

CAPÍTULO III

O RECURSO EXTRAORDINÁRIO E A TRANSFORMAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

*Freddie Didier Jr.**

Sumário • 1. Nota introdutória – 2. A criatividade judicial e a *ratio decidendi* – 3. A “objetivação” do recurso extraordinário.

1. NOTA INTRODUTÓRIA

O objetivo deste ensaio é o de demonstrar a transformação do controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro, notadamente quando realizado por meio do recurso extraordinário.

A idéia é a seguinte: o controle, embora difuso, quando feito pelo STF (Pleno) tem força para vincular os demais órgãos do Poder Judiciário, assemelhando-se, nesta eficácia, ao controle concentrado de constitucionalidade.

Aos argumentos, pois.

2. A CRIATIVIDADE JUDICIAL E A *RATIO DECIDENDI*

O fenômeno de atuação dos enunciados normativos no plano social comporta três momentos distintos¹: (i) o da formulação abstrata dos preceitos normativos; (ii) o da definição da norma para o caso concreto; (iii) o da execução da norma individualizada.

O primeiro momento (formulação abstrata dos preceitos normativos) é tarefa que cabe exclusivamente ao Estado. Já a definição da norma concreta (a identificação da norma individualizada que se formou, concretamente, pela incidência

* Mestre (UFBA) e Doutor (PUC/SP). Professor-Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (graduação, especialização, mestrado e doutorado). Advogado e consultor jurídico. www.frediedidier.com.br

1. Baseado em ZAVASCKI, Teori Albino. “Sentenças declaratórias, sentenças condenatórias e eficácia executiva dos julgados”, in *Leituras complementares de processo civil*. 3 ed. Freddie Didier Jr. (org.). Salvador: Edições JusPODIVM, 2005, p. 24 e seguintes.

da norma abstrata), bem como a sua execução (transformação efetiva em fatos e comportamentos) são atividades que não demandam, necessariamente, atuação estatal.

Ao comprar uma revista numa banca, os sujeitos já identificam a norma jurídica individualizada (referente ao contrato de compra e venda), que é a que vai reger a sua relação jurídica; se o pagamento é feito e a coisa é entregue, ali já se promove a execução da norma individualizada. Tudo isso espontaneamente, sem necessidade de atuação estatal.

Quando, porém, a definição da norma individualizada ou a sua execução não se desenvolvem voluntariamente, há necessidade de intervenção estatal, o que se dá através da atuação do Estado-juiz – salvo, obviamente, se as partes submetem a definição desta norma individualizada à arbitragem, ou se trata de caso em que se admite a autotutela. Por exemplo: num acidente de trânsito, os envolvidos atribuem um ao outro a culpa pela superveniência da colisão, ou simplesmente discutem sobre os danos efetivamente causados. Aquele fato da vida ocorreu, sofreu incidência da norma jurídica abstrata, o que lhe atribuiu aptidão para gerar efeitos jurídicos. Só que um dos sujeitos enxerga a norma individualizada de uma forma e o outro, de outra. Controvertem, pois, quanto à sua identificação. Surgida esta crise de identificação, o Poder Judiciário, mediante atividade cognitiva, definirá, por sentença – palavra aqui utilizada em sentido amplo –, o conteúdo da norma jurídica individualizada, indicando os elementos da relação jurídica dela decorrente, seus sujeitos e seu objeto.

Daí se dizer que a sentença é um ato jurídico que contém uma norma jurídica individualizada, ou simplesmente *norma individual*, definida pelo Poder Judiciário, que se diferencia das demais normas jurídicas (leis, por exemplo) em razão da possibilidade de tornar-se indiscutível pela coisa julgada material.

Para a formulação dessa norma jurídica individualizada, contudo, não basta que o juiz promova, pura e simplesmente, a aplicação da norma geral e abstrata ao caso concreto. Em virtude do chamado pós-positivismo que caracteriza o atual Estado constitucional, exige-se do juiz uma postura muito mais ativa, cumprindo-lhe compreender as particularidades do caso concreto e encontrar, na norma geral e abstrata, uma solução que esteja em conformidade com as disposições e princípios constitucionais, bem assim com os direitos fundamentais. Toda decisão judicial deve ser resultado de uma interpretação do texto normativo de acordo com os direitos fundamentais (dimensão objetiva dos direitos fundamentais). Em outras palavras, o princípio da supremacia da lei, amplamente influenciado pelos valores do Estado liberal, que enxergava na atividade legislativa algo perfeito e acabado, atualmente deve ceder espaço à crítica judicial, no sentido de que o magistrado, necessariamente, deve dar à norma geral e abstrata aplicável ao caso concreto uma interpretação conforme a Constituição, sobre ela exercendo o controle de

constitucionalidade se for necessário, bem como viabilizando a melhor forma de tutelar os direitos fundamentais².

Quando o juiz dá uma *interpretação à lei conforme à Constituição* ou a repute inconstitucional, ele cria uma *norma jurídica* para justificar a sua decisão. A expressão “norma jurídica” aqui é utilizada num sentido distinto daquele utilizado linhas atrás. Não se está referindo aqui à norma jurídica individualizada (norma individual) contida no dispositivo da decisão, mas à norma jurídica entendida como resultado da *interpretação* do texto da lei e do *controle* de constitucionalidade exercido pelo magistrado.

Como se disse, ao se deparar com os fatos da causa, o juiz deve compreender o seu sentido, a fim de poder observar qual a lei que se lhes aplica. Identificada a lei aplicável, ela deve ser conformada à Constituição através das técnicas de *interpretação conforme*, de controle de constitucionalidade em sentido estrito e de balanceamento dos direitos fundamentais (princípio da proporcionalidade).

Nesse sentido, o julgador cria uma *norma jurídica* (= norma legal conformada à norma constitucional) que vai servir de fundamento jurídico para a decisão a ser tomada na parte dispositiva do pronunciamento. É nessa parte dispositiva que se contém a *norma jurídica individualizada*, ou simplesmente *norma individual* (= definição da norma para o caso concreto; solução da crise de identificação).

A norma jurídica criada e contida na *fundamentação* do julgado compõe o que se chama de *ratio decidendi*, tema que será abordado mais adiante. Trata-se de “norma jurídica criada diante do caso concreto, mas não uma norma individual que regula o caso concreto”³, que, por *indução*, pode passar a funcionar como regra geral, a ser invocada como precedente judicial em outras situações. “Ou seja, há necessidade de distinguir a cristalização da interpretação e do controle de constitucionalidade da criação de uma norma individual que, particularizando a norma geral, é voltada especificamente à regulação de um caso concreto”⁴.

Assim, de acordo com a lição de LUIZ GUILHERME MARINONI, “se nas teorias clássicas o juiz apenas *declarava a lei* ou criava *a norma individual a partir da norma geral*, agora ele constrói a *norma jurídica* a partir da interpretação de acordo com a Constituição, do controle da constitucionalidade e da adoção da regra do balanceamento (ou da regra da proporcionalidade em sentido estrito) dos direitos fundamentais no caso concreto”⁵.

2. MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006, v. 1, p. 90-97.

3. MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*, cit., v. 1, p. 97.

4. MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*, cit., v. 1, p. 97.

5. MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*, cit., v. 1, p. 99.

Pois bem.

No conteúdo da fundamentação, é preciso distinguir o que é a *ratio decidendi* e o que é *obiter dictum*.

A *ratio decidendi* são os fundamentos jurídicos que sustentam a decisão; a opção hermenêutica adotada na sentença, sem a qual a decisão não teria sido proferida como foi; trata-se da tese jurídica acolhida pelo órgão julgador no caso concreto. “A *ratio decidendi* (...) constitui a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto (*rule of law*)”⁶.

“Para a correta inferência da *ratio decidendi*, propõe-se uma operação mental, mediante a qual, invertendo-se o teor do núcleo decisório, se indaga se a conclusão permaneceria a mesma, se o juiz tivesse acolhido a regra invertida. Se a decisão ficar mantida, então a tese originária não pode ser considerada *ratio decidendi*; caso contrário, a resposta será positiva”⁷.

Já o *obiter dictum* (*obiter dicta*, no plural) consiste nos argumentos que são expostos apenas de passagem na motivação da decisão, consubstanciando juízos acessórios, provisórios, secundários, impressões ou qualquer outro elemento que não tenha influência relevante e substancial para a decisão (“prescindível para o deslinde da controvérsia”⁸), sendo apenas algo que se fez constar “de passagem”, não podendo ser utilizado com força vinculativa por não ter sido determinante para a decisão.

Essa distinção é muito relevante para o estudo (i) da força vinculativa dos precedentes judiciais, assunto que ganhou importância por conta da adoção da “súmula vinculante” em matéria constitucional (art. 103-A, CF/88, e Lei Federal n. 11.417/2006), (ii) do valor que se tem atribuído aos enunciados consagrados em súmula dos tribunais (arts. 475, § 3º, 518, § 1º, 544, § 3º, 557 etc., todos do CPC), (iii) da possibilidade de julgamento liminar de causas repetitivas (art. 285-A, CPC), (iv) da admissibilidade do incidente de uniformização de jurisprudência (arts. 476 a 479, CPC), (v) dos recursos que têm por objetivo uniformizar a jurisprudência com base em precedentes judiciais, tais como os embargos de divergência (art. 546, CPC) e o recurso especial fundado em divergência (art. 105, III, “c”, CF) (vi) do estudo do incidente de exame por amostragem da repercussão geral no recurso extraordinário (art. 543-B, CPC, acrescentado pela Lei Federal n. 11.418/2006, que regulamenta o § 3º do art. 102 da CF/88). Este ensaio cuida das hipóteses (i) e (vi). iando obstáculo ao que foi decidido, ora dificultando de direito que por ser generalizada.

6. TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do Direito*. São Paulo: RT, 2004, p. 175.

7. TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do Direito*, cit., p. 177.

8. TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do Direito*, cit., p. 177.

A coisa julgada vincula as partes à decisão do objeto litigioso (a solução da questão principal apresentada no dispositivo da decisão) de um determinado caso concreto. Quando se estuda a força vinculativa dos *precedentes judiciais* (enunciado da súmula da jurisprudência predominante de um tribunal, por exemplo), é preciso investigar a *ratio decidendi* dos julgados anteriores, encontrável em sua fundamentação. Assim, as razões de decidir do precedente é que operam a vinculação: extrai-se da *ratio decidendi*, por *indução*, uma regra geral que pode ser aplicada a outras situações semelhantes. Da solução de um caso concreto (particular) extrai-se uma regra de direito que pode ser generalizada. Configura exatamente o que Luiz Guilherme Marinoni chama de *norma jurídica* criada pelo magistrado, à luz do caso concreto, a partir da conformação da hipótese legal de incidência às normas constitucionais⁹. Só se pode considerar como *ratio decidendi* a opção hermenêutica que, a despeito de ser feita para um caso concreto, tenha aptidão para ser universalizada¹⁰.

“É certamente em decorrência desse relevante aspecto, na órbita de um sistema jurídico estribado na observância compulsória dos *precedentes*, que as razões de decidir devem prever e sopesar a repercussão prática que determinada decisão poderá oferecer para o ordenamento jurídico globalmente considerado”¹¹.

Tudo isso nos leva a uma importante advertência: não bastasse a exigência constitucional de a decisão judicial ser devidamente motivada, é preciso que o órgão jurisdicional, máxime os tribunais superiores, tenha bastante cuidado na elaboração da fundamentação dos seus julgados, pois, a prevalecer determinada *ratio decidendi*, será possível extrair, a partir dali, uma regra geral a ser observada em outras situações.

Finalmente, uma última palavra: em uma decisão, o órgão judicial não indica, *expressamente*, qual é a *ratio decidendi* – ressalvado a decisão que julga o incidente de uniformização de jurisprudência (arts. 476-479 do CPC) ou o incidente de decretação de inconstitucionalidade (arts. 480-482 do CPC), que têm esse objetivo¹². “Cabe aos juízes, em momento posterior, ao examinarem-na como *precedente*, extrair a ‘norma legal’ (abstraindo-a do caso) que poderá ou não incidir na situação concreta”¹³. A consolidação do entendimento na súmula da

9. MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*, cit., v. 1, p. 96-97. Ver o que foi dito no item relativo à sentença como norma jurídica individualizada.

10. É o que se denomina, com eloquência, de *holding* (TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do Direito*, cit., p. 177).

11. TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do Direito*, cit., p. 176.

12. No caso do incidente de uniformização de jurisprudência, o próprio art. 479 do CPC diz que “o julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá *precedente* na uniformização da jurisprudência” (acrescentamos o *itálico*).

13. TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do Direito*, cit., p. 175.

jurisprudência do tribunal tem, dentre outras, a função de “identificar” e “divulgar” a *ratio decidendi* construída pelo tribunal à luz de casos concretos semelhantes (situações de fato-tipo).

3. A “OBJETIVAÇÃO” DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

O sistema de controle de constitucionalidade das leis no direito brasileiro tem passado, nos últimos tempos, por algumas mudanças bastante significativas. A EC n. 45/2004, por exemplo, criou a “súmula”¹⁴ vinculante em matéria constitucional (art. 103-A) e consagrou, no texto Carta Magna, a orientação do STF de conferir efeito também vinculante às decisões proferidas em causas de controle concentrado de constitucionalidade, quer em ADIN, quer em ADC (art. 102, § 2º, CF/88).

Um dos aspectos dessa mudança é a transformação do recurso extraordinário, que, embora instrumento de *controle difuso* de constitucionalidade das leis, tem servido, também, ao *controle abstrato*. Normalmente, relaciona-se o *controle difuso* ao *controle concreto* da constitucionalidade. São, no entanto, coisas diversas. O controle é difuso porque pode ser feito por qualquer órgão jurisdicional; ao controle difuso contrapõe-se o concentrado. Chama-se de controle concreto, porque feito *a posteriori*, à luz das peculiaridades do caso; a ele se contrapõe o controle abstrato, em que a inconstitucionalidade é examinada em tese, *a priori*. Normalmente, o *controle abstrato* é feito de forma concentrada, no STF, por intermédio da ADIN, ADC ou ADPF, e o *controle concreto*,¹⁵ de forma difusa. O *controle difuso* é sempre *incidenter tantum*, pois a constitucionalidade é questão incidente, que

14. É incorreto falar em “súmulas” do STF. Só há uma súmula do STF, que tem diversos enunciados. Explica o tema BARBOSA MOREIRA: “A ‘Súmula’, sempre no singular, foi publicada como anexo ao Regimento Interno, e a respectiva citação, feita ‘pelo número do enunciado’, dispensaria, perante a Corte, ‘a indicação complementar de julgados no mesmo sentido’. Mais tarde, outros tribunais seguiram o exemplo: o Superior Tribunal de Justiça tem sua própria ‘Súmula’, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro a sua, e assim por diante. Em todos os casos, a denominação oficial de ‘Súmula’ corresponde ao conjunto, ao todo, à totalidade das teses compendiadas. O modo de citar a ‘Súmula’, pelo número do enunciado, levou a curiosa corruptela na linguagem forense. Era correto dizer ‘n. X da ‘Súmula’ ou ‘Súmula, n. x’. Mas passou-se a falar com frequência de ‘Súmula n. x’, sem pausa, como se cada enunciado, individualmente, constituísse uma ‘súmula’.... Pois bem. A Emenda Constitucional n. 45 rende-se ao uso informal, tolerável em conversas de corredor do Fórum, nunca porém num documento oficial, e menos que alhures em texto que se incorpora à Constituição. O novo art. 103-A desta autoriza o Supremo Tribunal Federal a editar ‘súmula que (...) terá efeito vinculante’, e já se generalizou, até fora dos meios especializados, a referência às futuras ‘súmulas vinculantes’, no plural, para designar as proposições ou teses a que a Corte, reunidos os pressupostos, imprimirá esse efeito”. (“A redação da Emenda Constitucional n. 45 (Reforma da Justiça)”. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, n. 378, p. 43). A referência que se fizer às “súmulas” será, apenas, *brevitatis causae*.

15. Convém apontar o posicionamento de Eduardo Appio, para quem não há controle de constitucionalidade concreto, nem mesmo o difuso, sob o fundamento de que “as considerações de ordem subjetiva, fundadas nas peculiaridades do caso concreto e na situação particular das partes envolvidas no litígio se situam no plano da aplicação da lei e não no plano do controle de

será resolvida na fundamentação da decisão judicial; assim, a decisão a respeito da questão somente tem eficácia *inter partes*. O controle concentrado, no Brasil, é feito *principaliter tantum*, ou seja, a questão sobre a constitucionalidade da lei compõe o objeto litigioso do processo e a decisão a seu respeito ficará imune pela coisa julgada material, com eficácia *erga omnes*.

Nada impede, porém, que o controle de constitucionalidade seja difuso, mas abstrato: a análise da constitucionalidade é feita em tese, embora por qualquer órgão judicial. Obviamente, porque tomada em controle difuso, a decisão não ficará acobertada pela coisa julgada e será eficaz apenas *inter partes*. Mas a análise é feita em tese, que vincula o tribunal a adotar o mesmo posicionamento em outras oportunidades¹⁶. É o que acontece quando se instaura o incidente de arguição de inconstitucionalidade perante os tribunais (art. 97 da CF/88 e arts. 480-482 do CPC): embora instrumento processual típico do controle difuso, a análise da constitucionalidade da lei, neste incidente, é feita em abstrato¹⁷. Trata-se de incidente processual de natureza objetiva (é exemplo de processo objetivo, semelhante ao processo da ADIN ou ADC). É por isso que, também à semelhança do que já ocorre na ADIN e ADC, é possível a intervenção de *amicus curiae* neste incidente (§§ do art. 482). É em razão disso, ainda, que fica dispensada a instauração de um novo incidente para decidir questão que já fora resolvida anteriormente pelo mesmo tribunal ou pelo STF (art. 481, par. ún., CPC)¹⁸⁻¹⁹.

constitucionalidade” (p. 75). Para o autor, “em ambos os casos – controle concentrado e difuso – a atividade judicial é essencialmente a mesma, uma vez que avulta de interesse um escopo político, qual seja o de garantir a supremacia da Constituição através da declaração da nulidade da lei inconstitucional”. (“A teoria da inconstitucionalidade induzida”. *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênese, 2005, n. 35, p. 72).

16. “A decisão plenária não se equipara plenamente às decisões tomadas no controle em abstrato de constitucionalidade dado não surtir típico efeito *erga omnes* de, por exemplo, uma ação direta de inconstitucionalidade. Mas, por outro lado, fica muito longe de restringir-se ao caso concreto que lhe deu ensejo, porquanto dela emana % em razão de normas legais e regimentais % eficácia vinculante *intra muros*, isto é, vincula os colegiados fracionários do tribunal que dirimiu o incidente, valendo para todos os casos concretos subsequentes que envolvam a mesma *quaestio iuris* constitucional”. (AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Incidente de arguição de inconstitucionalidade*. São Paulo: RT, 2002, p. 47, nota 21.)
17. Sobre o tema, também, MENDES, Gilmar Ferreira. “O sistema de controle das normas da Constituição de 1988 e reforma do Poder Judiciário”. *Revista da AJURIS*. Porto Alegre: AJURIS, 1999, n. 75, p. 244.
18. AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Incidente de arguição de inconstitucionalidade*, cit., p. 48-49.
19. Considerando que todo controle de constitucionalidade é abstrato, EDUARDO APPIO: “O controle é sempre abstrato, mesmo quando utilizado pelo juiz singular no caso concreto, do que se deduz que não existe, no Brasil, controle concreto de constitucionalidade das leis. O juiz singular, ao rejeitar a aplicação de uma lei federal, porque incompatível com a Constituição, não pode considerar as peculiaridades do caso concreto, mas tão-somente aferir da compatibilidade no plano político (objetivo), assim como faria seu colega no Supremo Tribunal Federal, em sede de ação direta de inconstitucionalidade”. (“A teoria da inconstitucionalidade induzida”. *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênese, 2005, n. 35, p. 73)

O STF, ao examinar a constitucionalidade de uma lei em recurso extraordinário, tem seguido esta linha. A decisão sobre a questão da inconstitucionalidade seria tomada em *abstrato*, passando a orientar o tribunal em situações semelhantes. Sobre o tema, convém lembrar a lição de Gilmar Ferreira Mendes, no Processo Administrativo n. 318.715/STF, que culminou na edição da Emenda n. 12 ao RISTF (Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal), publicada no DJ de 17.12.2003:

O recurso extraordinário “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 objetiva. Trata-se de orientação que os modernos sistemas de Corte Constitucional vêm conferindo ao recurso de amparo e ao recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*). (...)”

A função do Supremo nos recursos extraordinários – ao menos de modo imediato – não é a de resolver litígios de fulano ou beltrano, nem a de revisar todos os pronunciamentos das Cortes inferiores. O processo entre as partes, trazido à Corte via recurso extraordinário, deve ser visto apenas como pressuposto para uma atividade jurisdicional que transcende os interesses subjetivos”.²⁰

Há diversas manifestações deste fenômeno, que é importantíssimo, na legislação e na jurisprudência brasileiras.

a) O primeiro exemplo é o procedimento do recurso extraordinário interposto no âmbito dos Juizados Especiais Federais, regulado pelo art. 14, §§ 4º a 9º, da Lei Federal n. 10.259/2001²¹ e § 5º do art. 321 do RISTF (Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal)²². O procedimento para julgamento deste recurso

20. O excerto foi retirado de MADOZ, Wagner Amorim. “O recurso extraordinário interposto de decisão de Juizados Especiais Federais”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2005, n. 119, p. 75-76.

21. “§ 4º Quando a orientação acolhida pela Turma de Uniformização, em questões de direito material, contrariar súmula ou jurisprudência dominante no Superior Tribunal de Justiça – STJ, a parte interessada poderá provocar a manifestação deste, que dirimirá a divergência. § 5º No caso do § 4º, presente a plausibilidade do direito invocado e havendo fundado receio de dano de difícil reparação, poderá o relator conceder, de ofício ou a requerimento do interessado, medida liminar determinando a suspensão dos processos nos quais a controvérsia esteja estabelecida. § 6º Eventuais pedidos de uniformização idênticos, recebidos subsequentemente em quaisquer Turmas Recursais, ficarão retidos nos autos, aguardando-se pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça. § 7º Se necessário, o relator pedirá informações ao Presidente da Turma Recursal ou Coordenador da Turma de Uniformização e ouvirá o Ministério Público, no prazo de cinco dias. Eventuais interessados, ainda que não sejam partes no processo, poderão se manifestar, no prazo de trinta dias. § 8º Decorridos os prazos referidos no § 7º, o relator incluirá o pedido em pauta na Seção, com preferência sobre todos os demais feitos, ressalvados os processos com réus presos, os *habeas corpus* e os mandados de segurança. § 9º Publicado o acórdão respectivo, os pedidos retidos referidos no § 6º serão apreciados pelas Turmas Recursais, que poderão exercer juízo de retratação ou declará-los prejudicados, se veicularem tese não acolhida pelo Superior Tribunal de Justiça”.

22. “§ 5º Ao recurso extraordinário interposto no âmbito dos Juizados Especiais Federais, instituídos pela Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001, aplicam-se as seguintes regras: I – verificada a plausibilidade do direito invocado e havendo fundado receio da ocorrência de dano de difícil reparação, em especial quando a decisão recorrida contrariar súmula ou jurisprudência dominante

permite a intervenção de interessados na discussão da tese (inciso III do § 5º do art. 321 do RISTF); a decisão do STF é vinculante para as turmas recursais, que deverão retratar-se ou declarar prejudicado o recurso extraordinário já interposto, conforme seja (inciso VII do § 5º do art. 321 do RISTF); e, ainda, poderá ser concedida medida cautelar para sobrestar o processamento de outros recursos extraordinários que versem sobre a mesma questão constitucional, até que o STF julgue o recurso (inciso I do § 5º do art. 321 do RISTF), norma semelhante ao art. 21 da Lei Federal n. 9.868/1999, que cuida da ADC.

b) O art. 103-A da CF/88 consagra a “súmula” vinculante em matéria constitucional, que poderá ser editada após reiteradas decisões do STF sobre a questão constitucional, todas tomadas em controle difuso de constitucionalidade.

c) Em recente decisão, a Min. Ellen Gracie Northfleet dispensou o preenchimento do requisito do prequestionamento de um recurso extraordinário, sob o fundamento de dar efetividade a posicionamento do STF sobre questão constitucional, adotado em julgamento de outro recurso extraordinário (AI n. 375.011, constante do Informativo 365 do STF). A ministra manifestou-se expressamente sobre a transformação do recurso extraordinário em remédio de controle abstrato de constitucionalidade, e sob esse fundamento dispensou o prequestionamento para prestigiar o posicionamento do STF em matéria de controle de constitucionalidade. Importante precedente nesse sentido é o julgamento da Medida Cautelar no RE n. 376.852, rel. Min. Gilmar Mendes (Plenário, por maioria, DJ de 27.03.2003).

do Supremo Tribunal Federal, poderá o relator conceder, de ofício ou a requerimento do interessado, *ad referendum* do Plenário, medida liminar para determinar o sobrestamento, na origem, dos processos nos quais a controvérsia esteja estabelecida, até o pronunciamento desta Corte sobre a matéria; II – o relator, se entender necessário, solicitará informações ao Presidente da Turma Recursal ou ao Coordenador da Turma de Uniformização, que serão prestadas no prazo de 05 (cinco) dias; III – eventuais interessados, ainda que não sejam partes no processo, poderão manifestar-se no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da publicação da decisão concessiva da medida cautelar prevista no inciso I deste § 5º; IV – o relator abrirá vista dos autos ao Ministério Público Federal, que deverá pronunciar-se no prazo de 05 (cinco) dias; V – recebido o parecer do Ministério Público Federal, o relator lançará relatório, colocando-o à disposição dos demais Ministros, e incluirá o processo em pauta para julgamento, com preferência sobre todos os demais feitos, à exceção dos processos com réus presos, habeas-corpus e mandado de segurança; VI – eventuais recursos extraordinários que versem idêntica controvérsia constitucional, recebidos subsequentemente em quaisquer Turmas Recursais ou de Uniformização, ficarão sobrestados, aguardando-se o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal; VII – publicado o acórdão respectivo, em lugar especificamente destacado no Diário da Justiça da União, os recursos referidos no inciso anterior serão apreciados pelas Turmas Recursais ou de Uniformização, que poderão exercer o juízo de retratação ou declará-los prejudicados, se cuidarem de tese não acolhida pelo Supremo Tribunal Federal; VIII – o acórdão que julgar o recurso extraordinário conterà, se for o caso, súmula sobre a questão constitucional controvertida, e dele será enviada cópia ao Superior Tribunal de Justiça e aos Tribunais Regionais Federais, para comunicação a todos os Juizados Especiais Federais e às Turmas Recursais e de Uniformização”.

d) No julgamento do RE n. 298.694, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 23.4.2004²³, decidiu-se, por maioria, admitir a possibilidade de o STF julgar o recurso extraordinário com base em fundamento diverso daquele enfrentado pelo tribunal recorrido. Trata-se de acórdão histórico, que merece leitura cuidadosa, principalmente os votos do relator, do Min. Carlos Ayres (sucinto e preciso) e do Min. Peluso, em que o STF alterou antiga praxe, em que o recurso extraordinário somente era conhecido para ser provido (no caso, o recurso foi conhecido, mas não foi provido). À semelhança do que já acontece no julgamento das ações de controle de concentrado de constitucionalidade, a causa de pedir (no caso, a causa de pedir recursal) é aberta, permitindo que o STF decida a questão da constitucionalidade com base em outro fundamento²⁴, mesmo que não enfrentado pelo tribunal recorrido.

e) O § 3º do art. 475 do CPC dispensa o reexame necessário, quando a sentença se baseia em posicionamento tomado pelo Pleno do STF, a despeito de ter sido ou não sumulado. Neste caso, revela-se a importância que se pretende conferir aos precedentes do STF, mesmo àqueles oriundos de processos não-objetivos.

f) O STF tem admitido reclamação constitucional como mecanismo processual para garantir a obediência às decisões, definitivas ou liminares²⁵, proferidas em ADIN ou ADC. O § 3º do art. 103-A da CF/88, introduzido pela EC n. 45/2004, permite, da mesma forma, o ajuizamento da reclamação constitucional para cassar a decisão judicial que contrariar “súmula” vinculante – editada, conforme visto, a partir de decisões tomadas em controle difuso de constitucionalidade.

g) O STF, no julgamento do RE 197.917/SP (publicado no DJU de 27.02.2004) interpretou a cláusula de proporcionalidade prevista no inciso IV do art. 29 da CF/88, que cuida da fixação do número de vereadores em cada município. O TSE, diante deste julgamento, conferindo-lhe eficácia *erga omnes* (note-se que se trata de um julgamento em recurso extraordinário, *controle difuso*, pois), editou a Resolução n. 21.702/2004, na qual adotou o posicionamento do STF. Essa Resolução foi alvo de duas ações diretas de inconstitucionalidade (3.345 e 3.365, rel. Min. Celso de Mello), que foram rejeitadas, sob o argumento de que o TSE,

23. Também neste sentido, RE n. 300.020, rel. Min. Sepúlveda Pertence, ata publicada no DJ de 24.10.2003.

24. AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Incidente de arguição de inconstitucionalidade*, cit., p. 48, com inúmeros argumentos. Analisou esse importantíssimo acórdão, reconhecendo a “objetivação” do recurso extraordinário MADDOZ, Wagner Amorim. “O recurso extraordinário interposto de decisão de Juizados Especiais Federais”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2005, n. 119, p. 84-85.

25. Rcl (QO) n. 1.507-RJ e Rcl (QO) n. 1.652-RJ, rel. Min. Néri da Silveira, 21.9.2000; Rcl n. 777-DF, 785-RJ, 800-SP, rel. Min. Moreira Alves, 10.4.2002. Sobre o cabimento de reclamação contra decisão judicial que desrespeita comando liminar em ADI, o acórdão *leading case* proferido na Rcl. 2256-1, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 11.09.2003, publicado no DJ de 30.04.2004.

ao expandir a interpretação constitucional definitiva dada pelo STF, “guardião da Constituição”, submeteu-se ao princípio da força normativa da Constituição²⁶. Aqui, mais uma vez, aparece o fenômeno ora comentado: uma decisão proferida pelo STF em controle difuso passa a ter eficácia *erga omnes*, tendo sido a causa da edição de uma Resolução do TSE (norma geral) sobre a matéria.

h) O STF decidiu admitir, “considerando a relevância da matéria, e, apontando a objetivação do processo constitucional também em sede de controle incidental, especialmente a realizada pela Lei 10.259/2001”, a sustentação oral de *amici curiae* (Confederação Brasileira dos Aposentados, Pensionistas e Idosos – COBAP e da União dos Ferroviários do Brasil) em julgamento de recurso extraordinário, ratificando, também neste julgamento, a tendência de “objetivação” do controle difuso, tantas vezes mencionada neste ensaio²⁷.

i) O Min. Gilmar Mendes, no julgamento do HC n. 82.959, não obstante tenha considerado inconstitucional o § 1º do art. 2º da Lei Federal n. 8.072/1990 (Lei dos Crimes Hediondos), aplicou o art. 27 da Lei Federal n. 9.868/1999 (Lei da ADI/ADC), para dar eficácia não-retroativa (*ex nunc*) à sua decisão²⁸. Ou seja: aplicou-se ao *controle difuso* de constitucionalidade um instrumento do *controle concentrado*, que é possibilidade de o STF determinar, no juízo de inconstitucionalidade, a eficácia da sua decisão, *ex nunc* ou *ex tunc*. Esse julgamento, que foi interrompido por pedido de vista da Min. Ellen Gracie, foi concluído em fevereiro de 2006, quando o *habeas corpus*, já sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio, foi definitivamente deferido, com decretação de inconstitucionalidade *incidenter tantum* do referido dispositivo, nos seguintes termos: “O Tribunal, por unanimidade, explicitou que a declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito legal em questão não gerará conseqüências jurídicas com relação às penas já extintas nesta data, uma vez que a decisão plenária envolve, unicamente, o afastamento do óbice representado pela norma ora declarada inconstitucional, sem prejuízo da apreciação, caso a caso, pelo magistrado competente, dos demais requisitos pertinentes ao reconhecimento da possibilidade de progressão²⁹.”

j) Tudo isso conduz a que se admita a ampliação do *cabimento da reclamação constitucional*, para abranger os casos de desobediência a decisões tomadas pelo

26. Informativo do STF n. 398, 22-26 de agosto de 2005.

27. RE n. 416827/SC e RE n. 415454/SC, rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 21.9.2005, publicado no Informativo n. 402 do STF, 19-23 de setembro de 2005.

28. “Salientou, ainda, a incidência do disposto no art. 27 da Lei 9.868/99 também no controle incidental, e, considerando o reiterado posicionamento do Tribunal quanto ao reconhecimento da constitucionalidade da vedação da progressão de regime nos crimes hediondos e as possíveis conseqüências decorrentes da referida declaração nos âmbitos civil, processual e penal, ressaltou que o efeito *ex nunc* conferido deve ser entendido como aplicável às condenações que envolvam situações passíveis de serem submetidas ao regime de progressão”. (Informativo do STF n. 372, 29 de novembro a 3 de dezembro de 2004.)

29. Informativo do STF, n.418, 6 a 10 de Março de 2006.

Pleno do STF em controle difuso de constitucionalidade, independentemente da existência de enunciado sumular de eficácia vinculante. É certo, porém, que não há previsão expressa neste sentido (fala-se de reclamação por desrespeito a “súmula” vinculante e a decisão em ação de controle concentrado de constitucionalidade). Mas a nova feição que vem assumindo o *controle difuso* de constitucionalidade, quando feito pelo STF, permite que se faça essa interpretação extensiva, até mesmo como forma de evitar decisões contraditórias e acelerar o julgamento das demandas.

Recentemente, o STF começou o julgamento de uma reclamação, em que se pedia a cassação de decisão que não admitiu a progressão de regime prisional para condenado por crime hediondo, sob o fundamento de que, assim, teria desrespeitado o posicionamento do STF consolidado no HC 82.959, julgado em fevereiro de 2006 (decisão proferida em controle difuso-incidental de constitucionalidade).

O Min. Gilmar Mendes, relator desta reclamação, votou pela procedência do pedido, fundamentando-se, exatamente, na mencionada transformação do papel do controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro. Registre-se que Gilmar Mendes é o grande arauto desta corrente e, como Ministro do STF, coerente com as suas lições, tratou de aplicá-la. O julgamento ainda não terminou, pois o Min. Eros Grau pediu vista. Mas a simples decisão do relator já é um marco, pois ratifica essa mudança paradigmática do controle de constitucionalidade brasileiro³⁰.

30. Informativo do STF n. 454, de 07 de fevereiro de 2007: “Reclamação: Cabimento e Senado Federal no Controle de Constitucionalidade – 1 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 a 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) Reclamação: Cabimento e Senado Federal no Controle de Constitucionalidade – 2 Preliminarmente, quanto ao cabimento da reclamação, o relator afastou a alegação de inexistência de decisão do STF cuja autoridade deva ser preservada. No ponto, afirmou, inicialmente, que a jurisprudência do STF evoluiu relativamente à utilização da reclamação em sede de controle concentrado de normas, tendo concluído pelo cabimento da reclamação para todos os que comprovarem prejuízo resultante de decisões contrárias às suas teses, em reconhecimento à eficácia vinculante erga omnes das decisões de mérito proferidas em sede de controle concentrado. Em seguida, entendeu ser necessário, para análise do tema, verificar se o instrumento da reclamação fora usado de acordo com sua destinação constitucional: garantir a autoridade das decisões do STF; e, depois, superada essa questão, examinar o argumento do juízo reclamado no sentido de que a eficácia erga omnes da decisão no HC 82959/SP dependeria da expedição da resolução do Senado suspendendo a execução da lei (CF, art. 52, X). Para apreciar a dimensão constitucional do tema, discorreu sobre o papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade. Rcl 4335/AC, rel. Min. Gilmar Mendes, 1º.2.2007. (Rcl-4335) Reclamação: Cabimento

l) A Lei Federal n. 11.418/2006 regulamentou o requisito de admissibilidade do *recurso extraordinário* previsto no § 3º do art. 102 da CF, denominado de *repercussão geral*.

Dentre algumas outras inovações, destaca-se a criação de um *incidente de análise da repercussão geral por amostragem*, semelhante ao que já existe para o julgamento do recurso extraordinário proveniente do Juizado Especial Federal (art. 321, § 5º, RISTF).

Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto no art. 543-B, CPC. Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte (§ 1º do art. 543-B, CPC).

A mais importante inovação está no § 2º deste art. 543-B: “Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos”. O STF julgará *um*, ou *alguns*, recurso(s) extraordinário(s), que envolva(m) *a mesma questão de direito* – a(s) decisão(ões) recorrida(s) tem(êm) a mesma *ratio decidendi*. Se negar a existência de repercussão geral, todos os demais, *que não subiram ao STF*, reputam-se não-conhecidos. Eis o *julgamento por amostragem*.

e Senado Federal no Controle de Constitucionalidade – 3 Aduziu que, de acordo com a doutrina tradicional, a suspensão da execução pelo Senado do ato declarado inconstitucional pelo STF seria ato político que empresta eficácia erga omnes às decisões definitivas sobre inconstitucionalidade proferidas em caso concreto. Asseverou, no entanto, que a amplitude conferida ao controle abstrato de normas e a possibilidade de se suspender, liminarmente, a eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, no contexto da CF/88, concorreram para infirmar a crença na própria justificativa do instituto da suspensão da execução do ato pelo Senado, inspirado numa concepção de separação de poderes que hoje estaria ultrapassada. Ressaltou, ademais, que ao alargar, de forma significativa, o rol de entes e órgãos legitimados a provocar o STF, no processo de controle abstrato de normas, o constituinte restringiu a amplitude do controle difuso de constitucionalidade. Rcl 4335/AC, rel. Min. Gilmar Mendes, 1º.2.2007. (Rcl-4335) Reclamação: Cabimento e Senado Federal no Controle de Constitucionalidade – 4 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. Rcl 4335/AC, rel. Min. Gilmar Mendes, 1º.2.2007. (Rcl-4335)

Em razão disso, é indispensável o aprimoramento da intervenção do *amicus curiae* no procedimento de análise da repercussão geral, de modo a que todos os interessados na solução desta *questão* possam manifestar-se. É esse o sentido do § 6º do art. 543-A do CPC: “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”. Esse dispositivo segue a linha do inciso III do § 5º do art. 321 do RISTF, que também permite a intervenção do *amicus curiae* no julgamento do recurso extraordinário proveniente do Juizado Especial Federal.

É possível concluir, sem receio, de que o incidente para a apuração da repercussão geral *por amostragem* é um procedimento de caráter objetivo, semelhante ao procedimento da ADIN, ADC e ADPF, e de profundo *interesse público*, pois se trata de exame de uma questão que diz respeito a um sem-número de pessoas, resultando na criação de uma norma jurídica de caráter geral pelo STF. É mais uma demonstração do fenômeno de “objetivação” do controle difuso de constitucionalidade das leis, que será examinado no item seguinte.

A permissão de manifestação dos interessados é indispensável para a efetivação das garantias constitucionais processuais do devido processo legal e do contraditório.

Há ainda uma outra novidade.

Reconhecida a *existência* da repercussão geral, e “julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se” (art. 543-B, § 3º, CPC, acrescentado pela Lei Federal n. 11.418/2006). Note que foi conferido ao recurso extraordinário um *efeito regressivo*, mas com perfil dogmático um pouco diferente daquele usualmente utilizado na apelação (art. 296 do CPC, por exemplo) ou no agravo de instrumento, que permitem o juízo de retratação logo após a interposição do recurso. Seguiu-se, mais uma vez, o precedente normativo do Regimento Interno do STF, inciso VII do § 5º do art. 321, que cuida do recurso extraordinário proveniente do Juizado Especial Federal.

Permite-se o juízo de retratação do órgão *a quo*, nesses casos, *após a decisão* do STF sobre a questão de direito que corresponde à *ratio decidendi* da decisão recorrida, no julgamento do recurso que subiu como amostra. A permissão de retratação justifica-se, pois a decisão do STF, em sentido diverso daquela proposta pelo tribunal recorrido, foi tomada *em abstrato*, de modo a resolver o problema em tese, conforme visto.

Se não houver retratação, admitido o recurso extraordinário cujo processamento ficara sobrestado, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento

Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada (art. 543-B, § 4º, CPC, acrescentado pela Lei Federal n. 11.418/2006).

m) A 1ª T. do STJ acolheu o nosso entendimento, expressamente, no julgamento dos REsp n. 744.937 e 741.737, ambos relatados pela Min. Denise Arruda, j. em 04.04.2006, e publicados no DJ, respectivamente, em 19.06.2006, p. 111, e 12.06.2006, p. 445.

n) Assim, as decisões do STF, em matéria de controle de constitucionalidade e interpretação da constituição, podem ser divididas em quatro espécies, de acordo com a sua força vinculante e a extensão subjetiva dos seus efeitos: a) proferidas por uma turma, em controle difuso; b) proferidas pelo Pleno, em controle difuso, e ainda não consagradas em enunciado da súmula vinculante; c) posicionamentos já consagrados em súmula vinculante; d) decisões em controle concentrado de constitucionalidade.

A primeira espécie (“a”) só tem eficácia inter partes e se constitui em precedente jurisprudencial de menor importância, até mesmo porque a outra turma do STF pode adotar posicionamento diverso (exatamente por isso admitem-se os embargos de divergência nessas situações).

A segunda espécie (“b”), como vimos, pode produzir efeitos ultra partes, como precedente jurisprudencial vinculativo, mas pode ser revista pelo Pleno do STF, surgindo novos fundamentos e tendo em vista a evolução do pensamento a respeito do assunto. É o que aconteceu com a discussão sobre a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar causas envolvendo danos morais decorrentes da relação de trabalho, após a EC/45, em que o Pleno do STF, em um período de quatro meses, adotou posicionamentos antagônicos, prevalecendo a orientação pela competência da Justiça do Trabalho.

A súmula vinculante (“c”) tem eficácia *erga omnes* e somente pode ser revista de acordo com os pressupostos previstos no § 2º do art. 103-A da CF/88.

Revelam um estágio bem mais avançado de estabilidade do posicionamento do STF, que, porém, ainda pode ser revisto, pois tomado a partir de decisões proferidas em controle difuso, em que a questão constitucional aparece *incidenter tantum*, inepta para ficar imune pela coisa julgada material.

As decisões proferidas em controle concentrado – “d”: ADI, ADC e ADPF – ficam imunes pela coisa julgada material, não podendo ser revistas sequer por ação rescisória (art. 26 da Lei Federal n. 9.868/1999 e art. 12 da Lei Federal n. 9.882/1999). Trata-se do nível mais elevado de estabilidade a que pode chegar um posicionamento do STF em tema de interpretação da Constituição Federal.