autorizava constitucionalmente a interpretação de leis pela Corte, determinava, em seu artigo 96, parágrafo único, que se declarada inconstitucional uma lei, o Presidente da República, fundado no “bem estar do povo e no interesse da nação”, poderia submeter ao Parlamento o exame da lei. Caso fosse confirmada a sua constitucionalidade por dois terços de cada Casa, ficaria sem efeito a decisão do Supremo Tribunal Federal¹²¹.

O Parlamento nunca foi convocado e, assim, eventual controle de constitucionalidade ficava a cargo do Presidente da República, nos moldes do artigo 96, por meio do decreto-lei, instrumento utilizado em demasia por governos autoritários.

Além disso, ainda sobre retrocesso, o mandado de segurança perdeu *status* constitucional e o Código de Processo Civil editado dois anos após, 1939, vedou expressamente a apreciação judicial de atos do Presidente, Ministros, governadores e interventores.

Em 1945, com a queda do presidente Getúlio Vargas provocada por forças políticas e militares, inicia-se um processo de redemocratização no país e, no ano seguinte, nova Constituição é promulgada.

¹²⁰ “art. 91. Compete ao Senado Federal: [...] IV - suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário; [...]”

¹²¹ MARTINS, 2011, p. 506.

O sistema de controle judicial das leis é fortalecido e o conteúdo do artigo 96, parágrafo único da Carta de 1934 é definitivamente retirado do sistema.

O Supremo Tribunal Federal passa a ter, entre outras atribuições, a de julgar em última ou única instância o recurso extraordinário quando a decisão, de alguma forma, violar a Constituição Federal; e o Senado, no artigo 64, volta a ter a atribuição de suspender a “[...] execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”¹²².

Em 1º de abril de 1964, os militares, autointitulados revolucionários, dão golpe de Estado e destituem João Goulart da presidência da República. Em novembro de 1965, editam a emenda constitucional de nº 16 e introduzem no ordenamento a representação genérica, atual ação direta de inconstitucionalidade por ação, como forma de controle concentrado ou abstrato dos atos normativos federais e estaduais tendo como legitimado exclusivo o Procurador-Geral da República¹²³.

Ao final de 1966, em 12 de dezembro, o Congresso Nacional foi convocado extraordinariamente a se reunir para deliberar e votar o projeto encaminhado pelo governo militar para edição de novo Texto constitucional¹²⁴.

Em 24 de janeiro de 1967, em tempo recorde, os parlamentares aprovaram a nova Constituição nos exatos termos propostos podendo-se dizer, na verdade, que fora outorgada.

De certa forma, as regras atinentes ao controle de constitucionalidade, tanto difuso quanto concentrado, até então vigentes foram mantidas. Foi vedada a

¹²² BULOS, 2009, p. 126.

¹²³ Luís Roberto Barroso assevera que esta emenda constitucional foi inovadora, apesar do momento delicado e obscuro de nossa História (BARROSO, 2009, p. 63).

¹²⁴ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 430.

possibilidade, inserida pela EC 16, de os Estados instituírem a representação de inconstitucionalidade genérica das leis municipais em face de suas Constituições.

Mas eram anos de chumbo e as arbitrariedades inconstitucionais eram perpetradas a olhos nus fundadas numa Carta de legitimidade duvidosa¹²⁵.

Com os escândalos, as pressões e movimentos da população, a abertura do regime foi inevitável e em 1987 uma nova Assembleia Constituinte deu início aos trabalhos que culminaram na promulgação da atual Constituição, denominada cidadã pelo Deputado Ulysses Guimarães, então Presidente da Assembleia e da Câmara dos Deputados.

A atual Carta trouxe inúmeras inovações, mormente no que tange ao controle de constitucionalidade¹²⁶.

Quanto ao controle concreto da (in) constitucionalidade o ordenamento jurídico atual autoriza o uso de vários instrumentos, sendo possível mencionar a ação popular, mandado de segurança, ação civil pública, mandado de injunção e o recurso extraordinário¹²⁷.

Este último, por estar umbilicalmente ligado ao objeto de estudo, merece ser analisado em capítulo próprio a seguir.

¹²⁵ Para visualizar o ambiente despótico, conferir o relato de Emilia Viotti da Costa que destaca o pedido de renúncia do Min. Gonçalves de Oliveira em claro sentimento de solidariedade aos três outros, Evandro Lins, Hermes Lima e Vitor Nunes Leal, que foram aposentados compulsoriamente pelos militares, por meio do AI 06 que diminuiu o número de membros de 16 para 11 (COSTA, 2001, p. 179).

¹²⁶ O detalhamento do controle de constitucionalidade concentrado, pela via de ação, foi tratado no tópico anterior.

¹²⁷ PIMENTA, 2010, p. 122.

CAPÍTULO 2

DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

2.1 Considerações introdutórias

Recurso é espécie de remédio jurídico¹²⁸. É o meio de impugnação de decisão judicial muito bem definido pelo eminente processualista, José Carlos Barbosa Moreira¹²⁹:

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. Atente-se bem: dentro do mesmo *processo*, não necessariamente dos mesmos *autos*. (grifos do autor).

O recurso se funda no inconformismo e na falibilidade inerente ao ser humano. Esta, presente no julgador; aquele, no vencido.

No caso do recurso em exame, o extraordinário, é forçoso dizer que é meio de impugnação judicial que visa a reforma da decisão proferida em única ou última instância, mas, contudo, de fundamentação limitada, vinculada à comprovação da existência de matéria de direito a ser analisada.

Outrora, o recurso extraordinário se prestava a “[...] assegurar a inteireza positiva, a validade, a autoridade e a uniformidade de interpretação da Constituição e das leis federais [...]”¹³⁰, como salienta o professor carioca supra mencionado.

¹²⁸ SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 6. ed. atual. de acordo com as leis 11.672 e 11697, de 2008. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 5.

¹²⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil, vol. V: arts. 476 a 565*. 15. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 233.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 584.

A Constituição de 1988 bifurcou tal finalidade criando o Superior Tribunal de Justiça para o fim de uniformizar o ordenamento jurídico infraconstitucional através do recurso especial.

Dessa forma, na atualidade, o recorrente deve, ao se utilizar do recurso extraordinário, além de preencher os demais requisitos que abaixo serão examinados, evidenciar a suposta violação direta da Constituição Federal.

Repita-se: os recursos excepcionais, extraordinário e especial, não são hábeis a revolver matéria fática¹³¹, ficam adstritos, e isso é de suma importância, às matérias estabelecidas nas alíneas dos artigos 102, III e 105, III da CF¹³², respectivamente.

Cuidadosamente Rodolfo de Camargo Mancuso¹³³ condensa esse aspecto do recurso dito excepcional, importando a transcrição:

Um dos motivos por que se têm os recursos extraordinários e especial como pertencentes à classe dos excepcionais reside em que o espectro de sua cognição não é amplo, ilimitado, como nos recursos comuns (máxime a apelação), mas, ao invés, é restrito aos lindes da matéria jurídica. Assim, eles não se prestam para o reexame da matéria de fato, presumindo-se ter esta sido dirimida pelas instâncias ordinárias, quando procederam à subsunção do fato à norma de regência. Se ainda, nesse ponto fossem cabíveis o extraordinário e o especial, teríamos o STF e o STJ convertidos em novas instâncias ordinárias, e teríamos despojado aqueles recursos de sua característica de excepcionalidade, vocacionados que são à preservação do império do direito federal, constitucional ou comum. (grifo nosso).

Essa premissa, de fundamentação vinculada do recurso extraordinário, encontra arrimo no artigo 102, III da CF, *in verbis*:

¹³¹ Enunciado 279 da Súmula do STF: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.”

¹³² Nesse sentido cf. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil – vol. II*. 17. ed. atual. pelas Leis 11.672/2008 e 11.694/2008. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 115.

¹³³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e especial*. 10. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com as Leis 11.417 e 11418/2006 e a emenda regimental STF 21/2007. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 161-162.

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.

[...]

O paradigma, nos mesmos moldes do controle concentrado abstrato, é a violação ao texto constitucional com a diferença de que neste o objeto é a lei em tese enquanto que no recurso extraordinário há um caso concreto a ser solucionado pelo Poder Judiciário.

É preciso salientar que o recorrente deverá demonstrar que referida violação ocorre de forma direta ao Texto bem como a existência dos pressupostos, abaixo examinados de forma pormenorizada.

São eles: esgotamento das vias recursais, tempestividade, preparo, regularidade formal, inexistência de fato impeditivo ou extintivo do direito de recorrer, prequestionamento e repercussão geral.

2.2 Pressupostos ou requisitos de admissibilidade

2.2.1 Esgotamento das vias recursais

Trata-se de regra insculpida na Constituição Federal, *in verbis*:

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: [...] (grifo nosso).

Da leitura do dispositivo acima colacionado, nota-se que o recorrente deverá demonstrar, em sua peça, que o recurso apresentado ataca decisão proferida por órgão julgador de instância inferior e que, inconformado, socorre-se do Supremo Tribunal Federal.

Dessa forma, fica claro que o ordenamento jurídico brasileiro não admite o recurso extraordinário “per saltum”. Nesse sentido se dá o entendimento do STF expressado pela ementa do acórdão proferido no RE 638.224 AgR/SP¹³⁴ de relatoria do Min. Celso de Mello em 07 de junho de 2011:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO – JUSTIÇA DO TRABALHO – CAUSA DE ALÇADA (LEI Nº 5.584/70, ART. 2º, § 4º) – AUSÊNCIA DE ESGOTAMENTO DAS VIAS RECURSAIS ORDINÁRIAS – DESCABIMENTO DO APELO EXTREMO – SÚMULA 281/STF – DIRETRIZ JURISPRUDENCIAL FIRMADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – RECURSO IMPROVIDO.- O prévio esgotamento das instâncias recursais ordinárias constitui pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário. Súmula 281/STF.- No âmbito do processo trabalhista, somente decisões emanadas do Tribunal Superior do Trabalho revelam-se passíveis de impugnação mediante recurso extraordinário. Mesmo que haja discussão de matéria constitucional em sede de dissídios individuais, e ainda que se trate de causa de alçada (Lei nº 5.584/70, art. 2º, § 4º), não se mostra lícito interpor recurso extraordinário “per saltum”, incumbindo, a quem recorre, exaurir, previamente, perante os órgãos competentes da Justiça do Trabalho, as vias recursais definidas pela legislação processual trabalhista, sob pena de a inobservância desse pressuposto recursal específico tornar insuscetível de conhecimento o apelo extremo deduzido. Precedentes (STF). (grifo nosso).

Araken de Assis¹³⁵, com a sabedoria que lhe é peculiar, esclarece que:

¹³⁴ Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=638224&classe=RE-AgR&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 14 maio 2012.

¹³⁵ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007. p. 680.

[...] é indispensável, em qualquer caso, que o pronunciamento do juiz singular ou do tribunal seja 'final'. Significa que o provimento há de se mostrar imune a outro recurso na instância ordinária, exceção feita ao próprio extraordinário ou aos embargos de declaração.

O autor acima referido ressalta a importância de o recorrente verificar se há possibilidade, antes de alcançar o Supremo Tribunal, de outro órgão julgador analisar seu pedido recursal. Ou, ainda, da impossibilidade de outro órgão fazê-lo como no caso dos Juizados Especiais em que é vedado aos Tribunais de Justiça, e aos Regionais Federais e ao Superior Tribunal de Justiça analisar suas decisões. Após o julgamento pela Turma Recursal do chamado recurso inominado, restará à parte vencida tão somente a via do extraordinário, caso, por óbvio, demonstre a ocorrência de violação à Constituição Federal.

Esse pressuposto para interposição do recurso extraordinário está na ordem constitucional desde a Proclamação da República com a edição do Decreto 510, em 22 de junho de 1890¹³⁶.

Por fim, consigne-se que esse requisito é tema consolidado, sendo objeto de enunciado sumular da Corte, 281, nos seguintes termos: “é inadmissível o recurso extraordinário, quando couber, na Justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada.”

¹³⁶ “Art. 58. Ao Supremo Tribunal Federal compete: [...] II. Julgar, em grau de recurso, as questões resolvidas pelos juizes e tribunaes federaes, assim como as de que trata o presente artigo, § 1º, e o art. 60; [...]”. BRASIL. Decreto n. 510, de 22 de junho de 1890. Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=510&tipo_norma=DEC&data=18900622&link=s>. Acesso em: 25 maio 2011. Vale assinalar que esse Decreto tratou da “Constituição dos Estados Unidos do Brazil”, conforme expressa previsão. A Constituição de 1891, promulgada em 24 de fevereiro daquele ano, apenas ratificou os termos do mencionado Decreto. Há vários pontos de destaque deste Texto, mas, para o tema aqui versado, vale ressaltar que foi a partir da República que o controle de constitucionalidade se firmou no Brasil. A Constituição imperial zelava em demasia pela separação dos poderes sendo marcada pela formação de um Estado legiscêntrico, isto é, que valoriza a atuação do Poder Legislativo e não autoriza a correção de normas pelo Poder Judiciário.

2.2.2 Tempestividade

O pressuposto da tempestividade liga-se ao respeito ao prazo para interposição de quaisquer recursos conforme previsão legal. É, na verdade, um requisito genérico da prática de atos processuais e, dessa feita, atinge todos os recursos.

A não apresentação do recurso dentro do período estabelecido em lei acarreta a preclusão e, assim, a sua inadmissibilidade.

O prazo para interposição do recurso extraordinário é de 15 (quinze) dias a contar da data da intimação da decisão nos termos dos artigos 506 e 508 do Código de Processo Civil.

Ainda quanto ao tema é preciso se atentar às regras estabelecidas no Título V do CPC, em especial o Capítulo III que trata dos prazos.

Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha¹³⁷ tratam de alguns temas polêmicos atinentes à tempestividade merecendo a menção de suas observações.

Em primeiro lugar, vale tratar do recurso prematuro, tema de construção jurisprudencial acerca da (in) tempestividade. O STF tem considerado intempestivo por prematuridade o recurso interposto antes da publicação da intimação¹³⁸.

A tese do recurso prematuro se escora, fundamentalmente, em dois aspectos: (i) o recurso deve ser interposto *dentro* do prazo previsto em lei; (ii) a decisão recorrida e assim o recurso não existe sem a sua publicação.

¹³⁷ DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil – meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. Salvador: Edições Juspodium, 2007. p. 50-55.

¹³⁸ Como exemplo, entre outros, AI 716630 AgR/SP, Rel. Min. Ayres Britto, 2ª T., j. 06.09.2011.

No entanto, ambos são refutáveis, pois intempestividade só ocorre se o recurso for interposto *após* a decorrência do prazo. Para Araken de Assis, o “ato decisório existe desde a respectiva emissão” e surte efeitos até mesmo sem que seja dada ciência à parte contrária como nos casos de concessão de medidas liminares¹³⁹.

Mesmo sendo frágil, tal teoria prevalece na Suprema Corte e, assim, para interposição do recurso extraordinário o recorrente deve, obrigatoriamente, respeitar a data da publicação da intimação do acórdão.

Ainda sob o amparo da obra de Fredie Didier e José Leonardo da Cunha Carneiro, importa mencionar o enunciado 641 da Súmula do STF que estabelece que “não se conta em dobro o prazo para recorrer, quando só um dos litisconsortes haja sucumbido.” A Suprema Corte, ao firmar referido posicionamento, aderiu à interpretação restritiva do artigo 191 do CPC e os litisconsortes devem se atentar ao conteúdo da decisão recorrida no momento da contagem do prazo.

Caso um dos litisconsortes seja favorecido pela decisão não terá, dessa feita, interesse recursal e o outro litisconsorte, se prejudicado pela decisão e com pretensão recursal, não mais terá a contagem do prazo em dobro prevista no artigo 191 do CPC.

Diante disso, cabe ao recorrente observar, rigorosamente, os prazos estabelecidos em lei bem como a data da publicação da intimação do teor da decisão.

¹³⁹ ASSIS, 2007, p. 179-180.

2.2.3 Preparo

O preparo é o pagamento das despesas com o processo, incluindo as custas de porte de remessa e retorno, e o momento do cumprimento deste ônus é na interposição do recurso. O não recolhimento do valor gera a deserção.

Essa regra é expressa no *caput* do artigo 511 do CPC. No entanto, o §2º deste mesmo dispositivo autoriza o julgador a intimar a parte a complementar o valor do preparo, caso tenha interposto recurso e recolhido o valor a menor.

Araken de Assis¹⁴⁰ discorda da disposição legislativa e assevera que “[...] não parece razoável considerar a ausência de preparo nulidade sanável e, assim, aplicar à espécie o art. 515, §4º. Ocorreu preclusão e a parte adversa tem o direito de vê-la reconhecida.”

É possível dizer que essa perspectiva se apega em demasia à forma dos atos processuais em detrimento da busca pela verdade e pela justiça.

Note-se que, de acordo com o artigo 519 do CPC, o juiz está autorizado a relevar a pena de deserção caso o recorrente demonstre justo impedimento para o recolhimento das custas. Resta evidente que a lei deixa a critério do julgador a análise do motivo pelo qual a parte não cumpriu seu dever processual e se é possível perdoá-lo¹⁴¹, admitindo o recolhimento *a posteriori*.

De qualquer maneira, o STF tem se pronunciado refratário à admissão de complementação do preparo¹⁴² e, portanto, no caso do recurso extraordinário, o

¹⁴⁰ ASSIS, 2007, p. 203.

¹⁴¹ “Releva a deserção significa perdoar, dispensar. Tanto pode ser relevada a deserção depois de declarada por sentença, como antes, se o juiz, tomando conhecimento da arguição levantada, a julga incabível.” STF, 1ª Turma, RE 29.815, Min. Mário Guimarães, j. 24.11.1955. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2829815%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 26 maio 2012.

¹⁴² STF, 1ª T., AI 241836 AgR/SP, rel. Min. Marco Aurélio, v.u., j. 08.02.2011.

preparo deve ser recolhido, *in totum*, no momento da interposição, sob pena de ser declarada a deserção¹⁴³.

2.2.4 Regularidade formal

O princípio da dialeticidade ou discursividade governa esse pressuposto recursal¹⁴⁴. Para atender a este princípio o recorrente deve, em síntese, discriminar as razões de fato e de direito que fundam seu inconformismo.

Além disso, o recorrente está obrigado a, por meio de petição escrita, identificar as partes da demanda e o pedido de reforma ou invalidação da decisão conforme expressa previsão do artigo 541^{145, 146} do CPC.

O sistema, a par destas exigências, admite a interposição de recurso na forma oral no agravo retido durante a audiência de instrução, debates e julgamento nos moldes do artigo 523, §3º do CPC e nos embargos declaratórios, previstos no artigo 49 da Lei 9099/95.

A regularidade formal é um pressuposto recursal bastante caro ao Supremo Tribunal sendo temas de enunciados¹⁴⁷ de sua Súmula bem como de seu regimento interno¹⁴⁸.

¹⁴³ STF, 1ª Turma, AI 804128 AgR/RS, Min. Luiz Fux, j. 13.12.2011

¹⁴⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. p. 599 e 634.

¹⁴⁵ "Art. 541. O recurso extraordinário e o recurso especial, nos casos previstos na Constituição Federal, serão interpostos perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido, em petições distintas, que conterão: I - a exposição do fato e do direito; II - a demonstração do cabimento do recurso interposto; III - as razões do pedido de reforma da decisão recorrida. Parágrafo único. Quando o recurso fundar-se em dissídio jurisprudencial, o recorrente fará a prova da divergência mediante certidão, cópia autenticada ou pela citação do repositório de jurisprudência, oficial ou credenciado, inclusive em mídia eletrônica, em que tiver sido publicada a decisão divergente, ou ainda pela reprodução de julgado disponível na Internet, com indicação da respectiva fonte, mencionando, em qualquer caso, as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados."

¹⁴⁶ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 314-315.

Luis Guilherme Marinoni¹⁴⁹, quanto a este pressuposto, assevera que:

O exercício do direito de recorrer submete-se aos ditames legais para a interposição e tramitação do recurso. Não obstante possa o interessado ter direito de recorrer, o recurso somente será admissível se o procedimento utilizado pautar-se estritamente pelos critérios descritos em lei. Assim, por exemplo, os recursos devem ser interpostos por escrito, a interposição do agravo exige a instrução da peça inicial com certos documentos, exigidos em lei (art. 525 do CPC), etc.

Na interposição do recurso extraordinário, portanto, o recorrente deve se atentar a tais peculiaridades com bastante acuidade.

2.2.5 Inexistência de fato impeditivo ou extintivo do direito de recorrer

A inexistência de fato impeditivo ou extintivo do direito de recorrer se traduz pela vedação da prática de atos, pelo recorrente, incompatíveis a seu inconformismo e conseqüente pretensão de modificar a decisão atacada¹⁵⁰.

Mas quais seriam esses fatores que impediriam o acesso ao Tribunal Superior?

¹⁴⁷ STF, 287: “Nega-se provimento ao agravo, quando a deficiência na sua fundamentação, ou na do recurso extraordinário, não permitir a exata compreensão da controvérsia”. E STF, 288: “Nega-se provimento a agravo para subida de recurso extraordinário, quando faltar no traslado o despacho agravado, a decisão recorrida, a petição de recurso extraordinário ou qualquer peça essencial à compreensão da controvérsia”.

¹⁴⁸ Art. 317. Ressalvadas as exceções previstas neste Regimento, caberá agravo regimental, no prazo de cinco dias de decisão do Presidente do Tribunal, de Presidente de Turma ou do Relator, que causar prejuízo ao direito da parte. § 1º A petição conterà, sob pena de rejeição liminar, as razões do pedido de reforma da decisão agravada.”

¹⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 517.

¹⁵⁰ Nesse sentido cf. CÂMARA, 2009, p. 69-70.

Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha¹⁵¹ apontam a desistência, a renúncia ao direito e o reconhecimento jurídico do pedido como causas para não conhecimento do recurso.

Araken de Assis¹⁵² classifica a renúncia e o reconhecimento jurídico do pedido como fatos extintivos e a desistência como fato impeditivo.

As condutas mencionadas pelos autores não se coadunam com o interesse recursal uma vez que, apresentada a desistência do recurso, não há que se falar em inconformismo. Da mesma forma, tendo sido reconhecido o direito no qual se funda o pedido da parte adversa ou apresentado a renúncia ao direito de recorrer, não se pode compreender que a parte se mantém inconformada com a decisão que lhe é desfavorável.

Esse pressuposto, em verdade, é aferido no momento do julgamento, pois, a parte pode cometer tal desatino e caberá ao julgador não conhecer de recursos nessas condições.

2.2.6 Prequestionamento

“Quem tem medo do prequestionamento?”¹⁵³ – esse é o título de artigo publicado por Cássio Scarpinella Bueno sobre este tema dado o tamanho da celeuma ao redor dele.

Com excelência, o autor faz um passeio sobre a maneira pela qual os Tribunais Superiores o tratam e reproduz trecho do trabalho desenvolvido por

¹⁵¹ DIDIER JR; CUNHA, 2007, p. 50.

¹⁵² ASSIS, 2007, p. 165.

¹⁵³ BUENO, Cássio Scarpinella. Quem tem medo do prequestionamento? [2003]. Disponível em: <<http://www.scarpinellabueno.com.br/Textos/Prequestionamento%20e%20RE.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2012.

Eduardo Ribeiro de Oliveira que, em virtude da clareza com que resume a polêmica, vale transcrevê-lo:

Dificuldade que se coloca, quando se trata do prequestionamento como condição para viabilizar os recursos extraordinário e especial, além da própria grafia, está no sentido em que empregada a expressão. É utilizada na doutrina e mesmo na jurisprudência traduzindo a necessidade de que a matéria tenha sido suscitada antes do julgamento recorrido. Para outros, entretanto, considera-se presente quando a questão, não apenas é objeto de arguição pela parte, mas decidida pelo acórdão a ser impugnado. Por fim, uma terceira corrente estima que a exigência prende-se tão só a essa última hipótese, ou seja, haver decisão, ainda que não se tenha verificado anterior debate.

Vê-se que, há dissenso sobre a adequada conceituação do tema sendo que esse desencontro está instalado até mesmo nos Tribunais Superiores como se vê dos enunciados aplicáveis ao assunto, STJ 282 e 211, respectivamente: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada” e “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal a quo”. O STF, sobre o tema, editou o enunciado 356 com o seguinte teor: “O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento”.

Essa disparidade de perspectiva, na verdade, é perniciosa para o sistema em especial para o jurisdicionado. Trilha-se num labirinto: como saber o exato caminho ao STF? Afinal, onde reside o fundamento para tal exigência?

Deixando de lado o que atine ao recurso especial e, nesta oportunidade, fazendo brevíssimo retrocesso histórico sobre recurso extraordinário, caminhar-se-á para a resposta.

Conforme nos ensina José Miguel Garcia Medina¹⁵⁴, a Constituição do Império autorizava a revisão de causas pela maneira que a lei determinar. Existia, na verdade, o recurso de revista, com roupagem diversa do recurso extraordinário.

Na Constituição de 1891, extinguiu-se o recurso de revista, mas diante da necessidade de um instrumento hábil a uniformizar o direito federal e em vista da clara influência norte-americana na elaboração deste Texto já tratado em tópico anterior, inseriu-se recurso similar ao *writ of error*¹⁵⁵.

A alteração de perspectiva quanto ao recurso e sua função não foram criticadas pelos operadores do Direito em vista da ampla competência legislativa da União. Se assim não fosse, cada Tribunal estadual estaria autorizado a imprimir seu entendimento às leis federais.

A Emenda Constitucional de 1926 ampliou as possibilidades de cabimento deste recurso, admitindo-o no caso de divergência entre posicionamentos dos Tribunais.

As Constituições de 1934 e 1937 o mantiveram no mesmo molde, qual seja, a necessidade de existência de *questionamento* da lei federal nas instâncias inferiores.

No entanto, a partir da Constituição de 1946, inclusive na atual, a expressão *questionamento* foi retirada do Texto e, assim, a sua constitucionalidade foi colocada em xeque¹⁵⁶.

¹⁵⁴ MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial – e outras questões relativas a sua admissibilidade e ao seu processamento*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2002. p. 114 et seq.

¹⁵⁵ Na verdade, o instituto nasceu do direito anglo saxão, tendo sido repassado ao conglomerado de colônias, ao qual os EUA pertenceu. Araken de Assis nos ensina, que o *writ of error* tem como base o *Judiciary Act* de 1789 e viabiliza a garantia da supremacia da Constituição e a uniformização das decisões que envolvem leis federais (ASSIS, 2007, p. 670-671).

¹⁵⁶ José Miguel Garcia Medina, apoiado na lição de José Afonso da Silva, assevera que, a partir da Constituição de 1946 o prequestionamento permanece afinado ao sistema constitucional, mas deixa de ser imprescindível (MEDINA, 2002, p. 293, 305).

Cássio Scarpinella Bueno¹⁵⁷, em seu artigo acima mencionado, afirma categoricamente que há previsão constitucional, em que pese não ser expressa no texto. O autor, para fundamentar tal assertiva, assim se pronuncia:

À luz do texto constitucional, em específico, dos arts. 102, III e 105, III, tenho cada vez menos dúvidas de que, para o acesso ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça, a matéria (a causa) deve estar devida e exaurientemente *decidida* pelas instâncias locais. Se não for *decidida* — mesmo que pudesse ter sido —, não há como alcançar aquelas duas Cortes Superiores para tratar de tema que o órgão *a quo* não decidiu. [...] Recorre-se do conteúdo *positivo* da decisão, assim compreendida o acolhimento ou a rejeição dos fundamentos, das alegações e das teses trazidas pelas partes desde a propositura da ação, fossem para demarcar ou para individuar a causa de pedir da ação. O que não se decidiu não pode ser objeto de recurso justamente pela mitigação (ou restrição) do *efeito devolutivo* dos recursos extraordinário e especial, limitados pela cláusula constitucional da *causa decidida*. Trata-se, a doutrina reconhece à unanimidade, de recurso de *fundamentação vinculada*. (grifos do autor).

Considerando, portanto, a disposição do inciso III do artigo 102 da CF¹⁵⁸, a constitucionalidade do instituto é patente.

Dessa feita, insta trazer classificação adotada pela doutrina e pela jurisprudência.

A doutrina classifica o prequestionamento em: (i) prequestionamento explícito ou numérico; (ii) prequestionamento implícito; e (iii) prequestionamento ficto.

O prequestionamento explícito¹⁵⁹ é aquele que exige a expressa menção, no julgado, do dispositivo considerado violado e, por isso, é também denominado de prequestionamento numérico. Esse conceito é o que mais afasta o jurisdicionado

¹⁵⁷ BUENO, [2003], p. 19.

¹⁵⁸ “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: [...]”

¹⁵⁹ PROBST, 2011, p. 95-96.

do Poder Judiciário e, portanto, deveria ser sumariamente afastado pelas Cortes Superiores.

O prequestionamento implícito¹⁶⁰ exige que a matéria tenha sido discutida nas instâncias ordinárias, mas dispensa a expressa menção ao dispositivo supostamente violado.

Araken de Assis¹⁶¹ adota esse entendimento e assevera, com primazia, que “[...] prequestionamento constitui o próprio conteúdo do pronunciamento judicial. É a afloração (palavra expressiva e adequada ao caso) dos tipos constitucionais contemplados no artigo 102, III da CF/1988.” E, adiante, o autor conclui: “[...] individualizada a questão constitucional, e, portanto, ocorrendo prequestionamento claro e inequívoco, representará demasiada a exigência da explícita indicação do dispositivo constitucional no provimento.”

Há, por fim, o prequestionamento ficto que exige do recorrente, na ausência de enfrentamento da questão pelo Tribunal *a quo*, que oponha embargos declaratórios para o fim de suprir a omissão.

No STF, há julgados que acolhem esse conceito de prequestionamento, mas, para o STJ, no entanto, caso a omissão se mantenha com a oposição dos embargos declaratórios, o recorrente deverá interpor recurso especial sob o fundamento de violação de lei federal, artigo 535 do CPC, para, então, ter viabilizada a possibilidade de alcançar os Tribunais Superiores quanto o cerne da decisão recorrida¹⁶².

Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha¹⁶³, sobre o tema, anunciam que:

¹⁶⁰ O STJ, atualmente, adota esse posicionamento cf. AgR no AREsp 140.937/CE, 2ª T., rel. Min. Humberto Martins, v.u., j. 24.04.2012.

¹⁶¹ ASSIS, 2007, p. 687.

¹⁶² MARINONI; ARENHART, 2005, p. 557.

¹⁶³ DIDIER JR.; CUNHA, 2007, p. 226.

Essa postura do STF é a mais correta, pois não submete o cidadão ao talante do tribunal recorrido, que, com a sua recalcitrância no suprimento da omissão, simplesmente retiraria do recorrente o direito a se valer das vias extraordinárias. Inicialmente, a concepção do STJ é sedutora; impõe-se, contudo perfilar a do STF, que se posiciona a favor do julgamento do mérito do recurso extraordinário, a fim de que o recurso cumpra o seu objetivo – e, encarando o problema do juízo de admissibilidade como uma questão de validade do procedimento, qualquer postura no sentido de impedir ou dificultar a aplicação da sanção da inadmissibilidade deve receber a pronta adesão do operador do direito.

Ainda quanto ao tema e apesar das vozes que afirmam que o prequestionamento é condição de admissibilidade dos recursos ditos excepcionais, importa dizer que José Miguel Garcia Medina¹⁶⁴, em sua obra já citada, rechaça essa ideia. O autor sustenta que é “[...] mera decorrência do princípio dispositivo e do efeito devolutivo, analisados *retro*, em relação ao recurso que provoca a manifestação do Tribunal *a quo*, acerca da questão federal ou constitucional.”

Por não ser o tema do trabalho, o prequestionamento foi tratado de forma breve.

No entanto, consigna-se a sua importância e em respeito ao acesso à justiça, urge a fixação de contornos mais precisos bem como de unicidade no entendimento entre os Tribunais Superiores¹⁶⁵.

2.2.7 Repercussão geral

Como já afirmado acima, o Superior Tribunal de Justiça foi criado com a Constituição Federal de 1988 a fim de tirar a sobrecarga do Supremo Tribunal

¹⁶⁴ MEDINA, 2002, p. 310.

¹⁶⁵ Vale assinalar o destaque que Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha deram ao acórdão paradigma proferido pela Min. Ellen Gracie no AI 375011 AgR/RS, j. 05.10.2004, no qual houve a flexibilização quanto à exigência do prequestionamento. Apesar da ausência, o recurso foi conhecido por versar matéria que fora anteriormente objeto de análise pelo Pleno do STF (DIDIER JR; CUNHA, 2007, p. 225).

Federal. Entendeu-se por bem colocar em prática a ideia, inicialmente defendida pelo professor José Afonso da Silva, no sentido de que a competência dos Tribunais Superiores deveria ser dividida, sendo um responsável pela uniformização da legislação federal e outro pela defesa estrita da Constituição¹⁶⁶.

Em que pese tal alteração estrutural no Poder Judiciário brasileiro, a Suprema Corte não se viu livre do excesso de trabalho nem disponível para julgar e uniformizar as questões mais caras ao país¹⁶⁷.

Com o aumento da demanda no Supremo Tribunal Federal¹⁶⁸, editou-se a Emenda Constitucional 45 de 08 de dezembro de 2004 que, dentre outras alterações significativas no ordenamento jurídico brasileiro, acrescentou o §3º ao artigo 102 nos seguintes termos:

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

[...]

§ 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.

De sua leitura observa-se que, além dos requisitos anteriormente examinados, o legislador passou a exigir do recorrente, caso almeje alcançar o Supremo Tribunal Federal, a demonstração de que a questão discutida nos autos tenha repercussão geral.

¹⁶⁶ MEDINA, 2002, p. 126.

¹⁶⁷ PROBST, 2011, p. 86.

¹⁶⁸ Acerca do excesso de trabalho nos Tribunais Superiores insta destacar que em 2001 foi editada a Medida Provisória 2226 que introduziu na CLT o artigo 896-A. Esse dispositivo exige a comprovação da transcendência da matéria discutida, nos mesmos moldes da repercussão geral, oriunda de reflexos de natureza econômica, política, social ou jurídica. No entanto, o Conselho Federal da OAB por entender inconstitucional tal requisito, ajuizou ADI, autuada sob nº 2527-9, na qual foi concedida liminar para suspender essa disposição. A ADI encontra-se pendente de julgamento. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1970076>>. Acesso em: 10 jul. 2012.

Por certo, esse pressuposto, de *status* constitucional, tem caráter de filtro, visando selecionar os recursos que serão apreciados pela Suprema Corte.

O que é, no entanto, esse instituto? Teresa Arruda Alvim Wambier¹⁶⁹, com sabedoria, destaca que:

A expressão repercussão geral é, segundo tem entendido parte ponderável da doutrina, vaga ou indeterminada. É um signo linguístico, cujo referencial semântico não se enxerga com nitidez. O objeto a que se refere essa expressão – *repercussão geral* – não é facilmente identificável no mundo empírico. (grifo do autor).

A autora salienta, no entanto, que a indeterminação¹⁷⁰ do conceito apesar de arriscada, é salutar ao sistema, denominando-a de “pedra de toque das cláusulas gerais”¹⁷¹. Adiante¹⁷² traça um caminho para a conceituação que vale a pena transcrever:

Pode-se pensar que uma questão seja relevante do ponto de vista estritamente jurídico, quando está em jogo um conceito de um instituto básico do direito, como por exemplo. O direito adquirido; haverá relevância social, apta a ensejar o julgamento do recurso extraordinário, quando se tratar, por exemplo, de ações que versem sobre moradia, escola, e mesmo sobre a legitimidade do Ministério Público para intentar tais ações; relevância econômica haverá, numa ação em que se discuta sobre a privatização de serviços públicos essenciais; e relevância política se encontrará, quando a causa, em que tenha nascido a pretensão recursal extraordinária, deva gerar uma decisão capaz de repercutir em relações internacionais.

¹⁶⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Repercussão geral. *Revista do IASP*, São Paulo, ano 10, n. 19, p. 368-371, jan./jun. 2007. p. 369.

¹⁷⁰ André Ramos Tavares (2007, p. 322) também acentua o caráter indeterminado do instituto. Sobre o tema, Gilson Delgado Miranda e Patrícia Miranda Pizzol lembram que “[...] preenchimento de conceito legal indeterminado não se confunde com discricionariedade judicial, pois o juiz não tem vários caminhos possíveis quando da interpretação e aplicação da norma em concreto.” MIRANDA, Gilson Delgado; PIZZOL, Patrícia Miranda. *Recursos no processo civil*. 6. ed. atualizada com as lei 11417/2006, 11418/2006 e 11672/2008. São Paulo: Atlas, 2009. p. 158.

¹⁷¹ WAMBIER, 2007, p. 369.

¹⁷² *Ibidem*, p. 370.

Lívia Troglio Stumpf¹⁷³, escorada em Marinoni e Mitidiero, afirma que os elementos identificadores da repercussão geral, econômico, político, social ou jurídico, “respondem a matérias que na própria Constituição mereceram destaque, coincidentemente sob a forma de títulos nos quais a Carta Política se subdivide.” A autora assevera, ainda, que tais elementos devem ser acompanhados “pela transcendência da controvérsia”.

Alexandre Freitas Câmara¹⁷⁴, que aplaude a inserção do instituto no ordenamento jurídico, ressalta que a repercussão geral da questão constitucional “[...] deve transcender das partes e provocar reflexos nos destinos da coletividade.”

É preciso observar que o legislador infraconstitucional, ao inserir o artigo 543-A, §3º no diploma processual pela Lei 11.418/2006, conferiu um norte ao aplicador do Direito ao prever que a repercussão geral sempre estará presente caso o recurso impugne decisão “contrária à súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal”¹⁷⁵.

No entanto, a real delimitação do conceito do instituto em exame ficará a cargo dos membros do órgão julgador apoiados nos trabalhos desenvolvidos pela doutrina nacional e estrangeira¹⁷⁶ e respeitados, sempre, os aspectos concretos em que a questão constitucional é ventilada¹⁷⁷.

Neste ponto, o desenvolvimento do trabalho merece um aparte.

¹⁷³ STUMPF, Lívia Troglio. Efeitos amplificados às decisões no controle concreto de constitucionalidade: o novo papel do Supremo Tribunal Federal na guarda da Constituição. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, p. 105-138, jun. 2011. p. 127.

¹⁷⁴ Nesse sentido cf. CÂMARA, 2009, p. 124.

¹⁷⁵ Nos termos do artigo 323, §2º do RISTF, há *presunção* de existência de repercussão geral nos casos de violação de súmula ou jurisprudência dominante.

¹⁷⁶ Em consulta ao site do STF encontra-se o seguinte conceito: “[...] O objetivo desta ferramenta é possibilitar que o Supremo Tribunal Federal selecione os Recursos Extraordinários que irá analisar, de acordo com critérios de relevância jurídica, política, social ou econômica. O uso desse filtro recursal resulta numa diminuição do número de processos encaminhados à Suprema Corte. Uma vez constatada a existência de repercussão geral, o STF analisa o mérito da questão e a decisão proveniente dessa análise será aplicada posteriormente pelas instâncias inferiores, em casos idênticos. [...]” Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=R&id=451>>. Acesso em: 17 jun. 2012.

¹⁷⁷ MARINONI; ARENHART, 2005, p. 558.

Há quem afirme que a repercussão geral é a famigerada arguição de relevância¹⁷⁸, extirpada do ordenamento jurídico quando da redemocratização do país.

A Emenda à Constituição de 1967, de número 07 de 1977, alterou o artigo 119 e passou a autorizar o Supremo Tribunal Federal a, por meio de seu regimento interno, estabelecer “[...] o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal e da arguição de relevância da questão federal.”

A Emenda dava ares de legalidade e legitimidade a um instituto que fora, em sua forma, recheado de arbitrariedades. Para fundamentar tal assertiva é possível lembrar que havia exigência de petição em apartado para demonstrá-la bem como seu julgamento era realizado em sessão secreta.

Calmon de Passos¹⁷⁹, à época, criticou veementemente a arguição de relevância afirmando que “[...] a dose de arbítrio, por conseguinte, foi excessiva, máxime se considerarmos que o Supremo será [ja] o único juiz de seus próprios atos.”

De fato, conforme Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero¹⁸⁰, os institutos não são idênticos, até porque, na atualidade, seria indefensável o sigilo nos julgamentos e o estabelecimento dos moldes de um requisito que obste o alcance da Corte máxima de um país por meio de regimento interno, como era a arguição de relevância.

Como salientado no início deste tópico, a repercussão geral é instituto de conceito fluido e nas mãos de juristas menos cômicos poderá servir como instrumento arbitrário. Contudo, deve-se consignar que desde a promulgação da

¹⁷⁸ MIRANDA; PIZZOL, 2009, p. 158, 160.

¹⁷⁹ PASSOS, José Joaquim Calmon de . Da arguição de relevância no recurso extraordinário. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 73, v. 259, p. 11-22, jul./ago. 1973. p. 13

¹⁸⁰ MARINONI; MITIDIERO, 2008a, p. 30.

atual Constituição Federal, apesar dos percalços políticos atravessados, o país tem lutado pela sedimentação dos valores democráticos e, por isso, é preciso crer que o instituto objeto de estudo serve, e sempre servirá, para este objetivo.

Apesar disso, as diferenças entre os institutos se limitam ao aspecto formal. A questão de fundo permanece intacta, isto é, ambos os institutos foram criados para desafogar os trabalhos do Supremo Tribunal Federal e à repercussão geral foi dada veste constitucional, sendo introduzida por meio de emenda constitucional e regulamentada, antes por lei ordinária e, a partir disso, elaborado o regimento interno.

Os princípios constitucionais da publicidade e da fundamentação das decisões judiciais, exigindo sessões públicas, mesmo que virtuais (art. 323, RISTF), foram observados.

Diante disso, a assertiva de que são institutos diversos¹⁸¹ fica enfraquecida.

Como já anotado, a lei 11.418 de 19 de dezembro de 2006 trouxe o procedimento a ser adotado e em 30 de abril de 2007 o regimento interno do STF foi alterado para sintonizá-lo aos novos ditames constitucionais¹⁸².

Em harmonia à Constituição Federal, o artigo 543-A, §2º do CPC determina que o recorrente demonstre, em preliminar da peça recursal¹⁸³, a existência da repercussão geral da questão debatida.

¹⁸¹ SOUZA, 2009, p. 883-884.

¹⁸² Saliente-se que, apesar da disposição regulamentadora estar disposta no Código de Processo Civil, a exigência da repercussão geral atinge todos os recursos extraordinários interpostos para julgamento do STF, independentemente da matéria ali versada. Essa foi a posição adotada pela Corte no AI 664.567 QO/RS, rel. Min. Sepúlveda Pertence, Pleno do STF, j. 06.09.2007.

¹⁸³ Flávia Pereira Ribeiro analisa a decisão proferida no AgRg RE 569.476/SC, rel. Min. Ellen Gracie, j. 02.04.2008 na qual ficou assentada, por votação unânime, que o não cumprimento da formalidade enseja indeferimento liminar do recurso. A autora traz posições contrárias e favoráveis e conclui pela constitucionalidade da exigência. RIBEIRO, Flávia Pereira. A exigência da preliminar de repercussão geral em apartado. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 35, n. 187, p. 239-248, set. 2010. Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero alertam que, “[...] com efeito, nada obstante redigido de forma alheia à técnica legal exigida, o recurso extraordinário vazado de modo a identificar-lhe a demonstração da repercussão geral, ainda que não em forma preliminar e em tópico destinado a enfrentar outros problemas que não, exclusivamente, aquele referente à demonstração da

Somente o STF tem competência para analisar o cumprimento dessa exigência e, caso o Tribunal “a quo” impeça a remessa dos autos do recurso ao STF por inexistência de repercussão geral, caberá agravo de instrumento nos moldes do artigo 544 do CPC¹⁸⁴ e, eventualmente, reclamação constitucional¹⁸⁵.

O artigo 543-A, §6º do CPC emprestou o instituto do “amicus curiae” do controle concentrado de constitucionalidade¹⁸⁶ e o inseriu no recurso extraordinário, instrumento do controle difuso¹⁸⁷. Na verdade, a Lei 9.868/99 já havia autorizado a manifestação de terceiros interessados ao inserir os parágrafos ao artigo 482 do CPC, dispositivo que regula o incidente de inconstitucionalidade nos Tribunais.

José Rogério Cruz e Tucci¹⁸⁸, sobre o tema, assevera que:

Impende acrescentar que, realmente, a possibilidade de intervenção do *amicus curiae* no incidente de análise da *repercussão geral*, no âmbito de uma sociedade democrática e organizada, valoriza em todos os sentidos os pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal. (grifo do autor).

A figura do amigo da Corte realiza o princípio democrático e confere credibilidade às decisões judiciais. Não é de se negar, no entanto, que a admissão de sua manifestação aproxima os modelos de controle de constitucionalidade analisados no Capítulo 1 deste trabalho.

repercussão da questão debatida, tem de ser reconhecido, sob pena de grave denegação de justiça.” (MARINONI; MITIDIERO, 2008a, p. 44).

¹⁸⁴ SOUZA, 2009, p. 887-888.

¹⁸⁵ MARINONI; MITIDIERO, 2008a, p. 45.

¹⁸⁶ Ibidem, p. 41.

¹⁸⁷ Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero asseveram que “admitida a participação, a fim de que seja mais aberto e plural o juízo a respeito da controvérsia federal, poderá o *amicus curiae* manifestar-se por escrito. O *amicus curiae* tem direito a sustentação oral. A manifestação do *amicus curiae* tem de se dar mediante procurador devidamente habilitado (isto é, advogado munido de procuração). MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil: comentado artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008b. p. 572.

¹⁸⁸ TUCCI, José Rogério Cruz e. Anotações sobre a repercussão geral como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário (Lei 11418/2006). In: CUNHA, Adriano; FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima (Org.). *Terceira etapa da reforma do Código de Processo Civil: estudos em homenagem ao Ministro José Augusto Delgado*. Salvador: JusPodium, 2007. p. 251-263. p. 259.

Ainda quanto às alterações trazidas pela Lei 11.418/2006, para negar a existência da repercussão geral é preciso manifestação de dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal, ou seja, oito membros, nos termos do artigo 102, §3º da CF. Há, ainda, na legislação infraconstitucional a previsão de que, caso quatro membros da Turma entendam pela existência da repercussão geral da questão constitucional discutida no recurso extraordinário, fica dispensada a remessa dos autos ao Pleno nos termos do artigo 543-A, §4º do CPC uma vez que não será possível atingir o quórum de dois terços para eventual negativa.

O sistema do julgamento dos recursos repetitivos se aplica ao recurso extraordinário em vista do disposto no artigo 543-B do CPC, sendo que seu §1º determina que o Tribunal “a quo” deverá “[...] selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal”. Os demais recursos pendentes deverão permanecer no Tribunal de origem aguardando apreciação da matéria pela Corte Superior.

O §2º do art. 543-B do CPC estabelece que “[...] negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos.” Bernardo Pimentel Souza¹⁸⁹ destaca, no entanto, o cabimento de agravo de instrumento previsto no artigo 544 do CPC asseverando que

[...] porquanto não há como descartar a possibilidade de erro na decisão presidencial ou vice-presidencial proferida na origem, em razão de aplicação de precedente jurisprudencial incompatível com o caso concreto, que nem sempre os paradigmas são aplicados com acerto.

O § 3º do artigo 543-B do CPC fixa as regras para o destino dos recursos sobrestados após o julgamento dos recursos paradigmas pelo Supremo Tribunal

¹⁸⁹ SOUZA, 2009, p. 890.

Federal. Os Tribunais “poderão declará-los prejudicados ou retratar-se”, reformando o julgado e aplicando o entendimento da Suprema Corte. Acresce-se a isso, os termos do parágrafo 4º do mencionado dispositivo que determina que “[...] mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do regimento interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada.”

Com efeito, e aqui se alcança ponto importante deste trabalho, é patente a transformação do controle de constitucionalidade com a inserção do instituto da repercussão geral no ordenamento jurídico razão pela qual, será abordado no capítulo a seguir.

CAPÍTULO 3

EFEITOS DA DECISÃO PROFERIDA EM SEDE DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO E SEU IMPACTO NO CONTROLE DIFUSO

De tudo isso que foi trabalhado é preciso, portanto, analisar o impacto na realidade dos jurisdicionados. Quais os efeitos da decisão proferida em sede controle difuso?

Barroso¹⁹⁰, nas primeiras páginas de sua obra, trata do fenômeno da inconstitucionalidade. Com primazia, explana sobre a teoria dos atos jurídicos e afirma que, equivocadamente, está confinada no direito civil.

É certo que os atos normativos, que são essencialmente atos jurídicos, relacionam-se com a teoria dos planos de existência, validade e eficácia muito bem desenvolvidos por Pontes de Miranda¹⁹¹.

Em síntese, pode-se afirmar que, no plano da existência há aferição da presença dos elementos sujeito, forma e objeto. Em caso afirmativo, é possível dizer que o ato existe no mundo jurídico.

Ato contínuo, abre-se a oportunidade de analisar o plano da validade, no qual referidos elementos são analisados sob o enfoque de sua qualificação, ou seja, verifica-se se o sujeito é capaz, se a forma respeita à prescrição legal, se houver, e se o objeto é lícito e possível.

¹⁹⁰ BARROSO, 2009, p. 12 et seq.

¹⁹¹ Antônio Junqueira de Azevedo, fundado nos ensinamentos do professor alagoano Pontes de Miranda, trata do tema com maestria e afirma que “[...] plano da existência, plano da validade e plano da eficácia são os três planos nos quais a mente humana deve sucessivamente examinar o negócio jurídico, a fim de verificar se ele obtém plena realização.” AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. atualizada de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 23-24.

Por fim, e não menos importante, tem-se o plano da eficácia, isto é, passa-se a observar a “aptidão para produção de efeitos, para a irradiação das consequências que lhe são próprias.¹⁹²”

Ao lado disso, é preciso dizer que a inconstitucionalidade reside no plano da validade projetando-se para o plano seguinte, o da eficácia. Dessa feita, o ato normativo inconstitucional existe, pois presentes seus elementos, mas, no entanto, não é válido nem deve produzir efeitos em razão do declarado confronto com a Constituição Federal¹⁹³.

Clássica e historicamente, a respeito dos efeitos do ato normativo inconstitucional, duas posições foram formadas. A primeira, criada nos EUA¹⁹⁴, afirma a nulidade do ato normativo inconstitucional. Barroso assevera que:

A lógica do raciocínio é irrefutável. Se a Constituição é a lei suprema, admitir a aplicação de uma lei com ela incompatível é violar sua supremacia. Se uma lei inconstitucional puder reger dada situação e produzir efeitos regulares e válidos, isso representaria a negativa de vigência da Constituição naquele mesmo período, em relação àquela matéria. A teoria constitucional não poderia conviver com essa contradição sem sacrificar o postulado sobre o qual se assenta. Daí porque a inconstitucionalidade dever ser tida como forma de nulidade, conceito que denuncia o vício de origem e a impossibilidade de convalidação do ato.

Considerado nulo o ato normativo inconstitucional é realmente incrível admitir a permanência do ato no ordenamento¹⁹⁵.

A outra posição sobre o resultado do controle foi desenvolvida por Hans Kelsen. No início do século passado o jurista austríaco, ao desenvolver o modelo

¹⁹² BARROSO, 2009, p. 14.

¹⁹³ Ibidem, p. 15.

¹⁹⁴ Ibidem, p. 15.

¹⁹⁵ Ronaldo Poletti, sobre o tema, afirma que “[...] não se poderá, por isso, atribuir à lei ‘inconstitucional’ uma eficácia transitória, enquanto não fulminada pela sentença judicial. Isto seria como negar durante o tempo em que não houve a declaração de inconstitucionalidade a autoridade da Constituição.” (POLETTI, 1985, p. 110).

concentrado de controle, defendeu que, por sê-lo função constitucional e não judicial, o ato deveria ser considerado válido até o momento em que declarado inconstitucional pela Corte. Enquanto isso, os demais órgãos judiciais não estavam autorizados a afastar a sua aplicação, daí a conclusão de Hans Kelsen no sentido de que o ato normativo inconstitucional é anulável¹⁹⁶ com efeitos *erga omnes* e *pro tempore*¹⁹⁷.

No Brasil, como já dito, os ideais do controle de constitucionalidade foram introduzidos por Rui Barbosa de clara influência norte-americana e assim, desde o início, adotou-se a teoria da nulidade, consagrando-se, na doutrina e na jurisprudência, a tese de que ato normativo declarado inconstitucional deve ser considerado nulo¹⁹⁸.

É forçoso rememorar que, inicialmente, o Brasil adotou o modelo de controle difuso e, assim, reconhecida a inconstitucionalidade, o ato é atingido desde o início, mas com efeito somente para as partes envolvidas naquele determinado litígio¹⁹⁹.

Para que o resultado deste litígio atinja a todos é preciso observar o artigo 52, X da Constituição Federal, ou seja, é forçoso encaminhar tal decisão ao Senado Federal para que este delibere sobre a suspensão da execução da lei considerada inconstitucional pela Suprema Corte. Caso os parlamentares se posicionem pela suspensão, a lei ficará suspensa, atingindo toda a coletividade a partir daí, surtindo efeito “ex nunc”²⁰⁰.

¹⁹⁶ BARROSO, 2009, p. 19.

¹⁹⁷ BOLZAN, 2007, p. 132.

¹⁹⁸ BARROSO, 2009, p. 18.

¹⁹⁹ BOLZAN, 2007, p. 132.

²⁰⁰ Como já informado alhures, essa atribuição do Senado Federal foi inicialmente introduzido no ordenamento jurídico pela Constituição Federal de 1934.

Por outro lado, a posterior introdução, no país, do modelo concentrado de controle de constitucionalidade de Hans Kelsen foi realizada com adaptações, pois não foi cooptado o sistema da anulabilidade²⁰¹.

Tradicionalmente, deste modo, o resultado do controle pela via de ação impõe os efeitos *erga omnes*, retroativos, repristinatórios e vinculantes²⁰².

Vale, neste momento, uma explanação, ainda que breve, sobre tais efeitos.

“Erga omnes” significa, em latim, para todos. Esse efeito se traduz pela irradiação do resultado a todos os membros da coletividade e não somente as partes envolvidas no processo. Consigne-se que há, sobre ele, expressa previsão no artigo 28, parágrafo único da Lei 9.868/1999.

A (ir) retroatividade está intimamente ligada ao momento em que a decisão passará a surtir efeitos: se desde o início da entrada do ato atacado no ordenamento jurídico ou se a partir do momento em que o Tribunal decidiu. Pode-se dizer, portanto, que a (ir) retroatividade está atada às teorias da nulidade ou anulabilidade.

No que tange ao efeito repristinatório é preciso consignar que este não se confunde com repristinação. Vejamos como Clémerson Merlin Clève explica tal distinção:

[Aquele é] o fenômeno da reentrada em vigor da norma *aparentemente* revogada. Já a *repristinação*, instituto distinto, substanciaria a reentrada em vigor da norma *efetivamente* revogada em função da revogação (mas não anulação) da norma revogadora²⁰³. (grifo do autor).

A repristinação significa a volta da vigência de uma lei revogada por outra posterior. Como regra, não existe no ordenamento jurídico brasileiro conforme

²⁰¹ BARROSO, 2009, p. 16-17.

²⁰² PROBST, 2011, p. 77.

²⁰³ CLÈVE, 2000, p. 250.

expressa previsão legal (artigo, 2º, §3º, LINDB)²⁰⁴. No entanto, ao contrário, o artigo 11, §2º da Lei 9868/99 que, como visto, trata do procedimento do controle de constitucionalidade pela via de ação trata a repristinação como regra. O efeito repristinatório decorre da declaração de nulidade de um ato normativo e envolve duas leis e uma decisão judicial.

Em síntese, naquela há instituto que envolve a vigência de três atos normativos, todos válidos, ao passo que no efeito repristinatório há duas leis sendo que a posterior não revogou validamente a anterior, diante da sua inconstitucionalidade.

Por fim, quanto aos efeitos do controle concentrado, nos moldes do artigo 28, parágrafo único da Lei 9.868/1999 a decisão final se impõe a todos os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública, em quaisquer esferas. O Poder Legislativo, no entanto, fica alheio a este efeito uma vez que, em respeito à separação dos poderes, se admite a edição de lei com conteúdo similar ao do ato normativo considerado inconstitucional²⁰⁵.

Com o desenvolvimento da teoria constitucional e a experiência vivida nos Tribunais, essa configuração tradicional, em ambas as modalidades de controle, se mostrou falha²⁰⁶ levando a necessidade de “fazer concessões e abrir exceções.”²⁰⁷

De fato, parece incongruente o sistema prezar pela segurança jurídica (artigo 5º, XXXVI, CF), e, ao mesmo tempo, determinar a nulidade *ab initio* do ato normativo que embasa relações jurídicas que até então tinha caráter constitucional²⁰⁸.

²⁰⁴ STF, 1ª T., AI 235.800 AgR /RS, Rel. Min. Moreira Alves, j. 25.05.1999: “Agravo regimental.- Não tem razão o agravante. A recepção de lei ordinária como lei complementar pela Constituição posterior a ela só ocorre com relação aos seus dispositivos em vigor quando da promulgação desta, não havendo que pretender-se a ocorrência de efeito repristinatório, porque o nosso sistema jurídico, salvo disposição em contrário, não admite a repristinação (artigo 2º, § 3º, da Lei de Introdução ao Código Civil). Agravo a que se nega provimento.”

²⁰⁵ Rcl 2615, rel. Min. Cezar Peluso, j. 23.02.2005.

²⁰⁶ Lentamente, a partir dos anos 60 do século passado, até mesmo no país de origem da teoria da nulidade foi admitida sua flexibilização, como nos ensina Barroso (2009, p. 16).

²⁰⁷ BARROSO, 2009, p. 20.

Acerca da mudança de paradigma no Brasil, Ronaldo Poletti e Luis Roberto Barroso mencionam o voto do Min. Leitão de Abreu que defendeu no julgamento do RE 79.343 em 1977 a aplicação da tese de anulabilidade ao controle difuso de constitucionalidade²⁰⁹.

Diante desse cenário de alteração de paradigmas, insta mencionar que já na Assembleia Constituinte pretendeu-se admitir ao STF a modulação dos efeitos da decisão no controle de constitucionalidade. Mas, após as deliberações, essa tese restou vencida.

Em 1999, com a edição da lei 9.868 que tratava inicialmente somente do procedimento da ADI e, após, com as modificações legislativas, passou a tratar da ADC e da ADO, foi inserida, no artigo 27, esse modelo com a seguinte redação:

Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista as razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de 2/3 de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Esse dispositivo, que autoriza a modulação de efeitos, tem sua constitucionalidade questionada por meio das ADI 2.258 e 2.154²¹⁰ sendo que o

²⁰⁸ Guilherme de Souza Nucci, sobre aplicação da lei penal no tempo e lei inconstitucional benéfica, assevera: "Imagine-se alguém que tenha sido beneficiado pela lei penal, tempos depois considerada inconstitucional, estando em liberdade, com a vida refeita. Não se pode considerar a hipótese de ter de retornar ao cárcere porque a lei que o retirou de lá foi declarada inconstitucional." NUCCI, Guilherme de Souza. *"Código Penal" comentado*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 69. De fato, a nulidade do ato normativo considerado inconstitucional é tema assaz delicado.

²⁰⁹ STF, 2ª T., RE 79.343, j. 31.05.1977, votação unânime (BARROSO, 2009, p. 20). No mesmo sentido Poletti (1985, p. 111 et seq.).

²¹⁰ Ambas se encontram com vista para a Min. Cármen Lúcia, em razão de seu pedido. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1835254>>. Acesso em: 3 jul. 2012. Sobre a aplicação deste artigo cite-se a ADI 2240/BA de relatoria do Min. Eros Grau, j. 09.05.2007. Nesta ação ficou assentada a inconstitucionalidade da lei baiana nº 7.619/2000 que criou o município de Luis Eduardo Magalhães por violação ao artigo 18, §4º da CF. O Tribunal, em que pese a procedência do pedido, mas em benefício da segurança jurídica, manteve a constitucionalidade da lei por 24 (vinte e quatro) meses conferindo prazo para que o Estado adéque a legislação à CF.

relator, Min. Sepúlveda Pertence, rejeitou a tese de anulabilidade e votou pela sua incompatibilidade com o Texto sob o fundamento de que lei inconstitucional é nula e a exceção a essa regra somente pode ser veiculada por meio de emenda constitucional.

Esse dispositivo, inserido no ordenamento jurídico por meio de lei ordinária, amplia os poderes do STF, configurando, desse modo, inconstitucionalidade formal.

Em que pese os fortes posicionamentos contrários, este novo modelo se mantém no ordenamento tendo sido admitida a ampliação de sua incidência, alcançando o controle difuso de constitucionalidade²¹¹. O acórdão paradigma é o proferido no RE 197.917 de relatoria do Min. Maurício Correa no qual se discutiu o aumento do número de vereadores na Câmara Municipal de Mira Estrela/SP. Nesta assentada, os Ministros, por maioria, decidiram pela inconstitucionalidade da lei que autorizou o aumento, mas, em obediência à segurança jurídica, conferiram efeitos *pro futuro* à decisão²¹².

Constata-se, mais uma vez, a clara aproximação dos modelos de controle constitucionalidade que, como visto acima, até então, tinham contornos diversos.

A partir disso, observa-se que a repercussão geral no recurso extraordinário reforçou a aproximação das modalidades de controle.

Além do entendimento jurisprudencial pela aplicação da modulação de efeitos ao controle difuso, é forçoso notar que, como já afirmado em capítulo anterior, o artigo 543-B, §§3º e 4º do CPC, em sede de controle difuso de constitucionalidade, autoriza o Supremo Tribunal Federal a conferir efeitos “erga omnes” às decisões

²¹¹ PROBST, 2011, p. 77.

²¹² Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28197917%2E%2E+OU+197917%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 6 jul. 2012.

proferidas nos recursos extraordinários em afronta ao disposto no artigo 52, X da CF.

É óbvio, portanto, que a Lei 11.418/2006 inseriu no ordenamento jurídico o efeito “erga omnes” das decisões proferidas em sede de controle difuso, em especial no recurso extraordinário, sem que a Constituição Federal tenha mencionado tal atributo. Bernardo Pimentel Souza²¹³, assertivamente, pontua que:

Daí a conclusão: a lei 11.418 introduziu verdadeiro efeito *erga omnes*, produzido agora também como consequência do recurso extraordinário, apesar do silêncio do inciso III e do §3º do artigo 102 da Constituição Federal.

No caso do controle de constitucionalidade concentrado, artigo 102, §2º²¹⁴ do Texto, o legislador constituinte derivado deixou explícito o efeito da decisão. Por outro lado, no caso do controle difuso a alteração foi introduzida por meio de lei ordinária e de modo pouco claro, quase furtivo.

Assim, a decisão proferida em sede de recurso extraordinário que, tradicionalmente, tinha efeito “inter partes” e retroativos passou a ter efeito vinculante, “erga omnes”, sendo passível de manipulação e inadmissível sua retroatividade.

Seria constitucional essa nova conformação da decisão em sede de recurso extraordinário?

Em que pese a evolução do controle de constitucionalidade no país é preciso dizer que a Constituição Federal não autoriza tal ampliação.

²¹³ SOUZA, 2009, p. 890.

²¹⁴ “§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.”

A competência da Suprema Corte brasileira deve vir prevista na Carta e, assim, a ampliação trazida por meio de lei ordinária tem viés de duvidosa constitucionalidade.

Digno de nota é o voto do Min. Gilmar Mendes na Rcl 4335 no qual ficou assentada nova leitura do disposto no artigo 52, X da CF.

A ação foi ajuizada pela Defensoria Pública do Estado do Acre contra decisão monocrática proferida em “habeas corpus” impetrado em favor de presos por tráfico de drogas sob o fundamento de desrespeito à decisão exarada no HC 82959/SP.

Neste remédio constitucional, o STF fixou entendimento no sentido de que a vedação de progressão de regime prisional para os crimes ditos hediondos é inconstitucional.

Diante disso, Defensoria Pública acreana pleiteou o benefício da progressão para alguns condenados, o que foi negado pelo E. Juiz de Direito singular por se tratar de decisão proferida em sede de controle difuso de constitucionalidade e, para que tivesse efeito “erga omnes” seria necessária deliberação senatorial nos moldes do artigo 52, X da Carta.

Tendo sido negada, foi ajuizada a Reclamação.

Em seu voto, o Min. Relator entendeu que o fundamento do ilustre julgador monocrático carecia de razão posto que o mencionado dispositivo constitucional deve ter nova interpretação. A propósito, trecho de seu voto²¹⁵:

A prática dos últimos anos, especialmente após o advento da Constituição de 1988, parece dar razão, pelo menos agora, a Lúcio Bittencourt, para quem a finalidade da decisão do Senado era, desde sempre, *‘apenas tornar pública a decisão do tribunal, levando-a ao conhecimento de todos os cidadãos’*.

²¹⁵ Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/409_RCL_4335_gilmar_mendes.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2012.

Sem adentrar o debate sobre a correção desse entendimento no passado, não parece haver dúvida de que todas as construções que se vêm fazendo em torno do efeito transcendente das decisões pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Congresso Nacional, com o apoio, em muitos casos, da jurisprudência da Corte, estão a indicar a necessidade de revisão da orientação dominante antes do advento da Constituição de 1988.

A Rcl 4.335/AC ainda não teve julgamento definitivo e, assim, esse posicionamento ainda não prepondera.

No entanto, esse posicionamento merece acurada reflexão.

A lei 11.418/2006, nos moldes em que alterou o procedimento da repercussão geral, torna a decisão final proferida no recurso extraordinário vinculante e com efeito para todos, ou seja, “erga omnes”, sem que tenha passado pelo crivo do Senado Federal.

O artigo 543-A, §5º do CPC adota textualmente o efeito vinculante e “erga omnes” ao prever que:

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

Incontestável, desse modo, a alteração que a repercussão geral trouxe ao controle de constitucionalidade brasileiro, mas por meios não autorizados pelo ordenamento constitucional.

É preciso deixar claro que o uso do filtro, a repercussão geral, é bastante útil e se coaduna com a estrutura processual vigente. No entanto, os legisladores e julgadores devem se pautar pelos comandos pré-estabelecidos.

O caminho a trilhar deve, sempre, ser iluminado pelas regras instituídas pela Carta Magna e pela teoria constitucional desenvolvida arduamente pelos estudiosos do Direito.

Dessa feita, como afirmado, os efeitos da decisão em sede de controle difuso não podem estar previstos em lei infraconstitucional nem mesmo em construção jurisprudencial.

Os operadores do Direito assim como os legisladores devem respeitar as regras estabelecidas na ordem democrática.

Hugo de Brito Machado²¹⁶, acertadamente, afirma que:

A doutrina jurídica construiu, ao longo de séculos, conceitos que não podem ser ignorados pelos que elaboram ou aplicam as normas sem graves prejuízos para a Ciência do Direito e para a operacionalidade do ordenamento jurídico, que termina por não alcançar sua finalidade.

[...]

Não basta que se tenha lei. É preciso que se tenha ordem jurídica, e esta inclui a existência de instituições, que não podem ser construídas, ou mantidas, sem respeito aos conceitos consolidados na doutrina jurídica. Sem o respeito pelo significado das palavras e dos princípios consagrados pelo ordenamento. (grifo nosso).

E aqui não se fala de lei, em sentido estrito. Nesse caso, trata-se da Constituição, lei maior do país promulgada democraticamente, mas que de tempos em tempos assiste sua desestruturação.

Se, por ventura, os mandatários do poder se inclinarem a alterar determinadas regras pré-estabelecidas devem obrigatoriamente passar pelo crivo do processo legislativo, ou seja, após discussões e deliberações, inclusive com a participação da sociedade civil.

²¹⁶ MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 30. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 192.

Esse processo de maturação é ainda mais importante quando se fala em atribuições dos Poderes da República, no caso, do Supremo Tribunal Federal e do Senado Federal.

Se, após esse trâmite democrático, a conclusão for pela alteração deste cenário a Constituição deve ser alterada admitindo, de forma clara, que o Supremo Tribunal Federal emita decisões em sede de controle difuso com efeitos *erga omnes*.

Ao Texto, se assim ficar definido, deve ser inserido dispositivo nesse sentido e o artigo 52, X, que prevê atribuição exclusiva do Senado Federal, extirpado definitivamente.

No entanto, ao que parece, apesar de o Congresso Nacional ter editado a Lei 11.418/2006 autorizando efeito *erga omnes* à decisão proferida em recurso extraordinário, conferindo, portanto, maiores poderes ao Supremo Tribunal Federal, há uma tendência de alteração em vista do disposto na polêmica PEC 03/2011²¹⁷ que, se aprovada, autorizará o Congresso Nacional a “[...] sustar os atos normativos dos *outros poderes* que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa.”

É claro que há, ainda, tempo para diálogo, discussões e ponderações. Ademais, os termos da PEC acima mencionada, se aprovada, podem ser compreendidos de forma restritiva não incluindo decisões judiciais, mas, somente, decisões na esfera administrativa dos demais poderes.

Neste trabalho não se defende a vedação de mudanças, a permanência irrestrita do “status quo”. O que está em jogo e o que realmente importa é que, respeitadas as regras pré-estabelecidas, a modificação do modelo jurídico ocorra

²¹⁷ Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=491790>>. Acesso em: 11 set. 2012.

por razões sólidas e não sob o fundamento de excesso de trabalho ou por razões políticas escusas.

Será mesmo que o problema do Poder Judiciário é por ele causado? Será mesmo que as modificações legislativas devem ser realizadas em sua estrutura? Ao que parece, seria muito mais sensato alterar, em primeiro lugar, alguns aspectos dos demais poderes.

Se o Poder Legislativo exercesse sua função com excelência e o Poder Executivo promovesse as políticas públicas que a Carta determina, estando ambos voltados à solução dos problemas prementes da sociedade, talvez o Poder Judiciário não estivesse tão abarrotado²¹⁸.

O filtro é válido. Da mesma forma, a uniformização jurisprudencial. Entretanto, malbaratar a Constituição Federal sob o signo de que o Direito e a prestação jurisdicional devem ser aprimoradas não parece ser o caminho sadio. Definitivamente, os fins não justificam os meios.

²¹⁸ Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-mar-31/setor-publico-bancario-sao-maiores-clientes-justica-brasileira>>. Acesso em: 25 jan. 2012.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O controle de constitucionalidade é um dos sustentáculos da democracia e, sendo assim, eventuais alterações em seu modelo devem ser cuidadosamente analisadas.

Um país democrático prima pela participação da população nos processos decisivos e qualquer mudança nesta estrutura merece estudos aprofundados e atenção redobrada da sociedade, em especial dos operadores do Direito.

A repercussão geral, instituto introduzido pela Emenda Constitucional 45 de 08 de dezembro de 2004 e definido pela Lei 11.418/2006, de fato trouxe modificações consideráveis ao controle de constitucionalidade.

Como já apontado, neste trabalho objetivou-se discutir essa intrincada conexão a partir de conceitos já sedimentados na doutrina jurídica bem como na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Com essa análise, pretendeu-se alcançar respostas para a indagação feita inicialmente, ou seja, qual o impacto do instituto da repercussão geral no controle de constitucionalidade difuso.

Como considerado durante o desenvolvimento dos capítulos o filtro, a repercussão geral, é salutar ao sistema e se coaduna com o estatuído na Constituição Federal.

No entanto, o que é de questionável constitucionalidade é a forma como se deu seu desenho, uma vez que o instrumento utilizado foi a lei ordinária. Após análise do ordenamento jurídico verifica-se que as atribuições dos Poderes, no caso, o Supremo Tribunal Federal e seus efeitos devem estar fixados na própria Carta Magna.

Ao lado disso, é importante salientar que num país sempre pautado pela lei e, aqui se usa a expressão da forma mais ampla possível incluindo a Constituição Federal, a alteração dos efeitos do controle difuso por meio de construção jurisprudencial atenta contra a ordem democrática.

O controle difuso de constitucionalidade é de extrema importância para o exercício da cidadania e seus relevos e formas, construídos arduamente desde a Proclamação da República, não podem ser desfeitos sem a merecida atenção.

Diante disso, pode-se reafirmar que, caso seja esse o intuito, remodelar a Constituição Federal, transformando o controle difuso de constitucionalidade e aproximando-o drasticamente do controle concentrado de constitucionalidade, os debates devem ser abertos dando-se oportunidade à ampla discussão com inclusão da sociedade.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. atualizada de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOLZAN, Marcelo Buliani. A evolução do controle incidental de constitucionalidade. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, ano 1, n. 4, p. 129-151, out./dez. 2007.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

BRASIL. Decreto n. 510, de 22 de junho de 1890. *Publica a Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=510&tipo_norma=DEC&data=18900622&link=s>. Acesso em: 25 maio 2011.

BRASIL. Constituição (1934). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm>. Acesso em: 25 maio 2011.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 25 maio 2011.

BRASIL. Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999. *Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm>. Acesso em: 25 maio 2011.

BRASIL. Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999. *Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do*

§ 1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em:
<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm>. Acesso em: 25 maio de 2011.

BRASIL. Lei n. 11.418, de 19 de dezembro de 2006. *Acrescenta à Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, dispositivos que regulamentam o § 3º do art. 102 da Constituição Federal*. Disponível em:
<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11418.htm>. Acesso em: 25 maio de 2011.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Quem tem medo do prequestionamento?* [2003]. Disponível em:
<<http://www.scarpinellabueno.com.br/Textos/Prequestionamento%20e%20RE.pdf>>. Acesso em: 20 abril 2012.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva: 2006.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. reformulada e atualizada de acordo com a Emenda Constitucional 57/2009. São Paulo: Saraiva, 2009.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil – vol. II*. 17. ed. atual. pelas Leis 11.672/2008 e 11.694/2008. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CARDOSO, Oscar Valente. Declaração de inconstitucionalidade, reserva de plenário e competência das turmas recursais. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, v. 104, p. 100-107, nov. 2011.

CARDOSO, Oscar Valente. A subjetividade no controle concentrado de constitucionalidade: pertinência temática, *amicus curiae* e análise de fatos. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 107, p. 71-78, fev. 2012.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COSTA, Emilia Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. Organização Albino Advogados Associados. São Paulo: IEJE, 2001.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. In: DIDIER, Fredie (Org.). *Ações constitucionais*. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodium, 2009a. p. 491-554.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. rev. e ampl. Salvador: JusPodium, 2009b.

DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil – meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. Salvador: Edições Juspodium, 2007.

FRANCISCO, José Carlos. Controle de constitucionalidade. In: TANAKA, Sônia Yuriko Kanashiro (Org.). *Direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 86-142.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 30. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

MACIEL, Adhemar Ferreira. O acaso, John Marshall e o controle de constitucionalidade. *Brasília*, ano 43, n. 172, p. 37-44, out./dez. 2006. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/93276/1/Maciel%20Adhemar.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2012.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e especial*. 10. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com as Leis 11.417 e 11418/2006 e a emenda regimental STF 21/2007, 2008. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008a.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil: comentado artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008b.

MARTINS, Flávia Bahia. *Direito constitucional*. 2. ed. Niterói: Impetus, 2011.

MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial – e outras questões relativas a sua admissibilidade e ao seu processamento*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: demonstração de inexistência de outro meio eficaz*. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=236>>. Acesso em: 27 nov. 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. cap. 12, p. 1049-1381.

MIRANDA, Gilson Delgado; PIZZOL, Patrícia Miranda. *Recursos no processo civil*. 6. ed. atualizada com as lei 11417/2006, 11418/2006 e 11672/2008. São Paulo: Atlas, 2009.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil, vol. V: arts. 476 a 565*. 15. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais – teoria geral dos recursos*. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. *“Código Penal” comentado*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Da arguição de relevância no recurso extraordinário. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 73, v. 259, p. 11-22, jul./ago. 1973.

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

PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

POLETTI, Ronaldo. *Controle da constitucionalidade das leis*. São Paulo: Forense, 1985.

PROBST, Paulo Vitor da Silva. A objetivação do recurso extraordinário. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 36, v. 197, p. 67-105, jul. 2011.

RIBEIRO, Flávia Pereira. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

RIBEIRO, Flávia Pereira. A exigência da preliminar de repercussão geral em apartado. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 35, n. 187, p. 239-248, set. 2010.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 34. ed. rev. e atual. até a EC 67 de 22.12.2012. São Paulo: Malheiros, 2010.

SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 6. ed. atual. de acordo com as leis 11.672 e 11697, de 2008. São Paulo: Saraiva, 2009.

STUMPF, Livia Troglio. Efeitos amplificados às decisões no controle concreto de constitucionalidade: o novo papel do Supremo Tribunal Federal na guarda da Constituição. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, p. 105-138, jun. 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=adoAguardandoJulgamento>>. Acesso em: 29 fev. 2012.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfHistorico>>. Acesso em: 11 jun. 2012.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Anotações sobre a repercussão geral como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário (Lei 11418/2006). In: CUNHA, Adriano; FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima (Org.). *Terceira etapa da reforma do Código de Processo Civil: estudos em homenagem ao Ministro José Augusto Delgado*. Salvador: JusPodium, 2007. p. 251-263.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Repercussão geral. *Revista do IASP*, São Paulo, ano 10, n. 19, p. 368-371, jan./jun. 2007.