

O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE MEDIANTE RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Fernando Amaral

Professor-assistente da Faculdade Anhanguera do Rio Grande (Rio Grande/RS); Especialista em Direito Público pela Escola Verbo Jurídico (Porto Alegre/RS); advogado.

nandoamaral@gmail.com

Resumo: Este artigo trata do controle difuso de constitucionalidade mediante Recurso Extraordinário para o Supremo Tribunal Federal. Tem-se nesta espécie recursal importante instrumento de realização de direitos e de democracia participativa. Tratou-se do objeto, legitimidade e competência para suscitar o incidente, seu procedimento bem como o seu processamento no Supremo Tribunal Federal. Foi abordado, ainda, a ampliação dos efeitos da decisão inter partes através do art. 52, X da CF e sua releitura feita pelo Supremo Tribunal Federal.

Sumário: 1. Introdução 2. Objeto, legitimidade e competência para argüir o incidente de inconstitucionalidade; 3. O procedimento: do primeiro grau de jurisdição ao STF; 4. O controle difuso exercido na competência recursal do Supremo Tribunal Federal: O Recurso Extraordinário; 5. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade incidental do STF; 6. Ampliação dos efeitos: O art. 52 X da Constituição de 1988; 7. A teoria da transcendência dos motivos determinantes da decisão constitucional em sede de controle difuso e a mutação constitucional do art. 52, X da CF; 8. Conclusão.

Palavras-chave: controle de constitucionalidade – recurso extraordinário – controle difuso.

1. Introdução.

A Constituição Brasileira de 1988 trouxe importantes avanços no campo dos direitos individuais e coletivos, inovando no ordenamento jurídico com a ampliação do leque destes interesses em comparação com a ordem constitucional anterior, disponibilizando inclusive instrumentos a disposição da sociedade como um todo para que estes direitos possam ser efetivados.

Apesar da Constituição prever este arcabouço de normas garantidoras e ao mesmo tempo prover mecanismos destinados à efetividade de suas normas, em regra os direitos nela previstos estão muito aquém da concreção social. Muitas questões acerca da aplicabilidade de seus dispositivos carecem de eficácia social.

Essa questão tem proporcionado muito debate na doutrina e no meio forense por ser um ponto de extrema importância em qualquer conflito de interesses, seja o ramo que for do direito. Isso se dá devido à supremacia constitucional e importância de suas normas.

Diante deste cenário surge a efetividade das normas constitucionais como uma necessidade prática de aplicabilidade do Texto Magno e o controle de constitucionalidade como um instrumento da concreção social destes direitos.

Nessa linha de pensamento, se faz importante otimizar instrumentos de efetividade das normas constitucionais para que a Constituição não seja uma mera carta de intenções políticas positivista, sendo, dessa forma, o sistema difuso de controle de constitucionalidade um instrumento democrático e participativo por possibilitar que qualquer órgão jurisdicional e em qualquer instância tenha competência para apreciar o incidente de inconstitucionalidade.

Com este norte o trabalho desenvolve-se acerca do estudo do controle difuso de constitucionalidade como instrumento de efetividade das normas constitucionais.

Na pesquisa bibliográfica pátria e estrangeira está o norte instrumental da pesquisa, ora buscando informações em autores que se firmaram como o alicerce doutrinário para o desenvolvimento da matéria, ora trazendo elementos de monografias específicas sobre os contornos atuais e pertinentes ao tema.

Este trabalho tem na pesquisa jurisprudencial, sobretudo junto ao Supremo Tribunal Federal, importantes elementos para a estruturação do tema, buscando em seus julgados a posição final da jurisprudência constitucional pátria, assim como os conceitos utilizados pela corte no que tange a matéria.

2. Objeto, legitimidade e competência para argüir o incidente de inconstitucionalidade

O Brasil adotou o controle misto de constitucionalidade (ação e incidental). No controle direto de constitucionalidade compete ao Supremo Tribunal Federal processá-lo e julgá-lo originariamente. Nesse o autor da ação pede ao STF que examine a lei ou ato normativo federal ou estadual em tese (não existe caso concreto a ser solucionado) com eficácia *erga omnes* da decisão. Os legitimados estão elencados no art. 103 da Constituição Federal alterado pela EC 45/2004 [1].

No controle difuso o **objeto** é uma questão prejudicial de caráter constitucional no processo. Não é o objeto da ação principal. É um incidente indispensável ao julgamento do mérito da causa, outorgando ao interessado a obtenção da declaração de inconstitucionalidade para afastar a aplicação da lei no seu caso concreto em sede recursal.

A **competência** na via de exceção para conhecer e decidir a constitucionalidade é do juiz ou tribunal que esteja julgando o processo principal. Logo, de forma difusa todo e qualquer juiz ou tribunal do país tem competência para conhecer e controlar a (in)constitucionalidade de uma lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal [2] frente a Constituição Federal, desde que esta constitucionalidade seja um impedimento para que julgue um processo de sua competência.

Saliente-se, porém, que o *“juiz singular não declara a inconstitucionalidade de uma lei, apenas deixa de aplicá-la”* (STREK, 2004, p. 456), a declaração de inconstitucionalidade somente pode ser feito respeitando a cláusula de reserva de plenário (CF art. 97), que exige maioria absoluta dos membros do tribunal ou dos membros do respectivo órgão especial [3], e *“(…) atua como verdadeira condição de eficácia jurídica da própria declaração jurisdicional de inconstitucionalidade (...) aplicando-se para todos os tribunais via difusa, e para o STF, no controle concentrado.”* (MORAES, 2003, p. 250).

O tribunal ou o juiz só conhecerá da alegação de inconstitucionalidade, quando ela emanar de pessoa, cujos direitos individuais tenham sido ofendidos pela lei. Assim, qualquer das partes tem **legitimidade** para argüir o incidente no

curso da ação, assim como “*também o Ministério Público e, de ofício, o juiz da causa*” (STREK, 2004, p. 456).

3. O procedimento: do primeiro grau de jurisdição ao STF

Como já foi visto, qualquer parte, em um processo judicial, assim como o Ministério Público e o Juiz da causa de ofício, podem suscitar a inconstitucionalidade de uma lei, quando este pronunciamento judicial for absolutamente necessário para a decisão do caso concreto.

Suponhamos que um juiz opte pela inconstitucionalidade de uma Lei em demanda que irá julgar. Deixando de aplicá-la no caso concreto a ação será fatalmente improcedente no seu mérito. O processo, já em grau de recurso, é distribuído para um dos órgãos fracionários do Tribunal (turma, câmara ou seção) no qual três desembargadores irão julgar, sendo que um deles será o relator [4] do processo. Este dará vista ao Ministério Público [5] para emitir parecer sobre o incidente de inconstitucionalidade antes de submetê-lo a turma [6], “*sob pena de nulidade*” (NERY e NERY, 2003, p. 822). Caso entendam que a lei é constitucional julgarão o mérito da ação, pois a favor dos atos normativos do poder público milita a presunção de constitucionalidade não necessitando, para tanto, de quorum qualificado do tribunal. Porém, se entenderem que a lei é inconstitucional, o processo fica suspenso e a questão, lavrada em acórdão, será remetida ao plenário ou órgão especial [7], pois em razão do art. 97 da CF:

“A inconstitucionalidade de qualquer ato normativo estatal só pode ser declarada pelo voto da maioria absoluta da totalidade dos membros do tribunal ou, onde houver, pelo respectivo órgão especial, sob pena de absoluta nulidade da decisão emanada do órgão fracionário...” (MOARES, 2001, p. 566)

O Pleno (ou órgão especial) irá decidir, por unanimidade ou maioria absoluta, somente a (in)constitucionalidade, pois conforme aduz Theodoro Júnior “... O julgamento é puramente de direito, em torno da questão controvertida. Não há devolução da matéria de fato, nem de outras questões de direito não atingidas pela argüição...” (2002, p. 578). A cognição do Pleno ou órgão especial é limitada, em sentido horizontal, funcionalmente à questão de constitucionalidade. Destaca-se, ainda, a não vinculação do Plenário aos fundamentos do incidente de inconstitucionalidade alegados pelas partes, pois não há uma suposta *causa*

pretendi, “... até porque a argüição não constitui pedido em sentido técnico, e as questões de direito são livremente suscetíveis, ex officio, pelos órgãos judiciais, na área que lhes toque exercer atividade cognitiva” (MOREIRA, 2007, p. 182). Caso tenha declarado a constitucionalidade da lei, remeterá os autos à Turma originária para se pronunciar sobre a matéria de fato, pois “...Todo tribunal tem competência para declarar a inconstitucionalidade de lei, mas dentro dele só o plenário tem essa competência...” (NERY e NERY, 2003, p. 823) [8]. Esta competência para apreciar a constitucionalidade das normas nos tribunais é funcional, logo, absoluta.

Com a alteração em 1.998 do art. 481 do CPC [9], houve uma certa mitigação da cláusula da reserva de plenário, pois desobriga os órgãos fracionários dos tribunais a submeter ao plenário ou ao órgão especial, a argüição de inconstitucionalidade quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do STF (art. 481, § único). Streck (2004, p. 458) adverte:

Tenho sérias dúvidas acerca da constitucionalidade desse dispositivo. Observe-se que o dispositivo vai ao ponto de dispensar o incidente pelos tribunais inferiores na hipótese de pronunciamentos originários deles mesmos (...) Um olhar constitucional sobre a matéria indica que a dispensa da suscitação do incidente é bem vinda quando a decisão vem do plenário do Supremo Tribunal Federal; entretanto, quando a decisão advém de outro tribunal, o incidente não pode ser dispensado, estando presente, aqui, a violação do art. 97 da Constituição.

Porém, se a câmara originária enviou a questão ao Pleno do Tribunal local (ou órgão especial) por não ter ocorrido a situação acima, estará vinculada a decisão deste após o seu pronunciamento, pois

“... O julgamento do incidente figura como ‘premissa inafastável’ da solução que a turma ou câmara vier a dar. A vinculação, todavia, é apenas para o caso concreto dos autos, podendo, perfeitamente, voltar a ser discutido o acerto, ou não, do entendimento em hipóteses futuras. (THEODORO JÚNIOR, 2002, p. 589)

Se o Pleno do tribunal entender que a lei que embasa a relação jurídica do autor e réu é constitucional, mais uma vez, a parte sucumbente, o réu, neste caso, não se conformando com a decisão interpõe Recurso Extraordinário, o qual deve

atacar o acórdão da câmara ou turma, pois o acórdão do Pleno que resolve o incidente de inconstitucionalidade é irrecorrível [10], uma vez que

“No incidente nada se julga: apenas se afirma a constitucionalidade ou não da norma questionada (...). Somente do acórdão que resolver o caso concreto perante a câmara ou turma, aplicando a tese firmada pelo plenário, é que poderá eventualmente caber recurso...”. (NERY e NERY, 2003, p. 823)

A partir de então, se esgota a jurisdição da instância ordinária. O controle de constitucionalidade será exercido pelo Supremo Tribunal Federal na sua competência recursal.

4. O controle difuso exercido na competência recursal do Supremo Tribunal Federal: O Recurso Extraordinário

O Supremo Tribunal Federal poderá realizar o controle incidental de constitucionalidade tanto em suas ações originárias (CF, art. 102, I, com exceção da alínea “a” que trata da ação direta de inconstitucionalidade) quanto no exercício de sua competência recursal ordinária (CF, art. 102, II) e precipuamente via recurso extraordinário (CF, art. 102, III) objeto deste tópico. Porém, segundo Mendes, Coelho e Branco (2009, p 1.126) ao contrário do que se verifica nas demais instâncias, que só poderão declarar a inconstitucionalidade de norma que deva ser aplicada à causa, o STF entende que:

“(...) Ainda que não seja essencial à decisão da causa ou que a declaração de ilegitimidade constitucional não aproveite à parte suscitante, não pode o Tribunal – dado o seu papel de ‘guarda da Constituição’ – se furtar a enfrentar o problema de constitucionalidade suscitado incidentalmente (v.g. SE 5.206-AgR, 8-5-97, Pertence, RTJ 190/908; Inq 1915, 5-8-2004, Pertence, DJ 5-8-2004; RE 102.553, 21-8-86, Rezek, DJ 13-2-87) (...)”.

O recurso extraordinário tem seu cabimento previsto no art. 102, III, alíneas a, b, c e d da Constituição, que o admite, nas causas julgadas por outros tribunais, em única ou última instância quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição;

d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. [11]

Pela linha “b” percebe-se que não há exigência que a lei seja pós-constitucional como há para o conhecimento no controle abstrato segundo a jurisprudência do STF inaugurada na ADIn 02, da relatoria do Min. Paulo Brossard, com importantes argumentos contrários do Min. Sepúlveda Pertence. Nesta ADIn ficou assentado que não há *inconstitucionalidade superveniente* no sistema de controle direto judicial brasileiro. [12]

De acordo com MENDES (2007, p. 209): “*Tais reflexões permitem afirmar que, para os fins de controle de constitucionalidade incidenter tantum no âmbito do recurso extraordinário, não assume qualquer relevância o momento da edição da lei...*”.

Ainda, segundo Mendes, Coelho e Branco (2009, p 1.124) diverso do que ocorre com o controle abstrato de normas, que tem como parâmetro de controle [13] somente a Constituição vigente, o controle incidental realiza-se em face da Constituição sob cujo império foi editada o ato normativo. Logo, não é incomum constatar a declaração de inconstitucionalidade de uma norma tendo como referencia a Constituição de 1967/69 já revogada.

A decisão objeto de recurso extraordinário para o Supremo Tribunal federal não precisa ser de tribunal, em que pese ser a maioria dos RE’s, como ocorre no recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça. Este tribunal superior só pode julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios (CF, art. 105, III).

A fundamentação do recurso extraordinário é vinculada pois segundo Silva (1998, p. 412) além da sucumbência pressupõe outros requisitos de admissibilidade, e não de fundamentação livre como a apelação. Assim, trata-se de recurso excepcional, admissível apenas nas alíneas constitucionais acima descritas. A Constituição não exige, frise-se, que a decisão seja de um tribunal, mas que tenha esgotada a via recursal originária [14], “*dessa forma cabível o recurso extraordinário das decisões de juiz singular (quando inexistir recurso ordinário) e das*

Turmas Recursais dos Juizados Especiais Criminais e Cíveis” (MORAES, 2003, p. 253). Portanto, os pressupostos do recurso são o julgamento da causa em última ou única instância, o que não impede o seu cabimento contra decisões terminativas, definitivas ou interlocutórias, desde que presentes os seus requisitos de fundamentação consubstanciados nas alíneas acima. O STF realiza o controle de constitucionalidade em última instância, de modo que se exige o prequestionamento revelado pela expressão “*causas decididas*”, o qual, “...pressupõe o debate e a decisão prévios sobre o tema jurídico versado no recurso, pelas instâncias ordinárias...” (idem, ibidem). Portanto, se a decisão recorrida for omissa sobre a pretensa ofensa à Constituição, “*deverá a parte, antes de interpor o recurso extraordinário, provocar o pronunciamento sobre a questão constitucional por meio de embargos de declaração*” (THEODORO JUNIOR, 2002, p. 553), e, assim, suscitar o incidente.

O Supremo Tribunal Federal tem a função precípua de guardião da Constituição, e através da via recursal, assegurar a supremacia constitucional de acordo com a sua própria hermenêutica, tendo neste aspecto uma função política. Dessa forma, conhecendo e provendo o Recurso Extraordinário, a suprema corte exerce uma dupla função: tutela a carta magna e profere nova decisão ao caso concreto. Porém, esse recurso não se presta para o simples reexame da matéria de fato, “... presume-se esta ter sido dirimida pelas instâncias ordinárias, quando procederem à tarefa da subsunção do fato à norma de regência...” (MORAES, 2005, p. 1472), assim como outras questões de direito, que não as constitucionais, podem ser objeto de Recurso Especial ao Superior Tribunal de Justiça. [15]

Quanto aos efeitos do Recurso Extraordinário destaca-se a inexistência de eficácia suspensiva (CPC art. 542, § 2º), com isso o recurso é recebido apenas no efeito devolutivo, e as decisões por ele impugnadas podem produzir efeitos desde logo, ensejando execução provisória (CPC art. 475-O) da decisão objeto do recurso. Quando houver perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, admite-se o ajuizamento de ação cautelar, a fim de obstar-se a execução provisória da decisão recorrida [16]. Cabe também ao tribunal *a quo* admitir ou não a ação cautelar para atribuir efeito suspensivo ao recurso, conforme a Súmula 635 do Supremo Tribunal Federal. [17]

Importante modificação trouxe a EC 45/2004. Esta emenda constitucional, entre outras importantes modificações, acrescentou ao art. 102 da CF o § 3º com a seguinte redação: “No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a **repercussão geral** das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros” (grifo nosso).

Portanto, surgiu mais um requisito de admissibilidade do recurso extraordinário com a finalidade de que esta instância especial não conheça mais de matérias estritamente individuais, trazendo ao recurso extraordinário uma análise em abstrato do caso, mitigando a separação existente entre o controle concreto e abstrato de constitucionalidade. Logo, deve o recurso extraordinário ultrapassar os aspectos subjetivos da causa. Trata-se de norma constitucional de eficácia limitada regulamentada pela lei 11.418/06 que ao incluir o art. 543-A no CPC, buscou ao definir no §1º o que é repercussão geral dizendo que “para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa” ou “sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal” (art. 543-A, §3º, CPC). Percebe-se que o legislador infraconstitucional estabeleceu dois critérios de verificação da existência da repercussão geral, um de natureza *subjetiva* no § 1º e outro de natureza *objetiva*, ou presumida, no § 3º [18].

De toda sorte, cabe ao recorrente demonstrar em sua preliminar de recurso (art. 543-A, §2º, CPC) a existência da repercussão geral, sendo esta apreciação competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal [19]. O resultado desta apreciação feita pela Suprema Corte poderá ser utilizado pelas instâncias inferiores para negar seguimento ao Recurso Extraordinário (art. 543-B, §2º, CPC).

Pelo texto constitucional, para declarar a ausência de repercussão geral o plenário poderá fazê-lo mediante a decisão de dois terços. No entanto, para não acumular todas as apreciações de repercussão geral no plenário, e com isso atrasar a tramitação, pois todos deveriam passar pelo plenário, a lei abrandou ao autorizar a Turma decidir pela existência da repercussão geral por, no mínimo, 4 (quatro) votos, dispensando, com isso a remessa do recurso ao Plenário (art. 543-A, §4º, CPC).

Semelhante com o que ocorre com o *amicus curiae* da lei 9.868/99 (lei da ADI e ADC) [20], prevê o art. 543-A, § 6, do CPC, que 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.

Ainda reza o código que se negada a existência de repercussão geral ou julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão, respectivamente, apreciados ou considerar-se-ão automaticamente não admitidos (art. 543-B, §§ 2º e 3º). Trata-se do **efeito vinculante** [21] da decisão de repercussão geral no sentido de diminuir o número de recursos extraordinários repetidos, principalmente nas chamadas demandas de massa (previdenciárias, tributárias etc.).

Por fim, não é previsto no Código de Processo Civil custas para interpor o Recurso Extraordinário, ele é processado independente de preparo.

5. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade incidental do STF

Declarada *incidenter tantum* a inconstitucionalidade da Lei ou ato normativo do poder público pelo STF, esta terá eficácia de coisa julgada somente entre as partes do processo donde o incidente foi argüido e aos processos afetados com repercussão geral.

Devido à natureza declaratória desta decisão, seus efeitos são, em regra, retroativos (*ex tunc*), desfazendo o ato jurídico baseado nesta norma inconstitucional, juntamente com todas as conseqüências dela derivadas, pois [22]

“... uma vez que os atos inconstitucionais são nulos e, portanto, destituídos de qualquer carga de eficácia, alcançando a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo, inclusive os atos pretéritos com base nela praticados...”. (MORAES, 2005, p. 1.403)

Esta decisão de inconstitucionalidade do STF possui o efeito substitutivo da decisão anterior (art. 512, CPC), de forma a mantê-la ou alterá-la, proferindo, assim, seu próprio julgamento [23] e inaugurando a competência rescisória [24] desta Corte (CF, art. 102, I, j).

6. Ampliação dos efeitos: O art. 52 X da Constituição de 1988

Julgada o recurso pelo Supremo Tribunal Federal, este comunica formalmente o Senado Federal que no caso concreto deu pela inconstitucionalidade da norma, conforme prescreve o art. 52, inciso X, da CF.

Dessa forma, a lei declarada *incidenter tantum* inconstitucional pelo STF, continua válida e eficaz para as demais pessoas até que o Senado suspenda sua executoriedade, esta manifestação “... não revoga nem anula a lei, mas simplesmente lhe retira a eficácia, só tem efeitos, daí por diante, ex nunc. Pois, até então, a lei existiu. Se existiu, foi aplicada, revelou eficácia, produziu validamente seus efeitos” (SILVA, 1999, p. 54).

O dispositivo não especifica se a lei foi apreciada em tese ou em concreto pelo STF. Porém, como o texto se refere a “*decisão definitiva*”, entende-se que se trata, conforme Silva (idem, ibidem), “... de uma série de decisões, o que é característica de decisão num processo concreto, não compreendidas decisões definitivas prolatadas em processos de competência originária do próprio Pretório Excelso”.

Não há que se falar, portanto, em decisão definitiva referente às ações originárias do Pretório Excelso, pois o feito se originou na própria casa e não compreendeu decisões outras de instância anteriores antes de chegar ao órgão máximo do Judiciário. Assim entende o Supremo Tribunal Federal:

“Assim, independentemente da preclusão maior, lançou-se ao mundo jurídico a determinação de que fosse comunicado o Legislativo municipal sobre a inconstitucionalidade declarada. Ora, tal decisão conflita com a ordem natural das coisas e, mais do que isso, com o preceito do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, de observância obrigatória nos Estados federados, por encerrar verdadeiro princípio, segundo o qual, enquanto não fulminada em definitivo a lei, ante a pecha de inconstitucional, continua ela sendo de observância obrigatória. (...) Tratando-se de hipótese em que a competência para julgar originariamente a representação de inconstitucionalidade é do Tribunal de Justiça, não cabe a comunicação à Casa Legislativa. Esse é o sistema que decorre da Carta Federal. Declarada a inconstitucionalidade de ato normativo no abstrato, em processo objetivo e não subjetivo, a decisão irradia-se. Vale dizer que fulminada fica a lei, não cabendo providência voltada à suspensão.”
(RE 199.293, voto do Min. Marco Aurélio, julgamento em 19-5-04, DJ de 6-8-04, grifo nosso).

Como ensina Moraes (2005, p. 1.403), "*A constituição previu um mecanismo de ampliação dos efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade pelo STF ...*".

O entendimento do STF e do Senado Federal é o Senado Federal age discricionariamente, ou seja, "*... não está obrigado a proceder à edição da resolução suspensiva do ato estatal cuja inconstitucionalidade, em caráter irrecorrível, foi declarada in concreto pelo Supremo Tribunal ...*" (MORAES, 2003, p. 254).

Segundo o entendimento do ex-ministro do STF Paulo Brossard *apud* Moraes (2003, p. 254), "*tudo leva a indicar que o Senado é o juiz exclusivo do momento em que convém exercer a competência, a ele e só a ele atribuída, de suspender lei ou decreto declarado inconstitucional por decisão definitiva do STF.*" advertindo, ainda, que essa competência deve ser exercida com "*... equilíbrio e isenção, sobretudo com prudência ...*".

No sentido de que esta competência senatorial é vinculada, estão Bastos e Martins (*apud* MORAES, 2003, p. 255). Para estes doutrinadores, o papel do Senado é meramente formal. Presente os requisitos constitucionais para a declaração de inconstitucionalidade - como o *quorum* e definibilidade da decisão -, a atuação será compulsória.

Destaca-se que segundo a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a incidência do art. 52, X da CF, não se aplica se a norma não foi recepcionada pela Constituição, como se depreende do julgado a seguir:

"Na dicção da ilustrada maioria, vencido o relator, o conflito de norma com preceito constitucional superveniente resolve-se no campo da não-recepção, não cabendo a comunicação ao Senado prevista no inciso X do artigo 52 da Constituição Federal." (RE 387.271, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 8-8-07, DJE de 1º-2-08)

Cumprido destacar, ainda, que esta resolução do Senado federal pode gerar efeitos inclusive no controle abstrato de normas realizado pelo STF. Por razões de ordem prática, a norma objeto da ADI que já teve a sua eficácia suspensa pelo Senado Federal não pode ser conhecida por absoluta falta de interesse de agir uma vez que a suspensão do ato normativo atacado já possui eficácia *erga omnes*. Este é o entendimento que se depreende do seguinte julgado do STF:

"Não conhecimento, quanto ao art. 8º, dada a invalidade do dispositivo, declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal, em processo de controle difuso (RE 146.733), e cujos efeitos foram suspensos pelo Senado Federal, por meio da Resolução 11/1995 Procedência da arguição de inconstitucionalidade do art. 9º, por incompatibilidade com os arts. 195 da Constituição e 56 do ADCT/1988, que, não obstante já declarada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 150.764, 16-12-1992, Min. Marco Aurélio (DJ de 2-4-1993), teve o processo de suspensão do dispositivo arquivado, no Senado Federal, que, assim, negou-se a emprestar efeitos *erga omnes* à decisão proferida na via difusa do controle de normas." (ADI 15, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 14-6-07, DJ de 31-8-07)

7. A teoria da transcendência dos motivos determinantes da decisão constitucional em sede de controle difuso e a mutação constitucional do art. 52, X da CF

Como vimos, a decisão em sede de controle difuso, salvo hipótese de processos afetados com repercussão geral, possui eficácia *inter partes*. Porém, com a resolução discricionária Senatorial a eficácia da norma declarada inconstitucional de modo definitivo pelo Supremo Tribunal Federal será suspensa *erga omnes* (art. 52, X da CF).

Contudo, grande parte da doutrina autorizada vem querendo aplicar a teoria da transcendência da *ratio decidendi* da decisão constitucional, típica do controle abstrato, em sede de controle concreto para dar eficácia *erga omnes* também a estas decisões.

Em outras palavras. A decisão num processo subjetivo onde se alega um incidente de inconstitucionalidade como defesa, seria vinculante a todos destinatários da norma declarada inconstitucional no caso concreto, desprezando a necessidade de oficiar o Senado Federal para que este suspenda os efeitos desta norma. Parte da doutrina chama esta transformação de *abstrativização do controle difuso*.

Tal aplicação, como se vê, tem que passar por uma releitura do art. 52, X da Constituição Federal, que em termos doutrinários, denomina-se *mutação constitucional*.

A mutação constitucional, de origem alemã, é um processo informal de mudança da constituição. Segundo Bulos *apud* Lenza (2007, p. 110):

“... é o meio pelo qual são atribuídos novos sentidos, conteúdos até então não ressaltados à letra da constituição, quer através da interpretação constitucional, em suas diversas modalidades e métodos, quer por intermédio da construção, bem como dos usos e costumes constitucionais”.

Na Reclamação 4.335 (informativo 454), o Ministro Gilmar Mendes, relator desta ação, propôs esta mutação constitucional no art. 52, X da CF. O Min. Gilmar Mendes 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, interpretar este dispositivo no sentido de que 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. Atualmente este processo está com pedido de vista do Min. Ricardo Lewandowski.

Esta corrente tem forte guarida também no Superior Tribunal de Justiça, conforme se depreende do voto do Ministro Teori Albino Zavascki no Recurso Especial nº 828.106/SP ao analisar o tema, *in verbis*:

“(...) Embora tomada em controle difuso, é decisão de incontestável e natural vocação expansiva, com eficácia imediatamente vinculante para os demais tribunais, inclusive o STJ (CPC, art. 481, § único: “Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a argüição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão”), e com força de inibir a execução de sentenças judiciais contrárias, que se tornam inexigíveis (CPC, art. 741, § único; art. 475-L, § 1º, redação da Lei 11.232/05: “Para efeito do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal”).

Sob esse enfoque, há idêntica força de autoridade nas decisões do STF em ação direta quanto nas proferidas em via recursal. Merece aplausos essa

aproximação, cada vez mais evidente, do sistema de controle difuso de constitucionalidade ao do concentrado, que se generaliza também em outros países (SOTELO, José Luiz Vasquez. "A jurisprudência vinculante na 'common law' e na 'civil law'", in Temas Atuais de Direito Processual Ibero-Americano, Rio de Janeiro, Forense, 1998, p. 374; SEGADO, Francisco Fernandez. La obsolescência de la bipolaridad 'modelo americano-modelo europeo kelseniano' como critério nalítico del control de constitucionalidad y la búsqueda de una nueva tipología explicativa", apud Parlamento y Constitución, Universida de Castilla-La Mancha, Anuario (separata), nº 6, p. 1-53). No atual estágio de nossa legislação, de que são exemplos esclarecedores os dispositivos acima transcritos, é inevitável que se passe a atribuir simples efeito de publicidade às resoluções do Senado previstas no art. 52, X, da Constituição. É o que defende, em doutrina, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, para quem "não parece haver dúvida de que todas as construções que se vêm fazendo em torno do efeito transcendente das decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Congresso Nacional, com o apoio, em muitos casos, da jurisprudência da Corte, estão a indicar a necessidade de revisão da orientação dominante antes do advento da Constituição de 1988" (MENDES, Gilmar Ferreira. "O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional", Revista de Informação Legislativa, n. 162, p. 165). (STJ, Primeira Turma, RESP 828.106/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgamento em 2-5-06, DJ de DJ: 15/05/2006).

Como se vê há uma forte tendência de se mitigar a dicotomia conceitual e prática entre controle concreto e abstrato. O que se quer com esta teoria é dar eficácia *erga omnes* na decisão concentrada exercida pelo Supremo Tribunal Federal, seja no processo objetivo, seja no processo subjetivo.

Em que pese ser uma teoria e não um instituto jurídico, pois carece de previsão legal, a sua aplicabilidade traz alguns argumentos justificantes, conforme resumo de LENZA (2007,p. 184): força normativa da constituição, princípio da supremacia da Constituição e a sua aplicação uniforme a todos destinatários; o Supremo Tribunal Federal enquanto guardião da Constituição e seu interprete máximo; dimensão política das decisões do Supremo Tribunal Federal.

8. Conclusão

Este artigo demonstrou a importância do controle difuso no sistema constitucional brasileiro. Desde o primeiro grau de jurisdição até os tribunais, o

cidadão/parte dispõe deste instrumento de efetividade das normas constitucionais, podendo inclusive obter o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal no seu litígio subjetivo mediante o Recurso Extraordinário. Com as mudanças legislativas devesse demonstrar a repercussão geral no caso concreto como requisito de admissibilidade deste recurso. O Pretório Excelso pode oficiar ao Senado Federal para que este, em um ato discricionário, suspenda a norma declarada incidentalmente inconstitucional, dando assim, maior efetividade à via de exceção, ou ainda, decidir uniformemente demandas de massa mediante o expediente da súmula vinculante. A prática jurisprudencial da nossa corte constitucional demonstra que ela tem exercido este seu mister sem a necessidade de afetar a segurança jurídica das relações sociais, pois, ao modular os efeitos das decisões mantém um estado de direito baseado no princípio da proteção da confiança.

Portanto o que se percebe é que o controle difuso é uma expressão da democracia participativa pois possibilita aos cidadãos atuarem diretamente na condução do Estado Constitucional influenciando, dessa forma, de forma efetiva na construção das decisões judiciais. Não seria possível pensar um processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais sem o controle difuso de constitucionalidade.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. edição revista. Coimbra (Portugal): Livraria Almedina, 1993.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 11. ed. São Paulo: Método, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MENDES, Gilmar. Controle de constitucionalidade: uma análise das leis 9868/99 e 9882/99. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 11, fevereiro, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 20 de dezembro de 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional. O controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5. ed. São Paulo: Saraiva. 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: RT, 2009.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. *Jurisdição Constitucional e tribunais constitucionais*, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. *Constituição do Brasil e legislação constitucional*, 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

NERY JUNIOR, Nelson & Rosa Maria de Andrade NERY. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante, atualizado até 7 de julho de 2003*. 7. ed. rev. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16. ed. rev. e atual. São Paulo, SP, Malheiros, 1999.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil: processo de conhecimento*. 4. ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

STREK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma nova crítica do Direito*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 38. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

Notas:

[1] Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004): I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004); V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004); VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

[2] No controle direto exercido pelo STF em sede de ADI o objeto da ação só pode ser um ato normativo federal ou estadual, só cabendo apreciação de lei municipal em tese por inconstitucionalidade estadual na hipótese prevista no art. 125 §2º da CF proposta nos Tribunais de Justiça, tendo como parâmetro de controle a Constituição Estadual, ou mediante argüição de descumprimento de preceito fundamental (CF, art. 102, §1º).

[3] A própria Constituição (Art. 93, XI) dá os requisitos para o Tribunal constituir facultativamente o órgão especial: "... nos tribunais com número superior a vinte e cinco julgadores **poderá** ser constituído órgão especial, com o mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco membros, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais da competência do tribunal pleno" (grifo nosso).

[4] Note-se que na apreciação do recurso o relator tem **poderes** para **negar seguimento** se manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior (art. 557, CPC; *grifo nosso*); ou **dar**

provimento se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior (art. 557, §1º-A; *grifo nosso*).

[5] Quanto à intervenção do Ministério Público, NERY ensina que “(...) A matéria de controle concreto da constitucionalidade das normas no âmbito dos tribunais tem natureza de **direito difuso**, cuja defesa é função institucional do MP (CF 129 III)...”. Grifo nosso (NERY JUNIOR, Nelson & Rosa Maria de Andrade NERY. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante, atualizado até 7 de julho de 2003*. 7. ed. rev. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 824). Como se depreende dos parágrafos do art. 482 do CPC os titulares do direito de propositura referidos no art. 103 da Constituição poderão manifestar-se, por escrito, sobre a questão constitucional objeto de apreciação pelo órgão especial ou pelo Pleno do Tribunal, assim como, o relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades. Como se percebe tais providências conferem um caráter pluralista também ao controle incidental de constitucionalidade, permitindo que o Tribunal decida com pleno conhecimento da matéria em questão, criando assim a figura do “*amicus curiae*” no processo de controle concreto de constitucionalidade.

[6] CPC Art. 480. Argüida a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público, o relator, ouvido o Ministério Público, submeterá a questão à turma ou câmara, a que tocar o conhecimento do processo. Saliente-se que “(...) No primeiro grau de jurisdição, a alegação de inconstitucionalidade de lei, não enseja a intervenção do MP” (NERY JUNIOR e NERY, 2003, p. 822).

[7] CPC Art. 481. Se a alegação for rejeitada, prosseguirá o julgamento; se for acolhida, será lavrado o acórdão, a fim de ser submetida a questão ao tribunal pleno. “(...) A turma ou câmara examinará a alegação de inconstitucionalidade, como questão prejudicial ao julgamento do recurso ou ação (...)” (NERY JUNIOR, Nelson & Rosa Maria de Andrade NERY. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante, atualizado até 7 de julho de 2003*. 7. ed. rev. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 822). Note-se que os membros do órgão fracionário decidirão se, para solucionar o mérito, é necessário o controle de constitucionalidade e se norma que fundamenta a causa de pedir é inconstitucional, porém “*embora o órgão fracionário analise a questão de constitucionalidade, ele assim o faz num juízo prévio, necessário apenas ao encaminhamento da questão ao Plenário ou ao Órgão Especial (...) Na decisão do órgão fracionário, a respeito da necessidade da submissão da questão constitucional ao Plenário ou ao Órgão Especial, importa verificar se, para a solução do mérito, é necessário realizar o controle de constitucionalidade ou se o caso abre oportunidade a diversas interpretações, sendo uma delas de acordo com a Constituição. Apenas quando a norma não pode ser aplicada quando em confronto com a Constituição é que o órgão fracionário tem uma questão de constitucionalidade a ser submetida ao Plenário ou Órgão Especial. Na hipótese em que é possível aplicar a norma, conferindo-lhe interpretação de acordo com a Constituição, o órgão fracionário pode dar ao solução ao caso sem ter de suspender o julgamento e aguardar o pronunciamento do Plenário ou órgão (sic) Especial.*” (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 488)

[8] Este entendimento foi frisado pelo STF na Súmula Vinculante de número 10: *Viola a cláusula de reserva de plenário (cf, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.*

[9] CPC Art. 481. Parágrafo único incluído pela Lei 9.756/98. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do

Supremo Tribunal Federal sobre a questão. “... Trata-se de medida de economia processual. No entanto, não há vedação de que o órgão fracionário submeta a questão ao plenário ou órgão especial, notadamente quando houver fundamento novo ou modificação na composição do plenário ou órgão especial, circunstância que caracteriza a potencialidade de modificação daquela decisão anterior”. (NERY JUNIOR, Nelson & Rosa Maria de Andrade NERY. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante, atualizado até 7 de julho de 2003*. 7. ed. rev. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 823).

[10] Jurisprudência sumulada do Supremo Tribunal Federal a respeito da matéria:

Súmula 293: “São inadmissíveis embargos infringentes contra decisão em matéria constitucional submetida ao plenário dos tribunais”;

Súmula 455: “Da decisão que se seguir ao julgamento de constitucionalidade pelo Tribunal Pleno, são inadmissíveis embargos infringentes quanto a matéria constitucional”;

Súmula 513: “A decisão que enseja a interposição de recurso ordinário ou extraordinário não é a do plenário, que resolve o incidente de inconstitucionalidade, mas a do órgão (câmaras, grupos ou turmas) que completa o julgamento do feito”.

[11] Na alínea *d*, acrescentada pela EC nº 45, de 8 de dezembro de 2004 o parâmetro de controle será uma lei federal. A competência para verificar a compatibilidade da lei ou ato de governo local com a lei federal antes desta emenda era do Superior Tribunal de Justiça em sede de Recurso Especial. Com a EC 45 o confronto entre lei local e lei federal foi transferido para o Supremo Tribunal Federal, por se entender que se trata de um autêntico conflito federativo.

[12] Essa tese tem previsão expressa na Constituição Portuguesa (art. 282, §2º). O Tribunal Federal Alemão (*Bundesverfassungsgericht*) adota tese oposta a brasileira mediante uma espécie de *solução de compromisso* assentando que tantos as leis pós-constitucionais quanto as pré-constitucionais podem ser objeto de controle abstrato de normas, porém, somente as pós-constitucionais estão submetidas ao controle concreto (Gilmar Mendes, *Op. cit.*, p. 203).

[13] Sobre o aspecto da norma de referência ou parâmetro normativo do controle da constitucionalidade, bem destaca CANOTILHO (Direito Constitucional. 6. ed. edição revista. Coimbra (Portugal): Livraria Almedina, 1993, p. 950): “é a constituição no seu todo, tanto, pois, no que toca às suas regras de competência e de procedimento legislativo, como aos seus princípios materiais e valores nela incorporados – que é tomada como padrão do julgamento da inconstitucionalidade. Todavia, e mais uma vez, o programa normativo-constitucional não se pode reduzir, de forma positivística, ao «texto» da constituição. Há que densificar, em profundidade, as normas e princípios da constituição, alargando o «**bloco da constitucionalidade**» a princípios não escritos, mas ainda reconduzíveis ao programa normativo-constitucional, como formas de densificação ou revelação específicas de princípios ou regras constitucionais positivamente plasmadas” (grifo nosso).

[14] Assim ficou assentado no STF no RE nº 262.782-8/RS da relatoria do Ministro Celso de Mello: “O prévio esgotamento das instâncias recursais ordinárias constitui pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário. Tratando-se de acórdão majoritário, proferido em sede de apelação civil, cabe à parte recorrente – ressalvada a hipótese de decisão em mandado de segurança (Súmula 397/STF) – opor-lhes os pertinentes embargos infringentes (CPC, art. 530), não lhe sendo lícito, sem prévia exaustão dessa via recursal ordinária, agir per saltum, deduzindo desde logo o apelo extremo. RE não conhecido”. Grifo nosso. (in MORAES, Alexandre. *Constituição do Brasil e legislação constitucional*, 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 1472)

[15] Com exceção do art. 102, III, “*d*”, em que o parâmetro de controle será uma lei federal, mas trata-se na verdade de um conflito federativo. O cabimento do Recurso Especial para o Superior Tribunal de Justiça está previsto na CF art. 105

(Compete ao Superior Tribunal de Justiça: (...) III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal). Segundo o Supremo Tribunal Federal "... Ao STJ compete, em grau de recurso especial, operar como **soberana instância** do exame da validade dos atos administrativos, tomando como **parâmetro de controle a lei federal comum** (inciso III do art. 105, com as ressalvas já indicadas). Já ao STF, o que lhe cabe, em grau de recurso extraordinário, é atuar como soberana instância do controle de constitucionalidade desses mesmos atos de protagonização oficial (art. 102, III, também com a ressalva da matéria de que se nutre a alínea d). Por conseguinte, **duas jurisdições** que se marcam pela mesma estampa da **soberania**, somente passíveis de coexistência pelo fato de que atuam em diferenciados espaços de judicialização. Recursos extraordinários não conhecidos." (RE 479.887, Rel. Min. Carlos Britto, julgamento em 7-8-07, DJ de 31-10-07, grifo nosso).

[16] Segundo NERY JUNIOR e NERY, para o ajuizamento de cautelar para obter efeito suspensivo em recurso extraordinário "é necessário que estejam presentes os requisitos de toda cautelar (fumus bonis juris e periculum in mora) e que o RE (...) tenha sido efetivamente recebido por juízo positivo de admissibilidade no tribunal a quo". (NERY JUNIOR, Nelson & Rosa Maria de Andrade NERY. Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante, atualizado até 7 de julho de 2003. 7. ed. rev. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 936).

[17] "Cabe ao Presidente do Tribunal de origem decidir o pedido de medida cautelar em recurso extraordinário ainda pendente do seu juízo de admissibilidade."

[18] O STF, interpretando esse dispositivo, proferiu interessante decisão: "INTERPRETAÇÃO DO ART. 543-A, § 3º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL C/C ART. 323, § 1º, DO REGIMENTO INTERNO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1. Não se presume a ausência de repercussão geral quando o recurso extraordinário impugnar decisão que esteja de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, vencida a Relatora. 2. Julgamento conjunto dos Recursos Extraordinários n. 563.965, 565.202, 565.294, 565.305, 565.347, 565.352, 565.360, 565.366, 565.392, 565.401, 565.411, 565.549, 565.822, 566.519, 570.772 e 576.220." (Acórdão na Repercussão Geral no RE 563.965/RN, rel. Min. Carmen Lúcia, j. 20/3/2008, DJe 070). O que se percebe é que sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal a preliminar de repercussão geral se presume, porém se a decisão atacada estiver de acordo com o entendimento do Tribunal não há presunção oposta.

[19] O STF tem sido rigoroso com a ausência desta preliminar recursal, ainda que a repercussão geral no recurso extraordinário esteja objetivamente demonstrada como se depreende do seguinte julgado: "Apresentação expressa de preliminar formal e fundamentada sobre repercussão geral no recurso extraordinário. Necessidade. Art. 543-A, § 2º, do CPC. Preliminar formal. Hipótese de presunção de existência da repercussão geral prevista no art. 323, § 1º, do RISTF. Necessidade. Precedente. Ausência de preliminar formal. Negativa liminar pela Presidência no recurso extraordinário e no agravo de instrumento. Possibilidade. Art. 13, V, c, e 327, caput e § 1º, do RISTF. (AI 692.128-AgR, Rel. Min. Presidente, julgamento em 21-8-08, DJE de 10-10-08)

[20] Art. 7º, § 2º: "O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades". Importante ressaltar que o Supremo Tribunal Federal aplica analogicamente o instituto do *amicus curiae* em diversas ações, inclusive já o utilizou em um *Habeas corpus*, no HC 82.424 que tratava sobre o crime de racismo.

[21] Este efeito vinculante é no sentido vertical (entre instâncias). No sentido horizontal o efeito vinculante há muito já é conhecido no nosso direito, principalmente nos regimentos internos dos tribunais. No Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal esta previsto no art. 101. Este dispositivo prevê que a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, pronunciada por maioria qualificada, aplica-se aos novos feitos submetidos às Turmas ou ao Plenário, salvo proposição de revisão por qualquer ministro.

[22] Em varias oportunidades, porém, o STF modulou os efeitos no controle incidental de constitucionalidade, como exemplo neste precedente: "*Prescrição e decadência tributárias. Matérias reservadas a lei complementar. Disciplina no Código Tributário Nacional. (...) força normativa da Constituição, que prevê disciplina homogênea, em âmbito nacional (...). Permitir regulação distinta sobre esses temas, pelos diversos entes da federação, implicaria prejuízo à vedação de tratamento desigual entre contribuintes em situação equivalente e à segurança jurídica. (...) As contribuições, inclusive as previdenciárias, têm natureza tributária e se submetem ao regime jurídico-tributário previsto na Constituição. Interpretação do art. 149 da CF de 1988. (...) Inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91, por violação do art. 146, III, b, da Constituição de 1988, e do parágrafo único do art. 5º do Decreto-Lei 1.569/77, em face do § 1º do art. 18 da Constituição de 1967/69. Modulação dos efeitos da decisão. (...) São legítimos os recolhimentos efetuados nos prazos previstos nos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91 e não impugnados antes da data de conclusão deste julgamento.*" (RE 556.664, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 12-6-08, DJE de 14-11-08). No mesmo sentido: RE 559.882, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 12-6-08, DJE de 14-11-08; RE 560.626, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 12-6-08, DJE de 5-12-08. Grifo nosso.

[23] Destaca-se que o STF não está vinculado, e nem poderia, a tese de direito adotado na decisão atacada conforme a sua súmula 456 (*O supremo tribunal federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie*).

[24] Segundo o STF, ainda que o Recurso Extraordinário verse apenas sobre a constitucionalidade da decisão, em sede de ação rescisória julgara todo o feito pois "*Sendo o STF competente para julgar um dos aspectos da rescisória, sua competência se prorroga àqueles que por ele não foram examinados anteriormente*" (Ac. unân. do STF em sessão plena de 08.09.77, na AR nº 1.006-MG, Rel. Min. Moreira Alves; RTJ 86/67).