ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas

Direito e Liberdade

A REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO E OS EFEITOS PRODUZIDOS NO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

THE GENERAL EFFECTS IN THE EXTRAORDINARY APPEAL AND THE EFFECTS PRODUCED IN THE DIFFUSE CONSTITUTIONALITY CONTROL

Valéria Maria Lacerda Rocha*

RESUMO: A supremacia constitucional é garantida através de mecanismos de controle da constitucionalidade das leis infraconstitucionais com a Constituição Federal. O Brasil adotou um sistema judicial misto de controle de constitucionalidade. O controle difuso de origem norte-americana, cuja competência é destinada a todos os órgãos do poder judiciário, inclusive o próprio STF. E o controle concentrado com inspiração no sistema europeu de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal. A principal distinção existente entre o controle difuso e o controle concentrado, além do fato deste ser exercido com exclusividade pelo STF, reside no fato de que o controle difuso tem seus efeitos restritos às partes litigantes. Motivo este que o faz receber inúmeras críticas por parte da doutrina durante toda sua existência, embora se apresente como um importante meio de defesa dos direitos fundamentais. Porém com a adoção da repercussão geral para o conhecimento do recurso extraordinário e a possibilidade de edição da súmula vinculante, devem ser repensados os efeitos produzidos pelo controle difuso, haja vista que sua declaração não mais se restringe apenas às partes litigantes. Desta forma, o presente trabalho tem como principal objetivo expor as modificações ocorridas em sede de controle difuso quando a matéria for decidida pelo Supremo Tribunal Federal, após a EC nº 45/2004.
Palavras-chave: Controle de constitucionalidade. Recurso Extraordinário. Repercussão geral.

ABSTRACT: The constitutional supremacy is ensured through mechanisms of constitutionality control of laws by the Federal Constitution. Brazil has adopted two judicial systems of constitutionality control. The diffuse control of North America, whose competence is aimed at all the organs of the Judiciary, including the Supreme Court (STF). The other one is the concentrated control inspired on the European system of exclusive jurisdiction of the Supreme Court. The main distinction between the diffuse and concentrated control, beyond the fact that this last one is exercised exclusively by the Supreme Court, lies in the fact that the diffuse control has its effects confined to the litigant parts. That's the reason why it receives considerable criticism by the doctrine throughout its existence, however the diffuse control has been an important mean of protection of fundamental rights. But with the adoption of the general

* Mestranda em Direito Constitucional da Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN. Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Potiguar – UnP. Professora da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte – UERN. Juíza de Direito no Rio Grande do Norte. Natal – Rio Grande do Norte – Brasil.

effect as a requirement for the Extraordinary Appeal and the possibility of docket binding edition from STF the effects of the diffuse control should be reconsidered once its decisions are no longer limited to the parts. Thus, this work has as main objective to expose the changes carried out in the diffuse control when the matter is decided by the Supreme Court after the advent of the constitutional amendment No 45/2004 (EC nº 45/2004).
Keywords: control of constitutionality. Extraordinary Appeal. General Effect.

1 INTRODUÇÃO

No decorrer histórico do controle difuso de constitucionalidade, desde sua adoção pela primeira Constituição Republicana de 1891 até os dias atuais, a doutrina nacional vem lhe atribuindo algumas críticas em decorrência principalmente dos efeitos que são produzidos a partir de suas decisões.

Embora possa ser utilizado por qualquer órgão do poder judiciário e em qualquer instância, na prática mesmo quando decidido pelo Supremo Tribunal Federal, os efeitos restringem-se às partes do processo.

Também chamado de controle incidental, uma vez que a análise da inconstitucionalidade é feita de modo indireto, ou seja, não está vinculado à solução principal da demanda. Esta sim de maior interesse, porém, necessitando do pronunciamento sobre a matéria incidental de inconstitucionalidade, que supostamente atingiria a norma a ser aplicada.

Após a Emenda Constitucional nº 45/2004, conhecida como Reforma do Judiciário, percebe-se que uma nova roupagem foi dada ao controle difuso de constitucionalidade, haja vista a adoção da chamada repercussão geral e a possibilidade de extensão dos efeitos a outros processos em semelhantes condições.

Pretende-se demonstrar que com as mudanças introduzidas pela Reforma do Judiciário já não se pode mais afirmar que os efeitos das decisões proferidas em sede de Recurso Extraordinário restringem-se às partes do processo, nem tão pouco que o mesmo não tem mais utilidade no mundo jurídico. Ao contrário, firma-se o controle difuso como forte instrumento de defesa dos direitos individuais junto ao Supremo Tribunal Federal.

O principal objetivo é analisar os efeitos, no mundo jurídico, da declaração de inconstitucionalidade dentro do recurso extraordinário, após a Emenda Constitucional nº 45 de 2004. A nova feição que foi dada ao controle de constitucionalidade difuso realizado pelo Supremo Tribunal Federal com a inclusão

de dois importantes elementos a repercussão geral e a súmula vinculante.

Atualmente um dos grandes desafios da jurisdição constitucional é a possibilidade de averiguar a compatibilidade da legislação infraconstitucional com a Constituição, de forma a manter-lhe a superioridade dentro do ordenamento jurídico. A Constituição, no topo da pirâmide kelseniana, foi fruto do movimento constitucionalista que se intensificou principalmente depois das duas grandes guerras mundiais como forma de proteção aos direitos fundamentais, a organização, limitação e controle do poder político.

Uma tentativa de evitar que governos autoritários, em nome da lei, ultrajassem direitos do homem enquanto pessoa humana, haja vista que este cedeu parte de sua liberdade incondicional para viver em comunidade, formando assim o que se conhece hoje como Estado. E esse Estado foi criado para proteção dos cidadãos contra a barbárie do estado de natureza, e não para arbítrios cometidos em total desrespeito às liberdades individuais e coletivas, conforme se presenciou durante as duas grandes guerras.

Assim, a possibilidade de averiguação da legislação ordinária com os ditames constitucionais é chamada de controle de constitucionalidade, o qual poderá ser realizado pelo Poder Judiciário ou por um órgão especial criado para tal finalidade.

Dentro do controle de constitucionalidade encontram-se ainda reconhecidos pelos juristas dois tipos de controle, um difuso, de origem norte-americana, exercido por qualquer órgão do poder judiciário, e um concentrado, com influência do continente europeu, exercido por um órgão especial criado para tal finalidade que poderá ser ou não do Poder Judiciário.

O Brasil adotando um sistema misto reconhece como integrante do ordenamento jurídico, o controle difuso e o controle concentrado. Aquele exercido por qualquer órgão do Poder Judiciário e em qualquer instância, bem como pelo próprio STF, enquanto o controle concentrado é exercido com exclusividade pelo Supremo Tribunal Federal. .

Importante consideração a ser feita diz respeito aos efeitos produzidos na declaração de inconstitucionalidade da norma, haja vista que para o controle difuso os efeitos da decisão são *inter partes* e no controle concentrado *erga omnes.*

Mesmo quando exercido pelo Supremo Tribunal Federal, os efeitos do controle difuso eram tradicionalmente vistos como limitados às partes liti-

gantes, não indo além dos muros processuais da demanda levada ao conhecimento do mundo jurídico. Entretanto, já não se possa mais falar sobre tal limitação em decorrência do acréscimo ocorrido no artigo 102 da CF, com a inclusão do parágrafo terceiro, que preceitua ser necessário, a parte interessada demonstrar a repercussão geral da questão constitucional que envolve o caso para admissão do recurso extraordinário.

Desta forma, deve-se repensar se realmente os efeitos da decisão proferida no Recurso Extraordinário limitam-se aos litigantes do processo, não interessando juridicamente a mais ninguém, ou sua extensão vai além da causa, haja vista a repercussão geral que a envolve, a qual deve ser demonstrada pelo recorrente, sob pena de não admissão do recurso.

E esta é a tarefa precípua desta pesquisa, demonstrar que se o caso é de repercussão geral, a inconstitucionalidade não está restrita às partes litigantes, bem como uma vez demonstrada a repercussão, é claro que a decisão vai além dos limites processuais da causa, atingindo também outros interessados que por ventura estejam em situação jurídica e processual semelhantes.

Hodiernamente fica difícil restringir ou delimitar os efeitos do recurso extraordinário às partes interessadas, bem como não reconhecer a transmudação ocorrida lentamente nas funções do Supremo Tribunal Federal para verdadeiro guardião da Constituição, haja vista a concentração de meios tendentes ao controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro.

2 BREVE HISTÓRICO SOBRE A SUPREMACIA CONSTITUCIONAL E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Segundo o professor *Dimitri Dimoulis,* para se desempenhar a tarefa do controle de constitucionalidade, o fiscal da Constituição deve formular definições de Constituição, dispositivos constitucionais e de interpretação Constitucional.[1]

1 "Se o parâmetro do controle de constitucionalidade é sempre a 'Constituição'(rígida), o fiscal da Constituição só pode desempenhar suas tarefas se possuir um conceito de Constituição(rígida). Em particular deve formular as seguintes definições:1. Definição de 'Constituição': O que é a Constituição? Conjunto de normas que distribuem competência? Instrumento que garante a manutenção do poder político? Instrumento de preservação da liberdade individual mediante limitação do poder político? Um pedaço de papel? Aquilo que o fiscal da Constituição dirá que ela é, sendo ele fiscal dele mesmo? Estatuto político do jurídico? Sistema aberto de princípios e normas ? Expressão do valores superiores da Comunidade? Conjunto de normas com valor supralegislativo? Uma combinação de elementos anteriores? 2. Definição de dispositivos constitucionais. Indicar quais textos normativos pertencem à constituição. Isso não se decide de maneira uniforme em vários países e

Continuando seus ensinamentos lembra que não se pode tutelar algo que não se conhece, quais são os seus elementos e como se interpreta.

Não se tem como pretensão o aprofundamento sobre o conceito e o modo de interpretação da constituição, uma vez que não faz parte dos objetivos do trabalho, intenta-se aqui apenas fazer referência às atividades que deve ter em mente o fiscal da Constituição, seja na atuação singular ou como órgão colegiado.

Destarte, antes de adentrar na esfera propriamente dita do controle de constitucionalidade é de suma importância entender um pouco sobre o movimento constitucionalista que elevou a Constituição ao topo do ordenamento jurídico, de modo a ser hoje o mais importante documento político e jurídico tendente à organização do poder estatal e garantidor de direitos e deveres fundamentais da pessoa humana.

Verifica-se no curso da história da humanidade que a ideia de Constituição como lei fundamental tem origem em dois importantes movimentos históricos: a independência das colônias inglesas na América, em 1776 e a Revolução Francesa de 1789. Embora como bem leciona o Juiz Federal Edilson Pereira Nobre, a ideia de supremacia da Constituição tenha encontrado no sistema jurídico norte-americano aceitação em decorrência da doutrina defensora do federalismo, tal fato não encontrou respaldo de imediato no continente europeu.

> Razões de ordem política, principalmente as decorrentes dos conflitos entre os liberais e a monarquia, fizeram com que a idéia de supremacia constitucional, a revestir diploma normativo escrito que se impunha obrigatoriamente aos órgãos do Estado, não grassasse na Europa do Século XIX.
> Somente a partir do término da Primeira Guerra Mundial, tal convicção começa a ganhar prestígio, o que não ocorreu sem fortes resistências, conforme se pode notar da polêmica entre Kelsen e Carl Smith.[2]

que pode variar em diferentes momentos históricos. 3. Definição da interpretação constitucional. Determinar os métodos que permitem (re)construir o sentido de seus textos , os argumentos interpretativos que podem ser aplicados em caso de duvida e as formas de solução de antinomias. Dimitri Dimoulis. "Onze teses sobre o controle de constitucionalidade". **RBEC**, Belo Horizonte, ano 1, n 2, p. 155-166, abr./jun 2007

2 NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira, "A jurisdição constitucional e a Emenda Constitucional 45/04". **Revista da Ajuris**, ano 32, n. 98, jun. 2005, p. 42

O próprio Hans Kelsen, na tentativa de purificar o direito de todos os demais elementos que dele não faziam parte, criou a Teoria Pura do Direito, onde ao cientista do direito caberia revelar tudo o que faz parte da ciência jurídica, separando o que é Direito do que não era Direito, e este era o principal objeto da ciência jurídica.[3]

Em suas lições defendia que o ordenamento jurídico tinha fundamento em uma norma a qual foi denominada de norma fundamental, e como o próprio nome diz fundamento de validade das demais normas do sistema, logo em seguida à referida norma encontra-se a Constituição, que segundo o próprio Kelsen, "se começarmos levando em conta apenas a ordem jurídica estadual, a Constituição representa o escalão de Direito positivo mais elevado. A Constituição é aqui entendida num sentido material, quer dizer: com esta palavra significa-se a norma positiva ou as normas positivas através das quais é regulada a produção das normas jurídicas gerais".[4]

Assim como Kelsen outras vozes começaram a defender uma lei maior, que fundamentasse as demais, de modo a assegurar direitos e deveres que todos aceitassem a cumprir, não porque lhe foram impostas, mas porque refletiam aquilo que os membros daquela sociedade reconheciam como tal.

Nesse cenário mundial de profundas transformações sociais, ocasionadas por importantes movimentos históricos, destacando-se principalmente a Revolução Francesa, a Independência dos Estados Unidos e logo em seguida a Revolução Industrial, a humanidade caminhou para um nível de conscientização tal que não mais admitiria a implantação de governos totalitários ou despóticos.

Já se figurava no cenário mundial a tendência ao reconhecimento da Constituição como lei fundamental do Estado. Porém, somente depois da 2ª Guerra Mundial houve a expansão da justiça constitucional, na tentativa de frear governos autoritários.

Atualmente, encontram-se a maioria dos Estados democráticos, politicamente organizados através de um documento escrito e elaborado por

3 "Na afirmação evidente de que o objeto da ciência jurídica é o Direito, está contida a afirmação – menos evidente – de que são as normas jurídicas o objeto da ciência jurídica, e a conduta humana só o é na medida em que é determinada nas normas jurídicas como pressuposto ou conseqüência, ou – por outras palavras – na medida em que constitui conteúdo de normas jurídicas". HANS, Kelsen. **Teoria pura do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 79.

4 HANS, Kelsen. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 247.

um Poder Constituinte, concedido pelo povo, verdadeiro titular do poder estatal. E este documento escrito trata-se da Constituição, que além de fundamentar o poder estatal, proteger os direitos e garantias fundamentais do homem, é fonte de validade das demais normas do ordenamento jurídico.

As Constituições escritas passaram a ser importantes instrumentos de defesa dos direitos fundamentais e de organização e limitação do poder estatal. A Constituição não era apenas mais uma lei, mas a norma onde todas as demais encontrariam seu fundamento e toda norma que contra a mesma dispusesse deveria ser retirada do mundo jurídico. Assim, uma vez elevada à categoria de principal norma jurídica seria necessária a criação de mecanismos que assegurassem sua supremacia face às demais.

Surge então a jurisdição constitucional e como bem leciona Lênio Streck "a compreensão acerca do significado do constitucionalismo contemporâneo, entendido como o constitucionalismo do Estado Democrático de Direito, a toda evidência implica a necessária compreensão da relação existente entre Constituição e jurisdição constitucional".[5]

Assim, a grande importância da jurisdição constitucional é a possibilidade de aferição das normas jurídicas com os princípios e normas da Constituição da qual encontram fundamento. Neste contexto, surge o chamado controle de constitucionalidade das leis, cuja principal atividade é o cotejamento da legislação ordinária ou demais atos normativos com a Constituição do país. Entretanto, junto com essa possibilidade de averiguação da constitucionalidade ou não de uma norma, surge a preocupação e o debate: a quem efetivamente entregar tão importante função, haja vista que dela depende não só a salvaguarda dos direitos fundamentais, mas também a própria existência do Estado democrático.

> O ponto mais grave da questão reside em determinar que órgão deve exercer o chamado controle de constitucionalidade. Sem esse controle a supremacia da norma constitucional seria vã, frustrando-se assim a máxima vantagem que a Constituição rígida e limitativa de poderes oferece ao correto, harmônico e equilibrado funcionamento dos órgãos do Estado e sobretudo, a garantia dos direitos enumerados na lei fundamental.[6]

5 STRECK, Lênio. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: uma nova crítica do direito. São Paulo: Forense, 2004. p. 13.

6 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores. 2008, p. 297.

Sem adentrar nas inúmeras classificações que são propostas pela doutrina, quanto ao controle de constitucionalidade, ter-se-á por bem apenas fazer referência aos tipos de controle adotados pelo ordenamento jurídico brasileiro.

No Brasil a jurisdição constitucional é exercida pelo Poder Judiciário. O país adotou um sistema misto de controle de constitucionalidade, o controle difuso, realizado por todo e qualquer órgão do poder judiciário, inclusive pelo próprio Supremo Tribunal Federal, e o controle concentrado, realizado apenas e com exclusividade pela mais alta corte de justiça do país, o STF.

Ressalte-se, entretanto, que o legislativo e o executivo também participam do controle de constitucionalidade. O primeiro quando da elaboração da lei, através de suas comissões de Constituição e Justiça, e o segundo através do veto, que pode ter como fundamentação a inconstitucionalidade da lei ou do dispositivo legal vetado.

O controle difuso encontra fundamento jurídico no artigo 97 da CF, o qual preceitua que *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*. A sua extensão aos juízes monocráticos ou juízes de primeira instância poderá fundamentar-se no artigo 5º, inciso XXXV da CF/88 que preceitua: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

> O controle difuso de origem norte-americana, surgiu a partir do famoso caso "Marbury vs Madison", onde o brilhante juiz Marshall sustentou a "irrefutável tese da supremacia da lei constitucional sobre lei ordinária, ao declarar, na espécie julgada, que todo ato do Congresso contrário à Constituição federal deveria ser tido por nulo, inválido e ineficaz(null and void and of no effect)[7].

O controle concentrado, com base nos ensinamentos de Kelsen, trata de um controle por via de ação, onde se poderá analisar a lei *in abstrato* cuja responsabilidade é delegada a um órgão especial, seja do poder judiciário ou não. No Brasil tal função é exercida pelo Supremo Tribunal Federal.

7 BONAVIDES, op. cit., p. 311.

O Brasil adotou dois sistemas jurisdicionais de controle de constitucionalidade adaptando-os a realidade nacional, como já dito trata-se do controle difuso/incidental e o controle concentrado/direto. Com a crescente importância da jurisdição constitucional nos Tribunais Superiores, principalmente exercida mediante as ações declaratórias de inconstitucionalidade, percebe-se uma inexpressiva utilização do controle difuso nas instâncias de primeiro grau.

3 PRESSUPOSTOS PARA O CONTROLE DIFUSO E A SUA IMPORTÂNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL

Como já afirmado, o Brasil adotou no âmbito da jurisdição constitucional um sistema misto de controle de constitucionalidade, apresentando-se no cenário jurídico o controle difuso e o controle concentrado. O controle difuso inspirado no sistema americano, adotado desde a primeira Constituição Republicana. E controle concentrado introduzido no ordenamento jurídico pela Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965, que alterou o texto da Carta Republicana de 1946, introduzindo a chamada Representação de Inconstitucionalidade. Atualmente, ganhou projeção o controle direto após a Constituição Federal de 1988, principalmente após a designação do STF como guardião da Constituição, sendo sua função precípua.

No Brasil a supremacia da Constituição Federal é resguardada pelos dois sistemas de controle de constitucionalidade adotados. O controle difuso conforme bem observa o prof. Paulo Bonavides é que "melhor se presta a resguardar os direitos individuais, os quais encontrariam proteção bem superior, do ponto de vista da eficácia, no remédio jurisdicional da via de exceção"[8]

O controle difuso foi adotado desde a primeira Constituição Republicana (1891). É exercido por qualquer órgão do Poder Judiciário, inclusive pelo STF.

O Recurso Extraordinário é a via mais utilizada para o pronunciamento do STF em sede de Controle Difuso. Portanto, neste aspecto, o maior interesse da pesquisa é analisar os efeitos do Recurso Extraordinário, após a adoção da repercussão geral, haja vista que a decisão teoricamente geraria efeitos somente *inter partes*.

8 BONAVIDES, op. cit., p.308.

O artigo 102 da Constituição Federal de 1988 disciplina o Recurso Extraordinário nos seguintes termos:

> 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 inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
> c) julgar válida lei ou ato do governo local contestado em face desta Constituição;
> d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

Segundo o professor André Ramos Tavares[9] são pressupostos constitucionais para o recurso extraordinário:

a) a existência de uma causa e seu sentido preciso, ou seja, todo e qualquer processo judicial;
b) existência de uma decisão da qual se possa recorrer extraordinariamente, envolvendo decisões monocráticas ou de colegiados, de mérito ou sobre questão formal. As decisões definitivas de mérito ou meramente terminativas, portanto que o processo ou a causa já tenha recebido apreciação judicial;
c) necessidade de prévio esgotamento das instâncias inferiores;
d) impossibilidade de revisão da matéria de fato, haja vista o enunciado da súmula 279 do STF: "Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário". Desta forma, as instâncias inferiores decidem soberanamente em matéria fática.

Como o controle difuso é exercido dentro de uma lide, em um processo *inter partes*, a legitimidade tanto poderá ser do autor da ação como do réu, sendo, portanto, impreciso classificá-lo como meio de defesa, uma vez que poderá ser usado por ambas as partes litigantes. No entanto, poderá ser classificado como via de exceção ou incidental, já que deverá decidir uma questão prejudicial ao mérito da causa.

A competência para conhecer do Recurso Extraordinário é exclusi-

9 TAVARES, André Ramos. Perfil Constitucional do Recurso Extraordinário**.** In: **Aspectos Atuais do Controle de Constitucionalidade no Brasil**. São Paulo: Editora Forense.

vamente do Supremo Tribunal Federal. Vale aqui destacar que o controle difuso poderá ainda chegar ao Supremo por meio de sua competência originária ou ordinária, e não apenas pelo Recurso Extraordinário, já que naquelas poderá ser suscitada a inconstitucionalidade incidental de uma determinada matéria. Entretanto, o presente trabalho se limitará à análise do Recurso Extraordinário após a EC nº 45/2004.

O controle difuso de inconstitucionalidade, seja exercido pelo STF ou por qualquer órgão do judiciário, decide um caso concreto, soluciona uma questão dita incidental cuja constitucionalidade ou não influenciará na solução do mérito da demanda. Neste caso, o juiz não declara a inconstitucionalidade, o que é feito através do controle concentrado; reconhecida a inconstitucionalidade, o magistrado afasta a norma inconstitucional deixando de aplicá-la ao caso concreto.

A grande crítica que sofre o controle difuso é justamente a possibilidade de não produzir efeitos *erga omnes*, haja vista que mesmo quando a matéria é decidida pelo STF os efeitos são restritos às partes litigantes, necessitando da intervenção do Senado para a suspensão da lei declarada inconstitucional. O que na história do controle difuso, não se tem notícia de alguma suspensão procedida por este órgão do Poder Legislativo.

Ademais, o controle concentrado tem encontrado nas últimas décadas um maior espaço no ordenamento jurídico nacional, muito embora limitada sua legitimidade de ação pelo próprio texto constitucional, em decorrência de dois fatores primordiais: o fortalecimento do Supremo Tribunal Federal quanto ao pronunciamento em matéria constitucional e os meios de controle adotados pela Constituição Federal.

4 A REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO E SUA IMPORTÂNCIA PARA O CONTROLE DIFUSO

Conforme afirmado alhures o controle difuso até hoje encontra certa resistência no cenário nacional em grande parte decorrente da possibilidade de somente gerar efeitos entre as partes do processo no qual foi decidida a questão, enquanto o controle de constitucionalidade concentrado gera efeitos contra todos e a decisão é prolatada pelo STF, no Brasil última instância em matéria constitucional.

Outra crítica também sofrida pelo controle difuso é quanto à não

existência no Brasil da tradição do *stare decisis* ou do *commom low* de origem anglo-saxônica. Essa tradição diz respeito aos precedentes judiciais os quais têm força vinculativa para os demais órgãos julgadores, caso a decisão seja proferida por um tribunal com competência para decidir a matéria. No Brasil, tradicionalmente, os precedentes dos tribunais não vinculavam os magistrados de primeiro grau que possuem no livre convencimento e na obrigatoriedade da fundamentação de suas decisões, princípios norteadores da independência institucional para a aplicação do direito.

Com a reforma do judiciário introduzida pela Emenda Constitucional nº 45/2004, e a introdução de institutos como a súmula vinculante e a repercussão geral, acredita-se que significativas mudanças foram introduzidas na seara do controle difuso.

Embora não se tenha aumentado os poderes dos magistrados de primeira instância quanto à possibilidade de controle da constitucionalidade das leis dentro do chamado controle difuso, o que talvez permaneça no mesmo panorama, ou seja, em raríssimas ações, haja vista que pouco se faz uso de tão importante instituto em defesa dos direitos fundamentais. Por outro lado já não se pode mais afirmar que, após a inclusão da chamada repercussão geral, os efeitos do controle difuso dentro do Recurso Extraordinário esteja restrito às partes litigantes.

Veja-se que com a emenda constitucional nº 45/2004 foi acrescentado o parágrafo terceiro ao artigo 102 da Constituição Federal que assim prescreve:

> § 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. (grifo)**

Ora, pela leitura do artigo percebe-se que a principal exigência para a admissão do Recurso Extraordinário é a demonstração da repercussão geral. E o que seria a repercussão geral?

Como a própria emenda constitucional previu a possibilidade de ser fixada pelo legislador ordinário. A matéria foi regulamentada pela Lei nº 11.418, de 19 de dezembro de 2006, que acrescentou os artigos 543-A e

543-B ao Código de Processo Civil.

O legislador não procurou definir os termos exatos do que seria a repercussão geral, ofertou alguns elementos para que se possa retirar uma noção do que seja uma lide com repercussão geral.

Inicialmente, tem-se que se uma decisão for contrária à súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal, sempre haverá repercussão geral, conforme disciplinado no parágrafo 3º do artigo 543-A do CPC. Desta forma, quando o recurso demonstrar que a decisão recorrida contrariou súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal a repercussão é presumida, devendo o recurso ser admitido. Presume-se a Repercussão Geral quando a decisão contrariar súmula ou jurisprudência dominante. Restaria aqui uma indagação: a súmula ou a jurisprudência dominante do Tribunal é em matéria constitucional? Já que o artigo não faz nenhuma referência sobre o tema que envolve a súmula ou a jurisprudência. A resposta que se impõe a essa indagação é afirmativa, ou seja, a matéria da súmula ou da jurisprudência, deve estar vinculada ao que dispõe o artigo 102, inciso III da CF/88, haja vista que se trata de Recurso Extraordinário, não podendo ser alegada qualquer matéria sumular. Destarte, mesmo sendo uma repercussão presumida, a matéria alegada tem que estar de acordo com o artigo 102, inciso III, sob pena de ser rejeitada por não se tratar de matéria constitucional.

No parágrafo primeiro do artigo 543-A do CPC o legislador afirmou 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 causa".

Assim, têm-se dois importantes elementos a serem consideradas a relevância e a transcendência da matéria.

A relevância da questão deverá ser do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico. Deixou o legislador em aberto a delimitação do que seja relevante do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, cabendo ao STF dizer o que sob estes aspectos se torna apreciável em sede de Recurso Extraordinário.

O outro elemento da repercussão geral é a transcendência da causa, ou seja, a decisão a ser tomada não interessa somente às partes do processo, o interesse vai além, atinge outras pessoas e lides que podem estar em situ-

ações idênticas, análogas ou semelhantes.

Vale ressaltar que ainda de acordo com a disciplina da Repercussão Geral, quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, o Tribunal de origem selecionará um ou mais recursos representativos da controvérsia, remetendo-o ao Supremo e sobrestando os demais até o pronunciamento da corte. Uma vez negada a repercussão geral os demais feitos sobrestados serão automaticamente considerados não admitidos.

Hodiernamente com a repercussão geral adotada pelo constituinte reformador fica difícil aceitar que o controle difuso em sede de Recurso Extraordinário terá efeitos restritos às partes litigantes. A uma porque é condição *sine qua non* que a matéria tenha relevância extraprocessual, que o seu interesse seja tal que não apenas atinja as partes processuais, ou mesmo que atingindo apenas os litigantes, envolva um valor econômico, político, social ou jurídico de tal monta que mereça apreciação pela suprema corte brasileira. A duas porque o próprio legislador deixou claro que uma vez decidida a não existência da Repercussão Geral, o principal efeito da decisão é não serem admitidos os demais recursos com matéria idêntica até revisão da tese. Olhando por outro ângulo isso significa dizer que se a causa não ultrapassar os limites da lide, a matéria não tem relevância para ser apreciada pela suprema corte. Como afirmar que no controle difuso a decisão é apenas entre os litigantes, se a lei agora exige que os efeitos extrapolem os limites da subjetividade da causa.

Sabe-se que o objetivo da reforma em adotar a repercussão geral para admissão do RE seria barrar os inúmeros processos que chegam anualmente na Suprema Corte do país sem o devido respaldo constitucional, muitas vezes abarrotando o Tribunal de processos ou ocasionando incontáveis recursos meramente protelatórios. Entretanto, ao dar ao Recurso Extraordinário a roupagem da repercussão geral, o constituinte derivado ampliou os efeitos da decisão em sede de controle difuso.

Repita-se, embora não modificado o controle de constitucionalidade difuso a nível de primeira instância, porém sua importância no mundo jurídico ficou fortalecida com as transformações ocorridas em sede de recurso extraordinário, demonstrando sua necessidade de ainda permanecer no ordenamento jurídico nacional, haja vista que continua sendo importante meio posto à disposição de qualquer cidadão na defesa da Constituição. Veja que no controle

concentrado só indiretamente teria o indivíduo seus interesses preservados, pois necessita que as pessoas legitimadas proponham as ações pertinentes tendentes à conservação e prevalência da supremacia constitucional.

5 A COMPETÊNCIA DO SENADO QUANTO À SUSPENSÃO DA LEI INCONSTITUCIONAL

De acordo com o que foi explanado, atualmente, já não se pode afirmar categoricamente que o controle difuso restringe-se às partes litigantes, haja vista que em sede de recurso extraordinário faz-se necessária a comprovação da repercussão geral, e entre os elementos desta destaca-se a transcendência da matéria.

Fato importante neste aspecto seria questionar a competência do Senado para a suspensão da lei declarada inconstitucional pelo STF.

É do conhecimento geral que tradicionalmente o controle difuso gerava apenas efeitos *inter partes,* mesmo quando decidida a causa pelo Supremo Tribunal Federal, porque somente com a atuação do senado se daria efeitos *erga omnes* à decisão, uma vez que segundo o artigo 52 , inciso X da CF é o Senado competente privativamente para "suspender a execução no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal".

Por sua vez o próprio STF partilhava o entendimento de que a competência do Senado não estava vinculada à decisão da corte. O órgão legislativo tinha a opção de escolher ou não a possibilidade de suspensão da norma. Em outros termos, o Senado não estava obrigado a suspender a execução da lei, o exercício de tal competência seria uma faculdade.

Entretanto, tal entendimento vem se modificando, inclusive com defesa do Ministro Gilmar Mendes que leciona a necessidade de se repensar a competência do Senado quanto à suspensão da legislação declarada inconstitucional, levando-se principalmente em conta as modificações do texto constitucional e o contexto que atualmente se encontra o controle difuso.

> Por razões de ordem pragmática, a jurisprudência e a legislação têm consolidado fórmulas que retiram do instituto da 'suspensão da execução da lei pelo Senado Federal' significado substancial ou de especial atribuição de efeitos gerais à decisão proferida no caso concreto.

> Como se vê, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, acabaram por ter eficácia que transcende o âmbito da decisão, o que indica que a própria Corte vem fazendo uma releitura do texto constitucional do artigo 52, inciso X da Constituição de 1988 que, como já observado, reproduz disposição estabelecida, inicialmente, na Constituição de 1934(art. 91, IV) e repetida nos textos de 1946(art. 46) e de 1967(art. 42, VIII). [10]

A impressão que se tem é que o próprio STF está reconhecendo a importância do controle difuso de constitucionalidade diante das inovações implantadas pela EC nº 45/2004, bem como avoca para si a função precípua de guardião da constituição.

Germina no Supremo Tribunal Federal a ideia de que a competência do Senado é apenas para dar publicidade à decisão da corte, não sendo a suspensão necessária para dar efeitos *erga omnes* às decisões proferidas de modo definitivo em sede de controle incidental.

> Portanto, a não-publicação, pelo Senado Federal, de Resolução que, nos termos do art. 52, X da Constituição, suspenda a execução da lei declarada inconstitucional pelo STF, não terá o condão de impedir que a decisão do Supremo assuma a sua real eficácia jurídica.[11]

Parece incoerente aceitar que em uma decisão liminar se suspenda a eficácia de uma lei, em uma Ação Declaratória de Inconstitucionalidade, e que em uma decisão definitiva de mérito com reconhecimento da relevância da matéria pelo acolhimento da repercussão geral, aguarde-se pela atuação do Senado para a suspensão da lei para produzir efeitos *erga omnes*.

Importante é destacar que seja para apenas dar publicidade à decisão ou para efetivamente suspender a lei, o que se verifica concretamente são duas mudanças de ordem prática, A primeira diz respeito à reivindicação do STF da sua função de guardião da Constituição nos termos do artigo 102 da CF/88, onde lhe foi concedida como função principal a guarda da Constituição.

10 MENDES, Gilmar. A reclamação constitucional no supremo tribunal federal: In: **Leitura Complementares de Direito Constitucional.** Controle de Constitucionalidade e Hermenêutica Constitucional. Org. Marcelo Novelino. Bahia: Editora Juspodivm. 2008. p. 430.

11 MENDES, Gilmar, op. cit., p. 433.

A segunda mudança que se apresenta diz respeito à força normativa da decisão do STF, uma vez que poderá atingir os demais recursos com matéria semelhante, por força do dispositivo constitucional da repercussão geral e pelas modificações introduzidas no CPC quanto aos recursos que por ventura fiquem sobrestados nos Tribunais de origem.

Desta forma, antes da Emenda Constitucional nº 45/2204, todas as demandas cuja matéria tinha sido decidida por meio do controle difuso, necessitavam chegar ao Supremo Tribunal Federal para serem definitivamente decididas, a menos que o Senado suspendesse a lei para que tivesse efeitos *erga omnes*. Destarte, incontáveis eram os processos que passavam anos para serem solucionadas até conseguirem uma decisão definitiva prolatada pela Suprema Corte brasileira.

As partes e o próprio Supremo ficavam indevidamente à espera que o Senado resolvesse suspender a lei por meio de uma Resolução. Um dos entraves para a eficácia e a efetividade do controle difuso seria essa espera da suspensão da lei pelo Senado, o que como consequência levava ao STF inúmeros recursos extraordinários.

Em que pesem as críticas quanto à adoção da repercussão geral no ordenamento jurídico brasileiro, acredita-se que sua inclusão na CF/88 vem valorizar as decisões proferidas dentro do Recurso Extraordinário, uma vez que permitindo a expansão dos efeitos da decisão para outros processos, atenuar-se-á a incoerência de limitar os efeitos às partes do processo, muito embora a questão tenha sido decidida pelo STF, última instância em matéria de Controle de Constitucionalidade das leis no Brasil.

Igualmente, merece destacar que com a inclusão da chamada "súmula vinculante", outra oportunidade se abriu ao Supremo Tribunal Federal em dar efeitos *erga omnes* às suas decisões em sede de controle de difuso. Uma vez que sobre a matéria poderá enunciar uma súmula vinculante, a qual nos termos do artigo 103-A da CF/88 "terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal".

Agora como as decisões do recurso extraordinário ultrapassam os limites processuais da demanda, e que a relevância da causa figura-se sob o aspecto econômico, político, social ou jurídico, em consonância com os objetivos da súmula vinculante, poderá o STF fazer uso do instituto para dar a sua decisão um efeito

erga omnes, inclusive com possibilidade das supostas demandas que seriam geradas com a matéria nem sequer chegar ao Poder Judiciário, uma vez que a própria súmula vinculará a própria administração pública direta e indireta.

Dispõe o Art. 103-A da Constituição Federal:

> 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 pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder a sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

Destarte, não especificou a Constituição Federal quais os tipos de decisões e em que tipo de procedimento poderá o STF enumerar súmula com efeitos vinculantes, apenas que a decisão seja sobre matéria constitucional, o que de todo parece ser irrelevante, uma vez que fora os casos de foro privilegiado, toda a competência do Supremo é de natureza constitucional.

A questão parece estar se materializando no STF, uma vez que no julgamento do Recurso Extraordinário 565.714 o Plenário decidiu por sumular a matéria de modo vinculante, dando ensejo à súmula nº 4, que preceitua *in verbis*: "Salvo nos casos previstos na Constituição, o salário mínimo não poder usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial". Foram considerados para a Súmula os precedentes dos seguintes Recursos Extraordinários: 236.396, 208.684, 217.700, 221234, 338760.

Ademais, em caso de descumprimento das decisões contam, ainda, os interessados com o instituto da Reclamação Constitucional.

6 CONCLUSÃO

Tendo em vista o que foi exposto, pode-se concluir que:

a) o controle difuso embora de grande relevância para a defesa dos direitos individuais durante anos sofreu severas críticas da doutrina

nacional em decorrência principalmente dos efeitos de sua decisão, haja vista que ficavam restritos às partes do processo e que mesmo quando decidido pelo próprio STF, ficava dependendo de uma Resolução do Senado para produzir efeitos *erga omnes*. Ademais, segundo entendimento do STF, a função do Senado na suspensão da lei seria apenas uma faculdade, o que não o obrigava a suspender a execução da lei, mesmo após ser comunicado pelo Tribunal. Isso gerava alguns inconvenientes, entre eles os inúmeros recursos que eram submetidos a julgamento pelo STF a fim de solucionar a questão constitucional;

b) após a emenda Constitucional nº 45/2004 o controle difuso passou por uma espécie de reformulação, ou como já afirmando ganhou uma nova roupagem, dentro do ordenamento jurídico, com a adoção da chamada repercussão geral para conhecimento do Recurso Extraordinário.

A Repercussão Geral foi disciplinada pela Lei nº 11.418, de 19 de dezembro de 2006, que acrescentou os artigos 543-A e 543-B ao Código de Processo Civil. Segundo a disciplina do CPC a lide apresentará repercussão geral quando apresentar relevância e interesse que ultrapassam os limites subjetivos do processo atingindo.

Ora, sendo a repercussão geral condição necessária para o conhecimento do Recurso Extraordinário, e tendo o legislador afirmado que a causa tem repercussão quando a matéria ultrapassa os interesses das partes envolvidas, é forçoso concluir que os efeitos do controle difuso para as decisões do STF não mais se restringem às partes litigantes.

Vale ressaltar que para reforçar a ideia da necessidade da matéria ultrapassar os limites subjetivos da demanda, estipulou ainda o legislador que o reconhecimento da inexistência da repercussão geral, salvo revisão da tese, atingirá todos os processos com matéria idêntica. Isto por via contrária quer dizer que a causa interessa somente às partes interessadas, não tendo relevância para conhecimento pela Suprema Corte.

Assim, chega-se a, no mínimo uma afirmação, o controle difuso a ser exercido nestes casos não se restringe mais às partes interessadas, uma vez que a matéria somente será conhecida se atingir outros interessados;

c) a inclusão da repercussão geral foi uma medida tomada visando precipuamente impedir a remessa de inúmeros processos ao STF com cau-

sas semelhantes já decididas. Por outro lado, percebe-se que a Suprema Corte busca avocar para si a função de guardião da Constituição, uma vez que seja qual for a forma de controle de constitucionalidade, difuso ou concentrado, seu posicionamento deverá prevalecer, haja vista que é o Tribunal que tem a última palavra em matéria constitucional no Brasil. Tal fato apresenta-se como um importante passo para que o Supremo assuma efetivamente a sua função como corte constitucional e não apenas como mais uma instância revisora;

d) o atual entendimento de que a competência do Senado, quanto à suspensão da lei declarada inconstitucional, é de apenas dar publicidade à decisão do STF, vem a reforçar a noção de que o principal guardião da constituição é o próprio Supremo Tribunal Federal. Todos devem respeito, mas ao Supremo lhe foi confiada a guarda. E como já explanado no item anterior ficaria incoerente assumir o papel de Corte Constitucional se as decisões definitivas prolatadas em sede de recurso extraordinário não pudessem atingir outras lides semelhantes, apenas porque a lei deverá ser suspensa por outro órgão estatal, no caso o Senado Federal, nos termos do artigo 52, X da CF/88.
Ademais, diante da inércia do Senado em suspender a lei, o Supremo poderá contar ainda com a súmula vinculante para dar efeito *erga omnes* à suas decisões, caso a matéria já tenha sido decidida reiteradas vezes pela Corte. Fato este que já encontra apoio no STF, podendo ser citado como exemplo a súmula vinculante nº 4 que foi editada após julgamento de alguns Recursos Extraordinários sobre a matéria;

e) finalmente chega-se a uma importante conclusão: que o controle difuso sofreu significativas mudanças após a EC nº 45/2004, com a inclusão da repercussão geral como condição para conhecimento do Recurso Extraordinário e com a possibilidade de edição de súmulas vinculantes pelo STF. Embora não tenham ocorrido mudanças significativas com relação aos magistrados de primeira instância, o que é lamentável, entretanto, quando o controle for exercido pelo STF os efeitos serão estendidos a outros processos semelhantes, dando-se respaldo à decisão prolatada pela corte constitucional brasileira, o que já não era sem tempo.

REFERÊNCIAS

BINENBOJM, Gustavo. A democratização da Jurisdição constitucional e o contributo da Lei nº 9868/99. In: **Leituras Complementares de Direito Constitucional. Controle de Constitucionalidade e Hermenêutica Constitucional.** Marcelo Novelino (Org.). Bahia: Juspodivn, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores. 2008.

CARVALHO, Kildare Gonçalves de. **Direito Constitucional**: Teoria do Estado e da Constituição. Belo Horizonte: Del Rey. 2004

CUNHA JR., Dirley DA. O princípio do 'stare decisis' e a decisão do Supremo Tribunal Federal no Controle Difuso de Constitucionalidade. In: **Leitura Complementares de Direito Constitucional. Controle de Constitucionalidade e Hermenêutica Constitucional.** Marcelo Novelino (Org.). Bahia: Juspodivn, 2008, pág. 283/307.

DIDIER JR., Fredie. O recurso extraordinário e a transformação do controle difuso de constitucionalidade no Direito brasileiro. **In: Leituras Complementares de Direito Constitucional.** Controle de Constitucionalidade e Hermenêutica Constitucional. Marcelo Novelino (Org). Bahia: Juspodivn, 2008.

DIMOULIS, Dimitri. Onze teses sobre o controle de constitucionalidade. **RBEC**, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, p. 155-166, abr./jun 2007, 2006.

HANS, Kelsen. **Teoria pura do direito.** Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins.

JAFFIN, George H. Evolução do Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das leis nos Estados Unidos. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, ano 38, v. LXXXVI.

MENDES, Gilmar. A reclamação constitucional no supremo tribunal federal. In: **Leituras Complementares de Direito Constitucional. Controle de Constitucionalidade e Hermenêutica Constitucional**. Marcelo Novelino (Org). Bahia: Juspodivn, 2008.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. A jurisdição constitucional e a Emenda Constitucional 45/04. São Paulo: Forense, 2004. **Revista da Ajuris**, ano 32, n. 98, jun./2005.

STRECK, Lênio. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica:** uma nova crítica do direito. São Paulo: Forense, 2004.

TAVARES, André Ramos. **Perfil Constitucional do Recurso Extraordinário.** In: Aspectos Atuais do Controle de Constitucionalidade no Brasil. André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg (Orgs.). Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

VELOSO, Zeno Augusto Bastos. Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade. In: **Leituras Complementares de Direito Constitucional. Controle de Constitucionalidade e Hermenêutica Constitucional.** Marcelo Novelino (Org.). Bahia: Editora Juspodivn, 2008.

Correspondência | Correspondence:

Valéria Maria Lacerda Rocha
Universidade do Estado do Rio Grande do Norte – UERN, Avenida Ayrton Senna, 4241, Neópolis, CEP 59.080-100. Natal, RN, Brasil.
Fone: (84) 3207-8789.
Email: valeriarocha@tjrn.jus.br

Recebido: 20/05/2010.
Aprovado: 01/06/2010.