
CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO. UMA BREVE ANÁLISE

OBJECTIFICATION OF JUDICIAL REVIEW. A BRIEF REVIEW

*Márcia Sousa de São Paulo
Procuradora Federal
Atuação na Divisão de Assuntos Prioritários
Departamento de Contencioso/PGF*

1 Considerações Iniciais; 2 O controle jurisdicional da constitucionalidade no Brasil; 3 A influência do Direito Americano; 4 O processo de objetivação; 5 A jurisprudência atual do STF; 6 Considerações finais; Referências.

RESUMO: Neste trabalho estudamos a feição atual do controle de constitucionalidade difuso no Brasil, em um breve quadro comparativo com o direito americano. Com a obsolescência da dicotomia do sistema de controle de constitucionalidade: americano (difuso) x europeu (concentrado), as características dos sistemas confundem-se, em prol do princípio da eficiência. Uma breve análise do panorama jurisprudencial atual do Supremo Tribunal Federal demonstra essa evolução.

PALAVRAS CHAVES: Direito americano. Stare decisis. Controle de constitucionalidade. Recurso extraordinário. Repercussão geral.

ABSTRACT: In this work we study the shape of the current diffuse control of constitutionality in Brazil, in a brief comparative table with the U.S. law. With the obsolescence of the dichotomy of the system of judicial review: American (diffuse) X Europe (concentrated), the characteristics of the systems are mixed up in favor of the principle of efficiency. A brief analysis of the current landscape of jurisprudence of the Supreme Court demonstrates this evolution.

KEYWORDS: U.S. law. Stare decisis. Judicial review. Extraordinary appeal. General repercussion.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O direito constitucional americano teve uma grande influência na construção do sistema de controle de constitucionalidade difuso brasileiro.

Hoje, em face da obsolescência da dicotomia direito europeu (concentrado) X direito americano (difuso), no Brasil, iniciamos um processo de objetivação do controle de constitucionalidade difuso, vislumbrado no posicionamento jurisprudencial atual do Supremo Tribunal Federal.

Neste novo quadro, observada a necessidade de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional surgiram novos instrumentos jurídicos, principalmente no âmbito do Supremo Tribunal Federal, que permitem a observância do princípio da eficiência, em conjunto, com a segurança jurídica no nosso ordenamento.

2 O CONTROLE JURISDICIONAL DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

A Constituição é o documento máximo na ordem jurídica brasileira. E essa supremacia exprime-se pela superioridade formal, resultado da primazia do Poder Constituinte Originário sobre os Poderes, por ele constituídos¹.

A execução deste sistema para atender os anseios da sociedade exige um sistema de controle, para que se possa regular a criação e execução das leis pelos entes legitimados, em face dos princípios constitucionais vigentes. *Eis que surge o sistema de controle de constitucionalidade*. Especificamente, neste artigo, limitado ao controle de constitucionalidade jurisdicional.

Um texto constitucional é resultado de um Hiato Constitucional, vale dizer, de um processo revolucionário. Não se vincula a nenhum preceito jurídico-positivo que lhe seja anterior, muito, embora, também nesta hipótese, os valores sociais e o Direito natural funcionem como limitação ao exercício do Poder Constituinte².

Sem o poder constituinte, essas duas categorias modernas do pensamento político não teriam vingado: *o povo e a nação*. Ambas nascem atadas a uma nova versão de soberania contida no esquema de poder constituinte. A teoria do poder constituinte só se faz inteligível à luz de considerações sobre o problema da legitimidade, cujo debate ela

1 VALDES, Roberto Blanco, *El valor de La Constitución*. Madrid: 1998. p.252. op. cit. in MENDES, Gilmar Ferreira *Curso de Direito constitucional*. 2. ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

2 DANTAS, Ivo. *Direito adquirido, Emendas constitucionais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. Renovar, 2004.

necessariamente provoca, porquanto emergiu de uma distinta concepção de autoridade governativa; uma concepção em que a titularidade do poder era deferida exclusivamente e por inteiro à Nação, única legítima para postular a obediência ou estabelecer comando na sociedade³.

A discussão na Constituinte de 1988 sobre a instituição de uma Corte Constitucional, que deveria ocupar-se, fundamentalmente, do controle de constitucionalidade, acabou por permitir que o Supremo Tribunal Federal não só mantivesse a sua competência tradicional, com algumas restrições, bem como adquirisse novas e significativas atribuições.

A Constituição Cidadã ampliou, significativamente, a competência originária do Supremo Tribunal Federal, sobretudo em relação ao controle abstrato de normas e ao controle de omissão do legislador⁴.

O *controle incidental* caracteriza-se, fundamentalmente, também no direito brasileiro, pela verificação de uma questão concreta de inconstitucionalidade, ou seja, de dúvida quanto à constitucionalidade de ato normativo a ser aplicado num caso submetido à apreciação do Poder judiciário⁵. Esse modelo teve origem no *leading case* Madison X Marbury, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos.

Em contrapartida, o *sistema de controle concentrado de constitucionalidade*, cujos parâmetros teóricos foram delineados por Hans Kelsen, e sob sua condução, introduzidos na Constituição da Áustria de 1921, traduz uma nova concepção, cabendo ao Tribunal Constitucional a competência para dirimir as questões constitucionais, suscitadas pelo Governo Federal, com referências às leis estaduais, ou pelos Governos Estaduais, quando envolva leis federais, não sendo exigível a demonstração de ofensa a qualquer interesse particular ou situação subjetiva.⁶

No Brasil, o nosso sistema atual é *misto*, adotada a possibilidade da utilização de controle difuso e concentrado de caráter jurisdicional. Embora, devamos ressaltar, ainda possibilita um controle político preventivo, seja pela análise formal da constitucionalidade do diploma legal pelas Comissões de Constituição e Justiça das casas legislativas, bem como pelo veto, atribuição do Chefe de Estado.

3 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. Malheiros. p.143

4 MENDES, Gilmar Ferreira . *Jurisdição constitucional: o controle abstrato das normas no Brasil e na Alemanha*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

5 MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito constitucional*. 2.ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1065

6 MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990, p.131.

O sistema de controle jurisdicional concentrado, em face do inequívoco efeito vinculante e eficácia geral das decisões normativas do Supremo Tribunal, era considerado mais eficiente, principalmente, em face do volume de processos, geralmente repetitivos, acumulado nos Gabinetes. A eficácia *erga omnes* e vinculativa do Controle concentrado jurisdicional de constitucionalidade traduzia, em primeiro olhar, solução para a crise apresentada.

3 A INFLUÊNCIA DO DIREITO AMERICANO

O modelo do atual de controle jurisdicional de constitucionalidade americano teve origem no *leading case* Madison X Marbury, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos. Nesta decisão concluiu-se que, na interpretação das normas aplicáveis a determinado caso poderia encontrar não apenas a hipótese de leis em confronto pelo tempo, mas também a hipótese de confronto hierárquico com a Lei Suprema. *Caberia, portanto, ao Poder judiciário invalidar a lei, pela impossibilidade de ter-se a vontade do Constituinte suprida pela vontade do legislador ordinário.*

In *Marbury v. Madison*, the Supreme Court held that Congress acted unconstitutionally in conferring upon the Court authority to issue original writs of mandamus in cases not “affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls (or) those in wich a state (is) Party”: article III, in defining the extent of the Supreme Court’s original jurisdiction, did not include among its grants of power the authority to issue such writs. Marbury is the first case in wich the Supreme Court asserted that a federal court has power to refuse to give effect to congressional legislation if it is inconsistent with the Court’s interpretation of the Constitution. The Constitution does not expressly confer such a Power upon the federal courts. In *MARBURY*, however, Chief Justice Marshall, although

7 No caso *Marbury v. Madison*, o Supremo Tribunal considerou que o Congresso agiu inconstitucionalmente ao conferir à autoridade Tribunal para emitir os mandados de segurança originais em casos não “afetar embaixadores, outros ministros e cônsules (ou) aqueles em que um estado é parte”: artigo III, na definição da extensão da jurisdição original da Suprema Corte, nem fez incluir entre as suas concessões de poder a autoridade para emitir esses mandados. Marbury é o primeiro caso em que a Suprema Corte afirmou que um tribunal federal tem o poder de se recusar a dar efeito à legislação do Congresso, se for inconsistente com a interpretação do Tribunal da Constituição. A Constituição não prevê expressamente tal poder aos tribunais federais. No caso *Marbury*, no entanto, Chief Justice Marshall, embora reconhecendo que «a questão, o tempo um ato repugnante constituição pode se tornar a lei da terra é uma questão profundamente interessante para os Estados Unidos”, no entanto concluiu que a questão “não tem uma complexidade proporcional ao seu interesse”. *Tradução livre – Autor.*

acknowledging that ‘ the question , wether an act repugnant the constitution can become the law of the land is a question deeply interesting to the United States ,” nonetheless concluded that the issue is “ not an intricacy proportioned to its interest”⁸.

O modelo decorrente da decisão da Suprema Corte americana, relatada pelo Chief Justice Marshall, denotou, ainda, as características do sistema difuso de controle jurisdicional da constitucionalidade, em que cada Juiz ou Tribunal, de qualquer instância, pode declarar a inconstitucionalidade da norma, para o caso concreto, sempre em decorrência da idéia ainda vigente e inequivocamente irrepreensível de que a Constituição, no ápice da hierarquia das leis, não permitia ser considerada revogada por lei ordinária que com ela confrontasse, e, assim, a regra da lei posterior derogando a lei anterior não se aplicava quando esta era a própria Constituição, que, em contrapartida, dava o efeito de inaplicabilidade da lei contrária, ainda que posterior.

É a origem do sistema difuso de controle jurisdicional de constitucionalidade, no qual qualquer juiz, em qualquer instância, pode declarar a inconstitucionalidade da norma, no caso concreto.

O ponto basilar deste sistema difuso encontrava-se no caráter restrito da declaração de inconstitucionalidade ao caso concreto, embora inequívoco que quando tal precedente emana da Suprema Corte, este é revalorizado pelas instâncias inferiores, embora sem caráter vinculativo. Inclusive, nos Estados Unidos, no qual o instituto do *stare decisis* valoriza o precedente pela regra natural de prevalência pela Corte Superior que o haja editado, sem vincular qualquer um a sua observância, se não apenas pela lógica de que eventual decisão contrária será em final instância, reformada pela Suprema Corte.⁹

A partir da análise do caso *Marbury v. Madison*, para melhor compreensão do sistema constitucional americano devemos recordar a sua origem na *COMMON LAW*.

The¹⁰ United States is a common law country. Common law principles are not embodied institutes but arise from decisions made

8 TRIBE, Laurence H. *American constitutional law*. 2. ed. University text book.- Chapter 3. p. 23-24.

9 OLIVEIRA, Alexandre Nery Rodrigues. Disponível em: <<http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/?action=doutrina&iddoutrina=480>>. Acesso em: 13.10.2011.

10 O Os Estados Unidos são um país de common law. Princípios de direito comum, não são incorporados institutos, mas decorrem de decisões tomadas pelos tribunais de vários estados. De direito comum, também conhecido como juiz faz a lei ou lei-caso, surge fora de situações específicas legal. Princípios gerais de direito derivados dessas decisões individuais serão, então, aplicados outros casos semelhantes

by the courts of the various states. Common law, also referred to as judge-made law or case law, arises out of specific legal situations. General legal principles derived from these individual decisions are then applied to other similar or analogous cases. These prior cases are referred to as a *precedent* because they constrain courts in deciding future related cases. Through this process a body of law develops. Common law principles are flexible. Over time, new laws may be created, and old ones expanded, modified or disposed of to respond to changing societal and economic practices, new legal situations and other circumstances¹¹,

Em um sistema de COMMON LAW, a abordagem das questões jurídicas e políticas tende, portanto a legitimar o que possui um caráter antigo, consuetudinário, santificado pelo tempo.

Nos Estados Unidos todos os seus Estados, exceto a Louisiana, são oriundos do “*Common Law*”. Contudo, os sistemas da Common Law e da Statutory Law convivem. Mesmo nos casos, nos quais, as Cortes Estaduais, fundamentam suas decisões em dispositivos legais, a interpretação é realizada, a partir a interpretação de precedentes de Common Law. O *STARE DECISIS* ou *DOCTRINA DO PRECEDENTE* é a base da Common Law.

*No Black’s Law dictionary*¹², o *STARE DECISIS* é conceituado¹³ como a política da Corte, em decidir conforme os precedentes jurisprudenciais, em consonância à orientação estabelecida. Na Doutrina do precedente, as Cortes Inferiores estão vinculadas aos julgados/precedentes das Cortes Superiores.

“Os Estados Unidos preferem desenvolver a teoria do *stare decisis* como elemento necessário para um Estado de direito, sem, porém, engessar o judiciário. Um caso já decidido só será considerado precedente para a análise de outro caso se demonstrar argumentos jurídicos substanciais e

ou análogos. Estes casos anteriores são referidos como um precedente, porque eles vinculam tribunais em futuras decisões de casos análogos. Através deste processo um corpo de leis se desenvolve. Princípios de direito comum são flexíveis. Com o tempo, novas leis podem ser criadas, e as antigas expandido, modificada para responder, na prática, às mudanças sociais e econômicas, novas situações jurídicas e outras circunstâncias.

11 REINHART, Susan M. Strategies for legal case reading and vocabulary development – Ann Arbor University of Michigan Press. page: 6

12 Black’s Law dictionary. 6 ed. S.v. “stare decisis”

13 “Policy of courts to stand by precedent and not to disturb a settled pointed”. Conceituação original do termo *Stare decisis*.

persuasivos”¹⁴. Ou seja, “A constatação de que *o direito é o que o judiciário diz o que o direito seja* é o ponto fundamental do realismo jurídico norte-americano”, leciona ARNALDO GODOY. E conclui:

Este movimento radica no pragmatismo filosófico que se desenvolveu nos Estados Unidos, principalmente por meio da atuação de Charles Sanders Peirce, de William James e de John Dewey nos meios acadêmicos daquele país. *Defendia-se que o conhecimento não pode ser dissociado da realidade, que a teoria não poderia se afastar da prática e que toda concepção teórica o é por alguma finalidade que a marca epistemologicamente. [...]*

O *judicial review* é a instância que possibilita a ação política do judiciário norte-americano, potencialmente (cf. WELLINGTON, 1991). Embora inicialmente cogitado como o menos ativo dos três poderes desenhados pela constituição norte-americana (cf. BICKEL, 1986), o judiciário protagoniza funções que geram verdadeiras tempestades (cf. O'BRIEN, 1986). Há segmentos na academia que defendem o modelo originalista (cf. WHITTINGTON, 1999), cujo credo é a substância de candidato a juiz da Suprema Corte que foi renegado pelo Senado norte-americano (cf. BORK, 1991). *A definição de direitos por parte da Suprema Corte inegavelmente materializa escolhas e valores pessoais (cf. TRIBE e DORF, 1991, p. 65), identificando um governo de homens e não de leis, paradoxalmente ao contrário do supostamente planejavam os constituintes norte-americanos de 1787-15.* (Grifo nosso)

A aplicação do sistema de controle de constitucionalidade americano pode ser visualizada em julgamentos, como o caso *Plessy v. Ferguson*, de 1896, no qual foi cristalizada a doutrina racista do *separate but equal*. Deste modo, o sistema de controle de constitucionalidade ao prezar pela supremacia da constituição assegura o direito do cidadão e da sociedade, às garantias fundamentais.

Após a Guerra Civil (1861-1865) as relações entre as raças, nos EUA, persistiam tensas e conflitantes. A segregação legal dos negros, conhecida como *legislação Jim Crow* visou barrar a frequência

14 DE CRUZ, Peter. *Comparative Law in a changing world*. 2. ed. London: Cavendish Publishing Limited, 1999, in MIRANDA, Tássia Baís. *Stare decisis e a aplicação do precedente no sistema norte-americano*. Bêlem: 2006. Bacharel em direito –UFPA.

15 GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Notas sobre o Direito Americano*. p. 08.

de negros em escolas públicas e ao uso dos transportes públicos, restaurantes, teatros, hotéis, cinemas, balneários. (...)

Homer Plessy, que era mulato, foi preso e processado porque se sentou no setor reservado aos brancos, em um trem no estado da Louisiana. Ele recorreu à Suprema Corte, requerendo ordem contra o Juiz Ferguson, para que se determinasse que o magistrado arquivasse a ação penal. A corte apreciou a constitucionalidade de uma lei da Louisiana, de 1890, que dividia os espaços dos trens entre raças, que não poderiam se misturar, implementando a então dominante doutrina do *equal but separate*. Entendia-se que era obrigação do estado providenciar vagões para brancos e negros. Dizia-se que Homer Plessy era 1/8 africano. Um precedente de 1849 (*Roberts v. Cidade de Boston*) garantiu escolas separadas, admitindo a segregação. A Suprema Corte determinou que a doutrina do *equal but separate* não violava a constituição, conquanto que brancos e negros tivessem o mesmo tratamento e as mesmas instalações, que utilizariam separadamente. Em voto divergente, o Juiz John Marshall Harlan anotou que a constituição era cega para questões de cor (*blind color*), desconhecendo e não tolerando classes distintas entre seus cidadãos. A questão permanecerá em debate até a década de 1960, quando os direitos civis tiveram mais ampla aplicação e discussão nos EUA (cf. FRIEDMAN, 1985, p. 374)¹⁶.

Assim, no sistema americano “*não há direito potestativo do cidadão norte-americano para que a Suprema Corte aprecie sua questão em grau de recurso. A discricionariedade é absoluta. O processamento de recurso a Suprema Corte decorre do deferimento de petição, o writ of certiorari, que abre caminho para complexa sustentação oral*”¹⁷.

4 O PROCESSO DE OBJETIVAÇÃO

No atual estágio de evolução do Estado Democrático de Direito, o controle de constitucionalidade das leis tem uma importante função na medida em que preserva o dogma da supremacia constitucional. O objetivo seria proteger a constituição contra ações ou omissões legislativas que afrontem os valores, preceitos e normas eleitos como

¹⁶ GODOY, op. cit., p. 12-13.

¹⁷ GODOY, op. cit., p. 09

alicerces de um Estado democrático¹⁸. Francisco Fernando Sagado, em estudo comemorativo ao Jurista Celso Bastos, concluiu:

A enorme expansão da justiça constitucional tem propiciado uma mistura e hibridação de modelos, que se tem unido ao processo pré-existente de progressiva convergência entre os elementos, supostamente contrapostos no passado, dos dois tradicionais sistemas de controle de constitucionalidade dos atos do poder.

O resultado é a perda de grande parte de sua utilidade analítica da usualmente assumida bipolaridade “modelo americano *versus* modelo europeu-kelseniano. Como disse Rubio Llorente, falar hoje de um sistema europeu carece de sentido porque há mais diferenças entre os sistemas de justiça constitucional existente na Europa que entre alguns deles e o norte-americano.¹⁹

Surgiu, assim, a necessidade de uma busca por um novo sistema, que possa oferecer maior capacidade analítica dos sistemas de controle. “O Supremo Tribunal Federal, então, buscando o exercício pleno de suas funções, tem dado sinais de uma mitigação ao tradicional caráter subjetivo do controle difuso. Some-se a isso diversas alterações legislativas e constitucionais, sinalizando para uma aproximação cada vez maior entre os dois sistemas clássicos de controle de constitucionalidade”.

O recurso extraordinário é o instrumento, mediante o qual o Supremo Tribunal Federal exercia o controle de constitucionalidade difuso, analisando no caso concreto, as contrariedades à norma constitucional presente no diploma normativo, objeto do recurso. Contudo, como bem ressaltado pelo Professor GILMAR MENDES, a fórmula da Lei n. 8038, de 1990 pode ensejar a ilusão de que os Tribunais Superiores podem continuar a ser Corte de Justiça para cada caso concreto, o que é absolutamente impossível, aqui ou alhures. De alguma forma, os diversos sistemas jurídicos acabam encontrando mecanismos de racionalização para evitar que as Cortes Superiores se ocupem de causas perdidas²⁰.

18 ARAÚJO, Mauro LA Sallette Costa Lima de. Objetivação do controle difuso. Disponível em: <<http://www.buscaatual.com.br>>. Acesso em: 11 out. 2011.

19 SAGADO, Fernando. *Controle Constitucional e Justiça constitucional in Lições de Direito Constitucional*: em homenagem ao jurista Celso BASTOS. Coordenação de Ives GANDRA da Silva MARTINS, Gilmar Ferreira Mendes; André Ramos TAVARES. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 369

20 MENDES, Gilmar Ferreira. In *o Processo de objetivação do recurso extraordinário*.

Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal vem, paulatinamente, assumindo seu papel de Corte Constitucional, tendo por foco definir as mais relevantes teses jurídicas postas à apreciação do Poder Judiciário. Essa transformação ganha impulso com a “*Crise do Judiciário*”, traduzida pelo volume de processos, geralmente repetitivos, acumulados nos Gabinetes.

Após décadas de *jurisprudência defensiva*, “*instrumento que foi originariamente desenvolvido pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, para diminuir a quantidade de recurso e tornar mais célere seu julgamento*”²¹ sob a qual não foram conhecidos inúmeros recursos por falhas processuais, pode-se afirmar que com a nova sistemática a Corte fortalece seu papel institucional.

Preso entre a fórmula do Senado (CF, art.52, X) e o referido aumento crescente de processos referido, o Supremo Tribunal Federal terminou avalizando uma tendência de maior objetivação do recurso extraordinário, que deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesses das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva²².

Essa mudança de paradigma conduz à separação da ênfase subjetivista, do recurso extraordinário como meio de solução de conflitos intersubjetivos, e passa a deixá-lo em plano secundário, passando a focar primariamente o aspecto objetivo, qual seja o de “*assegurar o Direito constitucional Objetivo*” (Habèrle, 201:33)²³

Surgem novas ferramentas que eliminam a necessidade de julgamentos de massa, reservado, assim, os esforços para as grandes questões constitucionais— que tenham relevância sob os aspectos político, jurídico, social ou econômico - afastando-se do subjetivismo comum nos interesses da causa.

A adoção de estrutura procedimental aberta para o processo de controle difuso (participação de *amicus curiae* e outros interessados; o reconhecimento de efeito transcendente para a declaração de inconstitucionalidade incidental; a lenta e gradual superação da fórmula do Senado (art. 52, X), a incorporação do instituto da repercussão geral no âmbito do recurso extraordinário são demonstrações das mudanças verificadas, a partir desse diálogo e intercâmbio entre os modelos de controle de constitucionalidade positivados no Direito brasileiro. *Pode-*

21 VIANA, Ulisses Schwarz. *Repercussão geral sob a ótica da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. Série IDP São Paulo: Saraiva, 2010. p. 3.

22 MENDES, Gilmar Ferreira. *O Processo de objetivação do recurso extraordinário*.

23 VIANA, op. cit.

*se apontar, dentre as diversas transformações detectadas, inequívoca tendência para ampliar a feição objetiva do processo de controle incidental entre nós*²⁴.

4 A JURISPRUDÊNCIA ATUAL NO STF

A convivência do modelo incidental difuso com o sistema de controle abstrato, formado pelas ações diretas e representação interventiva – gerou uma mudança real no sistema de controle constitucional brasileiro. *É a objetivação do modelo de controle incidental.*

Nesta nova fase, um dos precedentes mais importantes é o julgamento do habeas corpus 82959-7/SP²⁵, no qual se discutia a questão da progressão de regime, no caso de réus condenados pelo cometimento de crimes hediondo, consoante a Lei 8072/90. Segue a sua ementa:

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 8.072/90 – INCONSTITUCIONALIDADE – EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização 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.

O art. 2º, par.1º da Lei nº 8072/90, veda a progressão de regime. O Ministro Relator Marco Aurélio, em seu voto, ressaltou que *“há que se considerar que a própria Constituição Federal contempla as restrições a ser impostas àqueles que se mostrem incursos em dispositivos da Lei 8072/90 e dentre elas não é dado encontrar à progressividade do regime de cumprimento da pena*²⁶”.

²⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito constitucional*. 2. ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1101.

²⁵ HC 82959-7/SP; Ministro Relator Marco Aurélio – TRIBUNAL PLENO – 23/02/2006

²⁶ Trecho do voto do Ministro Marco Aurélio, proferido no julgamento do HC 82959-7/SP, Ministro Relator Marco Aurélio – TRIBUNAL PLENO – 23/02/2006P.420

Expressamente o Professor GILMAR MENDES, indaga em seu voto a possibilidade de adoção técnica de declaração de inconstitucionalidade com efeitos limitados, em sede de controle difuso, hipótese em análise deste processo e para concluir afirma:

Considerando que reiteradamente, o Tribunal reconheceu a constitucionalidade da vedação de progressão do regime nos crimes hediondos, bem como todas as possíveis repercussões que a declaração de inconstitucionalidade haveria de ter no campo civil, processual e penal, reconheço que ante a nova orientação que se desenha, a decisão somente poderia ser tomada com eficácia *ex nunc*. É que, como observa Larenz, também a justiça constitucional não se opera sob o paradigma do “*Fiat justitia, pereat res publica*”. Assente que se cuida de uma revisão de jurisprudência, de um autêntico “*overruling*”, e entendo que o Tribunal deverá fazê-lo com eficácia restrita. E, certamente, elas não – eram – nem deveriam ser consideradas – inconstitucionais, quando proferidas.

Com essas considerações, também eu, Senhor Presidente, declaro a inconstitucionalidade do art. 2º, parágrafo 1º da Lei n.8072, de 1990. Faço isso, com efeito, *ex nunc*, nos termos do artigo 27 da Lei 9868, de 1999, que entendo ser aplicável à espécie. Ressalto que esse efeito *ex nunc* deve ser entendido como aplicável às condenações que envolvam situações ainda suscetíveis de serem submetidas ao regime de progressão²⁷.

Reafirmando a declaração de inconstitucionalidade, com efeitos restringidos, apenas *ex nunc*, na *Reclamação nº 4335*, Relatoria Ministro Gilmar Mendes, proposta pela Defensoria Pública da União, em face do descumprimento deste acórdão do Supremo Tribunal Federal, por ato do Juiz de Direito da vara de Execuções penais da Comarca de Rio Branco, que expressamente consignou “*a recente decisão Plenária do Supremo Tribunal Federal proferida nos autos do ‘Habeas Corpus’ n. 82.959, a qual declarou a inconstitucionalidade do dispositivo da Lei dos Crimes Hediondos que vedava a progressão de regime prisional (art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90), somente terá eficácia a favor de todos os condenados por crimes hediondos ou a eles equiparados que estejam cumprindo pena, a partir da expedição, pelo Senado Federal, de Resolução suspendendo a eficácia do*

27 Trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes - proferido no julgamento do HC 82959-7/SP, Ministro Relator Marco Aurélio – TRIBUNAL PLENO – 23/02/2006. p. 420

dispositivo de lei declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 52, inciso X, Constituição Federal”.

O julgamento da Reclamação nº 4335, *ainda não foi concluído*, está com pedido de vista do Min. Relator Ricardo Lewandowski. Contudo, o teor de alguns votos, já demonstra a construção divergente da tese da “*dessubjetivação*” do controle incidental.

Informativo nº 454

O Tribunal iniciou julgamento de reclamação ajuizada contra decisões do Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco-AC, pelas quais indeferira pedido de progressão de regime em favor de condenados a penas de reclusão em regime integralmente fechado em decorrência da prática de crimes hediondos. Alega-se, na espécie, ofensa à autoridade da decisão da Corte no HC 82959/SP (DJU de 1º. 9.2006), em que declarada à inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, que vedava a progressão de regime a condenados pela prática de crimes hediondos. *O Min. Gilmar Mendes, relator, julgou procedente a reclamação, para cassar as decisões impugnadas, assentando que caberá ao juízo reclamado proferir nova decisão para avaliar se, no caso concreto, os interessados atendem ou não os requisitos para gozar do referido benefício, podendo determinar, para esse fim, e desde que de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.* Rcl 4335/AC, rel. Min. Gilmar Mendes, 1º. 2.2007. (Rcl-4335)

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

eficácia erga omnes que deve ser atribuída à decisão do STF no HC 82959/SP. Após, pediu vista o Min. Eros Grau. (Grifo nosso)

E nesse sentido, o voto do Ministro Relator Gilmar Mendes, é muito claro, ao ressaltar que a regra do art. 52, X, da CF/8828 sofreu uma mutação constitucional, no sentido de que às decisões proferidas pelo Pleno do STF, em sede de controle difuso, NÃO é imprescindível a resolução do Senado Federal para a concessão de efeito erga omnes.

Informativo nº 463:

O Tribunal retomou julgamento de reclamação ajuizada contra decisões do Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco-AC, pelas quais indeferira pedido de progressão de regime em favor de condenados a penas de reclusão em regime integralmente fechado em decorrência da prática de crimes hediondos. Alega-se, na espécie, ofensa à autoridade da decisão da Corte no HC 82959/SP (DJU de 1º. 9.2006), em que declarada à inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, que veda a progressão de regime a condenados pela prática de crimes *hediondos* — *v. Informativo 454. O Min. Eros Grau, em voto-*vista*, julgou procedente a reclamação, acompanhando o voto do relator, no sentido de que, pelo art. 52, X, da CF, ao Senado Federal, no quadro de uma verdadeira mutação constitucional, está atribuída competência apenas para dar publicidade à suspensão da execução de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, haja vista que essa decisão contém força normativa bastante para suspender a execução da lei. Rcl 4335/AC, rel. Min. Gilmar Mendes, 19.4.2007. (Rcl-4335)*²⁹

²⁸ Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

[...]

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

²⁹ *Continuação Informativo n. 463/STF.* Em divergência, o *Min. Sepúlveda Pertence* julgou improcedente a reclamação, mas concedeu habeas corpus de ofício para que o juiz examine os demais requisitos para deferimento da progressão. Reportando-se aos fundamentos de seu voto no RE 191896/PR (DJU de 29.8.97), em que se declarou dispensável a reserva de plenário nos outros tribunais quando já houvesse declaração de inconstitucionalidade de determinada norma legal pelo Supremo, ainda que na via do controle incidente, *asseverou que não se poderia, a partir daí, reduzir-se o papel do Senado, que quase todos os textos constitucionais subsequentes a 1934 mantiveram.* Ressaltou ser evidente que a convivência paralela, desde a EC 16/65, dos dois sistemas de controle tem levado a uma prevalência do controle concentrado, e que o mecanismo, no controle difuso, de outorga ao Senado da competência para a suspensão da execução da lei tem se tornado cada vez mais obsoleto, mas afirmou que combatê-lo, por meio do que chamou

Em contrapartida, o *Ministro Sepúlveda Pertence* observou que, em face da nova sistemática, não se faz necessário uma mutação constitucional, que exclua o papel do Senado, estabelecido constitucionalmente, principalmente, quando a Emenda Constitucional 45/2004, criou instrumentos eficazes, como a súmula vinculante, que podem exercer a mesma função.

E, essa tendência à objetivação, é verificada em outros julgamentos do Supremo Tribunal Federal. À título ilustrativo, trazemos alguns exemplos citados pelo Professor Fredie Didier Jr.³⁰, em sua obra:

1. Aplicação do posicionamento do STF, exarado no RE 251238, em que pese à ausência de prequestionamento - *AI 375011*³¹;

de “projeto de decreto de mutação constitucional”, já não seria mais necessário. Aduziu, no ponto, que a EC 45/2004 dotou o Supremo de um poder que, praticamente, sem reduzir o Senado a um órgão de publicidade de suas decisões, dispensaria essa intervenção, qual seja, o instituto da súmula vinculante (CF, art. 103-A). Rcl 4335/AC, rel. Min. Gilmar Mendes, 19.4.2007. (Rcl-4335)

Por sua vez, o Min. Joaquim Barbosa não conheceu da reclamação, mas conheceu do pedido como habeas corpus e também o concedeu de ofício. *Considerou que, apesar das razões expostas pelo relator, a suspensão da execução da lei pelo Senado não representaria obstáculo à ampla efetividade das decisões do Supremo, mas complemento. Aduziu, de início, que as próprias circunstâncias do caso seriam esclarecedoras, pois o que suscitaria o interesse da reclamante não seria a omissão do Senado em dar ampla eficácia à decisão do STF, mas a insistência de um juiz em divergir da orientação da Corte enquanto não suspenso o ato pelo Senado.* Em razão disso, afirmou que resolveria a questão o habeas corpus concedido liminarmente pelo relator. *Afirmou, também, na linha do que exposto pelo Min. Sepúlveda Pertence, a possibilidade de edição de súmula vinculante.* Dessa forma, haveria de ser mantida a leitura tradicional do art. 52, X, da CF, que trata de uma autorização ao Senado de determinar a suspensão de execução do dispositivo tido por inconstitucional e não de uma faculdade de cercear a autoridade do STF. Afastou, ainda, a ocorrência da alegada mutação constitucional. Asseverou que, com a proposta do relator, ocorreria, pela via interpretativa, tão-somente a mudança no sentido da norma constitucional em questão, e, que, ainda que se aceitasse a tese da mutação, seriam necessários dois fatores adicionais não presentes: o decurso de um espaço de tempo maior para verificação da mutação e o conseqüente e definitivo desuso do dispositivo. Por fim, enfatizou que essa proposta, além de estar impedida pela literalidade do art. 52, X, da CF, iria na contramão das conhecidas regras de auto-restrição. Após, pediu vista dos autos o Min. Ricardo Lewandowski. Rcl 4335/AC, rel. Min. Gilmar Mendes, 19.4.2007. (Rcl-4335)

30 DIDIER, Fredie - *Curso de Direito Processual Civil*. Vol.03. Salvador: Juspodivm, 2007, p.275/279

31 AGRADO REGIMENTAL EM AGRADO 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 DESTES PRECEDENTES 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 do traslado do presente agravo de instrumento -, sem fazer referência aos fundamentos utilizados para chegar à declaração de constitucionalidade da referida norma municipal.

2. Modulação dos efeitos na decisão do *RE 197.917SP*³², para, observado o interesse público, assegurar, em caráter de exceção, efeitos *ex nunc* à declaração incidental de inconstitucionalidade da norma municipal, em face do dispositivo constitucional art. 29, IV, da CF, que trata da fixação do número de vereadores em cada município;
- 3 no *RE 416827SC*³³ admitiu-se a sustentação oral de *amicus curiae*, figura típica do controle concentrado de constitucionalidade;

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. (AI 375011 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 05/10/2004, DJ 28-10-2004 PP-00043 EMENT VOL-02170-02 PP-00362)*

- 32 RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MUNICÍPIOS. CÂMARA DE VEREADORES. COMPOSIÇÃO. AUTONOMIA MUNICIPAL. LIMITES CONSTITUCIONAIS. NÚMERO DE VEREADORES PROPORCIONAL À POPULAÇÃO. CF, ARTIGO 29, IV. APLICAÇÃO DE CRITÉRIO ARITMÉTICO RÍGIDO. INVOCAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA RAZOABILIDADE. INCOMPATIBILIDADE ENTRE A POPULAÇÃO E O NÚMERO DE VEREADORES. INCONSTITUCIONALIDADE, 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 previsão 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(...). 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 de 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.* (RE 197917, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 06/06/2002, DJ 07-05-2004 PP-00008 EMENT VOL-02150-03 PP-00368)

- 33 EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INTERPOSTO PELO INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL (INSS), COM FUNDAMENTO NO ART. 102, III, "A", DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, EM FACE DE ACÓRDÃO DE TURMA RECURSAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO: PENSÃO POR MORTE (LEI N° 9.032, DE 28 DE ABRIL DE 1995). 1. No caso concreto, a recorrida é pensionista do INSS desde 04/10/1994,

- 4 No *RE 298.694*³⁴ admitiu-se a possibilidade de confirmação da decisão recorrida por fundamento constitucional diverso daquele em que se alicerçou o acórdão recorrido e em cuja inaplicabilidade ao caso se baseia o recurso extraordinário.

Assim, no plano da eficácia, conforme assentado no HC 82959 e nestes outros precedentes, as normas contidas nos artigos 27 da Lei n. 9868 e 11 da Lei 9882, ambas de 1999³⁵, menos que instrumentos

recebendo através do benefício nº 055.419.615-8, aproximadamente o valor de R\$ 948,68. Acórdão recorrido que determinou a revisão do benefício de pensão por morte, com efeitos financeiros correspondentes à integralidade do salário de benefícios da previdência geral, a partir da vigência da Lei no 9.032/1995. 2. Concessão do referido benefício ocorrida em momento anterior à edição da Lei no 9.032/1995. (...)14. Considerada a atuação da autarquia recorrente, aplica-se também o princípio da preservação do equilíbrio financeiro e atuarial (CF, art. 201, caput), o qual se demonstra em consonância com os princípios norteadores da Administração Pública (CF, art. 37). 15. Salvo disposição legislativa expressa e que atenda à prévia indicação da fonte de custeio total, o benefício previdenciário deve ser calculado na forma prevista na legislação vigente à data da sua concessão. A Lei no 9.032/1995 somente pode ser aplicada às concessões ocorridas a partir de sua entrada em vigor. 16. No caso em apreço, aplica-se o teor do art 75 da Lei 8.213/1991 em sua redação ao momento da concessão do benefício à recorrida. 17. Recurso conhecido e provido para reformar o acórdão recorrido.

(RE 415454, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 08/02/2007, DJE-131 DIVULG 25-10-2007 PUBLIC 26-10-2007 DJ 26-10-2007 PP-00042 EMENT VOL-02295-06 PP-01004)

- 34 EMENTA: I. Recurso extraordinário: letra a: *possibilidade de confirmação da decisão recorrida por fundamento constitucional diverso daquele em que se alicerçou o acórdão recorrido e em cuja inaplicabilidade ao caso se baseia o recurso extraordinário: manutenção, lastreada na garantia da irredutibilidade de vencimentos, da conclusão do acórdão recorrido, não obstante fundamentado este na violação do direito adquirido*. II. Recurso extraordinário: letra a: alteração da tradicional orientação jurisprudencial do STF, segundo a qual só se conhece do RE, a, se for para dar-lhe provimento: distinção necessária entre o juízo de admissibilidade do RE, a - para o qual é suficiente que o recorrente alegue adequadamente a contrariedade pelo acórdão recorrido de dispositivos da Constituição nele prequestionados - e o juízo de mérito, que envolve a verificação da compatibilidade ou não entre a decisão recorrida e a Constituição, ainda que sob prisma diverso daquele em que se hajam baseado o Tribunal a quo e o recurso extraordinário. III. Irredutibilidade de vencimentos: garantia constitucional que é modalidade qualificada da proteção ao direito adquirido, na medida em que a sua incidência pressupõe a licitude da aquisição do direito a determinada remuneração. IV. Irredutibilidade de vencimentos: violação por lei cuja aplicação implicaria reduzir vencimentos já reajustados conforme a legislação anterior incidente na data a partir da qual se prescreveu a aplicabilidade retroativa da lei nova. (RE 298694, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 06/08/2003, DJ 23-04-2004 PP-00009 EMENT VOL-02148-06 PP-01270 RTJ VOL 00192-01 PP-00292)
- 35 *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.
- Art. 11.* Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de argüição de descumprimento de preceito fundamental, 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,

procedimentais do controle abstrato, convertem-se em diretrizes interpretativas gerais, conclui o professor Gilmar Mendes³⁶.

5 REPERCUSSÃO GERAL

A Emenda Constitucional nº 45/2004, que trouxe à baila a *repercussão geral* no recurso extraordinário, consolidou a tendência de objetivação de controle difuso de constitucionalidade³⁷. É a aplicação dos princípios da eficiência e da duração razoável do processo nos Tribunais Superiores.

O Professor Gilmar Mendes, define de forma clara, essa nova sistemática de controle, ao concluir que:

Cabe a esta Corte decidir se determinados temas devem ser trazidos à sua apreciação, definindo se tem ou não repercussão geral. Essa decisão poderá ser tomada em um único recurso. *Uma vez resolvido que há repercussão geral do tema, este ou outro recurso extraordinário sobre a mesma questão constitucional será levado a julgamento, e a decisão que sobrevier será aplicada, nos tribunais e turmas recursais de origem, a todos os processos com recursos extraordinários sobrestados ou que venham a ser interpostos*³⁸. (Grifo nosso)

O Supremo Tribunal Federal deixará de julgar processos (casos *inter partes*) e objetivamente, julgará questões constitucionais, ou seja, temas constitucionais com repercussão econômica; político e jurídica³⁹. *A repercussão geral inaugura no sistema de controle difuso a eficácia erga omnes.*

Esse novo procedimento tem como escopo a redução do volume de processos repetitivos da competência da Corte Constitucional, possibilitando uma análise mais acurada das teses de relevância social. E definindo a relevância exigida ao tema, o legislador, expressamente na Lei 11418/2006, estabelece

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.

36 MENDES, Gilmar Ferreira, in *Processo de objetivação do recurso extraordinário*.

37 Art. 102, par. 3º da CF/88, in verbis: § 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.

38 Trecho do voto condutor do acórdão recorrido do Ministro Gilmar Mendes proferido no julgamento da Questão de ordem no AI 760358 – SE, pag.1733.

39 VIANA, Ulisses Schwarz – *Repercussão Geral sob a ótica da Teoria de Sistema de Niklos Luhmann*. – São Paulo – Saraiva/2010- Série IDP. Pág:24.

*que a repercussão geral decorre da existência de questões de cunho econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos da causa*⁴⁰.

Nesta nova fase processual, diante de processos múltiplos, os tribunais de origem devem destacar os representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, na hipótese de matéria constitucional, em relação aos quais será aplicado o procedimento da repercussão geral. Os processos não selecionados deverão ficar sobrestados.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em verdade, a concretização de um Poder Judiciário eficiente exige, em princípio, uma mudança de mentalidade dos operadores de direito e da nossa sociedade. Exige-se uma ponderação constante dos princípios constitucionais que resguardam o interesse público e autonomia do direito privado. E nesse contexto, novas alternativas tem sido implementadas pelo poder Judiciário, como leciona Ulysses Viana:

É o fenômeno da objetivação da demanda. ‘O advento da repercussão geral traz consigo um importante aspecto sistêmico – funcional: o de reduzir a carga de produção decisória do Supremo Tribunal Federal.

40 Lei 11.418/06:

Art. 2º A Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, passa a vigorar acrescida dos seguintes arts. 543-A e 543-B:

“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.

§ 1º 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.

§ 2º O recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral.

§ 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal.

§ 4º Se a Turma decidir pela existência da repercussão geral por, no mínimo, 4 (quatro) votos, ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário.

§ 5º Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

§ 6º O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

§ 7º A Súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no Diário Oficial e valerá como acórdão.»

A redução numérica dos recursos extraordinários traz, sem dúvidas benefícios ao funcionamento dos programas condicionais do direito, propiciando na dimensão temporal das atividades da organização Judiciária do Supremo Tribunal Federal- condições de utilizar a repercussão geral como forma de observação de segunda ordem, em que o sistema jurídico, no campo de controle difuso de constitucionalidade, poderá observar eventuais riscos que possam ser gerados por suas decisões pelas observações produzidas por seus observadores, por meio de audiências públicas e pela atuação do amicus curiae⁴¹.

Neste novo processo, o interesse subjetivo da demanda cede lugar ao interesse público da pacificação da questão socialmente e juridicamente relevante. Assim, o processo individualmente considerado pode ser substituído. É a objetivação do recurso extraordinário e do próprio sistema, possibilitando a eficácia e segurança na prestação jurisdicional.

Neste ponto, para concluir o trecho do voto – vista da Ministra Ellen Gracie proferido no julgamento da Questão de ordem no AI 760358 – SE, ressaltando a efetividade do sistema americano:

Eu me recordo que – tenho certeza que ainda vou ver algo semelhante acontecer no Brasil – numa certa ocasião, alguém me referiu que foi hospedar-se em Nova Iorque. Quando chegou perguntou qual era o valor da tarifa e foi informado. Uma semana depois ele foi despedir e pagar a conta. O valor cobrado era menor e ele surpreendeu-se. Porque o valor cobrado é menor se a tarifa inicialmente cobrada era essa: Responderam-lhe: porque durante esta semana a Suprema Corte decidiu que determinado tributo incidente sobre a tarifa não era devido. Imediatamente, o país inteiro havia cumprido a decisão da Suprema Corte. *Quer dizer, nós não estamos hoje ainda acostumados a isso, mas se utilizarmos bem os instrumentos extremamente virtuosos que nos foram colocados nas mãos, certamente vamos chegar a este resultado.* Espero que dentro em breve⁴²”.

41 VIANA, Ulisses Schwarcz. *Repercussão Geral sob a ótica da Teoria de Sistema de Niklos Luhmann*. São Paulo. Saraiva, 2010. p. 157-158

42 Trecho do voto vista da Ministra Ellen Greice proferido no julgamento da Questão de ordem no AI 760358 – SE, p.1752 e 1753

REFERÊNCIAS

- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. Malheiros.
- DANTAS, Ivo. *Direito adquirido, Emendas constitucionais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. Renovar 2004.
- DIDIER, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v 3 Salvador: Juspodivm, 2007.
- GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito nos Estados Unidos*. Barueri, São Paulo: Manole; 2004.
- GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Notas sobre o Direito Americano. Lições de Direito Constitucional em homenagem ao jurista Celso Bastos*. coordenadores: Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes; André Ramos Tavares. São Paulo. Saraiva; 2005.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva 1990.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito constitucional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato das normas no Brasil e na Alemanha*. 4. ed. São PAULO: Saraiva 2004.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *O Processo de objetivação do recurso extraordinário*.
- REINHART, Susan M. *Strategies for legal case reading and vocabulary development*. Ann Arbor University of Michigan Press.
- TRIBE, Laurence H. *American constitutional law*. 2. ed. University text book. Black's Law dictionary. 6 ed. S.v.
- VALDES, Roberto Blanco. El valor de La Constitución. Madrid: 1998. op. cit. in Mendes, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito constitucional*.
- VIANA, Ulisses Schwarz. *Repercussão geral sob a ótica da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. Série IDP. São Paulo: Saraiva 2010.