

REPERCUSSÃO GERAL: A OBJETIVIZAÇÃO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

CHARLEY TEIXEIRA CHAVES¹

Doutorando e Mestre pela PUC MINAS.

Diretor Acadêmico da FASPI.

Professor do curso de Pós-Graduação em Direito
Processual - IEC- PUC MINAS, pela FIC e pela FCJ.

RESUMO: Este artigo analisará a repercussão geral e sua base histórica. Trata-se de um novo requisito de admissibilidade do recurso extraordinário que tenta se aproximar do controle de constitucionalidade concentrado. Representa um mecanismo de controle do acesso ao STF, um filtro com objetivo de imprimir celeridade ao trâmite do Recurso Extraordinário e quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, os procedimentos repetitivos terão o mesmo resultado. Por outro lado, reduz a participação das partes interessadas. A finalidade maior deste novo requisito de admissibilidade (repercussão geral) de competência do STF é a diminuição do número de recursos extraordinários. Uma tentativa para resolver o problema da chamada “crise numérica”.

PALAVRAS-CHAVE: Repercussão geral; arguição de relevância; recurso extraordinário; controle de constitucionalidade; celeridade.

ABSTRACT: This article will examine the general impact and its historical basis of the new requirement for admissibility of extraordinary attempts to get close to the control of concentrated constitutionality. It represents a mechanism for controlling access to the Brazilian Supreme Court, a filter with the objective of quickly processing the extraordinary appeal, the binding precedence, as it reduces the participation of parties. The major goal of this new requirement for admissibility (general effect) in the jurisdiction of the Supreme Court is the decrease in the number of extraordinary appeals, an attempt to solve the number of appeals in that court.

KEY WORDS: General effect; questions concerning relevance; extraordinary appeal; judicial review; promptness.

¹ Outras informações: <http://lattes.cnpq.br/9540786558735514>.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Do nascedouro da repercussão geral. 2.1. Modelo dos Estados Unidos. 2.1. Modelo dos Estados Unidos. 2.2. Da Arguição de Relevância *versus* Repercussão Geral. 3. A "abstrativização" do recurso extraordinário e sua aproximação do controle da constitucionalidade (difuso e concentrado). 4. Processamento da repercussão geral. 4.1. Do *quorum*. 4.2. Apreciação da repercussão geral via Plenário Virtual. 4.3. Fatores objetivos e subjetivos da repercussão geral. 4.4. Súmula 126 do Superior Tribunal de Justiça (STJ). 4.5. Da necessidade ou não da manutenção do prequestionamento da questão constitucional. 4.6. Da multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia. 4.6.1. Sobrestamento indevido da tramitação de algum recurso extraordinário. 4.7. Eficácia do reconhecimento da repercussão geral da questão debatida. 4.8. Dos recursos. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução

A presente pesquisa objetiva elaborar pequenas contribuições ligadas ao Recurso Extraordinário. Decerto que, ao debruçar-se sobre o tema, obtempera-se inicialmente "[...] que uma lei, em si, não é capaz de tornar idêntico algo que é, em sua essência, diferente" (MADEIRA, 2007, p. 124) sem reconhecer a pluralidade (diversidade de opiniões) da sociedade e a sua colaboração como construtor de sua realidade. Para piorar, a não implementação dos direitos fundamentais previstos na Constituição da República causa a insatisfação social. Tenta-se demonstrar que algumas medidas legais criadas são paliativas, as quais não resolvem os problemas do Judiciário e acabam por aumentar o "abismo" da decisão construída democraticamente, refletindo no assoberbamento ("crise numérica") do conflito levado ao Judiciário.

A Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, trouxe algumas inovações. No nosso entender, aproximou-se o recurso extraordinário, através do instituto da repercussão geral, ao Controle Concentrado de Constitucionalidade.

Ela representa uma solução legal para resolver a "crise numérica" e desafogar o Judiciário. O resultado dessa mudança legislativa implica a redução de demanda e a mudança de tratamento do controle de constitucionalidade. Por outro lado, há uma eliminação da participação das partes no procedimento, violando o devido Processo Constitucional.

O art. 102 foi acrescido do parágrafo 3º, pela emenda supracitada, que tem a seguinte redação: "No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, para que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.". Trata-se de uma norma de eficácia contida. O Código de Processo Civil (CPC) foi acrescido dos arts. 543-A e 543-B, através da Lei nº 11.418, de 19 de dezembro, regulamentando a repercussão geral das questões constitucionais.

2. Do nascedouro da repercussão geral

A base da construção da arguição ou repercussão geral não é genuinamente brasileira. Vamos verificar no modelo comparado que outros países também criaram institutos semelhantes. Permita-se acrescentar que o STF e o próprio recurso extraordinário “[...] são institutos inspirados no sistema jurídico norte-americano, a *Supreme Court* e o *writ of error*, respectivamente. Este último, de inspiração anglo-saxônica, foi criado na Inglaterra e transmitido para suas colônias, cuja função era a revisão de julgados por *error in procedendo* ou *error in judicando*.” (MOREIRA, 2009).

Cabe apresentar alguns relatos históricos do modelo em discussão em outros sistemas. Esses relatos não são exaustivos, porém, viabilizarão a compreensão do instituto e sua proliferação em outros países. As entrelinhas históricas criam em cada época uma variada gama de situações para a qual a lei tenta buscar soluções. A história mostra que vários fatores proporcionaram algumas alterações; torna-se perceptível que alguns instrumentos desligaram-se da sua finalidade e ganharam vida própria. Os instrumentos que se desagregaram da justificativa inicial e continuaram a criar efeitos *pro futuro*, sem referência na base histórica, perderam o contexto teórico podendo refletir alguns problemas de coerência.

Curial novamente apontar que a análise comparativa não esgotará todos os conteúdos, por conta da dimensão do assunto e por não ser o único objetivo deste trabalho, conforme analisaremos abaixo.

2.1. Modelo dos Estados Unidos

À Suprema Corte (*United States Supreme Court*) cabia inicialmente a competência originária, restando a competência recursal (*appellate jurisdiction*) incumbida ao Congresso Nacional. A Suprema Corte americana atuava até 1891 como tribunal de revisão. Todavia, houve um aumento de demandas judiciais, o que refletiu nas apelações (*mandatory appeals*). (AZEM, 2009, p. 41).

Tentou-se criar várias restrições para reduzir a quantidade de demandas da época. “Foram criados os tribunais regionais federais (*U. S. Courts of Appeal*) com competência recursal de segunda instância, retirando esta responsabilidade da Suprema Corte” (MOREIRA, 2009), mas mantiveram-se algumas apelações obrigatórias e outras mediante *petition for writ of certiorari* (*nom-mandatory appeals*).

Todavia, as demandas continuaram a crescer; buscaram-se novas soluções, agora para obstaculizar as apelações (*mandatory appeals*).

“A partir de uma lei do ano de 1925, operou-se nova restrição de acesso à Suprema Corte. As apelações de conhecimento obrigatório diminuíram, crescendo o número de *petitions for writ of certiorari*” (AZEM, 2009, p. 41). Percebe-se que a tentativa era de reduzir as apelações obrigatórias, mas por outro lado houve um aumento exagerado do *petition for writ of certiorari* (*appeals não obrigatórias*). Essa foi a conclusão de

Moreira: “[...] o número das *mandatory appeals* caiu, mas ocasionou o crescimento das *petitions for writ of certiorari* como sucedâneo recursal das apelações obstaculizadas.” (MOREIRA, 2009).

Agora o foco seria a redução das demandas originadas do *writ of certiorari*. Foi atribuída uma ampla discricionariedade (*discretionary power*) à Suprema Corte. Trata-se de uma análise subjetiva da Suprema Corte, viabilizada pelo seu regimento interno.

O modelo americano criou um novo procedimento de cunho subjetivo. A parte interessada deveria demonstrar a importância geral da causa (o interesse público) ou controvérsia julgada da matéria estadual ou federal pelo respectivo tribunal. “É necessário que quatro juízes (*rule of four*) votem pelo acolhimento da *petition for certiorari*, que será levado ao plenário”. Semelhante ao que acontece na repercussão geral no Brasil, “[...] isso não indica, no entanto, quem sairá vencedor, mas apenas que a Corte entende que o caso é suficientemente importante para ser ouvido.” (AZEM, 2009, p. 43).

Alexandre de Moraes sintetiza a tramitação do *writ of certiorari*:

Em virtude do acúmulo de solicitações feitas à Corte, criou-se um *procedimento de pré- triagem*, de forma que o Presidente da Corte coloca em uma lista, denominada *lista de exame*, os casos de relevância, para que sejam analisados e obtenham sua admissibilidade pelo menos por quatro juízes. Ressalte-se que os casos excluídos pelo *Chief Justice* da *lista de exame* poderão, a pedido de qualquer dos demais juízes, ter sua admissibilidade analisada.

A *lista de exame* é apresentada pelo *Chief Justice*, na chamada *conferência*, que, após oferecer um resumo do caso, concede a palavra, por ordem inversa de antiguidade, aos demais membros, para que sua admissibilidade seja votada. Uma vez admitido um determinado caso para exame, a Suprema Corte emite um *writ of certiorari* (carta requisitória), ordenando que o tribunal inferior reúna os autos de um processo e os envie a ela para revisão. (MORAES, 2008, p. 56, grifo nosso).

Sua finalidade seria *restringir ou filtrar o excesso de demanda*, para permitir que apenas a matéria relevante seja analisada pela Suprema Corte e, ao mesmo tempo, possibilite a uniformização de entendimento.

Azem afirma que esse controle ao acesso à Suprema Corte Americana não ficaria restrito ao *certiorari*; aplica-se ao próprio *appeal*. (AZEM, 2009, p. 43).

Ao buscar as bases históricas americanas do controle ao acesso à Suprema Corte, percebeu-se que o fator primordial das medidas de controle ao acesso à Suprema Corte foi o crescente aumento de demanda. Também se constatou que este foi decorrente de fatores naturais oriundos das sociedades relacionadas ao crescimento populacional e à conquista de direitos antes não observados, que impulsionaram,

em determinado período, o aumento de demanda. Os vários fatores sociais exigiram dos americanos novas medidas. O foco em discussão, a nosso ver, não deveria ser apenas o número de processos que realmente “escraviza” o Judiciário, isto é, com o objetivo de não ver transformadas as medidas de controle em paliativas, como ocorreu com algumas medidas americanas.

Esse modelo influenciou, no Brasil, a criação da Arguição de relevância, como também o retorno dela, agora, com uma nova roupagem, a denominada Repercussão Geral da questão constitucional.

Hoje, discute-se no Brasil, após a implementação da Repercussão Geral, se a via direta proporcionada pela Reclamação Constitucional (art. 102, I, alínea “I”, da CR/88) também não aumentaria os problemas ocasionados pela quantidade de demandas da Corte Constitucional brasileira, e se não seria o momento de repensar algumas alternativas.

Por um lado tem-se a engenhosidade dos advogados; por outro, é visível que a estrutura física do Judiciário não acompanha o crescimento populacional (art. 93, XIII, CR/88), bem como o respeito às normas do direito material, sendo o próprio Estado o que mais desrespeita os direitos dos cidadãos e sobrecarrega o Judiciário com o número de recursos.

O problema não se resume em uma decisão para todos ou criação de medidas controladoras do acesso à jurisdição para “desafogar” os julgadores, mas no reconhecimento da diversidade, da pluralidade e da legitimidade democrática das decisões. Não se pode pensar que o direito de recorrer é o causador da demora jurisdicional, esse direito constitucional é das partes e constitui parte do Estado Democrático. Deve-se pensar que as dificuldades do Judiciário têm uma similitude com os problemas da Saúde (falta de profissionais da saúde e estrutura física inadequada) – pelo menos no Brasil.

Não adianta jogar a responsabilidade na quantidade de recursos, “crise numérica” direcionada ao STF. O grande volume de recursos é um reflexo de vários fatores que não têm como único responsável apenas a lei. Curial assentar que as últimas reformas processuais, com o propósito de imprimir celeridade aos trâmites procedimentais, exclui a atuação das partes processuais e amplia os poderes do julgador acarretando decisões solipsistas.

Além da estrutura física deficitária, apesar de a Constituição da República, no art. 93, inciso XIII, determinar que “[...] o número de juizes na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda judicial e à respectiva população”, outro ponto problemático no Brasil apresenta-se com os chamados *prazos impróprios* que inviabilizam o cumprimento dos prazos judiciais bem delineados na norma infraconstitucional, postergando os feitos ao bel-prazer do julgador. Os advogados são obrigados a seguir os prazos, o que não acontece com os magistrados *[sic]*. Ademais, os *prazos impróprios* são incompatíveis com o princípio da duração razoável

do procedimento (art. 5º, LXXVIII, CR/88), com o princípio da eficiência (art. 37, *caput*, CR/88) e com o princípio da isonomia procedimental.

Fernando Horta Tavares ressalta a dissonância dos *prazos impróprios* com a obediência à legalidade estrita e ao princípio da isonomia, assim se posicionando:

A obediência à legalidade estrita, contudo, inexplicavelmente não ocorre com a atividade desenvolvida pelo Estado-Juiz, não só porque o instituto da preclusão não o alcança como, a sua vez, recebe justificação da doutrina tradicional que classifica os prazos endereçados ao mesmo Estado-Juiz como 'prazos impróprios', em clara dissonância com o princípio da isonomia, constante do *caput* do art. 5º da Constituição Brasileira, em que se institucionalizou a igualdade de todos perante a lei, não excluindo na escrituração do princípio, a sujeição do próprio Estado que é pessoa jurídica de direito público e, portanto, como qualquer outro, não autorizado a desrespeitar os prazos criados por lei. (TAVARES, 2007, p. 114).

O Estado-Juiz não se afasta do respeito aos prazos legais. Ademais, o princípio da reserva legal (art. 5º, II, da CR/88) não exclui o julgador da sua esfera de abrangência, nem poderia falar em atividade discricionária ou legislatória do Estado-Juiz para se eximir de observar os prazos criados por lei, por violar a separação das funções estatais (art. 2º da CR/88).

Interessantes são as observações apresentadas por Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (2005) acerca da importância de equacionar o número de demandas e da população ao número de juízes, situação verificada na Alemanha. Portanto, para se alcançar eficiência do serviço público em prazo razoável, sem essa equação não adianta os códigos processuais fixarem prazos:

A eficiência do serviço público jurisdicional prestado pelo Estado tem de ser vista sob duas dimensões, quais sejam, *legalidade* – conformar-se externamente à lei (ordenamento jurídico) – e *legitimidade* – atender ao interesse público. Nessa perspectiva, observa-se que, *na Alemanha, cujo Código de Processo Civil (ZPO) data de 1877, o juiz somente pode ter sob sua direção, no máximo, cerca de 500 a 1000 processos, viabilizando-lhe entregar a prestação da tutela jurisdicional em prazo razoável. De nada adianta, por exemplo, fixar o Código de Processo Civil brasileiro ao juiz proferir despachos em dois dias e decisões em dez dias (art. 190), designar audiências nos casos de procedimento sumário em trinta dias (arts. 277 e 278, § 2º), ou o Código de Processo Penal brasileiro determinar os prazos de dez dias para o juiz proferir decisão definitiva ou interlocutória mista, de cinco dias para decisão interlocutória simples e de um dia para despacho (art. 800), se estão em curso 6.000 ou 4.200 processos sob a direção de um único juiz, como ocorre nos casos das comarcas anteriormente apontadas. (DIAS, 2005, p. 50, grifo nosso).*

Na tentativa de imprimir mais celeridade, criou-se outro requisito de admissibilidade para interposição do Recurso Extraordinário que, na realidade, é um “obstaculizador” do direito de recorrer; reduz a participação dos interessados, violando o acesso à jurisdição (art. 5º, XXXV, CR/88), os princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, CR/88) e a “dupla análise das decisões jurisdicionais” (CHAVES, 2009, p. 404).

Percebe-se que a preocupação é com a rapidez, visando reduzir o grau de resistência (insatisfação) da sociedade. Melhor seria ter uma decisão rápida do que previsível ou coparticipada [sic]. Assim, mantém-se o *povo icônico*.² Nenhuma indagação é feita sobre a causa do conflito que assoberba o Judiciário. Em resumo, isso decorre da neutralização da Constituição da República, ou melhor, da não implementação dos direitos fundamentais que são *auto-executivos (líquidos)* e *infungíveis (certos)* (LEAL, 2003, p. 338).

2.2. Da arguição de relevância versus repercussão geral

Perceptível em uma breve análise que a repercussão geral das questões constitucionais surgiu como um requisito de admissibilidade do Recurso Extraordinário aferido pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal (STF). Representa assim mais um filtro recursal (pré-triagem).

Interessante é que, na época da ditadura, existiu um instituto semelhante ao inserido pela Emenda Constitucional nº 45/2004, o qual denominava-se de Arguição de Relevância (Emenda Constitucional nº 7, de 13 de abril de 1977). Portanto, o filtro não nasceu em 2004, mas sim reviveu (ASSIS, 2007, p. 694).

Observa-se, como esclarece Araken de Assis, que “[...] o legislador optou por não reproduzir a terminologia antiga para evitar as críticas quanto à noção de relevância” (2007, p. 695). A mudança do nome evitaria qualquer comparação com o instituto da arguição de relevância, muito questionado na época e denominado de instrumento ditatorial. “A arguição de relevância funcionava como mecanismo de inclusão, tornando admissível o recurso originariamente inadmissível; a falta de repercussão geral da questão constitucional atua como elemento de exclusão do recurso” (ASSIS, 2007, p. 695). Com a Emenda Constitucional nº 7, de 13 de abril de 1977, surgiu a arguição de relevância.

O art. 119, §§ 1º e 3º, c, da Constituição Federal de 1967, tinha a seguinte redação:

§ 1º As causas a que se refere o item III, alíneas a e d, deste artigo, serão indicadas pelo Supremo Tribunal Federal no regimento interno, que atenderá à sua natureza, espécie, valor pecuniário e relevância da questão federal.

[...]

² “O *povo icônico* refere-se a ninguém no âmbito do discurso de legitimação” (MÜLLER, 2003, p. 79).

§ 3º O regimento interno estabelecerá: [...] c) o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal e da arguição de relevância da questão federal.

A questão federal era relevante em face dos seus reflexos, conforme o art. 327, §1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF), em vigor, na época.

As similitudes dos institutos são também descritas por Miranda e Pizzol: “[...] enquanto a Constituição anterior exigia, para a admissão do recurso, que o STF considerasse a questão relevante por voto de quatro ou mais Ministros”. Como na EC nº 45/2004, “[...] o atual dispositivo constitucional prevê que a repercussão geral somente poderá ser rejeitada pela manifestação de dois terços de seus membros”. A diferença é que na arguição, a admissão do recurso dependia do voto dos Ministros para considerar relevante a questão; já na repercussão constitucional, a questão constitucional será recusada pela manifestação de dois terços dos Ministros. Daí a afirmativa de Miranda e Pizzol de que a repercussão geral é, na verdade, uma “arguição de irrelevância” (2006, p. 142).

A arguição de relevância *era* regulada pelos arts. 327 a 329 do Regimento Interno do STF. Perceptível que o instituto revogado contribuiu para o surgimento da repercussão geral da questão constitucional. Veja-se a redação do revogado art. 327 do RISTF:

Art. 327. Ao Supremo Tribunal Federal, em sessão de Conselho, compete, privativamente, o exame da arguição de relevância da questão federal.

§ 1º Entende-se relevante a questão federal que, pelos reflexos na ordem jurídica, e considerados os aspectos *morais, econômicos, políticos ou sociais* da causa, exigir a apreciação do recurso extraordinário pelo Tribunal.

§ 2º Do despacho que indeferir o processamento da arguição de relevância cabe agravo de instrumento. (grifo nosso).

É possível perceber, após uma simples leitura, que a redação do §1º do art. 327 do RISTF é muito semelhante ao disposto no art. 543-A, § 1º, do CPC (artigo acrescentado pela Lei nº 11.418/2006). O que se pode exaltar é que a repercussão geral não é um instituto novo no Brasil. Na realidade, “[...] a arguição de relevância baseou-se, principalmente, no direito norte-americano, mais especificamente na prática do *Suprem Court* na apreciação das *petitions for certiorari*” (AZEM, 2009, p. 54). Como citado acima, recebeu este nome para evitar as comparações e as críticas apontadas para a arguição de relevância. “A *eliminação* da arguição de relevância pela CF/88 foi considerada à época positiva pela doutrina, que atribuía ao instituto o caráter de *entulho autoritário*” (MIRANDA, 2006, p. 143, grifo nosso). O julgamento da arguição de relevância ocorria em sessão secreta, não observando o princípio da obrigatoriedade das motivações das decisões judiciais, conforme determina hoje o art. 93, IX, da CR/88.

Outra crítica que se fazia era a “[...] falta de clareza de seu conceito ou excessivo subjetivismo”, situação também presente na repercussão geral (art. 543-A, § 1º, do Código de Processo Civil – CPC). Muitas das críticas pretéritas ainda são atuais, então vejamos: “[...] o critério de vinculação do conhecimento do recurso extraordinário à ocorrência, na causa, de *questão federal de alta relevância*, arma os juízes de um ilimitado arbítrio na admissão dos recursos, desde que transfere para um plano estritamente subjetivo os pressupostos do respectivo cabimento” (SEABRA FAGUNDES *apud* AZEM, 2009, p. 55).

Os dispositivos do RISTF que regulamentavam a arguição de relevância não estão mais em vigor, isto é, a Constituição Federal de 1988 não manteve o instituto e os artigos do RISTF não foram recepcionados. Também não cabe aplicá-los por terem sido “desenterrados e ressuscitados” pela EC nº 45/2004, conforme o art. 2º, § 3º, da LICC. Hoje, com a repercussão geral, houve várias emendas no RISTF para viabilizar sua aplicação.

Apesar da sua proximidade com a repercussão geral, o processamento da arguição de relevância dava-se de forma diferente. O seu exame competia ao STF, porém, em autos próprios, com registro autônomo. Do indeferimento do processamento da arguição de relevância cabia agravo de instrumento. A arguição, em instrumento próprio, seria acolhida quando no mínimo quatro ministros se manifestassem a favor. O exame da relevância era irrecorrível. Julgada favorável a arguição de relevância, o Presidente do Tribunal de origem era comunicado para processar o recurso extraordinário (AZEM, 2009, p. 54-55). Assim o recurso extraordinário não era encaminhado com o incidente de relevância, como acontece na repercussão geral. Cabe destacar que o fato de os ministros do STF acolherem o incidente de relevância não conduzia de imediato ao conhecimento do recurso extraordinário. O recurso deveria passar pelos demais requisitos de admissibilidade. Situação contrária acontece com a repercussão geral que será arguida em preliminar do recurso extraordinário e não como outrora ocorria, como incidente em autos próprios.

Outra diferença entre a arguição e a atual repercussão é que na primeira havia permissivo legal para que a matéria fosse tratada no regimento interno do STF, situação não permitida pelo art. 102, § 3º, da CR/88. Como realça Azem (2009, p. 58): “[...] no sistema atual, não houve delegação constitucional de poder legiferante ao STF para, em seu regimento interno, indicar as questões que oferecem, ou não, repercussão geral.” Outra distinção que se destaca é que na arguição era da relevância da *questão federal*, enquanto a repercussão geral é da *questão constitucional*. Voto também era distinto. Na arguição de relevância eram suficientes 4 (quatro) votos de ministros para não acolher o recurso extraordinário; na repercussão geral, a recusa, por ausência da repercussão geral, dar-se-á apenas com voto de dois terços dos membros do STF.

3. A abstrativização do recurso extraordinário e sua aproximação do controle da constitucionalidade (difuso e concentrado)

Deve-se reconhecer o aumento exacerbado e a crescente demanda no Judiciário, a ponto de “escravizar” os julgadores.³ Por outro lado – repete-se –, a estrutura do Judiciário assemelha-se ao mesmo problema da saúde. O que se verifica dos resultados é que, para ambos, as soluções são paliativas, não atendendo o objetivo primordial de cada uma delas.

Decerto, a repercussão geral tende a consolidar o STF como Corte Constitucional, guardião da Constituição, já que também é uma instância recursal. Afasta-se da análise apenas individual das partes dando relevância às matérias constitucionais para toda a sociedade. Ao tratar o STF não como instância recursal, evita-se que uma determinada matéria idêntica seja decidida pelo STF mais de uma vez, permitindo que a matéria constitucional idêntica tenha uma apreciação apenas. Ao negar a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica (art. 543-A, § 5º e art. 543-B, § 2º, do CPC).

O controle da constitucionalidade no Brasil é misto: o controle concentrado, também denominado de abstrato, e o controle difuso ou incidental. O controle incidental pode surgir como incidente ou pela via recursal. O reconhecimento da inconstitucionalidade pelo controle difuso tem como parâmetro o caso concreto. Os efeitos são *inter partes*, não alcançam a eficácia *erga omnes*, situação que poderá ocorrer apenas através de resolução elaborado pelo Senado Federal (cf. art. 52, X, da CR/88), após comunicação da decisão proferida pelo STF no controle difuso (decorrente do recurso extraordinário).

Para Gregório Assagra de Almeida, dois dispositivos constitucionais fundamentam o controle difuso ou incidental da constitucionalidade: “a) o art. 5º, XXXV, da CF, que consagra o denominado *princípio da inafastabilidade das decisões judiciais*; e b) o art. 97 da CF, que consagra e exige a observância pelos tribunais, para o controle difuso, da *cláusula constitucional de reserva de plenário*.” (2007, p. 690).

Em regra, o controle concreto diz respeito ao controle difuso ou incidental e reflete estritamente as partes interessadas; no caso do *controle abstrato*, deve ser feita via ação direta através da ADI onde a análise é puramente objetiva, sem lide e com efeitos que ultrapassam o interesse individual; daí por ser *erga omnes* e de eficácia vinculante.

No entanto, a *tese da objetivação ou abstrativização* do recurso extraordinário é algo que tem ganhado força, inclusive com o renascimento da repercussão geral da questão constitucional incluída no art. 102, § 3º, da CR/88, pela EC nº 45/2004. A questão constitucional deixa de importar apenas à individualidade das partes, como ocorria ou ocorre no controle difuso, para ostentar uma discussão geral que transcende a individualidade.

³ Essa “escravização” se dá pelo descumprimento do disposto no art. 93, XIII, CR/88.

No entender de Azem, “[...] reforça-se, assim, o papel do recurso extraordinário como instrumento de defesa da ordem objetiva, mais especificamente, da Constituição Federal”. Ainda explica que: “O novo instituto, destarte, conferirá um caráter objetivo, desvinculado de pretensões exclusivamente individuais, ao pronunciamento do Pretório Excelso no julgamento dos processos que lhe são submetidos por força do art. 102, III, da CF/88.”(AZEM, 2009, p. 32-33).

Parece que existe uma tentativa de transformar o *controle de constitucionalidade em sincrético*, isto é, um “[...] sincretismo entre os sistemas do controle difuso e concentrado” (ALMEIDA, 2007, p. 678).

Convém destacar que se pode extrair uma interpretação diferente da tese sincrética do controle de constitucionalidade da própria Constituição Federal de 1988. Basta analisar os arts. 5º, XXXV, e 52, X, da CR/88. Não é outra a compreensão de Gregório Assagra de Almeida que entende inconstitucional a abstrativização do controle difuso ou incidental da constitucionalidade:

Existe uma tentativa no Brasil, atualmente, no sentido da ‘abstrativização’ do controle difuso e incidental da constitucionalidade, principalmente no plano do que é denominado de ‘objetivização do recurso extraordinário’. Entendemos que essa tese, além de ferir o art. 5º, XXXV, da CF e gerar um verdadeiro sincretismo entre os sistemas do *controle difuso e concentrado*, também viola frontalmente o art. 52, X, da CF, produzindo situação de flagrante desrespeito ao devido processo legal. (ALMEIDA, 2007, p. 678).

Algo interessante na repercussão geral é que o ônus da alegação da questão relevante constitucional incumbe à parte interessada demonstrar em preliminar do recurso extraordinário. Todavia, as alegações da parte interessada como exigência de admissibilidade do recurso não vincula os ministros do Supremo Tribunal Federal. Não se aplicam as regras dos arts. 2º, 128 e 460 do CPC. Os ministros do STF podem decidir *fora da causa de pedir*. Situação semelhante acontece apenas no controle de constitucionalidade concentrado. Mais uma nuance que demonstra que existe uma tentativa de *objetivação ou abstrativização* do recurso extraordinário.

Nesse sentido explicam Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero:

Pondera-se, contudo, que a fundamentação levantada pela parte para demonstração da repercussão geral da questão debatida não vincula o Supremo Tribunal Federal. Sendo o recurso extraordinário canal de controle de constitucionalidade no direito brasileiro, pode o Supremo admitir recurso extraordinário entendendo relevante e transcendente a questão debatida por fundamento constitucional diverso daquele alvitrado pelo recorrente. É o que ocorre, e está de há muito sedimentado na jurisprudência do Supremo, a respeito da causa de pedir da ação declaratória de constitucionalidade ou da ação direta

de inconstitucionalidade, fenômenos semelhantes que, aqui, encontram ressonância. *Eis aí, a propósito, mais um traço de objetivação do controle difuso de constitucionalidade.* [grifo nosso] (MARINONI; MITIDIERO, 2008, p.44)

Em resumo, os argumentos das partes são relegados. Por conseguinte, o contraditório e a ampla defesa também são desprezados, já que esses princípios se dão entre as partes, tendo o julgador o dever de assegurá-los.

Assim explica Leal: “O instituto jurídico do *devido processo* criou para os litigantes, e não para os juízes, direitos ao contraditório e *ampla defesa*, que, ao mesmo tempo, são faculdades e garantias personalíssimas das partes, não podendo sofrer restrições a qualquer pretexto” (LEAL, 2008, p. 261).

Com a repercussão geral da questão constitucional e com a *abstrativização* da questão discutida, pode-se afirmar que existem regras constitucionais “relevantes” e outras “não relevantes”. Explicando melhor, mesmo que exista violação da norma constitucional, o STF poderá entender que aquele conteúdo verificado via recurso extraordinário, apesar de possuir base constitucional, seria irrelevante, situação totalmente paradoxal. Em uma Constituição analítica como a nossa dificilmente uma matéria não teria repercussão constitucional, ainda mais quando se discute hoje a incorporação do Pacto de São José da Costa Rica, se seria supralegal ou *status* constitucional (RE 466343/SP). Caso prevalecesse a tese da constitucionalidade dos tratados de direitos humanos, antes da EC nº 45/2004 que acrescentou o §3º ao art. 5º da CR/88, tornar-se-ia ainda mais prolixa a nossa Constituição.

Como o cidadão não tem legitimidade direta para propor o controle de constitucionalidade concentrado (art.103 da CR/88), soma-se isso à impossibilidade de arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). Assim:

Torna-se o recurso extraordinário, nesse contexto, remédio imprescindível para a veiculação de alegações de violação a direitos e garantias fundamentais. [...] Em matéria criminal, a solução alternativa, caso não seja reconhecida a repercussão geral, seria o *habeas corpus* que não tem os requisitos rigorosos de admissibilidade do recurso extraordinário (AZEM, 2009, p. 78).

Por outro lado, ao uniformizar a interpretação constitucional, evita-se que o STF decida múltiplos casos idênticos sobre a mesma questão constitucional. No entanto, as ideias não se eternizam, ao contrário, aperfeiçoam-se pelo discurso *não* solitário ou estratégico, como bem descreve Leal (2007, p. 14): “Em sendo o homem o ser da linguagem (advindo de línguas que originariamente não criou), há de ser posto um direito que lhe permita ser autor de si mesmo pela possibilidade de contrariar *linguagens pré-unificantes*” (grifo nosso). Ou seja, nada se torna estanque, as verdades são falíveis e são sempre testificadas ou modificadas; para isso o homem deve ter “[...] habilidades a legislar suas opiniões e vontades por critérios cujos fundamentos sejam continuamente obtidos em bases processualizadas.” (LEAL, 2007, p. 14).

O constituinte derivado introduziu um “mecanismo de controle do acesso ao STF” via controle difuso. Apesar de todas as incompatibilidades apontadas, essa orientação mostra-se dominante em outros países como o americano. Transformam-se os processos em algo mais objetivo, para que a Suprema Corte decida apenas matérias de maior importância. “A missão das cortes superiores vincula-se à defesa e à preservação da unidade do ordenamento jurídico, de modo a garantir a observância do direito objetivo e a uniformidade da jurisprudência.” (AZEM, 2009, p. 34, 36 e 133).

Essa abstrativização com força vinculante passou a ser vista em maior grau, com o advento do disposto no art. 103-A da CR/88 (súmula vinculante), em que após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, o STF poderá sumular a matéria. Com isso objetiva dar validade à interpretação da norma evitando controvérsia. Tenta-se evitar que o Judiciário aprecie matéria já uniformizada pelos Tribunais ou Cortes Superiores em nome de uma celeridade processual. Concorde-se que o art. 103-A conflitaria com o art. 5º, XXXV, da CR/88. “Em verdade, entendemos que o art. 103-A da CF, inserido pela Emenda Constitucional nº 45/2004, é inconstitucional pela amplitude literal de suas dimensões, pois, se confrontado com o art. 5º, XXXV, da CF.” (ALMEIDA, 2007, p. 692).

Evitar que a mesma matéria seja analisada mais de uma vez pelo STF e eliminar o acúmulo de trabalho decorrente da grande quantidade de recurso existente fazem parte também dos desígnios da repercussão geral inserida ou “ressuscitada” no nosso ordenamento. Sua finalidade é “[...] delimitar a competência do STF, no julgamento de recursos extraordinários, às questões constitucionais com relevância social, política, econômica ou jurídica, que transcendam os interesses subjetivos da causa”. Isto é, “[...] uniformizar a interpretação constitucional sem exigir que o STF decida múltiplos casos idênticos sobre a mesma questão constitucional” (BRASIL, 2009).

Passa-se a analisar a Lei nº 11.418, de 19 de dezembro de 2006, que regulamentou a repercussão geral da questão constitucional no recurso extraordinário. No decorrer do trabalho apontar-se-ão outras linhas de objetivação do controle difuso.

4. Processamento da repercussão geral

A repercussão geral da questão constitucional é um filtro de recurso dirigido ao STF. Representa um requisito de admissibilidade de competência exclusiva do STF. Porém, a ausência da preliminar da repercussão pode ser analisada pelo Tribunal ou Juízo *a quo*, ou pelo ministro Presidente do STF ou pelo ministro Relator do STF, e da decisão que recusa o recurso por falta de preliminar cabe agravo (cf. art. 327 do RISTF). A verificação da *presença da preliminar* contendo a demonstração da repercussão geral e sua averiguação é concorrente, isto é, trata-se de uma competência concorrente. Poder-se-ia encaixar como requisito formal específico de admissibilidade do recurso extraordinário. Como foi abordada, outrora, a preliminar é um requisito formal do recurso extraordinário, cujo ônus da parte interessada em articular as questões relevantes constitucionais e sua verificação é concorrente. A articulação da parte interessada não vincula os ministros do STF, situação semelhante ao que ocorre com a ação declaratória de constitucionalidade ou da ação direta de inconstitucionalidade.

4.1. Do *quorum*

O artigo 102, § 2º, da CR/88 determina que apenas rejeitará o recurso extraordinário pela ausência de repercussão geral pelo voto de dois terços dos membros do STF, ou seja, oito votos dos Ministros do STF. Por uma questão lógica, o art. 543-A, § 4º, do CPC estabelece que fica dispensada a remessa ao Plenário quando a Turma manifestar por 4 (quatro) votos dos ministros a existência da repercussão. Ora, se necessária seria a manifestação de dois terços de seus membros – no caso 8 (oito) votos – para negar a repercussão geral, tendo o STF 11 (onze) ministros, a manifestação de 4 (quatro) obsta alcançar o *quorum* de dois terços. Desnecessário por questão lógica o envio ao Plenário.

4.2. Apreciação da repercussão geral via plenário virtual

O RISTF introduziu o plenário virtual para submeter à análise a repercussão geral. O art. 323 apresenta a seguinte redação: “Quando não for caso de inadmissibilidade do recurso por outra razão, o (a) Relator(a) submeterá, por meio eletrônico, aos demais Ministros, cópia de sua manifestação sobre a existência, ou não, de repercussão geral.” Criou-se um procedimento por meio eletrônico que imprime celeridade atendendo o disposto no art. 5º, LXXVIII, CR/88 (princípio da duração razoável do procedimento).

Cabe ligeiramente questionar a constitucionalidade do processamento da repercussão geral elaborado pelo RISTF, por meio eletrônico e o prazo de 20 (vinte) dias, que, uma vez não observado pelos ministros do STF, presume a existência da repercussão (art. 324 do RISTF).

O art. 102, § 3º, da CR/88 estabelece que, nos termos da lei, poder-se-á regulamentar a aplicação da repercussão geral. É uma norma constitucional de eficácia contida, e conforme realça Moraes, é aquela em “[...] que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do poder público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados.” (MORAES, 2008, p. 12). O que se verifica é que o procedimento virtual foi inserido pelo RISTF, e não por lei. Não há que se falar que o art. 542-B, § 5º, do CPC delegou tais atribuições. A norma constitucional descreveu parâmetros que não podem ser alterados por lei, mas atribuiu uma certa discricionariedade para a lei e não para o regimento interno. A norma constitucional é bem clara: “nos termos da lei”.

Destarte, não houve delegação *constitucional* de poder legiferante ao STF via regimento interno. Quanto à presunção de existência da repercussão decorrente da não manifestação dos ministros do STF, no prazo de 20 (vinte) dias, também seria inconstitucional. Da redação do art. 102, § 3º, extrai-se com clareza que o Tribunal, leia-se o STF, examina a admissão do recurso, ou seja, para admitir ou recusar faz-se necessária a *expressa manifestação* do Plenário do STF ou da Turma, no caso do art. 543-A, § 4º, do CPC.

Não cabe ao silêncio transformar em presunção de existência da repercussão geral, até porque o art. 5º, XXXV, da CR/88 determina que nenhuma lei excluirá da apreciação da função judiciária lesão ou ameaça a direito. Essa norma fala que é inafastável a apreciação pelo Judiciário. Ainda por força do art. 93, IX, da CR/88, todas as decisões devem ser motivadas.

4.3. Fatores objetivos e subjetivos da repercussão geral

O artigo 543-A, § 1º, do CPC tentou apresentar critérios para desvendar o que seria uma questão constitucional que representa uma repercussão geral. O referido dispositivo destacou os seguintes critérios para identificar a repercussão geral das questões relevantes do ponto de vista econômico, social, político ou jurídico que transcendam os interesses individuais dos litigantes. Trata-se de parâmetros *subjetivos e indeterminados*. Esses parâmetros existiam na arguição de relevância e também se interligam com os escopos *metajurídicos*⁴.

Discutível é essa exigência transcendental para considerar a existência, ou não, de questões relevantes, para efeito da repercussão geral, a vinculação com pontos de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa. Esses pontos “metajurídicos” estão, na nossa opinião, implícitos no conteúdo jurídico. Não se pode deixar de imaginar que uma norma jurídica, em tese, inconstitucional, não tenha implicações sociais, políticas e/ou econômicas. Imagine uma discussão de uma propriedade de valor extremamente pequeno. Apesar da proteção constitucional da propriedade, poder-se-ia falar que, por ser um valor irrisório, não haveria repercussão e o recurso extraordinário não seria conhecido. Muito se utiliza no jargão popular que o STF não poderia “perder” tempo para apreciar matérias de “menor importância”, como o de “enfrentar discussões de roubo de galinhas”. Daí já podem imaginar que as causas decididas nos Juizados Especiais serão obstaculizadas pelas “simplicidades” das causas ali discutidas⁵. Não se pode deixar de imaginar que, numa visão romancista, qualquer causa poderia ter uma ligação hermenêutica constitucional passível da análise de repercussão geral. Mas, numa visão constitucional, a Repercussão Geral *não* se harmoniza com o acesso à “justiça” (jurisdição) – regra contida no artigo 5º, XXXV, da CR/88 – que tem como exigência da apreciação da função judiciária a lesão e a ameaça a direito. Mas parece que o foco central é a celeridade, isto é, a obstaculização de algumas matérias que não teriam repercussão geral. Difícil afirmar o que não reflete um interesse para a sociedade.

Torna-se desnecessário apontar outros parâmetros ou critérios que não sejam jurídicos, por entender que neles encontram-se incluídos esses valores sociais, políticos e econômicos, reflexos da sua construção pelo devido processo legislativo, ou melhor, da vontade popular.

⁴ Vincula-se a outros escopos que não sejam somente o jurídico, mas aos sociais e políticos, ou seja, escopos metajurídicos. Ver: Chaves, 2004, p. 36-59.

⁵ Importante frisar que não é o valor da causa que a torna simples ou não, e sim o direito discutido em juízo.

O fato de a parte ter que demonstrar a repercussão geral não muda nada; essa exigência torna-se incoerente, pois é interesse da sociedade que a norma inconstitucional seja declarada. Como se qualquer inconstitucionalidade da norma – apesar de o efeito da decisão ser *inter partes* (controle difuso) – não causasse repercussão para toda a sociedade. Indispensáveis são as críticas precisas feitas por Darlan Barroso, às quais aquiescemos:

Para nós, mesmo que isso possa significar uma visão romântica do Direito, qualquer ofensa à Constituição, mesmo que seja entre particulares e não traga repercussão direta à coletividade, trata-se de questão relevante e incompatível com o Estado de Direito. E mais, seremos ousados em dizer que tal requisito, imposto pela EC nº 45/2004, afronta diretamente a Constituição no que se refere ao Estado de Direito e ao acesso ao Judiciário. Se um acórdão viola a Constituição, mesmo que sem repercussão geral, a manutenção e validade desse ato no mundo jurídico correspondem a uma usurpação do Estado de Direito e, pela via reflexa, toda a coletividade é atingida. (BARROSO, 2007, p. 126).

Ocorre que, se 2/3 (dois terços) dos ministros do STF negarem a existência de repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica⁶, que serão indeferidos liminarmente. Isso quer dizer que pouco importa a participação ou manifestação das partes; o provimento já está previamente decidido. Novamente o devido processo é relegado para valer uma decisão solitária de uma Corte especializada que não necessita mais ouvir os sujeitos que serão os afetados pelo provimento jurisdicional; basta apenas o Supremo ratificar as razões pré-decidas. Como afirma Barroso, “[...] por se tratar, no entanto, de norma que beneficia diretamente os membros do Supremo Tribunal Federal – já que terão reduzido o número de recursos para julgamento –,” o interesse transmuta-se; ao nosso sentir, deixa de ser pela resolução do conflito, para a eliminação do excesso de recurso (aspecto quantitativo), uma vez que “[...] não acreditamos que a referida Corte reconhecerá a inconstitucionalidade da restrição de acesso ao Supremo apenas das questões relevantes.” (BARROSO, 2007, p. 126).

Isso nos levaria a dizer que há matérias constitucionais que são de menor importância [sic].

Intrigante e paradoxal é a existência da demonstração de repercussão geral (art. 102, § 3º, CR/88 c/c art. 543-A, § 1º, CPC) frente às hipóteses bem descritas do art. 102, III, alíneas *a*, *b*, *c* e *d*, da CR/88. A Constituição Federal deixou claras as situações de admissão do recurso extraordinário. Como justificar a ausência da repercussão quando presente uma das situações arroladas no art. 102, III, alíneas *a*, *b*, *c* e *d*, da CR/88? Supérfluo falar que a preliminar para demonstrar as questões relevantes se torna desnecessária quando as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: contrariar dispositivo desta Constituição; declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; julgar válida lei ou ato de governo local

⁶ Outrora comentaremos qual o significado da expressão "matéria idêntica".

contestado em face desta Constituição e/ou julgar válida lei local contestada em face de lei federal. A Constituição da República já delineou o que é relevante; então qual a finalidade da repercussão geral?

Técnica interessante para a admissão da repercussão geral foi a apresentada por José Marcos Rodrigues Vieira (2009). Dizia ele que ao confeccionar a peça recursal, a parte deveria articular os seus argumentos interligando aos direitos das inviolabilidades (“jurisdição das inviolabilidades”), a saber: art. 5º, *caput*, da CR/88: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]” Com esses argumentos muito dificilmente os ministros do STF negariam a existência de repercussão geral da questão constitucional.

Entre os fatores objetivos, que não passam pelos critérios da subjetividade do julgador, os quais presumem a existência da repercussão geral, encontram-se as súmulas ou jurisprudências dominantes do STF (cf. art. 543-A, § 3º, CPC). A jurisprudência deve ser pacífica. Isso não representa nenhuma novidade no ordenamento jurídico. No recurso de apelação existe algo semelhante, poderia ser obstado quando a decisão estiver em conformidade com súmula do STJ ou do STF (art. 518, §1º, do CPC). Interessante ressaltar as críticas desenvolvidas por Leal: “Aqui o juiz tem figura de *factotum*, uma vez que, de modo holístico, *ab ovo* e leviatanicamente, diz que a sentença é cópia fiel (plágio) de súmula do STJ ou STF e, por isso, adquire foros de uma estranha ‘pré-coisa’ julgada” (LEAL, 2008, p. 260).

Essa tendência reformista de aumento dos poderes do juiz e a criação de súmula impeditiva de recurso, priorizando uma celeridade numa perspectiva antidemocrática e solitária da aplicação do direito, além de obstar o exercício do duplo grau de “jurisdição” que decorre dos princípios do contraditório e da ampla defesa impedem a reapreciação, pelo instituto do recurso, da utilização do espaço procedimental de questões suscitadas e não observadas (CHAVES, 2009).

A existência de uma súmula ou jurisprudência impeditiva do curso do procedimento viola, também, o “Devido Processo Legal”, uma vez que ninguém, no Estado Democrático de Direito, “[...] será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º, LIV, CR/88). Ocorre que a Constituição da República estabelece que ninguém poderá fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei (art. 5º, II), mas não em virtude de súmula. Portanto, há clara violação do princípio da reserva legal e do “Devido Processo Legal”.

Outro critério objetivo está no art. 543-B, *caput*, do CPC: o julgamento da questão constitucional, fruto de multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia. De acordo com Azem: “[...] traduz medida legislativa igualmente voltada à estabilidade do direito e à preservação da uniformidade dos pronunciamentos judiciais. Busca evitar que o Supremo, em prejuízo do exame de outros processos, tenha o tempo tomado com matérias repetidas.” (AZEM, 2009, p. 80).

Aqui se percebe que os procedimentos repetitivos ou multidinários terão a mesma sorte. Apesar de o recurso extraordinário não ter efeito *erga omnes*, nesse caso, os efeitos serão comuns para os recursos com fundamento em idêntica controvérsia. Aqui, tem-se outro traço de objetivação do controle difuso ou incidental de constitucionalidade. “Julgado o mérito do *leading case*, os recursos extraordinários de decisões contrárias a este entendimento, que não forem objetos de retratação na origem, serão julgados no STF (CPC, art. 543-B, § 4º)”. (BRASIL, 2009).

4.4. Súmula 126 do Superior Tribunal de Justiça (STJ)

A orientação da Súmula 126 do STJ estabelece que, existindo duplo fundamento (constitucional e federal), impõe-se a dupla interposição de recursos: o extraordinário e o especial.

A súmula 126 do STJ contém a seguinte redação: “É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário”.

Existindo posicionamento do STF pela inexistência de repercussão geral, até porque, o art. 326 do RISTF estabelece a irrecorribilidade dessa decisão, a orientação da Súmula 126 do STJ deve ser mitigada. No caso, a ausência do recurso extraordinário não impediria a admissão do recurso especial, em face da inexistência de repercussão geral da questão constitucional.

4.5. Da necessidade ou não da manutenção do prequestionamento da questão constitucional

As Constituições Federais de 1891 (art. 59, §1º, a) (AZEM, 2009, p. 101), de 1934 (art. 76, III, a e b) e de 1946 (art. 101, III, b) exigiam, de modo expresso, o prequestionamento para o manejo do recurso extraordinário, ao tempo que o Supremo Tribunal Federal editou as seguintes súmulas orientativas:

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

“Súmula 282. Não é admissível o apelo extremo quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.”.

O prequestionamento representa a obrigatoriedade da discussão constitucional antes de a matéria chegar aos tribunais superiores. Esse debate deve constar explicitamente articulado na decisão (sentença ou acórdão), isto é, a causa constitucional deve estar decidida. O art. 102, III, da CR/88 foi omissso quanto ao prequestionamento. O entendimento dominante é pela aplicação das súmulas supracitadas. Ressalta Azem que “[...] com o advento da EC nº 45/2004, a exigência do requisito tornou-

se expressa. De fato, a norma contida no art. 102, § 3º, da CF/88, ao se referir à 'questão constitucional discutida no caso', albergou, de forma inequívoca, a exigência do prequestionamento". (2009, p. 102).

Importante frisar que, com a necessidade da demonstração da transcendência da questão constitucional (repercussão geral) através da preliminar contida no recurso extraordinário, desnecessário falar em prequestionamento. No entanto, as súmulas continuam em vigor. O prudente seria continuar a observar aquelas orientações até a revogação das mesmas.

4.6. Da multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia

Para evitar que o STF julgue várias causas conexas, o Tribunal [sic], ou melhor, o Juízo de origem selecionará um dos recursos para ser o paradigma dos demais. Tem-se aqui um único julgamento que exteriorizará para todos os casos com idêntica controvérsia (outra linha de objetivação do recurso extraordinário).

O legislador, ao utilizar a expressão "*fundamento em idêntica controvérsia*", não utilizou a melhor técnica deixando certa margem de dúvida do real alcance dessa expressão. Não se sabe se o legislador quis referir-se à similitude de alguns dos elementos da ação, como a causa de pedir (remoto e próxima) e/ou pedido (mediato e imediato). O legislador poderia apontar que a similitude das questões, para que seja decidido de forma uniforme, está ligada à situação que aplique o instituto da conexão (art. 103 do CPC). Na nossa opinião, a referência a "fundamento em idêntica controvérsia" seria mais bem interpretada quando fosse encaixada em uma daquelas situações passíveis de formação de litisconsórcio facultativo, conforme inteligência do art. 46 do CPC.

Outro ponto polêmico é a seleção de casos paradigmáticos pelos Tribunais ou Juízos de origem. O fato é que a escolha acaba restringindo-se aos critérios de subjetividade do julgador *a quo*. Daí a possibilidade do envio ao STF de um ou mais recursos extraordinários representativos da controvérsia não serem o mais adequado, por não sintetizarem o melhor argumento da questão constitucional. Azem afirma que "[...] na seleção dos recursos, as amostras enviadas ao STF devem revelar, de forma plena, a controvérsia que se busca dirimir" (2009, p. 116). O problema é que nenhum advogado gostaria que um outro recurso fosse o representativo da sua causa perante o Supremo Tribunal Federal. Então, indaga-se: o(s) recurso(s) escolhido(s) paradigmático(s) é (são) o(s) melhor (es) para representar a discursividade da matéria?

Marinoni e Mitidiero sugerem que a escolha da representatividade não seja solipsista. Defende um diálogo entre as diversas entidades de classe para que o(s) recurso(s) escolhido(s) represente(m) adequadamente a questão. Vejamos:

A escolha para remessa ao Supremo Tribunal Federal tem de ser a *mais dialogada possível* a fim de que se selecione um ou mais recursos que representem adequadamente a controvérsia. Afigura-se apropriado que os Tribunais ouçam as entidades de

classe para proceder à escolha (por exemplo, OAB, MP etc.), quiçá organizando sessão pública para tanto. A matéria inclusive pode ganhar disciplina nos regimentos internos dos Tribunais de origem (art. 24, XI, da CF). (MARINONI; MITIDIERO, 2008, p. 62, grifo nosso).

Estamos sensíveis para com o acima defendido por Marinoni e Mitidiero. Eis que a escolha da representatividade após a decisão do STF criará efeitos para os demais recursos sobrestados (art. 543-B, §§ 2º, 3º e 4º, do CPC); os interessados têm o direito de participar da escolha do recurso paradigmático. Ora, o instituto já admite a manifestação de terceiros para a identificação da repercussão geral, por exemplo, o *amicus curiae* (art. 543-A, § 6º, do CPC), instituto típico dos sistemas de *common law*. Que não se veja a impossibilidade desse diálogo para a escolha da representatividade. Cabe realçar que essa postura mais se aproximaria do postulado democrático.

Não se pode buscar uma celeridade a todo custo, sem a participação das partes processuais. Qualquer mecanismo legal que exclua o contraditório e a ampla defesa é inconstitucional. A justiça da decisão não se faz pelo critério da rapidez, como explica Aroldo Plínio Gonçalves: “[...] a economia e a celeridade do processo não são incompatíveis com as garantias das partes, e a garantia constitucional do contraditório não permite que seja ele violado em nome do rápido andamento do processo” (2001, p. 125).

Eis outro ponto que demonstra a *tentativa de objetivar o recurso extraordinário*: os demais recursos serão sobrestados na origem aguardando o resultado do(s) seu(s) representante(s). Inclusive os agravos de instrumentos interpostos das decisões que inadmitiram recursos extraordinários, já sujeitos ao requisito legal da repercussão geral, podem ser sobrestados quando relativos aos assuntos já encaminhados à decisão sobre repercussão geral (artigo 328-A, § 1º, do RISTF, inserido pela Emenda Regimental nº 23/2008). (BRASIL, 2009). Os agravos sobrestados seguem a mesma sorte dos recursos sobrestados.

4.6.1. Sobrestamento indevido da tramitação de algum recurso extraordinário

Caso ocorra o sobrestamento equivocado de um recurso, situação não difícil de ocorrer, a solução seria demonstrar a diferença entre as controvérsias. A medida corretiva seria o agravo previsto no art. 544 do CPC. A doutrina não é uniforme na solução. Alguns apontam que a solução seria uma simples petição ao Tribunal ou Juízo de origem. Mantido o sobrestamento, o manejo do agravo de instrumento constitui a medida adequada. Marinoni e Mitidiero entendem que nesse caso aplica-se o princípio da fungibilidade das formas processuais, possibilitando-se até ação de reclamação (artigos 13 a 18 da Lei nº 8.038/90). (2008, p. 63).

4.7. Eficácia do reconhecimento da repercussão geral da questão debatida

O controle jurisdicional da constitucionalidade no Brasil é misto. Têm-se duas vias: pelo controle difuso ou incidental, por via de exceção e pelo controle concentrado ou abstrato. Em regra, o controle difuso tem efeitos *inter partes*, não afeta terceiro que

não tenha participado do processo; já o controle concentrado tem efeitos *erga omnes* e vinculantes.

Com a repercussão geral da questão constitucional houve uma aproximação dos institutos de controle de constitucionalidade. “Na hipótese do Supremo Tribunal Federal não reconhecer a existência de repercussão geral, todos os recursos extraordinários suspensos serão automaticamente não admitidos, reafirmando o caráter geral da decisão da Corte e seus efeitos vinculantes” (MORAES, 2008, p. 563).

A tentativa de transformar o *controle de constitucionalidade em sincrético* é cada vez mais real. *Cria-se uma orientação no STF de objetivação do recurso extraordinário*, uniformizando os procedimentos de ambos. Esses são os relatos de Marinoni e Mitidiero:

Perante o Pleno do Supremo Tribunal Federal são praticamente idênticos os procedimentos para a declaração de inconstitucionalidade nos modelos concreto e abstrato. A partir da noção de processo de caráter objetivo – que abrange ambos os modelos – não existe qualquer razão plausível para se atribuir efeito vinculante a um modelo e não ao outro. É nesse sentido a posição do Supremo Tribunal Federal (MARINONI; MITIDIERO, 2008, p. 71).

Data venia, existem razões para tratar o controle da constitucionalidade de forma diversa, apesar do entendimento do Ministro Gilmar Ferreira Mendes que se harmoniza com o exteriorizado acima na citação. Assim explica Elpidio Donizetti: “Na atualidade, a natureza do papel exercido pelo Senado no controle difuso de constitucionalidade vem sendo questionada no Supremo Tribunal Federal”. Continua comentando o referido autor que: “[...] reputou ser legítimo entender que, atualmente, a suspensão de execução da lei pelo Senado há de ter simples efeito de publicidade”, isto é, “[...] se o STF, em sede de controle incidental, declarar, definitivamente, que a lei é inconstitucional, essa decisão terá, por si só, efeitos gerais, fazendo-se a comunicação àquela Casa legislativa para que publique a decisão no Diário do Congresso”. (DONIZETTI, 2009, p. 77). Entretanto, no controle difuso, por força de norma constitucional, não tem eficácia *erga omnes*. O art. 52 estabelece: “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”. Qualquer entendimento contrário transgrediria o princípio da separação das funções estatais, conforme se extrai do art. 2º da CR/88: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, no controle difuso, a fim de que possam refletir para terceiros, é indispensável a edição de resolução pelo Senado Federal para suspender a execução de lei. Apenas assim o controle difuso terá eficácia *erga omnes*.

A abstrativização do controle difuso violaria os arts. 5º, XXXV, e 97 da CR/88 como também o art. 52, X, CR/88.

4.8. Dos recursos

O art. 543-A do CPC e o art. 326 do RISTF são claros ao estabelecer que a decisão do STF quanto à questão constitucional nele versada de não oferecer repercussão geral será irrecorrível.

A doutrina (AZEM, 2009, p. 126) tem reconhecido a possibilidade de oposição de embargos declaratórios, tendo em vista que esta possibilidade encontra-se presente no controle de constitucionalidade concentrado, conforme o disposto no art. 26 da Lei nº 9.868/99.

Entendemos que a ação constitucional de Mandado de Segurança seria cabível, utilizada como sucedâneo recursal, quando houver o não recebimento do recurso extraordinário pela ausência de repercussão de maneira equivocada. Desde que a decisão não tenha transitado em julgado e não tenha recurso próprio (cf. Súmula 267 do STF).

5. Considerações finais

A Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, trouxe algumas inovações que aproximaram o Recurso Extraordinário através do instituto da repercussão geral ao Controle Concentrado de Constitucionalidade.

Representa uma solução legal para resolver a “crise numérica” e desafogar o Judiciário. O resultado dessa mudança legislativa implica a redução da demanda e a mudança de tratamento do controle de constitucionalidade.

A repercussão geral das questões constitucionais surgiu como um requisito de admissibilidade do Recurso Extraordinário aferido pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal (STF). Representa assim mais um filtro recursal (pré-triagem).

Interessante é que na época da ditadura existiu um instituto semelhante ao inserido pela Emenda nº 45/2004, o qual denominava-se de arguição de relevância (Emenda Constitucional nº 7, de 13 de abril de 1977).

Observou-se que o legislador optou por não reproduzir a terminologia antiga para evitar as críticas antigas. A mudança do nome evitaria qualquer comparação com o instituto da arguição de relevância, muito questionada na época e denominada de instrumento ditatorial.

Com o renascimento da arguição com nome de repercussão geral com algumas inovações, surge a *tese da objetivação* ou *abstrativização* do recurso extraordinário. A questão constitucional deixa de importar apenas à individualidade das partes, como ocorria ou ocorre no controle difuso, para ostentar uma discussão geral que transcende à individualidade.

O controle jurisdicional da constitucionalidade no Brasil é misto. Têm-se duas vias: pelo controle difuso ou incidental, por via de exceção e pelo controle concentrado ou abstrato. Em regra, o controle difuso tem efeitos *inter partes*, não afeta terceiros que não tenham participado do processo; já o controle concentrado tem efeitos *erga omnes* e vinculantes.

Parece existir uma tentativa de transformar o *controle de constitucionalidade em sincrético*. *A propósito, vários traços de objetivação do controle difuso de constitucionalidade foram demonstrados no decorrer deste trabalho*. Porém, os dois modelos (difusos e concentrados) não poderiam ser unificados, tratados de forma igual por obstáculo constitucional. A abstrativização do controle difuso violaria os arts. 5º, XXXV, 52, X e 97, ambos da CR/88.

Por outro lado, a uniformização da interpretação constitucional através da repercussão geral da questão constitucional evita que o STF decida múltiplos casos idênticos sobre a mesma questão constitucional.

O constituinte derivado introduziu um “mecanismo de controle do acesso ao STF” via controle difuso. Essa orientação legislativa mostra-se dominante em outros países como o americano. Transformam-se os processos ao tornar-se mais objetivos, para que a Suprema Corte decida apenas matérias de maior importância. Essa abstrativização com força vinculante passou a ser vista, em maior grau, com o advento do artigo 103-A da CR/88 (súmula vinculante), depois de reiteradas as decisões sobre matéria constitucional, podendo o STF sumular a matéria. Isso objetiva dar validade à interpretação da norma evitando controvérsia. Tenta-se, assim, evitar que o Judiciário aprecie matéria já uniformizada pelos Tribunais ou Cortes Superiores em nome de uma celeridade processual – uma espécie de ‘pré-coisa’ julgada [sic].

Evitar que a mesma matéria seja analisada mais de uma vez pelo STF e eliminar o acúmulo de trabalho decorrente da grande quantidade de recursos existentes são os desígnios da repercussão geral inserida ou “ressuscitada” no nosso ordenamento.

Conclua-se, a morosidade ou retardamento ou acúmulo de trabalho não tem como *causa principal* a estrutura legal, já que é imprescindível que o processo observe o contraditório, a ampla defesa, isonomia, obrigatoriedade da fundamentação das decisões judiciais e a possibilidade do duplo juízo sobre o mérito. A compreensão do que seja duração razoável do procedimento passa-se pelo prazo legal delineado e pela observância do devido processo constitucional. O fato é que a sociedade está crescendo, e, conseqüentemente, os conflitos. Não adianta tentar resolver o problema do excesso de “processos” sem resolver o problema do aparelhamento físico dos judiciários, por isso que a Constituição da República no art. 93, inciso XIII, determina que “[...] o número de juízes na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda judicial e à respectiva população”. No entanto, faltam juízes e funcionários e não faltam medidas paliativas. Não se pode pensar em acabar com os litígios como se todos os casos fossem idênticos. A metáfora da indústria das decisões judiciais aparenta ser hoje uma realidade próxima. Ademais, não adianta

jogar a responsabilidade da “crise numérica” também na quantidade de recursos, pois o direito de recorrer é constitucional e pertence às partes, como ainda faz parte do Estado Democrático. Por ironia, quem mais recorre é aquele que deveria respeitar os direitos – o Estado.

Os problemas também passam pelo desrespeito dos prazos procedimentais. O procedimento é bem delineado com prazos e preclusões. Todavia, os prazos para os julgadores são abrandados. Surge uma figura estranha, os denominados *prazos impróprios*, o que inviabiliza o cumprimento dos prazos procedimentais, alongando os feitos ao bel-prazer do julgador. Intrigante é que os advogados são obrigados a seguir os prazos, sob pena de preclusão. Situação diferente acontece com os magistrados que são “blindados” [sic]. Ademais, os *prazos impróprios* são incompatíveis com o princípio da duração razoável do procedimento (art. 5º, LXXVIII, CR/88), o princípio da eficiência (art. 37, *caput*, CR/88) e o princípio da isonomia procedimental. A essa violação dos prazos procedimentais e para assegurar a razoável duração do procedimento (direito constitucional fundamental) é cabível o mandado de segurança.

Mais uma crítica que se tece diz respeito à previsão normativa que afasta o indivíduo de fiscalizar, de corrigir as incongruências do ordenamento jurídico. É ilegítima a exclusão do cidadão dessa capacidade de policiar a própria norma que impõe limites e vincula a todos. Há instrumentos adequados para testificar a validade e eficácia da norma, como o controle de constitucionalidade concentrado, porém os legitimados estão em um rol fechado, inacessível ao cidadão. Isso demonstra como a democracia está longe de ser alcançada. Para piorar, o controle difuso é cada vez mais repleto de obstáculos; trata-se o último da repercussão geral. É inconstitucional a tentativa, seja qual for sua justificativa – morosidade ou excesso de recursos – de retirar as partes processuais do direito de participarem do procedimento. A decisão centrada no julgador é solipsista e incompatível com o “Devido Processo Constitucional”.

Por fim, ressalta-se que, para admitir o recurso extraordinário, faz-se necessário o preenchimento de um novo requisito de competência exclusiva do STF, e, em sendo negada a sua existência, haverá de refletir para todos os casos de matéria idêntica.

6. Referências bibliográficas

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das ações constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. São Paulo: RT, 2007.

AZEM, Guilherme Beaux Nassif. *Repercussão geral da questão constitucional no Recurso Extraordinário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

BARROSO, Darlan. *Manual de direito processual civil*. Barueri: Manole, 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Repercussão geral* – Apresentação do instituto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=apresentacao>>. Acesso em: 02 jun. 2009.

CHAVES, Charley Teixeira. As principais teorias sobre a natureza jurídica do processo e a problemática da efetividade no campo do direito processual civil. In: CASTRO, João Antônio Lima; TEIXEIRA, Fernanda Fernandes Lippi. *Direito processual: coletânea de artigos*. Belo Horizonte: PUC Minas, Instituto de Educação Continuada, 2004.

CHAVES, Charley Teixeira. Princípios institutivos e informativos dos recursos. In: *De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 13, jul./dez.2009, p. 399-420.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. A reforma do Judiciário e os princípios do devido processo legal e da eficiência. 11. ed. Belo Horizonte: *Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais*, 2005.

DONIZETTI, Elpidio. *Ações constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: AIDE, 2001.

LEAL, Rosemiro Pereira. O garantismo processual e direitos fundamentais líquidos e certos. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Org.). *Direito e legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003.

LEAL, Rosemiro Pereira. Direitos fundamentais do processo na desnaturalização dos direitos humanos. *Virtuajus*: Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito da PUC Minas, Belo Horizonte, a. 5, n.1, julho de 2006. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/virtuajus_inicio.html>. Acesso em: 09 jul.2007.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MADEIRA, Dhenis Cruz Madeira. Da impossibilidade de supressão dos princípios institutivos do processo. In: TAVARES, Fernando Horta (Coord.). *Constituição, direito e processo*. Curitiba: Juruá, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MIRANDA, Gilson Delgado; PIZZOL, Patrícia Miranda. *Recursos no processo civil*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MOREIRA, Marcelo Alves Henrique Pinto. *A crise do Supremo Tribunal Federal. A repercussão geral e o regime de processamento de recursos idênticos como medidas de solução*. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2.180, 20 jun. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13004>>. Acesso em: 29 jun. 2009.

MÜLLER, Frederich. *Quem é o povo?* A questão fundamental da democracia. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

TAVARES, Fernando Horta. Tempo e processo. In: TAVARES, Fernando Horta (Coord.). *Urgências de tutela*. Curitiba: Juruá, 2007.

VIEIRA, José Marcos Rodrigues. Disciplina do Doutorado em Direito Processual: CÁTEDRA LOPES DA COSTA. Anotação em sala de aula, 2009.

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

Artigo recebido em: 26/01/2010

Artigo aprovado em: 30/04/2010