

UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO

RIVANDA DA COSTA SANTOS

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O CONTROLE DIFUSO
DA CONSTITUCIONALIDADE

FORTALEZA

2010

RIVANDA DA COSTA SANTOS

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O CONTROLE DIFUSO
DA CONSTITUCIONALIDADE

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Ceará - UFC como
requisito parcial para obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Márcio Augusto de
Vasconcelos Diniz.

FORTALEZA

2010

© Universidade Federal do Ceará

Biblioteca da Faculdade de Direito

Ficha catalográfica elaborada pela Bibliotecária Camila Morais de Freitas CRB -3/1013

S237s Santos, Rivanda da Costa

O Supremo Tribunal Federal e o controle difuso da constitucionalidade / Rivanda da Costa Santos. – Fortaleza: 2010.

112 p.

Orientador: Prof. Dr. Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz.

Área de Concentração: Direito Constitucional
Monografia (Graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Fortaleza, 2010.

1. Controle da constitucionalidade - Brasil. 2. Poder judiciário - Brasil. 3. Tribunais - Brasil. I. Diniz, Márcio Augusto de Vasconcelos (orient.). II. Universidade Federal do Ceará - Graduação em Direito. III. Título.

CDD 347.9256

RIVANDA DA COSTA SANTOS

**O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O CONTROLE DIFUSO
DA CONSTITUCIONALIDADE**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Ceará - UFC como
requisito parcial para obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Aprovada em: / /

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz (Orientador)

Chefe do Departamento de Direito Processual Civil

Professor Adjunto, titular das disciplinas de Direito Processual Civil I e Processo Constitucional

Prof. Dr. Regnoberto Marques de Melo Júnior

Coordenador de Atividades Complementares

Professor Adjunto, titular da disciplina de Direito Civil IV – Contratos I (UFC)

Miguel Rocha Nasser Hissa

Mestrando em Direito, área de concentração Ordem Jurídica Constitucional – UFC

Procurador do Município de Fortaleza

A Deus, fundamento, verdade e esperança de vida.
Aos meus pais, Lucimar da Costa Santos e Antônio Deusdedit dos Santos,
fonte de fortaleza, inspiração e coragem.

AGRADECIMENTOS

Ao professor Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz, não só pela paciência na orientação e desenvolvimento do presente trabalho, mas também pelas lições de direito processual constitucional que já lá no longínquo sexto semestre sedimentaram meu interesse no direito constitucional positivo. Um interesse que nascera ainda com os primeiros passos na faculdade, graças aos memoráveis ensinamentos dos professores Danilo Santos Ferraz, William Marques Paiva Júnior e Emanuel de Abreu Pessoa, a quem igualmente rendo minha eterna gratidão.

Em especial, gostaria de agradecer ao Prof. Regnoberto Marques de Melo Júnior que, quer na condição de professor da disciplina de Contratos I, quer atuando como Coordenador de Atividades Acadêmicas, foi uma presença constante, perene e indelével nesses quatro anos e meio de curso e a quem devo muito de minha formação ética e humanística.

Ao colega Felipe Gomes, mais conhecido como Assolan, pelo apoio material e intelectual, pelas discussões na frente de sebos, livrarias, bibliotecas e pontos de ônibus e pelo incentivo quase que diário. Sem a ajuda dele, eu certamente não teria concluído sequer a fase de pesquisa desta monografia.

Ao colega Ighor Nogueira Sales que me ajudou principalmente na tradução de alguns textos, que o meu inglês sofrível não me permitia avançar.

Aos colegas João Victor Carvalho Barbosa, Fernanda Magalhães Albuquerque Aranha e Jânio Pontes Loiola, prestimosos amigos durante os anos de curso.

Ao corpo docente da Faculdade de Direito, que de uma forma ou de outra, contribuiu para semear, regar e fecundar meus conhecimentos jurídicos. Se hoje sou o que sou é porque alguém acreditou.

*"We are under a Constitution, but the Constitution is what the judges say it is".
Charles Evans Hughes (1862-1948),
Chief Justice da US Supreme Court entre 1930 e 1941*

RESUMO

Este trabalho buscou revisar a evolução do controle difuso da constitucionalidade de leis e atos normativos do Poder Público no ordenamento jurídico pátrio. Para tanto, a pesquisa teve por fontes a doutrina, a lei e a jurisprudência de Tribunais Superiores. Com efeito, o direito brasileiro inicialmente perfilhou-se ao modelo norte-americano de controle, no qual se reconhece a qualquer juiz ou tribunal o poder de fiscalização normativa, podendo estes deixar de aplicar ao caso concreto as normas em confronto com a Constituição. As Constituições brasileiras posteriores passaram a introduzir paulatinamente mecanismos de fiscalização independentes de uma lide concreta, privilegiando as ações diretas, nas quais se examina as leis e atos normativos em tese. As alterações legislativas que se seguiram modificaram a disciplina do controle difuso perante os tribunais e no Supremo Tribunal Federal, imprimindo uma feição objetiva também ao controle incidental. A aproximação entre difuso e concentrado pode ser visualizada na figura do *amicus curiae*, na dispensa de remessa ao Pleno quando uma questão análoga já houver sido decidida anteriormente, no instituto da repercussão geral e na sistemática de julgamento por amostragem, por exemplo. Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal passa a defender a possibilidade de intercâmbio entre fórmulas de solução de conflitos típicas do controle concentrado, tais como a modulação dos efeitos temporais da decisão que declara a inconstitucionalidade, o reconhecimento de uma causa de pedir aberta também com relação ao recurso extraordinário e a atribuição de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante às decisões definitivas daquela Corte em controle incidental, independente da edição de Resolução pelo Senado Federal.

Palavras-chave: Constitucional. Controle de constitucionalidade. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

This work aimed to study the evolution of diffuse judicial review of laws and normative acts promoted by the Republic itself. To achieve our conclusions, the search was based on doctrine, law and Superior Courts jurisprudence. Indeed, the Brazilian law initially took the North American model of judicial review, which recognizes any judge or court able to execute a review. They are able to cease applying standards in confrontation with the Constitution. Brazilian Constitutions introduced gradually some mechanisms to independently oversight law and acts that confronts Constitution, preferring “direct actions”, which examines the law and normative acts from a theoretic perspective. Post Legislative changes modified the discipline of diffuse judicial review in the Supreme Federal Court, printing an idea of objectivity also on the incidental review. The approximation between diffuse and concentrated review can be noticed in *amicus curiae*, when it denies a quarrel that has been previously decided based on the institute of general repercussion and on the systematic trial by sampling, as an example. In this context, the Federal Supreme Court is to defend the possibility of exchanges of formulas in aim to solve conflicts regarding typical concentrated control, such as modulation of effects in time of decision declaring unconstitutional the recognition of an opened request regarding also an extraordinary and assigning efficiency *erga omnes* and binding effect to final decisions of the court based on incidental control, regardless any of Senate Resolution.

Keywords: Constitutional. Judicial review. Federal Supreme Court.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ADC – ação declaratória de constitucionalidade

ADI, ADIN ou ADIn – ação direta de inconstitucionalidade

ADlo – ação direta de inconstitucionalidade por omissão

ADPF – ação de descumprimento de preceito fundamental

art. – artigo

arts. - artigos

c/c – combinado com

CF – Constituição Federal

cf. – conferir, confrontar

CPC – Código de Processo Civil

EC – Emenda Constitucional

RE – Recurso Extraordinário

RISTF – Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	14
2.1 Constituição e supremacia constitucional.....	14
2.2 O modelo de fiscalização adotado pela Constituição de 1988	24
3 ARGUIÇÃO INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE NO CASO CONCRETO	31
3.1 O controle incidental de normas realizado pelo juízo monocrático	31
3.2 O controle incidental de normas nos tribunais.....	38
4 O CONTROLE INCIDENTAL DE NORMAS NO STF	45
4.1 O papel do Supremo Tribunal Federal na guarda da Constituição	45
4.2 Pressupostos de admissibilidade do recurso extraordinário	46
4.2.1 Cabimento	47
4.2.2 Legitimidade, tempestividade e preparo	51
4.2.3 Prequestionamento.....	52
4.2.4. Repercussão geral.....	54
4.3 Procedimento para julgamento do recurso extraordinário	57
4.3.1 Julgamento por amostragem (art. 543-B, do CPC)	60
4.4 O recurso extraordinário nos juizados especiais federais.....	62
5 OBJETIVAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO	65
5.1 Causa de pedir aberta no controle incidental	65
5.2 Declaração incidental de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal sem que haja relevância da aplicação da lei ao caso concreto.....	70
5.3 Eficácia da decisão em controle difuso	71
5.3.1 Eficácia <i>inter partes/erga omnes</i> e o papel do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade.....	71
5.3.2 Eficácia transcendente dos motivos determinantes da sentença.....	77
5.3.3 Eficácia <i>ex tunc/ex nunc</i> : aplicação do art. 27 da Lei 9.868/99 por analogia ..	83
6 CONCLUSÃO.....	87

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS92

ANEXOS95

Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (Excertos)

Portaria nº 138, de 23 de julho de 2009, da Presidência do STF

1 INTRODUÇÃO

O controle jurisdicional da constitucionalidade das normas editadas pelo Poder Público é palco de intensas controvérsias. O ordenamento jurídico pátrio optou por albergar os dois principais modelos de controle: difuso e concentrado. Pelo primeiro, qualquer juiz ou tribunal está autorizado a examinar a constitucionalidade da norma necessária à resolução do conflito submetido à apreciação do Poder Judiciário. Pelo segundo, cabe exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal a aferição abstrata, independente da existência de um caso concreto, das normas, tendo por parâmetro a Constituição Federal.

Nesse ponto, convém destacar que o Supremo Tribunal Federal, enquanto órgão de cúpula do Judiciário e intérprete final da Constituição, atua nas duas vertentes. Pela via recursal, conhece de norma reputada inconstitucional ante o caso concreto, ainda que apenas como questão de direito, não se debruçando sobre matéria fática que deve ser apreciada nas instâncias inferiores. Pela via direta ou de ação, decide, em caráter definitivo, acerca da constitucionalidade da norma em tese.

Coexistindo, pois, dois modelos de fiscalização normativa não é de todo surpreendente que se defenda atualmente uma aproximação – e porque não dizer – uma contaminação entre estes.

Certamente o caráter peculiar da forma de controle adotada em sede pátria aliado à eterna busca de uma solução ótima que contempore a máxima eficácia da Constituição à necessidade de resguardar a segurança nas relações jurídicas, provocou uma aproximação entre difuso e abstrato. Ambos passam a ter características bastante assemelhadas, com fórmulas de resolução de conflitos intercambiáveis, em uma convergência de institutos.

A tendência, em franco processo de consolidação, vem a imprimir feição objetiva também ao controle realizado pela via incidental, retirando-lhe a marca de subjetividade propagada pela lide subjacente e impondo um interesse maior, de ordem pública, ao resultado prático obtido.

O fenômeno, cognominado pela doutrina de “abstrativização” ou, ainda, de “objetivação” do controle difuso da constitucionalidade das normas, atrai o interesse acadêmico, quer pela originalidade, quer pelas consequências práticas de sua aceitação, merecendo, assim, um estudo mais aprofundado o qual nos dedicaremos.

Contudo, a essa aproximação segue o questionamento: o controle da constitucionalidade de leis e atos normativos tem efetivamente caráter supra subjetivo a reclamar tratamento similar para os dois meios de impugnação normativa (via de ação e via de exceção)?

Sem a pretensão de exaurir o tema, a investigação aqui delineada fixou-se na feição assumida pelo modelo de aferição de compatibilidade vertical após a promulgação da Constituição Federal de 1988, e moldada pela atual composição da Corte Suprema.

Sob o enfoque de casos práticos da jurisdição constitucional brasileira, pretende-se analisar, de maneira expositiva e crítica, a atuação do Supremo Tribunal Federal no controle difuso da constitucionalidade de normas, destacando, nesse ínterim, a evolução e as principais características do modelo brasileiro de fiscalização.

Para tanto, utilizou-se de pesquisa bibliográfica, mediante revisão de trabalhos divulgados sob a forma de livros e artigos, impressos e em mídia eletrônica, e pesquisa documental, realizada sobre normas constitucionais e infraconstitucionais, além do exame de decisões oriundas do órgão de cúpula do Poder Judiciário.

Para fins didáticos, a presente monografia divide-se em quatro capítulos, distribuídos na forma explicitada a seguir.

O primeiro capítulo reflete, em linhas gerais, acerca da evolução histórica do controle de constitucionalidade, destacando as suas origens, os fundamentos jurídicos que o legitimam, as espécies de inconstitucionalidade, os sistemas de aferição existentes, bem como as características do modelo brasileiro.

No segundo capítulo, passa-se à exposição do controle incidental de normas realizado pelo juízo monocrático e nos tribunais inferiores, seu procedimento e particularidades.

O capítulo seguinte cuida de desvelar o controle difuso no Supremo Tribunal Federal, via recurso extraordinário. São aqui realçados os requisitos de admissibilidade e as inovações procedimentais que apontam para uma desvinculação do recurso à causa que lhe originou, especialmente no que tange à necessidade de demonstração de repercussão geral e ao julgamento por amostragem de demandas repetitivas.

O quarto capítulo é dedicado à exposição de novas questões e posturas adotadas pelo Supremo Tribunal Federal, indagando-se se estas encontram abrigo no seio da Constituição.

Ao final, expõem-se, em breve síntese, um retrospecto da pesquisa e as conclusões obtidas.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

2.1 Constituição e supremacia constitucional

A ideia de constituição como documento escrito e solene que veicula um conjunto de normas atinentes à forma de governo, ao modo de aquisição e exercício do poder, à estrutura dos órgãos do poder e aos limites de sua atuação é relativamente recente. No entanto, tomada pelo aspecto material, as entidades políticas, porquanto nascidas de algum modo de organização das forças sociais, sempre tiveram e têm uma constituição.

O advento das constituições escritas implicou em um marco emblemático na história do constitucionalismo porque logrou garantir previsibilidade e publicidade à atuação estatal. As revoluções americana (1776) e francesa (1789) cuidaram de polinizar os ideais liberais de democracia, divisão de poderes, representação política, proteção dos direitos do cidadão e federalismo, posteriormente acrescidos e aprimorados, a ponto da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão exortar, em seu artigo 16, que “Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”¹.

A limitação do poder dos governantes, característica marcante do Estado Constitucional ou Estado de Direito, se fez acompanhar do desenvolvimento de uma ciência jurídica focalizada na análise e teorização do fenômeno constitucional. Muito se discutiu sobre o que, afinal, seria uma constituição, qual o seu alcance e função.

Coube ao alemão Ferdinand Lassale, em palestra proferida para intelectuais e operários da Prússia em 1863, divulgar um sentido de constituição muito mais sociológico, em contraposição à carta solene de regulação do Estado. Segundo esta concepção, a constituição real é reflexo dos aspectos econômicos, políticos e ideológicos de determinada sociedade, uma fotografia dos fatores reais

¹ Versão disponível em pdf no link <alpha.cecb.edu.br/index.php?option=com_docman&task=doc...>. Acesso em 28 mar. 2010.

de poder². Os fatores reais de poder – a monarquia, a aristocracia, a grande burguesia, os banqueiros e até mesmo a classe operária, enquanto conjunto de forças que atuam politicamente – limitam, pressionam e modelam a Constituição jurídica, simples pedaço de papel, que sucumbe diante das relações dominantes no Estado. Se a constituição jurídica é divorciada da constituição real, o problema constitucional passa a ter cunho exclusivamente político. Dessa forma, para Lassalle:

Os problemas constitucionais não são problemas de *direito*, mas do poder: a *verdadeira* Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país vigem e as constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que exprimam fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social: eis aí os critérios fundamentais que devemos sempre lembrar.³ (destaques do original).

À tese defendida por Lassalle, sobrevieram inúmeras críticas. Dentre elas, merece destaque o pensamento de Konrad Hesse que renega ao Direito constitucional, ciência jurídica então em ascensão, a “miserável função – indigna de qualquer ciência – de justificar as relações de poder dominantes”⁴.

Para Hesse, a constituição jurídica, para utilizar a expressão cunhada por Lassalle, contém uma força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado. Deve, contudo, ter os olhos postos na “natureza singular do presente”, consolidar alguns poucos princípios fundamentais, cujo conteúdo possa ser desenvolvido e adaptado às mudanças, sem que se altere o núcleo de identidade da constituição, aquilo que é percebido como vontade constitucional⁵.

Essa força própria assenta-se sob o condicionamento recíproco existente entre a Constituição jurídica e a realidade político-social. É dizer: a Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica, desta não podendo se separar, mas não em estado de subjugo, como queria Lassalle, mas exercendo igualmente sobre o contexto histórico e material que compõe a sociedade constante pressão.

Tomando emprestada uma ilustração das ciências naturais, o estado entre Constituição jurídica e realidade é de um equilíbrio dinâmico.

² LASSALLE, Ferdinand. **A essência da constituição**. [Prefácio Aurélio Wander Bastos] 2 ed. Rio de Janeiro: Liber Jus, 1988, passim.

³ Id. Ibid., p. 49.

⁴ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. [Trad. Gilmar Ferreira Mendes]. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 11.

⁵ Id. Ibid., passim.

Em química, determinadas reações podem ser reversíveis, havendo, a um só tempo, a transformação das substâncias iniciais – denominadas reagentes – em produtos, e, em seguida, destes, novamente em reagentes. Diz-se que há equilíbrio químico quando a proporção entre as quantidades de reagentes e de produtos em uma reação química se mantém constante ao longo do tempo, coexistindo no mesmo sistema. Deve-se salientar que quando uma reação atinge o equilíbrio ela não pára. Ela continua se processando, porém tanto a reação direta como a inversa ocorrem à mesma velocidade, e por essa razão a proporção entre os reagentes e os produtos não varia.

Se um sistema de equilíbrio dinâmico é submetido a uma força, ele tenderá a se reajustar, reagindo de maneira a minimizar o efeito desta força e assim manter-se no estado de equilíbrio. Este é o enunciado do Princípio de Le Chatelier.

A mesma ideia parece ser aplicável à relação Constituição-realidade material vigente, cujo caráter há de ser necessariamente dinâmico, em constante evolução e condicionamento recíproco. A Constituição de um Estado atua sobre a realidade impondo a sua observância e a concretização dos valores dos quais ela (a constituição) é suporte. De outra ponta, a realidade também exerce sobre a Constituição a sua influência, adaptando e evoluindo as normas constitucionais de acordo com as necessidades e os interesses então acolhidos e difundidos no seio da sociedade em determinado tempo e espaço. Se um dos lados da balança pesar mais que o outro, o sistema há de implementar medidas que minimizem o efeito das pressões, a fim de propiciar a manutenção do equilíbrio das forças atuantes. Tais medidas podem importar tanto na mudança formal da constituição quanto no expurgo do ato que afronta a Lei Fundamental, mediante controle negativo reservado ao Estado.

Supera-se, assim, o modelo então em vigor que via a Constituição como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos. O reconhecimento de sua força normativa, do caráter vinculativo e obrigatório das normas constitucionais teve primordial relevância para o deslocamento do eixo centralizador do direito. É que o império das leis escritas, herança acesa dos ideais iluministas de liberdade, igualdade e fraternidade, tinha melhor se firmado na codificação de um direito regulador das relações privadas, que primava, sobretudo, pela manutenção da propriedade. A lei era o código e o código era a lei, cabendo

aos juízes pacificar os conflitos aplicando, sem imiscuir-se no que era a vontade da lei, o caso à espécie. Ao aceitar que a Constituição também era uma lei que devia ser resguardada, aplicada e cumprida, inicia-se o paulatino processo de ascensão política e jurídica da Carta Magna.

Mais tarde, Hans Kelsen iria teorizar a existência de um escalonamento de normas, no qual a Constituição ocupa primazia, sendo o fundamento de validade de todas as demais espécies normativas, que somente poderiam ser acolhidas e aplicadas se conformes a ela. Nascia o dogma da supremacia constitucional: a constituição é soberana dentro do ordenamento jurídico, ou seja, todas as outras normas jurídicas existentes no país devem se submeter à Constituição.

O conceito de normatividade e supremacia constitucional haveria de ser redescoberto, assentando de vez a posição centrípeta da Constituição no ordenamento jurídico e provocando a releitura de institutos consagrados em outras ramificações do direito sob a luz propulsora da Constituição. A chamada “constitucionalização do direito” não é, em essência, fenômeno novo, muito embora se faça acompanhar da divulgação de denominações como direito penal constitucional, direito processual constitucional, direito civil-constitucional, entre outros, como se fossem ramos recentíssimos da dogmática jurídica. Mas, sem dúvida, primou pela identificação entre a propalada Constituição jurídica e a Constituição real, impondo a sua observância e concretização não só pelo Estado, mas por toda a sociedade.

De nada adiantaria, contudo, professar um *status* de superioridade se não houvesse um instrumento hábil a resguardá-la. A verificação da constitucionalidade de leis e atos normativos emanados do Poder Público exsurge, assim, como autêntico mecanismo de salvaguarda da supremacia constitucional.

O controle de constitucionalidade se assenta sobre o pilar da rigidez constitucional, técnica de defesa da Constituição. Diz-se que uma constituição é rígida se ela guarda certa estabilidade e permanência, traduzindo certeza e solidez jurídica das instituições e uma relativa imutabilidade do seu texto. Relativa, porque se verdadeiramente imutável, torna-se inócua a fadada ao fracasso, escravizando as gerações futuras e provocando, *per se*, a própria sucumbência.

Segundo o mestre Pontes de Miranda, a técnica da rigidez abrange a atividade do poder constituinte e a atividade do poder reformador, fazendo-se sentir tanto na elaboração da norma quanto na sua incidência e permanência. E arremeda:

De modo que há, em verdade, três técnicas ordenadas no tempo, em vez de duas: a) a técnica da atividade do poder constituinte; b) a técnica da prevalência das regras jurídicas constitucionais (ineficácia, não-incidência, ou não-aplicação das outras regras jurídicas que as violem), que é técnica de infringência; c) a técnica da reforma ou revisão da Constituição ou das regras jurídicas constitucionais. Estão, assim, marcadas as três espécies de *técnica da rigidez*.⁶ (destaque do original).

Ao fim e ao cabo, as três técnicas resumem-se em um enunciado só: as normas constitucionais não são derogadas pelos dispositivos comuns, e exigem para a sua feitura e alteração uma classe de procedimento especial, mais solene e trabalhoso, distinto daquele reservado à elaboração das leis ordinárias. Daí decorre a diferenciação entre poder constituinte⁷, em sua acepção primitiva e mais adequada, e poder de reforma.

A rigidez constitucional é pressuposto para o controle de constitucionalidade e se fundamenta no princípio da supremacia constitucional. Um conceito conduz ao outro. A manutenção da supremacia depende de um sistema de repressão, prevenção e controle. Este só se realiza se admitida a rigidez constitucional.

A chegada a essa conclusão, contudo, foi lenta e dependeu de um trabalho primoroso de interpretação da Suprema Corte norte-americana. Com efeito, a Constituição americana inaugurou o império das constituições escritas. Promulgada em 18 de setembro de 1787, fruto de um esforço de consolidação das ex-colônias britânicas, nela não se fez constar nenhuma atribuição de guarda

⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967**: tomo I (arts. 1º - 7º). São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1967, p. 402. De se registrar que o jurista advoga ainda que mesmo as constituições que não sejam tecnicamente rígidas, gozam de fatores enrijecedores, de feição sócio-psicológica, tais como a religião, as convicções éticas, ideológicas ou científicas vigentes.

⁷ Em sua acepção original, derivada da teorização formulada por Sièyes, o poder constituinte é tido como a capacidade de elaborar uma constituição, estabelecendo uma nova ordem jurídica fundamental para o Estado, compondo um poder inicial, autônomo, soberano e que não encontra qualquer limitação jurídica, condicionado tão-somente ao substrato fático-material sobre o qual se revela em dado momento histórico. A doutrina brasileira, no entanto, em um de seus interessantes momentos de inovação, costuma segmentar o poder constituinte em duas espécies: o originário, com as feições supra delineadas, e o derivado, espécie de “poder constituído pelo poder constituinte”. O poder derivado albergaria tanto o poder dos entes federados de criar suas próprias constituições, observados os princípios e regras da Constituição Federal (poder constituinte derivado decorrente), quanto o poder de reforma e revisão desta última (poder constituinte derivado reformador).

específica a qualquer órgão federal. Ainda assim, uma disputa política permitiu a sua extração dos princípios ínsitos na constituição, como sabido, extremamente sintética do governo norte-americano. É o célebre caso *William Marbury vs. James Madison*.

Relata Adhemar Ferreira Maciel⁸, ex-ministro do Superior Tribunal de Justiça, que no final do mandato do federalista John Adams, o Congresso promulgara a *District of Columbia Organic Act*, a qual atribuía ao Presidente da República o provimento de quarenta e dois cargos de *justice of the peace*, a serem referendados pelo Senado. Destes, dezesseis não puderam ser titulados antes da transferência de governo para as mãos do republicano Thomas Jefferson. John Marshall, com certa sorte de acaso, deixou o cargo de secretário de Estado para ocupar a Presidência da Suprema Corte, com as recusas de John Jay – que já havia sido *Chief of Justice* entre 1789 e 1795 – e William Cushing. Alguns *justices of the peace* nomeados e não titulados, dentre eles, William Marbury ajuizaram um *writ of mandamus* diretamente na Suprema Corte, com fulcro na seção 13 do *Judiciary Act* de 1789, para forçar James Madison, secretário de estado nomeado pelo novo governo, a lhes entregar os títulos de nomeação.

Diante do caso, entendeu o *Chief* Marshall que a lei federal de organização judiciária de 1789 atribuía à Suprema Corte competência que não era expressamente prevista na Constituição, e, por esta razão, a ação de Marbury e dos demais não tinha como tramitar naquela Corte. O célebre aresto vaticinava: ou a constituição controla qualquer ato legislativo que a contrarie ou a legislatura pode alterar a constituição por lei ordinária. Se admitirmos a primeira alternativa como verdadeira, então um ato contrário à constituição não é direito; se, contudo, considerarmos aceitável a última, então as constituições escritas não passariam de absurdas tentativas de limitar um poder que, por sua própria natureza, é ilimitado⁹.

⁸ MACIEL, Adhemar Ferreira. O acaso, John Marshall e o controle de constitucionalidade. **Revista de informação legislativa**, Brasília, a.43, n. 172, out/dez. 2006, passim.

⁹ No original: "It is a proposition too plain to be contested, that the constitution controls any legislative act repugnant to it; or that the legislature may alter the constitution by an ordinary act. Between these alternatives there is no middle ground. The constitution is either a superior, paramount law, unchangeable by ordinary means; or it is on a level with ordinary legislative acts, and, like other acts, is alterable when legislature shall please to alter it. If the former part of the alternative be true, then a legislative act contrary to the constitution is not law; if the latter part be true, then written constitutions are absurd attempts on the part of the people to limit a power in its own nature illimitable. Certainly all those who have framed written constitutions contemplate them as forming the fundamental and paramount law of the nation, and consequently the theory of every such government must be, that an act of the legislature repugnant the constitution is void. This theory is essentially attached to a written constitution, and consequently to be considered by this court as one of the fundamental principles of

Em outras palavras, Marshall extraiu do “espírito da Constituição” que uma lei não deve ser aplicada, se contrária à Constituição. Dada a particular natureza que os precedentes gozam no sistema americano, estavam fixadas as bases do controle do Judiciário sobre os atos oriundos dos Poderes Legislativo e Executivo. Ressalte-se que, não obstante tenha se refutado de julgar o caso, Marshall não deixou de declarar, em caráter *obiter dictum*, que a nomeação dos *justices of the peace* havia sido válida, já que acompanhadas do assentimento senatorial.

A engenhosa saída pela tangente representou um marco do constitucionalismo moderno pondo em relevo dois postulados básicos, hoje inquestionáveis: primeiro, que a Constituição é a lei fundamental de um Estado; segundo, que a Constituição, como lei que é, tem de ser interpretada e aplicada. A inferência, contudo, não teria sido possível sem os “precedentes” doutrinários de *sir Edward Coke*, para quem acima do rei e do Parlamento estava a lei, cabendo aos juízes declarar a nulidade de qualquer provimento que se lhe mostrasse contraveniente, e *Alexander Hamilton*, expressamente citado na ilustre decisão do caso *Marbury vs. Madison*, em especial quando advoga que a interpretação das leis é própria e peculiar província dos tribunais. A par disso, é de se registrar que a metrópole inglesa conferia aos fundadores o poder de elaborar normas coloniais próprias, desde que não fossem contrárias às leis inglesas¹⁰, o que evidencia um latente escalonamento normativo.

O poder de realizar o controle da constitucionalidade dos atos estatais no âmbito do Poder Judiciário foi chamado de *judicial review* (ou ainda *judicial control*) e inaugurou a jurisdição constitucional.

Na Europa embalada pela constante queda e ascensão de monarquias e repúblicas que pouco ou nada tinham de diferentes em essência, a técnica da *judicial review* não encontrou, de imediato, partidários. A normatividade e o *status* da Constituição era um ponto controvertido, conforme assinalado alhures, propulsor de

our society”. In: MARSHALL, John. **The writings of John Marshall, late Chief-Justice of the United States, upon the Federal Constitution**. Boston: Harvard College Library, 1839, p. 24-25. Versão digitalizada, disponível em <books.google.com>. Acesso em 09 abr. 2010.

¹⁰ Cf. LEAL, Roger Stiefelmann. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 19-23.

acalorados debates. Com efeito, gozava o Parlamento da autoridade de representante da nação e órgão do qual emanava a Lei, fruto da razão ou da vontade geral, na expressão de Rousseau. Estava, pois, em situação de relativa intangibilidade em um período que a separação dos poderes era a um só tempo conquista e dogma inafastável. O *judicial review*, por sua vez, possibilitava ao Judiciário rever atos oriundos do Executivo e do Legislativo. A necessidade, entretanto, de garantir efetividade à Constituição impunha o desenvolvimento de um mecanismo de fiscalização.

Com a promulgação da Constituição da Áustria de 1920, adotou-se um modelo de jurisdição constitucional concentrada que fez cingir a atividade ordinariamente desenvolvida pelo Poder Judiciário, firmemente atrelada à aferição de legalidade, da atividade de examinar a existência de ofensa à Constituição, de competência privativa de um órgão apartado, denominado Corte ou Tribunal Constitucional. É dizer: aos juízes e tribunais da jurisdição ordinária, nesse sistema, não é dado o controle da constitucionalidade das leis. Havendo dúvida, a questão deve ser levada a conhecimento do Tribunal Constitucional. A concentração do poder de controle da constitucionalidade dos atos estatais num único órgão tinha por fito, ainda, assegurar a uniformidade de entendimento e evitar a disparidade de decisões em face do mesmo texto constitucional.

Registre-se que, para Kelsen, seu idealizador, a aferição se dá no plano de validade, “traduzindo um juízo puramente lógico e avalorativo consistente na verificação da compatibilidade entre normas de posição hierarquizada”¹¹. O Tribunal ou Corte Constitucional, a despeito do nome, não integrava o Poder Judiciário, estando, assim, em uma categoria à parte. Sua função tem feição legislativa, na medida em que implica o afastamento de uma lei que viole a Constituição. Interfere no Legislativo e desse modo atua como se legislador fosse – mas um legislador negativo, porque não cria a lei; expurga aquela desconforme, construindo norma geral em sentido contrário à expurgada. A saída contornava o problema da ingerência de um poder sobre o outro. Nas palavras de Leal, “a grande virtude do modelo teórico por Kelsen foi a de apresentar soluções teórico-institucionais às

¹¹ DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. **Controle de constitucionalidade e teoria da recepção**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 33.

objeções político-jurídicas que impediam a introdução de efetivos mecanismos de jurisdição constitucional”¹².

Aberta a possibilidade de exame de validade da norma em tese, independentemente da existência de controvérsia intersubjetiva, o modelo austríaco rapidamente espalhou-se pelos ordenamentos jurídicos europeus, como a exemplo da Alemanha, da Itália e da Espanha, com algumas modificações.

Os sistemas aqui referidos – difuso e concentrado – tiveram em comum a fixação do momento para o exercício do controle. O *judicial review* americano, que atribuía a legitimidade para aferição de compatibilidade a qualquer juiz ou tribunal, cabendo, todavia, o respeito e observância das decisões emanadas da Suprema Corte, e a jurisdição concentrada austríaca, que só permite esse exame ao Tribunal Constitucional, são ambos de natureza repressiva. O controle, nesses casos, é posterior à edição do ato.

De toda forma, quer no controle difuso, quer no controle abstrato, somente podem ser impugnados os atos do Poder Público com grau de normatividade – lei em sentido estrito ou espécies a ela equiparadas e atos administrativos revestidos de natureza imperativa e genérica.

A incompatibilidade entre a norma infraconstitucional e a Constituição pode se dar tanto no plano formal quanto no plano material, vez que a validade pressupõe que o ato seja emanado de autoridade competente, veiculando matéria conforme às diretrizes alçadas a valores supremos do Estado e encerradas em sua Lei Fundamental, e aprovada por meio de procedimento adequado.

No direito positivo pátrio, em louvor ao princípio da legalidade prescrito pelo art. 5º, inciso II, da Constituição de 1988, as espécies normativas exigem a observância de determinados procedimentos para a sua edição. A supressão, a modificação ou a ofensa a qualquer das etapas do processo legislativo torna o ato assim oriundo procedimental ou formalmente inconstitucional. Os vícios formais abrangem tanto a iniciativa quanto o trâmite constitucional, notadamente a exigência de quorum especial de votação ou de interstício entre as votações, por exemplo.

¹² LEAL, Roger Stiefelmann. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 47.

No plano material, a inconstitucionalidade pode ser decorrente do conteúdo veiculado pela norma que afronta o preconizado pela Constituição. O objeto do ato normativo há de estar substancial e necessariamente em consonância com as regras, princípios e preceitos da Lei Máxima, sob pena de invalidade.

Em qualquer das hipóteses – inconstitucionalidade formal e inconstitucionalidade material – o ato existe é viciado. Diz-se, portanto, que a inconstitucionalidade se dá por uma ação do Poder Público. É possível, todavia, que o não-agir seja fonte de inconstitucionalidade. Nesse caso, a Lei Fundamental impõe a efetivação de um direito ou diretriz por ela erigido à posição de tópico de relevância pública. A não concretização dos preceitos constitucionais por inércia legislativa ou administrativa na sua regulamentação também conduz a um estado de inconstitucionalidade. A omissão pode ser absoluta (total) ou relativa (parcial) – neste último caso, trata-se de cumprimento imperfeito do dever de legislar, que torna o direito falho ou ineficiente.

Estas são, pois, em linhas gerais, as características do controle da constitucionalidade das normas, cujo fundamento se fez extrair da percepção de um *status* de primazia que a Constituição, a *Lex Legum*, enquanto fruto da elaboração de uma Assembleia Constituinte representativa do povo, goza perante as demais leis aprovadas ordinariamente pelo Poder Legislativo e perante os atos regulamentares editados pelo Executivo.

2.2 O modelo de fiscalização adotado pela Constituição de 1988

A Constituição de 1988 contempla ambos os mecanismos de controle de constitucionalidade, permitindo, de um lado que qualquer juiz de primeira instância ou tribunal, atendidos os requisitos constitucionais de apreciação, deixe de aplicar lei ou ato normativo que contrarie a Constituição, e de outro admite a arguição direta da norma, abstraída do exame de qualquer controvérsia porventura existente, à

competência exclusiva do órgão de cúpula do Poder Judiciário, quando o parâmetro for a Constituição Federal.

Mas nem sempre foi assim. A Constituição Imperial de 1824 não previa, expressamente, o controle jurisdicional de constitucionalidade. Ao Legislativo cabia a função de “fazer Leis, interpretar-as, suspendel-as e revogal-as”, além de “velar na guarda da Constituição”¹³, em íntima filiação à doutrina lockeana da separação de poderes, consagrando a visão então revolucionária da soberania do Parlamento.

Somente com a proclamação da República, sob forte influência dos ares americanos, fez-se presente entre nós o modo difuso de controle, ressuscitando o Poder Judiciário, dantes tão pouco amparado. A Constituição de 1891 transformou o Supremo Tribunal de Justiça em Supremo Tribunal Federal e outorgou-lhe competência para conhecer e julgar, em grau de recurso, as causas em que se contestasse a validade de tratados e leis federais ou estaduais em face da Constituição, conforme previsão de seu art. 59, § 1º, alíneas “a” e “b”. A disposição parecia explícita, mas até por ser inovadora em um Estado que se viu repentinamente federativo, precisou ser definitivamente aclarada pelo insigne Ruy Barbosa, que sustentou, pela primeira vez em sede nacional, o direito dos tribunais de examinar a constitucionalidade dos atos legislativos e administrativos:

O unico lance da Constituição americana, onde se estriba illativamente o juizo, que lhe attribue essa intenção, é o do art. III, secç. 2ª, cujo teor resa assim: "O poder judiciario estender-se-ha todas as causas, de direito e equidade, que nascerem desta Constituição, ou das leis dos Estados Unidos".

Não se diz ahi que os tribunaes sentenciarão sobre a validade, ou invalidade, das leis. Apenas se estatue que conhecerão das causas regidas pela Constituição, como conformes, ou contrarias a ella.

Muito mais concludente é a Constituição brasileira.

Nella não só se prescreve que

"Compete aos juizes ou tribunaes federaes processar e julgar as causas, em que alguma das partes fundar a acção, ou a defesa, em disposição da Constituição Federal (art. 6o, a);"

Como, ainda, que

"Das sentenças das justiçaes dos Estados em ultima instancia haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal, quando se questionar *sobre a validade* de tractados e leis federaes, e a decisão do tribunal do Estado for contra ella." (Art. 59, § 1º, a.)

A redacção é claríssima. Nella se reconhece, não só a competencia das justiçaes da União, *como a das justiçaes dos Estados*, para conhecer da legitimidade das leis perante a Constituição. Somente se estabelece, a favor das leis federaes, a garantia de que, sendo contraria á subsistencia delias a decisão do tribunal do Estado, o feito pode passar, por via de recurso, para o Supremo Tribunal Federal. Este ou revogará a sentença, por não

¹³ Art. 14, incisos VIII e IX, da Constituição de 1824.

procederem as razões de nullidade, ou a confirmará pelo motivo opposto. Mas, numa ou noutra hypothese, o principio fundamental é a auctoridade, reconhecida expressamente no texto constitucional, a todos os tribunales, federaes, ou locaes, de discutir a constitucionalidade das leis da União, e applical-as, ou desapplical-as, segundo esse criterio. E' o que se dá, por effeito do espirito do systema, nos Estados Unidos, onde a letra constitucional, diversamente do que ocorre entre nós, é muda a este proposito.¹⁴ (destaques originais).

Gilmar Ferreira Mendes¹⁵, contudo, encontra fundamento jurídico para o controle jurisdicional em diplomas legislativos ainda mais distantes, a saber, a Constituição Provisória de 1890 (art. 58, §1º, alíneas “a” e “b”) e no Decreto nº 848 (art. 3º), daquele mesmo ano, que tratou de organizar a Justiça Federal, tendo a Constituição de 1891 apenas incorporado tais disposições. Mais tarde, a Lei nº 211, de 20 de novembro de 1894, proclamou a supremacia do Judiciário e a consolidação do controle difuso, ao dispor, no art. 13, *caput* e §§ 10 e 11:

Art. 13. Os juizes e tribunaes federaes processarão e julgarão as causas que se fundarem na lesão de direitos individuaes por actos ou decisão das autoridades administrativas da União.

.....
§ 10. Os juizes e tribunaes apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de applicar aos casos occurrentes as leis manifestamente inconstitucionaes e os regulamentos manifestamente incompativeis com as leis ou com a Constituição.

§ 11. As sentenças judiciais passarão em julgado e obrigarão as partes e a administração em relação ao caso concreto que fez objecto da discussão.

Registre-se que, nos Estados Unidos, a Suprema Corte trouxe para si, mediante expediente interpretativo, o poder de rever os atos do Poder Público. No Brasil, tal competência foi “empurrada” para o Judiciário, composto principalmente por membros oriundos do antigo regime, muito pouco afetos à novel atribuição.

Já no governo de Artur Bernardes, a Emenda Constitucional de 1926 cuidou de esclarecer os dispositivos que versavam acerca da competência do Supremo Tribunal Federal.

A Constituição de 1934 teve curta duração, mas introduziu importantes modificações na jurisdição constitucional, como a cláusula de reserva de plenário e a

¹⁴ BARBOSA, Ruy. **Os actos inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal**. Rio de Janeiro: Companhia Impressora, 1893, p. 56-57. Versão digitalizada, disponível em <www.dominiopublico.com.br>.

¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos**. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 171.

ampliação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade mediante resolução do Senado¹⁶. Também se inseriu dispositivo que permitia à União intervir nos Estados mediante representação do Procurador-Geral da República para assegurar a execução das leis federais e a observância dos princípios constitucionais sensíveis, a saber: forma republicana representativa, independência e coordenação de poderes, temporariedade das funções eletivas, autonomia dos Municípios, garantias do Poder Judiciário e do Ministério Público locais, prestação de contas da Administração, possibilidade de reforma constitucional e competência do Poder Legislativo para decretá-la e representação das profissões. A representação interventiva foi cognominada pela doutrina de ação declaratória de inconstitucionalidade vez que a Corte Suprema limitava-se a declarar a inconstitucionalidade, cabendo ao Presidente da República decretar ou não a intervenção¹⁷.

Era o primeiro passo para a adoção conjunta de um modelo de controle jurisdicional abstrato.

A Constituição de 1937 representou uma involução nos mecanismos de controle. De feição autocrática, inaugurou o Estado Novo, e a primazia do Executivo sob os demais poderes constituídos. A intervenção, dantes extraída como exceção, passa a ser regra, minorada a participação do Supremo Tribunal Federal na espécie¹⁸. Fosse pouco, ainda admitiu a possibilidade de cassação da decisão que declarara a inconstitucionalidade de lei, mediante reexame do Parlamento, a

¹⁶ Constituição de 1934, art. 179 – “Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juizes, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público; art. 91, inciso 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.”

¹⁷ Cf. art. 12, inciso IV, e §§ 2º e 6º, alíneas “a” e “b”, c/c art. 7º, inciso I, alíneas “a” a “h”, da Constituição de 1934.

¹⁸ Com efeito, a redação do art. 9º da Constituição de 1937 era a seguinte: “O Governo federal intervirá nos Estados, mediante a nomeação pelo Presidente da República de um interventor, que assumirá no Estado as funções que, pela sua Constituição, competirem ao Poder Executivo, ou as que, de acordo com as conveniências e necessidades de cada caso, lhe forem atribuídas pelo Presidente da República:

.....
e) para assegurar a execução dos seguintes princípios constitucionais;

- 1) forma republicana e representativa de governo;
- 2) governo presidencial;
- 3) direitos e garantias assegurados na Constituição;
- f) para assegurar a execução das leis e sentenças federais.

Parágrafo único - A competência para decretar a intervenção será do Presidente da República, nos casos, das letras *a*, *b* e *c*; da Câmara dos Deputados, no caso das letras *d* e *e*; do Presidente da República, mediante requisição do supremo Tribunal Federal, no caso da letra *f*.”

requerimento e juízo do Presidente da República. Referido dispositivo era assim enunciado:

Art 96.

Parágrafo único. No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.

Em verdade, a previsão não era efetivamente utilizada, pois o Congresso permaneceu, durante maior parte do período de regência dessa Carta Política, em recesso involuntário. Na prática, o próprio Presidente Getúlio Vargas editava Decretos-lei, confirmando textos de lei declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.

Também não constava mais a previsão de suspensão pelo Senado Federal da execução de lei federal declarada inconstitucional pelo Supremo, e retirava do Procurador-Geral da República a legitimidade para propor a representação interventiva.

A redemocratização do País, em meio ao término da Segunda Guerra Mundial e a queda dos regimes totalitaristas, restaurou a tradição do controle judicial no Direito brasileiro, jurisdicional e eminentemente difuso-incidental. Retomou-se a exigência da maioria absoluta dos membros do Tribunal para a eficácia da decisão declaratória de inconstitucionalidade, bem como a atribuição do Senado Federal para suspender a execução de lei declarada inconstitucional em decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal¹⁹.

A Constituição de 1946 promoveu, ainda, melhor delineamento da representação interventiva, alargando a competência do Supremo para abranger igualmente os conflitos entre a União e os Estados, decorrentes do descumprimento de princípios constitucionais atinentes à forma republicana, a independência e harmonia dos Poderes, a temporariedade das funções eletivas, a proibição de reeleição de Governadores e Prefeitos, a autonomia municipal, a prestação de contas da Administração e as garantias do Poder Judiciário. Nessas hipóteses, a

¹⁹ Respectivamente, arts. 200 e 64 da Constituição de 1946.

intervenção ficava a depender de provocação pelo Procurador-Geral da República ao exame positivo do Supremo Tribunal²⁰.

Mais tarde, em meio a outro regime ditatorial, a Emenda Constitucional 16, de 26 de novembro de 1965, dando nova redação à alínea “k” do art. 110, inciso I, iria explicitar a competência do Supremo Tribunal para processar e julgar “a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República”. Semelhante procedimento foi assegurado para exame de leis municipais, facultando aos Estados “estabelecer processo de competência originária do Tribunal de Justiça, para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato do Município em conflito com a Constituição do Estado” (art. 124, inciso XIII, inserido pela Emenda Constitucional nº 16/65).

Dessa feita, sem prejuízo do controle realizado ante o caso concreto, a Emenda nº 16/65 lançou de vez o controle abstrato da constitucionalidade de leis e atos normativos oriundos do Poder Público, cujos efeitos seriam oponíveis a todos, independentemente de resolução senatorial, provocando a invalidação da norma inconstitucional.

A Constituição de 1967 não teve grande repercussão na fiscalização normativa. Manteve-se incólume o controle difuso e admitiu a ação direta de inconstitucionalidade, embora já não houvesse idêntica previsão em nível estadual (controle de leis municipais em face da Constituição Estadual). A Emenda nº 1/69 inseriu o controle municipal tão-somente para fins de intervenção estadual, ao passo que a Emenda nº 7/77 criou nova espécie de representação cujo objetivo era obter interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual, e assim, evitar a proliferação de demandas, com a fixação da correta exegese da lei, além de reconhecer, expressamente, a competência do Supremo Tribunal Federal para deferir pedido de medida cautelar²¹.

Por fim, a Constituição de 1988 assentou o sistema híbrido ou misto de controle e incorporou outros mecanismos de salvaguarda de sua autoridade. Manteve o sistema difuso-incidental com a exigência de observância da cláusula de

²⁰ Cf. arts. 7º, inciso VII, alíneas “a” a “g”, e 8º, parágrafo único, ambos da Constituição de 1946.

²¹ Cf. arts. 15, § 3º, alínea “d”; 119, inciso I, alíneas “l” e “p”, da Constituição de 1967, com as respectivas alterações.

reserva de plenário (art. 97) e previsão de suspensão da execução de lei declarada inconstitucional em decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal (art. 52, inciso X).

De outra ponta, extinguiu o monopólio do Procurador-Geral da República para ingresso da Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI, ampliando a legitimidade ativa dos promoventes, prevista em seu art. 103. Estabeleceu, ainda, em face de conduta normativa positiva, o controle das omissões legislativas do Poder Público. O art. 103, § 2º, garantiu um instrumento hábil para o controle abstrato: a ADI por omissão. No caso concreto, e desde que a falta de norma regulamentadora tornasse inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, poder-se-ia fazer uso do mandado de injunção (arts. 5º, inciso LXXI, 102, inciso I, alínea “q”; 105, inciso I, alínea “h”).

Ao lado das ações diretas genéricas, manteve-se a ADI interventiva e introduziu nova ação, denominada, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental decorrente da Constituição – ADPF (art. 102, parágrafo único, na redação primitiva, e § 1º na atual).

Reintroduziu a possibilidade de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição estadual (art. 125). A Emenda Constitucional nº 3/93 passou a prever a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, dando nova redação ao art. 102, I, a.

Tantos instrumentos de controle direto sobre a compatibilidade entre as normas infraconstitucionais e a Constituição fizeram a doutrina pugnar uma suposta primazia do controle concentrado ou reservado sobre o difuso, que, contudo, jamais deixou de existir e de merecer a atenção do jurista.

3 ARGUIÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE NO CASO CONCRETO

3.1 O controle incidental de normas realizado pelo juízo monocrático

É da essência do controle difuso que qualquer juiz ou tribunal possa declarar, em caráter incidental, a inconstitucionalidade de ato normativo ou lei federal, estadual ou municipal. Registre-se que mesmo o direito local pode, no caso concreto, ter sua validade examinada tomando por parâmetro a Constituição Federal, fato que não é possível em sede de controle abstrato, senão por meio da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

No curso da demanda submetida à apreciação do juiz natural da causa, é possível que qualquer das partes argua a inconstitucionalidade de determinado ato normativo ou lei, como fundamento quer para o afastamento do direito invocado pelo autor, quer para a refutação dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos arrolados pelo réu por ocasião da apresentação de defesa. De uma forma ou de outra, interpõe-se uma questão incidente sobre a qual o julgador há de se debruçar antes de analisar a relação de direito material subjacente à lide.

Comumente, o recurso é mais utilizado como linha de defesa, razão pela qual se tem alcunhado o controle no caso concreto de “via de exceção”. Explica Didier Jr. que exceção é palavra polissêmica na dogmática jurídica: possui sentidos pré-processual, processual e substancial. É, a um só tempo, direito abstrato de defesa, meio pelo qual o demandado se defende concretamente em juízo e situação jurídica que a lei material considera como apta a impedir ou retardar a eficácia de determinada pretensão ativa. Nas três acepções, é latente a relação umbilical entre exceção e defesa²².

Não obstante a nomenclatura consagrada pela doutrina, e conforme já mencionado, a arguição incidental pode ser apresentada tanto pelo autor quanto

²² DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. Salvador: JusPodium, 2007, p. 439-440.

pelo réu, objetivando isentar a parte suscitante do cumprimento da lei ou ato normativo em desacordo com a Lei Maior. O Ministério Público, atuando como parte ou como *custos legis*, também pode levantar a dúvida quanto a constitucionalidade da norma, bem como terceiros que venham a intervir no processo, tais como o assistente, o oponente, o denunciado, o chamado. Por ser questão de direito, segue a regra geral de que o juiz ou tribunal pode conhecê-la de ofício, pelo menos em instância ordinária, vez que no âmbito de um recurso extraordinário *lato sensu*, à falta de prequestionamento, o tema não pode ser enfrentado.²³

A isenção, todavia, não é o objeto principal da cognição judicial. É ponto prévio e prejudicial, que deve, necessariamente, ser enfrentado para o deslinde do caso, sendo por isso chamada de questão prejudicial. Da formulação de um juízo sobre a questão prejudicial depende a solução da questão principal.

A prejudicial posta como fundamento do pedido não fica acobertada pela coisa julgada, conforme prescreve o artigo 469 do Código de Processo Civil:

Art. 469. Não fazem coisa julgada:

- I – os motivos, ainda que importantes para determinar a parte dispositiva da sentença;
- II – a verdade dos fatos estabelecida como fundamento da sentença;
- III – **a apreciação de questão prejudicial decidida incidentalmente no processo.**

Não estando revestida da eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença não mais sujeita a recurso, quer ordinário, quer extraordinário, a norma impugnada permanece válida e obrigatória em outras situações. Realce-se que a declaração incidental não tem o condão de invalidar a norma, cumprindo ao juiz somente afastar a sua aplicação ante aquele caso específico. É dizer: a decisão somente produz efeitos entre as partes e relativamente ao caso veiculado pela

²³ Nesse sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário e controle incidente de constitucionalidade das leis. Na instância extraordinária, é de ser recebida com temperamentos a máxima de que, no sistema de controle incidente, o juiz de qualquer grau deve declarar de ofício a inconstitucionalidade de lei aplicável ao caso: assim, quando nem a decisão objeto do recurso extraordinário, nem o recorrente hajam questionado a validade, em face da Constituição, da lei aplicada, mas se hajam limitado a discutir a sua interpretação e conseqüente aplicabilidade ou não ao caso concreto, a limitação do juízo do RE, de um lado, ao âmbito das questões constitucionais enfrentadas pelo acórdão recorrido e, de outro a fundamentação do recurso, impede a declaração de ofício de inconstitucionalidade da lei aplicada, jamais arguida pelas partes nem cogitada pela decisão impugnada. Recurso Extraordinário nº 117.805. Estado do Paraná e Antônio Pedroso de Lima e outros. 1ª Turma. Relator Min. Sepúlveda Pertence. Brasília/DF, 04 mai. 1993. **Diário da Justiça da União**, 27 ago. 1993.

demanda julgada, não impedindo que a norma seja invocada e aplicada em outras situações que envolvam partes diversas ou ainda as mesmas, conforme exposto por Didier Jr.:

As questões resolvidas na fundamentação da decisão judicial não ficam acobertadas pela coisa julgada material (art. 469 CPC). Por esta razão, tudo o que aí é analisado pelo magistrado pode ser revisto em outros processos, que envolvam as mesmas ou outras partes, não se submetendo os julgadores desses outros processos às soluções alvitadas na motivação das decisões anteriores. A coisa julgada material, conforme se verá no capítulo próprio, torna intangível apenas o conteúdo da norma jurídica concreta estabelecida no dispositivo da sentença.²⁴

Em geral, a questão prejudicial é fratura exposta, passível de ser questionada em outras oportunidades. O Código de Processo Civil ainda vigente²⁵, contudo, admite que a fragilidade seja contornada e alçada à demanda, cuja solução passa a ser igualmente acobertada pelo manto de imutabilidade. Para tanto, a parte suscitante deve propor ação declaratória incidente com fulcro no artigo 325 do diploma processual civil, a saber:

Art. 325. Contestando o réu o direito que constitui fundamento do pedido, o autor poderá requerer, no prazo de 10 (dez) dias, que sobre ele o juiz profira sentença incidente, se da declaração da existência ou da inexistência do direito depender, no todo ou em parte, o julgamento da lide (art. 5º).

É fato que a redação não é das melhores, posto que de sua literalidade, pode parecer que a faculdade de requerer a sentença incidente é dada apenas ao autor da demanda principal. Todavia, referido dispositivo faz expressa referência ao artigo 5º do *Codex*, o qual, indubitavelmente, atribui tanto ao autor quanto ao réu o direito de utilizar o expediente:

Art. 5º. Se, no curso do processo, se tornar litigiosa relação jurídica de cuja existência ou inexistência depender o julgamento da lide, **qualquer das partes** poderá requerer que o juiz a declare por sentença. (negrito nosso).

A questão da constitucionalidade do direito invocado por uma das partes – e até mesmo o de ambas, na hipótese do texto admitir mais de uma interpretação,

²⁴ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada**. 2 ed. Salvador: JusPodium, 2008, p. 270.

²⁵ Dizemos “Código de Processo Civil ainda vigente” porque tramita perante as Casas Legislativas federais o Projeto de Lei nº 166/2010, de autoria do Senador José Sarney e precedido de um Anteprojeto elaborado por uma Comissão de Juristas, presidida por Luiz Fux, ministro do Superior Tribunal de Justiça, objetivando a reforma da disciplina processual civil.

cada uma favorável a um dos litigantes – é, sem dúvida, prejudicial à resolução do caso. Em tese, poder-se-ia alçá-la ao *status* de principal em demanda incidente de cunho declaratório, não fosse a exclusividade de apreciação concedida ao Supremo Tribunal Federal, a teor do disposto no art. 102, inciso I, alínea “a”, para processar e julgar as ações diretas de inconstitucionalidade ou declaratórias de constitucionalidade, tendo por parâmetro de controle a Constituição Federal.

O alerta é dado por Fredie Didier Jr.:

A inconstitucionalidade de lei federal, cuja aplicação in concreto se discute judicialmente, é questão prejudicial que pode ser examinada por qualquer julgador do Poder Judiciário. Como questão prejudicial, o magistrado resolvê-la-á *incidenter tantum*. O controle difuso da constitucionalidade das leis caracteriza-se exatamente por essa peculiaridade: qualquer magistrado, em qualquer processo, pode identificar a inconstitucionalidade e examiná-la como fundamento de sua decisão. No entanto, a constitucionalidade da lei pode ser objeto de um processo; pode ser questão principal, compondo o *thema decidendum*. É o que ocorre nos processos objetivos de controle da constitucionalidade de leis (ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade). Quando figurar como questão principal, a constitucionalidade somente pode ser examinada pelo Supremo Tribunal Federal, que tem competência exclusiva para “decidir” sobre a questão. Note-se: enquanto todos os juízes podem “conhecer” desta questão (*incidenter tantum*; simples fundamento), somente o STF pode “decidir” sobre ela (*principaliter tantum*; *thema decidendum*; objeto de julgamento). É por isso que não cabe ação declaratória incidental para decidir a “prejudicial de inconstitucionalidade: o magistrado não teria competência para tanto.”²⁶

Assim, não obstante permita a legislação pátria que o juízo singular examine a questão constitucional levantada como circunstância acidental no caso concreto, a solução judicial é utilizada apenas como meio de se chegar à resolução da lide, restringindo-se seus efeitos às partes litigantes.

Nesse ponto, reside a inconveniência do modelo difuso de controle tal qual transportado para o ordenamento jurídico pátrio. Estando limitado às partes e ao caso *sub judice*, é possível – e porque não dizer provável – a ocorrência de decisões contraditórias que ora aplicam, oram deixam de aplicar a lei ou ato normativo sobre o qual paira a pecha de inconstitucionalidade, atentando assim à necessária segurança jurídica que deve reger as relações sociais.

Como mencionado anteriormente, o controle difuso pode ser instaurado em qualquer tipo de demanda submetida ao Judiciário, de qualquer natureza, quer em tutela cognitiva, executiva ou cautelar, sujeita a rito ordinário, sumário ou

²⁶ DIDIER JR., Fredie. Op. cit., p. 263.

especial, podendo, ainda, ser instaurado nas chamadas ações constitucionais, a saber, *habeas corpus*, mandado de segurança, mandado de injunção, *habeas data*, ação popular, ação civil pública, etc.

Algumas considerações, entretanto, merecem ser trazidas à baila.

O mandado de segurança, ação constitucional destinada a proteger direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, pode veicular pedido de exame no que tange à violação de direito – violação esta resultante da lei a qual se atribui a pecha de inconstitucional. Isso porque não cabe mandado de segurança contra lei em tese, nem sequer sob a alegação de caráter preventivo, vez que a lei, enquanto norma abstrata de conduta não lesa por si só, qualquer direito individual. Tal entendimento encontra-se pacificado no enunciado nº 266 da súmula da jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal Federal. Ainda que fosse admissível a impetração da segurança contra lei em tese, nesta não se poderia requerer o exame da constitucionalidade, posto que se assim o pudesse, implicaria, inevitavelmente, a transmutação do *mandamus* em ação direta de constitucionalidade, usurpando-se competência da Corte Suprema.

Interessante notar que o mandado de segurança pode servir, no entanto, como excepcional instrumento de controle preventivo da constitucionalidade realizado pelo Judiciário.

O controle preventivo é, em geral, exercido pelo Poder Legislativo – através das suas comissões temáticas e de constituição e justiça – e pelo Executivo – neste caso, através do veto jurídico, caracterizado pela não-sanção de projeto de lei em função de sua inconstitucionalidade. Extraordinariamente, também o fará o Poder Judiciário no caso concreto, restrito, no entanto, o seu conhecimento ao que tange às normas constitucionais do processo de elaboração de leis, não alcançando disposições referentes ao regimento interno da Casa Legislativa, consideradas insuscetíveis de apreciação judiciária. Com efeito, o Supremo Tribunal Federal consagrou orientação jurisprudencial que reconhece que o parlamentar dispõe de legitimação ativa para suscitar o controle incidental de constitucionalidade pertinente à observância, pelo Congresso Nacional, dos requisitos – formais e/ou materiais – que condicionam a válida elaboração das proposições normativas, enquanto estas

se acharem em curso na casa legislativa a que pertence o congressista interessado²⁷.

Registre-se que, caso no curso da demanda, ocorra a conversão do projeto de lei em lei, o *writ* perde seu objeto.

O mandado de injunção, inovação trazida pela Constituição de 1988, é por excelência, remédio destinado a curar a síndrome de inefetividade das normas constitucionais. Sua finalidade é assegurar o exercício de direitos e liberdades constitucionais e de prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, porventura obstados pela ausência de norma regulamentadora. Até pouco tempo gozava de muito pouco prestígio vez que, a orientação consagrada pelo Supremo Tribunal Federal limitava a fixar a mora legislativa. Posteriormente, advogou-se a tese de que o juiz poderia determinar um prazo para que a norma fosse editada, à analogia do proposto para a ação de inconstitucionalidade por omissão²⁸.

Um ou outro descompasso se originou quando o Supremo Tribunal Federal decidiu fixar termo também ao Poder Legislativo, o que, por ora, foge aos intentos do presente trabalho. O que nos interessa ressaltar, entretanto, é que o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, insculpido no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição, impõe que a omissão inconstitucional seja apreciada e sanada. Concorre para esse entendimento os comandos estatuídos pelos artigos 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, que, respectivamente, prescrevem: “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os

²⁷ Vide: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de segurança contra ato da mesa do Congresso que admitiu a deliberação de proposta de emenda constitucional que a impetração alega ser tendente a abolição da república. Cabimento do mandado de segurança em hipóteses em que a vedação constitucional se dirige ao próprio processamento da lei ou da emenda, vedando a sua apresentação (como e o caso previsto no parágrafo único do artigo 57) ou a sua deliberação (como na espécie). Nesses casos, a inconstitucionalidade diz respeito ao próprio andamento do processo legislativo, e isso porque a Constituição não quer — em face da gravidade dessas deliberações, se consumadas — que sequer se chegue a deliberação, proibindo-a taxativamente. A inconstitucionalidade, se ocorrente, já existe antes de o projeto ou de a proposta se transformar em lei ou em emenda constitucional, porque o próprio processamento já desrespeita, frontalmente, a Constituição. Mandado de Segurança nº 20.257. Itamar Augusto Cautiero Franco e outro e Mesa do Congresso Nacional. Pleno. Relator Min. Décio Miranda. Brasília/DF, 08 out. 1980. **Diário da Justiça da União**, 27 fev. 1981.

²⁸ Constituição Federal, art. 102, § 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”.

princípios gerais do direito” e “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

A ação civil pública, por sua vez, tem por fito a proteção do meio ambiente, do consumidor, de bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, bem como outros interesses difusos e coletivos. A decisão dela oriunda, exceto se o pedido for julgado improcedente por falta de provas, faz coisa julgada *erga omnes* nos limites da competência territorial do juízo em que proposta. Tal peculiaridade poderia suscitar alguma dúvida acerca da possibilidade ou não de se veicular juízo acerca da constitucionalidade de lei ou ato normativo e a preservação da competência do Supremo Tribunal Federal. Aquela Corte, contudo, já se manifestou como no seguinte excerto:

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reconhecido que se pode pleitear a inconstitucionalidade de determinado ato normativo na ação civil pública, desde que *incidenter tantum*. Veda-se, no entanto, o uso da ação civil pública para alcançar a declaração de inconstitucionalidade com efeitos *erga omnes*. No caso, o pedido de declaração de inconstitucionalidade da lei 754/1994 é meramente incidental, constituindo-se verdadeira causa de pedir. Negado provimento ao recurso extraordinário do Distrito Federal e julgado prejudicado o recurso extraordinário ajuizado pelo Ministério Público do Distrito Federal.²⁹

Relembre-se que, na arguição incidental, a questão constitucional é prejudicial não sendo albergada pela coisa julgada.

Em suma, qualquer tipo de tutela judicial admite o exame da constitucionalidade de leis e atos normativos como incidente necessário ao deslinde da relação de direito material *sub judice*.

A Constituição Federal de 1988 reiterou em seu artigo 97 a exigência do *quorum* especial da maioria absoluta do tribunal para que se declare a inconstitucionalidade de uma norma. É o que a doutrina chama de cláusula de reserva de plenário (ou regra do *full bench*), que, no entanto, não veda ao juiz monocrático a declaração singular. À primeira vista, parece contraditório que se exija do Tribunal uma garantia de segurança jurídica que no órgão inferior não se tem.

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. Ação Civil Pública. Controle de Constitucionalidade. Ocupação de Logradouros Públicos no Distrito Federal. Pedido de inconstitucionalidade *incidenter tantum* da Lei 754/1994 do Distrito Federal. Questão de Ordem. Recurso do Distrito Federal Desprovido. Recurso do Ministério Público do Distrito Federal Prejudicado. Recurso Extraordinário nº 424.993. Ministério Público do Distrito Federal e Territórios e Distrito Federal e outro. Pleno. Relator Min. Joaquim Barbosa. Brasília/DF, 12 set. 2007. **Diário da Justiça Eletrônico** nº 126, 19 out. 2007.

Mas há que se ter em mente que quase como regra os processos não se findam em primeira instância, devolvendo-se o exame da questão ao órgão superior por ocasião da interposição de recurso. Nesse caso, a questão constitucional é veiculada em incidente que a seguir delinearemos.

3.2 O controle incidental de normas nos tribunais

Diferentemente do que ocorre em primeiro grau, o controle de constitucionalidade realizado pelos tribunais tem um procedimento próprio estabelecido pelos artigos 480, 481 e 482 do Código de Processo Civil. Perfaz-se na forma de incidente processual que pode derivar tanto de causas originárias do tribunal quanto de sua competência recursal.

O incidente, em si, não é um recurso, nem ação ou qualquer outro meio de impugnação de decisão judicial. É antes etapa do processo de criação da decisão. Por meio do incidente, transfere-se a análise de uma questão de direito a outro órgão que conhecerá apenas dela, permanecendo o objeto principal do processo afeto à turma ou câmara ao qual foi inicialmente distribuído. Dessa feita, o julgamento é tido como subjetivamente complexo porque envolve a manifestação de mais de um órgão³⁰.

Suscitada a inconstitucionalidade – que alerte-se, pode ser feita a qualquer tempo, desde que antes do julgamento da causa ou do recurso –, o relator, após a ouvida do Ministério Público (imposição do artigo 480), submeterá a questão à turma ou câmara a qual competir o conhecimento do processo. O órgão fracionário, contudo, não tem competência para julgar o incidente. Apenas reconhece-o e determina a remessa dos autos para o Pleno ou órgão especial, a fim de cumprir a regra prevista no artigo 97, da Constituição, a saber:

Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

³⁰ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. 5 ed. Salvador: Juspodium, 2008, p. 529.

Impende realçar que quando o órgão fracionário atesta a procedência da alegação não está afirmando que a lei ou ato é inconstitucional, mas tão-somente que existe uma dúvida fundada, pertinente, a merecer um exame mais profundo.

Por outro lado, havendo a rejeição da alegação por inadmissível ou improcedente, a turma ou câmara deverá dar prosseguimento ao julgamento meritório. Nas palavras de Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, inadmissível ou improcedente é a questão que não é relevante à resolução do caso concreto ou o ato não tenha natureza normativa ou não seja oriundo do Poder Público. Também não se deverá remeter ao pleno, ou ao órgão especial, quando já houver pronunciamento deste (órgão especial/pleno, conforme o caso) ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão³¹.

A rejeição do incidente merece especial cuidado. É certo que sempre se primou em nosso ordenamento jurídico pela excepcionalidade da decretação de incompatibilidade. Se a relação jurídica de direito material puder ser resolvida sem a declaração de inconstitucionalidade, deve-se privilegiar a presunção geral. Contudo, se o órgão fracionário afastar a incidência da lei, já estará, de certo modo, imiscuindo-se em juízo de valor sobre a sua constitucionalidade e violando a cláusula de reserva de plenário. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já editou enunciado de súmula vinculante:

Súmula vinculante 10. Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de Tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta a sua incidência, no todo ou em parte.

Ponto interessante a se destacar é que o *quorum* de maioria absoluta dos membros não se exige das Turmas Recursais dos Juizados Especiais, porque estas – compostas por juízes de primeira instância – não são consideradas “tribunais”. Assim como no que concerne aos juízos singulares, o conhecimento e a competência da turma são plenos³².

³¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1017.

³² DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Op cit., p. 537-538.

Também não se exige a observância do *quorum* qualificado quando a discussão cinge-se à recepção ou não-recepção do direito pré-constitucional³³. Como sabido, há séria discussão se a incompatibilidade entre a novel Constituição e as normas infraconstitucionais que lhe antecederam resolve-se pelas regras de direito intertemporal ou pela declaração de inconstitucionalidade. Durante muito tempo, a jurisprudência pátria não vacilava: inconstitucional só poderia ser o diploma posterior à promulgação da Constituição, pois seria disparatado que se exigisse que uma lei editada anteriormente tivesse como observar aquilo que ainda não foi proposto. É dizer: só é presumidamente constitucional as leis posteriores à Constituição em vigor. As anteriores, ao revés, não o são. O entendimento era amplamente majoritário no âmbito dos tribunais superiores, fundado em uma tradição histórica. Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2, o Ministro Paulo Brossard, reafirmando jurisprudência mais que cinquentenária da Corte, bem enunciou:

Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente; nem o legislador poderia infringir Constituição futura. A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes: revoga-as. Pelo fato de ser superior, a Constituição não deixa de produzir efeitos revogatórios. Seria ilógico que a lei fundamental, por ser suprema, não revogasse, ao ser promulgada, leis ordinárias. A lei maior valeria menos que a lei ordinária.³⁴

Não se pode dizer, contudo, que fosse posição pacífica. Castro Nunes, ministro do STF entre 1940 e 1949, era uma voz quase solitária a defender que o juízo de recepção não era outro senão o de aferição de constitucionalidade. Com efeito, em uma de suas explanações, dizia:

O uso dizer que, em boa técnica, uma Constituição não revoga leis. Constituição e leis, pelo menos no sistema das chamadas Constituições rígidas, são preceituações de nível ou hierarquia diferente. O problema da inconstitucionalidade é um problema de hierarquia de normas, a ser resolvida pela prevalência da lei de graduação superior, que é a Constituição. A teoria da ab-rogação das leis supõe normas da mesma autoridade e hierarquia. Quando se diz, com assento no Código Civil, que a lei posterior revoga, ainda que tacitamente, a lei anterior, supõem-se, no cotejo, leis do mesmo nível. Mas se o confronto situa-se em face da Constituição, o intérprete está diante de um desnível, que é precisamente o

³³ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 89.

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Lei Anterior que a Contrarie. Revogação. Inconstitucionalidade superveniente. Impossibilidade. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2. Federação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino – FENEN e Presidente da República. Pleno. Relator Min. Paulo Brossard. Brasília/DF, 06 fev. 1992. **Diário da Justiça da União**, 21 out. 1997.

que caracteriza a declaração de inconstitucionalidade, problema de direito público, de técnica peculiar, desconhecido ou inadmitido em muitos países, como o era entre nós até a Constituição de 91. [1891]³⁵

A controvérsia ganha novo fôlego com a criação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ação direta que expressamente alcança controvérsia sobre lei ou ato normativo federal, estadual, municipal anteriores à Constituição (art. 1º, parágrafo único, inciso I, da Lei nº 9.882/99) e que pode resultar em juízo de não-recepção. Registre-se que as decisões em sede de ADPF exigem quorum especial de dois terços para votação (oito ministros), defendendo Gilmar Ferreira Mendes et al³⁶, que a ela também se aplica a regra do *full bench*:

A decisão sobre a arguição de descumprimento somente será tomada se presentes pelo menos 2/3 dos Ministros (8 Ministros). Embora o texto seja silente, também aqui se há de aplicar a regra do art. 23 da Lei n. 9.868/99, segundo a qual a decisão de procedência ou improcedência haverá de ser tomada pela maioria absoluta dos membros do Tribunal. Em reforço desse argumento milita a disposição contida na Lei n. 9.882/99, que exige seja a cautelar deferida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal (art. 5º, *caput*). Não se pode adotar para a decisão definitiva critério menos rigoroso do que aquele fixado para a liminar.

De toda sorte, o Ministro Celso de Mello, em seu voto no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 582.280/RJ, fez registrar que:

(...) a discussão em torno da incidência, ou não, do postulado da recepção – precisamente por não envolver qualquer juízo de inconstitucionalidade (mas, sim, quando for o caso, o de simples revogação de diploma pré-constitucional) – dispensa, por tal motivo, a aplicação do princípio da reserva de Plenário (CF, art. 97), legitimando, por isso mesmo, a possibilidade de reconhecimento, por órgão fracionário do Tribunal, de que determinado ato estatal não foi recebido pela nova ordem constitucional(...).³⁷

³⁵ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Memória jurisprudencial: ministro Castro Nunes**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007, p. 59.

³⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 1117.

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário interposto pelo Município do Rio de Janeiro/RJ. Pleito recursal que busca a aplicação, no caso, da técnica da modulação dos efeitos temporais na declaração de inconstitucionalidade. Impossibilidade, pelo fato de o Supremo Tribunal Federal não haver proferido decisão de inconstitucionalidade pertinente ao ato estatal questionado. Julgamento da Suprema Corte que limitou-se a formular, na espécie, mero juízo negativo de recepção. Não-recepção e inconstitucionalidade: noções conceituais que não se confundem. Recurso improvido. Agravo Regimental no Agravo Interno nº 582.280. Município do Rio de Janeiro e Olivier Charles Mathieux. 2ª Turma. Relator Min. Celso de Mello. Brasília/DF, 12 set. 2006. **Diário da Justiça da União**, 06 nov. 2006.

Todavia, uma vez reconhecido que à solução do conflito de interesses faz-se necessário um juízo de constitucionalidade, os autos serão remetidos ao órgão especial ou o plenário para que este examine exclusivamente a questão de direito prejudicial posta incidentemente no processo. Lavrado o acórdão, os autos são devolvidos à câmara ou turma para a segunda parte do julgamento. Por esta razão, a decisão que aprecia a inconstitucionalidade da norma no incidente é irrecorrível: ela não finda o julgamento. A parte insatisfeita poderá recorrer daquela exarada pelo órgão fracionário, verdadeiramente enfrentando o conflito de interesses veiculado pela demanda.

A cisão do julgamento, marca característica do incidente, confere ao exame da (in)constitucionalidade um cunho eminentemente objetivo, porquanto abstrai a lide subjacente para tratar do direito em si mesmo. Daí porque Fredie Didier Jr. e Leonardo Cunha alertam:

Embora esse incidente seja um instrumento processual típico do controle *difuso*, a análise da constitucionalidade da lei é feita *em abstracto*. Trata-se de incidente processual de natureza objetiva (é exemplo de processo objetivo, semelhante ao processo da ADIN ou ADC). Embora a resolução da questão não fique submetida à coisa *erga omnes* (porquanto tenha sido examinada *incidenter tantum*), a decisão do tribunal pleno não valerá somente para o caso concreto em que surgiu a questão de constitucionalidade. Será paradigma (*leading case*) para todos os demais feitos – em trâmite no tribunal – que envolvam a mesma questão.³⁸

Em substância, o julgamento do incidente de inconstitucionalidade não difere do procedimento adotado no controle pela via de ação. E não por acaso. Com efeito, a Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, que cuidou de disciplinar o regime das ações diretas de inconstitucionalidade e declaratórias de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, acresceu os parágrafos primeiro, segundo e terceiro ao artigo 482 do *Codex* processual, cuja redação é a seguinte:

Art. 482.

§ 1º O Ministério Público e as pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado, se assim o requerem, poderão manifestar-se no incidente de inconstitucionalidade, observados os prazos e condições fixados no Regimento Interno do Tribunal.

§ 2º Os titulares do direito de propositura referidos no art. 103 da Constituição poderão manifestar-se, por escrito, sobre a questão constitucional objeto de apreciação pelo órgão especial ou pelo Pleno do

³⁸ DIDIER JR., Fredie. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Op. cit., p. 538.

Tribunal no prazo fixado em Regimento, sendo-lhes assegurado o direito de apresentar memoriais ou de pedir a juntada de documentos.

§ 3º O relator considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

O parágrafo primeiro adaptou à realidade do controle difuso, a previsão de oitiva do Procurador-Geral da República, chefe do Ministério Público da União, e do Advogado-Geral da União prescrita pelo artigo 8º da Lei nº 9.868/99. O primeiro atua na condição de fiscal da lei e ao segundo incumbe a função de defesa da presunção de constitucionalidade da norma rechaçada. No incidente de decretação de inconstitucionalidade a manifestação é, todavia, facultativa.

Aos titulares da ação direta de inconstitucionalidade/ação declaratória de constitucionalidade – Presidente da República, Mesa do Senado Federal, Mesa da Câmara dos Deputados, Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, Governador do Estado ou do Distrito Federal, Procurador-Geral da República, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional – também se reservou a possibilidade não só de manifestarem-se nos autos, mas até de colacionarem peças e elaborar memoriais.

O terceiro parágrafo institucionalizou no âmbito do controle difuso a figura do *amicus curiae*, o amigo da corte, aquele que mesmo não sendo terceiro, porque não detém um interesse específico interdependente à relação submetida à apreciação judicial, vem a auxiliar na formação de um entendimento constitucional, pluralizando o debate e garantindo também maior legitimidade à decisão a ser exarada.

Indubitavelmente, quis o legislador dar tratamento equivalente entre controle difuso e controle concentrado, assegurando que, em ambos os casos, acerque-se o Judiciário de diversos aspectos atrelados à questão. À semelhança do controle concentrado, o juízo que o tribunal emite no exame da questão é de extrema relevância: é irrecorrível, vincula o órgão fracionário que deverá concluir o julgamento da causa e serve de precedente a obstar a remessa de novo incidente

envolvendo a mesma disposição tachada de inconstitucional³⁹. Não obstante mantenha o efeito *inter partes*, promove, processualmente, uma eficácia vinculante dentro do tribunal que o decidiu. Com efeito:

Nada impede, porém, que o controle de constitucionalidade seja difuso, mas abstrato: a análise da constitucionalidade é feita em tese, embora por qualquer órgão judicial. Obviamente, porque tomada em controle difuso, a decisão não ficará acobertada pela coisa julgada e será eficaz apenas *inter partes*. Mas a análise é feita em tese, que vincula o tribunal a adotar o mesmo posicionamento em outras oportunidades. É o que acontece quando se instaura o incidente de arguição de inconstitucionalidade perante os tribunais (art. 97 da CF/88 e arts. 480-482 do CPC): embora instrumento processual típico do controle difuso, a análise da constitucionalidade da lei, neste incidente é feita em abstrato. Trata-se de incidente processual de natureza objetiva (é exemplo de processo objetivo, semelhante ao processo da ADIN ou ADC). É por isso que, também à semelhança do que já ocorre na ADIN e ADC, é possível a intervenção de *amicus curiae* neste incidente (§§ do art. 482). É em razão disso, ainda, que fica dispensada a instauração de um novo incidente para decidir questão que já fora resolvida anteriormente pelo mesmo tribunal ou pelo STF (art. 481, par. ún., CPC)⁴⁰

Como o controle difuso é concedido a todo juiz ou tribunal, importa realçar que o incidente de inconstitucionalidade pode ser instaurado no âmbito dos tribunais de justiça, tribunais regionais federais e também nos tribunais superiores – inclusive no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal. A este último dedicaremos especial atenção no capítulo seguinte. Por ora, apenas destaquemos que as aferições de compatibilidade vertical realizada por tribunal superior têm espaço na apreciação de causas originárias e recursais ordinárias. Dessas decisões, quando envolverem questão constitucional, caberá o recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal.

³⁹ CPC, art. 481, parágrafo único - “Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade **quando já houver pronunciamento destes** ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão”. (negrito nosso).

⁴⁰ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Op. cit., p. 324.

4 O CONTROLE INCIDENTAL DE NORMAS NO STF

4.1 O papel do Supremo Tribunal Federal na guarda da Constituição

O Supremo Tribunal Federal, na qualidade de guardião da Constituição, encontra-se na posição de aclarar o direito, quando não de construí-lo propriamente, de modo a possibilitar a efetivação das diretrizes e princípios da Constituição. Órgão máximo da estrutura do Poder Judiciário, suas decisões repercutem, direta ou indiretamente, na sociedade, seja através de seu poder revisional pela via recursal, seja através do controle de constitucionalidade dos atos normativos do Poder Público.

As atribuições do Supremo Tribunal Federal encontram-se expressas no art. 102 da Constituição, podendo ser originárias, recursais ordinárias ou recursais extraordinárias. O excessivo número de processos e a extensão da competência do Supremo impedem que o classifiquemos como uma corte ou tribunal constitucional típico. Muito embora não se restrinja à análise dos conflitos de jurisdição constitucional, não se pode negar que compete ao Supremo decidir, em última e definitiva instância, questões de índole constitucional, interpretando a Carta Maior e afastando as normas inferiores a ela ofensivas.

Nesse ponto, convém ressaltar que o Supremo Tribunal Federal exerce ambos os tipos de controle. Pela via recursal, conhece de norma reputada inconstitucional ante o caso concreto, ainda que apenas como questão de direito, não se debruçando sobre matéria fática, que deve ser apreciada nas instâncias inferiores. Pela via direta ou de ação, decide, em caráter definitivo, acerca da constitucionalidade da norma em tese.

4.2 Pressupostos de admissibilidade do recurso extraordinário

O recurso extraordinário em sentido estrito, ao lado do recurso especial, integra a categoria de recursos excepcionais, de superposição ou extraordinários em sentido amplo, assim denominados porque cabíveis somente em situações especialíssimas, vez que os Tribunais Superiores não representam uma terceira instância de julgamento da lide.

A rigor, o recurso especial nada mais é que um extraordinário para o Superior Tribunal de Justiça. Suas hipóteses de cabimento derivam de uma cisão de competências que a Constituição de 1988 estabeleceu quando então criou uma corte superior específica para cuidar da higidez da legislação federal. Os recursos excepcionais visam a proteção do ordenamento jurídico mediante uniformização da interpretação do direito objetivo, razão pela qual não se debruçam sobre questões fáticas ou reexame de provas. Na teoria geral dos recursos são tipificados como recursos de fundamentação vinculada posto que a própria Constituição limita a causa de pedir.

É certo que o recurso extraordinário, assim como o especial, não é dotado de efeito suspensivo, podendo assim a decisão impugnada ser provisoriamente executada, nos moldes do art. 475-O, do Código de Processo Civil.

O efeito suspensivo, contudo, pode ser obtido mediante a interposição de medida cautelar. Nesse ponto, o Supremo Tribunal Federal editou as súmulas 634 e 635 acerca da competência para processar a cautelar, assentando o entendimento de que antes da admissão do recurso no tribunal de origem, a competência para a concessão do efeito suspensivo será do tribunal. Depois de admitido, a competência é do Supremo. Mas em casos excepcionais, a cautelar pode ser intentada diretamente no STF⁴¹. Ou seja: a diferenciação não tem outra razão senão diminuir as demandas perante o Supremo Tribunal Federal.

⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação cautelar. Efeito suspensivo a recurso extraordinário não admitido pelo tribunal de origem. Agravo de instrumento pendente de julgamento. Medida cautelar concedida para suspender os efeitos do acórdão recorrido. 2. Em situações excepcionais, em que estão patentes a plausibilidade jurídica do pedido – decorrente do fato de a decisão recorrida contrariar jurisprudência ou súmula do Supremo Tribunal Federal – e o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação a ser consubstanciado pela execução do acórdão recorrido, o Tribunal poderá

Ao recurso extraordinário em sentido estrito aplicam-se as mesmas considerações acerca do juízo de admissibilidade, que é desdobrado ou bipartido⁴², ressalvadas algumas peculiaridades que mais adiante trataremos de esclarecer.

4.2.1 Cabimento

De acordo com o art. 102 da Lei Máxima, compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

Art. 102.

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 da Constituição;
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

A hipótese trazida pela alínea “a” veicula situação em que a decisão não teve por fundamento nenhum juízo acerca da inconstitucionalidade ou constitucionalidade de norma jurídica pátria, mas foi ela mesma a violadora da Constituição.

deferir a medida cautelar ainda que o recurso extraordinário tenha sido objeto de juízo negativo de admissibilidade perante o Tribunal de origem e o agravo de instrumento contra essa decisão ainda esteja pendente de julgamento. 3. Hipótese que não constitui exceção à aplicação das Súmulas 634 e 635 do STF. Ação Cautelar nº 1550. Companhia de Água e Esgoto de Rondônia – CAERD e Município de Guarujá Mirim. Segunda Turma. Relator Min. Gilmar Mendes. Brasília/DF, 06 fev. 2007. **Diário da Justiça eletrônico** nº 18, 18 mai. 2007.

⁴² Sistema de admissibilidade desdobrado ou bipartido: o recurso é interposto perante o órgão prolator da decisão recorrida, que cuidará de analisar a presença dos requisitos de admissibilidade recursal. Estando estes presentes, encaminhará os autos ao órgão *ad quem* que fará novo juízo de admissibilidade, desta feita, definitivo.

Relembre-se que a decisão judicial, enquanto norma jurídica individual⁴³ e ato emanado do Poder Público, também se sujeita ao crivo do controle jurisdicional de constitucionalidade. O Poder Judiciário é tão constituído quanto o Legislativo e o Executivo, estando, pois, igualmente, jungido aos princípios e regras de matriz constitucional, sobretudo aqueles pertinentes ao devido processo legal (motivação das decisões, ampla defesa, contraditório, vedação de prova ilícita, etc.).

Fazendo uso da feliz redação dada pelo Supremo Tribunal Federal ao acórdão que apreciou a medida cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.105, “a autoridade hierárquico-normativa da Constituição da República impõe-se a todos os Poderes do Estado. Nenhuma razão — nem mesmo a invocação do princípio do autogoverno da Magistratura — pode justificar o desrespeito à Constituição”⁴⁴.

Assim, se a decisão afronta preceitos de matriz constitucional, deve ser cassada, proferindo o Tribunal novo julgamento.

A situação trazida pela alínea “b” do art. 102 da Constituição é aquela consequente à análise do incidente de inconstitucionalidade perante os tribunais.

⁴³ O ordenamento jurídico pátrio parece acolher a ideia kelseniana *ex vi* a prescrição do Art. 468 CPC: “A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas”.

⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Resolução administrativa de Tribunal Regional do Trabalho. Caráter normativo. Incidência da verba de representação sobre a integralidade dos vencimentos (vencimento e parcela autônoma de equivalência). Alegação de que esse ato importou em aumento de remuneração sem prévia autorização legislativa. Desrespeito aos princípios constitucionais da reserva de lei e da reserva de competência legislativa. Plausibilidade jurídica. Gravame ao erário público. Medida cautelar deferida com eficácia *ex tunc*. Remuneração judiciária e princípio constitucional da reserva de lei. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2105. Procurador Geral da República e Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região. Pleno. Relator Min. Celso de Mello. Brasília/DF, 23 mar. 2000. **Diário da Justiça da União**, 28 abr. 2000.

Conforme mencionado no capítulo anterior, o incidente de decretação de inconstitucionalidade é decidido pelo Pleno ou Órgão Especial do Tribunal. Em seguida, os autos são remetidos à turma ou câmara para que conclua o julgamento, apreciando o mérito do recurso ou causa submetida ao Judiciário com fundamento na inconstitucionalidade já reconhecida. A parte insatisfeita com a decisão obtida não recorrerá da decisão do plenário ou órgão especial, mas da decisão final da turma ou câmara que efetivamente julgou a questão, com base na declaração de inconstitucionalidade⁴⁵.

A interposição de recurso extraordinário, contudo, ainda dependerá do prévio esgotamento dos recursos possíveis de serem utilizados, consoante entendimento sumulado do Supremo Tribunal Federal: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando couber, na Justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada”.

A alínea “c” veicula situação contrária a anteriormente examinada. Nesse caso, ou o órgão de origem “privilegiou a lei ou atos locais em detrimento da própria Constituição”⁴⁶ ou rejeitou a tese de inconstitucionalidade, considerando válida a lei ou ato normativo impugnado. Em qualquer caso, ocorrendo ofensa direta à Constituição Federal, caberá o recurso excepcional.

A alínea “d”, introduzida pela Emenda Constitucional nº 45/04, transferiu para o STF competência que antes pertencia ao STJ. A redação não é das melhores e pode despertar algum estranhamento. O que na verdade o dispositivo quer fazer notar é que, na existência de conflito entre lei local e lei federal, está-se diante de uma análise dos limites da competência legislativa de cada uma, limites estes definidos pela própria Constituição em seus artigos 22 a 24, razão pela qual o recurso cabível há de ser o extraordinário em sentido estrito.

Dois últimos comentários acerca das hipóteses de cabimento merecem ser feitos.

⁴⁵ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Op cit., p. 309.

⁴⁶ Id. Ibid., p. 310.

A decisão recorrida, em qualquer das quatro situações supra explicitadas, poderá ser oriunda de órgão singular ou de primeira instância, a exemplo dos juizados especiais (as Turmas Recursais, formadas por juízes de primeiro grau, não são consideradas tribunais, conforme já mencionado anteriormente) e das execuções fiscais de valor inferior a 50 Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional, nas quais só cabem como recurso os embargos infringentes e os embargos de declaração, ambos julgados pelo juiz da causa. É que o art. 102, inciso III, da Constituição, diferentemente do disposto no art. 105, inciso III, desatrelou a competência do Supremo da existência de decisão de **tribunal**, preferindo a expressão “causas decididas em única ou última instância”, abrangendo assim uma gama maior de demandas.

Nesse sentido, vale mencionar, por oportuno, o enunciado nº 640 do STF: “É cabível recurso extraordinário contra decisão proferida por juiz de primeiro grau nas causas de alçada, ou por turma recursal de juizado especial cível e criminal”.

Barroso ressalta ainda que a locução “causas decididas” empregada pelo art. 102, inciso III, da Constituição, poderia equivocadamente transmitir a impressão de que apenas as decisões finais de mérito poderiam ser objeto do recurso extraordinário. Não é o caso.

As decisões interlocutórias também podem ser recorridas via extraordinário, porém o recurso fica retido nos autos e depende de posterior reiteração de seu interesse por ocasião da impugnação de decisão final ou da oferta de contrarrazões a recurso interposto pela parte adversa⁴⁷. Esse procedimento especial foi introduzido pela Lei nº 9.756/98 que acrescentou o parágrafo terceiro ao art. 542 do Código de Processo Civil⁴⁸.

Não obstante, o Supremo Tribunal Federal editou o enunciado nº 735, o qual preconiza: “não cabe recurso extraordinário contra acórdão que defere medida liminar”. Como sabido, a medida liminar tem natureza interlocutória, significando, pois, que a súmula em questão restringiu a abrangência do dispositivo legal.

⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. Op cit., p. 97.

⁴⁸ Art. 542. § 3º – “O recurso extraordinário, ou o recurso especial, quando interpostos contra decisão interlocutória em processo de conhecimento, cautelar, ou embargos à execução ficará retido nos autos e somente será processado se o reiterar a parte, no prazo para a interposição do recurso contra a decisão final, ou para contrarrazões.”

Relata Didier que os precedentes que deram origem a esse enunciado haviam considerado que a aferição da existência dos requisitos para a concessão do provimento de urgência circunscreve-se na esfera de avaliação subjetiva do magistrado, além de não constituir-se manifestação definitiva para o caso. O ilustre professor baiano, no entanto, discorda, ao menos dos argumentos apresentados. Para ele:

A inviabilidade do extraordinário não resultaria do argumento que vem fundamentando os precedentes que deram origem ao enunciado 735 da Súmula do STF. O fato de a decisão ser provisória e estar fundada em cognição sumária não a afasta do conceito de causa encartado no art. 102, III, da Constituição Federal. Na verdade, o recurso extraordinário revelar-se-ia incabível na espécie porque é reflexa ou indireta a alegada violação a dispositivo constitucional.

Com efeito, ainda que a liminar fundamente-se em dispositivo constitucional, para demonstrar a suposta violação pelo acórdão recorrido a qualquer norma da Carta Magna, o recorrente terá que discorrer sobre o dispositivo legal que trata dos requisitos para a concessão do provimento de urgência. Se se tratar de tutela antecipada, deverá demonstrar a ausência dos requisitos do art. 271 do CPC; caso se trate de medida cautelar, o recurso haverá de demonstrar a ausência dos requisitos encartados no art. 798 do CPC. Enfim, haverá, a bem da verdade, ofensa ao art. 798 do CPC (se for cautelar) ou ao art. 273 do CPC (se for tutela antecipada).

Como se percebe, os dispositivos que estabelecem os requisitos para a concessão de um provimento de urgência inserem-se na legislação infraconstitucional, refugindo, pois, do âmbito do extraordinário.⁴⁹

4.2.2 Legitimidade, tempestividade e preparo

A exemplo dos demais recursos previstos no Código de Processo Civil, estão legitimados a interpor o extraordinário a parte, o Ministério Público ou o terceiro prejudicado (art. 499), que, insatisfeito com a decisão obtida, quiser o pronunciamento do Supremo sobre questão constitucional prejudicial à solução do conflito.

O prazo para a interposição do recurso é de 15 (quinze) dias, exceto se a decisão recorrida for do Tribunal Superior Eleitoral, onde prazo é de apenas 3 (três) dias, conforme súmula nº 728 do STF⁵⁰.

⁴⁹ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Op cit., p. 265-266.

⁵⁰ Súmula nº 728/STF: “É de três dias o prazo para interposição de recurso extraordinário contra decisão do Tribunal Superior Eleitoral contado, quando for o caso, a partir da publicação do acórdão,

O recurso extraordinário está sujeito ao pagamento de custas, além do porte de remessa e retorno dos autos, que devem ter seu recolhimento comprovado, sob pena de deserção. Se insuficiente o valor, a parte será intimada para complementá-lo no prazo de 5 (cinco) dias, na forma do art. 511 do CPC.

4.2.3 Prequestionamento

Discute-se se o prequestionamento configura um requisito especial de admissibilidade. O que é certo é que não é exigência constitucional, mas já se fez tradicional na *praxis* dos tribunais de superposição, STJ e STF.

Segundo José Miguel Garcia Medina⁵¹, o prequestionamento pode ser entendido de três formas diferentes a partir da análise da jurisprudência e da doutrina.

Em uma primeira concepção, o tema encontra-se prequestionado se houve manifestação do tribunal recorrido explicitada no acórdão, não se prestando para tanto se a questão constar apenas do voto vencido (súmula 320 do STJ).

Pela segunda concepção, o prequestionamento é ônus da parte, independentemente do tribunal de origem manifestar-se ou não a respeito da questão suscitada.

E, finalmente, há quem entenda que é necessário tanto o prévio debate, instaurado pela parte, quanto a manifestação expressa do tribunal a respeito.

No âmbito da Corte Suprema, duas súmulas evidenciam a imperatividade de sua demonstração: diz o enunciado nº 282 que “é inadmissível o recurso extraordinário quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”, ao passo que o nº 356 alerta que “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”.

na própria sessão de julgamento, nos termos do art. 12, da Lei n. 6.055/74, que não foi revogada pela Lei n. 8.950/94”.

⁵¹ MEDINA, José Miguel Garcia apud DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Op cit., p. 254-255.

De toda sorte, um requisito de admissibilidade não pode ser criado pelo Tribunal, ainda que Superior, de modo que, a doutrina tende a dar-lhe a roupagem de “etapa do exame de cabimento”⁵².

Caso a parte tenha suscitado a questão constitucional, mas o tribunal tenha se quedado silente (ou conste manifestação apenas no voto vencido), admite-se no âmbito do STF o prequestionamento ficto, considerando a matéria prequestionada com a simples interposição de embargos de declaração, independente do êxito desses embargos⁵³.

Em emblemática decisão, a Min. Ellen Gracie dispensou o requisito de prequestionamento ante a relevância do tema trazido à baila pelo recurso extraordinário, inadmitido na origem. Ao relatar o Agravo Regimental em Agravo de Instrumento interposto em consequência, a Ministra assim expôs:

Já manifestei em ocasiões anteriores, minha preocupação com requisitos processuais que acabam por obstaculizar, no âmbito da própria Corte, a aplicação aos casos concretos dos precedentes que declaram a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de normas (...)

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, em recentes julgamentos, vem dando mostras de que o papel do recurso extraordinário na jurisdição constitucional está em processo de redefinição, de modo a conferir maior efetividade às decisões. Recordo a discussão que se travou na Medida Cautelar no RE 376.852, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes (Plenário, por maioria, DJ de 27.03.2003). Naquela ocasião, asseverou Sua Excelência o caráter objetivo que a evolução legislativa vem emprestando ao recurso extraordinário, como medida racionalizadora da efetiva prestação jurisdicional.

Registro também importante decisão tomada no Re 298.694,, rel. Min. Pertence, por maioria, DJ 23/4/2004, quando o Plenário desta Casa, a par de alterar antiga orientação quanto ao juízo de admissibilidade e de mérito do apelo extremo interposto pela alínea “a” do permissivo constitucional, reconheceu a possibilidade de um recurso extraordinário ser julgado com base em fundamento diverso daquele em que se lastreou a Corte *a quo*.

Esses julgados, segundo entendo, constituem um primeiro passo para a flexibilização do prequestionamento nos processo cujo tema de fundo foi definido pela composição plenária desta Suprema Corte, com o fim de impedir a adoção de soluções diferentes em relação à decisão colegiada. É preciso valorizar a última palavra – em questões de direito – proferida por esta Casa.⁵⁴

⁵² DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Op. cit., p. 256.

⁵³ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Op. cit., p. 258.

⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento. Agravo regimental em agravo de instrumento. Servidores do município de Porto Alegre. Reajuste de vencimentos concedido pela Lei municipal 7.428/94, ART. 7º, cuja inconstitucionalidade foi declarada pelo pleno do STF no RE 251.238. Aplicação deste precedente aos casos análogos submetidos à turma ou ao plenário (art. 101, RISTF). Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 375.011. Município de Porto Alegre e Tito dos Santos. Segunda Turma. Relatora Min. Ellen Gracie. Brasília/DF, 22 out. 2004. **Diário da Justiça da União**, 28 out. 2004.

A tendência, muito bem sintetizada no voto da Min. Ellen Gracie, merece inteira adesão do operador do direito, posto que afeta o juízo de admissibilidade a um exame de validade do procedimento, aplicando-se ao caso concreto o princípio da instrumentalidade das formas e da *pas de nullité sans grief*, mas condizente com a concepção de processo como instrumento de realização do direito material e pacificação social.

4.2.4 Repercussão geral

A repercussão geral é requisito criado pela Emenda Constitucional nº 45/04, regulamentada pela Lei nº 11.418, de 19 de dezembro de 2006, que acrescentou os arts. 543-A e 543-B ao Código de Processo Civil. Aludida lei estabeleceu em seu art. 5º, uma *vacatio legis* de 60 (sessenta) dias. Contudo, no julgamento da Questão de Ordem em Agravo de Instrumento nº 664.567, restou consolidado o entendimento que:

A determinação expressa de aplicação da L. 11.418/06 (art. 4º) aos recursos interpostos a partir do primeiro dia de sua vigência não significa a sua plena eficácia. Tanto que ficou a cargo do Supremo Tribunal Federal a tarefa de estabelecer, em seu Regimento Interno, as normas necessárias à execução da mesma lei (art. 3º). 2. As alterações regimentais, imprescindíveis à execução da L. 11.418/06, somente entraram em vigor no dia 03.05.07 - data da publicação da Emenda Regimental nº 21, de 30.04.2007. 3. No artigo 327 do RISTF foi inserida norma específica tratando da necessidade da preliminar sobre a repercussão geral, ficando estabelecida a possibilidade de, no Supremo Tribunal, a Presidência ou o Relator sorteado negarem seguimento aos recursos que não apresentem aquela preliminar, que deve ser "formal e fundamentada". 4. **Assim sendo, a exigência da demonstração formal e fundamentada, no recurso extraordinário, da repercussão geral das questões constitucionais discutidas só incide quando a intimação do acórdão recorrido tenha ocorrido a partir de 03 de maio de 2007, data da publicação da Emenda Regimental n. 21, de 30 de abril de 2007.**⁵⁵ (negrito nosso).

⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. III. Recurso extraordinário: exigência de demonstração, na petição do RE, da repercussão geral da questão constitucional: termo inicial. Questão de Ordem no Agravo de Instrumento nº 664567. Orlando Duarte Alves e Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator Min. Gilmar Mendes. Brasília/DF, 18 jun. 2007. **Diário da Justiça da União**, 06 set. 2007.

Assentou-se, então, que dos recursos extraordinários interpostos a partir de 03 de maio de 2007, exige-se a inserção de preliminar formal demonstrando que aquela demanda veicula questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa. Nesse mister, o recurso extraordinário abandona a posição de meio de impugnação à decisão judicial, de que se vale a parte para adquirir, assegurar, restringir, modificar ou restringir direito subjetivo e passa a ser dimensionado como instrumento de garantia da autoridade e supremacia da própria Constituição, fixando como autêntica a interpretação do Supremo Tribunal Federal acerca das questões de fundo constitucional.

Sob a ótica estritamente formal, a ausência de um capítulo específico no corpo das razões do recurso demonstrando a repercussão geral implica a inadmissão do recurso já no Tribunal de origem.

O exame de conteúdo da preliminar é de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, que só poderá deixar de rejeitar a matéria mediante quorum de dois terços dos ministros, ou seja, somente com oito manifestações contrárias o recurso extraordinário deixará de ser conhecido por falta de repercussão geral. Por esta razão, o próprio legislador infraconstitucional autorizou as turmas da Corte Suprema a, de imediato, conhecer do recurso, sem necessidade de remessa ao pleno, desde que haja mínimo de quatro votos a favor (art. 543-A, § 4º, do CPC). Recorde-se que as duas turmas do STF contam com cinco ministros cada uma.

A decisão do pleno é vinculante e irrecorrível, devendo ser publicada no Diário Oficial.

Não se tem uma definição precisa sobre o significado e a abrangência da expressão repercussão geral, valendo-se o legislador infraconstitucional de conceitos vagos que qualificariam a relevância do tema.

De toda sorte, as questões constitucionais não de ser aquelas aptas a desencadear demandas atinentes, sobretudo, à correta interpretação da Constituição ou à aplicação dos direitos fundamentais, o que certamente não se restringe às questões de massa. Autoriza este entendimento a presunção, estabelecida pelo art. 543-A, § 3º, do diploma processual ainda em vigor, de existência de repercussão geral quando a decisão recorrida for contrária à súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal.

Assim como ocorre nas ações diretas do controle concentrado e no incidente de decretação de inconstitucionalidade perante os tribunais, é possível que em face de um maior grau de exposição e relevância do tema, venha o relator a admitir a manifestação de terceiros antes da análise da repercussão geral (art. 543-A, § 6º), que em si não configuraria uma intervenção. A ideia aqui é munir o órgão julgante de uma gama maior de argumentos, interpretações e pontos de vista a serem considerados, de forma que possa pacificar questões com pleno conhecimento de suas implicações e consequências. Confere assim ao controle difuso, cada vez mais à semelhança do concentrado, feição pluralista e transcendente, não se limitando aos interesses daquele que suscitou a controvérsia.

Registre-se, por fim, que o Supremo Tribunal Federal assentou entendimento de que mesmo nos recursos extraordinários em matéria penal, é ônus inafastável da parte a demonstração da existência de repercussão geral:

I. Questão de ordem. Recurso extraordinário, em matéria criminal e a exigência constitucional da repercussão geral. **1. O requisito constitucional da repercussão geral (CF, art. 102, § 3º, red. EC 45/2004), com a regulamentação da L. 11.418/06 e as normas regimentais necessárias à sua execução, aplica-se aos recursos extraordinários em geral, e, em consequência, às causas criminais.** 2. Os recursos ordinários criminais de um modo geral, e, em particular o recurso extraordinário criminal e o agravo de instrumento da decisão que obsta o seu processamento, possuem um regime jurídico dotado de certas peculiaridades - referentes a requisitos formais ligados a prazos, formas de intimação e outros - que, no entanto, não afetam substancialmente a disciplina constitucional reservada a todos os recursos extraordinários (CF, art. 102, III). 3. A partir da EC 45, de 30 de dezembro de 2004 - que incluiu o § 3º no art. 102 da Constituição -, passou a integrar o núcleo comum da disciplina constitucional do recurso extraordinário a exigência da repercussão geral da questão constitucional. 4. Não tem maior relevo a circunstância de a L. 11.418/06, que regulamentou esse dispositivo, ter alterado apenas texto do Código de Processo Civil, tendo em vista o caráter geral das normas nele inseridas. 5. Cuida-se de situação substancialmente diversa entre a L. 11.418/06 e a L. 8.950/94 que, quando editada, estava em vigor norma anterior que cuidava dos recursos extraordinários em geral, qual seja a L. 8.038/90, donde não haver óbice, na espécie, à aplicação subsidiária ou por analogia do Código de Processo Civil. 6. Nem há falar em uma imanente repercussão geral de todo recurso extraordinário em matéria criminal, porque em jogo, de regra, a liberdade de locomoção: o RE busca preservar a autoridade e a uniformidade da inteligência da Constituição, o que se reforça com a necessidade de repercussão geral das questões constitucionais nele versadas, assim entendidas aquelas que "ultrapassem os interesses subjetivos da causa" (C.Pr.Civil, art. 543-A, § 1º, incluído pela L. 11.418/06). 7. Para obviar a ameaça ou lesão à liberdade de locomoção - por remotas que sejam -, há sempre a garantia constitucional do habeas corpus (CF, art. 5º, LXVIII).⁵⁶ (negrito nosso).

4.3 Procedimento para julgamento do recurso extraordinário

O processamento do recurso extraordinário segue as disposições do Código de Processo Civil (arts. 541 e seguintes), do Regimento Interno do STF (art. 321 a 329) e da Portaria nº 138/09 da Presidência do STF.

⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. III. Recurso extraordinário: exigência de demonstração, na petição do RE, da repercussão geral da questão constitucional: termo inicial. Questão de Ordem no Agravo de Instrumento nº 664567. Orlando Duarte Alves e Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator Min. Gilmar Mendes. Brasília/DF, 18 jun. 2007. **Diário da Justiça da União**, 06 set. 2007.

A petição, contendo a exposição do fato e do direito, a demonstração do cabimento do recurso, incluindo-se aqui a preliminar formal de repercussão geral, e as razões do pedido de reforma da decisão recorrida, será interposta perante o Presidente ou Vice-Presidente, conforme dispuser o Regimento Interno do Tribunal recorrido. Recebida a petição, a parte contrária será intimada para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos para a verificação da observância ou não dos requisitos de admissibilidade do recurso.

Todavia, o juízo de admissibilidade definitivo é de competência do Supremo, não podendo ser dele subtraído, razão pela qual da decisão que denega seguimento ao extraordinário cabe o agravo de instrumento de que trata o art. 544 do Código de Processo Civil, interposto no prazo de 10 (dez) dias⁵⁷ e independente de preparo, por petição dirigida ao Presidente do Tribunal de origem, mas a juízo de admissibilidade exclusiva do Tribunal Superior. É o chamado agravo mutante, porque, após a intimação da parte agravada para contra-arrazoar, será o recurso encaminhado ao Ministro Presidente do Tribunal Superior, que o distribuirá a uma Turma, podendo o Relator encarregado adotar alguma das seguintes medidas: (1) determinar a subida dos autos que ficaram no Tribunal de origem “para melhor análise”; (2) converter o agravo em recurso extraordinário, seguindo o procedimento regimental; (3) julgar o agravo como recurso extraordinário, de plano, se a decisão recorrida estiver em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal.

À primeira vista poderia parecer que a terceira opção restaria afastada em virtude da novel exigência de análise da repercussão geral pelo Pleno do Supremo. Conforme já anteriormente mencionado, o julgamento da questão constitucional foi cingido em dois momentos distintos: primeiro, verifica-se a existência ou não de repercussão geral; em sendo esta reconhecida, passa-se à segunda fase, com a fixação da tese do tribunal a respeito do tema.

⁵⁷ Foge ao presente trabalho a pretensão de esgotar o tema, mas temos por conveniente alertar que, em se tratando de recurso extraordinário em matéria penal inadmitido no Tribunal de origem, o prazo para agravar de instrumento cai para 5 (cinco) dias, aplicando assim a regra do art. 28, da Lei nº 8.038/90, que institui normas procedimentais para os processos perante o STJ e o STF.

Recordamos, contudo, que o confronto entre a decisão recorrida e súmula ou jurisprudência dominante é hipótese de presunção de repercussão geral, sendo assim desnecessária a submissão ao Pleno. Com efeito, o Regimento Interno do STF expressamente prevê:

Art. 21. São atribuições do Relator:

.....
§ 1º Poderá o(a) Relator(a) negar seguimento a pedido ou recurso manifestamente inadmissível, improcedente ou contrário à jurisprudência dominante ou a *Súmula* do Tribunal, deles não conhecer em caso de incompetência manifesta, encaminhando os autos ao órgão que repute competente, bem como cassar ou reformar, liminarmente, acórdão contrário à orientação firmada nos termos do art. 543-B do Código de Processo Civil.

Art. 323. Quando não for caso de inadmissibilidade do recurso por outra razão, o(a) Relator(a) submeterá, por meio eletrônico, aos demais ministros, cópia de sua manifestação sobre a existência, ou não, de repercussão geral.

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

Da conjugação dos dois dispositivos, infere-se que, diante de decisão contrária à súmula ou jurisprudência do STF, o Relator ao qual for distribuído o recurso poderá julgá-lo monocraticamente ou pedir dia para o seu julgamento pela Turma, quer se trate do Agravo do art. 544 do CPC, quer seja o extraordinário propriamente.

Na hipótese de admissão regular do recurso extraordinário interposto, com a remessa dos autos ao Supremo Tribunal Federal, caberá à Presidência o segundo juízo de admissibilidade, podendo recusar aqueles em que ausente a preliminar formal de repercussão, bem como os que veicularem matéria sobre a qual o Pleno já tenha se manifestado pela ausência de repercussão, conforme dispõe art. 327 do RISTF. Igual competência é conferida ao Relator sorteado. Dessa decisão de indeferimento liminar cabe agravo interno ou regimental.

Não tendo sido indeferido, o Relator submeterá aos demais ministros, por meio eletrônico, cópia da sua manifestação sobre a existência de repercussão geral, de acordo com a regra geral do art. 323 do RISTF. Registre-se que o constituinte derivado estabeleceu um quorum especial para a recusa e não para o reconhecimento da repercussão geral. Assim, não havendo manifestações suficientes – voto desfavorável de oito ministros – à inadmissão de repercussão,

reputar-se-á existente, autorizando a designação de data para o Pleno apreciar a questão em definitivo.

Sendo um tribunal, ao Supremo se aplica a regra do *full bench* (reserva de plenário). A declaração de inconstitucionalidade só pode ser feita se alcançada a maioria de seis votos em sessão que somente se instala com a presença de pelo menos oito ministros (intelecção dos arts. 176, 173, 174 e 143 do RISTF). Declarada a inconstitucionalidade, no todo ou em parte, serão comunicados os órgãos interessados, remetendo-se cópia autêntica da decisão ao Presidente do Senado Federal, para os fins do disposto no art. 52, inciso X, da Constituição vigente.

4.3.1 Julgamento por amostragem (art. 543-B do CPC)

Um capítulo à parte no procedimento de exame e julgamento dos recursos extraordinários diz respeito às demandas repetitivas, alavancadas ao Supremo Tribunal Federal por meio de recursos massificados que veiculam idêntica tese jurídica.

Com efeito, não se vislumbrando no ordenamento brasileiro aquela vinculação do magistrado às decisões anteriormente tomadas pelos Tribunais *ad quem* que caracteriza a doutrina do *stare decisis* norte-americana, o extraordinário - que deveria ser excepcional - adquiria a estranha feição de terceira instância de julgamento, em uma curva exponencial de matérias trazidas ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal.

Os números espantam. Em 2004, foram distribuídos 65.478 processos entre recursos extraordinários e agravos de instrumento para destrancar recurso. Em 2005, foram 74.174. Em 2006, 110.716. Em 2007, quando a disciplina imposta pela Lei nº 11.418/2006 passou a ser efetivamente exigida e aplicada a partir de 03 de maio, a soma de extraordinários e agravos chegou a 106.617. No ano seguinte, uma

queda vertiginosa para 59.314 e em 2009, encerrou-se o ano judiciário com 32.649 distribuições⁵⁸.

Embora não se possa afirmar categoricamente que o declínio de demandas levadas à instância máxima do Poder Judiciário tenha se dado exclusivamente em função dos novos institutos criados (repercussão geral e julgamento por amostragem), vez que houve outros períodos de maior ou menor volume de processos, não se pode ignorar que a principal funcionalidade destas inovações legislativas seja a de “enxugar” as atribuições dos Tribunais Superiores. Como anota Luís Roberto Barroso:

(...) essa é uma tentativa de otimizar o trabalho da Corte, evitando a multiplicação de julgamentos idênticos. E de fato é desejável que o STF possa fugir da repetição mecânica e se dedique a fixar teses, que deverão ser aplicadas a partir daí, tanto quanto possível, de forma homogênea.⁵⁹

Pela sistemática do julgamento por amostragem, havendo a interposição de múltiplos recursos com fundamento em idêntica controvérsia, caberá ao tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal. Os demais permanecem na origem, aguardando o pronunciamento definitivo da Corte. Quanto a esses, o órgão *ad quem* encontra-se dispensado, inclusive, de exercer o juízo de admissibilidade, pelo menos nessa fase, nos termos do art. 328-A do Regimento Interno do STF⁶⁰. O recurso representativo (ou os recursos representativos⁶¹, conforme o caso) será encaminhado ao STF.

Um único recurso de cada matéria será submetido à análise da repercussão geral. Se negada a existência de repercussão – mediante decisão de pelo menos oito ministros – os recursos que ficaram retidos na origem são automaticamente considerados inadmitidos (Art. 543-B, § 2º, do CPC).

⁵⁸ Os dados são do sítio do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=REAIProcessoDistribuido>>. Acesso em 25/05/2010.

⁵⁹ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 109.

⁶⁰ Regimento Interno do STF, Art. 328-A – “Nos casos previstos no art. 543-B, *caput*, do Código de Processo Civil, o Tribunal de origem não emitirá juízo de admissibilidade sobre os recursos extraordinários já sobrestados, nem sobre os que venham a ser interpostos, até que o *Supremo Tribunal Federal* decida os que tenham sido selecionados nos termos do § 1º daquele artigo”. (introduzido pela Emenda Regimental n. 23/08).

⁶¹ A orientação do STF consignada em seu sítio sob o tópico “Questões Práticas”, na guia “Repercussão Geral”, é de que os tribunais e turmas recursais de origem selecionem 03 (três) recursos extraordinários representativos da controvérsia, com preliminar de repercussão geral e que preencham os demais requisitos para sua admissibilidade.

Se, no entanto, a repercussão geral for reconhecida e o mérito do extraordinário-paradigma julgado, caberá ao órgão *a quo* analisar aqueles que ficaram retidos e declará-los prejudicados ou se retratar. A intenção da alteração legislativa é claramente que o órgão de origem curve-se à manifestação superior, sem necessidade de cassação da decisão. Passa assim, o recurso extraordinário a contar com um peculiar efeito regressivo diferido. Contudo, caso, a retratação não ocorra, mantendo-se a decisão contrária à tese fixada pelo Supremo, o Tribunal deverá remeter o recurso ao STF e este poderá cassá-la ou reformá-la liminarmente (art. 543-B, § 4º).

4.4 O recurso extraordinário nos juizados especiais federais

A sistemática dos repetitivos, estendida aos recursos especiais para o Superior Tribunal de Justiça, por meio da Lei nº 11.672, de 8 de maio de 2008, que acresceu o art. 543-C ao Código de Processo Civil, não é de toda nova. A Lei nº 10.259/01, que regulamentou os juizados especiais federais aplicou aos recursos extraordinários e pedidos de uniformização de jurisprudência, *mutatis mutandis*, um regime de processamento comum e assim delineado:

art. 14.

§ 4º Quando a orientação acolhida pela Turma de Uniformização, em questões de direito material, contrariar súmula ou jurisprudência dominante no Superior Tribunal de Justiça - STJ, a parte interessada poderá provocar a manifestação deste, que dirimirá a divergência.

§ 5º No caso do § 4º, presente a plausibilidade do direito invocado e havendo fundado receio de dano de difícil reparação, poderá o relator conceder, de ofício ou a requerimento do interessado, medida liminar determinando a suspensão dos processos nos quais a controvérsia esteja estabelecida.

§ 6º Eventuais pedidos de uniformização idênticos, recebidos subsequente em quaisquer Turmas Recursais, ficarão retidos nos autos, aguardando-se pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça.

§ 7º Se necessário, o relator pedirá informações ao Presidente da Turma Recursal ou Coordenador da Turma de Uniformização e ouvirá o Ministério Público, no prazo de cinco dias. Eventuais interessados, ainda que não sejam partes no processo, poderão se manifestar, no prazo de trinta dias.

§ 8º Decorridos os prazos referidos no § 7º, o relator incluirá o pedido em pauta na Seção, com preferência sobre todos os demais feitos, ressalvados os processos com réus presos, os habeas corpus e os mandados de segurança.

§ 9º Publicado o acórdão respectivo, os pedidos retidos referidos no § 6º serão apreciados pelas Turmas Recursais, que poderão exercer juízo de retratação ou declará-los prejudicados, se veicularem tese não acolhida pelo Superior Tribunal de Justiça.

§ 10. Os Tribunais Regionais, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, no âmbito de suas competências, expedirão normas regulamentando a composição dos órgãos e os procedimentos a serem adotados para o processamento e o julgamento do pedido de uniformização e do recurso extraordinário.

Art. 15. O recurso extraordinário, para os efeitos desta Lei, será processado e julgado segundo o estabelecido nos §§ 4º a 9º do art. 14, além da observância das normas do Regimento.

O legislador, portanto, já havia concedido um tratamento diferenciado ao extraordinário no âmbito dos juizados especiais federais. O Relator, à semelhança do que ocorre na medida cautelar em ação declaratória de constitucionalidade (art. 21 da Lei nº 9.868/99)⁶², pode determinar, de ofício ou mediante requerimento a suspensão dos processos envolvendo questões idênticas. As Turmas Recursais, quando diante de recursos massificados, bem típicos das matérias previdenciárias que compõem a principal demanda ali processada, estão assim autorizadas a reter os extraordinários interpostos posteriormente, aguardando-se, a manifestação definitiva do Tribunal Superior.

Note-se que a análise do extraordinário também pode ser antecedida da oitiva do Presidente da Turma Recursal e do Ministério Público no prazo de 5 dias, o que já apontava o afastamento dos meros interesses subjetivos do recorrente. Garante-se, ainda, a possibilidade de outros interessados manifestarem-se nos autos.

Julgado o mérito do extraordinário, caberá às Turmas Recursais apreciar os recursos retidos, retratando-se da decisão exarada ou declarando o extraordinário prejudicado, quando em sentido contrário à tese fixada pelo STF no caso paradigma.

De se ver, portanto, que o modelo atualmente aplicado a todos os recursos extraordinários, inclusive aqueles atinentes à seara criminal, é uma cópia melhorada e lapidada do sistema recursal criado para os juizados especiais federais,

⁶² A previsão de suspensão de processos agora também é prevista como medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade por omissão por conta do art. 12-F, § 1º, acrescido pela Lei nº 12.063, de 27 de outubro de 2009.

que já vinha imprimindo uma nova feição ao extraordinário, desvinculando-o do caso concreto e submetendo-o a uma apreciação cada vez mais realizada em abstrato.

Fazendo uso das insígnias lições de Didier Jr. e Leonardo Cunha:

É possível concluir, sem receio, que o incidente para a apuração da repercussão geral *por amostragem* é um procedimento de caráter objetivo, semelhante ao procedimento da ADIN, ADC e ADPF, e de profundo *interesse público*, pois se trata de exame de uma questão que diz respeito a um sem número de pessoas, resultando na criação de uma norma jurídica de caráter geral pelo STF. É mais uma demonstração do fenômeno da “objetivação” do controle difuso de constitucionalidade das leis (...) ⁶³

⁶³ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Op. cit., p. 320.

5 OBJETIVAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO

Até aqui temos exposto as características do controle de constitucionalidade exercido incidentalmente pelo juiz monocrático, pelos tribunais quando da apreciação do incidente de decretação de inconstitucionalidade e pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião da apreciação de recurso extraordinário.

Os pontos de aproximação ressaltados tinham por fundamento inovações legislativas ocasionadas notadamente pela Emenda Constitucional nº 45/04 (acrescentou o § 3º ao art. 102 da Constituição) e pelas Leis ns. 9.868/99 (art. 29 das disposições gerais e finais), 10.259/01 (juizados especiais federais) e 11.418/06 (acrescentou os arts. 543-A e 543-B ao Código de Processo Civil).

Em face disso, larga doutrina tem defendido, com clareza e fundamentação, que ocorre hoje verdadeira contaminação entre controle difuso e controle concentrado: ambos são realizados em abstrato, em tese, e nenhum equívoco se extrai disso.

Mas a evolução do modelo difuso e sua aproximação com o modelo concentrado não se deu exclusivamente no plano normativo. Com efeito, pode-se mesmo dizer que as teses, por vezes defendidas e propaladas no âmbito do Supremo Tribunal Federal, é que cimentaram as bases de um futuro sistema híbrido, comum e homogêneo, capaz de uniformizar a interpretação e aplicação do direito constitucional.

Exporemos, pois, algumas posições mais relevantes que evidenciam o fenômeno de abstrativização ou objetivação do controle difuso.

5.1 Causa de pedir aberta no controle incidental

Segundo Didier Jr., “a causa de pedir é o fato ou conjunto de fatos jurídicos (fato(s) da vida juridicizados pela incidência da hipótese normativa) e a relação jurídica, efeito daquele fato jurídico, trazidas pelo demandante como fundamento do seu pedido”.⁶⁴

Com efeito, incumbe ao autor, em sua petição inicial, expor o arcabouço fático que o leva a requerer determinada medida judicial (pedido), bem como demonstrar como os fatos narrados autorizam a concessão da medida (fundamento jurídico do pedido), conforme exigência do art. 282, inciso III, do CPC.

Ao lado das partes e do pedido, a causa de pedir é elemento identificador da demanda submetida à tutela jurisdicional, sendo relevante na determinação de eventual ocorrência de litispendência e de coisa julgada. É da análise da causa de pedir que se extrai a existência ou não do interesse de agir, uma das condições da ação. A ausência ou apresentação de maneira inadequada, confusa ou ininteligível da causa de pedir conduz à inépcia da petição inicial (art. 295, parágrafo único). E todas essas situações podem implicar a extinção do processo sem resolução de mérito (art. 267, incisos V, VI e I, respectivamente, do CPC).

Mas a importância da causa de pedir não se resume a identificação de fatores extintivos da demanda. É também fator de restrição da atividade jurisdicional, fixando os limites objetivos da lide e vinculando o julgador aos termos em que foi proposta⁶⁵.

No controle concentrado de constitucionalidade essa vinculação do magistrado aos fundamentos de fato e de direito trazidos pelo promovente sofre mitigação em face das finalidades do próprio procedimento, quais sejam, a salvaguarda da Constituição e da higidez do ordenamento jurídico pátrio, caracterizando assim um processo objetivo, sem lide e sem partes adversas.

⁶⁴ DIDIER JR., Fredie. Op. cit., p. 370.

⁶⁵ CPC, art. 128 – “O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões não-suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.”

Dessa feita, pode o Supremo conhecer e prover ações diretas por fundamento diverso daquele apontado pelo(s) promovente(s), o que, evidentemente não lhe(s) dispensa da obrigação de indicar o(s) dispositivo(s) da lei ou ato normativo impugnado e os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações, conforme expressa exigência do art. 3º, inciso I, da Lei nº 9.868/99. O entendimento é pacífico no âmbito da Corte Suprema e tem sido constantemente invocado quando da análise de ações diretas de inconstitucionalidade e declaratórias de constitucionalidade, merecendo transcrição o elucidativo trecho do voto do Min. Sydney Sanches proferido na Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1358:

Como é sabido, na ação direta de inconstitucionalidade, cujo processo é objetivo, sem partes propriamente ditas, o Supremo Tribunal Federal, no cumprimento de sua missão política de guardião da Lei Maior da República, não está cerceado por limites meramente processuais, como os relacionados com a “causa petendi”, que se observam, em princípio na solução de lides “inter partes” e no exercício do dever de prestar jurisdição.

Assim, os fundamentos da inicial, que, em princípio, no processo jurisdicional, integram a “causa petendi”, podem ser desconsiderados na ação direta de inconstitucionalidade, e, em seu lugar, adotados outros, segundo o entendimento da Corte.⁶⁶

⁶⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Direito constitucional. Ação Direta de Inconstitucionalidade da Lei n. 913, de 13.09.1995, que dando nova redação a Lei n. 842 de 29.12.1994, ambas do Distrito Federal, instituiu pensão mensal em favor de certas pessoas (nem sempre necessitadas de assistência), em razão de crimes hediondos (com assassinato), praticados por quaisquer agentes (não necessariamente públicos) e ocorridos a partir de 21 de abril de 1960. Medida cautelar. Alegações de ofensa ao par. 6. do art. 37; ao "caput" e inciso XXXVI do art. 5.; aos artigos 165, III, e 61, par. 1., II, "b"; todos da Constituição Federal. 1. Na Ação Direta de Inconstitucionalidade cujo processo é objetivo, não "inter-partes", a "causa petendi" pode ser desconsiderada e suprida, por outra, pelo S.T.F., segundo sua pacífica jurisprudência. 2. Hipótese em que o tribunal, pelas razões expostas no voto do relator, considera preenchidos os requisitos da plausibilidade jurídica da ação ("fumus boni iuris") e do risco da demora ("periculum in mora"), reforçadas pela alta conveniência da administração pública, e, por isso, defere, "ex nunc", a medida cautelar de suspensão da Lei n. 913, de 13.09.1995, do D.F. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1358. Governador do Distrito Federal e Câmara Legislativa do Distrito Federal. Pleno. Relator Min. Sydney Sanches. Brasília/DF, 07 dez. 1995. **Diário da Justiça da União**, 26 abr. 1996.

Em recentes julgados, o Supremo Tribunal Federal tem passado a indicar uma maior abertura do recurso extraordinário, admitindo assim que ele também permite o conhecimento e julgamento da matéria por fundamento diverso daquele apresentado pelas partes. Essa abertura foi levantada no julgamento do Recurso Extraordinário nº 298.694, tendo destacado o Ministro Carlos Ayres Britto que “Nada na Constituição, nada na lógica jurídica autoriza a inaplicabilidade do iura novit curia às decisões da Casa, em sede de recurso extraordinário. Não é extraordinariedade do recurso que vai forçar o Supremo Tribunal Federal a restringir o seu próprio âmbito de apreciação da matéria”⁶⁷. A questão foi melhor desenvolvida pelo Min. Cezar Peluso que assim se pronunciou:

(...) Também penso que o Tribunal não está vinculado ao fundamento que o recorrente invoque no recurso extraordinário. E aqui, a segunda questão, que me parece importantíssima, suscitada no voto do eminente Relator. Considero que interpretação restritiva quanto à profundidade do efeito devolutivo do extraordinário implica duas graves contradições, muito bem percebidas por S. Exa. A primeira é a contradição imediata com a função constitucional precípua do Supremo, que é a de velar pela mesma Constituição, na sua inteireza. Não é possível, sem renúncia a tal função, admitir que esta Corte esteja impedida de reconhecer a incidência de certa norma constitucional, sob o singelo fundamento de que não teria sido invocada nas razões ou contra-razões do recurso extraordinário. E a segunda, mais grave que a primeira, que já é gravíssima, parece-me ser a contradição com a ordem jurídica em si, porque não consigo conceber como o Supremo Tribunal Federal possa modificar o conteúdo de uma decisão, com base no argumento de que teria havido ofensa a determinada regra ou princípio constitucional, quando esteja claríssimo nos autos, que esse mesmo conteúdo decisório deva subsistir pela aplicação de outra norma ou princípio constitucional, incidente sobre os fatos da causa. Noutras palavras, o Supremo Tribunal Federal estaria, em tal conjuntura, modificando o teor da decisão que reconhece estar conforme à Constituição!

Aqui exsurge um ponto interessante.

⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. I. Recurso extraordinário: letra a: possibilidade de confirmação da decisão recorrida por fundamento constitucional diverso daquele em que se alicerçou o acórdão recorrido e em cuja inaplicabilidade ao caso se baseia o recurso extraordinário: manutenção, lastreada na garantia da irredutibilidade de vencimentos, da conclusão do acórdão recorrido, não obstante fundamentado este na violação do direito adquirido. II. Recurso extraordinário: letra a: alteração da tradicional orientação jurisprudencial do STF, segundo a qual só se conhece do RE, a, se for para dar-lhe provimento: distinção necessária entre o juízo de admissibilidade do RE, a - para o qual é suficiente que o recorrente alegue adequadamente a contrariedade pelo acórdão recorrido de dispositivos da Constituição nele prequestionados - e o juízo de mérito, que envolve a verificação da compatibilidade ou não entre a decisão recorrida e a Constituição, ainda que sob prisma diverso daquele em que se hajam baseado o Tribunal a quo e o recurso extraordinário. Recurso Extraordinário nº 298.694. Município de São Paulo e Edna Maria Locatelli e outros. Tribunal Pleno. Relator Min. Sepúlveda Pertence. Brasília/DF, 06 ago. 2003. **Diário da Justiça da União**, 23 abr. 2004.

Questão constitucional é questão de direito e matéria de ordem pública, posto que a inconstitucionalidade não se sujeita a preclusão nem o ato inconstitucional se convalida pelo decurso do tempo.

A rigor, sendo questão de direito, não é matéria a cujo respeito a lei exija a iniciativa da parte, pois, como bem salientado pelo Min. Carlos Ayres Britto, vige em nosso ordenamento jurídico a máxima que “do direito cuida o juiz”. Todavia, e conforme mencionado em capítulo anterior, firmou-se na tradição histórica da jurisprudência brasileira a necessidade de demonstração do prequestionamento - que para o Supremo Tribunal Federal implica a manifestação expressa do Tribunal de origem sobre a questão constitucional - como parte do exame de cabimento do recurso extraordinário. O prequestionamento não é exigência expressa em nenhum diploma jurídico em vigor e tem merecido certo temperamento com julgados que têm admitido a sua dispensa ante a relevância do tema levado a conhecimento da mais Alta Corte Judiciária (vide subseção 3.2.3).

Sendo matéria de ordem pública, posto que implica a observância e manutenção da força normativa da Constituição, há de ser alcançada pelo efeito devolutivo em profundidade dos recursos, também denominado de efeito translativo.

Colhendo lição de Didier Jr. e Leonardo Cunha:

O efeito devolutivo determina os limites horizontais do recurso; o efeito translativo, os verticais. O efeito devolutivo delimita o que se pode; o efeito translativo, o material com o qual o ad quem trabalhará para decidir a questão que lhe foi submetida. O efeito devolutivo (extensão) relaciona-se ao *objeto litigioso* do recurso (a questão principal do recurso); o efeito translativo (profundidade do efeito devolutivo) relaciona-se ao *objeto de conhecimento* do recurso, às questões que devem ser examinadas pelo órgão *ad quem* como fundamentos para a solução do objeto litigioso recursal.⁶⁸

Não se perca de vista que a decisão que analisa a constitucionalidade de lei ou ato normativo pela via de exceção, não obstante as intensas transformações legislativas e jurisprudenciais, é fundamento para a construção de uma solução para o caso concreto, objetivo final do recorrente.

A possibilidade de conhecimento de um recurso extraordinário por fundamento diverso ainda não se encontra definitivamente assentado no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

⁶⁸ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Op. cit., p. 82-83.

5.2 Declaração incidental de inconstitucionalidade sem que haja relevância da aplicação da lei ao caso concreto

Em sede de jurisdição ordinária, prevalece o entendimento de que só se declara incidentalmente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo que deva ser aplicada à causa, privilegiando-se, assim, a presunção geral de constitucionalidade.

No âmbito da Corte Suprema, contudo, tem sido cada vez mais comum a apreciação da questão constitucional ainda que esta seja dispensável à resolução da controvérsia. O fundamento para a diferenciação de tratamento estaria na posição do STF de guarda da Constituição e no regramento específico de seu Regimento Interno. No *leading case* Mandado de Segurança nº 20.505/DF, o Min. Moreira Alves destacou:

Nesse sistema surgido nos Estados Unidos da América por via de construção jurisprudencial já que sua Constituição é silente sobre o controle de constitucionalidade, criou-se o princípio de que o juiz deve abster-se de enfrentar a questão constitucional quando possa resolver o litígio por outra via.

No Brasil, em que hoje, o S.T.F. tem também o controle concentrado de constitucionalidade na ação direta, esse princípio, com relação a ele, não encontra mais justificativa vinda do direito americano, e tanto é assim que seu Regimento Interno deu à arguição incidenter tantum de inconstitucionalidade o mesmo tratamento, quanto ao procedimento, que se observa na representação de inconstitucionalidade, e, portanto, no controle concentrado.

Disso decorre que, quando argüida incidenter tantum a inconstitucionalidade de ato normativo, o Plenário da Corte em face do disposto nos artigos 176 e 177 do Regimento Interno, que são imperativos, não pode furtrar-se ao exame preliminar dessa argüição. Temos, em verdade, lei expressa que afasta o princípio elaborado pela construção jurisprudencial americana.⁶⁹ (destaques originais).

⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. Município de interesse da segurança nacional e descaracterizado, como tal, pelo Decreto-lei n. 2.183/1984. Ato do Presidente da República designando Prefeito "pro tempore". Mandado de segurança impetrado pelo Prefeito, que vinha provendo o cargo, para prosseguir no exercício das funções, pleiteando somente ser exonerado por ato do Governador do Estado. Liminar concedida. Argüida "incidenter tantum" a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, que se deva aplicar no julgamento da causa, o Plenário do STF não pode furtrar-se ao exame preliminar dessa argüição, de acordo com os arts. 176 e 177, do Regimento Interno. Mandado de Segurança nº 20.505. Bruno Niederauer e Presidente da República. Pleno. Relator Min. Néri da Silveira. Brasília/DF, 30 out. 1985. **Diário da Justiça da União**, 08 nov. 1991.

A mesma orientação foi tomada no Agravo Regimental na Sentença Estrangeira nº 5.206⁷⁰ e nos Recursos Extraordinários ns. 415.932/PR⁷¹, 420.816/PR⁷².

5.3 Eficácia da decisão em controle difuso

5.3.1 Efeitos *inter partes/erga omnes* e o papel do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade

A filiação inicial do direito brasileiro ao modelo norte-americano de controle de constitucionalidade encontrou algumas inconveniências. É que embora se advogasse firmemente a tese da nulidade da lei inconstitucional, principalmente por esforço e insistência de Ruy Barbosa, as decisões exaradas em controle difuso

⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2. Laudo arbitral: homologação: Lei da Arbitragem: controle incidental de constitucionalidade e o papel do STF. (...) Ainda que não seja essencial à solução do caso concreto, não pode o Tribunal - dado o seu papel de "guarda da Constituição" - se furtar a enfrentar o problema de constitucionalidade suscitado incidentalmente (v.g. MS 20.505, Néri). 3. Lei de Arbitragem (L. 9.307/96): constitucionalidade, em tese, do juízo arbitral; discussão incidental da constitucionalidade de vários dos tópicos da nova lei, especialmente acerca da compatibilidade, ou não, entre a execução judicial específica para a solução de futuros conflitos da cláusula compromissória e a garantia constitucional da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV). Constitucionalidade declarada pelo plenário, considerando o Tribunal, por maioria de votos, que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o artigo 5º, XXXV, da CF. (...) Agravo Regimental em Sentença Estrangeira nº 5.206. M V B Commercial and Export Management Establishment e Resil indústria e Comércio Ltda. Pleno. Relator Min. Sepúlveda Pertence. Brasília/DF, 12 dez. 2001. **Diário da Justiça da União**, 30 abr. 2004.

⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. II. Controle incidente de inconstitucionalidade e o papel do Supremo Tribunal Federal. Ainda que não seja essencial à solução do caso concreto, não pode o Tribunal - dado o seu papel de "guarda da Constituição" - se furtar a enfrentar o problema de constitucionalidade suscitado incidentalmente (v.g. SE 5.206-AgR; MS 20.505). (...) Recurso Extraordinário nº 420.816. Instituto Nacional do Seguro Social e Maria Godofrida Rodrigues Prado. Pleno. Relator Min. Carlos Velloso. Relator p/ Acórdão Min. Sepúlveda Pertence. Brasília/DF, 29 set. 2004. **Diário da Justiça da União**, 10 nov. 2006.

⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. II. Controle incidente de inconstitucionalidade e o papel do Supremo Tribunal Federal. Ainda que não seja essencial à solução do caso concreto, não pode o Tribunal - dado o seu papel de "guarda da Constituição" - se furtar a enfrentar o problema de constitucionalidade suscitado incidentalmente (v.g. SE 5.206-AgR; MS 20.505). (...) Recurso Extraordinário nº 420.816. Instituto Nacional do Seguro Social e Azoel dos Santos e outros. Pleno. Relator Min. Carlos Velloso. Relator p/ Acórdão Min. Sepúlveda Pertence. Brasília/DF, 29 set. 2004. **Diário da Justiça da União**, 10 nov. 2006.

têm seus efeitos restritos às partes. Na prática, a declaração incidental não invalidava a norma, que permanecia produzindo efeitos até que fosse revogada por outra, podendo ser invocada e aplicada em outras demandas. Nesse contexto, era comum a ocorrência de decisões contraditórias que ora aplicam, ora deixam de aplicar a lei ou ato normativo sobre o qual paira a pecha de inconstitucionalidade, atentando assim à necessária segurança jurídica que deve reger as relações sociais.

A situação paradoxal se impunha porque aqui não se tinha qualquer mecanismo assemelhado à teoria do *stare decisis* (também chamado na Inglaterra de *doctrine of binding precedent*) que empresta eficácia vinculante às manifestações já proferidas anteriormente.

No sistema norte-americano, segundo Eduardo Appio⁷³, “um juiz pode até discordar da correção da decisão anterior, firmada no precedente e, ainda assim, terá de aderir ao que já foi decidido no passado”. A vinculação se dá tanto em sentido vertical (as decisões dos tribunais superiores vinculam os inferiores e juízos monocráticos) quanto em sentido horizontal (os juízes estão vinculados aos precedentes de seus antecessores e somente podem deixar de aplicá-los se optarem por revogá-los de forma expressa).

A solução para contornar as consequências desconfortáveis de um julgado restrito às partes ficou por conta da possibilidade, criada pelo constituinte de 1934, de emprestar eficácia *erga omnes* às decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal mediante resolução do Senado Federal. A regra encontra-se hoje insculpida no art. 52, inciso X, da Constituição de 1988, com a seguinte redação:

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

.....
X – suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

Uma ou outra discussão se estabeleceu quanto à natureza jurídica da resolução senatorial, assentando-se, posteriormente, o entendimento de que se cuida de ato político, discricionário, em louvor ao princípio da separação de poderes, não implicando qualquer infração à ordem jurídica constitucional eventual omissão. De toda sorte, optando por editar a resolução, não pode a Câmara Alta do

⁷³ APPIO, Eduardo. **Controle difuso de constitucionalidade**: modulação dos efeitos, uniformização de jurisprudência e coisa julgada. Curitiba: Juruá, 2009, p. 57.

Congresso Nacional imiscuir-se no mérito do julgado, restringindo ou ampliando a sua extensão, a despeito da expressão “no todo ou em parte” constante no dispositivo, que parece fazer alusão apenas à própria decisão judicial que pode ter reconhecido a inconstitucionalidade de um ou alguns dispositivos, mantendo íntegro o restante do ato normativo⁷⁴.

Não tendo função revogatória, mas de simples suspensão que garante generalidade ao julgado, os efeitos temporais da resolução são prospectivos.

Ao Supremo, conforme disposto no art. 178 de seu Regimento Interno⁷⁵, incumbiria comunicar a declaração incidental de inconstitucionalidade ao Senado Federal.

Gilmar Ferreira Mendes, entretanto, defende que o papel do Senado Federal hoje perde significativa importância, razão pela qual a previsão do art. 52, inciso X, da Constituição Federal, haveria de ser entendida como de simples publicidade, à semelhança do que ocorre na Áustria, com a previsão de publicação a cargo do Chanceler Federal, e na Alemanha, cuja Lei Orgânica da Corte Constitucional atribui a função ao Ministro da Justiça⁷⁶. Nesse caso, estar-se-ia diante de exemplo de mutação constitucional, processo informal de mudança da constituição, por meio do qual são atribuídos novos sentidos e conteúdos até então não ressaltados à letra da Constituição, quer através da interpretação em suas diversas modalidades e métodos, quer por intermédio da construção, bem como dos usos e costumes constitucionais.

Para o eminente ministro, ante a intensa transformação porque passou o controle de constitucionalidade no direito brasileiro no último quartel de século, com a introdução de mecanismos de fiscalização abstrata – ADI, ADI por omissão, ADC, ADPF e representação interventiva –, que passaram a desfrutar de certa primazia no cenário jurídico nacional após a promulgação da Constituição de 1988, a fórmula que põe na dependência de manifestação do Senado Federal a atribuição de

⁷⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 1028-1029.

⁷⁵ RISTF, art. 178 – “Declarada, incidentalmente, a inconstitucionalidade, na forma prevista nos arts. 176 e 177, far-se-á comunicação, logo após a decisão, à autoridade ou órgão interessado, bem como, depois do trânsito em julgado, ao Senado Federal, para os efeitos do art. 42, VII, da Constituição.” [A referência é da Constituição de 1967].

⁷⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. **Revista de informação legislativa**, Brasília, a. 41, n. 162, p. 149-168, abr/jun. 2004.

eficácia geral aos julgados do Supremo Tribunal Federal não teria outra razão para subsistir senão em função de certo apego aos institutos tradicionais. E indaga:

Se o Supremo Tribunal pode, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de uma Emenda Constitucional, porque haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida no controle incidental, de valer tão-somente entre as partes?

Retomando lições de Lúcio Bittencourt, Gilmar Mendes recorda que os constitucionalistas brasileiros, em verdade, não lograram fundamentar nem a eficácia *erga omnes* nem a retroatividade da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal, preferindo repetir, sem maiores incursões, a doutrina norte-americana, que, por seu turno, também se furtou de aprofundar a questão, posto que, entre eles, a doutrina do *stare decisis* assegurava o efeito vinculante às decisões das Cortes Superiores. Sendo nula ou inexistente a lei declarada inconstitucional, não se poderia, sem aqui incorrer na própria negação da tese, dizer que o Senado suspende a execução de um ato inexistente ou ineficaz.

A situação ganha especial contorno quando se tem em vista que o Supremo não se limita às hipóteses de declarar constitucional ou inconstitucional a norma, podendo, ainda, conceder-lhe interpretação conforme ou ainda declarar a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto. Nesses casos, não está o Senado sequer autorizado a dar a eficácia geral ao julgado. De outra ponta, quando o tribunal rejeita a alegação de inconstitucionalidade, implicando uma declaração de constitucionalidade por via de consequência, não se exige qualquer intervenção do Senado. A decisão vale *per se*. Da mesma forma, a suspensão da execução de lei inconstitucional não se aplica à declaração de lei pré-constitucional⁷⁷.

A amplitude das decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal em controle difuso foi discutida na Reclamação nº 4.335/AC. Como sabido, a reclamação ao STF é prevista no art. 102, inciso I, alínea “I”, da Constituição, e regulamentada pelo art. 13 da Lei nº 8.038/90, como instrumento destinado a preservar a competência do Tribunal e a autoridade de suas decisões. Com a popularidade das ações diretas de controle, a reclamação tem sido bastante utilizada para garantir a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante que lhe é inerente.

⁷⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 1030.

A reclamação também é prevista no art. 103-A, § 3º contra ato administrativo ou decisão judicial que contrariar súmula vinculante.

A fim de melhor esclarecer o contexto em que se deu a proposta de viragem jurisprudencial quanto à eficácia das decisões do Supremo, principiemos a dizer que em 23/02/2006, no julgamento do Habeas Corpus nº 82.959/SP, o Pleno da Corte reconheceu, incidentalmente, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90 que vedava a progressão de regime prisional aos crimes hediondos⁷⁸. A decisão gerou inúmeros outros habeas corpus veiculando matéria idêntica, o que levou a Primeira Turma do STF a admitir na Questão de Ordem no Habeas Corpus nº 86.224/DF⁷⁹, Rel. Min. Carlos Brito, a possibilidade de julgamento monocrático de todos os habeas corpus que versassem exclusivamente sobre o tema de progressão de regime em crimes hediondos. Semelhante providência também foi admitida pela Segunda Turma na Questão de Ordem no Habeas Corpus nº 85.677/SP⁸⁰, Rel. Min. Gilmar Mendes.

Odilon Antônio da Silva Lopes e outros ingressaram diretamente no Supremo Tribunal Federal com reclamação contra decisões do Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco-AC, pelas quais indeferira pedido de progressão de regime em condenações por crime hediondo. Segundo o Informativo 454 do STF, o Min. Gilmar Mendes, relator, julgava procedente a reclamação para cassar as decisões impugnadas, assentando que caberia ao juízo reclamado proferir nova decisão para avaliar se, no caso concreto, os interessados atendiam ou não os requisitos para gozar do referido benefício. Para tanto, afastou

⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pena. Crimes hediondos. Regime de cumprimento. Progressão. Óbice. Artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. Inconstitucionalidade. Evolução jurisprudencial. Habeas Corpus nº 82.959. Oseas de Campos e Superior Tribunal de Justiça. Pleno. Relator Min. Marco Aurélio. Brasília/DF, 23 fev. 2006. **Diário da Justiça da União**, 01 set. 2006.

⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Cíntia de Santana Santos e Superior Tribunal de Justiça. Habeas corpus. Alegação de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da lei nº 8.072/90, que veda a progressão de regime na execução das penas dos condenados por crimes hediondos. Precedente plenário. Reconhecimento da inconstitucionalidade. Questão de Ordem no Habeas Corpus nº 86.224. Primeira Turma. Relator Min. Carlos Ayres Britto. Brasília/DF, 07 mar. 2006. **Diário da Justiça da União**, 23 jun. 2006.

⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de ordem em Habeas corpus. 2. Progressão de regime prisional em hipóteses de condenação por crime hediondo. 3. Possibilidade de juízo monocrático para a aplicação do precedente firmado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no HC nº 82.959/SP, Relator Marco Aurélio, maioria, acórdão pendente de publicação. (...) 8. Questão de ordem acolhida no sentido de admitir a apreciação e julgamento monocrático pelos ministros integrantes da Segunda Turma, tão-somente para aqueles casos nos quais a matéria em debate esteja restrita ao tema discutido no HC nº 82.959-SP. Questão de Ordem no Habeas Corpus nº 85.677. Segunda Turma. Relator Min. Gilmar Mendes. Brasília/DF, 21 mar. 2006. **Diário da Justiça da União**, 17 ago. 2007.

a alegação de inexistência de decisão a ser respeitada em face da ausência de resolução do Senado a emprestar eficácia geral às decisões do STF, asseverando que:

(...) a amplitude conferida ao controle abstrato de normas e a possibilidade de se suspender, liminarmente, a eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, no contexto da CF/88, concorreram para infirmar a crença na própria justificativa do instituto da suspensão da execução do ato pelo Senado, inspirado numa concepção de separação de poderes que hoje estaria ultrapassada. Ressaltou, ademais, que ao alargar, de forma significativa, o rol de entes e órgãos legitimados a provocar o STF, no processo de controle abstrato de normas, o constituinte restringiu a amplitude do controle difuso de constitucionalidade.

Considerou o relator que, em razão disso, bem como da multiplicação de decisões dotadas de eficácia geral e do advento da Lei 9.882/99, alterou-se de forma radical a concepção que dominava sobre a divisão de poderes, tornando comum no sistema a decisão com eficácia geral, que era excepcional sob a EC 16/65 e a CF 67/69. Saliu ser inevitáveis, portanto, as reinterpretações dos institutos vinculados ao controle incidental de inconstitucionalidade, notadamente o da exigência da maioria absoluta para declaração de inconstitucionalidade e o da suspensão de execução da lei pelo Senado Federal. Reputou ser legítimo entender que, atualmente, **a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado há de ter simples efeito de publicidade**, ou seja, **se o STF, em sede de controle incidental, declarar, definitivamente, que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais**, fazendo-se a comunicação àquela Casa legislativa para que publique a decisão no Diário do Congresso. Concluiu, assim, que as decisões proferidas pelo juízo reclamado desrespeitaram a eficácia *erga omnes* que deve ser atribuída à decisão do STF no HC 82959/SP. (negrito nosso).

A tese sedutora, que reduz o papel do Senado a simples despachador, não passa indene a críticas. Jonas Vieira de Lima⁸¹ aponta as seguintes desvantagens à adoção irrestrita de eficácia *erga omnes* às decisões em controle incidental: desrespeito às competências estabelecidas constitucionalmente, o que abriria um perigoso precedente em que a jurisprudência estaria construindo um pensamento que contraria o texto constitucional; e a hipertrofia do Poder Judiciário diante de outros poderes da República.

Certo é que o próprio Gilmar Mendes reconhece que já no Projeto que resultou na Emenda nº 16/65 pretendeu-se conferir nova disciplina ao instituto da suspensão pelo Senado, mediante inserção de fórmula extraída do direito italiano, de sorte que o art. 64 da Constituição (então, 1946) passaria a ter a seguinte redação:

⁸¹ LIMA, Jonas Vieira de. A tendência de abstração do controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1320, 11 fev. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9485>>. Acesso em: 31 mai. 2010.

Art. 64. Incumbe ao Presidente do Senado Federal, perdida a eficácia de lei ou ato de natureza normativa (art. 101, § 3º), fazer publicar no Diário Oficial e na Coleção das leis, a conclusão do julgado que lhe for comunicado.

Ora, a proposta em questão foi rejeitada, mantendo-se a redação original tal qual atualmente constante no art. 52, inciso X, do Estatuto de 1988, o que parece autorizar concluir que o constituinte originário ainda considerava válido e necessário o expediente. Ademais, a interpretação constitucional não pode ser de tal forma elastecida a ponto de se admitir uma construção exatamente oposta ao que se encontra estatuído. Não se extrai da Constituição que as decisões do Supremo Tribunal Federal gozam de oponibilidade geral senão quando oriundas de ações diretas (art. 102, § 2º) ou quando sedimentadas em súmula vinculante (art. 103-A), proposta e aprovada nos termos de lei específica.

De qualquer forma, a eficácia da decisão que declarou a inconstitucionalidade do dispositivo que vedava a progressão de regime prisional nas condenações por crime hediondo foi estendida pelo próprio Supremo Tribunal Federal mediante edição da Súmula Vinculante nº 26, cuja redação é a seguinte:

Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.

Os requisitos objetivos e subjetivos a serem observados não de ser aqueles prescritos pelo art. 112 da Lei de Execução Penal, até a publicação da Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007, que estabeleceu regramento próprio à Lei de Crimes Hediondos, para a concessão do benefício, regras estas mais severas que aquelas previstas na LEP, não podendo retroagir em face da vedação constitucional nesse sentido (art. 5º, inciso XL).

5.3.2 Efeito transcendente dos motivos determinantes da sentença

Não se tem dúvida de que as decisões em sede de controle concentrado gozam de efeito vinculante e eficácia *erga omnes*. Discute-se se os mesmos efeitos

podem ser produzidos também às declarações incidentais proferidas pela Corte Suprema. Mas um ponto parece ainda não ter sido devidamente analisado: a vinculação é só quanto a parte dispositiva da decisão?

O argumento de que a vinculação encontra-se adstrita aos limites do dispositivo da decisão decorre da ideia de que estaria diretamente afetada à coisa julgada. Com efeito, o Código de Processo Civil prescreve como requisitos essenciais da sentença (e do acórdão, por força do art. 165): o relatório, os fundamentos e o dispositivo. No relatório, constarão os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu e o registro de eventuais ocorrências nos autos. Nos fundamentos, constarão a análise do juiz quanto às questões de fato e de direito. No dispositivo, o juiz resolverá as questões que as partes tenham formulado. Os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença, bem como a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença e a questão prejudicial, decidida incidentemente no processo, não estão abrangidos pela coisa julgada material. É a leitura que se faz dos arts. 458 e 469 do CPC.

Sabe-se que o diploma de ritos ainda vigente é verdadeira colcha de retalhos, emendado aqui e ali para atualizar seu regramento às necessidades de evolução e superação de fórmulas que já não se prestam mais à pacificação dos conflitos levados ao conhecimento do Poder Judiciário.

Também já salientamos anteriormente a intensa proximidade entre o *modus* de apreciação das questões constitucionais em sede de controle difuso perante tribunais e em sede de controle concentrado. Pela sistemática atual do processamento do incidente de decretação de inconstitucionalidade, a decisão proferida servirá de precedente para o próprio órgão *ad quem* na análise de outros incidentes que veiculem demanda idêntica, dispensando a remessa ao Pleno ou Órgão Especial, conforme o caso (art. 481, parágrafo único do CPC). Expande-se, assim, para além dos limites subjetivos da causa, alcançando outros processos e vinculando as Turmas e Câmaras às decisões plenárias. Igualmente, no exame de repercussão geral e julgamento de mérito dos recursos extraordinários, quer envolvam demanda repetitiva, quer não, também se atribui ao caso primeiro um *status* de precedente de observância obrigatória (arts. 543-A, § 5º e 543-B, §§ 2º e

3º do CPC, arts. 321, § 5º, 323, § 1º, 326 *usque* 329 do RISTF, art. 14, §§ 4º *usque* 9º da Lei nº 10.259/01).

Didier Jr., Braga e Oliveira conceituam precedente como “a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos”.

O precedente poderia, então, ser obrigatório/vinculante ou simplesmente persuasivo. Até pouco tempo atrás, a doutrina costumava afirmar, convicta, que no sistema brasileiro os precedentes eram meramente persuasivos, servindo de orientação razoável à atividade jurisdicional, razão pela qual a jurisprudência não poderia ser considerada fonte do Direito. À vista das alterações normativas mencionadas, percebe-se que, de fato, não se pode mais ter a assertiva como dogma absoluto.

Outros exemplos da influência da teoria dos precedentes judiciais podem ser pinçados do Código de Processo Civil, tais como: o julgamento liminar de mérito em demandas repetitivas (art. 285-A); a dispensa de reexame nas causas decididas em desfavor da Fazenda Pública, incluindo-se os embargos à execução de dívida ativa quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do Plenário do Supremo Tribunal Federal ou do Tribunal *ad quem* competente para a reapreciação ou de outro Tribunal Superior (art. 437, § 3º); o trancamento do processamento do recurso quando a decisão recorrida estiver fundamentada em súmula do STF ou do STJ (art. 518, § 1º); a conversão do agravo de instrumento previsto no art. 544 em recurso especial ou extraordinário, conforme o caso, e seu imediato provimento pelo relator, quando a decisão recorrida contrariar súmula ou jurisprudência dominante do STF ou STJ (§ 3º do art. 544); a negativa, em decisão monocrática, de seguimento a recurso em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal ou do STF ou outro Tribunal Superior (art. 557, *caput*), bem como o imediato provimento do recurso quando a decisão recorrida é que estiver em manifesto confronto com súmula nos termos anteriores (§1ª-A do art. 557); a admissibilidade do incidente de uniformização de jurisprudência (art. 476 a 479), além de recursos como os embargos de divergência (art. 546) e o especial em demanda repetitiva (art. 543-C, §§ 7º a 9º).

A criação da súmula vinculante (art. 103-A da Constituição, acrescido pela Emenda Constitucional nº 45/04) veio coroar a ascensão do precedente em nosso

ordenamento jurídico, porque, uma vez publicada, passa a ser de observância obrigatória para Administração em todas as esferas e para os demais órgãos do Poder Judiciário.

Colhendo lições de Didier Jr. et al⁸², todo precedente é composto de duas partes distintas: as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia e a tese ou princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*) do provimento decisório. É da *ratio decidendi*, que os americanos denominam de *holding*, que se extrai a força obrigatória do precedente. É a razão determinante para o julgado.

As razões de decidir do precedente é que operam a vinculação: extrai-se da *ratio decidendi*, por indução, uma regra geral que pode ser aplicada a outras situações semelhantes. Da solução de um caso concreto (particular) extrai-se uma regra de direito que pode ser generalizada.⁸³

Tal é a sorte do precedente que aquilo que se vem chamando de teoria dos motivos determinantes da sentença, em suma, não é nada mais que a plena adoção do sistema de precedentes. Dessa feita, a eficácia vinculante não se limita à coisa julgada, transcende-a e alcança igualmente as razões de decidir. Mas a questão não foi bebida nas fontes do direito norte-americano. A fundamentação para a sua aplicabilidade no ordenamento jurídico pátrio, o Min. Gilmar Mendes foi buscá-la no direito alemão, em intensas referências que foge ao presente estudo o intuito de analisar, bastando que para fins de ilustração, se atente às conclusões do eminente ministro:

Em verdade, o efeito vinculante decorre do particular papel político-institucional desempenhado pela Corte ou pelo Tribunal Constitucional, que deve zelar pela observância estrita da Constituição nos processos especiais concebidos para solver determinadas e específicas controvérsias constitucionais. Esse foi o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal na ADC 4, ao reconhecer efeito vinculante à decisão proferida em sede de cautelar, a despeito do silêncio do texto constitucional. Não foi outro o entendimento do legislador infraconstitucional ao conferir efeito vinculante às decisões proferidas em ação direta de inconstitucionalidade. (...)

Vale ressaltar que o alcance do efeito vinculante das decisões não pode estar limitado à sua parte dispositiva, devendo, também considerar os chamados “fundamentos determinantes”.⁸⁴

⁸² DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Op. cit., p.350.

⁸³ Id. Ibid., p.351.

⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação. Cabimento. Afronta à decisão proferida na ADI 1662-SP. Seqüestro de verbas públicas. Precatório. Vencimento do prazo para pagamento. Emenda constitucional 30/00. Parágrafo 2º do artigo 100 da Constituição Federal. Reclamação nº 1987. Governador do Distrito Federal e Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. Pleno. Relator Min. Mauricio Correa. Brasília/DF, 01 out. 2003. **Diário da Justiça da União**, 21 mai. 2004.

O tema que foi também debatida pelo Relator, Min. Maurício Corrêa, constou expressamente do acórdão da reclamação e pode-se mesmo afirmar que a Corte acolheu e pacificou a tese de que os fundamentos ou motivos determinantes de decisão proferida no âmbito de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, quer em caráter liminar, quer em pronunciamento definitivo, são dotados de eficácia vinculante transcendente (art. 102, § 2.º, da CF; art. 28, § único, da Lei nº 9.868, de 10.11.1999), apta a ensejar, quando contrariado o entendimento que ali se firmou, por outro órgão do Poder Judiciário ou pela administração pública, a propositura de reclamação ao Supremo Tribunal Federal.

Mas se pacificada a questão quanto às ações diretas do controle concentrado, o mesmo não se pode dizer do controle difuso. O Min. César Peluso em duas oportunidades, negou seguimento a reclamação que expressamente ressaltava o crescente caráter de abstrativização do controle difuso, fazendo com que também as suas decisões tivessem, *per se*, eficácia *erga omnes*, vinculante e transcendente. Vejamos a fundamentação do relator:

É bem verdade que os atos decisórios do Supremo Tribunal Federal em processos subjetivos não têm a mesma eficácia daqueles emitidos por qualquer órgão judicial. Na condição de órgão de cúpula do Poder Judiciário, responsável pela guarda da Constituição, a Corte empresta a seus precedentes força sensivelmente superior à ostentada pela generalidade das decisões judiciais. Para demonstrá-lo, basta lembrar, em primeiro lugar, os atos de jurisdição proferidos pelo Tribunal no controle incidental e concreto de constitucionalidade. A declaração de inconstitucionalidade de norma, manifestada incidentaliter tantum, habilita o Senado a suspender-lhe a execução (CF, art. 52, inc. X). Ainda fora daí, as decisões da Corte são dotadas de força qualificada de precedente, apta a influenciar em alto grau e, até, predeterminar o teor de decisões de outros órgãos judiciais (CF, art. 103-A; CPC, arts. 481, § único, 557 e 741, § único).

Essa eficácia diferenciada, naturalmente expansiva, das decisões do Supremo Tribunal Federal, não autoriza, porém, que qualquer ato contrário a seus precedentes, imputável a qualquer juízo, obtenha reparação direta por meio de reclamação à Corte. Tal possibilidade não apenas constituiria flagrante absurdo, ofensivo às garantias do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, e aos limites subjetivos da coisa julgada, como também arruinaria todo o sistema processual e a estrutura judiciária.

No caso, a pretensão do reclamante funda-se em alegada afronta à decisão da Corte no RE nº 466.768, processo de índole subjetiva, no qual foi determinada, incidentalmente, a exclusão de juros compensatórios e moratórios sobre as prestações para pagamento de precatórios, previstas no art. 78 do ADCT, ressalvada a inadimplência da Fazenda Pública. Decisões desse jaez são desprovidas de eficácia *erga omnes*, vinculando apenas as partes envolvidas no litígio. E a autoridade, dita aqui reclamada, não figura como sujeito processual naquele recurso extraordinário, nem está adstrita, por força de lei, à observância do comando ali emanado.

Inarredável, pois, a conclusão teórica de que o reclamante terá eleito via processual imprópria. A fim de sustentar sua pretensão, o autor dispõe dos meios ordinários de impugnação recursal – não, da reclamação, por ofensa à autoridade de decisão da Corte, proferida em recurso extraordinário do qual não foi parte.⁸⁵

Em incomum e ousada posição, o Min. Teori Albino Zavascki, curvando-se ao reconhecimento de eficácia vinculante também aos julgados incidentais do STF, exarou o seguinte entendimento no Recurso Especial nº 828.106.

A inconstitucionalidade é vício que acarreta a nulidade *ex tunc* do ato normativo, que, por isso mesmo, é desprovido de aptidão para incidir eficazmente sobre os fatos jurídicos desde então verificados, situação que não pode deixar de ser considerada. Também não pode ser desconsiderada a decisão do STF que reconheceu a inconstitucionalidade. Embora tomada em controle difuso, é decisão de incontestável e natural vocação expansiva, com eficácia imediatamente vinculante para os demais tribunais, inclusive o STJ (CPC, art. 481, § único: "*Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão*"), e com força de inibir a execução de sentenças judiciais contrárias, que se tornam inexigíveis (CPC, art. 741, § único; art. 475-L, § 1º, redação da Lei 11.232/05: "*Para efeito do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal*"). Sob esse enfoque, há idêntica força de autoridade nas decisões do STF em ação direta quanto nas proferidas em via recursal. Merece aplausos essa aproximação, cada vez mais evidente, do sistema de controle difuso de constitucionalidade ao do concentrado, que se generaliza também em outros países (SOTELO, José Luiz Vasquez. "A jurisprudência vinculante na 'common law' e na 'civil law'", in *Temas Atuais de Direito Processual Ibero-Americano*, Rio de Janeiro, Forense, 1998, p. 374; SEGADO, Francisco Fernandez. *La obsolescência de la bipolaridad 'modelo americano-modelo europeo kelseniano' como critério nalítico del control de constitucionalidad y la búsqueda de una nueva tipología explicativa*", apud *Parlamento y Constitución*, Universida de Castilla-La Mancha, Anuario (separata), nº 6, p. 1-53). No atual estágio de nossa legislação, de que são exemplos esclarecedores os dispositivos acima transcritos, é inevitável que se passe a atribuir simples efeito de publicidade às resoluções do Senado previstas no art. 52, X, da Constituição. É o que defende, em doutrina, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, para quem "não parece haver dúvida de que todas as construções que se vêm fazendo em torno do efeito transcendente das decisões tomadas 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" (MENDES, Gilmar Ferreira. "O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de

⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 8209. Município de Mauá e Tribunal de Justiça de São Paulo. Relator Min. Cezar Peluso. Brasília/DF, 13 out. 2009. **Diário da Justiça eletrônico** nº 197, 20 out. 2009.

5.3.2 Eficácia *ex tunc/ex nunc*: aplicação do art. 27 da Lei 9.868/99 por analogia

A doutrina brasileira perfilhou-se desde a Constituição de 1891 à tese da nulidade da lei. Por ela, a lei inconstitucional não é lei porquanto inquinada de vício insanável desde o seu nascedouro. Não sendo lei, nenhum efeito dela se poderia extrair, de modo que, declarada a sua inconstitucionalidade, os atos porventura dela resultantes são considerados nulos e inexistentes, um fato reputado consequência jurídica do outro, razão pela qual se estabeleceu como dogma do controle de constitucionalidade que a declaração de inconstitucionalidade opera efeitos retroativos (*ex tunc*).

Já o advogava, o eminente Ruy Barbosa⁸⁷, para quem “toda medida, legislativa, ou executiva, que desprezitar preceitos constitucionaes, é, dê sua essencia, nulla. Actos nullos da legislatura não podem conferir poderes validos ao executivo”.

De igual forma, a jurisprudência até recente tomava por dogma do controle de constitucionalidade a equivalência entre nulidade e inexistência, impondo o reconhecimento de eficácia retro-operante às suas decisões. Pela clareza e singularidade, vale a pena transcrever trecho do acórdão da ADI 2, julgada em 06 de fevereiro de 1992 e relatada pelo Ministro Paulo Brossard⁸⁸:

A lei ou é constitucional ou não é lei. Lei inconstitucional é uma contradição em si. A lei é constitucional quando fiel à Constituição; inconstitucional na

⁸⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processual civil. Fundamentação deficiente. Súmula 284/STF. Dissídio jurisprudencial não comprovado. Ausência de prequestionamento. Súmula 282/STF. Constitucional e tributário. Impossibilidade de apreciação da alegação de violação a dispositivos da constituição federal. PIS e COFINS. Alterações promovidas pela Lei 9.718/98. Conceito de faturamento. Inconstitucionalidade. Precedentes. Recurso Especial nº 828.106. Vilar Comércio de Bebidas Ltda. e Fazenda Nacional. Primeira Turma. Relator Min. Teori Albino Zavascki. Brasília/DF, 02 mai. 2006. **Diário da Justiça da União**, 15 mai. 2006.

⁸⁷ BARBOSA, Ruy. Op. cit., p. 47.

⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constituição. Lei Anterior que a Contrarie. Revogação. Inconstitucionalidade superveniente. Impossibilidade. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.Federação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino e Presidente da República. Pleno. Relator Min. Paulo Brossard. Brasília/DF, 06 fev. 1992. **Diário da Justiça da União**, 21 out. 1997.

medida em que a desrespeita, dispondo sobre o que lhe era vedado. O vício da inconstitucionalidade é congênito à lei e há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração.

A assertiva não deixa de merecer críticas.

No controle difuso, o órgão monocrático do Poder Judiciário aprecia a nulidade *in casu*, deixando de aplicar a norma em louvor à Constituição. A aferição do *status* de constitucionalidade é realizada no plano de validade da norma, e não no de existência. Para que possa o magistrado sobre ela ponderar, tem que existir, e se existiu, incidiu, produzindo sobre as relações sociais efeitos indeléveis. Daí porque Pontes de Miranda⁸⁹ reputa que “a lei inconstitucional é, ainda que nulamente seja”.

A existência antecede qualquer exame acerca da validade, da vigência e da eficácia de uma norma. De fato, e aqui tomando por modelo básico o processo legislativo ordinário prescrito pela Constituição brasileira, a lei nasce com a sua promulgação. Ultrapassada a etapa constitutiva, incluindo-se a iniciativa de proposta, os estudos técnicos preliminares nas comissões temáticas e de constituição, a votação em plenário e a sanção presidencial, o que era simples projeto passa a ser lei em sentido estrito, com a sua promulgação.

Existente, pois, no plano fático, à lei é atribuída a presunção relativa de constitucionalidade, opondo a sua observância a todos as pessoas sujeitas à soberania nacional a partir de sua publicação do Diário Oficial.

A presunção de constitucionalidade garante à lei o *status* de aparente validade. É válida a lei elaborada de acordo com as regras de competência e forma previstas na Constituição, e que cujo conteúdo não afronte os preceitos ínsitos no Texto Constitucional.

Por outro lado, a vigência desponta como potencialidade de incidência. Pode ou não se dar imediatamente à publicação da lei. A Lei de Introdução ao Código Civil prescreve que na ausência de previsão própria, as leis começam a vigorar em todo o País quarenta e cinco dias após oficialmente publicadas (art. 1º). A disposição é meramente supletiva e atualmente de pouco uso, vez que a Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998, tornou obrigatória a inserção de

⁸⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante de. Op. cit., p. 621.

cláusula de vigência nos textos legislativos aprovados, resguardando-se a opção pela fórmula “entra em vigor na data de sua publicação” para aquelas de menor repercussão⁹⁰.

Vigente a lei permanece juridicamente eficaz, produzindo os seus normais efeitos até que seja por outra lei revogada ou tenha sido decretada inconstitucional por decisão do Supremo Tribunal Federal em sede de controle abstrato. A revogação opera prospectivamente, respeitando as situações jurídicas consolidadas sob a égide da lei antiga, ante o princípio do *tempus regit actum*, amparado pelo art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição. Os efeitos temporais da decisão que aprecia a inconstitucionalidade de uma lei, contudo, não se encontram bem assentados. Ressalta Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz⁹¹ que:

Em verdade, inexistente previsão expressa, na Constituição Federal brasileira, de que a decisão que reconhece o vício da inconstitucionalidade possua efeitos retroativos em todos os casos possíveis. Trata-se de construção doutrinária e jurisprudencial, sedimentada ao longo dos tempos.

O surgimento de situações jurídicas no período compreendido entre a entrada em vigor da lei inconstitucional e a publicação da decisão que a expulsa do sistema não pode ser desconsiderado, especialmente quando se afere o vício sob o aspecto material, sob pena de violação do princípio da segurança jurídica.

O advento da Lei nº 9.868/99 trouxe uma inovação ao controle concentrado de constitucionalidade, possibilitando a modulação dos efeitos temporais da sentença por razões de segurança jurídica e excepcional interesse social. A previsão encontra-se no art. 27 da aludida lei e dependente, para a sua aplicação, da manifestação de dois terços dos ministros, fixando-se assim um prazo para que a decisão torne-se exigível. Em outras palavras, a regra continua sendo a eficácia *ex tunc*, só se admitindo a concessão de efeito prospectivo mediante decisão expressa e qualificada do STF. O mesmo raciocínio é válido para o exame da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, a teor do disposto no art. 11 da Lei nº 9.882/99.

Não há a mesma previsão para o controle difuso, mas, idênticas razões que permitiriam ao Supremo diferir no tempo os efeitos da decisão em ADI, ADC e ADPF, também não de ser analisadas no controle incidental e com muito mais

⁹⁰ Cf. LC nº 95/98, art. 8º.

⁹¹ DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. Op. cit., p. 41.

propriedade, haja vista estar-se diante de pronunciamento capaz de dar solução a um caso efetivamente existente.

Assim, merece destaque o *leading case* Recurso Extraordinário nº 197.917/SP, relatado pelo Min. Maurício Corrêa, publicado no DJ de 07.05.2004. Tratava-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público de São Paulo visando reduzir o número de vereadores da Câmara Municipal do Município de Mira Estrela de 11 para 9, sob a alegação que o dispositivo da lei orgânica que fixara o primeiro *quantum* não só causava prejuízo ao erário como também ofendia o critério proporcional previsto no art. 29, inciso IV, alínea a, da Constituição Federal. Chegando o caso ao Supremo mediante recurso extraordinário, entendeu o Pleno que, apesar da flagrante inconstitucionalidade do dispositivo, a declaração de nulidade com seus normais efeitos *ex tunc*, resultaria em grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevaleceram, no caso, os princípios da segurança jurídica e do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos *pro futuro* à declaração incidental de inconstitucionalidade.

Embora a larga fundamentação da inovação tenha se dado a partir do voto do Min. Gilmar Mendes, merece transcrição, pela precisão e concisão, os argumentos levantados pelo Min. Cezar Peluso:

De fato, se a CF legitima tal limitação no controle abstrato, não tem por que não legitimá-la no concreto, pois, no fundo, as técnicas de controle servem ambas, com caráter alternativo e conseqüências próprias, adequados a cada situação histórica, ao mesmíssimo propósito constitucional. A variedade de instrumentos, ou dos métodos, não desnatura o fim, que é único, o controle eficaz da constitucionalidade das leis. A regra da nulidade, enfim, cede apenas às razões de coerência sistemática e de segurança jurídica, ditadas por situações excepcionais, como a do caso.⁹²

Sendo uma questão excepcional, a modulação temporal dos efeitos de decisões oriundas do controle difuso somente se dá em situações extremas e quando expressamente deliberada.

⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário. Municípios. Câmara de Vereadores. Composição. Autonomia municipal. Limites constitucionais. Número de vereadores proporcional à população. CF, artigo 29, IV. Aplicação de critério aritmético rígido. Invocação dos princípios da isonomia e da razoabilidade. Incompatibilidade entre a população e o número de vereadores. Inconstitucionalidade, incidendo tantum, da norma municipal. Efeitos para o futuro. Situação excepcional. Recurso Extraordinário nº 197.917. Ministério Público Estadual e Câmara Municipal de Mira Estrela e outros. Pleno. Rel. Min. Maurício Correa. Brasília/DF, 06 jun. 2002. **Diário da Justiça da União**, 07 mai. 2004.

6 CONCLUSÃO

1. O controle de constitucionalidade se assenta sobre os pilares da supremacia constitucional e da rigidez constitucional, pressupondo uma diferenciação entre norma constitucional e as demais espécies normativas. Originou-se de uma construção jurisprudencial da Suprema Corte norte-americana que, diante de um caso concreto, viu-se na situação de ter que escolher entre aplicar uma lei e observar os ditames constitucionais. Posteriormente, na Áustria, desenvolveu-se um modelo de controle jurisdicional diferente, reservado a um Tribunal ou Corte Constitucional, especificamente incumbido de velar pela Constituição.

2. A República brasileira, de início, perfilhou-se ao modelo norte-americano de controle, atribuindo, assim, a qualquer juiz ou tribunal a competência para apreciar a constitucionalidade das leis e atos normativos do Poder Público. Paulatinamente, porém, foi inserindo mecanismos de fiscalização abstrata, como a representação interventiva e a ação direta de inconstitucionalidade. O ponto máximo do desenvolvimento de um modelo híbrido de controle, no qual convivem difuso e concentrado, ambos exercidos igualmente pelo Supremo Tribunal Federal, órgão máximo do Poder Judiciário, deu-se com a promulgação da Constituição de 1988.

3. A arguição incidental pode ser apresentada tanto pelo autor quanto pelo réu, objetivando isentar a parte suscitante do cumprimento da lei ou ato normativo em dissonância com a Constituição. A isenção, todavia, não é o objeto principal da cognição judicial. É questão prejudicial, que deve, necessariamente, ser enfrentada para o deslinde do caso, não estando, pois, abrangida pela coisa julgada material. Pode ser levantada em qualquer tipo de demanda submetida ao Judiciário, de qualquer natureza, quer em tutela cognitiva, executiva ou cautelar, sujeita a rito ordinário, sumário ou especial, podendo, ainda, ser instaurada nas chamadas ações constitucionais, a saber, *habeas corpus*, mandado de segurança, mandado de injunção, *habeas data*, ação popular, ação civil pública, etc.

4. Quando efetuada perante tribunal, tem regramento próprio dado pelos arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil, em procedimento bastante assemelhado ao reservado às ações diretas de controle.

5. A parte suscitante deverá apresentar incidente de decretação de inconstitucionalidade para ser apreciado, em regra, pelo Pleno. Admite-se, a juízo do relator, que terceiros, ainda que não tenham interesse direto na causa, bem como o Ministério Público, as pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato impugnado e todos os legitimados a interpor ADI e ADC manifestem-se sobre a questão constitucional até o julgamento do incidente, pluralizando o debate.

6. As Turmas ou Câmaras estão dispensadas de remeterem o incidente ao Pleno ou Órgão Especial quando já houver pronunciamento deste ou do Plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão constitucional. Não sendo o caso, a decisão plenária é irrecorrível e vincula as Turmas e Câmaras, que deverão complementar o julgamento, com fundamento na questão constitucional decidida.

7. Registre-se que o Pleno analisa tão-só a questão de direito, e o faz em tese, não se debruçando sobre a lide subjacente, que deverá ser analisada pela Turma ou Câmara a que competir conhecer o caso. Pode-se afirmar, assim, que o julgamento do Pleno é abstrato, posto que desvinculado do caso concreto, embora dele tenha sido extraído.

8. Igual conclusão é possível se chegar da análise do processamento do recurso extraordinário perante o Supremo Tribunal Federal. A Emenda Constitucional nº 45/04 fez acrescentar o § 3º ao art. 102 da Constituição, estabelecendo um novo requisito para a admissão do recurso excepcional: a demonstração de repercussão geral.

9. A repercussão geral corresponderia a um benefício superior no enfrentamento da questão constitucional, não se limitando ao simples interesse subjetivo do suscitante. Considera-se oferecida a repercussão geral quando existentes questões de relevância do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, presumindo-se a sua presença quando a decisão recorrida contrariar súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal.

10. Assim como ocorre no incidente de decretação de inconstitucionalidade, a decisão que reconhece a existência de repercussão geral, bem como a que julga o

mérito de um extraordinário com repercussão geral reconhecida, servirá de precedente para o próprio Supremo, dispensando a remessa ao Pleno de outros recursos com demanda idêntica.

11. O novel procedimento do extraordinário vai além, permitindo que os Tribunais de origem sequer encaminhem ao Supremo Tribunal Federal os recursos idênticos, limitando-se a selecionar aqueles mais representativos, sobrestando os demais até pronunciamento superior definitivo. Sobrevindo o julgamento de mérito do recurso paradigma (*leading case*), concede-se aos Tribunais de origem a possibilidade de retratarem-se da decisão proferida e recorrida ou inadmitir os recursos (efeito regressivo diferido), conforme o caso, de modo a adaptarem-se ao provimento do STF sobre a questão. Há aqui também uma vinculação do Tribunal inferior à decisão do Supremo, pois, este, caso opte por manter a decisão contrária ao entendimento exarado no recurso paradigma, deverá encaminhar os autos à Corte Superior que reformará ou cassará, liminarmente, a decisão dissonante.

12. A sistemática, porém, não é de todo nova, pois, já era prevista de modo mais ou menos similar no âmbito dos juizados especiais federais, regulamentados pela Lei nº 10.259/01. Para estes, era conferido ao relator o poder de determinar como medida cautelar, à semelhança das ações declaratórias de constitucionalidade e arguições de descumprimento de preceito fundamental, a suspensão dos processos que veiculassem matéria constitucional idêntica, autorizando as Turmas Recursais a reterem os recursos extraordinários interpostos até que o Pleno do Supremo Tribunal Federal se manifestasse no *leading case*. Proferida a decisão, as Turmas Recursais poderiam se retratar ou declarar os recursos prejudicados. Também ali se previa a possibilidade de manifestação de terceiros, do Ministério Público e do Presidente ou Coordenador da Turma Recursal.

13. Salta à vista, pois, que o tratamento normativo dado ao controle difuso perante os tribunais, incluindo-se nesse conceito o Supremo Tribunal Federal, veio a aproximá-lo do procedimento de análise e julgamento pela via de ação. Com efeito, em ambos a questão constitucional é abstraída do caso concreto, examinada e decidida em tese, sem enfrentar, a rigor, as particularidades de cada processo, reproduzindo-se as teses fixadas pelo Tribunal e uniformizando a interpretação do direito constitucional.

14. A par das transformações de cunho legislativo porque passou o controle difuso no Brasil, também ocorreu significativa mudança na posição do Supremo Tribunal Federal no julgamento dos extraordinários.

15. Valorizando o *status* de guardião da Constituição, o Supremo Tribunal vem, paulatinamente, superando fórmulas que já não se prestam mais às finalidades do controle, como o excesso de formalismo, de sorte que há interessantes julgados hoje, ainda que um tanto isolados, que admitiram recurso extraordinário sem prequestionamento, que decidiram recurso com base em fundamento diverso daquele suscitado, implicando, assim, o reconhecimento de uma causa de pedir aberta, também em sede de controle difuso, e até mesmo o enfrentamento de questão constitucional não relevante à resolução do caso, sobrepondo-se, com isso, ao dogma de que não deve o juiz declarar a inconstitucionalidade de norma se isto não for necessário.

16. Algumas outras posições ainda não foram exaustivamente enfrentadas, pairando ainda como uma dúvida ou tese levantada por um ou outro membro do STF, sem claro posicionamento acerca da adesão ou da repulsa à questão. Um desses pontos nebulosos parece ser quanto a atribuição de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante às decisões plenárias nas quais se reconhece incidentalmente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

17. Não obstante se tenha delineado legislativamente um mecanismo que certamente “amarra” o pronunciamento tribunal de origem à decisão já tomada pelo Supremo Tribunal Federal em casos semelhantes, até “penalizando” aqueles que insistirem na manutenção de posição dissonante com a cassação ou reforma liminar do acórdão contrário, não se teve, até o presente momento, a audácia de afirmar, categoricamente, que é a decisão do órgão máximo do Poder Judiciário dotada de total prevalência, obrigatoriedade e vinculatividade, quer de sua parte dispositiva, quer das suas razões de decidir.

18. Tendo o ordenamento jurídico pátrio adotado e consolidado, principalmente após a promulgação da Constituição de 1988, um modelo jurisdicional misto de fiscalização normativa, deixando ao Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário e intérprete final da Constituição, o múnus de declarar, em caráter definitivo, a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade das leis e atos normativos emanados do Poder Público, quer pela via de ação, quer pela

via de exceção, incumbe-lhe o dever de uniformizar o direito constitucional, impondo soluções equivalentes que proporcionem segurança às relações jurídicas.

19. Nesse dever de aclarar o direito em última análise, protegendo, sobretudo, a supremacia e a coerência da ordem constitucional, estaria o fundamento para um procedimento de exame do recurso extraordinário cada vez mais distante do caso concreto, voltado para questões que se superponham às meramente subjetivas e possam ser espraiadas para as situações que guardam similitude ao paradigma julgado.

20. Com efeito, esses são os principais argumentos a favor da aplicação ao controle difuso, por analogia, dos dispositivos previstos na Lei nº 9.868/99, bem como a extensão das teses construídas pela jurisprudência da Corte Suprema para o controle concentrado: a posição do STF de guardião final da Constituição e sua atuação tanto na via de ação quanto na via de exceção, a necessidade de uma uniformização da jurisprudência e das teses e soluções de caráter constitucional e a nova feição normativa do recurso extraordinário.

21. Mas a finalidade, ainda que boa, não autoriza qualquer transposição. O limite há de ser sempre a Constituição. Assim, é que se a Constituição não expressamente previu que a decisão do STF goze por si mesma de efeitos gerais, e, ao contrário, manteve a competência do Senado Federal para suspender a lei declarada inconstitucional, não se pode pretender reduzi-la mediante expediente interpretativo. A interpretação constitucional não pode ser de tal forma elástica a ponto de se admitir uma construção exatamente oposta ao que se encontra estatuído.

22. De qualquer forma, parece evidente hoje que o Judiciário caminha para uma verticalização, presente não só no controle da constitucionalidade das leis e atos normativos, mas com especial atenção nele, inculcando nos magistrados a cultura do precedente, na observância do que já foi decidido pelos tribunais superiores. O modelo de respeito à autoridade das decisões anteriores, no controle de constitucionalidade, contudo, tem menos ligação com o sistema americano e mais apego ao estilo continental europeu de exame, notadamente do direito alemão onde os juristas atuais tem ido buscar inspiração.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

APPIO, Eduardo. **Controle difuso de constitucionalidade**: modulação dos efeitos, uniformização de jurisprudência e coisa julgada. Curitiba: Juruá, 2009.

BARBOSA, Ruy. **Os actos inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal**. Rio de Janeiro: Companhia Impressora, 1893, p. 56-57. Versão digitalizada, disponível em <www.dominiopublico.com.br>.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. Salvador: JusPodium, 2007.

_____ ; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de direito processual civil**: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 5 ed. Salvador: Juspodium, 2008.

_____ ; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada. 2 ed. Salvador: Juspodium, 2008.

DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. **Controle de constitucionalidade e teoria da recepção**. São Paulo: Malheiros, 1995.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. [Trad. Gilmar Ferreira Mendes]. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da constituição**. [prefácio de Aurélio Wander Bastos] 2 ed. Rio de Janeiro: Liber Jus, 1988.

LEAL, Roger Stiefelmann. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

LIMA, Jonatas Vieira de. A tendência de abstração do controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1320, 11 fev. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9485>>. Acesso em: 31 mai. 2010.

MACIEL, Adhemar Ferreira. O acaso, John Marshall e o controle de constitucionalidade. **Revista de informação legislativa**, Brasília, a. 43, n. 172, p. 37-44, out/dez. 2006.

MARSHALL, John. **The writings of John Marshall, late Chief-Justice of the United States, upon the Federal Constitution**. Boston: Harvard College Library, 1839. Versão digitalizada, disponível em <books.google.com>. Acesso em 09 abr. 10.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos**. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. **Revista de informação legislativa**, Brasília, a. 41, n. 162, p. 149-168, abr/jun. 2004.

_____; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Memória jurisprudencial: ministro Castro Nunes**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967**: tomo I (arts. 1º - 7º). São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1967.

SOUZA, Eduardo Francisco de. A Abstrativização do controle difuso de constitucionalidade. **Revista CEJ**, Brasília, ano XII, n. 41, p. 74-84, abr/jun. 2008.

LEGISLAÇÃO

Todas as Constituições e leis citadas na presente monografia foram consultadas na versão oficial do sítio da Presidência da República, disponível em www.presidencia.gov.br/legislacao.

JURISPRUDÊNCIA

À exceção do Recurso Especial nº 828.106 (Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU 15/05/2006), extraído do sítio do Superior Tribunal de Justiça (disponível em www.stj.jus.br), todas as demais decisões judiciais foram consultadas diretamente no sítio do Supremo Tribunal Federal, a saber, www.stf.jus.br.

ANEXOS

- Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (Excertos)
- Portaria nº 138, de 27 de julho de 2009, da Presidência do Supremo Tribunal Federal.

b) se a nomeação for da mesma data, contra o menos idoso.

II – depois da posse:

RISTF: art. 15 (termo da posse).

a) contra o que deu causa à incompatibilidade;

b) se a causa for imputável a ambos, contra o mais moderno.

RISTF: art. 17, parágrafo único (antigüidade).

Art. 19. O Ministro de uma Turma tem o direito de transferir-se para outra onde haja vaga; havendo mais de um pedido, terá preferência o do mais antigo.

RISTF: art. 4º, § 2º (Presidente deixa cargo e vai para Turma da qual sai novo Presidente) – art. 13, X (Presidente concede transferência) – art. 17 c/c art. 4º, § 4º (preferência ante o que se empossa).

Art. 20. Os Ministros têm jurisdição em todo o território nacional.

CF/88: parágrafo único do art. 92 (âmbito de jurisdição).

RISTF: art. 2º (composição, sede e jurisdição).

Seção II

DO RELATOR

RISTF: art. 66 (designação por sorteio) – art. 67 (distribuição e compensação) – art. 68 (redistribuição) – art. 69 c/c art. 38, IV, a (prevenção) – art. 70 a art. 72 (Relator: Rcl, ED, AgR e incidentes) – art. 74 a art. 77 e seu parágrafo único (prevenção, vinculação e exclusão).

CPC: art. 527 com a redação da Lei n. 10.352/01.

Art. 21. São atribuições do Relator:

RISTF: art. 10, § 2º (prevenção) – art. 65, II (decretar deserção).

I – ordenar e dirigir o processo;

RISTF: art. 44 (presidência de audiência) – art. 81 (forma de notificação) – § 6º do art. 82 (retificação da publicação) – § 2º do art. 84 (prazo de edital) – §§ 1º e 2º do art. 86 (concessão de vista a advogado) – art. 106 (modificação do prazo) – art. 108 e art. 110, I (fixação de prazo) – art. 117 (forma de intimação) – art. 341 (competência para execução).

II – determinar às autoridades judiciárias e administrativas providências relativas ao andamento e à instrução do processo, bem como à execução de seus despachos, exceto se forem da competência do Plenário, da Turma ou de seus Presidentes;

RISTF: art. 114, *in fine* (requisição de documentos) – art. 119 (ordenar condução de pessoas) – art. 191 (HC) – art. 157 (Rcl) – art. 167 (CC) – art. 170, *caput* (ADI) – art. 203 (MS) – art. 210 (Ext) – art. 341 a art. 344 (atos de execução). Lei n. 9.868/99: art. 6º (informações) e § 2º (outras manifestações) – § 1º do art. 9º e § 1º do art. 20 (informações complementares e diligências adicionais em ADI e ADC).

III – submeter ao Plenário, à Turma, ou aos Presidentes, conforme a competência, questões de ordem para o bom andamento dos processos;

RISTF: art. 7º, IV (Pleno) – art. 305 (não cabe recurso) – art. 341 e art. 344 (incidentes de execução) – art. 362 (atos normativos).

IV – submeter ao Plenário ou à Turma, nos processos da competência respectiva, medidas cautelares necessárias à proteção de direito suscetível de grave dano de incerta reparação, ou ainda destinadas a garantir a eficácia da ulterior decisão da causa;

CF/88: art. 102, I, *p*.

RISTF: art. 5º, X (julgamento de cautelar em ADI) – art. 8º, I, *in fine* (julgamento de cautelar nos demais processos) – art. 158 (Rcl) – art. 166 (CC) – art. 170, § 1º (ADI) – art. 191, IV (salvo-conduto) – art. 193, II (HC em qualquer processo) – §§ 1º e 2º do art. 203 (MS) – art. 304 (nos recursos) – art. 305 (decisão irrecurável).

Lei n. 8.968/99: art. 10 a art. 12 e art. 21 (cautelar em ADI e ADC).

V – determinar, em caso de urgência, as medidas do inciso anterior, *ad referendum* do Plenário ou da Turma;

RISTF: art. 5º, X (julgamento de cautelar em ADI) – art. 8º, I, *in fine* (julgamento de cautelar nos demais processos) – art. 158 (Rcl) – art. 166 (CC) – art. 170, § 1º (ADI) – art. 191, IV (salvo-conduto) – art. 193, II (HC em qualquer processo) – §§ 1º e 2º do art. 203 (MS) – art. 304 (nos recursos) – art. 305 (decisão irrecurável) – art. 341 (execução).

VI – determinar, em agravo de instrumento, a subida, com as razões das partes, de recurso denegado ou procrastinado, para melhor exame;

CF/88: art. 102, II e III (recursos ordinário e extraordinário).

RISTF: art. 305 (decisão irrecurável) – art. 313 a art. 316 (processo e julgamento do AI no STF).

CPC: art. 522, art. 523 com a redação da Lei n.10.352/01 – art. 524 – art. 525 – art. 526 e art. 527 com a redação da Lei n. 10.352/01, art. 528 e art. 529 (processamento de AI em RO) – art. 544 com a redação da Lei n. 10.352/01 (processamento de AI em RE).

VII – requisitar os autos originais, quando necessário;

RISTF: art. 161, II (Rcl) – art. 191, II (HC) – parágrafo único do art. 267 (RvC) – art. 342 (atos de execução).

VIII – homologar as desistências, ainda que o feito se ache em mesa para julgamento;

RISTF: art. 8º, III (competência do Pleno ou da Turma). Portaria/STF n. 104: art. 5º, *caput*.

IX – julgar prejudicado pedido ou recurso que haja perdido o objeto;

RISTF: art. 317 (AgR).

CPC: art. 557.

Lei n. 8.038/90: art. 38 (AI e RE penal)

X – pedir dia para julgamento dos feitos nos quais estiver habilitado a proferir voto, ou passá-los ao Revisor, com o relatório, se for o caso;

RISTF: art. 21, § 3º (indicar órgão competente) – art. 25, III (Revisor pede dia) – art. 83 (publicação da pauta).

XI – remeter *habeas corpus* ou recurso de *habeas corpus* ao julgamento do Plenário;

RISTF: art. 6º, II, *c* (competência do Pleno) – art. 22, parágrafo único, *a* e *b* (remessa pelo Relator) – art. 305 (decisão irrecurável).

XII – assinar cartas de sentença;

RISTF: art. 347, *caput*, II (execução provisória) – art. 348 e art. 349 (processamento da carta de sentença).

XIII – delegar atribuições a outras autoridades judiciárias, nos casos previstos em lei e neste Regimento;

RISTF: art. 136, § 2º (delegação de diligência) – art. 211 (interrogatório do extraditando) – § 1º do art. 239 (interrogatório do réu) – § 2º do art. 247 (ACO: atos instrutórios) – parágrafo único do art. 261 (AR: atos instrutórios) – art. 300 (autos perdidos) – art. 341 e art. 342 (execução de despachos de instrução e acautelatórios).

XIV – apresentar em mesa para julgamento os feitos que independam de pauta;

RISTF: art. 83, § 1º, incisos I, II e III (QO – remessa ao Pleno – HC – CC – ED – AgR – AI).

XV – determinar o arquivamento de inquérito, quando o requerer o Procurador-Geral;

RISTF: art. 231, § 4º (requerimento do Ministério Público).

CPP: art. 18.

Lei n. 8.038/90: art. 3º, I (requerimento do Ministério Público).

Lei n. 8.625/93: art. 25 a art. 27 (funções do Ministério Público).

XVI¹ – assinar a correspondência oficial, em nome do *Supremo Tribunal Federal*, nas matérias e nos processos sujeitos à sua competência jurisdicional, podendo dirigir-se a qualquer autoridade pública, inclusive ao Chefe dos Poderes da República.

¹Atualizado com a introdução da Emenda Regimental n. 7/98.

XVII¹ – convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral ou de interesse público relevante.

¹ Atualizado com a introdução da Emenda Regimental n. 29/09.

XVIII¹ – decidir, de forma irrecorrível, sobre a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, em audiências públicas ou nos processos de sua relatoria.

¹ Atualizado com a introdução da Emenda Regimental n. 29/09.

XIX¹ – julgar o pedido de assistência judiciária;

¹Atualizado com a introdução da Emenda Regimental n. 33/09.

XX¹ – praticar os demais atos que lhe incumbam ou sejam facultados em lei e no Regimento.

¹Atualizado com a introdução da Emenda Regimental n. 33/09.

RISTF: art. 93, *caput*, e art. 94 (elaborar acórdão) – § 3º do art. 96 (corrigir inexatidões de decisões) – art. 103 (propor revisão de *Súmula*) – art. 135, *caput* (primeiro voto) – art. 208 (determinar a prisão preventiva do acusado para efeito de extradição) – art. 341 a art. 344 (execução).

§ 1º Poderá o(a) Relator(a) negar seguimento a pedido ou recurso manifestamente inadmissível, improcedente ou contrário à jurisprudência dominante ou a *Súmula* do Tribunal, deles não conhecer em caso de incompetência manifesta, encaminhando os autos ao órgão que repute competente, bem como cassar ou reformar, liminarmente, acórdão contrário à orientação firmada nos termos do art. 543-B do Código de Processo Civil.

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

RISTF: art. 317, *caput* (cabe AgR) – art. 334 e art. 335 (aplica-se aos embargos).

CPC: art. 557.

Lei n. 8.038/90: art. 38 (mesmo preceito).

Lei n. 9.868/99: art. 4º e art. 15 (inicial da ADI e da ADC).

§ 2º Poderá ainda o Relator, em caso de manifesta divergência com a *Súmula*, prover, desde logo, o recurso extraordinário.

¹ Atualizado com a introdução da Emenda Regimental n. 2/85.

CPC: § 1º-A do art. 557.

§ 3º Ao pedir dia para julgamento ou apresentar o feito em mesa, indicará o Relator, nos autos, se o submete ao Plenário ou à Turma, salvo se pela simples designação da classe estiver fixado o órgão competente.

¹ Atualizado com a introdução da Emenda Regimental n. 2/85.

RISTF: art. 5º a art. 8º (Pleno) – art. 8º a art. 11 (Turma) – art. 83 (pauta e dispensa de pauta).

§ 4º O Relator comunicará à Presidência, para os fins do art. 328 deste Regimento, as matérias sobre as quais proferir decisões de sobrestamento ou devolução de autos, nos termos do art. 543-B do CPC.

¹ Atualizado com a introdução da Emenda Regimental n. 22/07.

Art. 21-A¹. Compete ao relator convocar juízes ou desembargadores para a realização do interrogatório e de outros atos da instrução dos inquéritos criminais e ações penais originárias, na sede do tribunal ou no local onde se deva produzir o ato, bem como definir os limites de sua atuação.

§ 1º Caberá ao magistrado instrutor, convocado na forma do *caput*:

I – designar e realizar as audiências de interrogatório, inquirição de testemunhas, acareação, transação, suspensão condicional do processo, admonitórias e outras;

II – requisitar testemunhas e determinar condução coercitiva, caso necessário;

III – expedir e controlar o cumprimento das cartas de ordem;

IV – determinar intimações e notificações;

V – decidir questões incidentes durante a realização dos atos sob sua responsabilidade;

VI – requisitar documentos ou informações existentes em bancos de dados;

VII – fixar ou prorrogar prazos para a prática de atos durante a instrução;

VIII – realizar inspeções judiciais;

IX – requisitar, junto aos órgãos locais do Poder Judiciário, o apoio de pessoal, equipamentos e instalações adequados para os atos processuais que devam ser produzidos fora da sede do Tribunal;

X – exercer outras funções que lhes sejam delegadas pelo relator ou pelo Tribunal e relacionadas à instrução dos inquéritos criminais e das ações penais originárias.

§ 2º As decisões proferidas pelo magistrado instrutor, no exercício das atribuições previstas no parágrafo anterior, ficam sujeitas ao posterior controle do relator, de ofício ou mediante provocação do interessado, no prazo de 5 (cinco) dias contados da ciência do ato.

¹ Atualizado com a introdução da Emenda Regimental n. 36/09.

Art. 22. O Relator submeterá o feito ao julgamento do Plenário, quando houver relevante arguição de inconstitucionalidade ainda não decidida.

CF/88: art. 52, X (comunicação ao Senado Federal: declaração incidental).

RISTF: art. 6º, II, *a* e *b* (julgamento pelo Pleno) – art. 11, I e II (remessa pela Turma) – art. 83, *caput* e § 1º, II (pauta e dispensa) – art. 176 a art. 178 (processo e julgamento).

Parágrafo único. Poderá o Relator proceder na forma deste artigo:

a) quando houver matérias em que diverjam as Turmas entre si ou alguma delas em relação ao Plenário.

RISTF: art. 7º, IV (julgamento pelo Pleno) – parágrafo único do art. 11 (remessa pela Turma).

b) quando em razão da relevância da questão jurídica ou da necessidade de prevenir divergência entre as Turmas, convier pronunciamento do Plenário.

RISTF: art. 34 (prevenir divergência: Comissão de Coordenação) – art. 103 (revisão de jurisprudência).

CPC: art. 555 com a redação da Lei n. 10.352/01.

Seção III

DO REVISOR

Art. 23. Há revisão nos seguintes processos:

RISTF: art. 87, II (distribuição de cópia de relatório quando há revisão).

I – ação rescisória;

RISTF: art. 259 a art. 262 (processo e julgamento).

II – revisão criminal;

RISTF: art. 263 a art. 272 (processo e julgamento).

III – ação penal originária prevista no art. 5º, I e II;

RISTF: art. 235 a art. 246 (processo e julgamento).

IV – recurso ordinário criminal previsto no art. 6º, III, c;

§ Norma não prevista na CF/88.

V – declaração de suspensão de direitos do art. 5º, VI.

§ Norma não prevista na CF/88.

Parágrafo único. Nos embargos relativos aos processos referidos não haverá revisão.

RISTF: art. 333 (embargos infringentes).

Art. 24. Será Revisor o Ministro que se seguir ao Relator na ordem decrescente de antigüidade.

CPP: art. 116, §§ 2º e 3º (sobrestamento).

Art. 167. Sempre que necessário, o Relator mandará ouvir as autoridades em conflito, no prazo de dez dias.

RISTF: art. 21, I e II (atribuições do Relator).

CPC: art. 119 (ouvir autoridades conflitantes).

CPP: §§ 3º e 4º do art. 116 (ouvir autoridades conflitantes).

Art. 168. Prestadas ou não as informações, o Relator dará vista do processo ao Procurador-Geral e, a seguir, apresentá-lo-á em mesa para julgamento.

RISTF: art. 52, VII (vista obrigatória) – § 1º do art. 50 (prazo: 15 dias).

CPC: parágrafo único do art. 116 (vista obrigatória) e art. 121 (prazo de 5 dias).

CPP: § 5º do art. 116 (vista obrigatória).

§ 1º Na decisão do conflito, compreender-se-á como expresse o que nela virtualmente se contenha ou dela resulte.

RISTF: art. 133 a art. 140 e art. 143 a art. 146 (sessão de julgamento).

CPC: art. 122 (alcance da decisão).

§ 2º Da decisão de conflito não caberá recurso.

RISTF: art. 92 (reclamação por erro de ata: decisão irrecurável) – art. 305 (outros casos de decisão irrecurável).

§ 3º No caso de conflito positivo, o Presidente poderá determinar o imediato cumprimento da decisão, lavrando-se o acórdão, posteriormente.

RISTF: art. 340 (execução).

CPP: § 6º do art. 116 (execução).

Título VI

DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE E DA

INTERPRETAÇÃO DE LEI

§ Norma não prevista na CF/88.

Capítulo I

DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE

LEI OU ATO NORMATIVO

CF/88: art. 102, I, a (Ação Direta de Inconstitucionalidade).

RISTF: art. 5º (Pleno julga), VII (ação) e X (cautelar) – art. 6º, II, *a* (inconstitucionalidade incidental) e *d* (AgR: ato do Presidente ou do Relator) – art. 8º, I (ED e incidentes) – art. 13, VIII e parágrafo único (cautelar nas férias) – art. 56, X e XI (não se altera a classe) – art. 66 (distribuição) – art. 69 (prevenção) – art. 71 e art. 72 (Relator: ED, AgR e incidentes) – art. 76 (Relator: EI) – art. 83, § 1º (independem de pauta).

Lei n. 9.868/99: do processo e julgamento da ADI e da ADC.

Lei n. 9.882/99: do processo e julgamento da ADPF.

Resolução/STF n. 417/09: *e-STF*.

Art. 169. O Procurador-Geral da República poderá submeter ao Tribunal, mediante representação², o exame de lei ou ato normativo federal ou estadual, para que seja declarada a sua inconstitucionalidade.

² Atual dispositivo da CF/88: art. 102, I, *a*, §§ 1º e 2º (Ação Direta de Inconstitucionalidade) c/c art. 103, seus incisos, e §§ 1º a 4º (com redação da EC n. 3/93).

LC n. 75/93: art. 6º, I a IV (competência do Ministério Público).

Lei n. 9.868/99: art. 2º e art. 13 (legitimidade para propor ADI e ADC).

Lei n. 9.882/99: inciso I do art. 2º (legitimidade para propor ADPF) – § 1º do art. 2º (faculdade do interessado).

§ 1º¹ Proposta a representação, não se admitirá desistência, ainda que afinal o Procurador-Geral se manifeste pela sua improcedência.

¹Atualizado com a introdução da Emenda Regimental n. 2/85. Lei n. 9.868/99: art. 5º (ADI) e art. 16 (ADC).

§ 2º¹ Não se admitirá assistência a qualquer das partes.

¹Atualizado com a introdução da Emenda Regimental n. 2/85. Lei n. 9.868/99: art. 7º e art. 18.

Art. 170. O Relator pedirá informações à autoridade da qual tiver emanado o ato, bem como ao Congresso Nacional ou à Assembléia Legislativa, se for o caso.

RISTF: art. 21, I, II, XVI (atribuições do Relator).

Lei n. 9.868/99: art. 6º, art. 9º e §§ do art. 20.

Lei n. 9.882/99: art. 6º (pedido de informações em ADPF).

§ 1º Se houver pedido de medida cautelar, o Relator submetê-la-á ao Plenário e somente após a decisão solicitará as informações.

Lei n. 9.868/99: art. 10, *caput* e seu § 3º (deferimento de liminar em ADI).

Lei n. 9.882/99: art. 5º e §§ (deferimento de liminar em ADPF).

§ 2º As informações serão prestadas no prazo de trinta dias, contados do recebimento do pedido, podendo ser dispensadas, em caso de urgência, pelo Relator, *ad referendum* do Tribunal.

RISTF: art. 21, V (medidas *ad referendum*).

Lei n. 9.868/99: parágrafo único do art. 6º (prestar informações: 30 dias) e § 3º do art. 10 (excepcional urgência).

Lei n. 9.882/99: art. 6º, *caput* (10 dias).

§ 3º Se, ao receber os autos, ou no curso do processo, o Relator entender que a decisão é urgente, em face do relevante interesse de ordem pública que envolve, poderá, com prévia ciência das partes, submetê-lo ao conhecimento do Tribunal, que terá a faculdade de julgá-lo com os elementos de que dispuser.

RISTF: art. 5º, VII (Pleno) – § 2º do art. 83 (dispensa de pauta).

Lei n. 9.868/99: § 3º do art. 10 (dispensa de informações por excepcional urgência).

Lei n. 9.882/99: § 1º do art. 5º (liminar *ad referendum*).

Art. 171. Recebidas as informações⁶, será aberta vista ao Procurador-Geral, pelo prazo de quinze dias, para emitir parecer.

⁶Norma introduzida pela CF/88: § 3º do art. 103 (citará previamente o Advogado-Geral da União para defender o ato impugnado).

RISTF: art. 52, I (vista obrigatória).

LC n. 73/93: art. 4º, IV (competência do Advogado-Geral da União) – art. 35

(citação) – art. 37 (substituto eventual).

Lei n. 9.868/99: art. 8º (ADI: 15 dias) e art. 19 (ADC: 15 dias).

Lei n. 9.882/99: parágrafo único do art. 7º (5 dias nas arguições que não houver formulado).

Art. 172. Decorrido o prazo do artigo anterior, ou dispensadas as informações em razão da urgência, o Relator, lançado o relatório, do qual a Secretaria remeterá cópia a todos os Ministros, pedirá dia para julgamento.

RISTF: art. 21, X (visto) – art. 87, I (distribuição do relatório).

Lei n. 9.868/99: art. 9º (ADI) e art. 20 (ADC).

Lei n. 9.882/99: art. 7º (ADPF).

Art. 173. Efetuado o julgamento, com o *quorum* do art. 143, parágrafo único, proclamar-se-á a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade do preceito ou do ato impugnados, se num ou noutro sentido se tiverem manifestado seis Ministros.

RISTF: parágrafo único do art. 143 (oito Ministros: *quorum* mínimo) – art. 131, *caput* (sustentação oral) – art. 122 a art. 140 e art. 143 a art. 146 (sessão de julgamento) – art. 146, I (voto do Presidente).

Lei n. 9.868/99: art. 22 (*quorum*).

Lei n. 9.882/99: art. 8º, *caput* (*quorum*).

Parágrafo único. Se não for alcançada a maioria necessária à declaração de inconstitucionalidade, estando licenciados ou ausentes Ministros em número que possa influir no julgamento, este será suspenso a fim de aguardar-se o comparecimento dos Ministros ausentes, até que se atinja o *quorum*.

RISTF: art. 40 (convoca-se Ministro licenciado).

Lei n. 9.868/99: parágrafo único do art. 23.

Art. 174¹. Proclamada a constitucionalidade na forma do artigo anterior, julgar-se-á improcedente a representação.

¹ Atualizado com a introdução da Emenda Regimental n. 2/85.

RISTF: art. 101 (a decisão aplica-se aos novos feitos) – art. 143, *caput* (presença de oito Ministros) – art. 173 (voto de seis Ministros) – art. 13, VI, c/c art. 340 (execução).

Lei n. 9.868/99: art. 24 (resultado).

Art. 175. Julgada procedente a representação e declarada a inconstitucionalidade total ou parcial de Constituição Estadual, de lei ou decreto federal ou estadual, de resolução de órgão judiciário ou legislativo, bem como de qualquer outro ato normativo federal ou estadual ou de autoridade da administração direta ou indireta, far-se-á comunicação à autoridade ou órgão responsável pela expedição do ato normativo impugnado.

RISTF: art. 101 (aplica-se a decisão aos novos feitos) – art. 143, *caput* (presença de oito Ministros) – art. 173 (voto de seis Ministros) – art. 13, VI, c/c art. 340 (execução).

Lei n. 9.868/99: art. 25 (comunicação).

Lei n. 9.882/99: art. 10 (comunicação).

Parágrafo único. Se a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato estadual se fundar nos incisos VI e VII do art. 10² da Constituição, a comunicação será feita, logo após a decisão, à autoridade interessada, bem como, depois do trânsito em julgado, ao Presidente da República, para os efeitos do § 2º do art. 11^{2a} da Constituição.

² Atual dispositivo da CF/88: art. 34, VI (execução de decisão judicial) e VII (obs. princípios constitucionais).

^{2a} Atual dispositivo da CF/88: art. 36, § 3º (suspender ato impugnado).

Art. 176. Argüida a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, em qualquer outro processo submetido ao Plenário, será ela julgada em conformidade com o disposto nos arts. 172 a 174, depois de ouvido o Procurador-Geral.

Capítulo V DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Resolução/STF n. 417/09: *e-STF*.

Art. 321¹. O recurso extraordinário para o Tribunal será interposto no prazo estabelecido na lei processual pertinente, com indicação do dispositivo que o autorize, dentre os casos previstos nos artigos 102, III, *a, b, c*, e 121, § 3º, da Constituição Federal.

¹Atualizado com a introdução da Emenda Regimental n. 12/03.

RISTF: art. 55, XXII (classe) – art. 56, X e XI (não se altera a classe) – art. 57 e art. 58 (sujeito a preparo) – art. 59, I e §§ 1º e 2º (pagamento na origem – Tabela A, III, Tabela C e Tabela D de custas do STF) – art. 61, § 1º, I e II (isenção) – art. 63, parágrafo único (prevalece assistência judiciária) – art. 65 (deserção) – art. 317 c/c art. 6º, II, *d*, art. 8º, I (AgR: julgamento pelo Pleno ou pela Turma) – art. 66 (distribuição) – art. 321 a art. 324 (processo e julgamento) – art. 330 a art. 332 (EDv).

CPC: art. 498 com a redação da Lei n. 10.352/01 – art. 508 (prazo: 15 dias) – art. 541 (requisitos) – art. 542, art. 543-A e art. 543-B (processamento).

CPP: art. 638 (processo e julgamento no STF).

Lei n. 6.055/74: art. 12 (processo e prazo para interpor RE eleitoral: três dias para interposição).

Lei n. 8.038/90: art. 25 a art. 29 (RE em matéria penal).

§ 1º Se na causa tiverem sido vencidos autor e réu, qualquer deles poderá aderir ao recurso da outra parte nos termos da lei processual civil.

CPC: art. 500 (recurso adesivo), II (no RE).

§ 2º Aplicam-se ao recurso adesivo as normas de admissibilidade, preparo e julgamento do recurso extraordinário, não sendo processado ou conhecido, quando houver desistência do recurso principal, ou for este declarado inadmissível ou deserto.

RISTF: art. 58, *caput* (RE sujeito a preparo).

CPC: parágrafo único do art. 500 (mesmas normas de RE).

§ 3º Se o recurso extraordinário for admitido pelo Tribunal ou pelo Relator do agravo de instrumento, o recorrido poderá interpor recurso adesivo juntamente com a apresentação de suas contra-razões⁷.

⁷ Norma aplicada: art. 500, I, *in fine* (no prazo que a parte responde) – art. 542, *caput* (prazo para contra-razões de 15 dias: art. 508) – art. 543 – art. 544 com

a redação da Lei n. 10.352/01 (admissão e inadmissão do RE) do CPC.

RISTF: art. 21, VI (provimento pelo Relator) – parágrafo único do art. 93 (dispensa acórdão o provimento por Turma ou Pleno).

§ 4º O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo.

CPC: art. 542, § 2º (efeito devolutivo).

CPP: art. 637 (sem efeito suspensivo).

§ 5º¹ *Ao recurso extraordinário interposto no âmbito dos Juizados Especiais Federais, instituídos pela Lei n. 10.259, de 12 de julho de 2001, aplicam-se as seguintes regras:*

I – verificada a plausibilidade do direito invocado e havendo fundado receio da ocorrência de dano de difícil reparação, em especial quando a decisão recorrida contrariar Súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, poderá o Relator conceder, de ofício ou a requerimento do interessado, ad referendum do Plenário, medida liminar para determinar o sobrestamento, na origem, dos processos nos quais a controvérsia esteja estabelecida, até o pronunciamento desta Corte sobre a matéria;

II – o Relator, se entender necessário, solicitará informações ao Presidente da Turma Recursal ou ao Coordenador da Turma de Uniformização, que serão prestadas no prazo de 05 (cinco) dias;

III – eventuais interessados, ainda que não sejam partes no processo, poderão manifestar-se no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da publicação da decisão concessiva da medida cautelar prevista no inciso I deste § 5º;

IV – o Relator abrirá vista dos autos ao Ministério Público Federal, que deverá pronunciar-se no prazo de 05 (cinco) dias;

V – recebido o parecer do Ministério Público Federal, o Relator lançará relatório, colocando-o à disposição dos demais Ministros, e incluirá o processo em pauta para julgamento, com preferência sobre todos os demais feitos, à exceção dos processos com réus presos, habeas-corpus e mandado de segurança;

VI – eventuais recursos extraordinários que versem idêntica controvérsia constitucional, recebidos subsequentemente em quaisquer Turmas Recursais ou de Uniformização, ficarão sobrestados, aguardando-se o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal;

VII – *publicado o acórdão respectivo, em lugar especificamente destacado no Diário da Justiça da União, os recursos referidos no inciso anterior serão apreciados pelas Turmas Recursais ou de Uniformização, que poderão exercer o juízo de retratação ou declará-los prejudicados, se cuidarem de tese não acolhida pelo Supremo Tribunal Federal;*

Resolução/STF n. 341/07: DJ Eletrônico.

VIII – *o acórdão que julgar o recurso extraordinário conterà, se for o caso, Súmula sobre a questão constitucional controvertida, e dele será enviada cópia ao Superior Tribunal de Justiça e aos Tribunais Regionais Federais, para comunicação a todos os Juizados Especiais Federais e às Turmas Recursais e de Uniformização.*

¹Revogado pela Emenda Regimental n. 21/07.

Lei n. 10.259/01.

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

Parágrafo único. Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões que, relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, ultrapassem os interesses subjetivos das partes.

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

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

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

§ 2º Mediante decisão irrecorrível, poderá o(a) Relator(a) admitir de ofício ou a requerimento, em prazo que fixar, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, sobre a questão da repercussão geral.

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

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

§ 1º Decorrido o prazo sem manifestações suficientes para recusa do recurso, reputar-se-á existente a repercussão geral.

§ 2º Não incide o disposto no parágrafo anterior quando o Relator declare que a matéria é infraconstitucional, caso em que a ausência de pronunciamento no prazo será considerada como manifestação de inexistência de repercussão geral, autorizando a aplicação do art. 543-A, § 5º, do Código de Processo Civil.

¹Atualizado com a introdução da Emenda Regimental n. 31/09.

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

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

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

Art. 326¹. Toda decisão de inexistência de repercussão geral é irrecorrível e, valendo para todos os recursos sobre questão idêntica, deve ser comunicada, pelo(a) Relator(a), à Presidência do Tribunal, para os fins do artigo subsequente e do artigo 329.

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

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

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

§ 2º Da decisão que recusar recurso, nos termos deste artigo, caberá agravo.

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

Art. 328¹. Protocolado ou distribuído recurso cuja questão for suscetível de reproduzir-se em múltiplos feitos, a Presidência do Tribunal ou o(a) Relator(a), de

ofício ou a requerimento da parte interessada, comunicará o fato aos tribunais ou turmas de juizado especial, a fim de que observem o disposto no art. 543-B do Código de Processo Civil, podendo pedir-lhes informações, que deverão ser prestadas em 5 (cinco) dias, e sobrestar todas as demais causas com questão idêntica.

Parágrafo único. Quando se verificar subida ou distribuição de múltiplos recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a Presidência do Tribunal ou o(a) Relator(a) selecionará um ou mais representativos da questão e determinará a devolução dos demais aos tribunais ou turmas de juizado especial de origem, para aplicação dos parágrafos do art. 543-B do Código de Processo Civil.

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

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

¹ Atualizado com a introdução da Emenda Regimental n. 23/08.

§ 1º¹ Nos casos anteriores, o Tribunal de origem sobrestará os agravos de instrumento contra decisões que não tenham admitido os recursos extraordinários, julgando-os prejudicados nas hipóteses do art. 543-B, § 2º, e, quando coincidente o teor dos julgamentos, § 3º.

¹Atualizado com a introdução da Emenda Regimental n. 27/08.

§ 2º Julgado o mérito do recurso extraordinário em sentido contrário ao dos acórdãos recorridos, o Tribunal de origem remeterá ao *Supremo Tribunal Federal* os agravos em que não se retratar.

¹Atualizado com a introdução da Emenda Regimental n. 23/08.

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

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

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

PORTARIA Nº 138, DE 23 DE JULHO DE 2009

O PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, no uso de suas atribuições legais e tendo em vista o disposto no art. 543-B, § 5º, do Código de Processo Civil, com a redação da Lei nº 11.418/06, e no art. 328, parágrafo único, do Regimento Interno, com redação da Emenda Regimental nº 21/07,

R E S O L V E:

Art. 1º Determinar à Secretaria Judiciária que devolva aos Tribunais, Turmas Recursais ou Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais os processos múltiplos ainda não distribuídos relativos a matérias submetidas a análise de repercussão geral pelo STF, os encaminhados em desacordo com o disposto no § 1º do art. 543-B, do Código de Processo Civil, bem como aqueles em que os Ministros tenham determinado sobrestamento ou devolução.

Art. 2º Fica revogada a Portaria nº 177, de 26 de novembro de 2007.

Art. 3º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.

Ministro GILMAR MENDES

Este texto não substitui o oficial.