

**FACULDADES INTEGRADAS  
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**UM ESTUDO SOBRE A CHAMADA OBJETIVAÇÃO DO RECURSO  
EXTRAORDINÁRIO NO CONTROLE DIFUSO DE  
CONSTITUCIONALIDADE**

Renato Baptista Toledo Duran

Presidente Prudente/SP

2010

**FACULDADES INTEGRADAS  
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**UM ESTUDO SOBRE A CHAMADA OBJETIVAÇÃO DO RECURSO  
EXTRAORDINÁRIO NO CONTROLE DIFUSO DE  
CONSTITUCIONALIDADE**

Renato Baptista Toledo Duran

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Gabriel Lino de Paula Pires.

Presidente Prudente/SP

2010

**UM ESTUDO SOBRE A CHAMADA OBJETIVAÇÃO DO RECURSO  
EXTRAORDINÁRIO NO CONTROLE DIFUSO DE  
CONSTITUCIONALIDADE**

Monografia aprovada como requisito parcial  
para obtenção do Grau de Bacharel em  
Direito.

---

Gabriel Lino de Paula Pires  
Orientador

---

Gilberto Notário Ligeiro  
Examinador

---

Cleberson Rodrigo Rocha Siqueira  
Examinador

Presidente Prudente/SP, 17 de junho de 2010.

*"Alguma coisa dentro de mim me obriga a gritar minha agonia. Reconheci exatamente de que se trata. Aquela coisa que está em mim e não se engana nunca, diz-me agora: deves opor-te ao mundo inteiro, mesmo que tenhas de ficar só. Deves fixar o mundo nos olhos, mesmo que o mundo te veja com olhos rubros de sangue. Não temas. A verdade, essa pequena coisa tua que vive no coração, diz: deixa amigos, mulher, tudo, mas dá testemunho daquilo para que nasceste e pelo qual deves morrer".*

MAHATMA GANDHI

"É muito melhor ousar coisas difíceis, conquistar triunfos grandiosos, embora ameaçados de fracasso, do que se alinhar com espíritos medíocres que nem desfrutam muito nem sofrem muito, porque vivem em uma penumbra cinzenta, onde não conhecem vitória nem derrota".

THEODORE ROOSEVELT

*Aos meus amados pais, Marcos Antonio Toledo Duran e Rosângela Baptista Toledo Duran, pelas pessoas honestas que são*

*e de índole inigualável que possuem, razão pela qual foram extremamente competentes por ensinarem-me a honestidade, dignidade e respeito. Pessoas que conferiram a mim todo amor, atenção e carinho que possuíam e que precisei ao longo de toda minha existência. E, principalmente por me ensinarem que a vida possui dois caminhos: o bom e o mau. E, diante disso, com as palavras certas e conselhos oportunos para que, diante as armadilhas e tentações que surgiram (bem como as que surgirão) e tentaram (assim como as que tentarão) me levar para o lado obscuro ao longo desses anos, aprender a fazer as mais sábias e corretas escolhas. Sem dúvida alguma, nada seria sem vocês. Amo vocês!*

*Aos meus queridos irmãos (antes de qualquer coisa: amigos), Renan Baptista Toledo Duran e Laís Baptista Toledo Duran, por todos os momentos que passamos juntos, tanto os alegres quanto os tristes, tanto os de serenidade quanto os impróprios, enfim, todos aqueles compartilhados e intensamente vividos junto a vocês. Iguais a vocês não existem.*

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a *DEUS*, pela dádiva da vida.

Agradeço aos meus avós, *Sr. Aristides e Sra. Nair*, pela experiência de vida e sabedoria que foram capazes de me transmitir.

Agradeço aos meus tios e tias, em especial *tia Regina*, minha madrinha, pessoa que sempre apostou e confiou demasiadamente em meu talento e capacidade desde meus primeiros passos na vida escolar.

Agradeço, igualmente, a todos os outros familiares.

Agradeço também aos meus amigos de faculdade, pessoas que me acompanharam e estiveram ao meu lado durante todos esses anos na faculdade.

Uma homenagem especial a vocês: *Guilherme Frederico Lima Nomura, Caio Vila Real, Sergio Fedato Batalha, Vicente Manoel Souza de Brito Junior e Daniel Gustavo de Oliveira Colnago Rodrigues.*

Agradeço também a dois amigos em especial: *Tonny Takigawa* e *André Rainho Lemos*, pessoas que sempre estiveram ao meu lado e que tenho a honra de considerar e chamá-los de irmãos.

Agradeço à Faculdade de Direito de Presidente Prudente/SP por toda infra-estrutura e qualidade de ensino que me forneceu e, principalmente, pelas amizades ali cultivadas e que sem dúvida alguma serão levadas para o resto de minha vida.

Agradeço também ao Dr. *Vitor Carlos de Oliveira*, Advogado da União, e a Dra. *Juliana Cristina Lopes*, Procuradora do Estado, pessoas pelas quais cativei um adorável carinho e admiração, razão pela qual se formou um vínculo de amizade inestimável.

Agradeço também uma pessoa que foi muito especial para mim no primeiro contato que tive com a escola, embora nossa relação tenha se perdido há muitos anos por motivos alheios a nossa vontade, gostaria imensamente que estivesse presente em minha vida hoje para que pudesse compartilhar o fim de mais uma etapa (grande etapa) em minha vida. Isso se deve tanto pelo grande carinho quanto pela enorme atenção que me foram dedicados. Sem dúvida alguma, ficaria muito feliz. Agradeço a você, *Cristina*, diretora à época do Colégio Bom Pastor, neste município.

Agradeço a todo o pessoal do Ministério Público Federal – Procuradoria da República de Presidente Prudente deste Município, onde atualmente estagio, pela aprazível convivência diária.

Agradeço a toda a equipe do escritório “S.S.A Advocacia e Consultoria Jurídica”, pela oportunidade que tive de estagiar junto a vocês e principalmente pelos laços de amizade que ali se iniciaram e se fortaleceram com o passar dos dias. Um destaque especial a vocês: Dr. *Cleberon Rodrigo Rocha Siqueira* brilhantíssimo advogado com quem tive boas lições e experiências e que me motivou ainda mais a realizar o trabalho após ter aceitado o convite para compor minha banca examinadora; Dr. *Leandro Martins Alves* advogado que, apesar de

encontrar-se no início de sua carreira jurídica, sem dúvida alguma se mostrou dedicado e determinado diante as dificuldades enfrentadas no dia a dia, sem dúvida alguma ouviremos muitos profissionais falando de você; e, finalmente, ao Dr. *Cláudio José Palma Sanchez*, incontestado advogado e professor com quem tive a honra de ser aluno e, principalmente por sempre ter me apoiado e me incentivado aos estudos.

Agradeço ao Dr. *Gilberto Notário Ligeiro*, professor e advogado, em razão ter de ter aceitado ser membro de minha banca examinadora.

Agradeço ao meu orientador e professor, Dr. *Gabriel Lino de Paula Pires*, Promotor de Justiça, por todo apoio e cooperação que tive para a confecção do presente trabalho, principalmente por ter se mostrado uma pessoa serena e, ao mesmo tempo, extraordinária.

Por fim, gostaria de deixar registrado o seguinte trecho da música composta por Renato Russo e Flávio Venturini (*Mais uma vez*):

*“Nunca deixe que lhe digam:  
Que não vale a pena  
Acreditar no sonho que se tem  
Ou que seus planos  
Nunca vão dar certo  
Ou que você nunca  
Vai ser alguém...”*

*Tem gente que machuca os outros  
Tem gente que não sabe amar  
Mas eu sei que um dia  
A gente aprende  
Se você quiser alguém  
Em quem confiar  
Confie em si mesmo!...*

***Quem acredita  
Sempre alcança...”***





## RESUMO

O intuito do presente trabalho consiste em abordar tema relativamente novo que, por conta disso, vem dividindo o entendimento doutrinário e jurisprudencial. Cuida-se de nova tese denominada “objetivação” do recurso extraordinário. Contudo, antes de adentrarmos propriamente nesse novel instituto faz-se necessário percorrer determinados aspectos do direito constitucional e do direito processual civil. Desse modo, é importante delinear alguns aspectos inerentes a Constituição Federal de 1988. Por consequência, traça-se um considerável panorama acerca do controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos no sistema jurídico brasileiro. Nesse ponto, em especial, é de fundamental importância para o deslinde do trabalho, abordar os aspectos do controle difuso e o controle concentrado de constitucionalidade. Com efeito, é abordado, igualmente, embora com breves considerações, o Supremo Tribunal Federal haja vista sua íntima e extrema importância com o estudo. Num segundo momento, sem, contudo, se desligar do enfoque constitucional, passa-se a analisar a sistemática jurídica brasileira que envolve todo o então intitulado recurso extraordinário, tanto sob seu esboço constitucional quanto processual civil. Por fim, procura-se visitar o cerne do trabalho que, unido a certas questões, bem demonstram que o modelo difuso de constitucionalidade vem sofrendo mutação. Para tanto, se faz necessário trazer alguns julgados nos quais a jurisprudência brasileira vem, ainda que vagarosamente, dando os primeiros indícios de que o sistema difuso encontra-se ultrapassado, precisando, justamente por essa razão, ser remodelado. Argumentos fortes que acompanham a tendência dizem respeito à cabal necessidade de se preservar a uniformização da aplicação pelos tribunais e juízes inferiores do disposto no Texto Constitucional, mantendo-se, então, a segurança jurídica, além da obediência a denominada Supremacia da Constituição. O desafogamento do Supremo é apontado como principal vantagem da tese. Não deixa o instituto em apreço, outrossim, de prestigiar os postulados e princípios norteadores do Estado Democrático de Direito em que vivemos.

**Palavras-chave:** Constituição Federal. Controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos. Controle difuso. Recurso Extraordinário. Objetivação do recurso extraordinário.

## ABSTRACT

The intention of the present work consists is to address a relatively new topic which, on account of that, has divided the doctrinal and jurisprudential understanding. It is about a new theory called “objectification” of extraordinary recourse. However, before we enter this new institute, it is necessary to go through certain aspects of Constitutional Law and Civil Procedural Law. Thus, it is important to outline some inherent aspects in the Constitution of 1988. Consequently, a considerable basis concerning the control of constitutionality of the laws and the normative acts in the Brazilian legal system is traced. At this point, it is immensely important for the work unrolling, addressing aspects of diffuse control and concentrated control of constitutionality. Although with some brief remarks, the Supreme Federal Court is also discussed due to its intimate and extreme importance to the study. Secondly, however, without forgetting the constitutional approach, we analyze the Brazilian legal systematic that involves the entire extraordinary recourse, both under its constitutional underpinnings as civil procedure. Finally, we try to visit the core of the work which, along certain issues, shows that the diffuse model of constitutionality has undergone mutation. For this, it is necessary to bring a few cases in which the Brazilian jurisprudence has, albeit slowly, been giving the first evidence that the diffuse system is outdated and, because of that, needs to be remodeled. Strong arguments that accompany the trend concerns the need to fully preserve the uniformity of application by courts and judges of lower provisions in the Constitution and remained so, legal certainty, and obedience to the Constitution called Supremacy. The reprieve from the Supreme Court is targeted as the main advantage of the thesis. The institute in question honors the tenets and guiding principles of the Democratic State of Law where we live.

**Keywords:** Federal Constitution. Control of constitutionality of laws and normative acts. Fuzzy control. Extraordinary recourse. “Objectification” of the extraordinary recourse.

## RESUMEN

El propósito de este trabajo es abordar relativamente un tema nuevo que, a causa de que ha dividido a la comprensión de la doctrina y la jurisprudencia. Se trata de una nueva teoría llamada "objetivación" del recurso extraordinario. Sin embargo, antes de que entrar propiamente en ese nuevo instituto es necesario pasar por determinados aspectos del Derecho constitucional y Derecho procesal civil. Por lo tanto, es importante destacar algunos aspectos inherentes a la Constitución de 1988. Por lo tanto, se hace un dibujo sobre un considerable control constitucional de las leyes e instrumentos normativos en el ordenamiento jurídico brasileño. En este punto, en particular, es de fundamental importancia para la demarcación de la obra, que aborden los aspectos de control difuso y control concentrado de constitucionalidad. Se discute también, aunque con algunas breves observaciones, el Tribunal Supremo, habida cuenta de su íntima y extrema importancia para el estudio. En segundo lugar, sin embargo, olvidar el enfoque constitucional, se pasa a analizar sistemáticamente la entidad brasileña legal que involucra a todo el llamado recurso extraordinario, tanto en sus fundamentos constitucionales como el procedimiento civil. Por último, tratamos de visitar el centro de la labor que, junto con algunas cuestiones, demuestra que el modelo difuso de la constitucionalidad ha sido objeto de mutación. Para ello, es necesario llevar un juicio en el que pocos en la jurisprudencia brasileña, aunque lentamente, dando la primera evidencia de que el sistema difuso es obsoleto, indicando precisamente por ello, que sean reutilizadas. Sólidos argumentos que acompañan la tendencia se refiere a la necesidad de preservar totalmente la uniformidad de la aplicación por los tribunales y los jueces de menores provisiones en la Constitución y se mantuvo así, la seguridad jurídica, y la obediencia a la Supremacía de la Constitución. El aplazamiento de la Suprema se dirige como la ventaja principal de la tesis. El instituto en cuestión no deja de honorificar a los postulados y los principios rectores del Estado democrático de derecho en que vivimos.

**Palabras-clave:** Constitución Federal. El control de constitucionalidad de las leyes e instrumentos normativos. Control difuso. Recurso extraordinario. "Objetivación" del recurso extraordinario.

# SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b>	<b>15</b>
<b>2 O CONCEITO, A RIGIDEZ E A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL</b>	<b>17</b>
2.1 O Conceito de Constituição	17
2.2 A Rigidez da Constituição Federal	19
2.3 Da Supremacia da Constituição Federal	23
<b>3 O SISTEMA DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO</b>	<b>26</b>
3.1 Prólogo	26
3.2 O Princípio da Presunção da Constitucionalidade das Leis e dos Atos Normativos e Breves Noções sobre Inconstitucionalidade	27
3.3 Formas de Inconstitucionalidade	28
3.4 Sistemas de Controle de Constitucionalidade	31
3.5 Tipos de Controle de Constitucionalidade	32
3.6 Critérios de Controle de Constitucionalidade	33
3.7 Medidas Processuais de Fiscalização Direta da Inconstitucionalidade no Brasil	35
3.7.1 Ação direta de inconstitucionalidade genérica	35
3.7.2 Ação direta de inconstitucionalidade por omissão	41
3.7.3 Ação direta de inconstitucionalidade interventiva	44
3.7.4 Ação declaratória de constitucionalidade	46
3.7.5 Arguição de descumprimento de preceito fundamental	50
3.8 Órgão Competente e Legitimidade	55
<b>4 O ÓRGÃO DE CÚPULA DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO: O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL</b>	<b>56</b>
4.1 Perfil	56
4.2 Panorama do Supremo após a Constituição Federal de 1988	59
<b>5 O RECURSO EXTRAORDINÁRIO</b>	<b>62</b>
5.1 Histórico	62

5.2 Conceito _____	63
5.3 Cabimento _____	64
5.4 Pressupostos _____	66
5.4.1 Necessidade de prévio esgotamento das instâncias ordinárias; esgotamento dos recursos pretéritos _____	67
5.4.2 Prequestionamento _____	68
5.4.3 Repercussão geral _____	72
<b>6 A OBJETIVAÇÃO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO NO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE _____</b>	<b>80</b>
<b>7 CONCLUSÃO _____</b>	<b>94</b>
<b>BIBLIOGRAFIA _____</b>	<b>98</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O ponto alvo do estudo em tela consistirá em abordar a chamada objetivação do recurso extraordinário no controle difuso de constitucionalidade. Para tanto, abordar-se-á aspectos inerentes ao Direito Constitucional e ao Direito Processual Civil.

A metodologia empregada consistiu, além da pesquisa bibliográfica, na análise da legislação vigente e, principalmente, da jurisprudência.

De maneira concatenada, serão tratadas algumas matérias constitucionais e processuais civis, de modo a se trilhar um caminho até o tema principal do estudo.

O ponto de partida será a Constituição Federal, na qual se tratarão alguns assuntos fundamentais para o transcorrer do trabalho. Questão crucial envolverá o controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos no sistema jurídico brasileiro, dando destaque, em especial, para o controle difuso de constitucionalidade (e também ao instituto processual denominado Recurso Extraordinário).

Levando-se em consideração sua estrita e extrema importância com o estudo, o Supremo Tribunal Federal não poderia deixar de ser tratado.

Nada obstante, é válida a afirmativa de que a Emenda Constitucional nº 45/2004 trouxe significativas modificações no ordenamento jurídico, como por exemplo, a concepção de novel requisito de admissibilidade do Recurso Extraordinário.

Trata-se do instituto denominado “Repercussão Geral”, previsto no § 3º do artigo 102 da Constituição da República Federativa do Brasil. Foi, ainda, a lei 11.418, de 19 de dezembro de 2006, responsável por regulamentá-lo.

Em consequência, deixa-se de lado a idéia de se ter o Supremo Tribunal Federal como 4º instância, reforçando, então, seu perfil de Corte Constitucional.

Vê-se diariamente, inclusive nos diversos meios de comunicação, que é exorbitante a quantidade de processos existentes, bem como a quantidade de recursos que “sobem” para os tribunais superiores.

Diante esse panorama – de certo modo caótico – alguns Ministros da Alta Corte começam a dar sinais de mudança no cenário até então existente e correto no ordenamento. Passam, com isso, a remodelar o controle difuso de constitucionalidade, na medida em que a decisão proferida no Recurso Extraordinário (instrumento considerado hábil a levar ao Supremo um processo judicial onde se discute a lide entre “A” e “B”) pudesse transportar os interesses subjetivos das partes envolvidas, de modo a atingir outros casos semelhantes.

Com efeito, poder-se-ia falar em decisões de efeito *erga omnes* proferidas em controle difuso.

É de se destacar, porém, que parcela da doutrina e alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal encontram certa resistência quanto à aplicação da tese aqui exposta.

Será demonstrado no decorrer do estudo que a mudança merece aplausos, seja por levar em consideração a uniformização da aplicação pelos tribunais e juízes inferiores do disposto no Texto Constitucional, mantendo-se, com isso, a segurança jurídica do ordenamento, além da obediência exercitada em respeito à Supremacia da Constituição Federal. E, principalmente, pelo desafogamento que pode ocasionar no Poder Judiciário.

Logo, todos aqueles que estudam e operam o direito devem suplantar o paradigma até então existente do Recurso Extraordinário como ferramenta de controle difuso, passando a admiti-lo como ferramenta manejada pra a justiça em abstrato (e não apenas no caso concreto, como vinha sendo feita até então).



## 2 O CONCEITO, A RIGIDEZ E A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

### 2.1 O Conceito de Constituição

Inicialmente, imperioso se faz tecer breves considerações acerca da acepção da palavra “Constituição”. Ponto este que é incansavelmente e merecidamente debatido e discutido na doutrina desde os primórdios. Enfim, como bem sabemos, não podemos nos dar o luxo de atribuirmos o termo “Constituição” como criação dos tempos hodiernos.

Siqueira Júnior (2008) assevera que foi no Liberalismo que o conceito de Constituição ganhou força. Isso se comprova por meio do artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que reza: “Toda a sociedade na qual não está assegurada a garantia dos direitos, nem determina a separação dos poderes, não tem Constituição”.

O termo “Constituição” vem do latim *constitutione*. Podem-se empregar à ela os mais diversos significados possíveis, senão vejamos: “**1.** Ato ou efeito de constituir (-se). **2.** Modo por que se constitui uma coisa, um ser vivo, um grupo de pessoas; organização. **3.** Lei fundamental num Estado, que contém normas sobre a formação dos poderes públicos, direitos e deveres dos cidadãos, etc.; carta constitucional. **4.** Compleição (1).”<sup>1</sup>

Definem-na, ainda, como “Lei fundamental e suprema de um Estado; Carta Constitucional; Carta Magna; que contém as normas para a formação dos poderes públicos que formam a própria estrutura do Estado”.<sup>2</sup>

As definições sobreditas nada mais são do que acepções da palavra, sendo de extrema importância, ainda, trazer à baila algumas das definições sobre o termo “Constituição” segundo alguns dos renomados estudiosos do direito constitucional.

---

<sup>1</sup> FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio: o dicionário da língua portuguesa**. 6. ed. rev. e atual. Curitiba: Positivo, 2005.

<sup>2</sup> SANTOS, Washington dos. **Dicionário Jurídico Brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

É o que passamos a expor:

A constituição do Estado, considerada sua lei fundamental, seria, então, a organização dos seus elementos essenciais: um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias. Em síntese, a constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado. (SILVA, 2007, pp. 37/38) (grifos do subscritor)

Nesse sentido, ainda, importante atentar para o indigitado entendimento de Teixeira (1991, p. 44) acerca do tema:

Podemos definir Constituição como o conjunto de normas fundamentais, constantes de documento escrito, solene e inalterável por lei ordinária, reguladoras da própria existência do Estado, da sua estrutura, órgãos e funções, do modo de exercício e limites de soberania, dos seus fins e interesses fundamentais, das liberdades públicas, direitos e deveres dos cidadãos. (grifos do subscritor)

Por derradeiro, imprescindível que se traga à baila a definição ora proposta por Hesse (1998, p. 37), qual seja:

A Constituição é a ordem fundamental jurídica da coletividade. Ela determina os princípios diretivos, segundo os quais deve formar-se unidade política e tarefas estatais ser exercidas. Ela regula procedimentos de vencimento de conflitos no interior da coletividade. Ela ordena a organização e o procedimento da formação da unidade política e da atividade estatal. Ela cria bases e normaliza traços fundamentais da ordem total jurídica. Em tudo, ela é o plano estrutural fundamental, orientado por determinados princípios de sentido, para a configuração jurídica de uma coletividade. (grifos do subscritor)

É com base em todo o supra-exposto que se pode compreender a unânime concordância por parte da doutrina constitucional em apontar o equívoco do emprego da expressão “Constituição”.

Com efeito, nota-se que o significado do vocábulo dificulta atribuir-lhe um conceito, diga-se, preciso e seguro. Deve-se isto ao seu caráter polissêmico.

Entretanto, por mais tormentosa que seja a questão no tocante a tentativa de definição do termo ora em comento, podemos dizer que um conceito “constitucionalmente adequado” seria aquele que estabelecesse a definição do vocábulo como o alicerce do ordenamento jurídico pátrio, pois concomitante ao papel de criação do Estado de Direito, encarrega-se também de organizá-lo. Por essa razão, melhor título não lhe cabe senão aquele que o denomina como a “Lei das Leis”; Lei esta que disciplina e ordena o *povo*, *território* e *soberania*, elementos estes essenciais e indispensáveis para a existência do Estado.<sup>3</sup> Sem dúvida, a Lei Fundamental.

Por fim, podemos concluir, em linhas, gerais que a Constituição é responsável por nortear toda a organização e funcionamento da coletividade, - leia-se, Estado - sendo inquestionável que, sem ela não há que se aferir a existência de poder, território, soberania e finalidade, ou seja, Estado.

## 2.2 A Rigidez da Constituição Federal

A questão da *rigidez* da Constituição Federal está ínsita na classificação das constituições. Sendo assim, passamos a estudá-las.

Embora diversas sejam as classificações, consideraremos tão-somente aquela que diz respeito a sua estabilidade ou, como denominado também por alguns doutrinadores, alterabilidade.

Hodiernamente não é uniforme na doutrina do direito constitucional – e aqui ousamos dizer, com a devida *venia*, que talvez nunca seja – a questão atinente a classificação das constituições. Isso porque diversos são os pontos de vista sobre o assunto.

---

<sup>3</sup> Segundo Paulo e Alexandrino (2008) no que tange aos elementos que são considerados como necessários e indispensáveis para a existência do Estado, os estudiosos da Teoria do Estado passaram a incluir a *finalidade* como elemento integrante da noção de Estado.

Nessa linha de raciocínio, e, para que não se desvirtue o foco principal do trabalho em tela, cabe-nos, doravante, analisar a classificação da constituição apenas no que diz respeito a sua estabilidade.<sup>4</sup>

Até mesmo nesse ponto encontramos, de plano, divergência entre os estudiosos.

Alguns, como por exemplo, Silva (2007, p. 40), utilizam o seguinte método de classificação quanto à estabilidade: *a) rígidas*, *b) flexíveis* e *c) semi-rígidas*. Já para Paulo e Alexandrino (2008) e Moraes (2009), podemos acrescentar a essa classificação a característica da *imutabilidade*.

Como se não bastasse, Moraes (2009) atribui, ainda, um outro tipo de classificação na qual se enquadraria a Constituição Federal de 1988, qual seja: *super-rígida*.

Feita tais considerações, passemos a estudá-las particularmente.

A Constituição denominada *imutável* representa aquela em que não seria possível, frise-se, em hipótese alguma, a alteração de seu texto. Não existiria qualquer possibilidade ou hipótese que legitimasse a alteração do Texto Constitucional.

Já a Constituição denominada *rígida*, como o próprio nome sugere, é aquela em que se faz necessário, para a alteração de seu texto, um processo mais dificultoso e solene. Trata-se de um processo diferente quando comparado às demais leis ordinárias.

A Constituição Federal, mais precisamente no §2º do artigo 60,<sup>5</sup> deixa clara a ideia sobredita, senão vejamos:

**Art. 60.** A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:  
(...)

**§2º** A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

---

<sup>4</sup> O ilustre Moraes (2009, p. 8) utiliza a seguinte sistemática para a classificação das constituições: *a)* Quanto ao conteúdo (materiais e formais); *b)* Quanto à forma (escrita e não-escrita); *c)* Quanto ao modo de elaboração (dogmáticas e históricas); *d)* Quanto à origem (promulgadas e outorgadas); *e)* Quanto à estabilidade (imutáveis, rígidas, flexíveis e semirrígidas) e *f)* Quanto à extensão e finalidade (analíticas e sintéticas).

<sup>5</sup> O artigo 60 trata do processo legislativo de emenda à Constituição.

Da simples leitura do dispositivo fica clara a dificuldade de alteração do Texto Magno.

*Ad argumentandum tantum*, é mister que, em se tratando de proposta tendente a emendar a Constituição, seja ela discutida em cada Casa do Congresso, ou seja, Senado Federal e Câmara dos Deputados, em, ainda, dois turnos com votações de três quintos dos respectivos membros de cada casa.

Totalmente contrária à exposição supra, a Constituição *flexível* baseia-se na sua modificação pelo legislador que utiliza o mesmo procedimento para a elaboração e alteração das leis ordinárias, ou seja, a variação do texto constitucional dá-se pelo mesmo processo das demais leis do ornamento. É o que ocorre, *verbi gratia*, na Inglaterra.

A designação de Constituição *semi-rígida*, como o próprio nome dá a entender, lhe confere um meio termo entre as constituições rígidas e flexíveis. Isso porque, enquanto alguns dispositivos exigem um processo mais solene, dificultoso para sua alteração, outros se limitam ao simples procedimento adotado para modificação das demais leis ordinárias. Ao longo dos anos no constitucionalismo brasileiro, tivemos apenas uma constituição com tal característica, qual seja a Constituição do Império, de 1824.<sup>6</sup>

Por fim, de grande importância se faz registrar a classificação atribuída por Moraes (2008, p. 10) acerca da classificação da Constituição de 1988:

Ressalte-se que a Constituição Federal de 1988 pode ser considerada como *super-rígida*, uma vez que em regra poderá ser alterada por um processo legislativo diferenciado, mas, excepcionalmente, em alguns pontos é imutável (CF, art. 60, §4º - cláusulas pétreas). (grifos do subscritor)

Pois bem.

Por todo o exposto, concluímos que: embora a Constituição se classifique como rígida, tal denominação não impede que haja mudanças em seu

---

<sup>6</sup> A Constituição do Império de 1824, denominava-se como semi-flexível (semi-rígida) em face do que dispunha o artigo 178. Estabelecia-se: “É só constitucional o que diz respeito aos limites e atribuições respectivos dos poderes políticos, e aos direitos políticos e individuais dos cidadãos; tudo o que não é constitucional pode ser alterado, sem as formalidades referidas, pelas legislaturas ordinárias”.

texto. Classificá-la assim visa apenas conferir ao Texto Constitucional uma maior estabilidade.

No mais, inconcebível nos tempos modernos a existência de Constituições categoricamente imutáveis. Em outras palavras, não se imagina viável atualmente a existência de Constituições “eternas”.

Nesse diapasão, de grande valia se faz anotar o entendimento a seguir:

(...) não pode haver Constituições eternas, ou imutáveis, capazes de resistir à evolução social. Ainda que uma determinada Constituição tivesse tal pretensão, proibindo qualquer reforma ou emenda constitucional, as modificações viriam a dar-se, fatalmente, através da interpretação jurisprudencial, dos costumes, ou mesmo das revoluções, quando muito agudo se tornasse o desajustamento entre o sistema constitucional e a conjuntura político-social. (TEIXEIRA, 1991, pp. 110/111)

As duas afirmações acima encontram amparo em dois pilares de fundamental importância no direito constitucional moderno, que, sem dúvida, não podem ser desconsiderados. São eles: estabilidade e atualização.

Ambos devem ser analisados concomitantemente, ou seja, ao mesmo tempo em que a rigidez constitucional gera maior estabilidade ao texto da Constituição – frente à dificuldade de alteração de seu teor –, deve-se ter em conta que essa característica não pode ser tida como obstáculo quando deparada com a atualização/evolução da sociedade. Afinal, a evolução da sociedade aliada à estabilidade deve servir como alicerce da própria segurança jurídica. Caso contrário, estaríamos diante uma Lei Maior instável e insegura, que acabaria prejudicando, por consequência, toda a credibilidade do Estado de Direito.

Em outras palavras, devemos levar em consideração a necessidade de adequação do Texto Constitucional aos tempos modernos, ou seja, aos anseios da sociedade, às exigências do bem-estar social. Com isso, se tomarmos como base a ideia de rigidez exagerada da Constituição, estar-se-ia a transformando, nos dizeres do nobre Paulo e Alexandrino (2008), em uma Constituição meramente *nominativa*, ou seja, sem qualquer correspondência com a realidade social.

A rigidez excessiva pode, também, oferecer vários perigos – como, por exemplo, ser causa de revoluções – sendo que a partir do momento que a Lei das Leis deixa de acompanhar os anseios sociopolíticos e socioculturais, a coletividade estaria, sem dúvida, diante de “falsas constituições”.

### 2.3 Da Supremacia da Constituição Federal

Antes de adentrarmos ao tema ora proposto, insta salientar que ele guarda direta e íntima relação com o item tratado anteriormente. Todavia, visando a melhor compreensão do que será debatido doravante é que optamos pela “cisão” do conteúdo.

Como visto anteriormente, pudemos concluir, em linhas gerais, que a rigidez da constituição decorre da maior exigibilidade para sua modificação quando comparada com as demais normas do ordenamento jurídico.

Justamente por essa razão é unânime o entendimento de que, da rigidez da Constituição decorre o *princípio da supremacia da Constituição*.

Nada melhor que, antes de qualquer consideração que venha a ser feita, iniciar o estudo com a lição alvitada por Ferreira (1998, p. 90), reproduzida por grande parte dos constitucionalistas, qual seja: “o *princípio da supremacia da constituição é reputado como uma pedra angular, em que se assenta o edifício do moderno direito político*”. (grifos do subscritor)

Aliado a isso, tem-se a ideia de que a Constituição é denominada, por alguns doutrinadores, como a “lei suprema do Estado”.

Para entender tal colocação não se faz necessário ser um *expert* no ramo do direito constitucional, pois ela retrata claramente que, em relação às demais normas do sistema jurídico, é superior. Ocupa o lugar mais alto do ordenamento jurídico brasileiro, encarregando-se, desse modo, de estruturar e organizar os demais órgãos que compõe o sistema.

Destarte, sabemos que todas as normas do ordenamento devem obediência a ela. Para isso, inquestionavelmente as demais leis do ordenamento,

*verbi gratia*, leis ordinárias e leis infraconstitucionais, devem estar em conformidade com ela, seja formalmente (quanto ao modo de sua elaboração), seja materialmente (quanto à matéria que tratam).<sup>7</sup>

É, portanto, frise-se, notadamente superior em relação às demais normas, devendo estas encontrar-se em conformidade com aquela.

No mais, a o aludido princípio apresenta uma consequência interessante, ou seja, é dele que decorre o denominado “controle de constitucionalidade das leis”.<sup>8</sup> Ora, por se encontrar exatamente no ápice do sistema jurídico, a Lei Maior deve assumir a responsabilidade de verificar a compatibilidade das demais normas do ordenamento frente ao pré-fixado em seu texto.

Com efeito, falar-se-á em *norma constitucional* toda vez que determinada lei estiver em plena consonância com aquilo prescrito no Texto Constitucional. De outro lado, ter-se-á *norma inconstitucional* toda vez que alguma lei estiver em contradição com os princípios e comandos da Carta Magna. E, justamente por comportarem essa carga de inconstitucionalidade é que deverão ser extirpadas do ordenamento jurídico para que, dessa maneira, a ordem constitucional seja mantida.

Por fim, pode-se considerar, com a devida *venia*, que melhor forma não há para encerrarmos o tema ora posto em análise, senão trazendo à tona a lúcida explanação de Enterría (2001) apud Cunha Júnior (2009), no qual assevera que a Constituição não é somente uma norma,

**(...) sino precisamente la primeira de las normas del ordenamiento entero, la norma fundamental, lex superior.** Por varias razones. Primero, porque la Constitución define el sistema de fuentes formales del Derecho, de modo que sólo por dictarse conforme a lo dispuesto por la Constitución (...) una Ley será válida o um Reglamento vinculante; en este sentido, **es la primera de las ‘normas de producción’, la norma normarum, la fuente de las fuentes.** Segundo, porque en la medida en que la Constitución es la expresión de una intención fundacional, configuradora de un sistema entero que en ella se base, **tiene una pretención de permanencia (...) o duración (...), lo que parece asegurarla una superioridad sobre las normas ordinárias (...).** Esta Idea determinó, primero, la distinción entre um

<sup>7</sup> Nesse sentido, confira: “(...) as normas jurídicas só estarão conformes com a Constituição quando não violem o sistema formal, constitucionalmente estabelecido, da produção desses atos, e quando não contrariarem, positiva ou negativamente, os parâmetros materiais plasmados nas regras ou princípios constitucionais.” (CANOTILHO, 1991, p. 475)

<sup>8</sup> O sistema de controle de constitucionalidade das leis será tratado no próximo capítulo do trabalho.



poder constituyente, que es de quien surge la Constitución, y los poderes constituídos por éste, de los que emanan todas las normas ordinarias. De aquí se dedujo inicialmente la llamada **'rigidez' de la norma constitucional, que la asegura una llamada 'superlegalidad formal', que impone formas reforzadas de cambio o modificación constitucional frente a los procedimientos legislativos ordinarios (...). Pero la idea llevará también al reconocimiento de una 'superlegalidad material', que asegura a la Constitución una preeminencia jerárquica sobre todas las demás normas del ordenamiento,** producto de los poderes constituidos por la Constitución misma, obra del poder constituyente. **Esas demás normas sólo serán válidas si no contradicen, no sólo el sistema formal de producción de las mismas que la Constitución establece, sino, y sobre todo, el cuadro de valores y de limitaciones del poder que en la Constitución se expresa.**<sup>9</sup> (grifado no original) (grifos do subscritor)

Doravante, no capítulo a seguir, cuidaremos de tratar do controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos, instituto esse que, como dito acima, decorre do princípio da supremacia da Constituição. E, justamente por isso, nada melhor que abordá-lo em um capítulo próprio, tendo em vista a grande relevância que apresenta no direito constitucional brasileiro.

---

<sup>9</sup> Tradução livre do Autor: **"(...) mas precisamente a primeira das regras de todo o sistema, a norma fundamental, lei superior.** Por vários motivos. Primeiro, porque a Constituição define o sistema de fontes formais de Direito, de modo que somente de acordo com o disposto pela Constituição (...) uma Lei será válida ou um regulamento obrigatório; neste sentido, **é a primeira das 'normas de produção, a norma das normas, a fonte das fontes.** Segundo, porque à medida que a Constituição é a expressão fundamental da intenção, configuradora de um sistema inteiro que nela se baseia, **tem uma pretensão de permanência (...) ou duração (...), o que parece assegurá-la uma superioridade sobre as normas ordinárias (...).** Esta idéia determinou, primeiramente, a distinção entre um poder constituinte, que é o emergente da Constituição, e os poderes constituídos por este, dos quais emanan todas as normas ordinárias. Daí surgiu a chamada **'rigidez' da norma constitucional, que assegura a chamada 'super-legalidade formal', a qual exige um reforço das formas de alteração ou emenda constitucional contra o processo legislativo ordinário (...). Porém a ideia também levará ao reconhecimento de uma 'super-legalidade material', que assegura à Constituição uma preeminência hierárquica sobre todas as demais normas do sistema,** produto dos poderes constituídos pela própria Constituição, obra do poder constituinte. **Essas demais normas somente serão válidas se não se contradisserem, não somente o sistema formal de sua produção que a Constituição estabelece, como também, e principalmente, o quadro de valores e limitações do poder que se expressa na Constituição.**" (grifado no original) (grifo nosso)

## 3 O SISTEMA DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO

### 3.1 Prólogo

Primeiramente, antes de tecer qualquer consideração em relação à discussão do tema levado a efeito, importante se faz refletir sobre a seguinte indagação: porque existe o chamado “Controle de Constitucionalidade”? A resposta para essa pergunta pode ter como ponto de partida a ideia de que ele existe como forma de manter a supremacia do Texto Constitucional, pois não se admite a possibilidade de norma infraconstitucional em contrariedade ou, ainda, que esta diga menos do que o estabelecido naquela.

Fato é que o controle de constitucionalidade existe tão-somente nas constituições rígidas ou semi-rígidas.<sup>10</sup> E, como estudado no capítulo anterior, concluimos que, as constituições que se denominam rígidas são aquelas pelo qual se necessita um procedimento mais solene, mais complexo, mais formal, para que somente dessa maneira possa ser alterado seu texto.

Com efeito, diz-se que é justamente nessas Constituições (rígidas) que a Lei Maior é superior em relação às demais, e, por ser assim, não se admite que as demais normas, *verbi gratia*, as infraconstitucionais, entrem em confronto com ela. Se porventura isso vier a ocorrer, tais normas serão tidas como inconstitucionais, pois apresentarão um vício – seja ele formal ou material – e, por consequência, erradicadas do ordenamento jurídico brasileiro.

De todo o exposto decorre o princípio da Supremacia da Constituição, tema já abordado minuciosamente no capítulo anterior, que trata, em linhas gerais, da superioridade da Constituição Federal em relação às demais normas. E, por essa razão, é que dela irradiam todas as outras normas do ordenamento, tendo em face a obediência que devem a Ela.

---

<sup>10</sup> Segundo José Afonso da Silva (2008, p. 45) a *rigidez constitucional* emana da grande dificuldade para alteração do Texto Constitucional em relação às demais normas do ordenamento.

### 3.2 O Princípio da Presunção da Constitucionalidade das Leis e dos Atos Normativos e Breves Noções sobre Inconstitucionalidade

À primeira vista, há de se observar que quando um órgão estatal elabora um ato normativo infraconstitucional, presume-se que ele tenha atentado para as normas pré-estabelecidas na Constituição. Tanto é assim que a ideia de presunção parte do raciocínio de que a constitucionalidade de determinado ato deve o acompanhar desde o seu nascedouro. Note-se que o termo utilizado foi “presunção”, o que nos leva a ideia de presunção relativa, *juris tantum*, pois uma decisão judicial pode reconhecer sua inconstitucionalidade, desfazendo assim, seu ato.

Para melhor elucidação do princípio em estudo, necessário se faz observar:

Tal princípio é necessário para a manutenção da ordem jurídica, pois seria um verdadeiro caos social se os indivíduos pudessem deixar de cumprir as leis toda vez que, em sua opinião, elas estivessem em conflito com as normas constitucionais. (FERRARI, 2004, apud FACHIN, 2008)

Por todo o exposto, podemos concluir que o ato normativo deixará de ter aplicabilidade tão somente no momento em que for declarada sua inconstitucionalidade.

Cabe-nos, daqui em diante, analisar a questão proposta por outro prisma, qual seja da inconstitucionalidade. Como se observa do próprio termo, podemos partir da premissa de que inconstitucional é tudo aquilo que não é constitucional, ou seja, trata-se de incompatibilidade entre um ato normativo proveniente do poder político e a Constituição. Consiste, por assim dizer, na desconformidade entre uma norma infraconstitucional e a Constituição.

Nesse diapasão, indispensável se faz trazer o ensinamento do grandioso Fachin (2008, p. 144), segundo o qual: “sempre que a norma localizada no ápice da pirâmide for contrariada por norma inferior, estar-se-á diante de uma inconstitucionalidade”.

Por fim, necessário se faz atentar para o fato de que não há que se falar em inconstitucionalidade, quando duas normas constitucionais, por conseguinte pertencentes ao mesmo plano normativo, forem incompatíveis entre si. Portanto, impraticável que se declare a inconstitucionalidade quando uma norma constitucional contrariar outra de mesmo status, por exemplo.

### 3.3 Formas de Inconstitucionalidade

No tocante à inconstitucionalidade, vimos no tópico anterior a não admissibilidade de norma infraconstitucional em desacordo com a Lei Maior. O fundamento encontra-se justamente na incompatibilidade entre o ato normativo inferior e o Texto Constitucional, pautado em regras e princípios. Todavia, não se faz necessário tão somente a conformidade com os ditames constitucionais, devendo ser considerado inconstitucional também aquilo que a doutrina chama de “omissão da aplicação de normas constitucionais”, toda vez que a Constituição assim determinar.

Com base nisso é que a Constituição de 1988 perfilha duas formas de inconstitucionalidade, quais sejam: *inconstitucionalidade por ação* e *inconstitucionalidade por omissão*. Passamos agora a analisar as características e particularidades de cada uma.

A chamada *inconstitucionalidade por ação*, como o próprio nome sugere, vincula-se a ideia de um comportamento positivo por parte do Poder Público que diverge dos princípios constitucionalmente consagrados.

Nesse sentido, anote-se:

O fundamento dessa inconstitucionalidade está no fato de que do princípio da supremacia da constituição resulta o da *compatibilidade vertical* das normas da ordenação jurídica de um país, no sentido de que as normas de grau inferior somente valerão se forem compatíveis com as normas de grau superior, que é a constituição. As que não forem compatíveis com ela são inválidas, pois a *incompatibilidade vertical* resolve-se em favor das normas de grau mais elevado, que funcionam como fundamento de validade das inferiores. (SILVA, 2008, p. 47) (grifos do subscritor)

Dentro dessa linha de raciocínio, vale lembrar que essa forma de inconstitucionalidade divide-se ainda em: *a) formal* e *b) material*. No que diz respeito à primeira, pode-se dizer que a inconstitucionalidade estará presente quando editada por autoridades incompetentes ou, ainda, quando desrespeitado todo o processo para as formações das leis pré-fixado na Constituição. Perceba-se que a violação pode atacar tanto o lado procedimental quanto o lado do subjetivismo. Aqui, nada poderá ser aproveitado da lei, ela estará viciada por completo. Por esse motivo, trata-se, segundo a melhor doutrina, de *inconstitucionalidade total*.

Já a segunda hipótese, a material, se vislumbra quando a lei, embora criada por autoridade competente e conforme o procedimento estabelecido, apresenta dispositivos que confrontam a Constituição. O princípio pré-estabelecido na Constituição é contrariado pela lei, ou seja, veicula-se nela algo que não é permitido. Nessa hipótese, a lei permanecerá em vigor, sendo declarada inconstitucional tão-somente a parte que apresenta a mácula, o vício. Diferentemente da situação tratada acima, temos aqui chamada *inconstitucionalidade parcial*.

Distinto se faz o raciocínio que ocorre na *inconstitucionalidade por omissão*, segundo qual o vício advém da omissão do órgão estatal, no não-fazer, na inércia. Ocorre que há um descumprimento da obrigação constitucional de legislar por parte do Poder Público. Quando o órgão se abster de fazer aquilo que estava obrigado pela Constituição, falar-se-á em *inconstitucionalidade total*. Diferente a situação em que o agente do estado cumpre apenas parte do dever que lhe é imposto, nesse caso, ter-se-á *inconstitucionalidade parcial*.

Existem na Constituição Federal normas constitucionais que dependem de providências administrativas ulteriores para que possam gerar, na prática, tudo aquilo que a norma prevê. E é justamente quando isso não acontecer que haverá o requisito autorizador para a propositura da ação de inconstitucionalidade por omissão. Para melhor compreensão do tema, podemos citar o §3º, do art. 8 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Trata-se de caso de pura omissão do legislador.

Ademais, embora nem todos os constitucionalistas tratem em suas respectivas obras, há de se observar a existência de outras formas de inconstitucionalidade. Existe a chamada *inconstitucionalidade originária*, que nada

mais é do que aquela que ocorre no nascedouro do fato. Ele é inconstitucional ao nascer. É a situação em que existe o antagonismo entre a norma prevista na Constituição vigente e o ato normativo exercitado.

Num outro plano, podemos detectar (pelo menos na teoria) a chamada *inconstitucionalidade superveniente*. Hipótese esta que não encontra comum acordo entre os doutrinadores, haja vista não se tratar de inconstitucionalidade da norma, mas sim de *caso de revogação* do direito pré-existente em face da norma constitucional superveniente, posterior. A nova norma traz consigo a contrariedade em relação ao previsto no direito anterior.

Para melhor elucidação da questão, vejamos o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, constante na obra de Carvalho (2004, p. 244):

Neste sentido decidiu o Supremo Tribunal Federal: “O vício da inconstitucionalidade é congênito à lei e há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração. Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente; nem o legislador poderia infringir Constituição futura. A constituição sobrevinda não torna inconstitucional 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 ordinária”. (ADIn 521, Rel. Min. Paulo Brossard) (grifos do subscritor)

Com efeito, para esses autores a solução do problema deve se mostrar no âmbito do direito intertemporal, sustentando que não deve, sequer, ser reconhecida a ADIn (ação direta de inconstitucionalidade).

Merecedoras de destaque, ainda, a chamada *inconstitucionalidade antecedente (imediate)* e *inconstitucionalidade conseqüente (derivada)*. A primeira é simples. Consiste na inconstitucionalidade que atinge diretamente a norma inconstitucional. Segundo Silva Neto (2009, p. 181), inexistente a figura de qualquer outro veículo normativo como intermediador. E é exatamente nesse ponto que difere a inconstitucionalidade derivada. Pois, como o próprio nome sugere, ela se manifesta através da inconstitucionalidade de outra norma. Há um elo direto e exposto entre elas. Para melhor compreensão do tema, podemos utilizar o exemplo das normas constitucionais que dependem de lei complementar para que possam, assim, gerar o exercício do direito ínsito em seu corpo (trata-se de *norma*

com eficácia relativa complementável ou dependente de complementação legislativa, segundo classificação da professora Maria Helena Diniz).<sup>11</sup> Não há margem de dúvida quanto à relação de dependência entre a norma complementar e a norma que necessita da complementação. Assim sendo, se porventura a norma complementada for declarada inconstitucional, a norma que a regulamentou (complementou), por consequência, também será tida como tal. Trata-se de um efeito reflexo dessa forma de inconstitucionalidade.

### 3.4 Sistemas de Controle de Constitucionalidade

Dando continuidade à ideia proposta no início do presente trabalho, a de supremacia constitucional frente às inconstitucionalidades, vislumbramos, segundo a teoria do Direito Constitucional, técnicas especiais para a realização do controle de constitucionalidade. Em razão disso, são propostos 3 sistemas de controle de constitucionalidade, quais sejam: *a) político*, *b) jurisdicional* e, *c) misto*.

O *controle político*, originário dos países da Europa, é exercido atualmente na França. Recebe tal denominação justamente pelo fato de outorgar a constatação da inconstitucionalidade aos Órgãos Políticos. A verificação da constitucionalidade fica vinculada, exclusivamente, a eles. Não existe a possibilidade de o Poder Judiciário realizar o controle. O Órgão Político é totalmente desvinculado do Poder Judiciário.

O *controle jurisdicional*, por sua vez, surge nos Estados Unidos, em meados de 1803, com base na decisão do famoso caso *Marbury X Madison*, presidido pelo Juiz Marshall. Denomina-se também de *Judicial Review*, e, é forma pelo qual o controle é efetivado e reservado à estrutura do Poder Judiciário.<sup>12</sup>

Por fim, temos o *controle misto*, que é adotado pela grande maioria dos países como, por exemplo, o Brasil. Como o próprio nome sugere, ele traça um meio

---

<sup>11</sup> Sobre o tema: LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 142.

<sup>12</sup> A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 92, estabelece quais são os órgãos que compõem o Poder Judiciário.

termo entre o controle político e o controle jurisdicional, pois adota ao mesmo tempo tanto um quanto outro.

Nesse sentido, Silva (2008, p. 49) leciona:

O *controle misto* realiza-se quando a constituição submete certas categorias de leis ao controle político e outras ao controle jurisdicional, como ocorre na Suíça, onde as leis federais ficam sob controle político da Assembléia Nacional, e as leis locais sob o controle jurisdicional. (grifos do subscritor)

Traçadas tais considerações acerca dos sistemas de controle de constitucionalidade, passar-se-á a próxima seção.

### 3.5 Tipos de Controle de Constitucionalidade

Diz respeito ao *momento* em que o controle da constitucionalidade é exercitado, ou seja, se o controle será exercido antes do projeto virar lei, evitando, portanto, a inserção de normas que padecem de vício no ordenamento jurídico, ou então sobre a lei já incorporada no ordenamento. Sobre essa linha de raciocínio é que a doutrina constitucional denomina, respectivamente: *controle preventivo* e *controle repressivo*.

O *controle preventivo* (também denominado *a priori*, anterior), é realizado sobre o projeto de lei, ou seja, durante o processo de formação do ato normativo. É feito antes de sua conclusão, e, por consequência, visa a impedir que ele adentre no ordenamento jurídico justamente para não afrontar a Constituição. Exatamente por essa razão que se fala em prevenção. Logicamente, portanto, inadmissível será a hipótese de controle preventivo que tenha como objeto lei concluída. Pode ele ser realizado pelo Legislativo, pelo Executivo e pelo Judiciário.

Já no *controle repressivo* (denominado também de *a posteriori*, posterior) ocorre o inverso, pois ele é feito sobre a lei, deste modo, após a conclusão do ato normativo. Ele objetiva expurgar do ordenamento lei que esteja afrontando o Texto Constitucional, por conter um vício. É realizado, em regra, pelo Poder



Judiciário, mas para que isso ocorra, ele deve ser provocado. O termo utilizado “em regra” deve-se ao fato de que o controle repressivo pode, eventualmente, ser realizado pelo Poder Legislativo e Pelo Executivo.

### 3.6 Critérios de Controle de Constitucionalidade

Podemos analisar os sistemas constitucionais de controle das leis sobre dois prismas. O primeiro seria através de um critério denominado *subjetivo* ou *orgânico*, enquanto que o segundo seria denominado de *formal*. Nesse diapasão, podemos dividir, ainda, o critério subjetivo em: a) *sistema difuso* e b) *sistema concentrado*. Já o critério formal, dividir-se-á em: a) *sistema pela via incidental* e b) *sistema pela via principal*. Com base nisso, passamos agora a estudar cada instituto.

Historicamente falando, o *sistema difuso*, surge em meados de 1803, nos Estados Unidos, quando a então Suprema Corte norte-americana julga o famoso caso *Marbury versus Madison*, tendo como presidente o Juiz John Marshall, *Chief Justice*.

Pode ser denominado também de controle concreto, incidental ou indireto. Ele pode ser feito por meio de exceção (defesa) ou por meio de ação. Esta última realizada através das ações constitucionais: *habeas corpus* e mandado de segurança. Quem possui legitimidade para realizá-lo são os tribunais (qualquer tribunal) e os juízes, podendo ser efetivado em qualquer processo. Característica marcante desse instituto, como o próprio nome sugere, deve-se ao fato de ele se apresentar sobre um caso concreto, com o escopo de declarar a inconstitucionalidade de forma incidental (*incidenter tantum*), de modo a tornar prejudicial o exame do mérito. Por conta disso, é que se vislumbra a necessidade de um processo judicial, na qual a declaração da inconstitucionalidade de determinada lei (*lato sensu*) não seja o objeto principal da ação.

No entendimento doutrinário, o pedido principal não é a declaração de inconstitucionalidade, pois este seria apenas a *causa de pedir processual*. Por fim, sendo declarada a inconstitucionalidade, e, por conseguinte, afastada a aplicação da norma maculada, o pronunciamento jurisdicional gera efeito *inter partes*, ou seja,

vale somente em relação às partes litigantes daquela relação jurídica processual. Vale dizer, a lei declarada inconstitucional (frise-se, para as partes) continua valendo em relação a terceiros. Com efeito, como objetivo é proteger o interesse particular, fala-se em controle subjetivo.

Passamos a estudar agora o *sistema concentrado*. É designado também de controle abstrato, por via de exceção ou direto. Diferentemente do que ocorre no difuso, o modelo concentrado tem como principal fundamento eliminar do ordenamento jurídico lei tida inconstitucional. Aqui não há que se falar em indivíduos sendo deduzidos dos efeitos de uma lei contaminada. O órgão legítimo, no caso do Brasil, para realizar essa forma de controle é tão-somente o STF (Supremo Tribunal Federal). Não se leva em conta o caso concreto, ou seja, o conflito entre “A” e “B”, mas sim a inconstitucionalidade da lei (*lato sensu*). Os efeitos gerados pela inconstitucionalidade são *erga omnes*, para todos. Significa dizer que a decisão da Alta Corte tem efeito para todos. Por ser a proteção da Carta Magna o objetivo principal, fala-se em controle objetivo.

Feita a distinção entre os sistemas, oportuno trazer a lição do doutrinador Mauro Cappelletti:

No sistema difuso, “o poder de controle pertence a todos os órgãos judiciários de um dado ordenamento jurídico, que o exercitam incidentalmente, na ocasião da decisão das causas de sua competência”, mas, no sistema concentrado, “o poder de controle se concentra, ao contrário, em um único órgão judiciário”. (CAPPELLETTI, 1999, apud FACHIN, 2008)

Adequado se faz o momento para que possamos analisar o critério formal (*sistema por via incidental e sistema por via principal*). O primeiro sistema verifica-se no controle difuso, o que explica o nome controle incidental, acima tratado. Denominá-lo como tal, significa dizer que o controle de constitucionalidade que surge é de forma paralela. Surge, incidentalmente, através de uma relação jurídica processual nas quais os litigantes buscam a solução para uma lide existente entre eles.

Já o segundo sistema, ao revés do anterior, se consubstancia em um fundamento totalmente antagônico, pois o que se pretende é saber se a lei, em

sentido *abstrato*, apresenta vício (formal ou material), ou seja, se é ou não inconstitucional. Discute-se tão somente a inconstitucionalidade ou não do ato normativo, da lei.

### 3.7 Medidas Processuais de Fiscalização Direta da Inconstitucionalidade no Brasil

Doravante, trataremos especificamente das chamadas ações constitucionais, que nada mais são do que instrumentos processuais que permitem a realização do controle pela via direta. Trata-se de controle realizado unicamente perante a Alta Corte. Segundo Paulo e Alexandrino (2008, p. 67) classificam-se em: a) Ação de Inconstitucionalidade *genérica*, b) Ação de Inconstitucionalidade *por omissão*, c) Ação de Inconstitucionalidade *Interventiva*, d) Ação Declaratória de Constitucionalidade (*ADECON*) e, e) Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (*ADPF*).

#### 3.7.1 Ação direta de inconstitucionalidade genérica

Dentre todas as ações tratadas no tópico anterior, essa se destaca por ser a mais conhecida e mais utilizada. É ação pela qual se intenta primordialmente nulificar lei ou ato normativo federal ou estadual colidente com a Carta Magna. Nela está estampado o fundamento constitucional para que o Órgão de Cúpula do Poder Judiciário possa julgar a ADI (e também a ADECON).<sup>13</sup>

Dispõe o artigo 102, I, *in verbis*:

**Art. 102.** Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:  
I – processar e julgar, originariamente:

---

<sup>13</sup> A Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADECON) será tratada em momento oportuno.

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

Conforme o exposto na alínea, é possível vislumbrar o amparo constitucional concedido à Corte Suprema.

Embasado nesse dispositivo constitucional, surge um aspecto de grande divergência na doutrina. Diz respeito ao *objeto* da ADI.<sup>14</sup> É certo que o Texto Constitucional não faz menção a ação direta de inconstitucionalidade relativa à lei ou ato normativo *municipal*. Justamente nesse ponto concentra-se a discussão. O entendimento predominante faz prevalecer a tese do “silêncio eloqüente”. Seus seguidores alegam que o Texto Constitucional, foi expresso e certo ao fixar lei ou ato normativo *federal* ou *estadual*. Afirmam que a Constituição poderia perfeitamente ter trazido a hipótese que compreendesse as leis editadas pelo município. Ora, e justamente por não fazer, asseguram que a vontade do legislador foi retirar a competência do Supremo em tal situação, configurando-se, assim, o “silêncio eloqüente”.

Atente-se para o entendimento corroborado no Supremo:

(...) o nosso sistema de controle de constitucionalidade não admite o controle concentrado de constitucionalidade de lei ou ato normativo municipal em face da Constituição Federal; nem mesmo perante o Supremo Tribunal Federal quem tem, como competência precípua, a sua guarda, art. 102. O único controle de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal em face da Constituição Federal que se admite é o controle-difuso, exercido “incidenter tantum”, por todos os órgãos do Poder Judiciário, quando do julgamento de cada caso concreto. (...) (STF, Reclamação nº 337, RDA 199/201). (SILVA NETO, 2009, p. 193) (grifos do subscritor)

Com efeito, concomitantemente a essa ideia de não competência do Supremo diante das leis municipais, existe o disposto no §2º, do artigo 125 da Constituição Federal, *in verbis*:

---

<sup>14</sup> O presente trabalho monográfico tratará, em todo seu corpo, como sinônimas as expressões ADI e ADIn, ambas se referindo ao instituto processual constitucional denominado “ação direta de inconstitucionalidade”. No mesmo sentido as expressões ADC e ADECON, ambas se referindo, no entanto, à “ação declaratória de constitucionalidade”.

**Art. 125.** Os Estados organizarão sua Justiça, observado os princípios estabelecidos nesta Constituição:

(...)

**§2º** Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.

Nesse raciocínio, podemos concluir que somente o Tribunal local é que terá competência para julgar ADIn de leis editadas pelo município. Não pode existir o confronto entre lei municipal *versus* Constituição Federal, mas tão-somente de lei municipal *versus* Constituição Estadual.

Outrossim, a doutrina elenca uma série de situações que não admitem ser passíveis de objeto de ADIn. Segundo Silva Neto (2009, pp. 194/196) são elas: ato normativo privado, convenção coletiva, súmula, súmula vinculante, normas revogadas e decreto regulamentar (excepcionalidade quanto ao decreto autônomo, pois segundo o Supremo haveria possibilidade de declaração de inconstitucionalidade).

Ora, uma vez tratados os casos de inadmissibilidade de controle pelo STF, coerente advertir os casos constantes na doutrina acerca da possibilidade de impugnação por parte da ADI genérica. Consistem, segundo Clève (2000) apud Fachin (2008), nos seguintes atos: emenda constitucional, emenda de revisão constitucional, lei complementar, lei ordinária, lei delegada, medida provisória, decreto legislativo, resolução e regimento dos tribunais.

Também na Constituição, encontramos o dispositivo legal que elenca quais são as pessoas legitimadas para propor a ação.

Subsume o artigo 103:

**Art. 103.** Podem propor ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade:

**I** – o Presidente da República;

**II** – a Mesa do Senado Federal;

**III** – a Mesa da Câmara dos Deputados;

**IV** – a Mesa da Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

**V** – o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

**VI** – o Procurador-Geral da República;

**VII** – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

**VIII** – partido político com representação no Congresso Nacional;

**IX** – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Importante consideração cabe quanto à pessoa Presidente da República. Pois, é perfeitamente possível que, embora ele tenha sancionado a lei “Z”, por exemplo, é de todo aceitável a possibilidade de que ele, futuramente, possa impetrar ação direta de inconstitucionalidade contra essa mesma lei. A Constituição confere-lhe essa possibilidade.

Outro aspecto relevante é no tocante ao Procurador-Geral da República (inciso VI). O Texto Constitucional de 1934 concedia competência restrita ao Procurador-Geral da República para propor tal demanda. Falava-se em guardião exclusivo da Constituição Federal. Tal entendimento prevaleceu, ainda, nas Constituições de 1967/69. Somente então com o advento da Constituição de 1988 é que se ampliou o rol de legitimados. Por esse motivo se diz que ela democratizou o acesso ao instituto jurídico.

Com base nesse novo rol, a doutrina cria a distinção entre *competência especial* (legitimidade especial) e *competência universal* (legitimidade universal). Os legitimados especiais são: a Mesa da Assembléia Legislativa ou Câmara Legislativa do Distrito Federal (inciso IV), o Governador de Estado ou do Distrito Federal (inciso V) e, a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (inciso IX). Denominam-se como tal, pois além da competência para impetrar a ADI, existe também uma condição de pressuposto para a demanda, ou seja, somente poderão propor a ação se demonstrado a pertinência temática. Em outras palavras, vale dizer que elas deverão ter interesse direto na lei que é alvo de impugnação. Portanto, concomitante a legitimidade especial, exige-se também a demonstração do interesse na matéria tratada na ação, que nada mais é do que a pertinência temática, e, após essa constatação é que esses agentes estarão aptos para a propositura a ação direta.

Nesse sentido:

**EMENTA.** AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – CONFEDERAÇÃO DOS SERVIDORES PÚBLICOS DO BRASIL (CSPB) – AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE ATIVA “AD CAUSAM” POR FALTA DE PERTINÊNCIA TEMÁTICA – INSUFICIÊNCIA, PARA TAL EFEITO, DA MERA EXISTÊNCIA DE INTERESSE DE CARÁTER ECONÔMICO – FINANCEIRO – HIPÓTESES DE INCOGNOSCIBILIDADE – AÇÃO NÃO CONHECIDA. – O requisito da pertinência temática – que se traduz na relação de congruência que necessariamente deve existir entre os objetivos estatutários ou as finalidades institucionais da entidade autora e o

conteúdo material da norma questionada em sede de controle abstrato – foi erigido à condição de pressuposto qualificador da própria legitimidade ativa “ad causam” para efeito de instauração do processo objetivo de fiscalização concentrada de constitucionalidade. MED. CAUT. EM ADI Nº 1.157-DF RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO. (AGRA, 2007, pp. 548/549) (grifos do subscritor)

Por exclusão dos incisos supracitados, chega-se à legitimidade universal. São tratados assim em virtude da capacidade para propor a ação independentemente do seu vínculo com a matéria. Não se observa a necessidade de pertinência temática, sendo possível, portanto, propor a ação direta de inconstitucionalidade sobre qualquer tema que tenham interesse.

No mais, imperioso se faz observar as características dessa ação. Esse tipo de controle é apresentado como abstrato, concentrado, e direto. *Direto*, pois nenhuma outra instância, que não a judiciária, poderá apreciar a questão. Estamos diante de competência originária e exclusiva da Corte. É ela ainda responsável por apreciar pedido de medida liminar através dessa ação.<sup>15</sup> *Concentrado*, por ser apenas o STF capaz de julgar as ações diretas de controle de constitucionalidade.<sup>16</sup> Por fim, *abstrato* uma vez que sua realização não depende de um litígio concreto.

Acerca das características do instituto, preconizam bem, e, de forma inteligível, Araújo; Nunes Júnior (2005) apud Fachin (2008):

O processo da ação direta genérica de inconstitucionalidade apresenta as seguintes peculiaridades: não há lide; os legitimados não têm poder de disposição; não se admite desistência; não cabe ação rescisória; o Supremo Tribunal Federal não pode ampliar o objeto da ação, inobstante pode decidir com fundamento diverso daquele apresentado; não cabe intervenção de terceiro, embora o relator do processo possa admitir a manifestação do “amigo da corte” (*amicus curiae*), que consiste em órgãos ou entidades os quais interferem no processo, para debater sobre o tema da ação.

Pertinente a questão quanto ao prazo prescricional. Segundo Agra (2007, p. 549), em se tratando de ações que tendem proteger a Supremacia da Constituição, não há que se falar em prazo prescricional.

---

<sup>15</sup> Artigo 102, inciso I, alíneas “a” e “q” da Constituição Federal.

<sup>16</sup> O controle é feito apenas pelo Supremo Tribunal Federal, em regra, pois como tratamos acima no texto (Art. 125, §2 da CF), existem casos em que os Tribunais de Justiça ficam responsáveis por realizar o controle

Temos ainda que, quando da declaração de inconstitucionalidade, os efeitos ali gerados serão: *a) erga omnes* e *b) vinculante*. “Erga omnes”, pois terá eficácia contra todos e; vinculante por vincular a Administração Pública (no âmbito federal – estadual – municipal) e os órgãos do Poder Judiciário.

Para que uma norma tenha, de fato, declarada sua inconstitucionalidade, indispensável se faz a efetivação da chamada *cláusula de reserva de plenário*. Encontra previsão constitucional, e está prevista no artigo 97 da Constituição Federal, *in verbis*:

**Art. 97.** Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público. (grifos do subscritor)

Exposto isto, podemos concluir que para a declaração de inconstitucionalidade de uma norma exige-se um quórum, que deve ser de maioria absoluta.<sup>17</sup> Para tanto, é necessário que pelo menos seis, dos onze, ministros (maioria absoluta) votem a favor da inconstitucionalidade. Isso nos casos de órgãos colegiados. Pois, o voto do juiz singular (nos juízes monocráticos) tem o condão de declarar, igualmente, a inconstitucionalidade.

Via de regra, a extensão dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade é *ex tunc*. Assim, declarada inconstitucional a norma, os efeitos retroagirão à data de sua entrada em vigor, por reconhecer que a norma não tem validade jurídica. Todavia, existe a situação aludida no artigo 27 da Lei nº 9.868/99. Diz ela que em duas situações o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, poderá, por razões de *segurança jurídica* e *excepcional interesse social*, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

---

<sup>17</sup> Vale lembrar que a Cláusula de Reserva de Plenário não se confunde com *Quórum de Instalação de sessão*. De acordo com o art. 22 da Lei nº 9.868/99, é necessário que exista pelo menos oito, dos onze, ministros para que a sessão de julgamento da ADIn no Supremo se realize.



Entretanto, necessário trazer ao estudo o papel da Advocacia-Geral da União.<sup>18</sup> Ocorre que ela é encarregada de proteger os interesses do Governo Federal quando a constitucionalidade de uma norma se opor aos interesses da União. Surge para ela a discricionariedade de defender a lei atacada, podendo omitir-se em atuar. Existe um prazo de quinze dias para que o Advogado-Geral da União defenda a norma, buscando, assim, demonstrar sua constitucionalidade.

### 3.7.2 Ação direta de inconstitucionalidade por omissão

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADInPO) é instituto recente no constitucionalismo brasileiro. Foi inspirada no artigo 283 da Constituição de Portugal, e, encontra-se indigitada no §2º do artigo 103 da Constituição Federal.

Dispõe o artigo:

**Art. 103.** Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

(...)

**§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.

Os legitimados para a propositura de tal demanda são aqueles mesmos que podem propor a ADIn genérica. O rol é, portanto, aquele do artigo 103 da Constituição Federal. Ao revés do que ocorre no modelo tratado no item anterior, na qual o escopo da ação é expulsar a norma do ordenamento jurídico, pois não se restabeleceria a integridade do ordenamento jurídico, aqui se procura regulamentar determinada situação jurídica, para que se possa, assim, ver efetivado os direitos pré-estabelecidos na Constituição Federal. Tal efetivação pode ser aplicada inclusive às normas que não tratam de direitos fundamentais.

Ocorre que a Constituição demanda uma conduta positiva, que encontra respaldo na inércia, na atitude negativa do legislador ou do órgão

---

<sup>18</sup> O art. 131 da Constituição Federal disciplina a instituição.

administrativo responsável por tornar efetivo aquele preceito não auto-aplicável da Constituição. É exatamente nisso que consiste o objeto da ADInPO, ou seja, procura-se dar eficácia, principalmente, às denominadas normas de eficácia limitada. Consiste em atribuir concretude às normas que dependam de complementação.

A clássica doutrina constitucionalista costuma dividir a omissão em: *a) total e b) parcial*.

Acerca dessa divisão, imprescindível se faz anotar o entendimento do atual ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes:

A omissão é total quando há ausência de normas, e parcial na hipótese de cumprimento imperfeito ou insatisfatório da obrigação constitucional de cumprir um comando normativo. (MENDES, 1996, p. 289). (grifos do subscritor)

Outrossim, também merece realce a lição de Agra (2007, p. 553):

A ausência de regulamentação que pode ensejar a ação de inconstitucionalidade por omissão não se resume à ausência da produção legislativa necessária. Também pode ser motivo para sua impetração a regulamentação de dispositivo constitucional de forma imperfeita, não atendendo às condições estabelecidas para garantir eficácia normativa ao dispositivo. (grifos do subscritor)

Ante o exposto, o §2º do artigo 103 da Constituição Federal aponta o caminho de como se deve proceder frente às omissões. Abrem-se duas alternativas frente o julgamento procedente da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, quais sejam: *a)* estipula o texto constitucional que em se tratando de competência do órgão administrativo, este deve ser comunicado no prazo de 30 dias para que a omissão seja suprida, sob pena de responsabilidade por descumprimento de ordem judicial;<sup>19</sup> e *b)* no caso do Poder Legislativo, este deve ser cientificado para tomar as

---

<sup>19</sup> O STF foi influenciado pelo Tribunal Constitucional português que igualmente concede os mesmos efeitos para a inconstitucionalidade por omissão em Portugal. Eis as palavras de Canotilho e Vital Moreira: "Todavia, o mecanismo constitucional de controle da inconstitucionalidade por omissão (art. 283) está longe de ser eficaz, por limitações constitucionais e por outras decorrentes da própria natureza peculiar da inconstitucionalidade por omissão. O TC só pode ser chamado a verificar a omissão de medidas legislativas e não de outras, e não pode fazer mais do que verificar e declarar que a omissão existe, não podendo nem pronunciar-se sobre o modo de suprir a deficiência nem

providências imprescindíveis. Segundo Agra (2007, p. 553), a legitimidade do Poder Legislativo para a propositura da ação pode ser excepcionada pelo Poder Executivo, quando este deixar de regulamentar aqueles comandos normativos que complementam a Lei Maior por meio de decreto.

Questão tormentosa refere-se à eficácia da decisão judicial que envolve o Poder Legislativo. Nessa situação poder-se-ia indagar: como constranger o legislador a legislar? A resposta a essa questão é, por ora, um tanto quanto complexa, haja vista que no sistema constitucional contemporâneo, não existem meios adequados para tanto.

É de se destacar certas peculiaridades do sistema. Na primeira, delas o Supremo Tribunal Federal (ADIn 23-2-SP, Questão de Ordem, Rel. Min. Sydney Sanches) decidiu ser, no entanto, desnecessária a audiência do Advogado-Geral da União, porque inexistente norma legal ou ato normativo a defender. Decidiu, ainda, essa mesma Corte (ADIn 361, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 5.10.1990, DJU 26.10.1990) ser incabível o pedido de liminar, porquanto se nem mesmo o provimento judicial último pode implicar o afastamento da omissão, quanto mais o exame preliminar. E, no mais (ADIn 1.836-SP, Rel. Min. Moreira Alves), decidiu também que a ação de inconstitucionalidade por omissão fica prejudicada, por perda de objeto, quando revogada a norma que necessitava de regulamentação para se tornar efetiva.

A título de conclusão, interessante prenotarmos que a ADInPO é forma de controle concentrado, tendo, portanto, efeitos *ex tunc*, que retroagirão até o nascedouro da inconstitucionalidade, e *erga omnes*, gerando eficácia para todos os cidadãos. Não há que se cogitar a hipótese de cabimento dessa ação em sede de controle difuso (aplicação diante um fato concreto). *Nesse caso, o instrumento adequado seria o mandado de injunção*. O indivíduo que tivesse seu direito lesado ou ameaçado poderia se valer dele. Teria, portanto, efeito *ex tunc* e *inter partes*.

### 3.7.3 Ação direta de inconstitucionalidade interventiva

Trata-se da primeira forma de controle direto de constitucionalidade surgida no Brasil. Foi introduzida em nosso ordenamento pela Constituição de 1934 (artigo 12, §2º).

O artigo 18 da Constituição Federal trata da Organização Político-Administrativa, vejamos:

**Art. 18.** A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição. (grifos do subscritor)

O artigo é claro ao estabelecer, como regra, a autonomia entre os entes federativos. São autônomos, como regra, embora existam situações em que a Constituição permita intervenção nos entes. São as hipóteses previstas no artigo 34 da Carta Magna. Dispõe o artigo 34, *in verbis*:

**Art. 34.** A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:

**I** – manter a integridade nacional;

**II** – repelir invasão estrangeira ou de uma unidade da Federação em outra;

**III** – pôr termo a grave comprometimento da ordem pública;

**IV** – garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes nas unidades da Federação;

**V** – reorganizar as finanças da unidade da Federação que:

**a)** suspender o pagamento da dívida fundada por mais de dois anos consecutivos, salvo por motivo de força maior;

**b)** deixar de entregar aos Municípios receitas tributárias fixadas nesta Constituição, dentro dos prazos estabelecidos em lei;

**VI** – prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial;

**VII** – assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:

**a)** forma republicana, sistema representativo e regime democrático;

**b)** direitos da pessoa humana;

**c)** autonomia municipal;

**d)** prestação de contas da administração pública, direta e indireta;

**e)** aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.  
(grifos do subscritor)

Vislumbra-se que o artigo trás de forma clara o princípio da *não intervenção*, elencando, ainda, através de um rol taxativo, as hipóteses em que se admite a mitigação ao princípio.

As alíneas contidas no inciso VII merecem atenção especial, haja vista que tratam dos chamados princípios sensíveis constitucionais. São assim denominados, pois quando “tocados” reagem imediatamente. Conforme Moraes (2007, p. 738) a inobservância a esses princípios tem por consequência a *intervenção na autonomia política*, que é considerada a mais grave das sanções politicamente existentes em um Estado Federal.

A doutrina constitucionalista elenca como sendo duas as finalidades desta ação, quais sejam: a) *jurídica* e b) *política*. A primeira delas busca expurgar do ordenamento as normas declaradas inconstitucionais, assegurando assim a Supremacia Constitucional; enquanto que a segunda consiste na intervenção do ente federativo que infringir os princípios sensíveis.

O Procurador-Geral da República é quem detém legitimidade exclusiva para a propositura da ação interventiva.<sup>20</sup> Todavia, ele atua acobertado pela discricionariedade, ou seja, ele não pode ser obrigado a ajuizar a ação, sendo, ainda, perfeitamente possível que ele determine também o arquivamento da representação que lhe tenha sido dirigida quando for o caso.

Ademais, a ação direta de inconstitucionalidade interventiva dependerá também de provimento do Supremo Tribunal Federal, órgão para qual a representação é endereçada.

Com efeito, a decretação da intervenção federal será sempre realizada pelo Presidente da República.<sup>21</sup> Este, ao expedir o decreto determinará a intervenção federal, tendo como consequência o rompimento da autonomia do Estado-Membro. Entretanto, tomará tal atitude como *ultima ratio* somente se não for suficiente a ordem do decreto que suspende a execução do ato impugnado, pois se presume que esta é suficiente para o restabelecimento da normalidade.

---

<sup>20</sup> No âmbito federal, quem detém a legitimidade para a propositura da ação direta interventiva é o Procurador-Geral da República (exclusivamente ele). Entretanto, no âmbito estadual, a legitimidade para a propositura da ação competirá ao Procurador-Geral de Justiça. Com base nisso, podemos concluir que nessa ação há uma sensível redução das pessoas legitimadas no artigo 103, da Constituição Federal (rol das pessoas legitimadas para a propositura da ADIn e da ADECON). Conclui-se que tão somente o chefe do Ministério Público é que poderá demandá-la.

<sup>21</sup> Conforme disposto no artigo 84, inciso X, da Constituição Federal.

O decreto presidencial que decretar a intervenção será igualmente responsável por estabelecer o prazo de duração da medida, bem como a amplitude e as condições de execução.

Por fim, é pacífico o entendimento de não cabimento da participação do Advogado-Geral da União, bem como a impossibilidade de concessão de medidas cautelares.

#### **3.7.4 Ação declaratória de constitucionalidade**

Foi com a Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993, que a ação de declaratória de constitucionalidade passou a fazer parte do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro.

Trata-se de ação muito semelhante à ADIn, não fosse um aspecto fundamental que as diferenciasses, qual seja: o fato de que na ação direta de inconstitucionalidade o fito primordial consubstancia-se em declarar a *inconstitucionalidade* de lei ou ato normativo federal, enquanto que na ação declaratória de constitucionalidade, como o próprio nome sugere, busca-se a declaração da constitucionalidade. Justamente por essa razão, é que a doutrina a considera como uma “ADIn de sinal trocado”.

Com o pretexto de solucionar o dissenso nos juízos inferiores, os legitimados constitucionais podem se valer dessa ação para que o Supremo Tribunal Federal (órgão com competência exclusiva e originária) declare a constitucionalidade, quando for o caso, de certo ato normativo ou lei (leia-se, *federal*), encerrando assim a discussão sobre sua legitimidade.

Encontra-se disciplinada, no Texto Constitucional, no §2º do artigo 102.

Subsume o artigo:

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

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

A redação dada a esse parágrafo deve-se à Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, denominada “Reforma do Judiciário”. Antes dessa mudança, esta ação poderia ser proposta tão somente pelas seguintes pessoas: a) Presidente da República, b) Procurador-Geral da República e c) pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Com o advento da emenda, o rol dos legitimados foi ampliado, passando a conferir legitimidade para todos aquelas pessoas, entes e órgãos elencados no artigo 103 da Constituição Federal. Portanto, percebe-se uma clara democratização entre os legitimados para a propositura da ADECON e da ADIn, que agora são os mesmos, afinal não existia sequer argumento plausível que sustentasse a diminuição dos legitimados.

No mais, importante atentarmos para a seguinte característica:

É a única norma que possui força vinculante por expressa disposição da Lei Maior devendo todos os órgãos judiciais e administrativos se adequar às suas proposições. (BASTOS, 1997, apud AGRA, 2007). (grifos do subscritor)

E, ainda, o ensinamento de Agra (2007, p. 557):

Da mesma forma, tendo sido a ação declaratória deferida, decidindo pela constitucionalidade da norma, fica impedida a propositura de ação direta de inconstitucionalidade, e as ações que estejam tramitando no controle difuso com esse objeto devem ser extintas.

Fato é que o Supremo, tanto na ADIn quanto na ADECON, não pode apreciar a validade de outros dispositivos constitucionais que não vinculados ao pedido do autor. Restringe-se, portanto, ao pedido deste, sendo que poderá o STF, ainda, proclamar a constitucionalidade da lei ou ato normativo, frise-se, por *fundamentos distintos* daqueles apontados pelo autor. Tanto uma quanto a outra, por não se sujeitarem à prescrição ou à decadência, podem ser propostas a

qualquer tempo. Não se admite a desistência. Assim como na ação direta, a ação declaratória possui efeito *erga omnes* (contra todos), *ex tunc* (retroativos) e força vinculante. Por fim, ambas não podem ser objetos de ação rescisória, conferindo, ainda, às suas decisões de mérito o caráter da irrecorribilidade.

Diante do exposto, não resta dúvida quanto a grande similaridade entre as duas ações.

Segundo Paulo e Alexandrino (2008, p. 126), a ADIn e a ADECON são ações denominadas dúplices ou ambivalentes, pois as decisões nelas proferidas geram eficácia jurídica. A razão de se atribuir a ADECON a denominação de “ADIn de sinal trocado” lhe confere uma característica na qual a eficácia de sua decisão seja inversa, ou seja, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente a ação declaratória, e, proclamada a constitucionalidade julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente a ação declaratória.

Como já exposto, é cediço que ela busca manter a harmonia do sistema constitucional. Por essa razão, apresenta um requisito essencial e indispensável para o cabimento da demanda. Trata-se da existência de relevante controvérsia judicial que possa acarretar a instabilidade do sistema.<sup>22</sup> Frise-se que o termo ora utilizado foi o “judicial”, pois já é pacífico o entendimento no STF quanto à impossibilidade de propositura da ação declaratória com base em mera polêmica doutrinária, ou seja, deve existir invariavelmente a controvérsia judicial, não sendo aceitável a comprovação de desavença doutrinária.

Diferentemente da ação direta, que permite a propositura perante normas federais e estaduais, a ação declaratória pode ser ajuizada tão somente frente às leis ou atos normativos *federais*. Apesar dessa mitigação frente à ADIn, a ação declaratória possui um efeito reflexo muito interessante, haja vista que no momento em que é declarada a constitucionalidade de determinada lei federal, por

---

<sup>22</sup> Vale Lembrar que para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade **não** é exigida a comprovação da existência de relevante controvérsia judicial sobre a lei impugnada. Em ação direta, a lei ou ato normativo poderá ser impugnado a partir da data de sua publicação, mesmo que não tenha sofrido nenhuma impugnação ou não tenha produzido nenhum de seus efeitos essenciais (a lei ou ato normativo poderá estar, até, no período de vacância – *vacatio legis*). PAULO, Vicente e ALEXANDRINO, Marcelo. **Controle de Constitucionalidade**. Niterói, Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2008, p. 129.



consequência, as leis estaduais paralelas, ou seja, aquelas com o mesmo conteúdo, serão igualmente tidas como constitucionais.

Não paira dúvida, desde que presentes os requisitos necessários para seu cabimento, quanto à possibilidade de concessão de liminar. É pacífico o entendimento no Supremo.

O artigo 21 da Lei nº 9.868/1999 versa sobre a medida cautelar em sede de ação declaratória de constitucionalidade, conforme se expõe:

**Art. 21.** O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade, consistente na determinação de que os juízes e os Tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo.

Da leitura do supra-exposto, pode-se notar que a eficácia da cautelar não conduz a suspensão da norma objeto da ação. Possui, ainda, efeito contra todos (*erga omnes*) e efeito vinculante.

Por fim, indispensável analisarmos a questão da constitucionalidade ou não dessa ação.

Abordando o tema, registre-se:

Muitas celeumas têm sido suscitadas acerca da constitucionalidade ou não da ação declaratória de constitucionalidade. Afirmam que ela quebra o contraditório e a ampla defesa porque não há parte para se contrapor ao pedido; que veda o acesso ao Judiciário porque a decisão tem efeito vinculante; acusam-na de esfacelar a autonomia dos juízes e gerar uma hierarquia entre os escalões judiciários, obrigando as instâncias inferiores a respeitar as superiores; arrefece o controle de constitucionalidade via difusa, dando primazia ao controle concentrado; dentre outras teratologias.<sup>23</sup> (AGRA, 2007, pp. 558/559).

E, ainda, anote-se a posição de Brito (1996) apud Agra (2007):

---

<sup>23</sup> Foi no julgamento da ADC 01-1-DF, que teve como relator o Min. Moreira Alves, que ficou livre a ação declaratória de constitucionalidade da imputação de inconstitucionalidade. Ficaram afastadas as alegações de quebra da separação dos poderes, do acesso ao Judiciário, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Edvaldo Brito entende que ela não deve nem mesmo ser enquadrada como uma ação. Esclarece o professor baiano seu pensamento: “Diante do exposto, a chamada ação declaratória de constitucionalidade não participa da natureza jurídica de ação, porque a formulação da legitimidade *ad causam*, no §4º que foi introduzido na Constituição ao seu art. 103, não enseja qual é a parte contrária. Logo, não podendo haver ação sem partes, a inovação não pode prevalecer, sob pena de infirmar toda a pragmática da comunicação normativa processual”.

Frente a essas divergências, o Supremo Tribunal Federal já pacificou a questão *afirmando a sua constitucionalidade*.

Outrossim, não vinga a necessidade da atuação do Advogado-Geral da União. Sua presença é indispensável na ação direta, tendo em vista que nela se faz necessário a defesa da lei ou ato normativo atacado, e, como aqui o objetivo pretendido não é atacar a inconstitucionalidade, mas sim o efeito contrário, ou seja, declarar sua constitucionalidade, não há motivo que o Advogado-Geral da União atue como defensor.

### 3.7.5 Arguição de descumprimento de preceito fundamental

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental está insculpida no artigo 102, §1º da Constituição Federal.

Dispõe o artigo:

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

(...)

**§1º.** A Arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal.

Moraes (s/d) apud Carvalho (2004) é preciso ao afirmar que a arguição é a única modalidade, dentre aquelas em que o Supremo tem competência exclusiva e originária, que é preceituada em norma constitucional de eficácia limitada.

Denomina-se de eficácia limitada, pois foi necessário lei posterior que a regulamentasse. E foi a Lei nº. 9.882, de 03 de dezembro de 1999, que se encarregou de regulamentá-la.

Assim como na ADIn e na ADECON, os legitimados para a propositura da arguição de preceito fundamental são aquelas pessoas, órgãos e entidades arroladas no art. 103, I ao IX da Constituição Federal. Aplicam-se, ainda, na ADPF as observações já feitas anteriormente acerca da pertinência temática.

Tem por objetivo evitar ou reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público.<sup>24</sup> Entretanto, é requisito essencial para a propositura da ação que a lesão seja concretizável, ou seja, que se verifique a existência de elementos capazes de configurar a sua efetiva realização.

Com base no Texto Constitucional, podemos extrair características de fundamental importância acerca do instituto. Primeiramente necessário se faz tecer certa consideração acerca da expressão “preceito fundamental”. Até hoje não é pacífica a doutrina no que tange esse aspecto. Muitas são as propostas dos constitucionalistas numa tentativa de buscar a melhor definição da expressão. No entanto, não se chega a um consenso.

Nessa linha de raciocínio, importante anotar o entendimento de alguns dos grandes estudiosos do constitucionalismo brasileiro:

Pensamos que a utilização da palavra “preceito” em vez de “princípio” teve como objetivo evitar que o conceito a ser declinado pela doutrina e pela jurisprudência acabasse restrito aos princípios fundamentais arrolados no Título I da Constituição Federal. Além disso, a utilização de uma expressão mais genérica, “preceito”, permite que sejam abrangidos pelo conceito não só os princípios, mas também as regras, em suma, qualquer norma, desde que possa ser qualificada como fundamental. (PAULO e ALEXANDRINO, 2008, p. 139) (grifos do subscritor)

Registre-se, ainda, o entendimento de Daniel Sarmento (1999) apud Silva Neto (2009) que examina de forma brilhante a questão:

---

<sup>24</sup> CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**: teoria do Estado e da constituição; direito constitucional positivo. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 296.

(...) parece-nos que o legislador agiu bem ao não arrolar taxativamente quais, dentre os dispositivos constitucionais, devem ser considerados como preceitos fundamentais. Ao valer-se de um conceito jurídico indeterminado, a lei conferiu uma maleabilidade maior à jurisprudência, que poderá acomodar com mais facilidade mudanças no mundo dos fatos, bem como a interpretação evolutiva da Constituição. Caberá, sobretudo ao Supremo Tribunal Federal, definir tal conceito, sempre baseando-se na consideração do dado axiológico subjacente ao ordenamento constitucional. (grifos do subscritor)

Por fim, destaque-se também o entendimento da jurisprudência: “Compete ao Supremo Tribunal Federal o juízo acerca do que se há de compreender, no sistema constitucional brasileiro, como preceito fundamental”.<sup>25</sup>

Feita tais considerações, devemos atentar, ainda, para outro ponto de grande importância fixada no Texto Constitucional, qual seja: “preceito fundamental, decorrente desta Constituição.” Ora, diante disso, clarividente está que as normas implícitas fundamentais, e não somente aquelas expressas na Constituição, estão resguardadas pelo manto da ADPF.

Silva Neto (2009, p. 205) estabelece dois critérios que podem ser propostos com o fim de classificar a ADPF, quais sejam: o *momento* e o *fim* da arguição.

Com base nessa classificação e com amparo na Lei nº. 9.882/99 passamos a estudar a classificação supra. O artigo 1º, “caput” estabelece duas espécies de arguição ao dizer que a “arguição tem por objetivo evitar ou reparar a lesão a preceito fundamental, resultante de ato do poder público”. “Evitar lesão” poder-se-ia enquadrar como espécie de *arguição preventiva*, enquanto que a expressão “reparar lesão” cuidaria da *arguição repressiva*. Preventiva relaciona-se a ideia de evitar um dano (no caso a lesão) ainda não existente, porém que se encontra na iminência de ocorrer. Já a repressiva cuida da hipótese em que o dano já ocorreu efetivamente. Tais considerações dizem respeito ao *momento* da arguição de preceito fundamental.

Quanto ao *fim* da ADPF, podemos nos valer da ideia contida no artigo 1º da mesma Lei em estudo. Dispõe o artigo que a arguição “será proposta perante o Supremo Tribunal Federal”, ou seja, é o simbólico caso que ocorre nas ações diretas, ou seja, consiste num típico controle concentrado-principal.

---

<sup>25</sup> Trecho extraído da ementa da ADPF 1/RJ, rel. Min. Néri da Silveira, 03.02.2000.

Outrossim, o parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 9.882/99 traz grandes e importantes inovações acerca do instituto.

Confira-se:

**Art. 1.** A arguição prevista no § 1.º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

Parágrafo único. Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental:

I – quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição. (grifos do subscritor)

Pois bem. Percebe-se a grande diferença da ADPF em relação à ADIn e a ADECON. Consubstancia-se no fato de que pode ser objeto de arguição leis e atos normativos *municipais*, inclusive os *pré-constitucionais*. Nos outros dois citados institutos, isso não é possível. A não possibilidade de controle das leis ou atos normativos municipais deve-se ao fato de se procurar evitar uma grande demanda ao Supremo, caso contrário transformaria a Alta Corte em um verdadeiro caos. Todavia, a urgência do objeto protegido na ADPF, ou seja, o preceito fundamental, quebrou com a regra de impossibilidade de controle das inconstitucionalidades municipais, haja vista que o objetivo disso consistiu em impedir a grande divergência que os Tribunais de Justiça poderiam adotar a respeito de uma mesma matéria. Outra inovação foi a possibilidade de controle da constitucionalidade de normas anteriores à Constituição.<sup>26</sup>

Conforme já estudado anteriormente, sabemos que o controle concentrado de constitucionalidade não exige um caso concreto, sendo utilizado tão somente diante da lei (*lato sensu*). É justamente com a ADPF que surge a quebra dessa regra. Com o seu surgimento no Direito brasileiro, passa a existir a possibilidade de se realizar controle concentrado diante casos concretos. Com isso a extensão dos seus efeitos será *erga omnes*. Agra (2007, p. 571) denomina essa hipótese de controle incidental de constitucionalidade como “arguição por equiparação”.

---

<sup>26</sup> As normas do ordenamento anterior que se chocaram com o novo Texto Magno foram imediatamente, sem necessidade de pronunciamento judicial, retiradas do ordenamento jurídico, não recepcionadas. AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 564.

No tocante a possibilidade de concessão de liminar, devemos estudar o artigo 5º da Lei n. 9.882/99.

Dispõe o artigo, *in verbis*:

**Art. 5.** O Supremo Tribunal Federal, por decisão de maioria absoluta de seus membros, poderá deferir o pedido de medida liminar na arguição de preceito fundamental.

**§1.** Em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou ainda, em período de recesso, poderá o relator conceder a liminar, *ad referendum* do Tribunal Pleno.

**§2.** O relator poderá ouvir os órgãos ou autoridades responsáveis pelo ato questionado, bem como o Advogado-Geral da União ou o Procurador-Geral da República, no prazo comum de 5 (cinco) dias.

**§3.** A medida liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada.

Diante do exposto, não resta dúvida quanto à possibilidade de concessão de liminar, desde que a decisão se de por maioria absoluta dos membros do STF. Pode ser concedida no caso de extrema urgência ou perigo de grave lesão e, até mesmo, no período de recesso. Possui eficácia geral e pode ter, ainda, efeito vinculante, caso o Supremo assim determine.

Cabe, ainda, em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental, analisar o princípio da subsidiariedade. A sua fundamentação encontra previsão no artigo 4º, §1º da Lei nº 9.882/99.<sup>27</sup> Ora, quando for possível a impetração de outra medida judicial, ou até mesmo admitida outra ação direta para a realização do controle de constitucionalidade para sanar a lesão ou ameaça resultante de ato do poder público, não há que se falar em ADPF.

Vimos que é cabível a ação de inconstitucionalidade por omissão quando o Poder Legislativo se omitir na regulamentação de determinada matéria. Por essa razão, não se admite a ADPF no caso de omissão, a não ser que os remédios jurídicos adequados já tenham sido utilizados e não tenham, mesmo assim, conseguido atingir o efeito esperado.

---

<sup>27</sup> “Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade”.

Por fim, reza o §3º do artigo 10 da Lei em estudo que a “decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público”.

Não se admitirá a possibilidade de ação rescisória à decisão que julgar procedente ou improcedente o pedido em ADPF. Será ela irrecorrível.<sup>28</sup>

### 3.8 Órgão Competente e Legitimidade

Embora já tenha sido, em momento oportuno, tratada a diferença entre o controle/sistema difuso e controle/sistema concreto de constitucionalidade das leis no ordenamento jurídico brasileiro, vale, uma vez mais, repisar o ponto da questão específico que diz respeito ao órgão competente para apreciação da inconstitucionalidade das leis. Trata-se, nada mais nada menos, que a legitimidade para a realização do controle.

Partindo dessa premissa, vimos que no controle difuso (diversamente do controle concentrado) possuem legitimidade para realizá-lo os tribunais e os juízes. O concentrado, por sua vez, é concretizado apenas pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário (leia-se, Supremo Tribunal Federal).

Diante de tais considerações, podemos afirmar que o Supremo exerce, de forma típica, o controle de constitucionalidade concentrado. Não obstante, é também o Pretório Excelso responsável pelo julgamento dos recursos extraordinários, o que significa dizer que ele exerce, embora de forma atípica, o controle difuso de constitucionalidade quando do julgamento daqueles.

Concluindo: é inconteste que o STF realiza o controle concentrado das leis. Desse modo, não resta dúvida de que ao proceder assim está atuando dentro da normalidade, tipicamente. Age, contudo, de forma atípica, anormal, ao julgar os recursos extraordinários, instituto intimamente associado ao controle difuso.

Feitas tais considerações podemos dar seqüência ao trabalho, passando-se no próximo capítulo a um breve exame do Supremo Tribunal Federal e,

---

<sup>28</sup> Art. 12 da Lei nº 9.882/99.

em seguida, ao estudo do recurso extraordinário. Ambas as matérias de fundamental relevância para o presente trabalho, em especial para o último capítulo, que é o foco principal.

## **4 O ÓRGÃO DE CÚPULA DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO: O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

### **4.1 Perfil**

O Supremo Tribunal Federal é, inquestionavelmente, a mais alta Corte do sistema jurídico brasileiro. Possui as mais diversas denominações no jargão jurídico, destacando-se entre elas: Suprema Corte, Pretório Excelso e Corte Maior.

Todavia, não era essa a denominação que possuía em tempos pretéritos.

Com o passar dos anos foi intitulado, num primeiro momento, de “Casa da Suplicação”, sendo posteriormente alterado para “Superior Tribunal Federal”. Por fim, tão-somente em 1890 (com a Constituição Provisória publicada com o Decreto nº 510, de 22 de junho de 1890) passou a denominar-se “Supremo Tribunal Federal”.

Localiza-se na Praça dos Três Poderes, em Brasília, onde teve sua primeira sessão realizada em 21 de janeiro de 1960.

Sem dúvida um grande marco na história do Brasil.

É do conhecimento de todos que ele atua como guardião da Constituição Federal, ou seja, é o Supremo Tribunal Federal responsável por protegê-la, zela-lá, valendo-se, para tanto, de todos os meios disponíveis no arcabouço do ordenamento jurídico brasileiro.

No Texto Constitucional, o Órgão encontra guarida no título IV, designado: “Organização dos Poderes”, sendo particularmente disciplinado nos artigos 101 a 103 do referido Diploma.



O artigo 101 trata da composição do Tribunal, senão vejamos:

**Art. 101.** O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco anos de idade e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

**Parágrafo único.** Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal. (grifos do subscritor)

No tocante a quantidade de Ministros que compõem o Pretório Excelso, bem leciona Chimenti (2005, p. 268) ao dizer que “o número de ministros com atribuições jurisdicionais é considerado cláusula pétrea (decorrente do princípio da separação dos poderes) e assim não pode ser alterado sequer mediante emenda à Constituição”.<sup>29</sup>

Embora não prevista de forma expressa no artigo em tela, é de se levar em consideração uma peculiaridade importante no que tange os ministros que compõe o STF, qual seja o fato de serem necessariamente todos brasileiros natos.

Acontece que, embora não tratado no dispositivo, devemos nos reportar ao disposto no inciso IV, §3º do artigo 12 da Constituição Federal.<sup>30</sup>

Uma outra característica interessante, porém bastante polêmica, é a seguinte: para os membros que compõem o Supremo Tribunal Federal, embora haja a necessidade expressa de notável saber jurídico, exige-se, ainda assim, o título de bacharel em Ciências Jurídicas?

Como na maioria das questões jurídicas, diferente não poderia ser a resposta apontando no sentido de que existem dois posicionamentos. Fiuza (1997, p. 205) coaduna com o exposto no Texto Constitucional, ou seja, contenta-se com o notável saber jurídico, não sendo necessário o bacharel em Ciências Jurídicas. Em sentido contrário, Temer (1995, p. 165) ensina que “a Constituição alude a notável saber jurídico. Haverá de ser bacharel em Direito? Indubitavelmente, sim. Só pode

---

<sup>29</sup> Nesse sentido: Rodolfo de Camargo Mancuso faz interessante análise sobre o aumento do número de membros do STF, sob o argumento de excesso no volume de trabalho, mas com reais intenções políticas. O autor posiciona-se contra essa possibilidade (*Recurso extraordinário e recurso especial*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, pp. 68/73)

<sup>30</sup> Art. 12, §3º: são privativos de brasileiro nato os cargos: IV – de Ministro do Supremo Tribunal Federal.

notabilizar-se na área jurídica aquele que nela desempenhar atividades durante o processo”.

Mudando um pouco o enfoque para o parágrafo único (do art. 101) acima transcrito, cabe-nos, ainda que de forma singela, tecer breves considerações.

Nesse diapasão, Paulo e Alexandrino (2008, p. 631) bem asseveram:

Como não existe regra predeterminada para o preenchimento das vagas, o Presidente da República é livre para escolher, desde que observados os requisitos constitucionais a seguir apontados<sup>31</sup>, submetendo o nome à aprovação do Senado Federal. Caso haja aprovação pela maioria absoluta do Senado Federal, o Presidente da República fará a nomeação. Com a nomeação, cabe ao Presidente do Tribunal dar a posse, momento em que ocorre a imediata **vitaliciedade**. (grifos do subscritor)

Com efeito, embora não haja igualmente previsão no Texto Constitucional, outra característica de suma importância é a questão da vitaliciedade. Ou seja, O Ministro fica no cargo até sua aposentadoria compulsória – quando completa setenta anos de idade e se vê obrigado a deixar o cargo compulsoriamente – caso contrário, só deixará o cargo se renunciar, portanto, se diz que o mandato é fixo.

Atualmente a composição plenária do Tribunal se dá na seguinte maneira: Ministro Cezar Peluso (Presidente) Ministro Ayres Britto (Vice-Presidente), Ministro Celso de Mello, Ministro Marco Aurélio, Ministra Ellen Gracie, Ministro Gilmar Mendes, Ministro Joaquim Barbosa, Ministro Eros Grau, Ministro Ricardo Lewandowski, Ministra Cármen Lúcia e, Ministro Dias Toffoli. (disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfComposicaoComposicaoPlenariaApresentacao>> Acesso em: 26 de abr. 2010).

Quanto às turmas que compõem a Corte, temos a seguinte divisão: Primeira turma: Ministro Ricardo Lewandowski (Presidente), Ministro Marco Aurélio, Ministro Ayres Britto, Ministra Cármen Lúcia, Ministro Dias Toffoli e; Segunda turma: Ministro César Peluso (Presidente), Ministro Celso de Mello, Ministra Ellen Gracie, Ministro Joaquim Barbosa, Ministro Eros Grau. (disponível em:

---

<sup>31</sup> Embora já analisados no início do capítulo, relembra o autor quais são os requisitos constitucionais exigidos para a escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal: a) idade entre 35 e 65 anos; b) ser brasileiro nato; c) ser cidadão, no pleno gozo dos direitos políticos; d) possuir notável saber jurídico e reputação ilibada.

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfComposicaoTurma>>  
Acesso em: 26 de abr. 2010).

Vale lembrar que não existe qualquer distinção entre uma turma ou outra, sendo ambas pertencentes ao mesmo plano hierárquico.

Importante salientar que, quanto às turmas, pode-se observar que o Presidente do Supremo Tribunal Federal não compõe nenhuma delas, perfazendo-se um total de dez ministros na somatória daquelas.

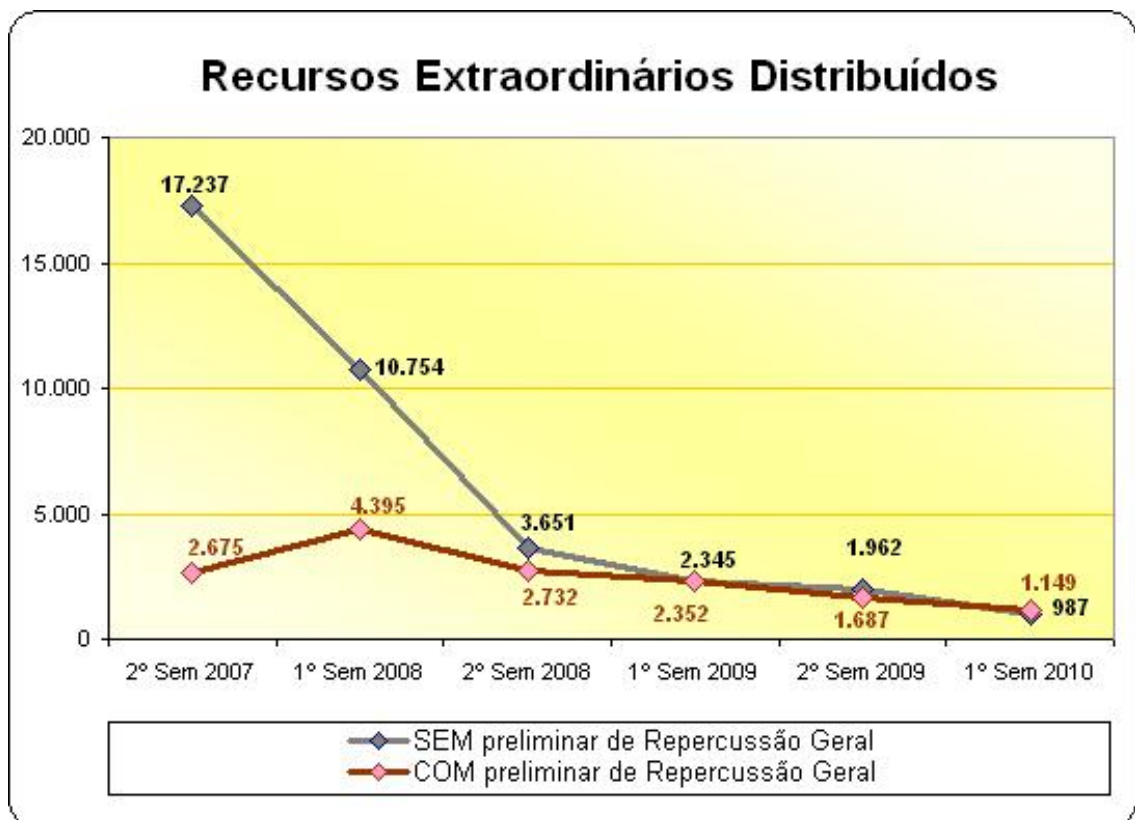
## 4.2 Panorama do Supremo após a Constituição Federal de 1988

Partindo do pressuposto de que o recurso extraordinário será (embora não o principal) objeto de estudo do presente trabalho - o que será feito em momento oportuno -, cabe-nos desde já trazeremos à baila alguns dados estatísticos relacionados ao número de recursos protocolados, distribuídos e julgados antes e depois da criação da denominada repercussão geral (que também será objeto de estudo quando tratarmos do Recurso Extraordinário).

Com isso, vale destacar os seguintes levantamentos estatísticos:

Semestre	Total distribuído		COM preliminar de Repercussão Geral				SEM preliminar de Repercussão Geral			
	RE	AI	RE	% em relação ao total de RE	AI	% em relação ao total de AI	RE	% em relação ao total de RE	AI	% em relação ao total de AI
2° Sem 2007	19.912	25.640	2.675	13,43%	2111	8,23%	17.237	86,57%	23.529	91,77%
1° Sem 2008	15.149	21.696	4.395	29,01%	8.605	39,66%	10.754	70,99%	13.091	60,34%
2° Sem 2008	6.383	16.087	2.732	42,80%	10.157	63,14%	3.651	57,20%	5.930	36,86%
1° Sem 2009	4.697	14.475	2.352	50,07%	11.006	76,03%	2.345	49,93%	3.469	23,97%
2° Sem 2009	3.649	9.825	1.687	46,23%	6.278	63,90%	1.962	53,77%	3.547	36,10%
1° Sem 2010	2.136	7.348	1.149	53,79%	4.849	65,99%	987	46,21%	2.499	34,01%
<b>Total</b>	<b>51.926</b>	<b>95.071</b>	<b>14.990</b>	<b>28,87%</b>	<b>43.006</b>	<b>45,24%</b>	<b>36.936</b>	<b>71,13%</b>	<b>52.065</b>	<b>54,76%</b>

Da análise do quadro (retirado do site: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=distribuicaoREeAI.>> Acesso em: 09 de maio de 2010.) pode-se facilmente perceber que a repercussão geral passou indubitavelmente a atuar como filtro controlador de entrada de processos no STF. Sua introdução no ordenamento foi muito significativa, pois a redução da quantidade de processos que entraram no Supremo justamente por prestarem obediência à repercussão geral foi drástica.



(retirado de: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=distribuicaoREeAI.>> Acesso: em 09 de maio de 2010.)

O site<sup>32</sup> traz uma notícia interessante que se adéqua perfeitamente ao caso em tela e encontra-se assim intitulada: “Repercussão Geral em números: aumento dos casos suscitados e redução dos processos distribuídos”. Será ela nosso norte nesse estudo estatístico.

<sup>32</sup> <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=111751.>>, Acesso em: 09 de maio de 2010.

Segundo consta, entre julho de 2007 e julho de 2009 (02 anos), distribuíram-se no Supremo 46.812 (quarenta e seis mil oitocentos e doze) Recursos Extraordinários.

Com efeito, é de grande importância destacar que, entretanto, do volume citado apenas 26,78% foram devidamente propostos com obediência a repercussão geral. Logo, 73,22% não continham a justificativa da repercussão geral.

Segundo informação do site do total de 39.558 (trinta e nove mil quinhentos e cinqüenta e oito) recursos que tramitam hoje no STF, 33.897 (trinta e três mil oitocentos e noventa e sete) são sem a preliminar de repercussão geral, de modo que apenas 5.661 tramitam com a preliminar.

O grande fator a ser levado em consideração é que com o instituto da repercussão geral houve uma grande diminuição na quantidade de processos que ingressam no Supremo. Confira-se: “No primeiro semestre de 2009, houve **uma redução de 63%** no número de processos distribuídos aos ministros em relação ao mesmo período de 2007, quando não existia ainda o filtro processual da repercussão geral”.

## 5 O RECURSO EXTRAORDINÁRIO

### 5.1 Histórico

Foi com base na legislação dos Estados Unidos da América que o denominado recurso extraordinário originou-se. Surgiu através do Decreto 848 de 11 de outubro de 1890, logo após a proclamação da República.

Antes da criação da República Federativa do Brasil, os Tribunais dos Estados-membros se incumbiam de uniformizar a Constituição em todos os Estados e a Lei Federal.

Todavia, após a criação da República Federativa do Brasil e, diante da ávida necessidade de se criar um mecanismo jurídico que desempenhasse as funções até então tratadas pelos Estados-membros, criou-se, então, o Supremo Tribunal Federal (STF).

Nas lições de Lima (2008, p. 189) tem-se que “a Constituição Federal de 1891 denominou o recurso para o STF de recurso extraordinário, inserindo-o no Art. 59, § 1º, e tal recurso passou a constar de todas as Constituições a partir de então”.

Atualmente, o recurso extraordinário é tratado no Capítulo VI (“Dos Recursos para o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça”), Seção II (“Do Recurso Extraordinário e do Recurso Especial”) do Código de Processo Civil e, ainda, na Constituição de 1988 é previsto no artigo 102, inciso III.<sup>33</sup>

---

<sup>33</sup> **Art. 102.** Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

(...)

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

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

## 5.2 Conceito

Quando pensamos na expressão recurso, a primeira ideia que surge na cabeça de qualquer processualista - arrisca-se aqui a dizer, quase que automaticamente - é a de que seria ele – além de extensão do direito de ação – um dos meios de impugnação das decisões judiciais.

Correto. Porém, incompleto o raciocínio, senão vejamos.

Na seara do recurso extraordinário, cumpre também ao operador do direito saber que além desse enfoque, o extraordinário é dotado de certa peculiaridade, de maneira que é ele o responsável por uniformizar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no que tange os dispositivos constitucionais. Ele é o instrumento de uniformização da jurisprudência do STF.<sup>34</sup>

Ao tratarmos do recurso extraordinário, deve-se ter em mente, precipuamente, que ele não há que ser visto como um terceiro grau de jurisdição. Ao contrário, ele se justifica, brevemente falando, por levar ao Supremo Tribunal Federal as causas que contrariem os dispositivos da Constituição e que são decididas pelos tribunais inferiores.

Logo, vale dizer que, por essa razão, cabe a Corte Maior a última palavra quando a discussão envolver a interpretação da Constituição.

Nessa esteira, confira-se:

Observa-se que o recurso extraordinário é remédio constitucional utilizado para dar interpretação uniforme à norma constitucional de forma ampla e com tenha (sic) validade para todos em situações semelhantes, não lhe cabendo apreciar matéria de fato, por não se tratar de continuidade de discussão do litígio entre as partes, preocupando-se, apenas, com o exame das questões de direito, após esgotadas todas as possibilidades de recurso no Tribunal de origem, inclusive os embargos infringentes e o agravo regimental, quando cabível, que a matéria em discussão tenha violado

---

<sup>34</sup> Antes do advento da Constituição Federal de 1988 era o Recurso Extraordinário, ainda, ferramenta que levava ao STF matérias especificamente constitucionais e, igualmente, questões de cunho federal, ficando responsável por cuidar tanto de uma quanto de outra. Foi justamente após o surgimento da nova Constituição que o cenário jurídico brasileiro ganha novos rumos. A partir da Constituição Federal, cria-se o Superior Tribunal de Justiça (STJ), competindo-lhe, a partir desse momento, analisar as questões de cunho federal, enquanto que o STF (que se via sobrecarregado devido à inúmera quantidade de processos) se encarregaria tão-somente da análise da matéria especificamente constitucional.

norma constitucional de competência do Supremo Tribunal Federal e que haja repercussão relevante de questões de ordem econômica, social política ou jurídica. Sua falta gera o não recebimento do recurso extraordinário em decisão irrecorrível. (LIMA 2008, p. 191)

Pois bem. Como visto, o conceito acima trazido mostra-nos, de certa forma, uma conceituação ampla e profunda sobre o tema em questão, não sendo o momento adequado, todavia, para que se analisem todas as vertentes ali traçadas. E, por essa razão, somente a título de justificativa, cumpre salientar que os conceitos ali tratados serão estudados oportunamente no transcorrer do presente capítulo.

### 5.3 Cabimento

Não resta dúvida de que seja o extraordinário recurso de fundamentação vinculada.<sup>35</sup> Essa intitulação justifica-se pelo fato de o recurso tutelar o direito objetivo, o sistema.

É, até mesmo, pacífica a orientação dos tribunais superiores nesse sentido.

De maneira alguma há que se falar em correção da injustiça da decisão por conta de má apreciação de prova, até porque não se trata de nenhuma das hipóteses previstas na constituição.<sup>36</sup> Aqui, a má apreciação da prova poderia dar ensejo ao recurso de apelação, por exemplo.

Não sendo objeto do trabalho uma análise profunda acerca do tema, é interessante, no entanto, ainda que brevemente, deixar registrado que a situação

---

<sup>35</sup> DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de direito processual civil**. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2008. v. 3, p. 250, também usam a denominação “efeito devolutivo restrito”.

<sup>36</sup> É nesse sentido, inclusive, os enunciados 279 e 07 do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente:

Enunciado 279: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”;

Enunciado 07: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.



acima tratada difere da questão que envolve o denominado erro de valoração ou valorização das provas.<sup>37</sup>

Dando sequência, Wambier, Almeida e, Talamini (2006, p. 578) registram:

Têm por objetivo garantir a efetividade e a uniformidade de interpretação do direito objetivo em âmbito nacional, ou seja, por meio destes recursos se pretende que o direito federal (inclusive a própria Constituição Federal) seja efetivamente aplicado e que se dêem às regras constitucionais e federais interpretações uniformes. (grifos do subscritor)

Com isso, a Carta Magna de 1988 encarregou-se de estabelecer um rol taxativo contendo quais as hipóteses de cabimento do recurso extraordinário. É o que trata o artigo 102, inciso III, *in verbis*:

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

(...)

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

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

Aqui, insurge um ponto peculiar que merece certa consideração, embora não seja o foco do presente estudo.

É de se destacar que da transcrição do inciso encontramos as expressões “única” ou “última instância”, ou seja, da leitura e interpretação, pode-se concluir que se autoriza até mesmo o extraordinário contra decisões de primeiro grau com uma condição, entretanto.

---

<sup>37</sup> Nesse sentido: o acórdão do STF, no RE 84.699/SE, o Ministro Rodrigues Alckmin enfatizou em seu voto: "O chamado erro na valoração ou valorização das provas, invocado para permitir o conhecimento do recurso extraordinário, somente pode ser o erro de direito, quanto ao valor da prova abstratamente considerado. Assim, se a lei federal exige determinado meio de prova no tocante a certo ato ou negócio jurídico, decisão judicial que tenha como provado o ato ou negócio por outro meio de prova ofende ao direito federal. Se a lei federal exclui baste certo meio de prova quanto a determinados atos jurídicos, acórdão que admita esse meio de prova excluído ofende à lei federal. Somente nesses casos há direito federal sobre prova, acaso ofendido, a justificar a defesa do ius constitutionis. (grifado no original)

Trata-se de situação na qual não caiba nenhum recurso ordinário contra a decisão proferida pelo magistrado de primeiro grau e desde que esta contrarie dispositivo da Constituição Federal.

Cita-se, para melhor elucidação, outra hipótese de cabimento: no âmbito das decisões das turmas recursais dos Juizados Especiais Cíveis e Juizados Especiais Criminais (locais e federais) desde que a sentença tenha sido primeiramente impugnada por meio do recurso inominado.<sup>38</sup>

Devemos tomar cuidado quanto a esta hipótese de cabimento acima tratada, uma vez que o mesmo não se aplica no recurso especial. Portanto, não é verdade dizer que as decisões nos Juizados Especiais podem ensejar o recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça.

Isso tudo por conta da dicção do artigo 105, inciso III, que diz: “Compete ao Superior Tribunal de Justiça: julgar em recurso especial, as causas decididas em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios (...)” (grifos do subscritor).

## 5.4 Pressupostos

Doravante, passaremos a tratar dos pressupostos do recurso extraordinário.

A fim de se evitar maiores delongas, dar-se-á no presente tópico atenção e destaque aos seguintes institutos: a) Necessidade de prévio esgotamento das instâncias ordinárias (esgotamento dos recursos pretéritos); b) Prequestionamento; e, por fim, c) Repercussão geral.<sup>39</sup>

---

<sup>38</sup> Vide verbete nº 640 da Súmula do Supremo Tribunal Federal: “É cabível recurso extraordinário contra decisão proferida por juiz de primeiro grau nas causas de alçada, ou por turma recursal de juizado especial cível ou criminal.”

<sup>39</sup> Antes de qualquer coisa, vale lembrar que se deve ter em mente que, assim como nos demais recursos, os chamados requisitos de admissibilidade recursais comumente tratados em sede de Teoria Geral dos Recursos, pelos processualistas, são igualmente observados no R. Ext.. Não pode o leitor ter o leviano pensamento de que os pressupostos seriam tão-somente aqueles indicados pelas letras a), b) e c) citados.

#### 5.4.1 Necessidade de prévio esgotamento das instâncias ordinárias; esgotamento dos recursos pretéritos

Anteriormente fora feita certa consideração acerca das expressões “única” e “última instância”, situadas no inciso III do artigo 102 da Constituição Federal de 1988.

Dando continuidade, podemos destacar ainda no inciso supracitado a expressão “causas decididas”, que se mostra de grande relevância e que por essa razão será objeto de análise no presente tópico.

Com efeito, podemos afirmar que até o momento em que subsistirem vias recursais pretéritas, não será admitido o recurso extraordinário. E é justamente aqui que encontramos a essência do recurso, uma vez que é possível afirmar que o que se leva em consideração é a prévia esgotabilidade dos recursos ordinários existentes no ordenamento e que sejam cabíveis, não se considerando como requisito de maneira nenhuma a impugnação do julgado proferido pelo tribunal.<sup>40</sup>

Com isso, confira-se:

É regra consagrada que o Supremo Tribunal Federal somente pode tomar conhecimento de uma causa por via de recurso extraordinário, depois de esgotados os recursos ordinários permitidos contra as decisões dos órgãos inferiores. (LIMA, 1976, apud SOUZA, 2007) (grifos do subscritor)

E,

Na atual Constituição, deve-se aplicar o mesmo princípio, segundo o qual o Supremo Tribunal Federal pelo recurso extraordinário só é permitido após o esgotamento das vias ordinárias. Com efeito, “o primeiro dos pressupostos do recurso em pauta é o prévio esgotamento das instâncias ordinárias”. (BASTOS, 1997, apud, SOUZA, 2007) (grifos do subscritor)

---

E, por se assim, a doutrina processualista divide os pressupostos de admissibilidade em dois grupos: *primeiro* os atinentes a própria existência de recorrer, ou seja, requisitos intrínsecos (cabimento, legitimação, interesse e inexistência de fato impeditivo ou extintivo do direito de recorrer) e; *segundo* os concernentes ao modo de exercício deste direito, denominados requisitos extrínsecos (preparo, tempestividade e regularidade formal).

<sup>40</sup> Conferir enunciado 281 do Supremo Tribunal Federal: “É inadmissível o recurso extraordinário quando couber, na Justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada.”

Trata-se do princípio conhecido por esgotamento das vias recursais, prestigiando a Constituição, sem dúvida, a anterior utilização dos recursos admissíveis no órgão judiciário de origem. Logo, vale destacar que, consoante o artigo 530 do Código de Processo Civil, não caberá a interposição do recurso em questão contra acórdão proferido por maioria de votos, já que na hipótese a via adequada são os embargos infringentes.

Por derradeiro, registre-se que “não podem ser exercitados *per saltum*, deixando *in albis*, alguma possibilidade de impugnação”,<sup>41</sup> conforme bem lembrado por Didier e Cunha (2008, p. 260).

#### 5.4.2 Prequestionamento

Antes de adentrarmos especificamente no instituto em testilha, interessante seria se fizéssemos, embora superficialmente, um relato histórico sobre seu progresso no ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse sentido, Lima (2008, p. 129) leciona:

A origem do prequestionamento está ligada diretamente ao Writ of error do Direito americano, que se reportava ao questionamento da matéria dentro do seu território, ou seja, no Tribunal do Estado, e, se rejeitada, a partir daí, o autor estaria apto a ingressar com recurso na Corte dos Estados Unidos. No Direito argentino, também ocorre a exigência de julgamento da questão controvertida no Tribunal inferior para gerar o requisito de interposição do recurso extraordinário. No Direito Brasileiro, essa exigência surgiu na Constituição de 1891, em cujo artigo 59 indicava a necessidade acerca do questionamento da validade ou aplicação de tratados ou leis federais nos

---

<sup>41</sup> Conferir: “PROCESSUAL CIVIL. ADMINISRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. REAJUSTE DE 3,17%. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. APELAÇÃO JULGADA POR DECISÃO MONOCRÁTICA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. JULGAMENTO POR ORGÃO COLEGIADO. AUSÊNCIA DE EXAURIMENTO DA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. SÚMULA 281/STF. PRECEDENTES. AGRAVO IMPROVIDO. 1. Compete ao Superior Tribunal de Justiça julgar em recurso especial as causas decididas em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, nos termos do art. 105, III, da Constituição Federal. Assim, constitui pressuposto de admissibilidade do apelo excepcional o esgotamento dos recursos cabíveis na instância ordinária (Súmula 281/STF). 2. Hipótese em que caberia à parte agravante interpor o agravo previsto no art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil contra decisão monocrática que apreciou a apelação, integrada pelos embargos declaratórios, julgados pelo órgão colegiado. Precedentes. 3. Agravo regimental improvido”. (AgRg no Ag nº 669.883/RJ, Relator o Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, DJU de 24/4/2006).

Tribunais inferiores para, com isso, poder-se interpor o recurso extraordinário.

“Art. 59 ...

§ 1º ...

a – Quando se questionar sobre a validade de leis ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra elas”.  
(grifos do subscritor)

Todavia, com o passar do tempo, o Supremo Tribunal Federal editou, sob a égide da Constituição de 1967, as súmulas 282 e 356, que exigem como requisito de admissibilidade para a interposição do recurso o prequestionamento.<sup>42</sup>

Internando-se mais especificamente no tema, deve-se, antes de mais nada, saber se o prequestionamento, em decorrência da expressão “causa decidida em única ou última instância (inciso III do artigo 102)”, está condicionado à provocação da parte, ou se está ligado a própria decisão e, por fim, se seria ele exigível.

E partindo desse ponto, Nery Jr. (2004, p. 290) sustenta que

O prequestionamento não é um fim em si mesmo, tampouco instituto que tenha autonomia e subsistência próprias. É apenas um dos meios para chegar-se ao requisito de admissibilidade dos recursos excepcionais (extraordinário e especial), que é o do *cabimento* do recurso (v. item 3.4.1.1, abaixo). Criou-se, portanto, um falso problema no direito processual civil, discutindo-se o ‘termo’ prequestionamento ora quanto o seu aspecto semântico, ora quanto a sua menção expressa ou não do texto constitucional.

Certo é que, de fato, não há no texto constitucional menção ao termo prequestionamento nem tampouco sobre sua exigência.

E, dessa forma, o doutrinador sobredito conduz o raciocínio sob a vertente de que o simples fato de duas súmulas, quais sejam: súmula 282 e 356, ambas do STF, fazerem menção ao instituto do prequestionamento, não seria admissível aceitá-lo como requisito de admissibilidade do extraordinário, pois segundo ele, essa tarefa competiria única e exclusivamente a Constituição Federal.

---

<sup>42</sup> Súmula 282: “É inadmissível o recurso extraordinário quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”.

Súmula 356: “O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar requisito do prequestionamento”.

Em sentido contrário: parece, *prima facie*, de fato estonteante raciocinarmos no sentido inverso, ou seja, o de que seria sim o prequestionamento requisito de admissibilidade. Entretanto, não podemos (por mais tentador que seja) aceitar a ideia de que a jurisprudência, ainda que do Órgão de Cúpula do Poder Judiciário, pudesse criar requisitos de admissibilidade para a interposição do recurso extraordinário.<sup>43</sup>

Superada essa etapa, cumpre analisarmos a seguinte problemática: há o prequestionamento e, por consequência o recurso é cabível, quando enfrentada a questão pelo tribunal e, não obstante ter sido suscitada pela parte, inexistir exame da questão no acórdão contra o qual se pretende interpor recurso extraordinário?

Lança-se a problemática.

Aqui insurge a análise da questão sob dois enfoques: primeiro, a de que diante de tal situação, a solução viável seria a interposição de embargos de declaração (denominado inclusive por alguns doutrinadores de embargos declaratórios prequestionadores ou, para outros, embargos com fito prequestionador, pois objetivam suprir a omissão); e segundo, se porventura a omissão persistir, deve-se analisar a questão com cautela diante da divergência dos tribunais a respeito dessa situação.

Com efeito, cumpre analisarmos o posicionamento do Supremo Tribunal Federal.

A orientação do STF diante de tal hipótese diverge do posicionamento fixado no STJ, e, para tanto, vale-se o primeiro do chamado *prequestionamento ficto*. Este ocorrerá quando mesmo após a interposição dos embargos declaratórios não se resolver, no julgamento recorrido, a questão constitucional.

Assim sendo, vale imprimir que é suficiente o prequestionamento ficto para o STF, senão vejamos:

---

<sup>43</sup> No sentido do parágrafo: “A configuração jurídica do prequestionamento decorre de sua oportuna formulação no momento procedimental adequado. Não basta, no entanto, só argüir previamente o tema de direito federal para legitimar o uso da via do recurso extraordinário. Mais do que a satisfação dessa exigência, impõe-se que a matéria questionada tenha sido efetivamente, ventilada na decisão recorrida. Sem o cumulativo atendimento desses pressupostos, além de outros igualmente imprescindíveis, não se viabiliza o acesso à via recursal extraordinária” (STF, AgRgAI n. 134175, 1ª T., j. 02.04.1991, rel. Min. Celso de Mello).

RE n. 210.638, 1ª Turma, DJ 19 de junho de 1998, p. 11; “1 RE: prequestionamento. Súmula 356. O que, a teor da Súmula 356, se reputa carente de prequestionamento é o ponto que, indevidamente omitido pelo acórdão, não foi objeto de embargos de declaração; mas, opostos esses, se, não obstante, se recusa o Tribunal a suprir a omissão, por entendê-la inexistente, nada mais se pode exigir da parte, permitindo-se-lhe, de logo, interpor recurso extraordinário sobre a matéria dos embargos de declaração e não sobre a recusa, no julgamento deles, de manifestação sobre ela”.

É suficiente, portanto, a mera interposição dos embargos, não sendo relevante para efeito de interposição do extraordinário o seu êxito.

De outra banda, temos o entendimento do Superior Tribunal de Justiça que, na súmula de sua jurisprudência, está arraigado no verbete 211, vale dizer: “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal a quo” (grifos do subscritor).

Dando continuidade ao raciocínio, deve se fazer menção ao texto previsto pelo legislador no inciso II do artigo 535 do Código Processual Civil.<sup>44</sup>

Explica-se.

Para tanto, devemos partir do pressuposto de que uma vez interpostos os embargos declaratórios com a pretensão de se ver resolvida a questão constitucional no julgamento recorrido, e, não o sendo, pode-se afirmar, consoante enunciado 211 supra, que o recurso especial não será admitido por inexistência de prequestionamento. Caberá, entretanto, a interposição do recurso excepcional por transgressão ao artigo 535, inciso II, do CPC. Com isso, estar-se-á buscando o pronunciamento do tribunal *a quo*.

*Ex positis*, embora o recurso especial não seja parte do presente estudo (mas tão somente o recurso extraordinário), necessário se fazia a exposição acerca do entendimento adotado pelo órgão competente para seu julgamento (STJ). A uma, para que melhor se vislumbrasse a divergência no que tange a persistência da omissão (ou não) da questão a ser enfrentada pelo tribunal prolator do acórdão recorrido e, a duas, por conta da grande similitude entre os dois institutos.

Reproduz a doutrina, ainda, a ideia de prequestionamento implícito *versus* prequestionamento explícito. A diferença reside no fato de que neste último é

<sup>44</sup> **Art. 535.** Cabem embargos de declaração quando:

I – houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição;

II – **for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou o tribunal.** (grifos do subscritor)

possível se visualizar a menção expressa ao dispositivo de lei em que foi baseada a interpretação do tribunal *ad quem*, de sorte que, no implícito, não é possível se cotejar o preceito constitucional de regência ensejador da resolução da questão no tribunal recorrido.

Interessantíssimo, diga-se de passagem, a observação delineada por LIMA (2008, p. 134), ao estabelecer, relativamente ao prequestionamento implícito, que

(...) a própria Lei Maior, em seu Art. 93, IX, veda as decisões implícitas, quando determina que todos (sic) as decisões judiciais terão que ser motivadas. Isso significa dizer que não há decisões implícitas, pois os julgados não devem trazer questões com possibilidade de interpretações diversas, podendo ferir, ainda mais, a norma jurídica vigente. Devem, sim, estar sempre justificadas e bem fundamentadas, indicando, inclusive, o dispositivo legal em que a interpretação foi baseada.

Estabelece também o doutrinador acima pelo menos duas situações de aceitação do prequestionamento implícito, trazendo inclusive, jurisprudência acerca do tema. Todavia, para se evitar maiores delongas ao objeto principal do estudo levado a efeito, remete-se o leitor que, insistentemente, tiver interesse no tema, a leitura da obra de autoria do autor supracitado.<sup>45</sup>

Finda as considerações pertinentes, passar-se-á no próximo tópico ao estudo do novel instituto denominado “repercussão geral”.

#### 5.4.3 Repercussão geral<sup>46</sup>

Conforme ensina Lima (2008, p. 192), foi no Writ of Certiorari da Suprema Corte norte-americana de Juízo de Relevância do Tribunal Constitucional

---

<sup>45</sup> LIMA, José Edvaldo Albuquerque de. **Recursos ordinário, extraordinário e especial**. 3. ed. Leme, SP: Mundo Jurídico, 2008.

<sup>46</sup> É irrefragável que o instituto da Repercussão Geral possui semelhanças e diferenças quando comparado com a antiga arguição de relevância, presente ao tempo da Constituição Federal de 1969. No entanto, por não ser escopo principal do presente trabalho, não seria demais deixar registrado (para o leitor que tiver interesse) aqui a seguinte obra que trata do assunto: SOUZA, Bernardo Pimentel. **Dos recursos constitucionais: recurso ordinário, extraordinário e especial**. Brasília: Brasília Jurídica, 2007.



Espanhol que surgiu como novo requisito de admissibilidade do recurso extraordinário o instituto da repercussão geral.

Todavia, diferentemente do que ocorre em nosso sistema jurídico, no qual a repercussão geral não vem definida previamente, nem mesmo por normal constitucional, nessas Cortes Constitucionais é possível que se encontre, de antemão, a definição da relevância da questão que será posta em julgamento.

No Brasil, foi a Emenda Constitucional nº 45/2004, reforma do judiciário, responsável por inovar o cabimento do recurso extraordinário, tendo em vista o novo § 3º que foi acrescentado ao artigo 102 da Carta Cidadã.<sup>47</sup> A partir de então, a parte que desejasse utilizar-se do recurso extraordinário deveria se incumbir de demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso. Percebeu-se então que o dispositivo passou a tratar de verdadeiro ônus que o recorrente deveria demonstrar.

Com efeito, foi a Lei 11.418, de 19 de dezembro de 2006, a responsável por regulamentar a repercussão geral. Todavia, não bastasse ela estabelecer que o instituto devesse ser aplicado a todo recurso (extraordinário) de natureza criminal, eleitoral, cível ou trabalhista, que fosse impetrado a partir 17 de fevereiro de 2007, acabou por não estabelecer a) o momento correto de sua aplicabilidade e, muito menos, b) o que deveria se entender pela expressão “repercussão geral” contida no texto constitucional.

O único ponto certo e pacífico que fora firmado é o de que a repercussão geral da questão constitucional seria indispensável para a interposição do extraordinário além de ter o recorrente de fundamentar seu recurso em qualquer das hipóteses estampadas no artigo 102, inciso III, da Constituição Federal de 1988, já mencionadas anteriormente.

Corroborando a afirmação acima, o § 2º do artigo 543-A, do Código de Processo Civil, determina que “o recorrente deverá demonstrar em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral” (grifos do subscritor). Logo, não se trata de faculdade do

---

<sup>47</sup> Estabelece o § 3º: “No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros”

recorrente, mas sim de dever. E, por essa razão, consoante o artigo 327 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, deverá a Presidência do STF recusar o recurso que não apresentar “preliminar formal e fundamentada de repercussão geral”.<sup>48</sup>

Complementando o raciocínio, confira-se:

**Art. 543-A.** O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo.

A repercussão geral é questão que deve ser apreciada única e exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal. Somente ele possui investidura para dizer se há (ou não) repercussão geral, excluindo-se, dessa forma, a apreciação do Presidente/Vice-Presidente do tribunal local quanto a essa análise.

Não pode o operador do direito, contudo, confundir a hipótese em que o Presidente ou Vice-Presidente do tribunal local não admite o recurso extraordinário por falta de demonstração da repercussão geral nas razões do recurso.

Nessa esteira, e para melhor elucidação do tema, valhamo-nos da seguinte lição de Didier e Cunha (2008, p. 321):

Em outras palavras, somente o STF poderá dizer que não há repercussão geral, não podendo o Presidente ou Vice-Presidente do tribunal local fazer essa análise. É da apreciação exclusiva do STF dizer que não há repercussão geral. Isso não há dúvida. Para isso, deve o recorrente, em suas razões, incluir um item ou tópico tratando da repercussão geral. Se, nas razões do recurso, não houver demonstração da repercussão geral; estará, apenas, observando o descumprimento de um requisito de admissibilidade relacionado à regularidade formal. (grifos do subscritor)

Acrescentado por conta da Lei Federal nº 11.418/2006, o § 1º do artigo 543 do Código de Processo Civil reza que “para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da

---

<sup>48</sup> **Art. 327<sup>1</sup>.** 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.

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

causa”. Esses critérios não são cumulativos. Vale dizer, para a relevância da questão constitucional, é suficiente apenas *um* dos critérios ali apontados para que a repercussão geral seja reconhecida.

Estabeleceu o legislador um verdadeiro sistema de filtro.

Desta forma, o STF cuida da preservação do direito objetivo, garantindo, com isso, que não se transforme numa 4ª instância.

Nesse sentido, convém collocarmos alguns julgados do Supremo Tribunal Federal atinente a matérias dotada de repercussão geral. Assevere-se:

**Decisão. RELATOR:** MIN. MARCO AURÉLIO. **RECTE.(S):** UNIÃO **ADV.(A/S):** PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL **RECDO.(A/S):** NOVA LENTE EDITORA LTDA **ADV.(A/S):** MARIA CAROLA GUDIN E OUTRO(A/S) **INTDO.(A/S):** ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **ADV.(A/S):** GUSTAVO AMARAL. PRONUNCIAMENTO IMUNIDADE – COMPONENTES ELETRÔNICOS – MATERIAL DIDÁTICO – ARTIGO 150, INCISO VI, ALÍNEA D, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - ALCANCE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO – **REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA.** 1. A Assessoria assim resumiu os parâmetros da controvérsia que se pretende submeter ao Supremo mediante o recurso extraordinário interposto pela União: Submeto a Vossa Excelência o tema objeto do Recurso Extraordinário nº 595.676/RJ, para exame da oportunidade de incluir a matéria no sistema eletrônico da repercussão geral. O Tribunal Regional Federal da 2ª Região, por maioria de votos, interpretando o artigo 150, inciso VI, alínea d, da Carta da República, concluiu pela impossibilidade de se tributar a importação de pequenos componentes eletrônicos que acompanham o material didático a ser utilizado em curso prático de montagem de computadores. Conforme consta do acórdão, os mencionados componentes eletrônicos - pecinhas - são essenciais ao desenvolvimento do curso e nada representariam se destacados dos fascículos impressos. Os embargos de declaração interpostos pelo Estado do Rio de Janeiro foram desprovidos. No extraordinário interposto com alegada base na alínea ‘a’ do permissivo constitucional, a União articula com a ofensa ao artigo o artigo 150, inciso VI, alínea d, da Lei Maior. Afirma que, dentre os insumos destinados à impressão de livros, jornais e periódicos, somente o papel é imune ao poder de tributar do Estado. Menciona precedentes do Supremo no sentido da constitucionalidade da tributação de tintas e maquinários empregados na impressão. E conclui: se o preceito constitucional não imuniza nem mesmo a tinta empregada na produção do livro, seria absurdo estendê-la a outros bens que não integram o produto final – os livros importados pela recorrida. Sob o ângulo da repercussão geral, diz haver grande número de processos sobre matéria idêntica nas Seções Judiciárias do Rio de Janeiro e do Espírito Santo e discorre sobre o risco de comprometimento da arrecadação tributária federal. O Vice-Presidente da Corte de origem admitiu o recurso. **2. Na era da informática, salta aos olhos a repercussão geral do tema controvertido. O Tribunal Regional Federal da 2ª Região assentou a incidência do preceito relativo à imunidade. Passo a passo, o Supremo há de estabelecer, com a segurança jurídica desejável, o alcance do texto constitucional. Impõe-se, assim, a apreciação do recurso extraordinário interposto.** **3. Pronuncio-me pela existência da repercussão geral.** **4. Lancem no sistema.** **5. À Assessoria, para acompanhar a tramitação do**

incidente. 6. Publiquem. Brasília – residência -, 16 de fevereiro de 2010, às 9h30. Ministro MARCO AURÉLIO Relator. (grifos do subscritor). Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussaoGeral/decisao.asp?decisao=3297170>>. Acesso em: 29 de abr. de 2010.

E,

**Decisão.** DIREITO CONSTITUCIONAL. PRINCÍPIOS DO DIREITO ADQUIRIDO E ATO JURÍDICO PERFEITO. POUPANÇA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. PLANOS ECONÔMICOS: BRESSER E VERÃO. **EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.** Banco Nossa Caixa S.A. interpõe agravo de instrumento contra a decisão que não admitiu recurso extraordinário assentado em contrariedade aos artigos 5º, incisos XXXVI e LV, e 93, inciso IX, da Constituição Federal. Insurge-se, no apelo extremo, contra acórdão do Colégio Recursal da 45ª Circunscrição Judiciária – Mogi das Cruzes/SP que, por identificar violação do direito adquirido, confirmou a sentença de 1º grau reconhecendo o direito dos autores às diferenças de correção monetária nos períodos compreendidos entre 01 de junho e 01 de julho de 1987 e 02 de janeiro e 02 de fevereiro de 1989, referente às contas-poupança de suas titularidades, cujos extratos estão anexados aos autos, calculados entre os índices que deveriam ter sido utilizados (26,06% e 42,72%) e os aplicados pelo banco (18,02% e 22,35%) (fls. 127/128). Opostos embargos de declaração (fls. 130 a 132), foram rejeitados (fls. 135/136). O recorrente sustenta, em preliminar formal e devidamente fundamentada, a repercussão geral da questão constitucional objeto da irresignação. Destaca, em síntese, que a violação a qualquer dispositivo constitucional acaba por repercutir em questões relevantes, principalmente do ponto vista jurídico, político e social (fl. 142). No mérito, argumenta que, se o Banco-recorrente limitou-se a cumprir a legislação vigente, não pode agora ser obrigado a pagar a diferença da correção monetária, tendo vista que inexistia lei que assim estabeleça (fl. 145). Prossegue, salientando que o critério fixado pela lei anterior, gerou mera expectativa aos poupadores de obterem a correção monetária dos saldos depositados segundo os moldes ali traçados (fl. 145). Conclui, afirmando que não há que se falar em direito adquirido, vez que já havia entrado em vigor a lei (fl. 145). Inicialmente, destaco que o caso em tela trata apenas da correção monetária de depósitos em cadernetas de poupança com relação aos planos econômicos denominados Bresser e Verão. A controvérsia sobre a existência de garantia constitucional ao direito de diferenças de correção monetária nas cadernetas de poupança, por alegados expurgos inflacionários decorrentes dos planos econômicos denominados: Cruzado, Bresser, Verão e Collor I e II, é objeto da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 165/DF, sob a relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, que está sendo processada nesta Corte. Após decisão do Relator indeferindo o pedido liminar formulado na petição inicial no sentido de sustar a prolação de qualquer decisão – cautelar, liminar, de mérito ou concessiva de tutela antecipada – e o andamento de todos os processos que tratem da matéria, foi concedida vista dos autos à Procuradoria-Geral da República. Entendo que a existência de ação de controle concentrado sobre o tema é suficiente para demonstrar a repercussão geral da matéria constitucional suscitada no recurso extraordinário. Ademais, considero patente a repercussão social do tema debatido nestes autos, sendo certo que recente matéria publicada em grande jornal de circulação nacional estima a existência de aproximadamente novecentas mil ações judiciais em tramitação no país, entre individuais e coletivas, que tratam da correção monetária de cadernetas de poupança nos períodos dos mencionados

planos econômicos. Por outra via, não se pode olvidar a existência de relevância econômica na questão, haja vista que a solução da controvérsia atinge diretamente grande parte das instituições públicas e privadas integrantes do Sistema Financeiro Nacional. Nesse sentido, entendo que a matéria possui densidade constitucional e extrapola os interesses subjetivos das partes, estando caracterizada a repercussão geral.  
 Brasília, 26 de março de 2010. Ministro DIAS TOFFOLI Relator. (grifos do subscritor). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussaoGeral/decisao.asp?decisao=3311798>>. Acesso em: 29 de abr. de 2010.

Marinoni e Arenhart (2005) apud Didier e Cunha (2008) ensinam que “não é possível estabelecer uma noção *a priori*, abstrata, do que seja questão de repercussão geral, pois essa cláusula depende, sempre, das circunstâncias do caso concreto”.

Do exposto, podemos afirmar que o legislador valeu-se, acertadamente, para a aferição da repercussão geral, de conceitos jurídicos indeterminados.

Nada obstante, Wambier, Wambier e Medina (2007, p. 246) propõem, para aferição da repercussão geral, os seguintes critérios:<sup>49</sup>

**Relevância jurídica** no sentido estrito existiria, por exemplo, quando estivesse em jogo o conceito ou a noção de um instituto básico do nosso direito, de molde a que aquela decisão, se subsistisse, pudesse significar perigoso e relevante precedente, como, por exemplo, a de *direito adquirido*. (...) **Relevância social** haveria numa ação em que se discutissem problemas relativos à escola, à moradia ou mesmo à legitimidade do MP para a propositura de certas ações. (...) **Relevância econômica** haveria em ações que discutissem, por exemplo, o sistema financeiro de habitação ou a privatização de serviços públicos essenciais, como a telefonia, o saneamento básico, a infra-estrutura etc. **Repercussão política** haveria quando, por exemplo, de uma causa pudesse emergir decisão capaz de influenciar relações com Estados estrangeiros ou organismos internacionais. De acordo com o § 2º do art. 543-A, deverão ser manifestados em preliminar ao recurso os argumentos que devem levar o tribunal a entender que a questão tem repercussão geral. (grifos do subscritor)

Todavia, cumpre-nos nesse ponto destacar uma hipótese peculiar em que há presunção *ex vi legis* de repercussão geral, qual seja aquela situação

<sup>49</sup> *Idem* (p. 242): Embora não se esteja diante de conceitos determinados, ou seja, daqueles cujo referencial semântico é facilmente identificável no mundo empírico, existem, indubitavelmente, critérios para que se possam identificar “questões como relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa”.

elencada no § 3º (acrescentado pela Lei nº 11.418, de 19 de dezembro de 2006), do artigo 543-A do Código de Processo Civil, bem como o § 1º do artigo 323, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.<sup>50</sup> Com isso, podemos afirmar que “haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal” (grifos do subscritor).

Feita essa ressalva acerca da presunção absoluta da repercussão geral no Recurso Extraordinário, importante que abramos um parêntese para esclarecer que o inverso não é verdadeiro. Ou seja, não pode o operador do direito ter em mente a errônea e equivocada ideia de que se porventura a decisão da qual se recorre estiver em consonância com súmula ou jurisprudência do Supremo Tribunal Federal implicar-se-ia na falta da repercussão geral ao extraordinário.

E, corroborando a afirmação, tome-se nota:

**EMENTA.** INTERPRETAÇÃO DO ART. 543-A, § 3º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL C/C/ ART. 323, § 1º, DO REGIMENTO INTERNO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **1.** Não se presume a ausência de repercussão geral quando o recurso extraordinário impugnar decisão que esteja de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, vencida a Relatora. **2.** Julgamento conjunto dos Recursos Extraordinários. 563.965, 565.202, 565.294, 565.305, 565.347, 565.352, 565.360, 565.366, 565.392, 565.401, 565.411, 565.549, 565.822, 565.519, 570.772 e 576.220. (Acórdão na Repercussão Geral no RE 563.965/RN, rel. Min. Carmem Lúcia, j. 20/3/2008, DJe 070)

E, diante de tal situação, pode o STF, após provocação do recorrente demonstrando a existência de repercussão geral, modificar seu entendimento, valendo-se, para tanto, ora do instituto chamado *overruling*, ora do instituto chamado *distinguishing*.

O primeiro consubstancia-se no fato de o STF modificar orientação anteriormente firmada levando-se em conta o contexto do momento. Diferentemente é a segunda hipótese, na qual o Supremo também modifica orientação

<sup>50</sup> **Art. 323<sup>1</sup>.** 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.

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

anteriormente firmada levando-se em conta a peculiaridade que o caso contém e que exige a não aplicação (ou afastamento) de entendimento já acertado.

Para encerrarmos o presente capítulo, oportuno o momento para registrarmos que a repercussão geral, quando do pronunciamento do Plenário do Supremo Tribunal Federal, vincula os demais órgãos do tribunal. E, ao mesmo tempo, em se tratando de recurso extraordinário que veicule questão cuja magnitude da repercussão já tenha sido examinada, dispensado estará a remessa do tema a um novo exame pelo Pleno.

Toda a afirmação supra é correta em razão da nova tendência denominada objetivação/abstração do recurso extraordinário no controle difuso de constitucionalidade, ou, ainda, segundo Didier e Cunha (2008, p. 325), transformação do recurso extraordinário em instrumento do controle difuso e abstrato da constitucionalidade das leis, tema este a qual dedicaremos um capítulo próprio, sendo, inclusive, o aspecto principal do trabalho.

## 6 A OBJETIVAÇÃO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO NO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

Após extenso e árduo caminho percorrido no presente trabalho, chegue-se, finalmente, à principal e mais importante matéria do trabalho. Procuramos no decorrer do estudo abordar um aspecto atual da realidade jurídico-processual brasileira, que, de certa forma, *concessa venia*, não nos parece que vem sendo merecedora do destaque necessário por parte dos processualistas.

Estamos diante da nova tendência denominada “objetivação/abstrativização do recurso extraordinário no controle difuso de constitucionalidade do direito brasileiro”.<sup>51</sup>

Sua origem se deu no Tribunal Constitucional Alemão.

No Brasil, trata-se de questão que está longe de ser pacífica na doutrina. No Supremo, embora o Órgão venha mostrando certa inclinação diante de tal, também não é pacificada. A doutrina é dividida: alguns autores (filiação a teoria restritiva) sustentam a não objetivação do recurso extraordinário, enquanto que outros (aliados a teoria ampliativa) promovem sua aplicação.

Não paira, no entanto, dúvida no sentido de que se trata de novel instituto no ordenamento jurídico. Isso porque foi a Emenda Constitucional nº 45/2004 responsável por confirmar, a uma primeira vista, a nova tendência.

Justifica-se a afirmação tomando-se por base o § 2º do artigo 102 e o artigo 103-A, ambos da Constituição Federal de 1988, tendo o primeiro determinado sua redação e, o segundo, acrescido ao texto constitucional, tanto um quanto outro com o advento da Emenda em comento.

Para melhor visualização, confira-se:

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

---

<sup>51</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 4. ed., ref. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 257, utiliza-se da seguinte denominação: “teoria da transcendência dos motivos determinantes no controle difuso”.



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

**Art. 103-A.** O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

Pois bem. Resgatando a matéria anteriormente tratada no trabalho (capítulo 3, item 3.6), concluímos que a característica marcante do sistema difuso (controle concreto) consubstancia-se no fato de incidir sobre um caso concreto, declarando-se, dessa forma, a inconstitucionalidade de forma incidental. Com efeito, uma vez declarada a inconstitucionalidade da lei, seu efeito seria exclusivamente entre as partes envolvidas no litígio (por isso é feito *incidenter tantum*). Ao revés mostra-se o sistema concentrado (controle abstrato) na qual se toma por base a inconstitucionalidade da lei (*lato sensu*) (é realizado *principaliter tantum*) e os efeitos são *erga omnes*, para todos.

No mais, oportuno é o momento – até mesmo porque se trata de observação que não fora feita anteriormente – para se destacar que controle difuso e controle concreto são coisas distintas (o mesmo se diga para o controle concentrado e controle abstrato).

A distinção, no entanto, é simples.

Levando-se em consideração que ele pode ser realizado por qualquer órgão jurisdicional, diz-se controle difuso (o oposto ocorre no controle concentrado, vez que é realizado pelo STF por meio da ADIn, ADECON e ADPF). E, denomina-se como controle concreto porque é feito *a posteriori* (sendo o controle abstrato examinado *a priori*).

Atente-se, no entanto, para a lição de Didier e Cunha (2008, pp. 333/334):

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.<sup>52</sup> 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 de controle difuso, a análise da constitucionalidade da lei, neste incidente é feita em abstrato. Trata-se de incidente processual de natureza objetiva (é exemplo do 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) (grifos do subscritor).

E completam:

O STF, ao examinar a constitucionalidade de uma lei em recurso extraordinário, tem seguido esta linha. A decisão sobre a questão da inconstitucionalidade seria tomada em *abstrato*, passando a orientar o tribunal em situações semelhantes. Sobre o tema, convém lembrar a lição de Gilmar Ferreira Mendes, no Processo Administrativo n. 318.715/STF, que culminou na edição da Emenda n. 12 ao RISTF (Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal), publicada no DJ de 17.02.2003: **O recurso extraordinário “deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa da ordem constitucional objetiva. Trata-se de orientação que os modernos sistemas de Corte Constitucional vêm conferindo ao recurso de amparo e ao recurso constitucional (*Verfassungsbessherde*). (...) A função do Supremo nos recursos extraordinários – ao menos de modo imediato – não é a de resolver litígios de fulano ou beltrano, nem a de revisar todos os pronunciamentos das Cortes inferiores. O processo entre as partes, trazido à Corte via recurso extraordinário, deve ser visto apenas como pressuposto para uma atividade jurisdicional que transcende os interesses subjetivos.”**<sup>53</sup> (grifos do subscritor).

Da transcrição do texto, pode o leitor começar a perceber no que consiste a tese da objetivação do recurso extraordinário. É, em linhas gerais, dizer que embora em sede de controle difuso de constitucionalidade, o Supremo Tribunal

<sup>52</sup> “A decisão plenária não se equipara plenamente às decisões tomadas no controle em abstrato de constitucionalidade dado não surtir típico efeito *erga omne* de, por exemplo, uma ação direta de inconstitucionalidade. Mas, por outro lado, fica muito longe de restringir-se ao caso concreto que lhe deu ensejo, porquanto dela emana – em razão das normas legais e regimentais – eficácia vinculante *intra muros*, isto é, vincula os colegiados fracionários do tribunal que dirimiu o incidente, valendo para todos os casos concretos subseqüentes que envolvam a mesma *quaestio iuris* constitucional” (AMARAL JÚNIOR, 2002, apud, DIDIER JR., 2006). (grifos do subscritor)

<sup>53</sup> O excerto foi retirado de MADDOZ, Wagner Amorim. “O recurso extraordinário interposto de decisão de Juizados Especiais Federais”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2005, n. 119, pp. 75/76.

Federal seria capaz de estender (por conta própria) os efeitos de sua decisão de modo que viesse a atingir todos, configurando dessa forma o efeito *erga omnes* do controle concentrado.

Sem dúvida alguma, o escopo principal é afastar do controle do Pretório Excelso o conflito meramente particular, entre Fulano e Beltrano, buscando, a partir de então, a finalidade incontestada de guardião da Constituição.

Para o desenvolvimento do tema proposto, buscar-se-á identificar alguns dos julgados que já se valeram dessa nova tese da objetivação do recurso extraordinário, oportunidade pela qual serão tecidos comentários sob seus aspectos mais relevantes. De igual modo, pretender-se-á, ao final, analisar determinadas questões que podem aparentemente confrontar com o instituto em tela.

Agora, diante das considerações iniciais até então tecidas, é possível que passemos a uma análise um pouco mais aprofundada dessa remodelagem do controle difuso. É o que se passa a expor.

1. O primeiro ponto que merece destaque diz respeito à “súmula vinculante”. Como dito anteriormente, cuida de instituto acrescentado ao direito pátrio pela EC nº 45/2004. E, da exegese do artigo, podemos concluir que o STF poderá, depois de reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que terá efeito vinculante. Ou seja, todos os demais órgãos da administração pública (direta/indireta), bem como o Poder Judiciário, deverão obediência à súmula. A essência da questão possui íntima e fundamental ligação quando levamos em consideração que as decisões do STF são aquelas tomadas em sede de *controle difuso* de constitucionalidade.

2. O julgamento do recurso extraordinário 197.917/SP (publicado no DJU de 27.02.2004) foi o primeiro a corroborar essa nova tendência a partir do instante em que passou a interpretar a cláusula de proporcionalidade prevista no inciso IV do artigo 29 da Constituição Federal.<sup>54</sup> A Corte Suprema, com respaldo na ótica da

---

<sup>54</sup> **RECURSO EXTRAORDINÁRIO 197.917-8 SÃO PAULO** - TRIBUNAL PLENO. RELATOR: MIN. MAURÍCIO CORRÊA. RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. RECORRIDOS: CÂMARA MUNICIPAL DE MIRA ESTRELA E OUTROS. ADVOGADO: JAIR CESAR NATTES. 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 RÍDIGO. INVOCAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA RAZOABILIDADE. INCOMPATIBILIDADE ENTRE A POPULAÇÃO E O NUMERO DE VEREADORES.

segurança jurídica e do princípio da prevalência do interesse público, estipulou que os efeitos da decisão seriam *pro futuro* (*ex nunc*), ou seja, passariam a valer a partir da próxima legislatura (essa atitude teve como fundamento a possibilidade de se modular os efeitos da decisão [*ex tunc* ou *ex nunc*], instrumento sem dúvida pertencente ao controle concentrado e no caso, transportado e conseqüentemente aplicado em sede de controle difuso). E não bastasse isso, o Tribunal Superior Eleitoral editou Resolução (nº 21.702/2004) adotando o posicionamento do STF conferindo-lhe eficácia *erga omnes*. Observe mais uma vez: a decisão proferida no Supremo Tribunal Federal, embora em sede de controle difuso, é dotada de efeito *erga omnes*.

---

**INCONSTITUCIONALIDADE, *INCIDENTER TANTUM*, DA NORMA MUNICIPAL. EFEITOS PARA O FUTURO. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL.** 1. O artigo 29, inciso IV da Constituição Federal, exige que o número de Vereadores seja proporcional à população dos Municípios, observados os limites mínimos e máximos fixados pelas alíneas a, b e c. 2. Deixar a critério do legislador municipal o estabelecimento da composição das Câmaras Municipais, com observância apenas dos limites máximos e mínimos do preceito (CF, artigo 29) é tornar sem sentido a prev.:são (sic) constitucional expressa da proporcionalidade. 3. Situação real e contemporânea em que Municípios menos populosos têm mais Vereadores do que outros com um número de habitantes várias vezes maior. Casos em que a falta de um parâmetro matemático rígido que delimite a ação dos legislativos Municipais implica evidente afronta ao postulado da isonomia. 4. Princípio da razoabilidade. Restrição Legislativa. A aprovação de norma municipal que estabelece a composição da Câmara de Vereadores sem observância da relação cogente de proporção com a respectiva população configura excesso do poder de legislar, não encontrando eco no sistema constitucional vigente. 5. Parâmetro aritmético que atende ao comando expresso na Constituição Federal, sem que a proporcionalidade reclamada traduza qualquer afronta aos princípios constitucionais e nem resulte formas estranhas e distantes da realidade dos Municípios brasileiros. Atendimento aos postulados da moralidade, impessoalidade e economicidade dos atos administrativos (CF, artigo 37). 6. Fronteiras da autonomia municipal impostas pela própria Carta da República, que admite a proporcionalidade da representação política em face do número de habitantes. Orientação que se confirma e se reitera segundo o modelo de composição da Câmara dos Deputados e das Assembléias Legislativas (CF, artigos 27 e 45, § 1º). 7. Inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, da lei local que fixou em 11 (onze) o número de Vereadores, dado que sua população de pouco mais de 2600 habitantes somente comporta 09 representantes. 8. Efeitos. Princípio da segurança jurídica. Situação excepcional em que a declaração da nulidade, com seus normais efeitos *ex tunc*, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos *pro futuro* à declaração incidental de inconstitucionalidade. Recurso extraordinário conhecido e em parte provido. A C Ó R D Ã O. VISTOS, RELATADOS E DISCUTIDOS ESTES AUTOS, ACORDAM OS MINISTROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EM SESSÃO PLENÁRIA, NA CONFORMIDADE DA ATA DO JULGAMENTO E DAS NOTAS TAQUIGRÁFICAS, POR MAIORIA DE VOTOS, DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO PARA, RESTABELECENDO, EM PARTE, A DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU, DECLARAR INCONSTITUCIONAL, *INCIDENTER TANTUM*, O PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 6º DA LEI ORGÂNICA Nº 226, DE 31 DE MARÇO DE 1990, DO MUNICÍPIO DE MIRA ESTRELA/SP, E DETERMINAR À CÂMARA DE VEREADORES QUE, APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO, ADOTE AS MEDIDAS CABÍVEIS PARA ADEQUAR A SUA COMPOSIÇÃO AOS PARÂMETROS ORA FIXADOS, RESPEITADOS OS MANDATOS DOS ATUAIS VEREADORES – (RE 197.917/SP, STF, MINISTRO RELATOR MAURICIO CORREIA. DJ 07/05/2004). (grifos do subscritor)

3. Outro julgamento de grande pertinência foi o proferido no HC 82.959/SP<sup>55</sup> cuja relatoria ficou aos cuidados do Ministro do Superior Tribunal de Justiça – Marco Aurélio, tendo como paciente/impetrante o preso Oseas de Campos, que se encontrava cumprindo pena pela prática de crime hediondo (o paciente havia sido condenado pelo crime previsto no artigo 214 c.c. o artigo 224, alínea “a” do Estatuto Repressivo). *In casu*, o § 1º do artigo 2º da Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/1990)<sup>56</sup> teve reconhecida sua inconstitucionalidade e, concomitantemente, aplicado o artigo 27 da Lei Federal nº 9.868/1999 – Lei que dispõe sobre o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.<sup>57</sup> Com o julgamento deste *habeas corpus* mais uma vez a Corte manifestou-se afirmativamente quanto à possibilidade de a *ratio decidendi*, embora proferida no controle difuso, passar a produzir efeitos vinculantes (*erga omnes*).

<sup>55</sup> **HABEAS CORPUS 82.959-7 SÃO PAULO** - TRIBUNAL PLENO. RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO. PACIENTE(S): OSEAS DE CAMPOS. IMPETRANTE(S): OSEAS DE CAMPOS. COATOR (A/S) (ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. COATOR (A/S) (ES): TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. PENA – REGIME DE CUMPRIMENTO – PROGRESSÃO – RAZÃO DE SER. A PROGRESSÃO NO REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA, NAS ESPÉCIES FECHADO, SEMI-ABERTO E ABERTO, TEM COMO RAZÃO MAIOR A RESSOCIALIZAÇÃO DO PRESO QUE, MAIS DIA OU MENOS DIA, VOLTARÁ AO CONVÍVIO SOCIAL. PENA – CRIMES HEDIONDOS – REGIME DE CUMPRIMENTO – PROGRESSÃO – ÓBICE – ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072 – INCONSTITUCIONALIDADE – EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. CONFLITA COM A GARANTIA DA INDIVIDUALIZADA DA PENA – ARTIGO 5º, INCISO XLVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – A IMPOSIÇÃO, MEDIANTE NORMA, DO CUMPRIMENTO DA PENA EM REGIME INTEGRALMENTE FECHADO. NOVA INTELIGÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA, EM EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL, ASSENTADA A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90. A C Ó R D Ã O. Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão Plenária, sob a presidência do ministro Nelson Jobim, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria, em deferir o pedido de *habeas corpus* e declarar, **incidenter tantum**, a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90, de 25 de julho de 1990, nos termos do voto do relator, vencidos os ministros Carlos Velloso, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Celso de Mello e Nelson Jobim, Presidente. O Tribunal, por votação unânime, explicitou que a declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito legal em questão não gerará consequências jurídicas com relação as penas já extintas nesta data, pois esta decisão plenária envolve, unicamente, o afastamento do óbice representado pela norma ora declarada inconstitucional, sem prejuízo da apreciação, caso a caso, pelo magistrado competente, dos demais requisitos pertinentes ao reconhecimento da possibilidade de progressão. (grifos do subscritor).

<sup>56</sup> **Art. 2º.** Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

(...)

§ 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado.

<sup>57</sup> **Art. 27.** Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. (grifos do subscritor)

4. Interessante e não menos importante foi o julgamento proferido no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 375.011/RS, na qual a relatora Ministra Ellen Gracie Northfleet tratou, segundo seu entendimento, da flexibilização do prequestionamento.<sup>58</sup> Cuida de situação em que se viu dispensado o cumprimento de um requisito atinente ao Recurso Extraordinário anteriormente aqui estudado, qual seja: o prequestionamento. Sustentou Gracie a mudança de paradigma do extraordinário, uma vez que ele deixa de tratar da defesa da ordem constitucional subjetiva, passando para um plano em que se ostenta a defesa constitucional da ordem objetiva. Logo, controle abstrato de constitucionalidade. E, por conta de sua relevância, vale destacar os argumentos utilizados pela Ministra ao proferir seu voto:

Na decisão ora agravada, apontei a ausência de prequestionamento dos dispositivos constitucionais tido como violados, porquanto a Corte gaúcha tão-somente aplicou a orientação firmada na mencionada ação direta de inconstitucionalidade – cujo acórdão não consta do traslado do presente agravo de instrumento -, sem fazer referência aos fundamentos utilizados para chegar à declaração de constitucionalidade das referidas normas municipais. A despeito de a questão de fundo estar pacificada no âmbito desta Suprema Corte em relação às demandas que tratem sobre o mesmo tema, ainda assim se exige a presença dos pressupostos específicos de conhecimento do recurso extraordinário, como é o caso do prequestionamento. Foi o que decidiu a Primeira Turma desta Corte no julgamento de caso idêntico ao presente: AI 383.617 – AgR, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 27/02/2002. Estou, entretanto, mais inclinada a valorizar, preponderantemente, as manifestações do Tribunal, especialmente as resultantes de sua competência mais nobre – a de

---

<sup>58</sup> AG. REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 375.011-0 RIO GRANDE DO SUL - SEGUNDA TURMA. **RELATORA:** MIN. ELLEN GRACIE. **AGRAVANTE:** MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE. **ADVOGADA:** LUIS MAXIMILIANO LEAL TELESKA MOTA. **AGRAVADO:** TITO DOS SANTOS. **ADVOGADOS:** MARIA CRISTINA CARRION VIDAL DE OLIVEIRA E OUTROS. **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 DO RISTF).** 1. Decisão agravada que apontou a ausência de prequestionamento da matéria constitucional suscitada no recurso extraordinário, porquanto a Corte *a quo* tão-somente aplicou a orientação firmada pelo seu Órgão Especial na ação direta de inconstitucionalidade em que se impugnava o art. 7º da Lei 7.428/94 do Município de Porto Alegre – cujo acórdão não consta traslado do presente agravo de instrumento -, sem fazer referência aos fundamentos utilizados para chegar à declaração de constitucionalidade da referida norma municipal. 2. Tal circunstância não constitui óbice ao conhecimento e provimento do recurso extraordinário, pois, para tanto, basta a simples declaração de constitucionalidade pelo Tribunal *a quo* da norma municipal em discussão, mesmo que desacompanhada do aresto que julgou o *leading case*. 3. O RE 251.238 foi provido para se julgar procedente ação direta de inconstitucionalidade da competência originária do Tribunal de Justiça estadual, processo que, como se sabe, tem caráter objetivo, abstrato e efeitos *erga omnes*. Esta decisão, por força do art. 101 do RISTF, deve ser imediatamente aplicada aos casos análogos submetidos à Turma ou ao Plenário. Nesse sentido, o RE 323.526, 1ª Turma, rel. Min. Sepúlveda Pertence. 4. Agravo regimental provido. (grifos do subscritor)

intérprete último da Constituição Federal. 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 inconstitucionalidade das 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 as decisões. Recordo a discussão que se travou na Medida Cautelar nº 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 a 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 processos 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 questão de direito – proferida por esta Casa. (grifos do subscritor)

5. No controle concentrado de constitucionalidade, admite-se a intervenção do *amicus curiae* (“amigo da corte”). Consiste em ouvir terceiro que tem o domínio da matéria tratada no processo, muito embora não tenha relação alguma com a causa. Nesta toada, aprovando novamente a tendência exposta, Didier e Cunha (2008, pp. 336/337) trazem:

O STF decidiu admitir, “considerando a relevância da matéria, e, apontando a objetivação do processo constitucional também em sede de controle incidental, especialmente a realizada pela Lei 10.258/2001”, a sustentação oral de *amici curiae* (Confederação Brasileira dos Aposentados, Pensionistas e Idosos – COPAB e da União dos Ferroviários do Brasil).

6. Outra manifestação dessa nova tendência se mostra no âmbito da reclamação constitucional. Ocorre que a reclamação tem cabimento apenas quando se constatar o desrespeito à “súmula” vinculante e à decisão em ação de controle concentrado de constitucionalidade. Essas são as duas previsões constantes do ordenamento jurídico. No entanto, por conta dessa remodelagem que vem sofrendo o controle difuso de constitucionalidade, quando da decisão tomada pelo plenário do Supremo, vem-se admitindo uma interpretação extensiva no sentido de que,

constatada desobediência a uma decisão tomada por aquele órgão naquele tipo de controle, admitir-se-ia a reclamação constitucional (repise-se que não há no ordenamento hipótese de cabimento de reclamação constitucional contra desobediência de decisão tomada em controle difuso de constitucionalidade). Isso se deve a uma para que se acelerasse o julgamento das demandas e a duas para evitar decisões contraditórias.

7. Além de corroborar uma vez mais à tese até então discutida, é no mínimo digna de aplausos a consideração do Ministro Gilmar Mendes acerca do disposto no inciso X do artigo 52 da Constituição Federal,<sup>59</sup> *in verbis*: “**Art. 52.** Compete privativamente ao Senado Federal: (...) **X** – suspender a execução, no todo ou em parte, da lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”. Já foi discorrido em diversas oportunidades, no presente trabalho, que o controle difuso de constitucionalidade apresenta-se diante de um caso concreto, sendo a inconstitucionalidade da lei apenas questão incidental que surge quando do enfrentamento pelo Judiciário da lide existente entre as relações particulares. Com isso, o Supremo, por meio do recurso extraordinário, enfrenta a inconstitucionalidade ora aventada, de modo que a decisão ali produzida gere efeitos meramente em relação às partes envolvidas, operando, no mais, com efeitos *ex tunc*. Ou seja, os efeitos da nulidade decorrem a partir da criação do ato que a gerou, retroagem. Seria possível, no entanto, com supedâneo no dispositivo supracitado, conferir à decisão proferida pelo Supremo efeito *erga omnes* (vale dizer mais uma vez: característica inerente ao controle concentrado). Com efeito, uma vez o STF comunicando o Senado Federal, passaria a existir a possibilidade de se suspender total ou parcialmente a execução da lei ora declarada inconstitucional por decisão definitiva da Alta Corte. Levando-se em consideração isso, é correta a interpretação no sentido de que na falta de comunicação do Senado (mais precisamente na ausência de sua participação) não existe a possibilidade de se ampliar os efeitos oriundos do extraordinário. Mas, a par da tendência exposta até então, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes, sustenta a ideia de que o dispositivo em questão foi alvo da chamada mutação constitucional. Trata-se do denominado Poder Constituinte Difuso. Defende que a norma constitucional continua sendo a mesma, vale dizer, ela não é modificada na verdade,

---

<sup>59</sup> Conferir: Recl. 4.335/AC – Relator Ministro Gilmar Mendes.



ocorrendo, apenas, a mudança na interpretação do texto constitucional por conta da alteração da realidade fática. Diante de tal consideração, Mendes sustenta que o Senado deveria se incumbir apenas de dar publicidade à decisão proferida pelo Supremo. Ora, se existe a permissão para o mais (consistente em fazer valer a supremacia da Constituição através do controle concentrado de constitucionalidade, por intermédio de suas ações, realizando o Supremo com isso o seu verdadeiro papel de Guardião da Constituição e zelando pela Supremacia da Constituição) por qual razão não se admitira o menos (ou seja, não existe motivo plausível capaz de justificar a situação na qual a decisão do STF proferida por meio do julgamento do extraordinário em sede de controle difuso, no qual se leva em conta a resolução da questão prejudicial (inconstitucionalidade de forma incidental), que mereça, posteriormente, ser submetida ao Senado para que lhe fosse conferido efeito para todos, *erga omnes*)? Peculiaridade no mínimo teratológica. Não se encontra razoável. A uma, sob a ótica da nova feição que vem, aparentemente aos poucos, se instalando e remodelando o ordenamento jurídico brasileiro acerca do sistema difuso, tendo como principal fonte propulsora a atuação do Supremo como guardião da Constituição e, a duas, porque tanto em um modelo quanto noutro o órgão prolator da decisão é o mesmo (leia-se: Supremo).

Nessa linha, assevere-se:

Essa competência do Senado, todavia, se foi necessária nos idos de 1934, e talvez até a década de 80, não revela hoje utilidade, em face do novel sistema jurídico desenhado pela vigente Constituição da República. De feito, num sistema em que se adota um controle concentrado-principal, e as decisões de inconstitucionalidade operam efeitos *erga omnes* e *vinculantes*, a participação do Senado para conferir eficácia geral às decisões do Supremo Tribunal Federal, prolatadas em sede de controle incidental, é providência anacrônica e contraditória. Ora, se o Supremo Tribunal Federal pode, em sede de controle concentrado-principal, suspender, liminarmente e em caráter geral, a eficácia de uma lei e até mesmo de uma Emenda Constitucional, qual a razão hoje de limitar a declaração de inconstitucionalidade pronunciada pela Corte no controle incidental às partes do processo e condicionar a sua eficácia geral à intervenção do Senado?

Portanto, e concluindo o exame da jurisdição constitucional no controle difuso-incidental à luz do direito constitucional brasileiro, somos de opinião que se deva eliminar do sistema a intervenção do Senado nas questões constitucionais discutidas incidentalmente, para transformar o Supremo Tribunal Federal em verdadeira Corte com competência para decidir, ainda que nos casos concretos, com eficácia geral e vinculante, à semelhança do *stare decisis* da *Supreme Court* dos Estados Unidos da América.

Atualmente, há no Supremo Tribunal Federal um movimento, liderado pelo eminente Ministro Gilmar Ferreira Mendes, no sentido de se atribuir eficácia

“erga omnes” às decisões de inconstitucionalidade proferidas em sede de controle incidental ou concreto, sem a necessidade da interferência do Senado Federal, passando a resolução senatorial a servir apenas para conferir *publicidade* à decisão da Corte. Propõe o Ministro Gilmar Mendes uma *mudança constitucional* do art. 52, X, da Constituição Federal de 1988, para limitar o ato político da Alta Câmara do Congresso Nacional à concessão de mera publicidade da decisão de inconstitucionalidade, que já se revestiria, desde a sua publicação, de eficácia geral e vinculante. (CUNHA JÚNIOR, 2009, p. 321)

8. E, não bastasse o Supremo Tribunal Federal demonstrar mediante seus julgados a aparente inclinação frente a essa nova tendência, o Superior Tribunal de Justiça dá indícios de ter ratificado expressamente em alguns casos a tese usada por aquele órgão e aqui arrazoada. Nesse sentido, vale colacionar a seguinte jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

**RECURSO ESPECIAL Nº 828.106 - SP (2006/0069092-0).** RECORRENTE: VILAR COMÉRCIO DE BEBIDAS LTDA. ADVOGADO: ALEXANDRE DANTAS FRONZAGLIA E OUTROS. RECORRIDO: FAZENDA NACIONAL. PROCURADOR: SOLENI SÔNIA TOZZE E OUTROS. **EMENTA.** PROCESSUAL CIVIL. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO DA ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO A DISPOSITIVOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PIS E COFINS. ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI 9.718/98. CONCEITO DE FATURAMENTO. INCONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTES. 1. A competência atribuída pelo art. 105, III, da Constituição Federal ao STJ restringe-se à uniformização da interpretação da legislação infraconstitucional, sendo inviável a apreciação, por esta Corte, de dispositivos das constituição. 2. O conhecimento do recurso especial pela alínea c do permissivo constitucional exige a demonstração da alegada divergência na forma dos arts. 541 do CPC e 255 do RISTJ, isto é, com o cotejo analítico dos julgados, indicando-se as circunstâncias de fato e de direito que os assemelham ou identificam. Na hipótese dos autos, inexistente cotejo analítico entre os julgados. 3. A ausência de debate, na instância recorrida, dos dispositivos legais cuja violação se alega no recurso especial atrai a incidência da Súmula 282/STF. 4. "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia" (Súmula 284/STF). 5. O § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98 foi declarado inconstitucional pelo STF (RE 346084/PR, RE 357950/RS, RE 358273/RS e RE 390840/MG, sessão de 09.11.2005). A inconstitucionalidade é vício que acarreta a nulidade *ex tunc* do ato normativo, que, por isso mesmo, já não pode ser considerado para qualquer efeito. Embora tomada em controle difuso, a decisão do STF tem natural vocação expansiva, com eficácia imediatamente vinculante para os demais tribunais, inclusive para o STJ (CPC, art. 481, § único), e com a força de inibir a execução de sentenças judiciais contrárias (CPC, art. 741, § único; art. 475-L, § 1º, redação da Lei 11.232/05). 6. Afastada a incidência do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98, que ampliara a base de cálculo das contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS, é ilegítima a exação tributária decorrente de sua aplicação. Conseqüentemente, a base de cálculo das referidas contribuições continua sendo a definida pela legislação anterior, nomeadamente a LC 70/91 (art.

2º), por decorrência da qual o conceito de faturamento tem sentido estrito, equivalente ao de receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza, conforme reiterada jurisprudência do STF. 7. Recurso especial a que se dá parcial provimento.

**VOTO. O EXMO. SR. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI (Relator):**

(...) 6. 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 mutação constitucional", Revista de Informação Legislativa, n. 162, p. 165). (grifos do subscritor)

No mesmo sentido: Resp nº 744.937 e 741.737, ambos de relatoria da Ministra Denise Arruda.

De todo o exposto, não há como negar que a realidade jurídico-processual brasileira vem, pelo menos em tese, admitindo a transcendência dos motivos determinantes.

Decisões proferidas no controle difuso que até então produzia apenas efeitos em relação às partes envolvidas no processo passam, agora, a produzir efeitos contra todos, atingindo, assim, inevitavelmente um contingente ilimitado de pessoas sujeitas à jurisdição brasileira.

Prontamente, maiores poderes são conferidos ao Supremo sem que com isso se vislumbre violação a denominada “Teoria da Tripartição dos Poderes do Estado” (desenvolvida por Monstequieu em 1748), que por sua vez funciona como *Checks and balances* (“Sistema de Frios e Contrapesos”), sendo plausível a justificativa de que estaria atuando em sua função atípica.

Tendo em vista a imensurável quantidade de processos existentes em andamento no Brasil, concomitante à grande quantidade de juízes e tribunais que fazem parte de todo o ordenamento, não seria de todo estranho a enorme diferença de soluções a questões de matéria de cunho constitucional que porventura viessem existir. A busca pela interpretação uniforme da Carta Magna aliada à força normativa de que é dotada, principalmente por conta de sua Supremacia, parece sem dúvida ser a melhor solução para a questão. Busca-se preservar a segurança jurídica das decisões judiciais com o intuito de inibir a instalação de um verdadeiro caos no sistema.

Por conseguinte, não há como negar que a tese ora proposta é responsável por garantir a economia processual como decorrência do desafogamento do órgão de cúpula do Poder Judiciário, composto por tão-só onze ministros (número extremamente pequeno em virtude da quantidade de processos distribuídos diariamente a cada um deles).

Deve-se rechaçar quem defenda que uma vez admitida a objetivação do recurso extraordinário no controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro, como bem vem se manifestando parte da doutrina e parcela da jurisprudência, ferir-se-ia, por consequência lógica e fatalmente, o princípio da livre convicção dos juízes.

Com efeito, é certo que os juízes são dotados de capacidade para julgarem de acordo com sua convicção e livre convencimento e, por conta da tese ora defendida, os magistrados ficariam adstritos, vinculados às decisões proferidas pelo STF. Sabemos, entretanto, que não existe sequer um direito em todo

ordenamento brasileiro que seja absoluto. Tanto é verdade que nem mesmo a vida é dotada de tal característica, comportando restrições em determinadas ocasiões (*verbi gratia*, pena de morte em caso de guerra declarada). Assim sendo, é coerente que por conta da viga mestra da segurança jurídica, aquele princípio venha a ser mitigado. É correto que se faça essa ponderação diante eventual colisão de direitos fundamentais para se garantir a efetividade dos princípios fundamentais.

Não cabe lugar igualmente para quem se mostre contrário a tese sob o argumento de que ela seria responsável pelo engessamento da interpretação do texto constitucional. O argumento cai por terra se lembrarmos da lição anteriormente tratada no capítulo do recurso extraordinário: a de que o STF, após provocação do recorrente, demonstrando a existência da repercussão geral, pode modificar o seu entendimento por meio do que se denomina *overuling* e *distinguishing*.

## 7 CONCLUSÃO

Iniciou-se o presente estudo fazendo uma abordagem sobre a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no qual se afirmou que o termo Constituição não é criação dos tempos modernos. Buscou-se delinear, dentre tantos quanto existentes, o seu conceito, trazendo, inclusive, a conceituação segundo alguns constitucionalistas.

Em seguida, procurou-se abordar, respectivamente, no que consistia a idéia de *rigidez* (ou seja, alterabilidade/estabilidade da Constituição) e *supremacia* (lei suprema, encarregada de estruturar e organizar os demais órgãos que compõem o sistema jurídico) da Constituição.

Posteriormente, procurou-se estudar o sistema de controle de constitucionalidade das leis existentes no ordenamento. Com isso, diversos aspectos foram abordados. Analisou-se, inicialmente, a impossibilidade de coexistir no sistema norma infraconstitucional em contrariedade com o estabelecido no Texto Constitucional.

Comentou-se rapidamente a respeito do princípio da presunção de constitucionalidade das leis e dos atos normativos (a constitucionalidade de determinado ato deve o acompanhar desde o seu nascedouro), oportunidade em que se destacou breves noções sobre a inconstitucionalidade.

Em continuidade, foi visto que a Carta Cidadã de 1988 traça duas formas de inconstitucionalidade: a) por ação e b) por omissão.

Quanto aos sistemas de controle que podem ser realizados no Brasil, identificou-se que o sistema misto é o que vigora. Ou seja, é aquele que estabelece um meio termo entre o controle político (originário dos países da Europa) e o controle jurisdicional (oriundo dos Estados Unidos).

No tocante ao momento em que o controle de constitucionalidade é exercitado, pode-se verificar a seguinte situação: a existência do controle preventivo e, seu oposto, controle repressivo.

Finalmente, foi verificada a existência do controle concentrado de constitucionalidade das leis, que é aquele exercido exclusivamente por um único órgão, qual seja: o Supremo Tribunal Federal. Sua razão principal consiste em verificar abstratamente a inconstitucionalidade da lei (*lato sensu*) em face da Constituição.

Diferentemente é o que se dá no sistema difuso, haja vista que a declaração da inconstitucionalidade, por não ser objeto principal da ação, ocorre de maneira incidental. Vale dizer, necessita de um processo judicial na qual se discute o litígio existente entre “A” e “B” (processo subjetivo).

Ademais, dentre os demais aspectos, analisou-se também o rol dos legitimados para exercer esse ou aquele tipo de controle, bem como os efeitos das decisões proferidas tanto num quanto noutro sistema.

Encerrando o tema, discorreu-se de forma abrangente sobre as diversas medidas processuais de fiscalização direta da inconstitucionalidade das leis no Brasil. Com isso, verificamos que são classificadas da seguinte maneira: a) ADIn genérica, b) ADInPO, c) Ação direta de inconstitucionalidade interventiva, d) ADECO e, e) ADPF.

Num segundo momento, analisou-se o perfil do Supremo Tribunal Federal (Órgão de Cúpula do Poder Judiciário), de modo a realizar um breve panorama sobre a instituição após o advento da Constituição de 1988.

Com isso, oportuno se fazia o momento para o estudo do denominado Recurso Extraordinário, com previsão constitucional no artigo 102, inciso III. Foi feita uma análise que envolveu o seu histórico, conceituação, cabimento e pressupostos. E, por conta do controle difuso que já havia sido estudado, concluiu-se que ele é o instrumento hábil a conduzir até o Supremo um processo judicial em que se discutia a lide entre “A” e “B”.

Diante então de todas essas considerações que se faziam pertinentes, chegou-se ao alvo principal do trabalho. Consistiu em abordar a objetivação do Recurso Extraordinário no controle difuso de constitucionalidade.

Para tanto, foram trazidos diversos julgados pátrios (justamente por se mostrarem adeptos da tese então ventilada) para que fossem analisados e discutidos seus pontos mais relevantes.

O volume de processos existentes no Supremo é monstruoso. Tal afirmativa mostra-se mais verdadeira levando-se em consideração a quantidade de ministros que compõe a corte (11). É fato que grande parte da quantidade de processos existentes no Supremo gira em torno de interesses meramente privados.

Não obstante, o Supremo Tribunal Federal dá indicativos (principalmente por meio de sua jurisprudência) de ter evoluído, uma vez verificada a possibilidade de se transformar o Recurso Extraordinário como ferramenta de controle objetivo da constitucionalidade. Nada obstante, uma parte da doutrina - e até mesmo alguns ministros do Supremo - vem demonstrando certa resistência em promover sua aplicação.

Observa-se, deste modo, que a objetivação do Recurso Extraordinário possui íntima ligação com duas questões: a primeira diz respeito ao instituto da repercussão geral (verdadeiro ônus que o recorrente precisa demonstrar) e, a segunda, ao perfil do Supremo. Certo é que por meio deste instrumento de impugnação das decisões judiciais, os efeitos emanados de seu julgamento poderão, conforme o caso, estender-se a outros semelhantes.

O instituto da repercussão geral, introduzido no ordenamento pela Emenda Constitucional nº 45/2004 e regulamentado pela Lei 11.418, de 10 de dezembro de 2006 (indispensável para a interposição do recurso; cláusula da qual a análise depende sempre das circunstâncias do caso concreto), atua como verdadeiro sistema de filtro, evitando, com isso, a transformação da Alta Corte em uma 4ª instância.

Como bem demonstrado no decorrer do trabalho (precisamente no capítulo 4), a criação da repercussão geral pelo legislador foi responsável por diminuir drasticamente a quantidade de processos que atingem a Alta Corte.

Com isso, o controle difuso de constitucionalidade passa a ser remodelado, transformado. Isso tudo em razão principalmente da intitulada “Reforma do Judiciário”, dada com a Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004.

De todo o exposto, é inquestionável que o direito necessita veementemente acompanhar os anseios sociais. É preciso superar os dogmas até então existentes. Os tempos são outros. A realidade jurídica processual brasileira é



outra. Urge, pois, que o direito não fique igualmente inerte no tempo ao que se refere à chamada “objetivação do recurso extraordinário”.

## BIBLIOGRAFIA:

AÇÕES constitucionais. 4. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2009.

AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BELONI Rodrigo; PIRES Gabriel Lino de Paula; PIRES Natacha Ferreira Nagão. **A repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário**. Presidente Prudente, 2008. 72 p. Monografia (Pós Graduação) – Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente, 2008.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Acórdão**. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num\\_registro=199700711293&dt\\_publicacao=02-05-2000&cod\\_tipo\\_documento=>](https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199700711293&dt_publicacao=02-05-2000&cod_tipo_documento=>)>. Acesso em: 18 mar. 2010.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Decisão Monocrática**. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/decisoemonocraticas/frame.asp?url=/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/MON?seq=7284402&formato=PDF.>>> Acesso em: 19 mar. 2010.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Acórdão**. Disponível em: <[>](http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=235847)>. Acesso em: 05 de maio de 2010.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Decisão. Matérias com Repercussão**. Disponível em: <[>](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussaoGeral/decisao.asp?decisao=3297170)>. Acesso em: 29 de abr. de 2010.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Disponível em: <[>](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussaoGeral/decisao.asp?decisao=3311798)>. Acesso em: 29 de abr. de 2010.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Números da repercussão geral**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=distribuicaoREeAI.>>> Acesso em: 09 de maio de 2010.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=distribuicaoREeAI.>>> Acesso em: 09 de maio de 2010.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Regimento Interno. Atualizado até fevereiro de 2010. Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência.** Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF\\_fevereiro\\_2010.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_fevereiro_2010.pdf)>. Acesso em: 22 de abr. de 2010.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO AMAZONAS. **Recurso Especial e Extraordinário em mandado de segurança. Gabinete da Presidência.** <[http://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:JAdK-\\_FIPIJ:redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp%3FdocTP%3DTP%26docID%3D380545+AgRgAl+134175-1&hl=pt-BR&gl=br&pid=bl&srcid=ADGEESgEsgKn2XYbpUerpfu3aftBuhkzJNnLfPWpZGeWleIPihIRPcC5jxit\\_uv9SLP5yOwcsSA7fO4FRaXyQ0CEFzXXRgvcuxlh78X\\_CDVqgEbUYfl\\_VNqY6LaYcs15A6XmWg-CB-z&sig=AHIEtbRlItYsF-wNLUUjP0f6gsFNHsOiBw](http://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:JAdK-_FIPIJ:redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp%3FdocTP%3DTP%26docID%3D380545+AgRgAl+134175-1&hl=pt-BR&gl=br&pid=bl&srcid=ADGEESgEsgKn2XYbpUerpfu3aftBuhkzJNnLfPWpZGeWleIPihIRPcC5jxit_uv9SLP5yOwcsSA7fO4FRaXyQ0CEFzXXRgvcuxlh78X_CDVqgEbUYfl_VNqY6LaYcs15A6XmWg-CB-z&sig=AHIEtbRlItYsF-wNLUUjP0f6gsFNHsOiBw)>. Acesso em: 22 mar. 2010.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional.** 4. ed., ref. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional: teoria do Estado e da constituição; direito constitucional positivo.** 10. ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Apontamentos de direito constitucional.** 4. ed. São Paulo: Ed. Damásio de Jesus, 2005.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional.** Salvador: Edições Podivm, 2008.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 3. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: Edições Podivm, 2009.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de direito processual civil.** 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2008. v. 3.

FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional.** 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2008.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio: o dicionário da língua portuguesa.** 6. ed. rev. e atual. Curitiba: Positivo, 2005.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 25. ed., rev. São Paulo: Saraiva, 1999.

FERREIRA, Pinto. **Curso de direito constitucional**. 9. ed., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. **Direito constitucional comparado**. 3. ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Fabris, 1998.

LINHAS mestras do processo civil: comemoração dos 30 anos de vigência do CPC. São Paulo: Atlas, 2004.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 13. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

LIMA, José Edvaldo Albuquerque de. **Recursos ordinário, extraordinário e especial**. 3. ed. Leme, SP: Mundo Jurídico, 2008.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário e recurso especial**. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da; SANTOS, William Douglas Resinente dos. **Controle de constitucionalidade: uma abordagem teórica e jurisprudencial**. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria geral dos recursos**. 6. ed., atual., ampl. e reform. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Controle da constitucionalidade**. 7. ed., rev. e atual. Niterói, RJ: Impetus, 2008.

\_\_\_\_\_. **Direito constitucional descomplicado**. 2. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2008.

PROCESSO civil reformado. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

PROCESSO e constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SANTOS, Washington dos. **Dicionário Jurídico Brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 28. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de direito constitucional**: atualizado até a EC nº 56, de 20 de dezembro de 2007, e súmula vinculante nº 12, de 14 de agosto de 2008 (com comentários às leis nºs 11.417/06 - súmula vinculante e 11.418/06 - repercussão geral de questões constitucionais). 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. **Direito processual constitucional**. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

TEIXEIRA, J. H. Meirelles. **Curso de direito constitucional**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 11. ed., rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 1995.

VADE Mecum Compacto. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, 1488 p.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. 8. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 1.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves comentários à nova sistemática processual civil 3**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.