

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO

**RACIONALIDADE E COERÊNCIA NA APRECIÇÃO DA REPERCUSSÃO
GERAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Linha de pesquisa: Direitos Fundamentais e Processos Constitucionais

Brasília

2013

JULIANO RICARDO DE VASCONCELLOS COSTA COUTO

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO

**RACIONALIDADE E COERÊNCIA NA APRECIÇÃO DA REPERCUSSÃO
GERAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Dissertação apresentada pelo candidato Juliano Ricardo de Vasconcellos Costa Couto como parte para a obtenção dos requisitos para o título de Mestre em Direito junto ao Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientador: Prof. Dr. Alvaro Ciarlini.

Brasília - DF

2013

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO

MESTRADO EM DIREITO

**RACIONALIDADE E COERÊNCIA NA APRECIÇÃO DA REPERCUSSÃO
GERAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

JULIANO RICARDO DE VASCONCELLOS COSTA COUTO

Orientador: Prof. Dr. Alvaro Ciarlini

Banca:

Professora Dra. Elisabeth Rocha

Professor Dr. Rodrigo Kaufmann

Agradeço, primeiramente, aos meus familiares, em especial minha esposa Aline e meus filhos Gustavo e Manuela pela compreensão e apoio irrestritos quando de minha ausência.

Da mesma forma, agradeço aos companheiros e amigos de escritório, parceiros leais nas lides da vida, judiciais ou não.

Agradeço também aos meus pais, Ronaldo Costa Couto e Maria Virgínia Barbosa de Vasconcellos, pelos exemplos de luta, de que vale a pena andar para a frente, sempre com honestidade.

Agradeço ao meu orientador, exemplo de acadêmico, professor e magistrado, Dr. Alvaro Ciarlini, pela paciência, amizade e, principalmente, pelas lições.

Agradeço ao IDP, pela oportunidade do incremento intelectual advindo do Mestrado. Agradeço em especial à professora Júlia Maurmann, parte importante desse processo, e ao Professor Paulo Gonet, exemplo de serenidade. Registro também a gratidão ao amigo Fernando Rios, pela paciência e auxílio.

Aos colegas de Mestrado, pelo aprendizado e pela sempre prazerosa convivência em sala de aula, meu agradecimento.

Por fim, não tenho como não agradecer às minhas cunhadas Helen e Míriam que tanto apoiaram a mim, Aline e Manuela durante a confecção da presente dissertação.

RESUMO

A dissertação aborda a análise da repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal, que deve ocorrer de forma coerente e racional. Para tanto examina a origem do controle de constitucionalidade brasileiro, suas características e o asoerramento de processos na Suprema Corte, que gerou sua crise numérica. Avalia o modelo Argentino e Americano de controle de processos para Suprema Corte e alguns elementos hermenêuticos que devem fazer parte da interpretação e aplicação das normas. Ao final, analisa, os critérios que caracterizam a repercussão geral e faz cotejo destes com os elementos hermenêuticos registrados, bem como a alguns casos práticos do Supremo.

PALAVRAS-CHAVE: Recurso extraordinário. Repercussão Geral. Jurisdição Constitucional. Supremo Tribunal Federal. Fundamentação da decisão.

ABSTRACT

The dissertation addresses the general repercussion as an element of extraordinary appeal brought to the Supreme Court, whose decision must be well fundamented. The paper examines the origin of the extraordinary appeal and it's characteristics. Demonstrates the numeric crisis made by a huge number of cases passed by the jurisdiction of the Supreme Court. Evaluates the models of constitutional jurisdiction by the Supreme Courts of Argentina and the United States and gives hermeneutical theory that should be used in Constitutional jurisdiction. At the end, are brought into consideration the problems encountered in some Court's decision in the analysis of the general repercussion.

KEYWORDS: Extraordinary appeal. General repercussion. Judicial review. Constitutional JurisdictionBrazilian Supreme Court. Elements of the decision.

LISTA DE ABREVIATURAS

Art. – artigo

CF – Constituição Federal

CPC – Código de Processo Civil

RE – Recurso extraordinário

RISTF – Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal

STF – Supremo Tribunal Federal

“I think anyone who suggests that this is an objective institution is just wrong; the notion that we are objective is just fallacious.” – U.S. Supreme Court Justice¹

“I tend to look at the cases from the bottom up rather than the top down. In terms of the application of the law, you begin obviously with the precedents before you.” —Chief Justice John Roberts²

“Mais vale conhecer as opiniões do juiz do que aquilo que se encontra prescrito na lei”³

“Fora da interpretação não existe norma, existe apenas um texto. E é em função desse texto que, através de um processo de interpretação jamais eliminável, vem determinada a norma para os fins de aplicação”⁴

“A porta da verdade estava aberta
mas só deixava passar
meia pessoa de cada vez.
Assim não era possível atingir toda a verdade,
porque a meia pessoa que entrava
só conseguia o perfil de meia verdade.
E sua segunda metade
voltava igualmente com meio perfil.
E os meios perfis não coincidiam.
Arreentaram a porta. Derrubaram a porta.
Chegaram ao lugar luminoso
onde a verdade esplendia os seus fogos.
Era dividida em duas metades
diferentes uma da outra.
Chegou-se a discutir qual a metade mais bela.
Nenhuma das duas era perfeitamente bela.
E era preciso optar. Cada um optou
conforme seu capricho, sua ilusão, sua miopia.”
Carlos Drummond de Andrade

¹PERRY Jr., H. W. **Deciding to decide: agenda setting in the United States Supreme Court.** Cambridge: Harvard University, 1991. p. 271.

²Confirmation Hearing on the Nomination of John G. Roberts, Jr. to be Chief Justice of the United States: Hearing Before the S. Comm. on the Judiciary, 109th Cong. 159 (2005) [hereinafter Roberts Confirmation Hearing] (statement of Judge John G. Roberts, Jr., Nominee to be Chief Justice of the United States) *in* Michigan Law Review Vol. 105:353.

³ Shylock, *in* William Shakespeare, The Merchant of Venice, acto IV, cena I

⁴ ASCARELLI Tulio, Giurisorudenzacostituzionale e teoriaDell’interpretazione, in: Rivista di DirittoProcessuale, XII, 3 (1957), p. 358, nota, retirada de QUEIROZ, Cristina. **Interpretação Constitucional e Poder Judicial – Sobre a epistemologia da construção constitucional.** Coimbra: Editora Coimbra, 2000. P. 108.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	20
Capítulo 1 – Abusca de critérios de racionalidade instrumental pelo STF....	24
1.1 Das origens do controle de constitucionalidade no Brasil.....	24
1.1.1 Da antiga preocupação com o número de recursos dirigidos ao Supremo Tribunal Federal.....	26
1.1.2 O controle de constitucionalidade difuso e o Supremo Tribunal Federal.....	28
1.1.3 Recurso Extraordinário – características e cabimento	30
1.2 Da Repercussão Geral como Requisito de Admissibilidade do RE	31
1.2.1 Efeitos da decisão do Supremo no controle difuso por meio do RE	32
1.2.2 Da arguição de relevância para a Repercussão geral – A busca de controle do número de recursos no Supremo	33
1.2.3 A crise numérica do Supremo Tribunal Federal	37
1.2.4 Do regramento da repercussão geral – CF, CPC e RISTF	42
Capítulo 2 – A discricção judicial e os elementos de controle numérico de processos nas supremas cortes argentina e americana.....	47
2.1 A experiência de filtros recursais na Argentina e nos Estados Unidos.....	47
2.2 A experiência Argentina da <i>gravedad institucional</i>	48
2.3 A experiência americana do <i>writ of certiorari</i>	52
2.3.1 Do procedimento do <i>certiorari</i>	53
2.3.2 Da identificação de critérios da suprema corte americana na apreciação do <i>writ of certiorari</i> -Teoria do indício – <i>cuetheory</i>	56
2.3.3 Do trabalho desenvolvido por Howard Perry Jr. – <i>Deciding To Decide: Agenda Setting In The United States Supreme Court</i>	59
2.3.3.1 Dos casos não merecedores de admissão – <i>uncertworthiness</i>	60
2.3.3.2 Dos casos merecedores de admissão – <i>certworthiness</i>	61
2.3.3.3 Do modelo de decisão apontado por Howard Perry	62
Capítulo 3 -Da tentativa de identificação de racionalidade e coerência – o problema hermenêutico.....	65
3.1 Do método estrutural-funcionalista – <i>policy oriented school of jurisprudence</i>	65

3.1.1 Dos limites hermenêuticos na aplicação da norma	66
3.1.2 Da interpretação como concretização – das expectativas jurídicas da sociedade	69
3.1.3 A tradição e o texto como elementos da interpretação constitucional	72
3.1.4 Da posição do judiciário na interpretação constitucional	74
3.2 A história institucional como elemento de coerência	77
3.2.1 Dos limites da discricionariedade judicial	78
3.2.2 Dos antecedentes e dos limites linguísticos	82
3.2.3 A possibilidade da imposição de limites da subjetividade no exercício da jurisdição	86
3.3 Coerência retórico discursiva	89
3.3.1 Da validade e adequação da norma	91
3.3.2 Das colisões das normas e da solução coerente	93
Capítulo 4- Critérios de identificação da presença da repercussão geral.....	96
4.1 Da repercussão geral como conceito jurídico indeterminado	96
4.2 Dos critérios específicos previstos em lei	102
4.3 Do comportamento do Supremo Tribunal Federal na análise da repercussão geral	105
CONCLUSÃO	112
REFERÊNCIAS	115

INTRODUÇÃO

Em nosso modelo de ordenamento jurídico, a Constituição ocupa lugar de destaque, como ápice do sistema normativo, incidindo diretamente sobre as relações entre os poderes, regulamentando-os. É sobretudo para dar a palavra final sobre o que “é” e o que “diz” a Constituição que existe o Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário nacional. Sua finalidade precípua é proteger a ordem constitucional.

Assim, o Supremo Tribunal Federal brasileiro se encontra em posição privilegiada na estrutura do Estado brasileiro, pois a ele cabe a última voz quando da resolução de desinteligência de natureza constitucional submetida ao Judiciário. Por conta disso, e de que o Estado Democrático de Direito e a segurança jurídica devem caminhar de mãos dadas, é que deve ser exigido, justamente de quem tem a última palavra, coerência quando do exercício de sua jurisdição constitucional.

É por meio da jurisdição que um tribunal de cúpula supera a pluralidade de significados dos conceitos jurídicos indeterminados constantes da Constituição, o que deve ocorrer com a aplicação de métodos e instrumentos hermenêuticos que garantam estabilidade ao sistema e segurança jurídica à comunidade. Daí a importância de que a jurisdição da corte de cúpula se desenvolva de forma sólida e serena, com amplos debates entre seus pares, e que estes tenham tempo disponível para tanto. A jurisdição também deve se desenvolver de forma coerente e racional, com a fiel exposição das razões de decidir, como será explanado no presente trabalho. Tal situação não sempre ocorre quando da apreciação da repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal.

Diversas constituições brasileiras deram ao Supremo Tribunal Federal competência para julgar, mediante Recurso Extraordinário, as decisões judiciais contrárias aos dispositivos da Carta. Essa competência é exercida desde o início da República, em especial desde a Constituição de 1891. A partir de então, vem sendo mantida e incrementada nas demais constituições, como veremos no primeiro capítulo deste trabalho, que também aborda a influência do Direito americano em nosso sistema constitucional e o asoberbamento e crise do Supremo Tribunal Federal, pelo alto número de processos sob seu encargo, que prejudica o exercício de sua jurisdição. Ao final, identificaremos instrumentos utilizados para superar referida crise, cuja última tentativa foi a inserção da Repercussão Geral como

requisito de admissibilidade do Recurso Extraordinário. Será exposto o atual regramento jurídico do instituto, desde a Constituição até sua regulamentação pelo Regimento Interno do Supremo.

No segundo capítulo, veremos a experiência da Argentina e dos Estados Unidos na contenção de recursos que chegam à Suprema Corte. Ambos se valeram da concessão de plena discricionariedade às cortes para escolherem os processos que irão apreciar. Serão ainda expostas análises de autores americanos sobre a identificação de parâmetros processuais que ensejariam o julgamento do *writ of certiorari* pela Suprema Corte Americana, com abordagem mais específica da obra de Howard Perry e seu modelo de decisão (*decision model*). O intuito do segundo capítulo é proporcionar melhor compreensão das ocorrências e elementos advindos da concessão de discricionariedade às cortes de cúpula, nas quais os critérios de admissão das causas sob sua responsabilidade não são objetivamente identificáveis, gerando insegurança jurídica.

O terceiro capítulo trata do corte teórico-epistemológico do presente trabalho, no qual serão apresentadas teorias sobre a hermenêutica e aplicação das normas, em especial a norma constitucional. Para tanto, optou-se por dar ênfase à escola estrutural-funcionalista, que, dentre outros elementos, valoriza a jurisdição constitucional como instrumento de satisfação das perspectivas jurídicas da comunidade e, também, a concretização da norma constitucional, avaliando ainda os limites hermenêuticos e a posição do Judiciário na interpretação constitucional.

Em seguida, será examinada a importância da história institucional como elemento de coerência na interpretação e aplicação da norma, mormente com base nas ideias de Ronald Dworkin. Faremos breve análise sobre a existência da discricionariedade judicial e também do papel dos antecedentes e dos termos linguísticos na imposição de limites ao exercício da jurisdição. Ao final do terceiro capítulo, nos concentramos nos critérios de coerência da interpretação, com análise da conveniência e adequação da norma, com maior ênfase na teoria de Klaus Gunther, enfrentando suas ideias sobre o critério de validade e de adequação da norma em relação ao caso concreto, bem como as possíveis colisões normativas.

No capítulo quarto, apresentamos elementos teóricos da classificação jurídica de conceito jurídico indeterminado, com ênfase em algumas ideias de Herbert Hart. Concluímos que a descrição normativa de Repercussão Geral se encaixaria nessa hipótese e registramos que, apesar de algumas divergências, tal não seria suficiente

para dar ao Supremo Tribunal Federal a discricionariedade na apreciação da presença ou ausência da repercussão. Em seguida, apresentamos alguns casos concretos de apreciação da Repercussão Geral, com a exposição dos votos e breve análise dos mesmos.

A construção normativa da Repercussão Geral, como solução para desafogar o Supremo e dar mais estabilidade e segurança ao modelo difuso de controle de constitucionalidade se deu com influência do modelo norte americano de apreciação do *writ of certiorari*, como ocorre desde o século XIX. Apesar disso, essa construção normativa não deu ao Supremo discricionariedade em sua apreciação. No entanto, da análise de alguns casos práticos, com a quase omissão das razões de decidir e sem preocupação com exposição dos elementos de convicção que levaram à conclusão, temos que, de fato, o modelo de decisão do Supremo está, cada vez mais, se aproximando do que poderia vir a ser considerado como discricionário. Tal situação fica ainda mais evidente diante do fato de não caber recurso contra a decisão que aprecia a repercussão, pelo menos formalmente.⁵

Como visto, o objeto da pesquisa é a análise do sistema de controle difuso de constitucionalidade brasileiro, com abordagem de suas origens e influência norte americana, passando pelo registro das crises numéricas, com enorme quantidade de processos, bem como as tentativas de solução, até chegarmos à Repercussão Geral. O marco teórico demonstra a necessidade de coerência na jurisdição, mormente constitucional, com corte epistemológico centrado em três teorias, descritas no capítulo três.

A metodologia utilizada no presente trabalho faz um paralelo da relação histórica entre os sistemas brasileiro e norte americano de controle de constitucionalidade, com o intuito de registrar essa influência e, também, algumas das transformações pelas quais passou a jurisdição constitucional do Supremo. Traça breve análise descritiva e comparativa entre o antigo instituto da arguição de relevância e a Repercussão Geral, bem como entre esta e o sistema de apreciação do *writ of certiorari* pela Suprema Corte norte americana.

A elaboração do trabalho se deu a partir de leitura e análise de doutrina, tanto nacional quanto estrangeira, e jurisprudência. Foram também utilizados artigos científicos nacionais e estrangeiros, publicados em revistas e obras especializadas,

⁵ CPC - Art. 543-A.

bem como os disponíveis em portais eletrônicos. Foi utilizado o instrumento de pesquisa disponibilizado pelo *site* do Supremo Tribunal Federal, tanto em relação à jurisprudência geral como em relação à Repercussão Geral, em específico.

A escolha do tema adveio da preocupação inicial do autor em razão dos efeitos transcendentais concedidos às decisões do Supremo em controle difuso, a partir da Emenda Constitucional 45/2004, quando referidas decisões ganharam importância muito maior, podendo ter reflexos em toda a sociedade. Por conta da amplitude e poder contidos na apreciação da constitucionalidade com Repercussão Geral reconhecida, é que as razões de decidir, seus verdadeiros fundamentos, devem ser expostas de forma a dar a mínima consistência à mesma, devendo também ser capaz de servir de referência às decisões futuras, dando estabilidade ao sistema.

A principal questão a ser respondida pelo presente trabalho é se é possível aferir critérios e elementos de racionalidade e coerência às decisões do Supremo na apreciação da Repercussão Geral. Como será demonstrado, nem sempre o Supremo Tribunal Federal dá à decisão que analisa a Repercussão Geral a devida fundamentação, resumindo, em muito, as razões de decidir, dificultando o trabalho de criação de precedentes e até mesmo comprometendo a legitimidade da decisão.

CAPÍTULO 1 - A BUSCA DE CRITÉRIOS DE RACIONALIDADE INSTRUMENTAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1.1 Das origens do controle de constitucionalidade no Brasil

O controle de constitucionalidade se baseia na supremacia da Constituição em relação às demais normas que compõem o ordenamento jurídico. A separação dos poderes fortaleceu o controle de constitucionalidade, pois cabe ao Poder Judiciário fiscalizar o Legislativo e o Executivo, que devem obediência aos limites impostos pela Constituição Federal.⁶

A Constituição é o fundamento de validade das demais normas e, no caso brasileiro, tem processo de elaboração diverso e mais complexo do que a legislação infraconstitucional.⁷ A garantia de eficácia e validade da Constituição assegura a higidez dos direitos fundamentais nela inseridos. O controle de constitucionalidade possui as vertentes jurídica e política, consentâneo com as forças da sociedade, respeitando, também, as minorias.⁸

Em relação às origens do controle de constitucionalidade, o caso *Marbury v. Madison*, da Suprema Corte norte americana, é tido como a primeira decisão na qual a Corte afirmou seu poder de exercer referido controle. Esse julgamento, de 1803, ganhou o mundo e enfrentou com êxito resistências políticas e doutrinárias, registrando a influência norte americana do modelo difuso de controle de constitucionalidade, estabelecendo a regra de que os atos do Poder Executivo são passíveis de controle jurisdicional. O relator do caso, John Marshall, *chief of justice* (presidente da Corte), expôs e defendeu a supremacia da Constituição em relação aos demais diplomas legais e a nulidade de lei que a contrariasse, bem como que o Poder Judiciário é o intérprete final da Constituição,⁹ no que serviu de modelo para o sistema adotado no Brasil.

Em decorrência da colonização portuguesa, o Brasil herdou as Ordenações Filipinas, nas quais era concebida a ideia de controle de constitucionalidade, visto que o corregedor municipal poderia declarar a nulidade de lei incompatível com as

⁶ AGRA, Walber de Moura. **Aspectos controvertidos do controle de constitucionalidade**. Salvador: Podium, 2008. p. 13.

⁷ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁸ AGRA, Walber de Moura. **Aspectos controvertidos do controle de constitucionalidade**. Salvador: Podium, 2008. p. 14.

Ordenações haja vista a supremacia desta. Com a proclamação da República, em 15 de novembro de 1889, foi promulgado o Decreto nº 510/1890, com expressa previsão de competência ao Judiciário para julgar os atos dos governos contestados em face da Constituição por meio de Recurso Extraordinário. Assim, o primeiro modelo de controle de constitucionalidade brasileiro, é o mesmo norte americano, difuso.¹⁰ A Constituição de 1891 deu ao Supremo Tribunal Federal a competência para apreciar, em sede recursal, as possíveis violações constitucionais que, com a participação de Ruy Barbosa, foi fortemente influenciada pela doutrina norte-americana.¹¹

Não havia, no sistema nacional, instrumento capaz de uniformizar as decisões. A Carta de 1934 deu ao Senado Federal a prerrogativa de suspender a execução de lei cuja inconstitucionalidade fosse declarada pelo Supremo Tribunal Federal, com a ideia de estender os efeitos do julgamento. A adoção do modelo norte americano no Brasil, guardadas as proporções, deixou a desejar justamente pelo fato de que não havia, entre nós, sistema eficaz de uniformização. Adotamos o controle difuso, tal qual os Estados Unidos, mas não o *stare decisis*, instituto do sistema da *common law* no qual o precedente serve não só ao caso concreto mas também vincula os demais casos semelhantes, dando estabilidade à jurisdição.¹²

Há quem defenda que a origem do Recurso Extraordinário esteja ligada ao *writ of error* do direito anglo saxônico,¹³ o que estaria a demonstrar, ainda mais, a influência estrangeira em nosso controle de constitucionalidade. O modelo de Recurso Extraordinário instituído no Brasil em 1891 foi quase uma tradução da Seção 25 da Lei Judiciária de 1789 dos Estados Unidos.¹⁴ Na Constituição de 1934 foi inserido o *quorum* qualificado de maioria absoluta para declaração de inconstitucionalidade, bem como a primeira ação direta de controle de

⁹ AGRA, Walber de Moura. **Aspectos controvertidos do controle de constitucionalidade**. Salvador: Podium, 2008. p. 7 a 9.

¹⁰ AGRA, Walber de Moura. **Aspectos controvertidos do controle de constitucionalidade**. Salvador: Editora Podium, 2008. pp. 18 a 20.

¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1084/1086.

¹² AGRA, Walber de Moura. **Aspectos controvertidos do controle de constitucionalidade**. Salvador: Editora Podium, 2008. p. 20.

¹³ CORTÊS, Osmar Mendes Paixão. **Recurso Extraordinário. Origem e desenvolvimento no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006. p. 188.

¹⁴ DANTAS, Bruno. **Repercussão Geral**. São Paulo: Editora RT, 2012. p. 48.

constitucionalidade, chamada de ação interventiva, cuja finalidade era assegurar alguns princípios da Constituição por parte dos Estados Membros.¹⁵

A Constituição de 1937 manteve os mesmos parâmetros da Carta de 1934, com a inclusão de preceito autoritário, que autorizava o presidente da República a submeter a lei declarada inconstitucional pelo Supremo ao Parlamento que, em caso de aprovação com o quórum de 2/3, convalidava a norma, afastando o decreto de inconstitucionalidade.¹⁶ A Constituição de 1946 manteve a mesma sistemática, com a retirada do preceito acima. A Emenda nº 16/65, já no regime militar, inseriu a ação genérica de inconstitucionalidade, de competência exclusiva do procurador-geral da República junto ao Supremo Tribunal Federal, que passou a ter competência para declarar inconstitucional lei ou ato federal.¹⁷

A Constituição de 1967, com a Emenda de 1969, trouxe como novidade a ação direta no âmbito estadual, ainda que limitada aos casos de intervenção do estado no município. A emenda nº 7/77 inseriu na Constituição o instituto da arguição de relevância como requisito de admissibilidade do Recurso Extraordinário. Referido instituto será tratado em capítulo específico nesse trabalho, com análise de suas semelhanças e diferenças em relação à Repercussão Geral.

Um aspecto que merece registro, até mesmo pela sintonia com o objeto do presente trabalho, é que, já naquela época, havia preocupação com a quantidade de recursos submetidos a julgamento no Supremo Tribunal Federal, como veremos adiante.

1.1.1 Da antiga preocupação com o número de recursos dirigidos ao Supremo Tribunal Federal.

Já no ano de 1956 foi elaborado estudo, encomendado por Nereu Ramos, então ministro da Justiça, no qual já se registrava preocupação com o alarmante aumento do número de recursos extraordinários.¹⁸ Em outro estudo¹⁹, feito em 1965, com a presença do ministro Victor Nunes Leal, identificou-se que a ampliação das matérias sujeitas ao Recurso Extraordinário era, entre outras, uma das causas da

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 63.

¹⁶ AGRA, Walber de Moura. **Aspectos controvertidos do controle de constitucionalidade**. Salvador: Podium, 2008. p. 22.

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 64.

¹⁸ Esse relatório consta da RDA 46/40.

sobrecarga do Supremo. Dentre as medidas propostas, destacou-se a introdução de novo requisito para a admissão do Recurso Extraordinário: a alta relevância da questão federal. Para tal sugestão, Victor Nunes se valeu do sistema americano, cuja Suprema Corte, adotando o princípio da relevância, diminuiu em mais de 80% os casos levados a julgamento. Os juristas se inspiraram, mais uma vez, no *Judiciary Act* de 1925, que restringiu a competência e alargou a discricionariedade da Suprema Corte americana na concessão do *writ of certiorari*.²⁰

Ainda assim, apesar dos esforços, principalmente do ministro Victor Nunes Leal, o critério da relevância não foi adotado em 1965, por entender-se que se tratava de requisito penoso demais para as partes e excessivamente subjetivo para o Tribunal, haja vista a dificuldade em se obter um critério único e preciso para definição do que seria questão federal relevante.²¹ Referida filtragem recursal só tomou vida com a Emenda Regimental nº 3, de 17/06/1975, que a inseriu como requisito para a apreciação do Recurso Extraordinário, cujo intuito era livrar o Supremo da crise numérica na qual o mesmo estava inserido. Com a Emenda Constitucional nº 7/77, o referido instituto foi inserido na Constituição.

Na emenda regimental de 09/12/1985 o Supremo inseriu no § 3º do art. 327 o conceito do que seria a questão federal relevante, registrada como sendo “pelos reflexos na ordem jurídica, e considerados os aspectos morais, econômicos, políticos ou sociais da causa, exigir a apreciação do Recurso Extraordinário pelo Tribunal”.²² Travou-se debate sobre se essa avaliação para determinar o que seria ou não relevante, a ser feita pelo Supremo, teria ou não caráter discricionário. Para alguns, a apreciação da relevância não teria caráter discricionário, havendo somente uma opção válida e correta a ser alcançada pela decisão judicial, pois esta não se submete aos critérios de oportunidade e conveniência.²³

Tal posição encontrava resistência por parte dos que entendiam que o controle da relevância pelo STF representava um poder discricionário, permitindo critérios de conveniência e oportunidade. Essa ideia também encontrava amparo no fato de que a arguição de relevância teve origem no *writ of certiorari* americano,

¹⁹ Esse relatório consta da RDA 81/176.

²⁰ COELHO, Gláucia Mara. **Repercussão Geral – Da Questão Constitucional no Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 25

²¹ COELHO, Gláucia Mara. **Repercussão Geral – Da Questão Constitucional no Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 26.

²² Texto do § 3º do art. 327 do RISTF com a redação dada pela emenda regimental de 09/12/1985.

²³ ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. **A arguição de relevância no Recurso Extraordinário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

submetido à discricionariedade.²⁴ A arguição de relevância sofreu duras críticas, entre as quais o fato de que sua apreciação era feita em sessão reservada, não permitida a presença das partes e sem a necessidade de motivação.²⁵

A nova ordem constitucional, promulgada em 5 de outubro de 1988, manteve o sistema híbrido de controle de constitucionalidade, feito pela via incidental e difusa (sistema americano) e pela via concentrada (sistema europeu), trazendo ainda outras novidades, como a ampliação do rol para proposição de ações diretas de inconstitucionalidade, a criação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e a limitação do Recurso Extraordinário às questões constitucionais.²⁶

Este registro do controle de constitucionalidade no Brasil tem o intuito de, tão-somente, contextualizar o leitor em relação à situação atual, mais especificamente quanto à influência americana, a já antiga preocupação com o número de processos que chegavam ao Supremo e sua relação com o instituto da Repercussão Geral, inserido em nossa ordem constitucional somente em 2004, por meio da Emenda Constitucional nº. 45/2004, também com a finalidade de conter a numérica crise então presente.

1.1.2 O controle de constitucionalidade difuso e o Supremo Tribunal Federal

Como visto, o Brasil promoveu a adoção de dois sistemas de controle de constitucionalidade, o difuso e o concentrado. O nos interessa aqui é o controle difuso, com abordagem de algumas de suas características. Quanto à natureza, o controle difuso é exercido pelo Judiciário, em contraponto ao que seria o controle político, normalmente realizado por órgão vinculado ao Parlamento.²⁷ O controle jurídico tem respaldo ainda na doutrina da separação dos poderes, com aplicação dos *checks and balances* e consiste em entregar a um órgão do Poder Judiciário a jurisdição constitucional.²⁸

²⁴ COELHO, Gláucia Mara. **Repercussão Geral – Da Questão Constitucional no Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 39, registrando a posição de Sydney Sanches e Evandro Gueiros Leite. .

²⁵ COELHO, Gláucia Mara. **Repercussão Geral – Da Questão Constitucional no Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 44.

²⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 64.

²⁷ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 42.

²⁸ AGRA, Walber de Moura. **Aspectos controvertidos do controle de constitucionalidade**. Salvador: Podium, 2008. p. 22.

A formação do federalismo no Brasil, país unitário com poder central, dividiu os poderes para os estados-membros, em sentido inverso ao que ocorreu nos Estados Unidos. Tal situação fez com que o poder ficasse concentrado na União, inclusive de competência legislativa. Essa unidade de direito nacional repercute na uniformização da jurisprudência, pois os tribunais estaduais adotam posições distintas da jurisprudência firmada pelo Supremo, tornando mais árdua a tarefa de integridade do direito nacional.²⁹

O controle de constitucionalidade pela forma incidental feito pelo Supremo se dá, principalmente, por meio dos recursos extraordinários, cuja finalidade, ainda que haja jurisdição sobre a constitucionalidade da norma, é a resolução do caso concreto.³⁰ O Recurso Extraordinário destina-se à discussão de natureza jurídica, não sendo permitida a revisão de provas constantes do processo.³¹ O Supremo Tribunal Federal não tem como função a revisão das decisões dos tribunais mas, sim, a manutenção do caráter sistêmico do ordenamento jurídico, em especial da ordem constitucional, gerando estabilidade e segurança jurídica.³²

O Recurso Extraordinário defendia tanto a ordem constitucional como a legislação federal, até a Constituição de 1988, a partir da qual foi criado o Superior Tribunal de Justiça (STJ), que recebeu a competência de proteção da legislação federal infraconstitucional. A partir daí, o Recurso Extraordinário passou a ter a exclusiva função de defesa da Constituição, o que não teve o condão de transformar o Supremo em corte constitucional pura, também por conta de sua competência originária para julgar recursos ordinários.³³

Como visto, o Recurso Extraordinário sempre desempenhou importante papel na tentativa de manter a autoridade federal, mormente da Constituição da República, desde 1891 até a presente data. Ao longo da história política brasileira esse instituto foi mantido e fortalecido, tendo ultrapassado os momentos de maior e menor democracia, inclusive o Estado Novo e o regime militar.³⁴

²⁹ DANTAS, Bruno. **Repercussão Geral**. São Paulo: RT, 2012. p. 55.

³⁰ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 50.

³¹ Súmula 279: "Para simples reexame de prova não cabe Recurso Extraordinário".

³² AGRA, Walber de Moura. **Aspectos controvertidos do controle de constitucionalidade**. Salvador: Podium, 2008. p. 61.

³³ CORTÊS, Osmar Mendes Paixão. **Recurso Extraordinário. Origem e desenvolvimento no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 240.

³⁴ CORTÊS, Osmar Mendes Paixão. **Recurso Extraordinário. Origem e desenvolvimento no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 288.

1.1.3 Recurso Extraordinário – características e cabimento

O Recurso Extraordinário representa o último degrau do controle difuso-concreto de constitucionalidade, atuando o Supremo como guardião da Constituição e, ao mesmo tempo, como tribunal recursal. Ele busca a inteireza da interpretação do Direito Constitucional e tem pressupostos específicos.³⁵

O Extraordinário só é cabível nas hipóteses do inciso III do art. 102 da CF/88³⁶ e sua interposição exige o esgotamento das possibilidades de impugnação nas instâncias inferiores. As questões objeto de debate no Recurso Extraordinário devem ter sido discutidas e apreciadas no julgamento de origem, pois o mesmo se submete ao requisito do prequestionamento, de que a matéria versada no recurso deve ter sido debatida na decisão recorrida.³⁷

O Supremo entende que a violação ou contrariedade a dispositivo da Constituição deve ocorrer de forma direta e não reflexa.³⁸ No caso, o verbo contrariar, previsto na Constituição, merece interpretação ampla, como sinônimo de violar, contrastar, infringir, etc.³⁹ Nos casos em que a decisão recorrida tiver julgado válida lei ou ato de governo local, contestado em face da Constituição, vemos o Recurso Extraordinário com origem no *writ of error* americano, cuja finalidade é assegurar a hierarquia das leis da República, em especial a Constituição federal em face das normas regionais.⁴⁰

Preenchidos os pressupostos, o Recurso Extraordinário estaria apto a ser admitido e enviado ao Supremo para que tivesse seu mérito apreciado e uma resposta formal da Corte. A partir da Emenda Constitucional nº 45/2004, com a inclusão do § 3º do art. 102, III da CF/88, passou também a ser requisito de admissibilidade do Recurso Extraordinário a presença de Repercussão Geral, o que deu mais importância ao seu julgamento, tendo em vista seus efeitos pan-

³⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 237.

³⁶ III - julgar, mediante Recurso Extraordinário, as causas decididas 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. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

³⁷ Súmula 282: “É inadmissível Recurso Extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada” e Súmula 356: “o ponto da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de Recurso Extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento”.

³⁸ STF – Agrag 294777/SP, 1ª. Turma, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 18.05.2001.

³⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 253.

⁴⁰ CORTÊS, Osmar Mendes Paixão. **Recurso Extraordinário. Origem e desenvolvimento no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 249.

processuais, quando a decisão se projetará para além dos interesses subjetivos postos em determinada causa e seu resultado será replicado em todos os demais que tenham o mesmo debate constitucional.⁴¹

1.2 Da Repercussão Geral como requisito de admissibilidade do Recurso Extraordinário

A Repercussão Geral, como dito, ampliou a força do Recurso Extraordinário, dando ao mesmo um componente de natureza objetiva, vez que seu resultado será replicado em todos os processos que tragam a mesma discussão constitucional.⁴² Uma das grandes intenções da Repercussão Geral foi tirar o Supremo da crise numérica então presente, do alto número de processos em curso na Corte, desafogando o tribunal, exercendo a função de filtro recursal similar ao *writ of certiorari*, da Suprema Corte americana.⁴³ Sistema semelhante também existe no Direito argentino, como veremos mais adiante, que é o instituto da *gravedad institucional*⁴⁴, previsto no art. 280 do Código de Processo Civil e Comercial argentino.⁴⁵

A diminuição de acesso aos tribunais superiores é tendência mundial, encontrando respaldo no sistema judicial de diversos países. A Suprema Corte americana não admite o *writ of certiorari* quando a questão jurídica tem repercussão restrita à esfera jurídica dos litigantes.⁴⁶

A Repercussão Geral, como requisito formal do Recurso Extraordinário, só passou a ser exigida a partir de 3 de maio de 2007, data da publicação da Emenda Regimental nº 21 do Supremo, conforme decidido na Questão de Ordem do Agravo de Instrumento nº 664.567.⁴⁷ Com a Emenda Constitucional e sua regulamentação

⁴¹ FERRAZ, Taís Schilling. “**Repercussão Geral – muito mais que um pressuposto de admissibilidade**”. in **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário. Estudos em homenagem à Ministra Ellen Gracie**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2011. p. 86.

⁴² Foi inserido o parágrafo 3º no art. 102, com a seguinte redação: “§ 3º No Recurso Extraordinário o recorrente deverá demonstrar a Repercussão Geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.”

⁴³ MARINONI, Luís Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 21 e 30-31

⁴⁴ LOR, Encarnacion Alfonso. **Súmula Vinculante e Repercussão Geral: novos institutos de direito processual constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2009. p. 46.

⁴⁵ Com a seguinte redação dada pela Lei 23.774/90: “La Corte, según su sana discreción, y com la sola invocación de esta norma, podrá rechazar el Recurso Extraordinário, por falta de agravio suficiente e cuando las cuestiones plateadas resultaren insustanciales o carentes de transcendência”

⁴⁶ COELHO, Gláucia Mara. **Repercussão Geral – Da Questão Constitucional no Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 83.

⁴⁷ STF – Ag-QO 664.567/SP, Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 06.09.2007.

pelo Código de Processo Civil, o Regimento Interno do Supremo, competente para reger o instituto da Repercussão Geral, ganhou mais força normativa.⁴⁸

As normas constitucionais evoluem, gerando novos desafios para os atores da atividade jurisdicional, tal qual ocorreu a partir da inserção da Repercussão Geral, que tornou mais efetivo, seguro e racional o controle de constitucionalidade exercido pelo Supremo. A Repercussão Geral inovou no processamento e nos efeitos da decisão sobre as ações individuais, cuja questão constitucional suscitada no recurso deve ostentar as qualidades da relevância e da transcendência para ser admitida.⁴⁹

Em nossa visão, os efeitos pan-processuais da Repercussão Geral visam a diminuir a insegurança jurídica advinda de decisões díspares para casos semelhantes. Com isso, o Supremo Tribunal Federal deve se pautar por parâmetros racionais e hermenêuticos precisos para admitir ou rejeitar a presença da Repercussão Geral em cada caso concreto.

1.2.1 Dos efeitos da decisão do Supremo no controle difuso por meio do Recurso Extraordinário

Com o intuito de ampliar a eficácia das decisões do Supremo, a Constituição determina que, se o pleno do Supremo Tribunal Federal, por maioria absoluta, declarar incidentalmente a inconstitucionalidade de uma lei, o Senado Federal deverá ser comunicado, após o trânsito em julgado, para que dê efeito *erga omnes* à decisão.⁵⁰ Tal determinação é tradição brasileira, constando de diversas Constituições desde 1934. A razão técnica para tanto vem do modelo americano, no qual a decisão dos tribunais vinculam os demais órgãos judiciais sujeitos à sua competência revisional. No Brasil, como as decisões do Judiciário não possuíam efeito vinculante, se outorgou ao Senado tal competência, com a ideia de que a Resolução do Senado destina-se a dar eficácia *erga omnes* às decisões da Suprema Corte.⁵¹ Ainda em relação ao papel do Senado, existem discussões sobre

⁴⁸ Conforme parágrafos 5º e 6º do art. 543-A, § 5º. Do art. 543-B do CPC e Art. 3º da Lei 11.418/2006.

⁴⁹ Op. cit. p. 79

⁵⁰ CF/88: "Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;"

⁵¹ ADI 15- STF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 14-6-2007, Plenário, DJ de 31-8-2007: "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 STF no julgamento do RE 150.764, 16-12-1992, Min. Marco Aurélio (DJ de 2-4-1993), teve o processo de suspensão

se sua atuação seria obrigatória ou discricionária⁵² e também sobre seus efeitos, se retroagem ou não,⁵³ bem como debate sobre a necessidade de manutenção do referido dispositivo na Constituição.⁵⁴

Antes da inserção da Repercussão Geral no sistema constitucional brasileiro, a decisão do Supremo, proferida em controle difuso, só produzia efeitos entre as partes do processo. A Repercussão Geral, com seus efeitos extraprocessuais, ampliou a eficácia da decisão do Supremo em sede de Recurso Extraordinário, visto que o julgado em Repercussão Geral resolverá a situação de todos os processos sobre o mesmo tema que tenham sido sobrestados nos tribunais de origem.⁵⁵

1.2.2 Da arguição de relevância para a Repercussão Geral – a busca de controle do número de recursos no Supremo.

Impossível não tangenciar o instituto da arguição de relevância quando se analisa a Repercussão Geral. É o antecedente histórico mais específico e importante da repercussão.⁵⁶ A arguição de relevância foi inserida na Constituição a partir da EC nº 7/77 e produziu seus efeitos até a promulgação da Constituição de 1988. Foi extinta porque a ideia era que, com a criação do Superior Tribunal de Justiça, o alívio no número de processos para o Supremo seria tão grande que não haveria mais a necessidade de um filtro recursal.⁵⁷ A arguição de relevância foi também uma tentativa de limitar o número de processos em curso no Supremo Tribunal Federal.

A Repercussão Geral é exigível em todas as hipóteses de cabimento do Recurso Extraordinário enquanto a arguição de relevância só era exigida nos casos de negativa de vigência de tratado ou lei federal e na hipótese de divergência na

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."

⁵² Precedente de não suspensão da Lei 7.689/88, cujo art. 9º foi julgado inconstitucional pelo RE 150.764.

⁵³ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 128/130.

⁵⁴ Tal ocorre no julgamento da Reclamação 4335/AC, onde os Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau entenderam, em seus votos, que o preceito contido no inc. X do art. 52 da CF/88 seria um anacronismo, não havendo mais razão para sua subsistência, visto que o STF – hoje – tem o poder de dar às suas decisões o efeito *erga omnes* e, assim, 'sobraria' ao Senado, tão somente, dar a elas publicidade. Referido processo está ainda em julgamento, sendo certo que nele também já se pronunciaram os ministros Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa, entendendo estes pela manutenção da conveniência e constitucionalidade do preceito contido no inc. X da CF/88. Pertence entende que somente nos casos em que o Supremo edita uma Súmula Vinculante é que seria desnecessária a intervenção do Senado Federal. Joaquim Barbosa entendeu que a participação do Senado serve como complemento do papel do STF, conforme trechos dos votos.

⁵⁵ Art. 543-B e parágrafos do CPC.

⁵⁶ VIANA, Ulisses Schwarz. **Repercussão Geral sob a ótica da teoria dos sistemas de Niklas Luhman**. São Paulo. Saraiva, 2010. p. 4.

⁵⁷ DANTAS, Bruno. **Repercussão Geral**. São Paulo: RT, 2012. p. 56.

interpretação de lei federal.⁵⁸ Somente a partir da alteração do art. 325 do RISTF, que enumerou as hipóteses em que o Recurso Extraordinário seria admissível⁵⁹, é que a norma do não cabimento do Recurso Extraordinário passou a ser regra geral, fazendo com que a arguição de relevância, finalmente, alcançasse seus desejados resultados de diminuição dos processos no Supremo. No entanto, com essa roupagem, de efetivo filtro recursal, a arguição de relevância só produziu efeitos entre os meses de fevereiro de 1986 e outubro de 1988, quando foi instituída a nova ordem constitucional.

A apreciação da arguição de relevância era feita em sessão secreta, na qual não se admitia pedido de vista nem acompanhamento pelas partes. Além disso, não havia a necessidade de fundamentação dos votos, o que fazia com que as razões de decidir não viessem a público.⁶⁰ Em nossa visão, tal característica retirava a possibilidade de formação de precedentes com a identificação das razões de decidir, que tornaria possível a análise e identificação dos assuntos considerados relevantes pelo Supremo, dando mais segurança e qualidade à jurisdição constitucional. A atual ordem constitucional é incompatível com julgamentos secretos e não fundamentados.⁶¹

Os institutos da arguição de relevância e da Repercussão Geral surgiram pelas mesmas razões e com o mesmo propósito, criando sistema de seleção dos recursos para o Supremo. A presença de debate de cunho constitucional dispensava a demonstração da relevância, que era presumida.⁶² Tal presunção, no caso da Repercussão Geral, só ocorre quando a decisão recorrida contrariar súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal, hipótese em que estará presente a Repercussão Geral.⁶³ As causas que envolvam liberdades e direitos do cidadão ou

⁵⁸ Conforme previsão contida nas alíneas "a" e "d" do artigo 119 da CF/69.

⁵⁹ "Art. 325 - Nas hipóteses das alíneas "a" e "d" do inciso III do artigo 119 da Constituição Federal, cabe Recurso Extraordinário: I - nos casos de ofensa à Constituição Federal; II - nos casos de divergência com a Súmula do Supremo Tribunal Federal; III - nos processos por crime a que seja cominada pena de reclusão; IV - nas revisões criminais dos processos de que trata o inciso anterior; V - nas ações relativas à nacionalidade e aos direitos políticos; VI - nos mandados de segurança julgados originariamente por Tribunal Federal ou Estadual, em matéria de mérito; VII - nas ações populares; VIII - nas ações relativas ao exercício de mandato eletivo federal, estadual ou municipal, bem como às garantias da magistratura; IX - nas ações relativas ao estado das pessoas, em matéria de mérito; X - nas ações rescisórias, quando julgadas procedentes em questão de direito material; XI - em todos os demais feitos, quando reconhecida a relevância da questão federal. Parágrafo único. Para os fins do inciso VIII, quando a decisão contiver partes autônomas, o recurso for parcial e o valor da causa exceder os limites ali fixados, levar-se-á em conta, relativamente às questões nele versadas, o benefício patrimonial que o recorrente teria com o seu provimento."

⁶⁰ COELHO, Gláucia Mara. **Repercussão Geral – Da questão constitucional no processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2009.

⁶¹ Inc. IX do art. 93 da Constituição de 1988.

⁶² Art. 325, I do RISTF de então.

⁶³ Redação atual do Art. 543-A, § 3º do Código de Processo Civil.

conflito de direitos fundamentais tendem a ser consideradas como questões juridicamente relevantes. Já foi admitida pelo STF, ainda na época da arguição de relevância, a discussão contida em processo que discutia dano moral em virtude da transmissão de programa de televisão sobre vida de jogador de futebol já falecido sem a concordância da família.⁶⁴

A admissão da arguição de relevância dependia do voto de quatro ou mais ministros, assemelhando-se à regra americana aplicada ao *writ of certiorari* (*rule of four*), que também exige o voto de quatro ministros para a sua admissão. A Repercussão Geral somente será rejeitada pela manifestação de dois terços dos ministros do STF.⁶⁵

Para alguns, a arguição de relevância não ostentava natureza jurisdicional, seria um instituto político.⁶⁶ A arguição de relevância, por discricionária, possibilitava conhecer deste ou daquele Recurso Extraordinário *a priori* incabível, funcionando como um instituto com característica central inclusiva. A Repercussão Geral, ao contrário, visa a excluir do conhecimento do Supremo Tribunal Federal controvérsias que assim não se caracterizem.⁶⁷ É inegável que a Repercussão Geral, pela sua sistemática, introduziu marcantes novidades no processamento do Recurso Extraordinário, destacando-se a maior integração entre os órgãos do Poder Judiciário, que precisam manter constante interlocução acerca dos temas sobre os quais decide o Supremo. A Repercussão Geral modernizou o processo civil brasileiro, quebrando o paradigma em relação à concepção individualista da prestação jurisdicional.⁶⁸

Tanto a arguição de relevância quanto a Repercussão Geral consistem, formalmente, em incidente preliminar ao juízo de admissibilidade⁶⁹ e vieram para dar mais qualidade à jurisdição prestada pelo Supremo, com a diminuição da carga de trabalho, fazendo com que fosse dada mais atenção às causas verdadeiramente

⁶⁴ RE 112263 / RJ - RIO DE JANEIRO - RECURSO EXTRAORDINÁRIO - Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES - Julgamento: 28/03/1989 - Órgão Julgador: - Primeira Turma – Publicação: DJ 10-08-1989 PP-12918 EMENT VOL-01550-03 PP-00458.

⁶⁵ Parágrafo 3º do art. 102 da CF/88.

⁶⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 115, mencionando a opinião de Sidney Sanches.

⁶⁷ MARINONI, Luís Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 30- 31.

⁶⁸ FERAZ, Taís Schilling. **“Repercussão Geral – muito mais que um pressuposto de admissibilidade”**. in **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário. Estudos em homenagem à Ministra Ellen Gracie**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2011. p. 78.

⁶⁹ COELHO, Gláucia Mara. **Repercussão Geral – Da questão constitucional no processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2009.

importantes. A decisão sobre a Repercussão Geral pode ocorrer por debates virtuais⁷⁰, por meio de sistema desenvolvido pelo Supremo, no qual os ministros selecionam, dentre os processos a eles distribuídos, os que melhor representam a controvérsia e que funcionam como *leading case*. Feita a análise pelo relator, será inserido no sistema já com a manifestação do mesmo. A partir desse momento, os demais ministros têm 20 dias para apreciação. Ao final do prazo, o próprio sistema apura o resultado, dando agilidade à apreciação da repercussão.⁷¹ A Repercussão Geral também pode ser analisada por meio de questão de ordem, quando da inserção do processo na pauta de julgamento do Plenário. A apreciação da Repercussão Geral analisa se a matéria é relevante sobre os aspectos social, jurídico, político ou econômico e se tem transcendência, ou seja, se a decisão se projetará para além dos interesses subjetivos postos em determinada causa, em efeitos pan-processuais.⁷²

A fundamentação sobre a Repercussão Geral não precisa ser exaustiva e, também, sua decisão consistirá tão-somente em ata, que valerá como acórdão.⁷³ A redução da fundamentação encontra respaldo no alto quorum exigido para o não reconhecimento da repercussão.⁷⁴ No entanto, como veremos ao final do presente trabalho, a redução da fundamentação não pode ser confundida com a sua extirpação, ou mesmo ausência. No mais, a Repercussão Geral incrementa a prestação jurisdicional não só do Supremo mas de todo o Judiciário, visto que suas decisões serão aplicadas automaticamente em todos os recursos que versem sobre matéria idêntica.⁷⁵

É perceptível que tanto a arguição de relevância quanto a Repercussão Geral surgiram como requisito de admissibilidade do Recurso Extraordinário e representam um filtro recursal, visando à diminuição do número de processos em curso no Supremo. O elevado número de recursos em trâmite nos tribunais superiores é elemento ensejador de crise institucional, que pode comprometer o cumprimento de sua missão constitucional.

⁷⁰ Arts. 323 e seguintes da atual redação do RISTF.

⁷¹ Art. 324 da atual redação do RISTF.

⁷² FERRAZ, Taís Schilling. “**Repercussão Geral – muito mais que um pressuposto de admissibilidade**”. *in* **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário. Estudos em homenagem à Ministra Ellen Gracie**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2011. p. 86.

⁷³ Art. 543-A, § 7º da atual redação do Código de Processo Civil.

⁷⁴ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 116.

⁷⁵ Art. 543-A, § 5º da atual redação do Código de Processo Civil.

1.2.3 A crise numérica do Supremo Tribunal Federal

Dentre as diversas causas do fenômeno de assoberbamento do Judiciário, destaca-se a ideia de que tal deve-se a maneira pela qual formamos nossa federação, que adveio do estado unitário. Assim, a partir da formulação de leis por diversas fontes, inafastável se fez a necessidade de uma corte de cúpula, como é o Supremo Tribunal Federal, com a tarefa de manter a integridade do Direito federal, que se mostrou complexa e trabalhosa e fez com que o exagerado acúmulo de processos na corte fosse identificado como *crise do Recurso Extraordinário* ou ainda como *crise do Supremo Tribunal Federal*.⁷⁶

Como já registrado, uma das ideias para dar solução ao problema numérico do Supremo foi a criação de uma nova corte, o que ocorreu em 1988, com a vinda do Superior Tribunal de Justiça, absorvendo algumas competências antes exclusivas do Supremo. No entanto, a criação do Superior Tribunal de Justiça não resolveu a crise e, já no ano 2000, em vez de um tribunal assoberbado, o Supremo, havia dois: o Superior Tribunal de Justiça recebeu, naquele ano, 155.959 processos. A atual realidade econômica estimula os conflitos de interesse, pois as relações sociais se tornaram mais complexas. O número de demandas judiciais aumentou também por conta da crescente intervenção do Estado na economia e nas relações privadas, como permite a CF/88.⁷⁷

Até então, a processualística brasileira não se preocupava em dar tratamento aos litígios de massa repetitivos. Ainda hoje, sobrecarregam o Judiciário nacional milhares de ações referentes a planos econômicos editados nos anos de 1987 (Bresser), 1989 (Verão), 1990 (Collor) e 1994 (Real). Tais atos do Poder Público atingem a quase totalidade dos cidadãos, servindo como potenciais temas de litígios idênticos e numerosos, com o mesmo objeto. O processo civil brasileiro foi erguido com paradigma individualista, para a defesa dos direitos individuais, marcado pelos traços da liberdade e igualdade.⁷⁸

⁷⁶ DANTAS, Bruno. **Repercussão Geral**. São Paulo: RT, 2012. p. 55.

⁷⁷ DANTAS, Bruno. **Repercussão Geral**. São Paulo: RT, 2012. p. 91.

⁷⁸ FERRAZ, Tais Schilling. "**Repercussão Geral – muito mais que um pressuposto de admissibilidade**". *in Repercussão Geral no Recurso Extraordinário. Estudos em homenagem à Ministra Ellen Gracie*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2011. p. 78.

A evolução da prestação jurisdicional passa, necessariamente, pela coletivização do processo, como forma de assegurar efetividade no trato dos direitos difusos e coletivos. Dentro de tal política estaria, também, o de valorização do precedente, nos moldes do *stare decisis*.⁷⁹ A obediência aos precedentes, com a consequente uniformização da jurisprudência, tem como consequência a segurança jurídica, dando-se previsibilidade à jurisdição. É nesse contexto que também vem inserida a Repercussão Geral, fazendo com que o controle de constitucionalidade difuso se aproxime, por vezes, dos efeitos do controle concentrado de constitucionalidade. O fato de nossa Constituição ser analítica, abordando os mais diversos assuntos, também contribui para a crise numérica do Supremo e faz com que, pelo menos tecnicamente, seja cabível a interposição de Recurso Extraordinário em quase todas as causas, ainda que o mesmo adotasse precedentes com conteúdo defensivo.

Em 1998, com a edição da Lei nº 9.756, houve uma tentativa de preservar o Supremo, com a promoção da retenção nos autos dos recursos extraordinários interpostos contra decisões interlocutórias. Essa mesma lei deu ao relator o poder de, monocraticamente, negar seguimento ou, ainda, dar ou negar provimento ao Recurso Extraordinário.⁸⁰ Tais tentativas surtiram efeitos, tornando mais rápida a solução de diversos recursos, mas, mesmo assim, não foram capazes de afastar a avalanche de processos do Supremo.

O número de processos cresceu vertiginosamente. Em 1990, o Tribunal recebeu 16.226 recursos extraordinários ou seus respectivos agravos de instrumento. Já em 2000, esse número subiu para 90.839, ensejando aumento de mais de 500% (quinhentos por cento) no total de recursos distribuídos. Em 2003, um ano antes da Emenda Constitucional nº 45/2004, o Supremo distribuiu aos seus ministros um total de 109.965 recursos.⁸¹ O número de acórdãos publicados pulou de 1.067 em 1990 para 10.770 no ano 2000.⁸²

⁷⁹ . CUNHA, Leonardo Carneiro da . “**A função do Supremo Tribunal Federal e a força de seus precedentes: enfoque nas causas repetitivas**”. *in Repercussão Geral no Recurso Extraordinário. Estudos em homenagem à Ministra Ellen Gracie*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2011. p. 60.

⁸⁰ Art. 557 do Código de Processo Civil.

⁸¹ Cf. <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=REALProcessoDistribuido>, acesso em 09/08/2011 - 22:42h.

⁸² Cf. <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual>, acesso em 09/08/2011 - 22:42h.

Como visto, o número de processos recebidos ultrapassa o limite do razoável para o bom funcionamento de uma Corte Suprema. O número surpreende ainda mais se comparado ao número de processos decididos durante anos anteriores.⁸³ Diante disso, não há dúvidas de que a formatação então dada ao controle difuso de constitucionalidade prejudicou, por questões numéricas, o exercício da missão constitucional do Supremo.

Não havendo alternativa, restou promulgada a Emenda Constitucional nº 45/2004 que, entre diversas alterações, inseriu a Repercussão Geral como requisito para a apreciação do Recurso Extraordinário,⁸⁴ cujo principal propósito foi reduzir o número de processos. A Repercussão Geral veio com função similar à de institutos existentes no direito alienígena, como a “significação fundamental” do recurso de *revision* do direito alemão e o *writ of certiorari* da Suprema Corte americana.⁸⁵ Da mesma forma, sistema semelhante temos no Direito argentino, no instituto da *gravedad institucional*.⁸⁶ Estes dois últimos institutos serão objeto de apreciação específica neste trabalho.

O grande aumento do número de processos que chegava ao Supremo ensejou represamento institucional, tornando indispensável a existência de mecanismo de otimização de suas atividades. É por meio do Recurso Extraordinário que a Corte Suprema desempenha a fiscalização concreta da constitucionalidade de leis e atos, o que ocorre em grande volume e contribui para a uniformização da interpretação da Constituição.⁸⁷

A crise do Supremo Tribunal Federal, assim como de todo o Judiciário, era fato público e notório. Foi nesse contexto que se buscou o controle numérico dos processos, cujo resultado foi a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, certidão de nascimento da Repercussão Geral. A proposta de Emenda foi

⁸³ KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira, in **A arguição de relevância e o Supremo Tribunal Federal**, Monografia apresentada no curso de Teoria Geral do Direito Público II, no Mestrado em Direito e Estado da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília - UnB. Brasília. 2001. Registrando os seguintes dados: 1940 - 1807 julgados; 1950 - 3371 julgados; 1960 - 5747 julgados; 1970 - 6486 julgados; 1980 - 9007 julgados; 1990 - 16449 julgados; 1993 - 21737 julgados; 1996 - 30829 julgados; 1997 - 39944 julgados; 1998 - 51307 julgados; 1999 - 56307 julgados.

⁸⁴ “§ 3º No Recurso Extraordinário o recorrente deverá demonstrar a Repercussão Geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.”

⁸⁵ MARINONI, Luís Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 21

⁸⁶ LOR, Encarnacion Alfonso. **Súmula Vinculante e Repercussão Geral: novos institutos de direito processual constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2009. p. 46.

⁸⁷ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 101.

acompanhada da Exposição de Motivos nº 204, de 15 de dezembro de 2004, intitulada de proposta de formalização do “Pacto de Estado em favor de um Judiciário mais rápido e republicano”. A exposição registrou que

poucos problemas nacionais possuem tanto consenso no tocante aos diagnósticos quanto à questão judiciária. A morosidade dos processos judiciais e a baixa eficácia de suas decisões retardam o desenvolvimento nacional, desestimulam investimentos, propiciam a inadimplência, geram impunidade e solapam a crença dos cidadãos no regime democrático.⁸⁸

Nota-se que a celeridade e a eficácia das respostas do Judiciário foram os motivadores da reforma. O pacto tinha também o objetivo de tornar real o intuito do “princípio da razoável duração do processo”.⁸⁹

A Suprema Corte busca, quando de sua atividade político-jurídica, tornar efetivas as garantias da Constituição, exercendo o princípio da máxima legalidade da função estatal, devendo tal competência ocorrer de maneira eficaz, necessitando sempre de modernização. A questão técnico-jurídica quanto à melhor configuração das garantias da Constituição pode ser respondida de maneiras muito diferentes, considerando-se a particularidade de cada Constituição e a divisão do poder político.⁹⁰

No caso do Brasil, ficou difícil para o Supremo cumprir sua missão constitucional sem a utilização de filtro recursal. A limitação ou escolha das causas que serão julgadas pela Suprema Corte é uma das formas mais comuns de se atingir o propósito de controle numérico de suas atividades.⁹¹ O resultado esperado é a ocorrência de julgamentos mais elaborados, com maior visibilidade, fomentando o debate democrático e fortalecendo o papel desempenhado pela corte. É importante que o Supremo fuja de milhares de julgamentos, da repetição mecânica de

⁸⁸ Exposição de Motivos Nº 204, de 15 de dezembro de 2004-MJ/PR.

⁸⁹ Art. 5º, inc. LXXVIII, da Constituição Federal de 1988.

⁹⁰ KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**, 2 ed., São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 239.

⁹¹ Segue parte da manifestação da Ministra Ellen Gracie quando da apreciação da Repercussão Geral no RE 584.608: “Em face de um preocupante crescimento do já há muito desumano volume de recursos extraordinários interpostos, a Emenda Constitucional 45/2005 trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro um novo requisito para a admissibilidade desses recursos. Para que esta Corte não fosse mais obrigada a se manifestar centenas de vezes sobre uma mesma matéria - expediente que, em última análise, causou, por anos a fio, prejuízos irreparáveis aos próprios jurisdicionados - a Repercussão Geral possibilitou, após a inclusão do feito no Plenário Virtual, tanto o sobrestamento dos demais processos que versem sobre aquele tema, como a aplicação, pelos tribunais *a quo*, da decisão do Supremo Tribunal Federal aos demais recursos.”

resultados, e se dedique a fixar teses que serão aplicadas de forma homogênea aos casos similares.⁹²

A diminuição de acesso aos tribunais superiores é tendência mundial. A crise de nossa Corte Suprema foi a mais importante de todas as justificativas políticas para a modificação constitucional que introduziu a Repercussão Geral como requisito do Recurso Extraordinário.⁹³ A melhor alocação de recursos econômicos no âmbito do Judiciário, com vínculo à ideia de solução mais racional, ainda que limitadora do direito de ação, não é novidade na doutrina:

...outro tipo de exemplo no conhecido argumento de que certos tipos de ação judicial não deveriam ser permitidos, porque isso equivaleria a sobrecarregar os tribunais com litígios. O tribunal supõe que, se fosse permitido tal tipo de ação judicial, não lhe restaria tempo suficiente para examinar, com a devida rapidez, outras ações voltadas para a defesa de direitos que, tomados em conjunto, são mais importantes que os direitos que, por essa razão, ele se propõe a bloquear⁹⁴.

A objetivação do Recurso Extraordinário já havia sido defendida pelo ministro Gilmar Ferreira Mendes, como registrado no julgamento do RE 556.664/RS⁹⁵. A existência de causas repetitivas reforçou ainda mais tal necessidade, tendo o ministro Gilmar Mendes também registrado, no julgamento do RE 760.358⁹⁶, que o Supremo deveria se dedicar mais aos casos mais importantes.

Assim sendo, vê-se que o Recurso Extraordinário, a partir de sua necessária Repercussão Geral, assume nova envergadura, atraindo para o Supremo maior responsabilidade em sua análise, por conta da irradiação dos efeitos do julgamento do caso concreto às causas idênticas.

1.2.4 Do regramento da Repercussão Geral – CF, CPC e RISTF

⁹² BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 116.

⁹³ DANTAS, Bruno. **Repercussão Geral**. São Paulo: RT, 2012.

⁹⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. P. 157.

⁹⁵ Gilmar Mendes sobre o Recurso Extraordinário: “Esse instrumento deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa do interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva”, e ainda: “Nesse sentido, destaca-se a observação de Häberle segundo a qual “a função da Constituição na proteção dos direitos individuais (subjetivos) é apenas uma faceta do recurso de amparo”, dotado de uma “dupla função”, subjetiva e objetiva, “consistindo essa última em assegurar o Direito Constitucional objetivo (Peter Häberle, O recurso de amparo no sistema germânico, sub judice 20/21, 2001, p. 33)”

⁹⁶ RE 760.358 – STF, onde consta o registro de que: “Houve uma opção política na reforma constitucional. Temos que assumir definitivamente a função de Corte Constitucional e abandonar a função de Corte de Revisão” E, mais adiante, “Desde que demos aplicação a este novo modelo, tivemos a oportunidade de julgar, em Plenário, questões constitucionais de relevância ímpar, porque se alargou nosso tempo de dedicação aos aspectos de grande complexidade e de alta indagação que as cercavam e que as distanciavam da pauta”.

Como consta do texto inserido pela Emenda 45/2004⁹⁷, coube à lei regulamentar em que consistiriam as questões constitucionais sobre as quais deveria ser demonstrada a presença de Repercussão Geral, o que foi feito pelo Código de Processo Civil. Diante do fato de que a Repercussão Geral é aplicável a todos os ramos do direito, eleitoral, tributário, penal, entre outros, para alguns, sua inserção no Código de Processo Civil não representou a melhor técnica legislativa.⁹⁸

A Repercussão Geral deve referir-se a questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa, que é quando o resultado do julgamento do recurso produzir efeitos pan-processuais, ou seja, seu resultado valerá para além das partes envolvidas no processo.⁹⁹

A regulamentação¹⁰⁰ limitou expressamente o envio de processos ao Supremo pois, quando negada a existência da Repercussão Geral, a decisão valerá para

⁹⁷ Seção II - DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

III - julgar, mediante Recurso Extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar 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. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 3º No Recurso Extraordinário o recorrente deverá demonstrar a Repercussão Geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

⁹⁸ DANTAS, Bruno. **Repercussão Geral**. São Paulo: Editora RT, 2012. p. 291.

⁹⁹ FERRAZ, Taís Schilling. **“Repercussão Geral – muito mais que um pressuposto de admissibilidade”**. in **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário. Estudos em homenagem à Ministra Ellen Gracie**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2011. p. 86.

¹⁰⁰ Arts. 543-A e 543-B com redação dada pela Lei nº 11.418, de 2006: Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecurável, não conhecerá do Recurso Extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer Repercussão Geral, nos termos deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006). § 1º Para efeito da Repercussão Geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006). § 2º O recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da Repercussão Geral. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006). § 3º Haverá Repercussão Geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006). § 4º Se a Turma decidir pela existência da Repercussão Geral por, no mínimo, 4 (quatro) votos, ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006). § 5º Negada a existência da Repercussão Geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006). § 6º O Relator poderá admitir, na análise da Repercussão Geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006). § 7º A Súmula da decisão sobre a Repercussão Geral constará de ata, que será publicada no Diário Oficial e valerá como acórdão. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006). Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da Repercussão Geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006). § 1º Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006). § 2º Negada a existência de Repercussão Geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006). § 3º Julgado o mérito do Recurso Extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006). § 4º Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal,

todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão liminarmente indeferidos. Assim, o resultado de um único recurso é capaz de fazer com que essa decisão repercuta em diversos, ou até mesmo milhares de processos, desde que o objeto seja idêntico. Por conta disso é que a reforma trouxe clara possibilidade de manifestação de terceiros, como *amicus curiae*, no julgamento.

A lei delegou parte da regulamentação ao Regimento Interno do Supremo, a quem coube reger os pormenores do instituto. A regulamentação mínima da matéria foi opção do legislador e a delegação ao Supremo foi objeto de algumas críticas, inclusive sobre sua constitucionalidade, pois compete à União legislar sobre direito processual e sobre procedimentos de matéria processual.¹⁰¹ A competência legislativa dos tribunais é limitada, permitindo aos mesmos “elaborar seus regimentos internos” e dispor “sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais”.¹⁰²

Devido à delegação, o regimento interno do Supremo passou por diversas reformas e adaptações para implementar a aplicação do instituto.¹⁰³ O regramento do Recurso Extraordinário e da Repercussão Geral no regimento interno do Supremo estão inseridos no art. 321 e seguintes.¹⁰⁴ Uma das consequências das alterações

nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006). § 5º O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal disporá sobre as atribuições dos Ministros, das Turmas e de outros órgãos, na análise da Repercussão Geral. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).”

¹⁰¹ Arts. 22, I e 24, XI da CF/88.

¹⁰² Alínea “a”, do inc. I do art. 96 da CF/88.

¹⁰³ Emendas Regimentais 22-2007, 23-2008, 24-2008, 27-2008, 31-2009, 41-2010, 42/2010 e 47/2012.

¹⁰⁴ Capítulo V - DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Art. 321. O Recurso Extraordinário para o Tribunal será interposto no prazo estabelecido na lei processual pertinente, com indicação do dispositivo que o autorize, dentre os casos previstos nos artigos 102, III, a, b, c, e 121, § 3º, da Constituição Federal. § 1º Se na causa tiverem sido vencidos autor e réu, qualquer deles poderá aderir ao recurso da outra parte nos termos da lei processual civil. § 2º Aplicam-se ao recurso adesivo as normas de admissibilidade, preparo e julgamento do Recurso Extraordinário, não sendo processado ou conhecido, quando houver desistência do recurso principal, ou for este declarado inadmissível ou deserto. § 3º Se o Recurso Extraordinário for admitido pelo Tribunal ou pelo Relator do agravo de instrumento, o recorrido poderá interpor recurso adesivo juntamente com a apresentação de suas contra-razões. § 4º O Recurso Extraordinário não tem efeito suspensivo. § 5º Ao Recurso Extraordinário interposto no âmbito dos Juizados Especiais Federais, instituídos pela Lei n. 10.259, de 12 de julho de 2001, aplicam-se as seguintes regras: I – verificada a plausibilidade do direito invocado e havendo fundado receio da ocorrência de dano de difícil reparação, em especial quando a decisão recorrida contrariar Súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, poderá o Relator conceder, de ofício ou a requerimento do interessado, ad referendum do Plenário, medida liminar para determinar o sobrestamento, na origem, dos processos nos quais a controvérsia esteja estabelecida, até o pronunciamento desta Corte sobre a matéria; II – o Relator, se entender necessário, solicitará informações ao Presidente da Turma Recursal ou ao Coordenador da Turma de uniformização, que serão prestadas no prazo de 05 (cinco) dias; III – eventuais interessados, ainda que não sejam partes no processo, poderão manifestar-se no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da publicação da decisão concessiva da medida cautelar prevista no inciso I deste § 5º; IV – o Relator abrirá vista dos autos ao Ministério Público Federal, que deverá pronunciar-se no prazo de 05 (cinco) dias; V – recebido o parecer do Ministério Público Federal, o Relator lançará relatório, colocando-o à disposição dos demais Ministros, e incluirá o processo em pauta para julgamento, com preferência sobre todos os demais feitos, à exceção dos processos com réus presos, habeas-corpus e mandado de segurança; VI – eventuais recursos extraordinários que versem idêntica controvérsia constitucional, recebidos subseqüentemente em quaisquer Turmas Recursais ou de Uniformização, ficarão

sobrestados, aguardando-se o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal; VII – publicado o acórdão respectivo, em lugar especificamente destacado no Diário da Justiça da União, os recursos referidos no inciso anterior serão apreciados pelas Turmas Recursais ou de Uniformização, que poderão exercer o juízo de retratação ou declará-los prejudicados, se cuidarem de tese não acolhida pelo Supremo Tribunal Federal; VIII – o acórdão que julgar o Recurso Extraordinário conterà, se for o caso, Súmula sobre a questão constitucional controvertida, e dele será enviada cópia ao Superior Tribunal de Justiça e aos Tribunais Regionais Federais, para comunicação a todos os Juizados Especiais Federais e às Turmas Recursais e de Uniformização. Art. 322. O Tribunal recusará Recurso Extraordinário cuja questão constitucional não oferecer Repercussão Geral, nos termos deste capítulo. Parágrafo único. Para efeito da Repercussão Geral, será considerada a existência, ou não, de questões que, relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, ultrapassem os interesses subjetivos das partes. Art. 323. Quando não for caso de inadmissibilidade do recurso por outra razão, o(a) Relator(a) ou o Presidente submeterá, por meio eletrônico, aos demais ministros, cópia de sua manifestação sobre a existência, ou não, de Repercussão Geral. § 1º Nos processos em que o Presidente atuar como relator, sendo reconhecida a existência de Repercussão Geral, seguir-se-á livre distribuição para o julgamento de mérito. § 2º Tal procedimento não terá lugar, quando o recurso versar questão cuja repercussão já houver sido reconhecida pelo Tribunal, ou quando impugnar decisão contrária a súmula ou a jurisprudência dominante, casos em que se presume a existência de Repercussão Geral.

§ 3º Mediante decisão irrecorrível, poderá o(a) Relator(a) admitir de ofício ou a requerimento, em prazo que fixar, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, sobre a questão da Repercussão Geral. Art. 323-A. O julgamento de mérito de questões com Repercussão Geral, nos casos de reafirmação de jurisprudência dominante da Corte, também poderá ser realizado por meio eletrônico. Art. 324. Recebida a manifestação do(a) Relator(a), os demais Ministros encaminhar-lhe-ão, também por meio eletrônico, no prazo comum de 20 (vinte) dias, manifestação sobre a questão da Repercussão Geral. § 1º Decorrido o prazo sem manifestações suficientes para recusa do recurso, reputar-se-á existente a Repercussão Geral. § 2º Não incide o disposto no parágrafo anterior quando o Relator declare que a matéria é infraconstitucional, caso em que a ausência de pronunciamento no prazo será considerada como manifestação de inexistência de Repercussão Geral, autorizando a aplicação do art. 543-A, § 5º, do Código de Processo Civil. § 3º O Recurso Extraordinário será redistribuído por exclusão do(a) Relator(a) e dos Ministros que expressamente o(a) acompanharam nos casos em que ficarem vencidos. Art. 325. O(A) Relator(a) juntará cópia das manifestações aos autos, quando não se tratar de processo informatizado, e, uma vez definida a existência da Repercussão Geral, julgará o recurso ou pedirá dia para seu julgamento, após vista ao Procurador-Geral, se necessária; negada a existência, formalizará e subscreverá decisão de recusa do recurso.

Parágrafo único. O teor da decisão preliminar sobre a existência da Repercussão Geral, que deve integrar a decisão monocrática ou o acórdão, constará sempre das publicações dos julgamentos no Diário Oficial, com menção clara à matéria do recurso. Art. 325-A. Reconhecida a Repercussão Geral, serão distribuídos ou redistribuídos ao relator do recurso paradigma, por prevenção, os processos relacionados ao mesmo tema. Art. 326. Toda decisão de inexistência de Repercussão Geral é irrecorrível e, valendo para todos os recursos sobre questão idêntica, deve ser comunicada, pelo(a) Relator(a), à Presidência do Tribunal, para os fins do artigo subsequente e do artigo 329. Art. 327. A Presidência do Tribunal recusará recursos que não apresentem preliminar formal e fundamentada de Repercussão Geral, bem como aqueles cuja matéria carecer de Repercussão Geral, segundo precedente do Tribunal, salvo se a tese tiver sido revista ou estiver em procedimento de revisão. § 1º Igual competência exercerá o(a) Relator(a) sorteado(a), quando o recurso não tiver sido liminarmente recusado pela Presidência. § 2º Da decisão que recusar recurso, nos termos deste artigo, caberá agravo. Art. 328. Protocolado ou distribuído recurso cuja questão for suscetível de reproduzir-se em múltiplos feitos, a Presidência do Tribunal ou o(a) Relator(a), de ofício ou a requerimento da parte interessada, comunicará o fato aos tribunais ou turmas de juizado especial, a fim de que observem o disposto no art. 543-B do Código de Processo Civil, podendo pedir-lhes informações, que deverão ser prestadas em 5 (cinco) dias, e sobrestar todas as demais causas com questão idêntica. Parágrafo único. Quando se verificar subida ou distribuição de múltiplos recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a Presidência do Tribunal ou o(a) Relator(a) selecionará um ou mais representativos da questão e determinará a devolução dos demais aos tribunais ou turmas de juizado especial de origem, para aplicação dos parágrafos do art. 543-B do Código de Processo Civil.

Art. 328-A. Nos casos previstos no art. 543-B, caput, do Código de Processo Civil, o Tribunal de origem não emitirá juízo de admissibilidade sobre os recursos extraordinários já sobrestados, nem sobre os que venham a ser interpostos, até que o Supremo Tribunal Federal decida os que tenham sido selecionados nos termos do § 1º daquele artigo. § 1º Nos casos anteriores, o Tribunal de origem sobrestará os agravados de instrumento contra decisões que não tenham admitido os recursos extraordinários, julgando-os prejudicados nas hipóteses do art. 543-B, § 2º, e, quando coincidente o teor dos julgamentos, § 3º. § 2º Julgado o mérito do Recurso Extraordinário em sentido contrário ao dos acórdãos recorridos, o Tribunal de origem remeterá ao Supremo Tribunal Federal os agravos em que não se retratar. Art. 329. A Presidência do Tribunal promoverá ampla e específica divulgação do teor das decisões sobre Repercussão Geral, bem como formação e atualização de banco eletrônico de dados a respeito."

regimentais foi dar mais poder ao Presidente da corte, que pode negar seguimento aos recursos manifestamente inadmissíveis, antes mesmo da distribuição dos autos.¹⁰⁵

O regimento introduziu novo instrumento para a apreciação da repercussão, que é o chamado Plenário Virtual, cuja análise ocorre por via eletrônica, na qual o ministro-relator, caso não tenha negado seguimento ao recurso por outros motivos, deve disponibilizar sua manifestação aos demais pares. O procedimento virtual de análise da repercussão sofreu algumas críticas, entendendo que tal procedimento, ainda que valorize a rápida solução da lide, estaria a violar a plenitude da ampla-defesa e do contraditório.¹⁰⁶

Não obstante, uma vantagem do plenário virtual é que o mesmo não depende da abarrotada pauta do Tribunal. O trâmite eletrônico dado à análise da Repercussão Geral foi inédito no Brasil. Para que seja reconhecida sua presença, basta que quatro dos 11 ministros assim se manifestem. Nos termos da previsão contida no regimento interno¹⁰⁷, na hipótese de não manifestação em sentido contrário no prazo de 20 dias após a disponibilização do voto do relator, a conclusão será de que há Repercussão Geral na matéria. Assim, pode-se inferir que a regra é da presença da Repercussão Geral, seja pelo quorum de 2/3 exigido para sua recusa, seja pelo fato de que a recusa deve ser expressa e a aceitação pode ser tácita.

A publicidade é obrigatória para os casos de Repercussão Geral,¹⁰⁸ mormente pelo fato de que suas decisões produzirão efeitos em diversos outros processos que tratem da mesma controvérsia. Não obstante todo o regramento constitucional, da legislação federal (CPC) e do regimento interno do Supremo, nem todas as questões foram expressamente solucionadas. Algumas soluções foram dadas por meio de questões de ordem, ocorridas quando do julgamento de recursos. Foi exatamente assim que se decidiu a partir de quando se daria a exigência formal da preliminar de Repercussão Geral para admissão do Recurso Extraordinário.¹⁰⁹ Outra questão de ordem que teve importante papel na regulamentação da Repercussão Geral ocorreu

¹⁰⁵ Art. 13, inc. V, alínea “c” do RISTF.

¹⁰⁶ DANTAS, Bruno. **Repercussão Geral**. São Paulo: RT, 2012. p. 300.

¹⁰⁷ Art. 324, § 1º do RISTF.

¹⁰⁸ Art. 325 do RISTF

¹⁰⁹ A data foi 3 de maio de 2007, que foi a data da publicação da Emenda Regimental nº 21 do STF, conforme decidido na Questão de Ordem do Agravo de Instrumento nº 664.567/STF.

no julgamento do RE 579.431¹¹⁰, quando o tribunal entendeu por bem adotar procedimento especial para que o presidente suscite questão de ordem e leve o processo ao plenário antes mesmo de sua distribuição ao relator, na hipótese do julgado recorrido ser contrário à súmula ou jurisprudência dominante do tribunal.

A questão de ordem tratada no RE 559.994 regulamentou que o voto divergente na apreciação da repercussão sempre deve ser fundamentado.¹¹¹ Referida questão de ordem garantiu conformidade da decisão denegatória da Repercussão Geral à previsão contida no inciso IX do art. 93 da CF/88, de que toda decisão deve ser fundamentada. Outro ponto importante a ser destacado na apreciação da repercussão é a formalização da presença do *amicus curiae*, quando o relator poderá admitir, na análise da Repercussão Geral, a manifestação de terceiros.¹¹² A participação do *amicus curiae* assegura o caráter dialógico do processo, em que a manifestação de entidades da sociedade civil serve para democratizar as decisões dos órgãos jurisdicionais e, assim, garantir sua legitimidade, ampliando os partícipes no processo de interpretação constitucional. É, também, uma forma de participação das potências públicas no seio da interpretação constitucional, transformando o processo em participação democrática.¹¹³

Esta é a regulamentação legislativa do instituto da Repercussão Geral, desde sua regência constitucional até os preceitos contidos no regimento interno do Supremo, bem como nas questões de ordem que regulamentam, em específico, alguns pontos da análise da presença ou ausência da repercussão nos casos concretos.

¹¹⁰ STF – RE-QO 579.431/RS, Pleno, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 13.08.2008.

¹¹¹ STF – RE-QO 559.994/RS, Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 06.04.2009: “Decisão: O Tribunal, resolvendo questão de ordem, aprovou proposta do Presidente, Ministro Gilmar Mendes, no sentido de que o primeiro ministro que divergir, no julgamento do Plenário Virtual, produza desde logo, via sistema, os seus fundamentos. Em seguida, determinou o encaminhamento do presente Recurso Extraordinário ao Senhor Ministro Menezes Direito, para os fins propostos na questão de ordem, e julgou prejudicado o pedido de reconsideração. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Celso de Mello e Joaquim Barbosa. Plenário, 26.03.2009.”

¹¹² Art. 543-A, parágrafo 6º, do CPC.

¹¹³ HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição.** Porto Alegre. Sergio Antônio Fabris Editor, 2002. p. 13 e 48.

CAPÍTULO 2 – A DISCRICÃO JUDICIAL E OS ELEMENTOS DE CONTROLE NUMÉRICO DE PROCESSOS NAS SUPREMAS CORTES ARGENTINA E NORTE AMERICANA.

2.1 A experiência de filtros recursais na Argentina e Estados Unidos.

Como mencionado no início deste trabalho, não é privilégio da jurisdição brasileira o crescente acesso ao Judiciário, o aumento no número de demandas e a consequente asfixia dos tribunais de cúpula, pelo que registraremos, sucintamente, os sistemas adotados na Argentina e nos Estados Unidos.

No Brasil, entre a extinção da arguição de relevância e antes do advento da Repercussão Geral, o Supremo Tribunal Federal, já assoberbado, adotou postura defensiva, criando mecanismos processuais para a redução numérica de seus julgamentos ou, ao menos, sua simplificação.¹¹⁴ Dentre estes institutos destacam-se o prequestionamento (Súmulas 282¹¹⁵ e 356¹¹⁶), cuja ausência impede o conhecimento do recurso, a não admissão de extraordinário por ofensa reflexa ao princípio da legalidade (Súmula 636¹¹⁷), o não cabimento de Recurso Extraordinário contra acórdão que analisa pleito liminar (Súmula 735¹¹⁸) e, ainda, o não cabimento de Recurso Extraordinário contra decisão proferida no processamento de precatórios (Súmula 733¹¹⁹).¹²⁰ As súmulas defensivas não são novidades recentes, como se infere da súmula 400¹²¹, da década de 60, que entendia que, em caso de razoável interpretação da lei federal, não seria cabível o Recurso Extraordinário. Tais tentativas não foram capazes de impedir a avassaladora invasão de processos que chegava às cortes superiores, principalmente ao Supremo Tribunal Federal.

¹¹⁴ VIANA, Ulisses Schwarz. **Repercussão Geral sob a ótica da teoria dos sistemas de Niklas Luhman**. São Paulo. Saraiva, 2010. p. 2.

¹¹⁵ Súmula 282: “É inadmissível o Recurso Extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.”

¹¹⁶ Súmula 356: “O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de Recurso Extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.”

¹¹⁷ Súmula 636: “Não cabe Recurso Extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida.”

¹¹⁸ Súmula 735 “Não cabe Recurso Extraordinário contra acórdão que defere medida liminar.”

¹¹⁹ Súmula 733: “Não cabe Recurso Extraordinário contra decisão proferida no processamento de precatórios.”

¹²⁰ VIANA, Ulisses Schwarz. **Repercussão Geral sob a ótica da teoria dos sistemas de Niklas Luhman**. São Paulo. Saraiva, 2010. p. 4.

¹²¹ Súmula 400: Decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza Recurso Extraordinário pela letra “a” do art. 101, III, da Constituição Federal.

Mais recentemente, após a criação da Repercussão Geral, o Supremo vem dando sinais da relativização de sua jurisprudência defensiva, como ocorreu no julgamento da Ação Rescisória 1.668/RJ¹²², quando o ministro Cezar Peluso assinalou que a interposição prematura, antes do início do prazo, não impede, por si só, o recebimento do recurso. Outro precedente sobre a relativização da jurisprudência defensiva foi o acórdão proferido no AgRgRE 626.358-MG¹²³ quando o Supremo admitiu que a tempestividade do Recurso Extraordinário, por conta de feriado local, fosse comprovada no âmbito de agravo regimental e não quando da interposição do recurso. A jurisprudência defensiva não foi capaz de conter o número de recursos que chegava ao Supremo, atraindo a necessidade de filtro recursal formal.

O mesmo já ocorreu em outros países, com o intuito de limitar o número de processos que chega à Corte Suprema, onde existem institutos similares à Repercussão Geral, como ocorre na Inglaterra, Canadá, Austrália, Japão e Argentina.¹²⁴ Em seguida abordaremos brevemente a experiência argentina.

2.2 A experiência argentina da *gravedad institucional*

Na Argentina, assim como no Brasil, o modelo adotado para o Recurso Extraordinário também tinha bases no *Judiciary Act* dos Estados Unidos, além de influência espanhola.¹²⁵

Já na década de 50, a Suprema Corte argentina vivenciou crise numérica, “*vino a encontrar agravio federal allí donde antes, a su legal entender, no lo había*”. Tanto a doutrina quanto a jurisprudência haviam se encarregado de “*ofrecer una clasificación de las diversas e incontables causales de arbitrariedad*”. Diversas decisões consideradas arbitrárias, exaradas pelos tribunais regionais, aumentavam o número de recursos para a Suprema Corte, que corria o risco de “*desnaturalizar su función*” e converter o tribunal em “*una nueva instancia ordinaria de todos los pleitos que se tramiten ante los tribunales del país*”.¹²⁶

¹²² STF – AR 1.668/RJ, Pleno, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 14.10.2009.

¹²³ STF – AgRgRE 626.358/MG, Plenário, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ de 22.03.2012.

¹²⁴ DANTAS, Bruno. **Repercussão Geral**. São Paulo: RT, 2012. Pag. 134.

¹²⁵ DANTAS, Bruno. **Repercussão Geral**. São Paulo: RT, 2012. Pag. 123.

¹²⁶ SPOTA, Alberto Antônio. “**Recurso Extraordinário federal y arbitrariedad de sentencia**”. in **Derecho Procesal Constitucional**. Pablo Luiz Manili (coordinador) Buenos Aires: Editorial Universidad. p. 373/374.

Vemos aí clara preocupação com o destino das atribuições e verdadeiras funções da Corte Suprema argentina devido ao elevado número de processos que se via obrigada a apreciar. Foi nesse contexto que a Argentina alterou, em 1990, o artigo 280 do Código de Processo Civil e Comercial, pela Lei nº 23.774. Referida inovação processual deu à Corte a discricionariedade para conhecer ou não de Recurso Extraordinário, em sentido muito semelhante ao que ocorre com a Suprema Corte americana quando aprecia o *writ of certiorari*.¹²⁷

O Código de Processo Civil argentino exige que o Recurso Extraordinário, para ser admitido, tenha efeitos transcendentais, o que dá a ideia de que o resultado de seu julgamento irá produzir efeitos para além das partes envolvidas no processo específico. Junto com essa alteração normativa, veio a preocupação do poder que passou a ter a Corte Suprema argentina. O requisito da *gravedad institucional*, criação jurisprudencial, passou a ser requisito formal do Recurso Extraordinário e não teria, em sua aplicação, a segurança objetiva desejada, sendo uma “*verdadera metamorfosis nominal*” e “*dicha ambigüedad trasciende em la falta de um critério unívoco em la conceptualización de la noción de gravedad institucional*”.¹²⁸

¹²⁷ <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/175/texact.htm>. Acesso em 17/02/2013: “CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION - Ley Nº 23.774 - Ampliase el número de jueces que la integran. Sustitúyense los artículos 280 y 285 del Código Procesal Civil y Comercial. Sancionada: Abril 5 de 1990 - Promulgada: Abril 11 de 1990

ARTICULO 1º.- (Artículo derogado por art. 1º de la Ley Nº 26.183 B.O. 18/12/2006)

ARTICULO 2º.- Sustitúyense los artículos 280 y 285 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, por los siguientes:

"Artículo 280.- LLAMAMIENTO DE AUTOS. RECHAZO DEL RECURSO EXTRAORDINARIO. MEMORIALES EN EL RECURSO ORDINARIO.

Cuando la Corte Suprema conociere por recurso extraordinario, la recepción de la causa implicará el llamamiento de autos.

La Corte, según su sana discreción, y con la sola invocación de esta norma, podrá rechazar el recurso extraordinario, por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia.

Si se tratare del recurso ordinario del art. 254, recibido el expediente será puesto en secretaría, notificándose la providencia que así lo ordene personalmente o por cédula. El apelante deberá presentar memorial dentro del término de diez (10) días, del que se dará traslado a la otra parte por el mismo plazo. La falta de presentación del memorial o su insuficiencia traerá aparejada la deserción del recurso. Contestado el traslado o transcurrido el plazo para hacerlo se llamará autos.

En ningún caso se admitirá la apertura a prueba ni la alegación de hechos nuevos".

"Artículo 285.- QUEJA POR DENEGACION DE RECURSOS ANTE LA CORTE SUPREMA. Cuando se dedujere queja por denegación de recursos ante la Corte Suprema, la presentación, debidamente fundada, deberá efectuarse en el plazo que establece el segundo párrafo del art. 282.

La Corte podrá desestimar la queja sin más trámite, exigir la presentación de copias o, si fuere necesaria, la remisión del expediente. Si la queja fuere por denegación del recurso extraordinario, la Corte podrá rechazar este recurso en los supuestos y forma previstos en el artículo 280, párrafo segundo. Si la queja fuere declarada procedente y se revocare la sentencia, será de aplicación el artículo 16 de la Ley Nº 48. Mientras la Corte no haga lugar a la queja no se suspenderá el curso del proceso".

ARTICULO 3º.- Los gastos que ocasione el cumplimiento de la presente ley se imputarán a Rentas Generales, hasta tanto sean incluidos en el Presupuesto de la Nación. ARTICULO 4º.- Comuníquese al Poder Ejecutivo Nacional.- ALBERTO R. PIERRI. – EDUARDO A. DUHALDE. – Esther H. Pereyra Arandía de Perez Pardo.- Mario D. Fassi. Dada en la sala de sesiones del congreso argentino, en Buenos Aires, a los cinco días del mes de aril del año mil novecientos noventa

¹²⁸ SAGUES, María Cristina. “**Recurso Extraordinário federal y gravedad institucional**”. in **Derecho Procesal Constitucional**. Pablo Luiz Manili (coordinador) Buenos Aires: Editorial Universidad. p. 386/387.

O subjetivismo inerente ao termo *gravedad institucional* trouxe discussões sobre seu campo de atuação. Se incidiria em casos como a afetação dos poderes da República, da consciência da comunidade e também com base no critério da “*repercusión de la causa em virtud de aspectos cuantitativos: numero de sujetos afectados*”. Vemos aí a semelhança desses requisitos com a nossa Repercussão Geral, mormente quando se identifica que “*no puede negarse la relación del concepto de transcendencia com el de gravedad institucional.*” Em trecho de precedente da Suprema Corte restou consignado que “*El art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de La Nación constituye una herramienta de selección dirigida a que La Corte posea um marco adjetivo que le haga posible um acabado y concentrado desarrollo de su papel institucional*”, em clara preocupação com a operacionalidade da Corte Suprema argentina em relação ao menor número de processos que ali aportariam por meio da ferramenta de seleção dos casos.¹²⁹

Asseverando a similitude entre o instituto argentino e o sistema americano, há doutrina afirmando que “*La ley 23.774 instrumentó el writ of certiorari argentino, dejando en manos de La Corte Suprema la facultad discrecional de rechazar – con la simple invocación del art. 280 del Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación – aquellos recursos extraordinarios “carentes de transcendencia”*”.¹³⁰ Tentando entender a razão pela qual a Argentina optou por essa opção legislativa temos “*El argumento dado para legitimar tales fórmulas-tipo há sido la necesidad de adaptar el número de causas a resolver por la Corte a las posibilidades materiales de trabajo de esta*”, registrando, em seguida, que a Corte argentina julgava um caso a cada 18 minutos, em clara inviabilização de exercício jurisdicional sereno e com qualidade.¹³¹

Na Argentina teria *gravedad institucional* e transcendência um processo que gerasse comoção social, que tivesse “*notoriedad y difusión de um asunto que conmovió a la opinión pública*”.¹³² No Brasil, pelo menos formalmente, como já demonstrado, a comoção social ou a opinião pública ainda não são capazes ensejar a presença da repercussão em determinado Recurso Extraordinário. A preocupação com a aceitação ou repulsa da comunidade em relação à decisão, inclusive com

¹²⁹ SAGUES, Maria Cristina. “**Recurso Extraordinário federal y gravedad institucional**”. in **Derecho Procesal Constitucional. Pablo Luiz Manili** (coordinador) Buenos Aires: Editorial Universidad. p. 390 e seguintes.

¹³⁰ SAGUES, Néstor Pedro. **Derecho Procesal Constitucional - Recurso extraordinario**. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2002, p. 283.

¹³¹ SAGUES, Néstor Pedro. **Derecho Procesal Constitucional - Recurso extraordinario**. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2002, p. 434.

¹³² SAGUES, Néstor Pedro. **Derecho Procesal Constitucional - Recurso extraordinario**. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2002, p. 291.

avaliação das expectativas jurídicas da comunidade, é preocupação da escola estrutural-funcionalista, que será analisada mais adiante.¹³³

Como toda alteração legislativa, houve resistência à discricionariedade dada à Suprema Corte argentina, inclusive por parte de advogados. Alguns entenderam que sofreriam com a redução de uma instância em seus processos. A constitucionalidade da norma foi objeto de debate, inclusive por causa da possível violação ao princípio da igualdade, pela possibilidade de “*dos casos similares sean atendidos de distinto modo*”.¹³⁴ Não obstante as ponderações, o instituto foi amplamente utilizado na Argentina, ainda que a doutrina exija que a Corte Suprema aplique a norma com “*sanidad*”, devendo estar vinculada às ideias de legitimidade, igualdade, segurança jurídica e estabilidade, não podendo seu uso ensejar decisões arbitrárias, discriminatórias e distantes da razoabilidade.¹³⁵ A Corte Suprema, por vezes, quantifica a presença da *gravedad institucional* como sendo suficiente ou insuficiente, dando a ideia de que, mesmo presente, não seria bastante para dar curso ao extraordinário.¹³⁶

A concessão de discricionariedade à Corte Suprema argentina ocorreu como um voto de confiança aos membros do Tribunal, com base em sua experiência, maturidade e alta responsabilidade, que teriam como reflexo um juízo objetivo e prudente. Alcançando seu objetivo, a introdução do *certiorari* reduziu drasticamente o número de processos na Corte Suprema argentina.¹³⁷

O registro da experiência argentina teve o intuito de demonstrar que a preocupação com o número de processos em curso nas cortes supremas não é exclusivamente brasileira. Da mesma forma, vimos que a solução argentina foi a outorga de forte discricionariedade à Suprema Corte, ao contrário do que ocorreu com a Repercussão Geral, cujos parâmetros, ainda que de textura aberta¹³⁸, não outorgam forte discricionariedade ao Supremo Tribunal Federal.

2.3 A experiência norte americana do *writ of certiorari*.

¹³³ QUEIROZ, Cristina. *Interpretação Constitucional e Poder Judicial – Sobre a epistemologia da construção constitucional*. Coimbra: Editora Coimbra, 2000. p. 148.

¹³⁴ SAGUES, Néstor Pedro. *Derecho Procesal Constitucional - Recurso extraordinario*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2002, p. 435.

¹³⁵ SAGUES, Néstor Pedro. *Derecho Procesal Constitucional - Recurso extraordinario*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2002, p. 304.

¹³⁶ SAGUES, Maria Cristina. “*Recurso Extraordinário federal y gravedad institucional*”. in *Derecho Procesal Constitucional*. Pablo Luiz Manili (coordinador) Buenos Aires: Editorial Universidad. p. 407.

¹³⁷ DANTAS, Bruno. *Repercussão Geral*. São Paulo: RT, 2012. p. 98 e 125.

Como registrado no início deste trabalho, é marcante a influência do Direito norte americano em nosso sistema, e não há como abordar o instituto da Repercussão Geral sem traçar seu paralelo com o *writ of certiorari* americano. A Constituição norte-americana, de 1787, Carta mais antiga do mundo, criou apenas a Suprema Corte e reservou para o Congresso a estruturação do judiciário federal.¹³⁹ Referida estruturação foi realizada pelo *Judiciary Act, de 1789*, e, posteriormente, por meio do *Act of Congress, de 1891*, regulamentou-se a jurisdição revisional.¹⁴⁰ A experiência republicana e federativa dos Estados Unidos faz com que o cidadão americano tenha respeito e um sentimento de segurança na instituição da Suprema Corte. Sua competência básica é perpetuar o federalismo e garantir bom relacionamento jurídico entre o governo federal e os governos estaduais.¹⁴¹

O paralelo da Repercussão Geral com o *certiorari* norte americano merece destaque, visto que é de origem norte americana a concepção de filtro recursal para o acesso à Suprema Corte, que tem competência originária e recursal, que é onde se insere o *writ of certiorari*, e o poder de seleção das causas que julga não acompanha a Suprema Corte americana desde sua origem.¹⁴²

Tanto o Poder Judiciário brasileiro como o norte-americano exercem o controle de constitucionalidade das leis (*judicial review*), podendo deixar de aplicar um dispositivo legal que repute contrário à Constituição, declarando sua inconstitucionalidade. Como diferença, nos Estados Unidos não existe o controle direto, concentrado, de constitucionalidade.¹⁴³ A Suprema Corte americana é composta por nove ministros (*Justices*) indicados pela Presidência da República, com a necessária aprovação do Senado. Aproximadamente, 7 mil processos chegam a ela à por ano mas somente cerca de 150 são julgados, como consequência da aplicação da completa discricionariedade que possui para apreciar as causas que chegam por meio de *certiorari*.¹⁴⁴

¹³⁸ HART, Herbert. **O conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 164.

¹³⁹ Artigo III, Seção 1, da Constituição Americana: "The Judicial Power of the United States, shall be vested in one Supreme Court, and in such inferior Courts as the Congress may from time to time ordain and establish.(...)"

¹⁴⁰ REIS, Maria do Carmo Guerrieri Saboya, in **Anotações sobre o Poder Judiciário americano**, Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 33 n. 129 jan./mar. 1996. p. 239.

¹⁴¹ REIS, Maria do Carmo Guerrieri Saboya, in **Anotações sobre o Poder Judiciário americano**, Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 33 n. 129 jan./mar. 1996. p. 240.

¹⁴² DANTAS, Bruno. **Repercussão Geral**. São Paulo: RT, 2012. p. 98.

¹⁴³ REIS, Maria do Carmo Guerrieri Saboya, in **Anotações sobre o Poder Judiciário americano**, Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 33 n. 129 jan./mar. 1996. P. 238.

¹⁴⁴ REIS, Maria do Carmo Guerrieri Saboya, in **Anotações sobre o Poder Judiciário americano**, Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 33 n. 129 jan./mar. 1996. p. 239.

Alguns autores afirmam que o *certiorari* teria surgido por meio do *judiciary act* de 1925.¹⁴⁵ No entanto, parte da doutrina reconhece que o *certiorari* já existia desde 1789, ainda que com outra roupagem.¹⁴⁶ Não obstante, é consenso que a *Judge's Bill*, aprovada em 1925, foi um passo definitivo em direção à feição que o *certiorari* tem hoje. O mentor dessa reforma foi o *Chief Justice* William Howard Taft, presidente da Suprema Corte em 1921, depois de ter sido presidente dos Estados Unidos entre 1908 e 1912. O fato é que, hoje, nos EUA, as partes não têm direito ao julgamento do recurso, e essa foi uma das intenções de Taft, garantindo à Suprema Corte a prerrogativa de escolher os casos que aprecia em sede de *writ of certiorari*. Foi a valorização do interesse social, amplo, em detrimento do direito da parte, específico.¹⁴⁷

A Lei de 1925 foi um marco na discricionariedade judicial da Suprema Corte e fez com que sua jurisdição ficasse limitada a quatro hipóteses, sendo que somente as duas primeiras eram obrigatórias: 1) *writ of error*; 2) *writ of appeal*; 3) *writ of certiorari* e 4) *certification of questions*. Apesar disso, em relação às hipóteses obrigatórias, houve redução nas possibilidades de seu cabimento, de modo que a competência recursal da Suprema Corte se concentrava no *writ of certiorari* e no *certification of questions*. Além das alterações legais efetuadas, Taft continuou seu movimento para que a Corte pudesse, diante de uma petição de *certiorari*, retirar dela somente as questões que entendesse merecedoras de exame. Tal ocorreu com a *limited grants of certiorari*, por meio de julgamento em 1928 e sacramentada por lei em 1988, com a aprovação da *Supreme Court Case Selection Act*.¹⁴⁸

2.3.1 Do procedimento do *certiorari*

A *petition* de *certiorari* deve ser proposta no prazo de 90 dias a contar da intimação do acórdão recorrido. A petição deve ter, no máximo, 30 páginas. O recorrido também junta suas alegações. A Corte admite *amicus curiae* para a oferta de memoriais.¹⁴⁹ A apreciação do *certiorari* é feita por meio da tradicional regra

¹⁴⁵ VIANA, Ulisses Schwarz. **Repercussão Geral sob a ótica da teoria dos sistemas de Niklas Luhman**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 34.

¹⁴⁶ DANTAS, Bruno. **Repercussão Geral**. São Paulo: RT, 2012. Pag. 100.

¹⁴⁷ PINTO, José Guilherme Berman Corrêa. **Repercussão Geral e Writ of Certiorari**. Dissertação de Mestrado. PUC-Rio Certificação Digital no. 04108004/CB. 2006. p. 35.

¹⁴⁸ DANTAS, Bruno. **Repercussão Geral**. São Paulo: RT, 2012. p. 103.

¹⁴⁹ Regra 13.1 da Suprema Corte Americana.

chamada de *rule of four* (regra dos quatro), que admite o *certiorari* a partir do voto de quatro ou mais ministros. Há outra regra costumeira, que é a do *join-three votes*, quando somente três juízes entendem por admitir o *certiorari* e que, em vez de sua denegação, os mesmos costumam ser acompanhados pelo presidente da Corte, como parte de um cavalheirismo. A decisão de admitir ou não o *certiorari* prescinde de fundamentação.¹⁵⁰

Em relação ao julgamento do *certiorari*, há uma análise prévia feita pelos assessores dos ministros, que ocorre no colegiado chamado *certiorari pool*, no qual se resume o processo e se apresentam os argumentos pela sua concessão ou denegação. Em seguida, os casos são levados à apreciação em reunião dos ministros, que analisarão os processos da lista de discussão (*discussion list*), já resultado do trabalho do *pool*. O presidente faz circular um rol no qual os demais ministros podem incluir qualquer caso que queiram discutir, que serão levados à apreciação da corte. Todos os processos que não constem da lista são considerados rejeitados, sem necessidade de qualquer justificativa.¹⁵¹

Diante da absoluta discricionariedade concedida na apreciação do *certiorari* e na ausência de regras mais comezinhas, o autor Perry Jr., H. W. já registrou que “*the decision process involved in granting certiorari in the U.S. Supreme Court remains somewhat of a mystery and is relatively unexplored*”¹⁵². Ainda que pautado pela discricionariedade, existem algumas regras que regulamentam o trabalho da corte. O *certiorari* é tratado pelas regras 10 a 16 do *Rules of Court* da Suprema Corte americana. Dentre estas destaca-se a *Rule 10*, que tenta fornecer parâmetros utilizados na admissão do *certiorari*.¹⁵³ Diante da completa discricionariedade da

¹⁵⁰ PINTO, José Guilherme Berman Corrêa. **Repercussão Geral e Writ of Certiorari**. Dissertação de Mestrado. PUC-Rio Certificação Digital no. 04108004/CB. 2006. p. 41.

¹⁵¹ DANTAS, Bruno. **Repercussão Geral**. São Paulo: RT, 2012. p. 106.

¹⁵² PERRY Jr., H. W. **Deciding to decide: agenda setting in the United States Supreme Court**. Cambridge: Harvard University, 1991. p. 26. Em tradução livre: “o processo de decisão que trata da admissão do *certiorari* na suprema corte americana continua sendo um mistério ainda pouco explorado”.

¹⁵³ Conforme <http://www.supremecourtus.gov/ctrules/2010RulesoftheCourt.pdf>, acesso em 08/04/2013 - 18:15h: “PART III. JURISDICTION ON WRIT OF CERTIORARI - Rule 10. Considerations Governing Review on Certiorari Review on a writ of certiorari is not a matter of right, but of judicial discretion. A petition for a writ of certiorari will be granted only for compelling reasons. The following, although neither controlling nor fully measuring the Court’s discretion, indicate the character of the reasons the Court considers:

(a) a United States court of appeals has entered a decision in conflict with the decision of another United States court of appeals on the same important matter; has decided an important federal question in a way that conflicts with a decision by a state court of last resort; or has so far departed from the accepted and usual course of judicial proceedings, or sanctioned such a departure by a lower court, as to call for an exercise of this Court’s supervisory power; (b) a state court of last resort has decided an important federal question in a way that conflicts with the decision of another state court of last resort or of a United States court of appeals; (c) a state court or a United States court of appeals has decided an important question of federal law that has not been, but should be, settled by this Court, or has decided an important federal question in a way that conflicts with relevant decisions

Corte Norte Americana, não é direito da parte ter seu recurso apreciado pelo órgão de cúpula. O recorrente, no intuito de ver seu recurso apreciado, deve invocar, além das *compelling reasons* (razões de extrema necessidade), também a relevância da *federal question* (questão federal), de forma semelhante à preliminar da Repercussão Geral.¹⁵⁴

No sistema da *common law*, adotado nos Estados Unidos, temos a figura do *stare decisis*, segundo o qual as decisões dos tribunais vinculam (*binding*) os juízes e tribunais inferiores dentro da mesma jurisdição.¹⁵⁵ Tal instituto se assemelha aos efeitos encontrados no Brasil para o sistema concentrado do controle de constitucionalidade, no qual temos o efeito vinculante e a eficácia *erga omnes*. Os precedentes constituem parte do conjunto de normas aplicadas nas cortes norte americanas, conhecido como *case law*, originado dos votos escritos proferidos pelas cortes superiores com efeito vinculante.¹⁵⁶

O *writ of certiorari* norte americano não é idêntico ao instituto da Repercussão Geral, mas guarda marcantes semelhanças. Dentre elas destaca-se que ambos funcionam como filtros recursais, valorizando as funções desempenhadas pelas cortes supremas.¹⁵⁷ A ideia de que a decisão adotada pelo Supremo em um julgamento com Repercussão Geral será replicada a todos os processos,¹⁵⁸ aproxima tal instituto do *stare decisis* americano.

of this Court. A petition for a writ of certiorari is rarely granted when the asserted error consists of erroneous factual findings or the misapplication of a properly stated rule of law.”

Em tradução livre deste autor, assim estaria a previsão da Rule 10: “A revisão por meio do *writ of certiorari* não é uma questão de direito, mas de discricionariedade judicial. Um petição de *writ of certiorari* somente terá curso por meio de razões convincentes. As seguintes, não representando controle nem medida da discricionariedade da corte, indicam características que são consideradas: (a) uma Corte de Apelação dos Estados Unidos tenha divergido de outra Corte de Apelação por conta de decisão conflitante sobre uma mesma matéria importante; tenha decidido uma importante questão federal de forma conflitante com decisão de corte estadual de última instância, ou tenha se afastado do comumente aceito como procedimento judicial, ou tenha ratificado um tal afastamento por uma corte inferior, que necessita do exercício do poder de revisão desta Corte; (b) uma corte estadual de última instância tenha decidido uma importante questão federal de forma conflitante com a decisão de outra corte estadual de última instância ou da corte de apelação dos Estados Unidos; (c) uma corte estadual ou uma corte de apelação dos Estados Unidos tenha decidido uma importante questão de direito federal que não tenha sido, mas deveria ser, resolvida por esta Corte, ou tenha decidido uma importante questão de direito federal de maneira conflitante com decisões relevantes desta Corte; Uma petição de *writ of certiorari* raramente é aceita quando o erro alegado consiste em uma apreciação errônea dos fatos ou na má aplicação de uma regra de direito.”

¹⁵⁴ Nos termos do parágrafo 2º do art. 543 do CPC

¹⁵⁵ VIANA, Ulisses Schwarz. **Repercussão Geral sob a ótica da teoria dos sistemas de Niklas Luhman**. São Paulo. Saraiva, 2010. p. 37.

¹⁵⁶ REIS, Maria do Carmo Guerrieri Saboya, in **Anotações sobre o Poder Judiciário americano**, Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 33 n. 129 jan./mar. 1996. p. 241.

¹⁵⁷ VIANA, Ulisses Schwarz. **Repercussão Geral sob a ótica da teoria dos sistemas de Niklas Luhman**. São Paulo. Saraiva, 2010. p. 38.

¹⁵⁸ Nos termos da precisão contida no Art. 543-B do CPC.

É indiscutível que o *writ of certiorari* é vinculado à discricionariedade, ao contrário da Repercussão Geral, que não se qualifica como sendo discricionária, tendo a lei dado os parâmetros pelos quais serão analisados seus pressupostos. No entanto, diante de sua abertura semântica, há doutrina que qualifica o instituto como discricionário, ainda que em menor medida, por conta de seus critérios balizadores (relevância política, econômica, social e jurídica).¹⁵⁹

Acreditamos que sempre foi, ainda é, e talvez sempre será, um grande desafio tentar antever o posicionamento da Suprema Corte norte americana quando da análise de um *writ of certiorari*, por conta de sua forte discricionariedade, restando a análise dos elementos que o circundam, inclusive humanos. Tal desafio foi enfrentado por pesquisadores americanos, que tentaram desenvolver técnicas de aferição da presença ou ausência de aptidão para que determinado *writ* fosse ou não admitido pela Corte americana, o que será objeto de análise específica no próximo capítulo deste trabalho.

2.3.2 Da identificação de critérios da Suprema Corte americana na apreciação do *writ of certiorari* - teoria do indício – *cue theory*

Diante da inexistência de critérios formais e da forte discricionariedade com que a Suprema Corte analisa os casos de *writ of certiorari*, a identificação de elementos minimamente objetivos despertou o interesse de estudiosos. Historicamente, a Corte já levou em conta a importância da matéria, a repercussão política, o interesse social e, até mesmo, a pressão pública.¹⁶⁰ A teoria do indício, *cue theory*, contribuiu para o desenvolvimento de pesquisas sobre o tema e nasceu de estudo desencadeado pelo cientista político Joseph Tanenhaus nos anos 50, que identificou indicativos associados à admissão do *certiorari*, entre os quais destacaram-se a União constar como autora, a divergência jurisprudencial e quando havia questão envolvendo liberdades civis.¹⁶¹

¹⁵⁹ VIANA, Ulisses Schwarz. **Repercussão Geral sob a ótica da teoria dos sistemas de Niklas Luhman**. São Paulo. Saraiva, 2010. p. 38.

¹⁶⁰ REIS, Maria do Carmo Guerrieri Saboya, in **Anotações sobre o Poder Judiciário americano**, Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 33 n. 129 jan./mar. 1996. p. 241.

¹⁶¹ DANTAS, Bruno. **Repercussão Geral**. São Paulo: RT, 2012. p. 108, sendo eles: i) quando a União era autora;

ii) quando havia divergência entre juízes na Corte imediatamente inferior ou quando havia discordância entre duas ou mais cortes ou agências governamentais, referentes a um mesmo assunto; iii) quando havia a presença de uma questão envolvendo liberdades civis.

Referida pesquisa gerou polêmicas e debates nos Estados Unidos, fazendo com que a ideia inicial fosse colocada à prova, o que ocorreu por meio de estudo realizado pela equipe de Sidney Ulmer. Entre os cientistas políticos, havia consenso no sentido de que “*the Supreme Court is a major institutional policy maker in the American political system*”.¹⁶² Dentre outros aspectos, o estudo apontou que a qualidade do trabalho desenvolvido pelos advogados é determinante para a admissão ou denegação do *certiorari*, afirmando que “*frivolous petitions are not carefully scrutinized and review or relief are, by and large, denied*”¹⁶³. Ulmer não identificou relação entre a presença de questão de liberdade civil nem do dissenso e a maior tendência para a admissão do *certiorari*. No entanto, o estudo confirmou que a presença da União como autora seria determinante. Além disso, reconheceram que a *cue theory*, como tentativa de tentar entender o comportamento da Suprema Corte americana, estava a merecer maiores estudos.¹⁶⁴

Estudo de 1988 analisou os julgados da Suprema Corte americana do ano de 1982 e identificou que a presença de *amicus curiae* aumentava, efetivamente, a chance de determinada questão ser admitida em sede de *certiorari*. Reconhecendo o papel político da Suprema Corte, a pesquisa registrou que “*in setting its agenda, the Supreme Court each year determines new winners and losers in the struggle for economic, political and social Power*”.¹⁶⁵ Interessante notar que os assuntos apontados, de cunho econômico e social, são expressamente indicados como critérios para a análise da Repercussão Geral brasileira.

O estudo registrou que o ingresso de determinado grupo econômico na causa, como *amicus curiae*, dá ao julgador um indicativo das forças sociais e dos grupos econômicos envolvidos no caso. Normalmente, as entidades que ingressam

¹⁶² ULMER, S. Sidney; HINTZE, William e KIRKLOSKY, Louise. **The decision to grant or deny certiorari: further consideration of cue theory.** 6 Law & Society Review. 637 1971-1972. **Em tradução livre:** “A Suprema Corte Americana é um dos maiores agentes políticos no sistema político americano”.

¹⁶³ ULMER, S. Sidney; HINTZE, William e KIRKLOSKY, Louise. **The decision to grant or deny certiorari: further consideration of cue theory.** 6 Law & Society Review. 637 1971-1972. **Em tradução livre:** “Petições mal feitas não são bem analisadas e são, por longa margem, denegadas”.

¹⁶⁴ ULMER, S. Sidney; HINTZE, William e KIRKLOSKY, Louise. **The decision to grant or deny certiorari: further consideration of cue theory.** 6 Law & Society Review. 637 1971-1972. No original: “cue theory per se may remain viable. A search for and the testing of additional cues now seems in order.”

¹⁶⁵ CALDEIRA, A. Gregory; WRIGHT, R. John. **Organized Interests and Agenda Setting in the U.S. Supreme Court.** The American Political Science Review, Vol. 82, No. 4 (Dec. 1988), pp. 1109-1127. **Em tradução livre:** “Organizando sua agenda, a Suprema Corte determina, todo ano, vencedores e perdedores na luta por força econômica, política ou social”

como *amicus* fazem um trabalho bem feito e são capazes de dar informações importantes ao tribunal, esclarecendo as possíveis consequências da decisão.¹⁶⁶

Expondo o subjetivismo que pode impregnar de forma negativa a aplicação do direito, o estudo registrou que as preferências ideológicas dos ministros influenciam no resultado do julgamento, ainda que tais preferências sejam misturadas, numa complicada equação, com as normas legais e sociais aplicáveis, dificultando tal identificação.¹⁶⁷ Ao mesmo tempo, reconhece que, na realidade, é impossível que o juiz funcione como um eunuco social, político e econômico.¹⁶⁸ Em nossa opinião, o grande desafio é mensurar e limitar o grau de subjetivismo, como forma de se evitar arbitrariedades, garantindo a segurança jurídica.

Registre-se que o percentual de *certioraris* que têm seu mérito apreciado pela Corte é ínfimo dentro do total de pleitos. Dados estatísticos do Tribunal de 1968 a 1994, indicam que o maior percentual foi em 1971, quando 4% dos casos foram admitidos. Já em 1994 somente 1,1% dos casos foi recebido pela Corte.¹⁶⁹ Demonstrando preocupação com a carga de trabalho que chega ao tribunal, mas ainda em números muitos menores dos apresentados para a realidade brasileira, a Suprema Corte americana recebeu 1.463 casos em 1953; 4.202 casos em 1969 e mais de 8.000 processos no ano de 1994. A Suprema Corte americana, desde 1968, nunca apreciou o mérito de mais de 200 *certioraris* ao ano e, também, nunca menos de 80, próximo do que ocorreu em 1994.¹⁷⁰

Em relação aos números da Suprema Corte americana, temos registro do *justice Rehnquist*, que afirmou que “*for better or for worse – and I happen to think it is better – I think the Supreme Court is committed to hearing and deciding somewhere in the neighborhood of 150 cases each Term*”¹⁷¹. Assim, vemos que, mais do que um fato, a limitação numérica dos casos apreciados é consequência da vontade de seus membros.

¹⁶⁶ CALDEIRA, A. Gregory; WRIGHT, R. John. **Organized Interests and Agenda Setting in the U.S. Supreme Court**. The American Political Science Review, Vol. 82, No. 4 (Dec. 1988), pp. 1109-1127.

¹⁶⁷ CALDEIRA, A. Gregory; WRIGHT, R. John. **Organized Interests and Agenda Setting in the U.S. Supreme Court**. The American Political Science Review, Vol. 82, No. 4 (Dec. 1988), pp. 1109-1127.

¹⁶⁸ SOUZA, Augusto César de. **A parcialidade positiva do juiz**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 136.

¹⁶⁹ O'BRIEN M. David. **Join-3 Votes, the Rule of Four, the Cert. Pool, and the Supreme Court's Plenary Docket**. Journal of Law & Politics, Vol. XIII:779, 1997p. 779-808.

¹⁷⁰ O'BRIEN M. David. **Join-3 Votes, the Rule of Four, the Cert. Pool, and the Supreme Court's Plenary Docket**. Journal of Law & Politics, Vol. XIII:779, 1997 p. 783.

¹⁷¹ O'BRIEN M. David. **Join-3 Votes, the Rule of Four, the Cert. Pool, and the Supreme Court's Plenary Docket**. Journal of Law & Politics, Vol. XIII:779, 1997 p. 808. Em tradução livre: “para o bem ou para o mal – e acredito que seja para o bem - acho que a Suprema Corte deve apreciar e decidir algo em torno de 150 casos por ano”

2.3.3 Do trabalho desenvolvido por Howard Perry Jr. – *Deciding To Decide: Agenda Setting In The United States Supreme Court*.

Um dos mais interessantes trabalhos sobre o comportamento da Suprema Corte americana na apreciação do *certiorari* é do autor H. W. Perry Jr., intitulado *Deciding to Decide, Agenda Setting in the United States Supreme Court*.¹⁷² A metodologia de trabalho foi seu diferencial e consistiu na análise de petições de *certiorari*, de dados estatísticos vindos da Suprema Corte americana e da *Harvard Law's Review's annual summary of statistics*. No entanto, a mais importante fonte de informação foram as diversas entrevistas feitas pessoalmente pelo autor, que teve a rara oportunidade de ouvir cinco *justices* (ministros da Suprema Corte americana), 64 *Supreme Court clerks* (assessores da Suprema Corte americana) e ainda juízes, procuradores-gerais e advogados.¹⁷³

Referida obra é objeto de análise específica no presente trabalho pelo fato de identificar, em relação aos julgamentos da Suprema Corte americana, elementos que indiquem se determinada causa será ou não admitida. A obra não trata o tema da interpretação ou aplicação da norma como filosofia do direito, entendendo que tais instrumentos da jurisdição são usados de forma imparcial e técnica, quando o *justice* não tem interesse na causa e podem ser adaptados e utilizados de forma propositada, para o alcance do objetivo desejado pelo magistrado, quando o mesmo age estrategicamente.

Em relação à Suprema Corte americana, que guarda relação com o tema deste trabalho, vale a pena mencionar a fala do *Attorney General* Homer Cumming, de 1937: “*if a justice read all the paperwork filed in Court for a term, it would be like having to read Gone with the Wind every morning before breakfast*”, preocupando-se com o volume de trabalho que chegava à Corte já naquela época. A Suprema Corte americana não se vê como julgadora do certo ou do errado mas, sim, como um lugar no qual a lei deve ser esclarecida.¹⁷⁴

Na parte prática, quando a Suprema Corte americana nega um pleito de *certiorari*, isso não significa dizer que ela concorde com a decisão recorrida mas,

¹⁷² Premiado em Harvard com o 21º *Thomas J. Wilson Prize*.

¹⁷³ PERRY Jr., H. W. **Deciding to decide: agenda setting in the United States Supreme Court**. Cambridge: Harvard University, 1991. p. 9.

simplesmente, que menos de quatro ministros entenderam por bem apreciar o respectivo caso. A decisão de *denial* (denegação) não tem efeito de *stare decisis*, não influenciando as demais decisões sobre o mesmo tema. Na Suprema Corte americana, os ministros mais antigos são os primeiros a votar, ao contrário do que ocorre em nosso Supremo. Como dito anteriormente, o julgamento do *certiorari* é antecedido por análise prévia, feita pelas assessorias, que ocorre no chamado *certiorari pool* e que tem reconhecida influência no resultado.¹⁷⁵

Os *certioraris* podem ser separados em duas categorias: os casos que tendem a não ser admitidos, classificados como *uncertworthiness*, não merecedores de apreciação; e os que têm *certworthiness*, com características e elementos capazes de ensejar sua apreciação.¹⁷⁶

2.3.3.1 Dos casos não merecedores de admissão – *uncertworthiness*.

Em média, 95% dos pleitos de *certiorari* que chegam à Suprema Corte americana não são admitidos. Por essa razão, a identificação dos elementos que fazem com que os casos não sejam apreciados ganha importância e são classificados como hipóteses de *uncertworthiness*. A primeira característica denegatória do *certiorari* é quando o caso é considerado *frivolous*, absurdo, que não teria razão para estar na Suprema Corte, seja por inépcia das petições, seja por conta do caso concreto tratado nos autos. Também seriam considerados *frivolous* os casos que tentam discutir os fatos (*fact-specific cases*), o que é vedado; os casos que tratam da falta de provas em processos penais (*insufficient evidence cases*) e, ainda, os casos que envolvem a interpretação de lei estadual (*diversity cases*). Há também o *certiorari*, cuja a única finalidade é evitar o trânsito em julgado, sendo a parte sabedora do insucesso do procedimento, que tem intuito manifestamente protelatório.¹⁷⁷

¹⁷⁴ PERRY Jr., H. W. **Deciding to decide: agenda setting in the United States Supreme Court**. Cambridge: Harvard University, 1991. p. 113 e 220. Em tradução livre: “Se um Ministro lesse toda a papelada produzida pelo Corte, seria como ter que ler *E o vento levou* todo dia antes do café da manhã”.

¹⁷⁵ PERRY Jr., H. W. **Deciding to decide: agenda setting in the United States Supreme Court**. Cambridge: Harvard University, 1991. p. 38, 44 e 71.

¹⁷⁶ PERRY Jr., H. W. **Deciding to decide: agenda setting in the United States Supreme Court**. Cambridge: Harvard University, 1991. p. 127-129 e 197.

¹⁷⁷ PERRY Jr., H. W. **Deciding to decide: agenda setting in the United States Supreme Court**. Cambridge: Harvard University, 1991. p. 225.

Outra situação que enseja a denegação do *certiorari* é a chamada *clear denie*, de denegação óbvia, quando se repete hipótese já denegada pela corte. Há ainda os casos que a Corte não considera maduros o bastante para análise, que são chamados de *percolation*, quando os processos ainda não tenham sido *well-percolated*.¹⁷⁸ Perry também registrou os casos em que a situação fática não colabora para a apreciação pela corte, pela sua complexidade e ainda os casos intratáveis (*intractableness*), inconvenientes para se julgar à título de *stare decisis*, como, por exemplo, os relativos à guarda de menores.¹⁷⁹ Basta a presença de uma das características acima para que o caso não seja admitido.

2.3.3.2 Dos casos que podem merecer a admissão - *certworthiness*.

Os casos considerados de *certworthiness* têm características e elementos capazes de ensejar sua apreciação pela Corte. Devem contar com uma combinação de fatores para tanto. Há grande chance de admissão do *certiorari* quando uma lei federal tiver sido declarada inconstitucional por um tribunal inferior, que é a primeira característica indicativa da presença de *certworthiness*, de que a causa será admitida.¹⁸⁰

Outra característica identificada como sendo razoável indicativo de que o *certiorari* pode ser admitido é a presença de *circuit conflict*, que seriam conflitos entre tribunais, a divergência jurisprudencial. A busca de um *conflict* seria o primeiro ato praticado pelos assessores quando da análise de uma petição de *certiorari*. A importância de um caso também é elemento indicador de possível admissão, ainda que dependa de avaliação subjetiva.¹⁸¹ Nesse caminho, em alguns casos, diante da clara importância do tema, a Suprema Corte tende a assumir tais debates, como ocorreu, por exemplo, no caso Watergate, do presidente Nixon, pela sua importância política. Em outras hipóteses, o que determina a admissão é a relevância social do caso, como já ocorreu nos famosos julgamentos de *Brown v. Board of education*,

¹⁷⁸ PERRY Jr., H. W. *Deciding to decide: agenda setting in the United States Supreme Court*. Cambridge: Harvard University, 1991. p. 230.

¹⁷⁹ PERRY Jr., H. W. *Deciding to decide: agenda setting in the United States Supreme Court*. Cambridge: Harvard University, 1991. p. 240.

¹⁸⁰ PERRY Jr., H. W. *Deciding to decide: agenda setting in the United States Supreme Court*. Cambridge: Harvard University, 1991. p. 245.

¹⁸¹ PERRY Jr., H. W. *Deciding to decide: agenda setting in the United States Supreme Court*. Cambridge: Harvard University, 1991. p. 246 - 253. No original: "*importance is ultimately subjective*".

que tratava da segregação racial, e ainda o caso *Roe v. Wade*, relativo ao aborto, de marcante impacto na sociedade.¹⁸²

Registre-se que, mesmo com a presença dos elementos apontados, não é certa a concessão do *certiorari*. Dentre os elementos identificados, os que teriam maior força para ensejar a admissão do recurso seriam uma corte estadual declarando inconstitucional uma lei federal e quando o procurador geral é o recorrente.¹⁸³

2.3.3.3 Do modelo de decisão apontado por Howard Perry

A partir dos estudos, foi elaborado um modelo de decisão (*decision model*) praticado pelos ministros da Suprema Corte, sendo o mesmo dividido entre o *jurisprudential mode* (modelo jurisprudencial) e o *outcome mode* (modelo pelo resultado). A diferença se dá a partir da identificação, por parte do julgador, se o resultado daquele julgamento é, ou não, de seu interesse. Caso o *justice* não tenha interesse especial no resultado do julgamento, ele adotará o modelo de decisão denominado *jurisprudential mode*, a partir do qual serão utilizados os instrumentos jurídicos e técnicos aplicáveis à espécie, sem a inserção de questões não judiciais. Nesse modelo, os ministros fariam o papel de juristas neutros e apreciariam o caso concreto.¹⁸⁴

No modelo de resultado, ao contrário do anterior, os *justices* atuam de forma estratégica e, já tendo em mente o resultado que desejam alcançar, avaliam qual será o comportamento (os votos) de seus pares. Caso estimem que perderão no mérito, a tendência é que votem contra a admissão do *certiorari*, como forma de evitar uma derrota no mérito, que venha a gerar uma *stare decisis*. Só não agiriam assim caso a não admissão do *writ* representasse uma irresponsabilidade institucional, muito distante da conduta comumente adotada. Caso o *justice* tenha interesse no resultado e avalie uma boa perspectiva de sucesso no mérito, ainda assim, tal situação não é garantia de concessão do *certiorari*, visto que ainda serão

¹⁸² PERRY Jr., H. W. *Deciding to decide: agenda setting in the United States Supreme Court*. Cambridge: Harvard University, 1991. p. 253.

¹⁸³ PERRY Jr., H. W. *Deciding to decide: agenda setting in the United States Supreme Court*. Cambridge: Harvard University, 1991. p. 216.

¹⁸⁴ PERRY Jr., H. W. *Deciding to decide: agenda setting in the United States Supreme Court*. Cambridge: Harvard University, 1991. p. 278. No original: “*Justices, too, have the idealized notion of what it means to be a dispassionate jurist, and they often try to act accordingly*”.

avaliadas as características do caso, fáticas e jurídicas, podendo a admissão ser adiada para outra situação mais adequada aos seus propósitos.¹⁸⁵

Se os ministros têm duas formas de agir e, conseqüentemente, de julgar, haveria o efetivo risco do comprometimento da atividade jurisdicional, visto que as partes deixarão de ser tratadas de forma igualitária, isenta, convivendo com a inconsistência comportamental diante dos julgamentos? Tal situação seria maliciosa, problemática?

O autor entende que não. Ele registra que o comportamento dos *justices* se assemelha, de certa forma, ao dos demais participantes do processo político, como os representantes do povo no Legislativo e no Executivo, que também alteram seus padrões de comportamento quando convém, registrando que os “*justices, too, must wear different hats*”.¹⁸⁶ Consta, ainda, que essa diversidade no trato dos casos é conveniente para a justiça, visto que a Suprema Corte julga as mais diferentes questões, exigindo que os *justices*, até mesmo para a salvaguarda da democracia, tenham tal maleabilidade.¹⁸⁷ Os elementos de convicção são apenas uma reconstrução imaginária de um cálculo que jamais será exposto da forma como proposta na obra. As verdadeiras razões de compreensão e decisão do intérprete serão por ele utilizadas, mas não expostas. Não, pelo menos, com esses elementos vinculados aos interesses, como mencionado.¹⁸⁸

As decisões dos ministros da Suprema Corte, como da jurisdição em geral, se submetem, de fato, a um complexo processo decisório que envolve os dois modos sugeridos, tanto os aspectos técnicos como os políticos. As instituições políticas alcançam suas decisões coletivas por meio de diferentes formas, tal qual ocorre na Suprema Corte norte americana.¹⁸⁹ Não obstante isso, Dworkin registra como equivocado o comportamento de magistrados que julgam com bases em suas convicções políticas e preferências pessoais. Quando tal ocorre, a consequência será a injustiça, a violação da democracia e dos princípios gerais de direito.¹⁹⁰

¹⁸⁵ PERRY Jr., H. W. **Deciding to decide: agenda setting in the United States Supreme Court**. Cambridge: Harvard University, 1991. p. 281.

¹⁸⁶ PERRY Jr., H. W. **Deciding to decide: agenda setting in the United States Supreme Court**. Cambridge: Harvard University, 1991. p. 283. Em tradução livre: “os ministros também devem usar diferentes chapéus”.

¹⁸⁷ PERRY Jr., H. W. **Deciding to decide: agenda setting in the United States Supreme Court**. Cambridge: Harvard University, 1991. p. 283.

¹⁸⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 162.

¹⁸⁹ PERRY Jr., H. W. **Deciding to decide: agenda setting in the United States Supreme Court**. Cambridge: Harvard University, 1991. p. 289.

¹⁹⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 193-194.

Não tendo o ímpeto de esclarecer por completo o processo decisório da Suprema Corte, e tal limitação é exposta na obra, sua maior contribuição é retirar o véu que encobre seu processo decisório, expondo, de forma franca, sua opinião, advinda de dados que, apesar da clara limitação metodológica, se originaram das numerosas entrevistas com os atores do processo.

A consideração de que os juízes têm seus próprios valores e posições, inclusive políticas, ganha importância quando se projeta tal perspectiva para o processo decisório. Não obstante, o interesse do *justice* em determinado caso ou assunto é, efetivamente, impossível de ser cabalmente provado, por se tratar de juízo subjetivo, entranhado em meio aos argumentos técnico-jurídicos aplicáveis. O realismo legal admite que os juízes tomem suas decisões de acordo com suas preferências políticas e morais e, então, escolham e insiram a regra jurídica apropriada à racionalização¹⁹¹, em posição semelhante ao modelo de resultado de Perry.

Em nossa visão, no mundo real, até mesmo por razões humanas, o absoluto afastamento dos interesses, ou mesmo a política, das decisões judiciais é praticamente impossível. Decisões judiciais, frequentemente, retratarão valores pessoais e ideológicos do seu aplicador. As diferentes perspectivas na interpretação e aplicação da norma estão também a depender, até mesmo, do temperamento do magistrado e seu comportamento judicial reflete suas opiniões e sua experiência de vida.¹⁹² Ainda assim, existem vocacionados, cuja motivação primária é a interpretação e a aplicação adequada do direito vigente da forma mais imparcial possível. Ainda que os interesses possam direcionar os atos e as conclusões dos magistrados, o discurso normativo e a dogmática jurídica sempre funcionarão como limitadores, pois autônomos em relação às vontades do juiz.¹⁹³

CAPÍTULO 3 - DA TENTATIVA DE IDENTIFICAÇÃO DE COERÊNCIA TEÓRICA – O PROBLEMA HERMENÊUTICO

¹⁹¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.p. 7.

¹⁹² POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.p. 68.

¹⁹³ BARROSO, Luis Roberto. **O novo Direito Constitucional Brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 266-267.

A busca de coerência é um dos desafios da jurisdição, não corresponde a nenhuma ordem predeterminada e será estabelecida em relação ao caso.¹⁹⁴ A coerência da jurisdição constitucional ganha proeminência a partir da inserção do instituto da Repercussão Geral no sistema que, como já registrado, faz com que o julgamento do caso piloto pelo Supremo Tribunal Federal seja replicado em todos os demais processos que tratem do mesmo assunto. Pode-se dizer, assim, que a responsabilidade individual dos julgadores, bem como a institucional do órgão, ficou majorada, pois a segurança jurídica, um dos pilares do Estado Democrático de Direito, está a depender da qualidade da prestação jurisdicional da Suprema Corte. Ciente, a doutrina se esforça para identificar instrumentos hermenêuticos capazes de impor limites aos julgadores no exercício da jurisdição.

Nesse ponto, é digno de nota que há diversas teorias hermenêuticas sobre a busca da melhor aplicação da norma. Neste trabalho, optou-se por dar ênfase à escola estrutural-funcionalista, na qual uma das prioridades é a consonância entre o resultado da interpretação constitucional e as expectativas jurídicas da comunidade. Ainda na parte da tentativa da identificação de elementos de coerência na jurisdição, serão analisadas algumas das ideias de Ronald Dworkin¹⁹⁵, em especial a da história institucional como elemento de coerência e, também, alguns pontos de validade, justificação e aplicação de Klaus Gunther.¹⁹⁶

3.1 Do método estrutural-funcionalista da *policy oriented school of jurisprudence*.

Dentre as diversas obras e escolas que discorrem a respeito da coerência das decisões judiciais, dá-se ênfase no presente trabalho à obra da jurista Cristina Queiroz, intitulada “Interpretação Constitucional e Poder Judicial – sobre a epistemologia da construção constitucional”¹⁹⁷, feita a partir de sua tese de doutorado.

A teoria da interpretação constitucional compreende uma relação entre a dogmática jurídica e uma teoria (político-pública) de justiça, na qual o juiz, quando

¹⁹⁴ GUNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na moral. Justificação e Aplicação**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011. p. 232.

¹⁹⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

¹⁹⁶ GUNTHER, Klaus. **Um conceito normativo de coerência para uma teoria de La argumentação jurídica**. Tradução de Juan Carlos Velasco Arroyo. Alicante: DOXA 17-18, 1995.

¹⁹⁷ QUEIROZ, Cristina. **Interpretação Constitucional e Poder Judicial – Sobre a epistemologia da construção constitucional**. Coimbra: Editora Coimbra, 2000.

interpreta dado texto constitucional, “cria” direito, por meio da norma de decisão, que tem como base a norma média, não a norma geral. Tal leitura do processo de jurisdição constitucional não corresponde ao modelo tradicional da decisão subsuntiva, mas a um modelo de *coerência narrativa*, normativo e político.¹⁹⁸

O problema da interpretação constitucional é de decisão, de escolha entre as diferentes possibilidades de interpretação. O juiz atua como um poder judicial autônomo, que deve levar em conta todas as circunstâncias, produzindo uma decisão responsável, devendo sopesar os resultados de suas pronúncias, dando à hermenêutica uma viragem construtivista. O modelo é também político, na medida em que deve levar em conta a vontade da maioria (democracia) e os direitos fundamentais (por vezes minoria) da Carta, fazendo uma releitura da separação dos poderes.¹⁹⁹

3.1.1 Dos limites hermenêuticos na aplicação da norma

É tarefa de alta responsabilidade das cortes constitucionais, por meio da jurisprudência e decisões, dizer o direito dentro dos limites constitucionalmente impostos a elas. Por conta disso é que as cortes devem pautar-se por métodos de interpretação mais precisos, dando-se coerência à aplicação do direito.²⁰⁰

Tal desafio fica ainda maior quando, de fato, diversas das cláusulas constitucionais são abertas (*open-ended provisions*), abrindo via para valorações como razoabilidade, proporcionalidade, adequação, etc. No entanto, como atividade cognosciva e valorativa, a interpretação deve procurar o resultado correto, justo, adequado e coerente com a construção interpretativa.²⁰¹ Na tarefa da hermenêutica constitucional, deve ser atendido, especialmente, o princípio do Estado de Direito, pois deste decorrem preceitos como o da certeza jurídica e de justiça no caso concreto.²⁰²

¹⁹⁸ QUEIROZ, Cristina. **Interpretação Constitucional e Poder Judicial – Sobre a epistemologia da construção constitucional**. Coimbra: Editora Coimbra, 2000. p. 2.

¹⁹⁹ QUEIROZ, Cristina. **Interpretação Constitucional e Poder Judicial – Sobre a epistemologia da construção constitucional**. Coimbra: Editora Coimbra, 2000. p. 3.

²⁰⁰ QUEIROZ, Cristina. **Interpretação Constitucional e Poder Judicial – Sobre a epistemologia da construção constitucional**. Coimbra: Editora Coimbra, 2000. p. 23.

²⁰¹ QUEIROZ, Cristina. **Interpretação Constitucional e Poder Judicial – Sobre a epistemologia da construção constitucional**. Coimbra: Editora Coimbra, 2000. p. 31.

²⁰² SILVA, Kelly Susane Alflen da. **Hermenêutica Jurídica e concretização judicial**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000. p. 351.

Diante da complexidade das funções da Constituição, sua interpretação se transforma em processo árduo e controverso, mormente em relação aos princípios, cuja concretização depende das ideias do momento. Como descobrir a melhor solução e como justificar (validar) a opção? Essa nova compreensão atrai a necessidade de se construir princípios jurídico-constitucionais interpretativos básicos que sirvam de fundamento à correta interpretação constitucional, com a racionalização do direito.²⁰³

A abertura dos preceitos e a utilização de argumentos de princípio quando da aplicação da norma gera uma interpretação principialista, que transfere a soberania do legislador para o intérprete. No entanto, tal visão é positiva, visto que a Constituição pode, nesse momento, se democratizar. Quando a interpretação advém de uma autoridade habilitada, juiz ou tribunal, a interpretação incorpora-se à ordem jurídica como uma norma jurídica específica para o caso concreto. Interpretar é determinar o significado objetivo de um texto. Afirmar que um texto porta vários sentidos é dizer que o mesmo comporta várias normas, entre as quais o órgão deverá escolher aquela que será aplicada, e é nessa escolha que reside a interpretação.²⁰⁴ Para julgar o caso concreto, o intérprete oscila, obrigatoriamente, entre a filosofia da mente e os fatos da causa a qual ele deve elucidar.²⁰⁵

A Constituição não se limita ao texto escrito, mas é, também, constituída pelo Direito constitucional não escrito, pela Constituição vivente (*living constitution*), que se traduz também pelas decisões judiciais, aplicadoras das normas contemporâneas concretas. Temos a distinção entre a Constituição e as convenções constitucionais, caso se tratem de normas sancionáveis ou não pelos tribunais. Apenas o resultado da interpretação se apresenta como norma jurídica,²⁰⁶ em sentido de alinhamento às teorias materiais-substancialistas, cuja implementação de direitos é condição de validade da própria Constituição.²⁰⁷

A validade da norma consiste na obrigação do juiz de utilizar, quando de sua aplicação, os métodos adequados. A normatividade é um processo e não uma qualidade. No limite, a atuação da Constituição depende da sua interpretação, pois o

²⁰³ QUEIROZ, Cristina. **Interpretação Constitucional e Poder Judicial – Sobre a epistemologia da construção constitucional**. Coimbra: Editora Coimbra, 2000. p. 72 e 79.

²⁰⁴ QUEIROZ, Cristina. **Interpretação Constitucional e Poder Judicial – Sobre a epistemologia da construção constitucional**. Coimbra: Editora Coimbra, 2000. p. 89 e 107.

²⁰⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 162.

²⁰⁶ QUEIROZ, Cristina. **Interpretação Constitucional e Poder Judicial – Sobre a epistemologia da construção constitucional**. Coimbra: Editora Coimbra, 2000. p. 113/116.

²⁰⁷ STRECK, Lênio. **Verdade e Consenso**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006. p. 14.

intérprete realiza a Constituição e o resultado obtido por essa interpretação não pode ser contestado, é uma interpretação vinculante, uma interpretação institucional.²⁰⁸ Referido conceito, mais ainda quando vinculado ao exercício da jurisdição constitucional por uma corte suprema, ganha importância, pois a sua posição institucional, ainda que submetida a possíveis viradas hermenêuticas, deve, na medida do possível, passar segurança jurídica aos jurisdicionados, evitando os custos da insegurança.²⁰⁹

Limitar o trabalho do intérprete no exercício da jurisdição constitucional é um desafio, pelo que se faz conveniente a identificação de critério prático normativo adequado, com base nas normas constitucionais. Contudo, há de se ter cautela, visto que as constituições, comumente, se valem de termos como povo, democracia, poderes que, necessariamente, enviam o intérprete para o mundo da política²¹⁰ ou, como registrou Perry no capítulo anterior, para o mundo dos interesses.²¹¹

O Direito português tentou se valer dos princípios gerais de interpretação constitucional da teoria alemã, que traz os princípios da unidade da Constituição, do efeito integrador, da máxima efetividade, da justeza e da concordância prática, entre outros. Tais princípios trouxeram o debate à tona, mas não lhe deram a solução devida, por conta da ausência de parâmetros claros e seguros de controle.²¹²

De fato, quando da aplicação da norma, o verdadeiro legislador deixa de ser o autor do texto legal e passa a ser o intérprete-aplicador,²¹³ o que atrai uma maior responsabilidade para as cortes de cúpula, mormente quando diante de casos cujos efeitos terão Repercussão Geral. Por vezes, há inflexão da prioridade da interpretação da norma para o comportamento dos juízes e tribunais, quando o centro de gravidade do sistema jurídico se desloca para uma casuística orientada por valores e princípios. A partir daí, com vistas a contribuir para a legitimidade do Estado Constitucional, o direito deixa de ser visto como um conjunto de normas para

²⁰⁸ QUEIROZ, Cristina. **Interpretação Constitucional e Poder Judicial – Sobre a epistemologia da construção constitucional**. Coimbra: Editora Coimbra, 2000. p. 113/116.

²⁰⁹ POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 59.

²¹⁰ QUEIROZ, Cristina. **Interpretação Constitucional e Poder Judicial – Sobre a epistemologia da construção constitucional**. Coimbra: Editora Coimbra, 2000. p. 136.

²¹¹ PERRY Jr., H. W. **Deciding to decide: agenda setting in the United States Supreme Court**. Cambridge: Harvard University, 1991. p. 281.

²¹² QUEIROZ, Cristina. **Interpretação Constitucional e Poder Judicial – Sobre a epistemologia da construção constitucional**. Coimbra: Editora Coimbra, 2000. p. 136.

²¹³ QUEIROZ, Cristina. **Interpretação Constitucional e Poder Judicial – Sobre a epistemologia da construção constitucional**. Coimbra: Editora Coimbra, 2000. p. 141.

ser visto como um conjunto de decisões.²¹⁴ Vale transcrever trecho da obra analisada:

No limite, o problema da aplicação judicial da constituição não se apresenta unicamente como uma questão de direito substantivo, mas ainda de organização da administração da justiça e da escolha da pessoa chamada a exercer a função de juiz. O que torna relevante é agora a “personalidade” do juiz, a sua “ética-profissional”. Num Estado de direito “bem governado” deve-se autorizá-lo a utilizar “todos” os argumentos necessários, “todas” as técnicas interpretativas, que lhe permitam fundamentar correctamente as suas decisões.²¹⁵

Como visto, o reconhecimento da importância e das características, até mesmo pessoais, do intérprete na aplicação do Direito faz com que a análise da jurisdição constitucional ocorra de forma franca e realista. Da mesma forma, a interpretação constitucional e a posição ocupada pelo tribunal de cúpula faz com que a interpretação constitucional ganhe relevância e, mais ainda, quando sua decisão pode vincular tanto os cidadãos como os órgãos estatais²¹⁶, como ocorre no Brasil.

3.1.2 Da interpretação como concretização – das expectativas jurídicas da sociedade

O método da escola estrutural-funcionalista, também chamada de *policy oriented school of jurisprudence*, se preocupa com as consequências da lacunosidade e indeterminação do Direito em face das expectativas jurídicas da comunidade frente à autoridade a exercer a jurisdição constitucional, principalmente pelos possíveis diferentes resultados interpretativos. Nessa linha de raciocínio, defende-se que o tribunal supremo decidirá não apenas com base no texto, mas, também, à luz de princípios de justiça ou mesmo de política jurídica, visando a promover a evolução da sociedade.²¹⁷ É por meio da tarefa hermenêutico-jurisprudencial, quando o tribunal expressa seu conteúdo, que as normas constitucionais são concretizadas, tornam-se realidade.²¹⁸ O poder dos juízes e dos

²¹⁴ QUEIROZ, Cristina. **Interpretação Constitucional e Poder Judicial – Sobre a epistemologia da construção constitucional**. Coimbra: Editora Coimbra, 2000. p. 141.

²¹⁵ QUEIROZ, Cristina. **Interpretação Constitucional e Poder Judicial – Sobre a epistemologia da construção constitucional**. Coimbra: Editora Coimbra, 2000. p. 145.

²¹⁶ SILVA, Kelly Susane Alflen da. **Hermenêutica Jurídica e concretização judicial**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000. p. 354.

²¹⁷ QUEIROZ, Cristina. **Interpretação Constitucional e Poder Judicial – Sobre a epistemologia da construção constitucional**. Coimbra: Editora Coimbra, 2000. p. 146-147.

²¹⁸ SILVA, Kelly Susane Alflen da. **Hermenêutica Jurídica e concretização judicial**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000. p. 355.

tribunais, como todo poder político no Estado democrático, é representativo e deve ser exercido em nome do povo e, além disso, devem prestar contas à sociedade.²¹⁹

No caso da escola estrutural-funcionalista, a ideia é racionalizar um conjunto de regras utilizadas pelas ciências sociais, identificando-se as expectativas jurídicas da sociedade em relação ao caso concreto. Nessa hipótese, o intérprete atua como um mediador entre a consciência social e a tradição dogmática, complementando as expectativas com princípios jurídicos, que seriam os valores, interesses e direitos que o tribunal entender aplicáveis, sempre provenientes da comunidade, da história e da consciência.²²⁰

A partir do exercício da jurisdição tem-se a análise da aceitação ou repulsa da comunidade em relação à decisão, cuja consolidação ocorreria quando as expectativas jurídicas da comunidade se identificassem retratadas na decisão.²²¹ Em nosso entendimento, a apreciação da constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar nº 135/2010) e sua aplicação nas eleições de 2010, ocorrida quando do julgamento dos Recursos Extraordinários nº 631.102 e 630.147²²², foi um caso prático que permitiu a avaliação da consonância da decisão da Corte com as expectativas jurídicas da comunidade. Aplicando o princípio da anualidade, o Supremo Tribunal Federal entendeu não ser cabível a aplicação da norma nas eleições de 2010, verificando-se reação negativa da população em relação à decisão. Conste que a votação, no caso do RE 630.147, foi de 5 a 5 entre os ministros, a demonstrar a controvérsia do assunto.

A utilização de precedentes, cuja reformulação deve ser excepcional e sempre baseada em erro, aproxima a concepção de justiça da ideia de regularidade, dando o mesmo resultado a casos iguais.²²³ Tal concepção é também objetivo do instituto da Repercussão Geral. Os poderes Executivo e Legislativo, por serem eleitos, representam a vontade do povo, por meio de suas vitórias nas eleições. No entanto, os juízes representam a maioria fundante, constituinte, e, por isso, é que, nas questões difíceis, ao contrário de deixarem que Executivo e Legislativo decidam, devem invalidar referidas decisões, caso contrárias à vontade constitucionalizada da

²¹⁹ BARROSO, Luis Roberto. **O novo Direito Constitucional Brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, P. 277.

²²⁰ QUEIROZ, Cristina. **Interpretação Constitucional e Poder Judicial – Sobre a epistemologia da construção constitucional**. Coimbra: Editora Coimbra, 2000. p. 147.

²²¹ QUEIROZ, Cristina. **Interpretação Constitucional e Poder Judicial – Sobre a epistemologia da construção constitucional**. Coimbra: Editora Coimbra, 2000. p. 148.

²²² STF – RE 630.147/DF, Pleno, Relator Min. Ayres Britto, DJ de 05.12.2011.

²²³ QUEIROZ, Cristina. **Interpretação Constitucional e Poder Judicial – Sobre a epistemologia da construção constitucional**. Coimbra: Editora Coimbra, 2000. p. 212.

maioria. Nesse caso, os tribunais constitucionais se apresentam, necessariamente, como guardiões de valores e estariam habilitados a arbitrar a tensão entre a miopia da maioria e os princípios que esta irá abraçar a longo prazo, ultrapassando as pressões do momento em relação à vontade contra-majoritária. Os tribunais decidem com base nos valores constitucionais quando rejeitam ações políticas contra as liberdades individuais.²²⁴ Vemos aqui semblantes da teoria de Konrad Hesse, que defendia não haver existência autônoma da norma constitucional, devendo a mesma ver realizada sua pretensão de eficácia com observância das condições históricas, naturais, técnicas, econômicas e sociais para a realização da Constituição.²²⁵

Nos termos da escola estrutural-funcionalista, a jurisdição constitucional buscaria consenso autêntico da comunidade, o que justificaria a jurisdição como mais democrática. Não obstante a preocupação com as expectativas jurídicas da comunidade, o intérprete deverá recorrer, também, à análise do período constitucional, às práticas dos órgãos jurisdicionais e, ainda, aos precedentes judiciais, devendo, responsabilmente, proceder a uma escolha criativa que se relacione com os valores e fins da comunidade.²²⁶ O distanciamento do Judiciário em relação ao povo, que era visto como uma virtude, hoje não é mais. As cortes constitucionais não devem abrir mão do respeito, da adesão e da aceitação da sociedade,²²⁷ até mesmo porque a legitimidade material do exercício do poder é aferida pela sintonia entre as medidas adotadas e a manifestação da vontade popular.²²⁸

A concretização da Constituição terá mais êxito quanto mais aprovação encontrar na sociedade. A norma constitucional deve estar vinculada à historicidade do Estado e à realidade, e será desenvolvida a partir da tradição e da pré-compreensão do intérprete e do problema. Extirpar a distância entre Constituição e realidade é condição para o desenvolvimento do Direito, pois o conteúdo das normas constitucionais não é realizável só na forma de um texto linguístico.²²⁹

²²⁴ QUEIROZ, Cristina. **Interpretação Constitucional e Poder Judicial – Sobre a epistemologia da construção constitucional**. Coimbra: Editora Coimbra, 2000. p. 246-248.

²²⁵ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991. p. 14.

²²⁶ QUEIROZ, Cristina. **Interpretação Constitucional e Poder Judicial – Sobre a epistemologia da construção constitucional**. Coimbra: Editora Coimbra, 2000. p. 148.

²²⁷ BARROSO, Luis Roberto. **O novo Direito Constitucional Brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 278.

²²⁸ MOREIRA, Luiz. **A Constituição como simulacro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 48.

²²⁹ SILVA, Kelly Susane Alflen da. **Hermenêutica Jurídica e concretização judicial**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000. p. 356/357.

Mesmo diante dos ideais de consonância com as expectativas jurídicas da sociedade, o tribunal deve expressar os motivos jurídicos de sua decisão, obrigando-se a uma fundamentação que a legitime e que, ao mesmo tempo, imponha um controle ao juiz. Somente com a análise dos motivos e valores que fundam a decisão é que se pode obter a racionalidade capaz de concitar a aquiescência da comunidade. Isso porque, quando da escolha da solução, o intérprete se vale da justificação interna; mas, quando fundamenta a decisão, faz uso da justificação externa, que tem a ver com a aceitabilidade racional de seus argumentos, das premissas em que baseou a decisão, permitindo o controle e limitação do poder decisório.²³⁰

Também atento às expectativas jurídicas da comunidade, quando desenvolve a teoria dos erros institucionais, Dworkin registra que é possível considerar determinada decisão, precedente, vulnerável, quando o resultado nela contido não corresponder ao conceito de equidade da própria comunidade, fazendo com que referido precedente passe a não ser mais utilizado.²³¹

Nesse sentido, a escola estrutural-funcionalista, ainda que não despreze as rotinas litúrgicas e tradicionais da dogmática jurídica, vinculadas ao passado, tem olhos para o futuro, entendendo que o tempo que está por vir também estaria a dar respaldo à Constituição e, conseqüentemente, às decisões proferidas pelo Judiciário a partir de sua aplicação.

3.1.3 A tradição e o texto como elementos da interpretação constitucional.

Para os partidários do método de interpretação estrita, o limite é o texto, e os juízes só podem aplicar as normas que encontrem ali expressamente inseridas, ainda que implicitamente. Uma aplicação que não esteja coberta nos “quatro campos do documento”²³² seria ativista, não interpretativista. Respeitando os limites do texto, os juízes estariam agindo de forma legitimada. O texto já traz em si um compromisso, que é o seu elemento regulador.²³³ No entanto, onde não existem

²³⁰ QUEIROZ, Cristina. **Interpretação Constitucional e Poder Judicial – Sobre a epistemologia da construção constitucional**. Coimbra: Editora Coimbra, 2000. p. 163.

²³¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 191.

²³² QUEIROZ, Cristina. **Interpretação Constitucional e Poder Judicial – Sobre a epistemologia da construção constitucional**. Coimbra: Editora Coimbra, 2000. p. 204.

²³³ STRECK, Lênio. **Verdade e Consenso**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006. p. 205.

dúvidas não se trata de interpretação²³⁴ e as cláusulas abertas da Constituição permitem que o tribunal determine o fim implícito da norma, sem que isso seja não interpretar.²³⁵

Ao contrário do sistema da *common law*, que possui precedentes com valor vinculante, no sistema jurídico brasileiro, regra geral, os precedentes não vinculam. No entanto, os resultados dos julgamentos do Supremo Tribunal Federal em sede Repercussão Geral serão não só vinculantes, mas, também, produzirão automático efeito em todas as causas em curso sobre o mesmo tema.²³⁶ Em nosso sistema jurisdicional, os julgados das cortes superiores têm recebido cada vez mais importância. O legado da tradição é compulsório na interpretação, da mesma forma que a linguagem e o próprio mundo, que impõem as condições de possibilidade de compreensão.²³⁷

A Constituição escrita constitui o limite da interpretação constitucional, no sentido de obrigatoriedade, sendo também pressuposto da função racionalizadora, estabilizadora e limitadora do poder da Constituição. Ao mesmo tempo em que possibilita uma mutação constitucional, proíbe o rompimento com o texto pela interpretação, impondo limites ao intérprete. O problema da interpretação constitucional está, justamente, na ambiguidade e na indeterminação de suas normas.²³⁸

Os textos e seus significados originais, assim como as circunstâncias contemporâneas da norma, devem servir como referência para a sua correta aplicação. A investigação do campo semântico dos conceitos contidos na norma revela um ponto de vista orientado pelo presente, como um componente de planejamento para o futuro, ao lado de elementos do passado.²³⁹ Também por isso é que as experiências anteriores e o contexto, inclusive mundial, não devem ser desprezados quando de sua interpretação e aplicação. Compreender a nós mesmos e a nossa história é condição da possibilidade para que se possa compreender

²³⁴ SILVA, Kelly Susane Alfien da. **Hermenêutica Jurídica e concretização judicial**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000. p. 359.

²³⁵ QUEIROZ, Cristina. **Interpretação Constitucional e Poder Judicial – Sobre a epistemologia da construção constitucional**. Coimbra: Editora Coimbra, 2000. p. 204.

²³⁶ Art, 543-B do CPC.

²³⁷ STRECK, Lênio. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise – uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 264.

²³⁸ SILVA, Kelly Susane Alfien da. **Hermenêutica Jurídica e concretização judicial**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000. p. 368.

²³⁹ KOSELLECK, Reinhart. **Futuro Passado. Contribuição à semântica dos tempos históricos**. Tradução de Wilma Patrícia Maas e Carlos Almeida Pereira. Rio de Janeiro: Contraponto-Editora PUC, 2006. p. 97.

textos, palavras e histórias.²⁴⁰ Nesse mesmo caminho, a identificação e definição da identidade do sujeito constitucional dependem de uma conjugação entre passado, presente e futuro.²⁴¹

Compreender um texto significa, também, compreender a ação histórica que o originou, a tradição, que é onde se encontram os critérios da exatidão, e o texto, ao ser atualizado, vira um acontecer autêntico, que representa uma possibilidade histórica. E é na tarefa do Judiciário que se realizam os valores imanentes à ordem jurídica constitucional.²⁴²

Ao final, e isso parece consensuado entre os juristas, o texto costuma e deve, sim, impor limites ao trabalho de hermenêutica e de aplicação do direito, dando segurança jurídica à atividade jurisdicional, sendo certo que quando os participantes da aplicação dão às expressões normativas o mesmo significado, o resultado alcançado tende a ser fruto de maior consenso.²⁴³

3.1.4 Da posição do judiciário na interpretação constitucional.

A decisão orientada pelo resultado é um traço dominante da sociedade moderna. No entanto, tal formato não é aceito como critério de decisão, pois o sistema jurídico possui um sistema condicional de decisão, que exige racionalidade e conformidade com as normas aplicáveis, inclusive constitucionais.²⁴⁴

A jurisdição como ordenamento escrito em cadeia (Dworkin) registra a necessidade de interpretar o direito constitucional vigente, não apenas com as fontes da produção jurídica mas, também, à luz dos princípios éticos de Justiça, que deve representar uma concepção coerente e racional de justiça e equidade.²⁴⁵ A Constituição não é o que o tribunal constitucional registra o que ela é. A Constituição é o povo agindo constitucionalmente, por meio de outros poderes, que permite ao tribunal dizer o que ela é. Para tanto, se faz necessária uma revisão da interpretação

²⁴⁰ STRECK, Lênio. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise – uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 237.

²⁴¹ ROSENFELD, Michel. **A identidade do Sujeito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 17.

²⁴² SILVA, Kelly Susane Alflen da. **Hermenêutica Jurídica e concretização judicial**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000. p. 437/440.

²⁴³ GUNTHER, Klaus. **Um conceito normativo de coerencia para uma teoria de La argumentação jurídica**. Tradução de Juan Carlos Velasco Arroyo. Alicante: DOXA 17-18, 1995. p. 286.

²⁴⁴ QUEIROZ, Cristina. **Interpretação Constitucional e Poder Judicial – Sobre a epistemologia da construção constitucional**. Coimbra: Editora Coimbra, 2000. p. 291.

²⁴⁵ QUEIROZ, Cristina. **Interpretação Constitucional e Poder Judicial – Sobre a epistemologia da construção constitucional**. Coimbra: Editora Coimbra, 2000. p. 319.

constitucional, que deve se libertar dos conceitos *jusprivatísticos* e se aproximar de concepções jurídico-políticas de hermenêutica, a partir de uma interpretação construtiva, levando em conta os valores e interesses de todos os afetados e isso só é possível a partir de um conceito prévio de Constituição como projeto político a ganhar e a construir.²⁴⁶ A tarefa hermenêutica deve ser retirada de sua concepção tradicional para se submeter a uma concepção pós-positivista, baseada na hermenêutica da faticidade do Estado democrático, com desenvolvimento do *ethos* privado e do público.²⁴⁷

O poder judicial não é um instrumento do Estado mas, sim, da sociedade, uma contra-estrutura instituída, um contra-poder que pode ser contrário às maiorias episódicas e circunstanciais, passadas, presentes ou futuras. A teoria da interpretação constitucional deve ter como resultado uma construção interpretativa com vistas à defesa dos direitos fundamentais, fomentando a mediação entre o individual e o sistema.²⁴⁸

De fato, a relação da jurisdição com a opinião pública é complexa e a jurisdição moderna vem dando cada vez mais atenção à mesma, inclusive como forma de legitimar suas decisões. No entanto, nem sempre a decisão correta e justa é a mais popular, mormente quando da adoção de decisões contramajoritárias, mais ainda no trato de direitos fundamentais.²⁴⁹

Há uma relação inversamente proporcional entre a clareza do texto da norma e o poder de interpretação do aplicador, que se vê aumentado quando o direito depende de princípios. Para a construção do direito como integridade, a interpretação deve proporcionar ao juiz uma concepção coerente e racional da norma, com a criação do direito para o caso concreto, derivando sua autoridade do método científico da fundamentação.²⁵⁰

Considerando parte da Constituição como conceito aberto, há espaço para a interpretação fora do núcleo dedutivo, da justificação interna. A justificação externa seria a aceitabilidade do raciocínio jurídico, a justificação argumentativa, que tem a

²⁴⁶ QUEIROZ, Cristina. **Interpretação Constitucional e Poder Judicial – Sobre a epistemologia da construção constitucional**. Coimbra: Editora Coimbra, 2000. p. 323.

²⁴⁷ SILVA, Kelly Susane Alflen da. **Hermenêutica Jurídica e concretização judicial**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000. p. 368.

²⁴⁸ QUEIROZ, Cristina. **Interpretação Constitucional e Poder Judicial – Sobre a epistemologia da construção constitucional**. Coimbra: Editora Coimbra, 2000. p. 328.

²⁴⁹ BARROSO, Luis Roberto. **O novo Direito Constitucional Brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 279.

²⁵⁰ QUEIROZ, Cristina. **Interpretação Constitucional e Poder Judicial – Sobre a epistemologia da construção constitucional**. Coimbra: Editora Coimbra, 2000. p. 329.

ver com a justeza da decisão do ponto de vista teleológico, moral, político, etc. A interpretação baseada em princípios transfere a soberania do legislador para o intérprete, partilhando suas competências e permitindo o desenvolvimento progressivo do direito, por meio da interpretação construtiva²⁵¹, fazendo com o que o Judiciário assumira posição de proeminência no processo político da sociedade.

O intuito é valoroso: tornar científico o inevitável momento político-valorativo da interpretação constitucional, que pertence ao Judiciário. A decisão fruto dessa interpretação não é arbitrária pois limitada por elementos valorativos, éticos e políticos, e o tribunal constitucional funciona como instância de dirimção de dúvidas, uma instância de racionalidade entre o Direito Constitucional escrito e o Direito Constitucional não escrito, fruto da intenção e da decisão constituinte.²⁵²

Como documento político, a Constituição exige uma forma própria de interpretação, com a preclusão das regras tradicionais de interpretação e mais vinculada à ideia de concretização, preocupada com o resultado prático a ser alcançado, com observância ao equilíbrio entre os poderes e das aspirações de justiça e equidade inerentes ao sistema. Os tribunais constitucionais não devem valorar as escolhas legislativas, a não ser nas hipóteses em que as mesmas ingressem nas áreas constitucionalmente proibidas.²⁵³

O núcleo da decisão responsável não está na conclusão mas, sim, na sua fundamentação, que é onde reside a *regra* de direito, o raciocínio jurídico que se reveste de natureza prescritiva, assente na força da argumentação utilizada. É aí que se determina o sentido da norma, em dois níveis: a fundamentação seria a norma geral e a conclusão a norma particular. Na fundamentação residem os princípios científico-jurídicos, formulados pelo jurista e a responsabilidade do juiz está cada vez mais vinculada a ela, sustentáculo do raciocínio judicial. O aplicador é obrigado a transitar entre dois mundos, o ideal e o da prática, o do valor público e o mundo da subjetividade, o da Constituição e o da política.²⁵⁴

Em nossa avaliação, a escola estrutural-funcionalista crê e defende uma jurisdição moderna, sensível aos princípios e valores da sociedade e às expectativas

²⁵¹ QUEIROZ, Cristina. **Interpretação Constitucional e Poder Judicial – Sobre a epistemologia da construção constitucional**. Coimbra: Editora Coimbra, 2000. p. 331.

²⁵² QUEIROZ, Cristina. **Interpretação Constitucional e Poder Judicial – Sobre a epistemologia da construção constitucional**. Coimbra: Editora Coimbra, 2000. p. 333.

²⁵³ QUEIROZ, Cristina. **Interpretação Constitucional e Poder Judicial – Sobre a epistemologia da construção constitucional**. Coimbra: Editora Coimbra, 2000. p. 338.

²⁵⁴ QUEIROZ, Cristina. **Interpretação Constitucional e Poder Judicial – Sobre a epistemologia da construção constitucional**. Coimbra: Editora Coimbra, 2000. p. 341.

jurídicas da comunidade. Ao mesmo tempo, tem preocupação com a responsabilização e limitação do intérprete, ainda que reconheça um largo espaço para valorações políticas e principiológicas, mas cujo resultado deve guardar consonância com os anseios sociais, com as intenções constantes da Constituição, sempre ligadas aos interesses da comunidade.

Referidas preocupações são válidas e tangenciam o ponto de inflexão do presente trabalho, mormente em relação à análise do comportamento dos ministros do Supremo Tribunal Federal quando da apreciação da Repercussão Geral, onde deve ser admitida a utilização de princípios em sua aplicação e, ao mesmo tempo, deve-se exigir fundamentação e coerência na manutenção das escolhas interpretativas, dando-se a necessária estabilidade ao sistema e, via de consequência, segurança aos intérpretes e aos destinatários das decisões.

3.2 A história institucional como elemento de coerência

O Direito é consequência da história dos homens, sendo inevitável que regras feitas no presente, com base no passado, sirvam de parâmetro para reger o futuro. Um dos elementos capazes de dar coerência à jurisdição é, justamente, o passado, a história institucional da atividade jurisdicional, reveladora da forma como a legislação nasceu, avançou e deve ser aplicada. Incontroverso que obra de destaque em relação à historicidade como elemento de coerência da jurisdição é a de autoria de Ronald Dworkin, renomado professor de Direito, mais especificamente em sua *Levando os Direitos a sério*, que é o principal parâmetro epistemológico da presente abordagem.

Dentre os desafios enfrentados pela teoria de Dworkin, destaca-se a busca de solução para os casos difíceis, nos quais a resposta não está disposta de forma clara na norma. No caso em pauta, acreditamos que os requisitos da Repercussão Geral se encaixam na hipótese de conceitos jurídicos indeterminados, nos quais sua incidência pode estar, a depender do aplicador, imbuída de alto grau de “subjetividade”, pelo que as ideias de Dworkin ganham relevância e contribuem para o debate. O presente trabalho não tem o intuito de esgotar a teoria de Dworkin, mas, sim, de retirar algumas opiniões da obra mencionada, mais especificamente do capítulo referente aos casos difíceis.

Identificar o verdadeiro significado dos princípios e a forma correta de sua aplicação não é tarefa fácil. O modo de resolução do caso concreto por meio de sua utilização extrapola as técnicas costumeiras da subsunção, comum na prática do Direito. A preocupação com a justificação da decisão judicial é uma constante, visto que a mesma afeta não só a extensão da autoridade judicial como também a obrigação moral e política da comunidade acatar a determinação ali contida,²⁵⁵ com a mesma preocupação de Gunther, em relação à legitimidade, que deve ter respaldo na vontade geral.²⁵⁶

3.2.1 Dos limites da discricionariedade judicial

Dos conceitos utilizados na teoria de Dworkin, destaca-se a ideia de política, como sendo o tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria econômica, política ou social da comunidade. O conceito de princípio seria um padrão a ser observado, não por um bem geral, mas, sim, porque seria uma exigência de justiça, de equidade e de moral. Os princípios possuem dimensão mais ampla e estão sujeitos a situação de conflito, cuja solução dependerá da avaliação de seu peso, de sua adequação e importância para o caso concreto. Os princípios não costumam apresentar consequências jurídicas, ao contrário das regras que, claras e objetivas, frequentemente dispõem efeitos jurídicos, obrigatórios.²⁵⁷

No entender do positivismo jurídico, na perspectiva de Herbert Hart, quando um caso não é coberto por uma regra clara, o juiz deve exercer seu poder discricionário (*judicial discretion*) para decidir, criando a regra para o caso. Referida decisão deve ser consistente e formulada com base nas diretrizes do sistema. No entanto, não é só diante da ausência de uma norma clara que o juiz age discricionariamente, ele também poderia fazê-lo quando identificar a norma em conflito com o princípio, após avaliar a importância deste. No entanto, o critério de escolha não pode depender das preferências pessoais do juiz. Caso assim se permitisse, nenhuma regra seria obrigatória, pois qualquer juiz poderia entendê-la inaplicável. Um juiz não pode modificar a doutrina existente ao seu bel prazer, está

²⁵⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.p. 9.

²⁵⁶ GUNTHER, Klaus. Um concepto normativo de coherencia para uma teoria de La argumentação jurídica. Tradução de Juan Carlos Velasco Arroyo. Alicante: DOXA 17-18, 1995. p. 289.

²⁵⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.p. 36/38.

vinculado a padrões, dentre os quais a doutrina já estabelecida, o respeito limitado aos atos do Poder Legislativo e aos precedentes. Esses elementos, em conjunto com outros, dão consistência, eficiência e coerência ao sistema.²⁵⁸

Na doutrina do apoio institucional, que é capaz de revelar a força e o peso de um princípio, o juiz, mesmo diante de uma situação discricionária, está vinculado ao dever de observar os princípios e precedentes. Ao contrário do que alegam os positivistas, na visão de Hart, os juízes não detêm a discricionariedade nos termos alegados e não podem legislar sobre novos direitos jurídicos (*new legal rights*) que seriam aplicados retroativamente para o caso concreto, pois tal situação é inadequada e, mesmo sem legislar *new rights*, uma resposta há de ser encontrada.²⁵⁹

Neste trabalho, os termos regradores do instituto da Repercussão Geral são considerados como conceitos jurídicos indeterminados, semanticamente abertos. Assim, é possível inferir que sua aplicação pode, em variadas hipóteses, se encaixar no conceito de um caso difícil, cuja resposta não estaria clara e objetivamente constante da lei, dependendo também da investigação e interpretação dos fatos e de uma correta argumentação. Nessa hipótese, cabe aos aplicadores do instituto, os ministros do Supremo, bem fundamentando suas manifestações, atentar para parâmetros teóricos que garantam coerência e estabilidade à jurisdição constitucional. Suas decisões, como tribunal superior que é, orientam todas as demais instâncias judiciais e são úteis à uniformidade, à continuidade da jurisprudência e, ao mesmo tempo, e sobretudo, à segurança jurídica.²⁶⁰

Como premissa, tendo em vista a diferença entre as decisões baseadas em princípios e as baseadas em políticas, lembramos que os juízes do Supremo não são eleitos pelo povo e não deveriam ocupar o lugar do Legislativo nem adotar decisões baseadas em políticas. Nos casos difíceis, mesmo na ausência de uma regra clara, o magistrado tem o dever de descobrir quais são os direitos das partes.²⁶¹ A atual roupagem da Repercussão Geral não dá ao Supremo absoluta discricionariedade, como tem a Suprema Corte americana ou mesmo a argentina mas, por possibilitar certa subjetividade, faz-se necessária a identificação de parâmetros que balizem a aplicação da norma, expostos a partir da fundamentação.

²⁵⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 50 e 60.

²⁵⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 113.

²⁶⁰ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 611.

²⁶¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 127.

Na decisão com Repercussão Geral, cujos efeitos ultrapassam os limites da lide específica, o resultado do julgamento pode depender, além das regras e princípios aplicáveis, também da análise dos argumentos de política. Por conta dos efeitos transcendentais da repercussão, os argumentos de política podem ser levados em conta pelos julgadores, pois justificam uma decisão com conteúdo político, mostrando que ela fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo.²⁶² Quando o Supremo admite a presença da Repercussão Geral, sua decisão protegerá um objetivo coletivo da comunidade. Se assim não fosse, a repercussão não teria sido admitida. Não basta que a pertinência da matéria veiculada no recurso refira-se a um número definido, ainda que extenso, de situações jurídico-subjetivas. As questões relevantes para uma categoria, não importa se de funcionários públicos ou contribuintes, não garantem o conhecimento do Recurso Extraordinário, pois não repercutem na sociedade como um todo.²⁶³ Nessa linha de raciocínio, de que o instituto da Repercussão deve refletir na sociedade como um todo, os ministros podem justificar sua decisão também com argumentos políticos, ainda que as decisões judiciais, via de regra, devem ser geradas por princípios e não por políticas.²⁶⁴

A originalidade judicial deve ser evitada, tanto pelo fato de que os juízes não são eleitos, não podendo legislar, como também pelo fato de que a referida inovação traria insegurança jurídica.²⁶⁵ A originalidade judicial aumenta o número de litígios e funciona como fonte de incertezas e gastos, gerando ineficácia no sistema.²⁶⁶ A atividade jurisdicional está vinculada às condições de vida, às peculiaridades de uma tradição histórica, e os limites da concretização da norma são os mesmos limites da interpretação e estão baseados na tradição²⁶⁷ e que, naturalmente, não convivem bem com a originalidade, salvo nos casos devidamente justificados.

Tal é objeto de debate no Judiciário nacional, com o nome de ativismo judicial, segundo o qual juízes estariam a exercer, por meio de suas decisões, políticas públicas que seriam da competência do Executivo e do Legislativo.²⁶⁸ No

²⁶² DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p.129.

²⁶³ PAIVA, Paulo. **A Repercussão Geral no pensamento do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito**. in Observatório da Jurisdição Constitucional. ISSN 1982-4564 Ano 4, 2010/2011.

²⁶⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 132.

²⁶⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p.132/133.

²⁶⁶ POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.p. 59.

²⁶⁷ SILVA, Kelly Susane Alfien da. **Hermenêutica Jurídica e concretização judicial**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000. p. 355.

²⁶⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 80.

caso da Repercussão Geral, referida preocupação ganha ainda mais corpo pois, como já dito, os reflexos da decisão ultrapassarão as figuras das partes no processo e podem ter marcantes efeitos nas demais esferas de poder e da sociedade.

Um exemplo claro de decisão que teve marcantes desdobramentos nos Poderes Executivo e Legislativo foi a proferida no RE 630.147/DF, relativa à aplicação da Lei da Ficha Limpa nas eleições de 2010, quando o Supremo, dividido, entendeu por bem respeitar o princípio da anualidade e determinar inaplicáveis os preceitos da Lei para aquelas eleições.²⁶⁹ Para o Poder Executivo, em específico, são diversos os recursos extraordinários com a Repercussão Geral admitida que terão consequências nessa esfera de poder, mormente os processos com fins econômico-financeiros, destacando-se os relativos à remuneração dos servidores públicos federais e os de natureza tributária.²⁷⁰

Ainda que, regra geral, não possam se valer dos argumentos de política para fundamentar suas decisões, os magistrados estão sujeitos à doutrina da responsabilidade política, que condena a prática de tomar decisões que parecem certas isoladamente, mas que não podem fazer parte de uma teoria abrangente dos princípios e das políticas gerais que sejam compatíveis com outras igualmente consideradas certas.²⁷¹ A história institucional deve ser parte componente do juízo político dos magistrados, e o instituto da Repercussão Geral deve ser aplicado sem solavancos, sem surpresas para os jurisdicionados, exigindo de seus julgadores responsabilidade e vínculo com as decisões pretéritas. Assim agindo, o Supremo garantirá coerência ao exercício de sua jurisdição.

Como já dito, o julgamento de um caso com Repercussão Geral refletirá para além do caso concreto²⁷² e a criação e inserção do instituto na Constituição se deu, também, para atender a uma meta coletiva, que é justamente a de dar resultados judiciais idênticos às causas iguais, gerando a necessária segurança jurídica no seio da Federação. O cumprimento e a promoção da meta coletiva dependerão da força do direito analisado no caso concreto, cuja decisão será considerada correta a

²⁶⁹ STF – RE 630.147/DF, Pleno, Relator Min. Ayres Britto, DJ de 05.12.2011.

²⁷⁰ Processos de natureza tributária com Repercussão Geral: RE 559943 RG – STF, sobre prescrição e decadência tributárias aplicáveis às contribuições sociais (art. 146, inc. III, da Constituição) para constituição do crédito tributário. RE 564413 RG – STF, para definir o alcance de imunidade quanto à Contribuição Social sobre o Lucro. RE 565160 RG – STF, sobre o alcance da expressão “folha de salários” versada no artigo 195, inciso I, da Carta da República, considerado o instituto abrangente da remuneração, entre outros.

²⁷¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p.137.

²⁷² Art. 543-B do CPC.

depende de sua aceitação geral e, também, se a mesma for capaz de melhorar o bem-estar médio da comunidade.²⁷³

Quando o julgador estiver diante de possível conflito entre a realização de um direito institucional em detrimento de uma meta coletiva, ele deve estar atento ao compromisso que o aplicador da norma possui com o sistema de governo, de forma a manter a coerência do sistema.²⁷⁴ Tal atenção ganha mais importância com os efeitos extraprocessuais da Repercussão Geral, quando o Supremo deve estar atento aos princípios maiores de nossa Carta Política, de forma sistêmica e equilibrada, inclusive com análise das consequências econômicas da decisão.²⁷⁵

Diante disso, entendemos que há pequena discricionariedade na apreciação da Repercussão Geral, tanto pelos termos linguísticos utilizados, como será analisado mais adiante, quanto pelo fato de o Supremo ser tribunal de cúpula, não estando subordinado a nenhum outro órgão. Ainda assim, a responsabilidade institucional da Suprema Corte a obriga a justificar e fundamentar suas decisões, em especial as de Repercussão Geral, como forma de legitimar sua atuação, aproximando-se das expectativas jurídicas da comunidade e permitindo o controle de suas decisões.

3.2.2 Dos antecedentes e dos limites linguísticos

O intérprete deve estar atento, quando da aplicação da norma, para que a mesma cumpra a finalidade a que se destina, pois as partes têm direito a seu melhor juízo sobre a verdadeira natureza de seus direitos. O julgamento deve ocorrer com sinceridade entre as conjeturas de uma “filosofia da mente e os fatos da instituição, cuja natureza deve elucidar”²⁷⁶. Quando os participantes do processo hermenêutico dão às expressões normativas o mesmo significado, a interpretação e a aplicação da norma ocorrem com mais segurança jurídica e qualidade.²⁷⁷ O Supremo, ao apreciar a presença ou ausência da Repercussão Geral, deve fazer do julgamento, tanto no

²⁷³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 149.

²⁷⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p.149.

²⁷⁵ “Art. 322. O Tribunal recusará Recurso Extraordinário cuja questão constitucional não oferecer Repercussão Geral, nos termos deste capítulo. Parágrafo único. Para efeito da Repercussão Geral, será considerada a existência, ou não, de questões que, relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, ultrapassem os interesses subjetivos das partes.”

²⁷⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 162.

²⁷⁷ GUNTHER, Klaus. Um concepto normativo de coherencia para uma teoria de La argumentação jurídica. Tradução de Juan Carlos Velasco Arroyo. Alicante: DOXA 17-18, 1995. p. 286.

plenário virtual quanto nas próprias sessões, o mais claro e sincero possível, mais ainda porque os argumentos ali lançados interessam não só às partes específicas do caso como, também, a todos os demais interessados no resultado do processo.²⁷⁸

Em relação à hermenêutica constitucional, é impossível o intérprete desprender-se da circularidade da compreensão, mas o texto deve ser levado a sério e não há nada mais antidemocrático do que delegar ao juiz o preenchimento conceitual das cláusulas abertas. A maior liberdade na interpretação em favor dos juízes pode acarretar na afirmação da subjetividade assujeitadora.²⁷⁹

O texto da norma funciona como uma ponte de comunicação entre o legislador e aqueles que têm o encargo da aplicação judicial. Ademais, o poder constitucional se coloca em forma textual mediadora, controlável por meio da linguagem, estabelecendo elemento de dominação e, ao mesmo tempo, condição de possibilidade de consenso.²⁸⁰ A interpretação deve ser construtiva, na qual o raciocínio jurídico construirá a melhor justificativa possível para o caso concreto, tornando a história do Direito a melhor de todas possíveis, como questão moral.²⁸¹ Por fim, os intérpretes constitucionais não podem se despir completamente de suas identidades nacional e cultural.²⁸²

Para a apreciação dos casos difíceis, Dworkin utiliza a figura do juiz Hércules, com capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas, que seria onisciente e representaria o juízo ideal das causas jurídicas. Ele aceita que as leis têm o poder geral de criar e extinguir direitos, bem como que os juízes têm o dever geral de seguir as decisões anteriores de seu tribunal, cujo fundamento racional será valorizado.²⁸³ Em nosso sentir, é marcante a preocupação com a estabilidade e integridade do sistema, no sentido de que os antecedentes históricos dos tribunais devem ser valorizados. Valorizar os precedentes é uma característica expressa e específica do juiz Hércules.

Para a correta aplicação dos preceitos constitucionais, Hércules deve estar atento ao sistema de princípios adotado pela Constituição, elaborando uma teoria constitucional completa, e às práticas da comunidade, em relação aos temas objeto

²⁷⁸ Conforme Art. 543-B do CPC.

²⁷⁹ STRECK, Lênio. **Verdade e Consenso**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2006. p. 139/146.

²⁸⁰ SILVA, Kelly Susane Afflen da. **Hermenêutica Jurídica e concretização judicial**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000. p. 412/413.

²⁸¹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. Prefácio, p. XI/XII.

²⁸² ROSENFELD, Michel. **A identidade do Sujeito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 22.

²⁸³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 165.

de debate.²⁸⁴ Temos aqui tangência com a ideia do condicionamento recíproco entre a Constituição jurídica e a realidade político-social, pelo que deve, na medida do possível, haver coincidência, correspondência, entre ambas, evitando-se uma norma despida de realidade e uma realidade esvaziada de qualquer elemento normativo.²⁸⁵

Hércules tem o desafio de identificar qual interpretação vincula de modo mais satisfatório a linguagem utilizada pelo Legislativo à sua responsabilidade institucional como juiz. Não se trata da avaliação do estado psíquico dos legisladores mas, sim, da identificação da teoria política especial que justifique a melhor solução para o caso concreto, com a maior proximidade possível do texto da norma, independente da análise das prognoses legislativas. A interpretação das normas depende da linguagem. Por mais vaga ou imprecisa que seja, como podem ser consideradas as hipóteses de cabimento da Repercussão Geral, as palavras colocam limites às decisões políticas, tomadas pela lei.²⁸⁶ A nosso ver, referida concepção faz com que o Supremo se limite a considerar como questões relevantes para a Repercussão Geral somente aquelas expressamente previstas em lei, quais sejam, questões de relevância econômica, política, social ou jurídica, sob pena de incorrer em interpretação irresponsável, contra o texto.

Ao contrário das normas, os precedentes não se esgotam em seus limites linguísticos, cabendo ao intérprete impor, de forma adequada, as razões pelas quais se vale daquele precedente, avaliando sua qualidade e adequação para o caso concreto. De fato, alguns precedentes adquirem a chamada força de promulgação que lhes garante um peso gravitacional maior, uma capacidade mais ampla de interferir e colaborar em julgamentos posteriores.²⁸⁷ Na exegese do precedente, deve ser dada atenção especial aos conceitos político-sociais nele contidos, pois a análise de suas significações ganha importância de caráter social e político, auxiliando na avaliação de seu cabimento.²⁸⁸ Nesse senso, e na tentativa de dar aos jurisdicionados maior segurança, é que o Supremo deverá, na prática, especificar e precisar o que entenderá por questões relevantes em cada uma das temáticas da Repercussão Geral, fundamentando sua decisão, dando força ao sistema de precedentes e orientando a comunidade jurídica.

²⁸⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 167.

²⁸⁵ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991. p. 13.

²⁸⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 169-172.

²⁸⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 174.

²⁸⁸ KOSELLECK, Reinhart. **Futuro Passado. Contribuição à semântica dos tempos históricos**. Rio de Janeiro: Contraponto-Editora PUC, 2006. p. 101.

Há diferenças entre o comportamento dos membros do Legislativo e os do Judiciário, pois aqueles não se preocupam e não precisam demonstrar como seus votos são coerentes com os de seus colegas. Já o membro do Judiciário sempre tentará associar a justificção que dá à sua decisão a decisões tomadas no passado, preocupando-se com a coerência de sua conduta, de sua decisão. Só rara e justificadamente o magistrado agirá de forma independente em relação aos precedentes. A força gravitacional de um precedente deve ser explicada por um apelo à equidade de tratar os casos semelhantes do mesmo modo. O instituto da Repercussão Geral, nesse ponto, está extremamente vinculado à ideia da força gravitacional do precedente, visto que uma de suas principais funções é, justamente, tratar os casos semelhantes do mesmo modo. Para Dworkin:²⁸⁹

Um precedente é um relato de uma decisão política anterior; o próprio fato dessa decisão, enquanto fragmento da história política, oferece alguma razão para se decidir outros casos de maneira similar no futuro.

Não obstante a importância e a força dos precedentes, os juízes devem estar atentos à extensão dos argumentos de princípio adequados para sua posterior utilização e não no argumento de política, caso presente, visto que este pode ser casual, ao contrário da utilização dos princípios. A análise dos princípios contidos nos precedentes ensejará a construção de um esquema de princípios abstratos e concretos que justifiquem a utilização dos precedentes de forma coerente.²⁹⁰ A jurisprudência é capaz de manter coerência e continuidade por meio de suas decisões, inclusive por conta de seu volume e consistência, suficientes para servir, com fidelidade, aos conceitos e tendências metodológicas.²⁹¹ Ademais, proferida a decisão, presume-se que a mesma esteja correta, pois a interpretação do tribunal é tida como correta e devidamente justificada.²⁹²

A construção de um esquema de princípios perfeito não pode, por óbvio, ser exigida dos ministros do Supremo Tribunal Federal, ainda que sua formação se dê por meio da união de notáveis juristas, pois, ao final, são seres humanos, falíveis, com emoções e valores, ao contrário de Hércules. Não obstante isso, o Supremo, ao apreciar o importante instituto da Repercussão Geral, deve estar atento ao fato de

²⁸⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 176.

²⁹⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 177 e 182.

²⁹¹ SILVA, Kelly Susane Afflen da. **Hermenêutica Jurídica e concretização judicial**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000. p. 382.

que “uma teoria constitucional requer juízos sobre questões complexas de adequação institucional, bem como juízos sobre filosofia política e moral”²⁹³. Da mesma forma, o texto constitucional reúne toda sua experiência histórica, características teóricas e práticas em uma circunstância, que só pode ser realmente experimentada por meio da análise histórica dos conceitos, que torna possível a identificação de conteúdos não apreensíveis empiricamente.²⁹⁴

Ainda que a valorização dos precedentes seja conveniente e louvável, não é possível, até mesmo pela dinâmica da vida real, a exigência de absoluto respeito aos mesmos. A história institucional, desde que justificadamente classificada como equivocada, pode ser desconsiderada. Para tanto, tal declaração deve guardar vínculo com a teoria dos erros institucionais, com análise das consequências dos novos argumentos e conclusões e também com a identificação dos precedentes descartados, com vistas a sua não utilização nos casos futuros.²⁹⁵

Assim, ainda que não submetidos ao sistema do *stare decisis*, vemos que a concessão de força ao precedente gera estabilidade no sistema, dando segurança jurídica não só aos jurisdicionados como, também, aos aplicadores da norma.

3.2.3 A possibilidade da imposição de limites da “subjetividade” no exercício da jurisdição

É equivocado o comportamento de magistrados que julgam com base em suas convicções políticas e preferências pessoais. Quando tal ocorre, a consequência será a injustiça, a violação à democracia e aos princípios gerais de direito. No entanto, há uma parte inevitável da interferência pessoal na emissão do juízo que, no entanto, não deve ser forte o bastante para retirar a capacidade do magistrado de acatar juízos emitidos por outros, ainda que com eles não concorde.²⁹⁶

Quando Hércules emite um juízo com base em sua perfeita teoria e plena capacidade, nada mais resta senão submetê-lo às suas convicções ou mesmo à opinião pública, visto tratar-se de um juízo de direito institucional, seguro e equânime. Por conta disso, é possível haver conflito entre a moralidade popular e a moralidade constitucional, sendo certo que “é esse direito constitucional, do modo

²⁹² LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 610.

²⁹³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 183.

²⁹⁴ KOSELLECK, Reinhart. **Futuro Passado. Contribuição à semântica dos tempos históricos**. Tradução de Wilma Patrícia Maas e Carlos Almeida Pereira. Rio de Janeiro: Contraponto-Editora PUC, 2006. P. 109/110.

²⁹⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 189.

como o define a moralidade constitucional da comunidade, que Hércules deve defender contra qualquer opinião incoerente, por mais popular que seja”²⁹⁷. Em caso de conflito entre a equidade da comunidade e a moralidade da Constituição, esta deve prevalecer, pela sua clara e maior estabilidade. Para Hércules, a moralidade comunitária é a moralidade política que as leis e as instituições da comunidade pressupõem, ainda que o juízo para determinar e identificar tais princípios de moralidade seja imbuído de inevitável subjetividade.²⁹⁸

O alcance do juízo mais apropriado depende da capacidade de se afastar de valores e juízos pessoais, bem como da capacidade de empatia, de tentar enxergar e entender outros pontos de vista, ainda que o magistrado não concorde, pessoalmente, com os mesmos. A ausência de atenção à empatia pode fazer com que o julgador passe a raciocinar intuitiva ou introspectivamente, afastando-se dos elementos institucionais e comprometendo a qualidade de seu juízo. O correto exercício do sistema de julgamento de Hércules demanda uma habilidade dialética, entre as questões pessoais e a moralidade geral.²⁹⁹

Isso pede atenção ao argumento de Klaus Gunther, de que o exercício mental de escolha do resultado mais apropriado pode ser surpreendido por juízos intuitivos, que contêm elementos inesperados e de surpresa, mais ainda quando nos encontramos em situação não habitual, na qual os dados teóricos não são capazes de dar a solução correta. Em tais situações, procedendo com a revisão de nossos princípios, podemos passar a entender determinada situação de modo diverso, evoluindo. Tal situação de confrontação leva a uma revisão recíproca de juízos e princípios, sempre com coerência, e esse processo leva o intérprete a uma zona realmente produtiva.³⁰⁰

Apesar de fazer menção à moralidade da comunidade, Dworkin é taxativo ao afirmar que Hércules não submeteria uma questão jurídica, seja ela ordinária ou complexa, à opinião popular. E, da mesma forma, não se submeteria, como julgador, à opinião popular. Ao final, cioso de que os juízos humanos são falíveis e sempre

²⁹⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 193-194.

²⁹⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 197.

²⁹⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 197.

²⁹⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 199-200.

³⁰⁰ GUNTHER, Klaus. Um conceito normativo de coerência para uma teoria de La argumentação jurídica. Alicante: DOXA 17-18, 1995. p. 276.

passíveis de crítica, o autor recomenda aos magistrados que decidam os casos difíceis com humildade.³⁰¹

Assim como Cristina Queiroz, Dworkin entende que a jurisdição deve ser sensível aos princípios. No entanto, em sua teoria, o intérprete deve estar atento à história institucional e à estabilidade, de forma a dar coerência e integridade ao sistema. Ao contrário do entendimento de Queiroz, Dworkin tem marcante receio de que os magistrados façam uso de valorações políticas em seus julgamentos, ainda que reconheça que é impossível separar por completo o julgador, teoricamente isento, de suas vontades, desejos e história de vida.

Do exposto, a atividade de interpretação e aplicação do direito deve ser eminentemente racional, com a identificação dos elementos que comporão a melhor solução para o caso concreto, garantindo-se a sua unidade e integridade. A utilização de princípios como elemento de convicção e fundamentação da decisão constitui a justificação moral da escolha adotada pelo juiz, que deve guardar relação com a história institucional.

Ao julgar, o magistrado deve estar atento aos antecedentes, reconhecer os princípios que melhor se amoldem ao caso e, dentre estes, identificar os que têm o maior ajuste institucional e apelo moral, ou maior importância. De fato, o exercício da produção jurisdicional do direito depende e é fruto da interpretação, atividade dependente de percepção. Assim sendo, é inegável a parcela de variação a depender de quem aplique a norma. Talvez por essa razão é que Dworkin registre expressamente que os magistrados devem decidir os casos difíceis com humildade.

Em relação ao caso concreto de nosso estudo, a maior contribuição da teoria da história institucional está, justamente, na atenção dada ao direito como integridade, como entidade estável, cujas guinadas, se indispensáveis, devem ser devidamente motivadas e fundamentadas. O Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Judiciário, com jurisdição nacional, assume responsabilidade ainda maior a partir da repercussão, devendo os ministros dar a devida atenção para estabilidade institucional de suas decisões, que balizam os cidadãos e demais órgãos da República.

Importante registrar que Dworkin, ao contrário de Perry, entende que o interesse pessoal não deve fazer parte do processo de interpretação e de aplicação

³⁰¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 202.

do direito. Para tanto, cria Hércules que, sendo detentor de nobres qualidades, é capaz de se afastar de seus desejos e valores pessoais em favor de um julgamento idealmente isento, alcançando a alta capacidade de se colocar no lugar do outro, de julgar com outros olhos que não os seus próprios, em desenvolvida empatia. Na teoria de Dworkin, a melhor solução é alcançada com o afastamento das influências negativas do intérprete, que deve ocorrer em conjunto com conhecimento da história institucional e que contribui para legitimidade e higidez da jurisdição.

3.3 Coerência para uma teoria da argumentação jurídica

Como visto, em relação à coerência das decisões judiciais, o presente trabalho analisa alguns pontos de validade, justificação e aplicação da teoria de Klaus Gunther³⁰², professor da Universidade de Frankfurt, que valoriza a coerência como elemento presente na interpretação e aplicação das normas, evocando que o princípio da coerência ganha cada vez mais importância no mundo jurídico.

Todas as teorias sobre a coerência se referem à relação entre juízos morais particulares e princípios,³⁰³ na qual os princípios aplicáveis são confrontados com os juízos intuitivos pessoais. A partir daí os mesmos são revisados e modificados até que seja alcançado um estado de equilíbrio entre os juízos pessoais e os princípios, quando é tomada a decisão. Esse apoio mútuo, em conjunto com os princípios, é capaz de conformar a ética e, como consequência, a criação de um procedimento de decisão para a ética, aqui entendida como a teoria moral que ordena sistematicamente nossos princípios.³⁰⁴

Esse processo dinâmico de avaliação e reavaliação dos fatos, enunciados teóricos e princípios é que outorga uma uniformidade, uma força justificadora. Esse pensamento sistêmico explica a razão pela qual o Direito tem atração pelo princípio da coerência, que é capaz de justificar, também, princípios. A coerência é uma exigência da racionalidade e os teóricos de Direito, assim como magistrados, devem atentar para que juízos e sentimentos morais pessoais não comprometam a

³⁰² GUNTHER, Klaus. **Um concepto normativo de coherencia para una teoria de La argumentación jurídica**. Tradução de Juan Carlos Velasco Arroyo. Alicante: DOXA 17-18, 1995.

³⁰³ GUNTHER, Klaus. **Um concepto normativo de coherencia para una teoria de La argumentación jurídica**. Tradução de Juan Carlos Velasco Arroyo. Alicante: DOXA 17-18, 1995. p. 271. No original: "todas las teorías de la coherencia se refieren a La relación entre juicios morales e particulares y principios"

³⁰⁴ GUNTHER, Klaus. **Um concepto normativo de coherencia para una teoria de La argumentación jurídica**. Tradução de Juan Carlos Velasco Arroyo. Alicante: DOXA 17-18, 1995. p. 271.

coerente aplicação do Direito.³⁰⁵ Para alguns, tal intuito é impossível, pois o jurista não consegue se afastar dos fatores irracionais, que não podem ser reprimidos, fazendo com que apareçam, ainda que de forma silenciosa, na decisão.³⁰⁶

O exercício mental de escolha do resultado mais apropriado pode ser surpreendido pelos juízos intuitivos, que contêm elementos inesperados e de surpresa, mais ainda quando nos encontramos em situação não habitual, na qual nossos dados teóricos não são capazes de dar a solução correta. Em tal situação, procedendo com a revisão de nossos princípios, podemos passar a entender determinada situação de modo diverso, evoluindo. Tal confrontação, forçada, nos leva a uma revisão recíproca de juízos e princípios, sempre com coerência. Esse desenvolvimento leva o intérprete a uma zona realmente produtiva.³⁰⁷ A ideia do caso concreto se assemelha à situação de um caso difícil, na teoria de Dworkin, segundo a qual as respostas não estão prontas e diversos outros fatores devem ser conjugados, entre os quais os princípios aplicáveis.³⁰⁸

O procedimento de conflito interno, com a reavaliação dos princípios com os juízos morais, produz uma análise de verificação de qual resultado seria o mais adequado para a situação concreta, considerando todos os aspectos moralmente relevantes para o caso particular.³⁰⁹ Nesse ponto, quando Gunther registra que o intérprete deve estar atento a todos os aspectos moralmente relevantes, sua teoria nos lembra Dworkin, mais propriamente o juiz Hércules, que teria sabedoria, sagacidade e capacidade sobre-humanas, não deixando de ter ciência e de levar em conta todas as circunstâncias do caso,³¹⁰ sempre com o intuito de dar coerência ao resultado alcançado.

3.3.1 Da validade e adequação da norma

A validade das normas depende da aprovação geral da comunidade, e sua força de convicção será proporcional à sua reciprocidade de consideração, com a

³⁰⁵ GUNTHER, Klaus. **Um concepto normativo de coherencia para una teoria de La argumentación jurídica**. Tradução de Juan Carlos Velasco Arroyo. Alicante: DOXA 17-18, 1995. p. 275

³⁰⁶ SILVA, Kelly Susane Alfien da. **Hermenêutica Jurídica e concretização judicial**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000. p. 380.

³⁰⁷ GUNTHER, Klaus. **Um concepto normativo de coherencia para una teoria de La argumentación jurídica**. Alicante: DOXA 17-18, 1995. p. 276.

³⁰⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 181.

³⁰⁹ GUNTHER, Klaus. **Um concepto normativo de coherencia para una teoria de La argumentación jurídica**. Alicante: DOXA 17-18, 1995. p. 277.

³¹⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 165.

possibilidade de participação livre e igual de todos os interessados com saber ilimitado e tempo infinito. Em caso de consenso racionalmente motivado, não coativo, se alcançaria a reciprocidade universal de validade da norma,³¹¹ em posição semelhante à de Habermas, com relação à normatização discursiva do direito, da institucionalização jurídica da vontade geral com a autolegislação, com a autonomia moral, de cunho político, para a vontade particular.³¹²

A norma produzida nas condições ideais poderia regular sua própria aplicação, pois teria ciência de todas as possibilidades de aplicação, com uma descrição completa das hipóteses fáticas e que teriam feito parte do discurso de formação da mesma. No entanto, há exemplos de normas que, mesmo válidas, podem não ser adequadas para uma aplicação específica, visto que caminham em sentido contrário ao interesse protegido por ela. As normas podem ter colisões internas e externas. As colisões internas afetam a validade da norma, pois ela perde sua força, do ponto de vista da comunidade. As colisões externas só podem ser identificadas quando da aplicação da norma, quando se identificará que seus resultados podem ser não desejados.³¹³ Em situação símile, no processo de justificação da escola estrutural-funcionalista, quando da escolha da solução, o intérprete se vale da justificação interna e, quando fundamenta a decisão, faz uso da justificação externa, que tem a ver com a aceitabilidade racional de seus argumentos, das premissas em que baseou a decisão, permitindo o controle e limitação do poder decisório.³¹⁴

Algumas normas, mesmo que válidas, não devem ser aplicadas a determinado caso concreto, pela incongruência de valores que adviria do resultado de sua aplicação ou em caso de colisão com outras normas.³¹⁵ Diante do fato de que as normas válidas devem, *prima facie*, serem aplicadas, em caso de restrição de sua incidência, os participantes do discurso devem fundamentar a restrição operada obrigatoriamente. As razões definitivas de tal decisão só são encontradas no

³¹¹ GUNTHER, Klaus. Um concepto normativo de coherencia para uma teoria de La argumentação jurídica. Alicante: DOXA 17-18, 1995. p. 278.

³¹² HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia – Entre facticidade e validade. Volume I.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010. p. 190.

³¹³ GUNTHER, Klaus. Um concepto normativo de coherencia para uma teoria de La argumentação jurídica. Alicante: DOXA 17-18, 1995. p. 281.

³¹⁴ QUEIROZ, Cristina. **Interpretação Constitucional e Poder Judicial – Sobre a epistemologia da construção constitucional.** Coimbra: Editora Coimbra, 2000. p. 163.

³¹⁵ GUNTHER, Klaus. Um concepto normativo de coherencia para uma teoria de La argumentação jurídica. Alicante: DOXA 17-18, 1995. p. 283.

discurso de aplicação da norma, quando já foram sopesados os elementos conformadores do juízo.

Para dar mais segurança jurídica à validade e também à correta aplicação da norma, os participantes devem interpretar as expressões normativas com o mesmo significado,³¹⁶ o que é um desafio natural para toda e qualquer interpretação, como já mencionado. No caso em pauta, em relação ao tema enfrentado no presente trabalho, com a qualificação de conceito jurídico indeterminado para os pressupostos de admissão da Repercussão Geral, de alta variação semântica, mais ainda a depender do caso concreto, é possível que o tribunal, assim entendido como o grupo de participantes, não dê às expressões da norma o mesmo significado, o que pode comprometer a qualidade de sua aplicação.

Os intérpretes, quando da aplicação, devem fazer uso do sistema coerente de normas válidas e o desafio será, justamente, a escolha da norma mais adequada, que dependerá da avaliação, de um juízo particular do intérprete, em uma atuação seletiva que, de preferência, deve ter respaldo em uma descrição completa da situação fática.³¹⁷ A colisão de normas e interesses constitucionais é comum, pois a mesma, como documento político dialético e, no caso brasileiro, extenso e detalhista, vivencia situações de colisão entre valores e interesses. Como exemplos, temos o possível litígio entre o desenvolvimento nacional e a proteção do meio ambiente, ou a liberdade de expressão e o direito à privacidade. Nos termos do princípio da unidade da Constituição, o intérprete deve justificar sua decisão de forma que fique demonstrado que a mesma é a solução que melhor conforma a vontade constitucional para o caso concreto,³¹⁸ em claro discurso de adequação.

3.3.2 Das colisões das normas e da solução coerente

Para que seja possível uma aplicação coerente das normas, deve ser estabelecida uma regra de uso das palavras, uma regra de seleção, na qual se deve ter cautela com a pré-compreensão e com o contexto do descobrimento, pois a seletividade da interpretação no discurso de aplicação demanda justificação

³¹⁶ GUNTHER, Klaus. **Um conceito normativo de coherencia para uma teoria de La argumentação jurídica**. Alicante: DOXA 17-18, 1995. p. 286.

³¹⁷ GUNTHER, Klaus. **Um conceito normativo de coherencia para uma teoria de La argumentação jurídica**. Alicante: DOXA 17-18, 1995. p. 288.

³¹⁸ BARROSO, Luis Roberto. **O novo Direito Constitucional Brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, P. 262.

racional, que deve ter respaldo em norma válida, geral, para que não seja posta em dúvida.³¹⁹ A validade da norma, representada pela sua aceitação social, é que legitima a decisão, nos termos da escola estrutural-funcionalista, que registra a importância da adequação da decisão com as expectativas jurídicas da sociedade.³²⁰

Na hipótese de uma norma tida como válida não ser a adequada para o caso concreto, a argumentação sobre a sua inadequação deve ser clara, com a demonstração das condições em que as normas colidiram, devendo explicitar as razões da opção escolhida. É aí que tem início a interpretação coerente das normas, a partir da descrição da situação. O aplicador da norma deve ponderar os valores e bens em conflito, buscando o melhor resultado em meio a todos os valores e princípios aplicáveis diante das circunstâncias do caso concreto.³²¹ Em cada situação, pode haver diversas normas válidas, aplicáveis *prima facie*, mas somente uma será a adequada, e cuja aplicação deve ser fundamentada.³²²

A ponderação dos valores e bens na busca do melhor resultado não é uma questão de autoconsciência do sujeito que atua moralmente, de escolha pessoal, que dispensaria a argumentação. O ator moral se confronta consigo mesmo quando se vê diante de uma situação de colisão de princípios. No entanto, ainda que a solução do caso não resolva o problema de consistência interna do ator, a solução é uma questão moral, em que a aplicação deve, também, respeitar mutuamente as pessoas que compartilharam seus valores e princípios quando da criação da norma. Nesse ponto é que o intérprete e aplicador, para que seja capaz de produzir uma solução coerente e adequada, não deve se olvidar dos demais participantes, não podendo decidir de forma unilateral, sob pena de agir arbitrariamente.³²³

Como crítica à teoria da fundamentação da adequação, teríamos que a busca da solução ensejaria a criação de novas normas e que estas, justamente por novas, não pertenceriam ao conjunto de normas válidas anteriormente compartilhadas. De fato, não há reconstrução sem construção. No entanto, também por isso, é que o aplicador está compelido a gerar novo discurso de fundamentação que tenha apoio

³¹⁹ GUNTHER, Klaus. **Um conceito normativo de coherencia para uma teoria de La argumentação jurídica**. Alicante: DOXA 17-18, 1995. p. 289.

³²⁰ QUEIROZ, Cristina. **Interpretação Constitucional e Poder Judicial – Sobre a epistemologia da construção constitucional**. Coimbra: Editora Coimbra, 2000. p. 146-147.

³²¹ GUNTHER, Klaus. **Um conceito normativo de coherencia para uma teoria de La argumentação jurídica**. Alicante: DOXA 17-18, 1995. p. 290.

³²² GUNTHER, Klaus. **Um conceito normativo de coherencia para uma teoria de La argumentação jurídica**. Alicante: DOXA 17-18, 1995. p. 285.

³²³ GUNTHER, Klaus. **Um conceito normativo de coherencia para uma teoria de La argumentação jurídica**. Alicante: DOXA 17-18, 1995. p. 292.

no sistema já existente, criando um modelo coerente ideal das normas que colidiram entre si. Essas novas normas também passam a pertencer ao conjunto das tidas como válidas.³²⁴

No sistema do *common law*, os precedentes contribuem para a formação de novas regras e passam a fazer parte do sistema, servindo de parâmetro para os julgamentos posteriores, consistindo em decisão política anterior, em fragmento da história.³²⁵ Para Gunther a validade dessa nova norma dependerá da análise de se esta encarna, ou não, o interesse geral. Já para Dworkin, a força dos precedentes depende dos argumentos de princípio utilizados, se são ou não adequados.³²⁶

Existem dois tipos de coerência que devem ser observados pelo aplicador da norma. Todo aquele que elabora direito, deve estar atento para sua coerência com o antigo, de forma que possa funcionar em conjunto com este, ajustadamente. Essa é a chamada coerência estratégica, que garante a integridade. Há, também, a coerência de princípio, que exige um visão única e abrangente de justiça e permite uma extensão coerente de direitos, fundada em princípios, das decisões políticas do passado.³²⁷

Cientes de que a criação de normas não é capaz de antever todos os fatos e suas nuances no futuro, somos dependentes da história (futura), que produz situações imprevisíveis, nos forçando a uma interpretação diferente do conjunto de normas válidas e dos paradigmas. Os paradigmas seriam justamente essas experiências de aplicação e avaliação das normas válidas, com juízo sobre suas colisões. Os paradigmas, da mesma forma que as normas válidas, devem sempre ser objeto de avaliação e críticas de sua adequação, pois não são imodificáveis.³²⁸ A ordem jurídica não existe de forma independente do processo de compreender, e seu conteúdo há de ser constantemente explorado, podendo esse efeito adaptá-lo, garantindo sua realização.³²⁹

As decisões proferidas devem, na medida do possível, tentar absorver ao máximo os princípios morais contidos nas normas, visto que tal conformação permite que seus resultados sejam respeitados e seguidos pelos indivíduos, desde que

³²⁴ GUNTHER, Klaus. **Um conceito normativo de coerencia para uma teoria de La argumentação jurídica**. Alicante: DOXA 17-18, 1995. p. 293.

³²⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 175.

³²⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 177.

³²⁷ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 161-164.

³²⁸ GUNTHER, Klaus. **Um conceito normativo de coerencia para uma teoria de La argumentação jurídica**. Alicante: DOXA 17-18, 1995. p. 294.

³²⁹ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 574.

estes possam, com seus próprios juízos, chegar ao mesmo resultado contido na decisão.³³⁰ Nesse mesmo senso, a escola estrutural-funcionalista também valoriza a consonância das decisões judiciais com as expectativas jurídicas da comunidade, que seria um dos elementos identificadores da coerência na interpretação e aplicação das normas.³³¹

Diante da inafastável pessoalidade com que são confeccionadas e executadas as decisões, há que se ter uma restrição no discurso, de forma a garantir que o mesmo, com racionalidade, diminuindo ou afastando o espaço de insegurança da sociedade, institucionalize os procedimentos legislativos e de aplicação judicial. A argumentação jurídica se situa entre as normas dadas e as decisões judiciais sobre os casos concretos.³³²

O princípio da coerência exige que as interpretações sejam devidamente justificadas, dando-se consistência tanto à decisão quanto ao sistema, tendo uma forma consequencialista de ponderação de bens e valores.³³³ O princípio da coerência não está limitado à aplicação da norma, mas, também, em relação à avaliação de validade das mesmas.

A coerência do sistema de normas e de sua aplicação está intimamente vinculada à coerência interna, psíquica, do intérprete. Nesse ponto, importante notar que os magistrados, formalmente livres para julgar e apreciar as causas como bem entenderem, também devem agir de forma coerente, respeitando suas posições pessoais e seus próprios precedentes ou forma de pensar. No entanto, de fato, os juízes nem sempre se utilizam dos mesmos métodos de interpretação, e tal quebra de coerência faz com que seu método seja o de mera racionalização da decisão que tomou por outras razões.³³⁴ A ausência de vinculação a método faz com que o resultado não seja baseado em teorias ou princípios mas, sim, simplesmente, no resultado em si mesmo, gerando clara arbitrariedade, não alcançando um solução coerente.

³³⁰ GUNTHER, Klaus. **Um conceito normativo de coerencia para uma teoria de La argumentação jurídica**. Alicante: DOXA 17-18, 1995. p. 296.

³³¹ QUEIROZ, Cristina. **Interpretação Constitucional e Poder Judicial – Sobre a epistemologia da construção constitucional**. Coimbra: Editora Coimbra, 2000. p. 147.

³³² GUNTHER, Klaus. **Um conceito normativo de coerencia para uma teoria de La argumentação jurídica**. Alicante: DOXA 17-18, 1995. p. 297.

³³³ GUNTHER, Klaus. **Um conceito normativo de coerencia para uma teoria de La argumentação jurídica**. Alicante: DOXA 17-18, 1995. p. 302.

³³⁴ BARROSO, Luis Roberto. **O novo Direito Constitucional Brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 263.

4 CRITÉRIOS DE IDENTIFICAÇÃO DA PRESENÇA DA REPERCUSSÃO GERAL.

Como visto, a correta e melhor jurisdição constitucional deve ser coerente, sendo esta conquistada a partir da conjugação de elementos hermenêuticos. Dentre os elencados no presente trabalho, destaca-se a observação das perspectivas jurídicas da comunidade, do elemento de integridade, vinculado à história institucional e a análise da adequação da norma, com ênfase na coerência interna do aplicador.

Em comum entre os pontos de vista constantes das teorias destacadas, temos o texto da norma como elemento limitador da hermenêutica e de sua aplicação, como baliza para a atividade do intérprete. No caso em pauta, a lei foi expressa ao dispor sobre os elementos que devem ser considerados quando da apreciação da Repercussão Geral, devendo ser identificada “a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.”³³⁵.

Conclui-se que o texto da norma se valeu de palavras polissêmicas, em clara textura aberta, concedendo maior grau de incidência e, via de consequência, maior espaço e responsabilidade para o aplicador. Por conta disso, passa-se a breve análise da consideração dos elementos constantes em lei para a averiguação da Repercussão Geral como conceito jurídico indeterminado.

4.1 Da Repercussão Geral como conceito jurídico indeterminado

O exercício da jurisdição passa pela comunicação, feita por meio de símbolos linguísticos, pelas palavras que constituem o sistema normativo.³³⁶ O sentido de uma palavra isolada se determina segundo a contribuição que presta para a composição do sentido de sentenças verdadeiras. As estruturas do intelecto são cunhadas pela gramática da linguagem. O arremessar para fora de um pensamento deve ter independência, de forma que tenha o mesmo significado para várias pessoas em

³³⁵ Art. 543-A do CPC, em seu “§ 1o Para efeito da Repercussão Geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).”

³³⁶ HABERMAS, Jurgen. **Agir Comunicativo e Razão Destranscendentalizada**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002. p. 72.

situações diversas, dando um resultado comum às expressões linguísticas,³³⁷ e coerência à comunicação.

As palavras que compõem os textos normativos do instituto da Repercussão Geral, dada sua amplitude e polissemia, constituem conceito jurídico indeterminado, nos mesmos moldes do que ocorreu com o instituto da arguição de relevância, já analisado no presente trabalho.³³⁸

É comum que a Constituição se utilize de referidos termos, dando espaço para que o aplicador do Direito promova as devidas adaptações, quando da aplicação. Referidos termos devem ser integrados ao caso concreto e não conseguem fugir por completo de um certo grau de subjetividade.³³⁹ Tal também ocorre por causa das negociações havidas entre as forças legislativas envolvidas, quando da confecção da norma, no Congresso Nacional, de forma que se alcance um texto aceitável para as partes que, por vezes, costuma admitir certo grau de incerteza, “pois nem sempre o legislador bem se utiliza dos vocábulos ao compor os atos legislativos”³⁴⁰, e a textura aberta dá flexibilidade ao direito, permitindo sua adequação a fatos futuros,³⁴¹ abrindo via para valorações como razoabilidade, proporcionalidade, adequação, etc.³⁴²

Em todos os campos da existência há um limite, inerente à natureza da linguagem, para a orientação que a mesma pode oferecer. Os parâmetros da interpretação não podem eliminar essas incertezas, mas podem minorá-las. A discricionariedade conferida pela linguagem à norma, se muito ampla, é capaz de dar ao intérprete a clara possibilidade de escolha, ainda que não o faça de forma arbitrária ou irracional. Como vantagem, a textura aberta tem, como dito, maior espaço de adequação e adaptação ao caso concreto, de fatos futuros, sobre os quais a norma pode incidir,³⁴³ ainda que de forma adaptada.

De fato, dada a impossibilidade de previsão de todas as ocorrências futuras, é inevitável que determinadas situações só serão resolvidas com o caso concreto, com a incidência da norma e com respeito à vontade inicial da mesma. A sua

³³⁷ HABERMAS, Jürgen. **Agir Comunicativo e Razão Destranscendentalizada**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002. p. 96-72.

³³⁸ Vide nota 24.

³³⁹ BARROSO, Luís Roberto. **O novo Direito Constitucional Brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 260.

³⁴⁰ STRECK, Lênio. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise – uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 128/129.

³⁴¹ DANTAS, Bruno. **Repercussão Geral**. São Paulo: Editora RT, 2012. p. 249.

³⁴² QUEIROZ, Cristina. **Interpretação Constitucional e Poder Judicial – Sobre a epistemologia da construção constitucional**. Coimbra: Editora Coimbra, 2000. p. 31.

³⁴³ HART, Herbert. **O conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 164.

justaposição ao caso concreto, sem olvidar o sistema no qual está inserida, resolverá, incidentalmente, a questão relativa ao termo genérico utilizado,³⁴⁴ e desde há muito é competência dos tribunais colmatar as lacunas da lei.³⁴⁵ Aí começa a importância dos precedentes, que dão estabilidade e integridade ao sistema judicial, gerando segurança mesmo diante de termos normativos com textura aberta.³⁴⁶

A opção legislativa por uma textura aberta é, por vezes, propositada e desejada, deixando que as normas produzam sua eficácia, de forma geral na comunidade, sem a necessidade de orientação oficial. A atividade estatal, por meio do Judiciário, tomaria parte na resolução dos casos concretos, quando, inclusive, nos termos das teorias aqui registradas, daria a melhor solução, adequada, avaliada e devidamente justificada,³⁴⁷ gerando a paz social.

Determinadas normas com textura abertura, como, por exemplo, que as empresas de determinado setor econômico cobrem apenas *tarifas razoáveis*, terão sua melhor exegese somente após submetidas ao contraditório, quando da solução do caso concreto, no qual o magistrado terá os elementos necessários para a busca da melhor solução. Os casos extremos, diga-se de passagem, não demandam muita reflexão na busca da solução correta. É claro que se determinada empresa cobrar tarifa claramente exorbitante, fora do *razoável*, o intérprete não terá dificuldade de identificar tal situação.³⁴⁸

Caminhando em sentido contrário ao das teorias aqui apresentadas, Hart registra que, nos casos difíceis, em situação de relativa imprecisão, a autoridade encarregada de estabelecer a norma, intérprete-aplicador, “deve evidentemente exercer sua discricionariedade”³⁴⁹ nos casos em que não há a possibilidade da questão ser resolvida por uma única solução.

Kelsen identificou, na atividade interpretativa, um certo espaço para a discricionariedade, em que há uma margem, mais ou menos ampla, de livre apreciação, o que seria a moldura, registrando que:

o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem.

³⁴⁴ HART, Herbert. **O conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 168.

³⁴⁵ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 519

³⁴⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 165.

³⁴⁷ HART, Herbert. **O conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 169.

³⁴⁸ HART, Herbert. **O conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 170.

³⁴⁹ HART, Herbert. **O conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 171.

Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do aplicador do Direito – no ato do Tribunal especialmente.³⁵⁰

É inegável que os termos linguísticos utilizados na conceituação do que é Repercussão Geral possuem carga moral e valorativa. Robert Alexy, analisando o argumento da injustiça e das normas individuais, se preocupa com os argumentos linguísticos, de clareza, de efetividade e segurança jurídica, entre outros, que, por óbvio, são preocupações aplicáveis ao instituto da Repercussão Geral.³⁵¹

Os conceitos jurídicos indeterminados podem guardar vínculos com o entendimento pessoal de experiência e de valor, que são sempre mais difíceis de lidar, tais como boa-fé, justo preço e justa indenização. Tais conceitos, quando apreciados, ou seja, uma vez esgotado o processo interpretativo, por vezes, deixam margem de apreciação subjetiva que o processo de interpretação não foi capaz de eliminar por completo.³⁵²

Como dito, as normas de textura abertura tendem a ser especificadas e adequadas quando do caso concreto e configuram o precedente, o que não significa que o problema das lacunas da norma esteja solucionado, pois sua adequação é para o caso concreto, específico, ainda que a inteligência contida na decisão possa servir de parâmetro para outros julgamentos, com o aproveitamento da *ratio decidendi* ali contida.³⁵³

Ainda assim, a utilização de um precedente como fundamento para posterior situação depende de correta e fundamentada justificação. Pode, também, o aplicador rejeitar o precedente, fazendo a distinção entre os casos e, se assim entender, justificar a sua não aplicabilidade. Os tribunais, por seus julgamentos, desempenham função normativa, elaborando padrões variáveis relativos à aplicação e interpretação das normas.³⁵⁴

A palavra repercutir vem com a ideia de ultrapassar, reverberar, consiste em conceito elástico, impreciso, apresentando zona de incerteza, de penumbra, de

³⁵⁰ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, 8 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 390.

³⁵¹ ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**, São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 46.

³⁵² COSTA, Regina Helena. "Repercussão Geral em matéria tributária". *in Repercussão Geral no Recurso Extraordinário. Estudos em homenagem à Ministra Ellen Gracie*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2011. p. 115.

³⁵³ QUEIROZ, Cristina. **Interpretação Constitucional e Poder Judicial – Sobre a epistemologia da construção constitucional**. Coimbra: Editora Coimbra, 2000. p. 341.

³⁵⁴ HART, Herbert. **O conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 174.

dúvida e se origina do latim *repercutere*, que significa fazer sentir indiretamente sua ação ou influência. O adjetivo *geral*, também do latim, *generale*, significa comum à maior parte ou à totalidade de um grupo de pessoas.³⁵⁵ A relevância é termo com alto grau de subjetividade, visto que a qualificação de determinada situação como relevante varia de acordo com o ponto de vista, com a perspectiva e história de vida do intérprete.³⁵⁶

Como visto, foi outorgada às cortes supremas norte-americana e argentina a absoluta discricção para a escolha dos casos que irão apreciar, reduzindo sobremaneira o número de processos sob sua responsabilidade, inclusive para a preservação das mesmas. Sob a égide da Emenda à Constituição de 1969, a arguição de relevância também era instituto pautado pela discricionariedade, mais ainda por conta da ausência de publicidade e fundamentação de suas decisões. As decisões sobre a presença ou ausência da Repercussão Geral, ao contrário, são públicas e devem, necessariamente, ser fundamentadas,³⁵⁷ como já exposto.

Para alguns, a textura aberta da Repercussão Geral dá ao Supremo a discricionariedade na sua avaliação, nos moldes do direito estadunidense, ainda que não tenha a amplitude do *writ of certiorari*, visto que, em nosso caso, foram estabelecidos os critérios gerais de relevância.³⁵⁸ Em sentido contrário, outros defendem que a Repercussão Geral, ainda que se caracterize como conceito jurídico indeterminado, não leva à conclusão de que sua aplicação ocorra de forma discricionária. A textura aberta é instrumento idôneo para assegurar flexibilidade ao direito, para sua correta aplicação e adequação aos fatos futuros, não devendo se confundir margem de liberdade com discricionariedade,³⁵⁹ e “o Supremo Tribunal Federal não desfruta de oportunidade e conveniência para decidir quando o Recurso Extraordinário deve ser admitido ou não”.³⁶⁰

A palavra discricionariedade, no Direito brasileiro, sempre esteve mais vinculada à ideia de Direito administrativo, no qual o administrador tem espaço para

³⁵⁵ DANTAS, Bruno. **Repercussão Geral**. São Paulo: RT, 2012. p. 260.

³⁵⁶ POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.p. 68.

³⁵⁷ Art, 93, inc. IV da CF-88.

³⁵⁸ VIANA, Ulisses Schwarz. **Repercussão Geral sob a ótica da teoria dos sistemas de Niklas Luhman**. São Paulo. Editora Saraiva, 2010. p. 38.

³⁵⁹ DANTAS, Bruno. **Repercussão Geral**. São Paulo: RT, 2012. p. 249.

³⁶⁰ COSTA, Regina Helena. “**Repercussão Geral em matéria tributária**”. *in Repercussão Geral no Recurso Extraordinário. Estudos em homenagem à Ministra Ellen Gracie*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 115.

decidir, de diversas formas, para chegar ao bem comum. Um conceito de discricionariedade pode ser

A margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal.³⁶¹

Em nossa visão, as regras da Repercussão Geral não dão discricionariedade forte ao Supremo Tribunal Federal, ainda que estejamos diante de conceito jurídico indeterminado, cuja interpretação e aplicação envolvem atividade valorativa, de cunho subjetivo. No entanto, é conveniente a identificação de parâmetros objetivos para se delimitar o campo de incidência da Repercussão Geral. A atividade do Supremo de admitir ou rejeitar Repercussão Geral a determinado caso não é de simples subsunção, mas de adequação, na qual devem ser expostos os respectivos argumentos capazes de demonstrar que aquela é a melhor solução para o caso concreto, inclusive com base nos parâmetros hermenêuticos aqui abordados, pois é na fundamentação que reside o raciocínio judicial, as razões de decidir.³⁶²

Não há dúvida de que a Repercussão Geral tem, dentre as suas finalidades, a de gerar segurança jurídica, pelo que se espera que o Supremo Tribunal Federal, quando de sua aplicação, busque sempre a melhor e mais apropriada das soluções, inclusive explicitando as razões de decidir. Esse formato fará com que sejam atendidas as expectativas jurídicas da comunidade, como valora a *policy oriented school of jurisprudence*, com que sejam respeitadas a história e a integridade do sistema, como valora Dworkin, e também que a jurisdição ocorra de forma coerente, preocupação marcante nas ideias de Gunther, todas aqui explicitadas.

No curso da atividade jurisdicional do Supremo Tribunal Federal na apreciação da repercussão é que teremos a revelação da hermenêutica a ser desenvolvida pelo mesmo, quando serão explicitadas as posições do plenário em relação aos mais variados temas, de tal forma que o subjetivismo na análise será, cada vez mais, limitado. No entanto, na prática, há precedentes do Supremo, admitindo a repercussão, nos quais não se identifica, no voto vencedor, a justificativa da escolha, não tendo os jurisdicionados acesso às informações que

³⁶¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2 ed, São Paulo: Malheiros. 1993. p. 48.

revelariam a posição da Corte na apreciação da repercussão, em sentido contrário ao que recomendaria a boa hermenêutica, como será demonstrado a seguir.

4.2 Dos critérios específicos previstos em lei.

Quando do julgamento do Recurso Extraordinário, para que seja considerada presente a Repercussão Geral, deve ser analisada “a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa”.³⁶³ Por opção do legislador, ainda que com textura aberta, são esses os temas que devem ser abordados pelas partes recorrentes, em preliminar, quando da interposição do recurso.

Como assunto relevante do ponto de vista econômico, pode-se inferir matéria relativa ao aspecto financeiro, cujos efeitos sejam de natureza pecuniária, tanto para o trato de interesses particulares quanto de ordem pública. Tais elementos versam sobre, por exemplo, o sistema financeiro de habitação, a privatização de serviços públicos ou, ainda, questões de cunho financeiro vinculadas à telefonia, ao saneamento básico e à infraestrutura.³⁶⁴ Também poderiam ser inseridos nessa temática os processos que envolvam grandes indenizações contra o Poder Público, como já ocorreu em processo analisado pelo Supremo, ainda sob a égide do instituto da arguição de relevância.³⁶⁵ Nesse caso, ainda que não se tratasse de hipótese com milhares de processos repetitivos, a matéria foi considerada de relevância nacional, pois discutiam-se os critérios de pagamento e reajuste de dívida, de responsabilidade do Governo que, ao final, sairia dos cofres públicos.

A Constituição regulamenta diretamente os assuntos de natureza econômica, mormente quando afirma que um de seus fundamentos é a livre iniciativa³⁶⁶ e ao assegurar a propriedade privada como direito fundamental,³⁶⁷ entre diversos outros direitos e garantias fundamentais de natureza econômica, a Constituição regulamenta a tributação e ordem financeira do Estado.³⁶⁸

³⁶² QUEIROZ, Cristina. **Interpretação Constitucional e Poder Judicial – Sobre a epistemologia da construção constitucional**. Coimbra: Editora Coimbra, 2000. p. 341.

³⁶³ CPC – Art. 543-A, parágrafo 1º.

³⁶⁴ MEDINA, José Miguel Garcia. **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: RT, 2011. p. 624.

³⁶⁵ Nessa linha, foi acolhida a arguição de relevância em processo que tratava do índice de correção da indenização paga por desapropriação. RE 99785, relatoria Ministro Moreira Alves, DJ 17.6.1983;

³⁶⁶ CF/88 – Art. 1º, inc. IV.

³⁶⁷ CF/88 – Art. 5º, caput.

³⁶⁸ CF/88, Títulos VI e VII.

Já sob a égide da Repercussão Geral, foram admitidos recursos extraordinários que versavam sobre a necessidade de serem discriminados os pulsos para a cobrança dos serviços de telefonia³⁶⁹, sobre a diferença de vencimentos de servidor público derivada de indexação monetária³⁷⁰ e responsabilidade do Estado advinda da falta de previsão geral anual de remuneração dos servidores públicos³⁷¹, entre outros que poderiam ser considerados como sendo relevantes do ponto de vista econômico.

Não obstante, temos precedentes nos quais seria possível inferir Repercussão Geral de natureza econômica, mas nos quais o Recurso Extraordinário não foi admitido, destacam-se o relativo ao debate sobre a incidência ou não de imposto de renda sobre a parcela advinda de juros nas reclamações trabalhistas.³⁷² Houve também negativa da presença da Repercussão Geral no processo em que se discutia o formato da incidência dos juros, se de forma progressiva, nas contas do FGTS.³⁷³

O segundo tema objeto de Repercussão Geral diz respeito à relevância do ponto de vista político.³⁷⁴ Como relevância de natureza política, teríamos assuntos capazes de influenciar nas relações com estados estrangeiros ou organismos internacionais.³⁷⁵ Entendemos por bem inserir, ainda, as causas que tratem de possível conflito entre os poderes da República e, a depender do caso, do pacto federativo. Também seriam objeto de apreciação do ponto de vista político os direitos constantes da Constituição³⁷⁶, incluindo expressamente o direito de votar e ser votado, os critérios de elegibilidade, o exercício dos direitos políticos e a regulamentação dos partidos, entre outros. Destaca-se, nesse ponto, o Recurso Extraordinário que discutiu a aplicação da Lei da Ficha Limpa nas eleições de 2010 (Lei Complementar nº 135/2010), ocorrida quando do julgamento dos Recursos Extraordinários nº 631.102 e 630.147³⁷⁷. Outra questão de natureza política foi debatida quando do julgamento do RE 568.596³⁷⁸, relativa à elegibilidade de ex-cônjuge de ocupante de cargo político quando a dissolução da sociedade ocorre no

³⁶⁹ STF – RE-RG 561.574/PE, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 31.01.2008.

³⁷⁰ STF – RE-RG 561.836/RN, Rel. Min. Eros Grau, DJ de 21.02.2008.

³⁷¹ STF – RE-RG 565.089/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 13.12.2007.

³⁷² STF – RE 511.612/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, mérito ainda não julgado.

³⁷³ STF – RE 628.137/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 23.11.2010.

³⁷⁴ CPC – Art. 543-A, parágrafo 1º.

³⁷⁵ MEDINA, José Miguel García. **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: RT, 2011. p. 624.

³⁷⁶ CF/88 – Arts. 12 a 17.

³⁷⁷ STF – RE 630.147/DF, Pleno, Relator Min. Ayres Britto, DJ de 05.12.2011.

³⁷⁸ STF – RE 568.596/MG, Pleno, Relator Min. Ricardo Lewandowski, DJ de 21.11.2008.

curso do mandato. Também de relevância política a apreciação do ARE 664.575³⁷⁹ em que, por apertada margem, foi reconhecida a Repercussão Geral em relação ao prazo decadencial de 180 dias para a propositura de representações, por parte do Ministério Público, em relação à doação de recursos de campanha eleitoral acima do limite legal.

A terceira hipótese de assunto a ser apreciado em sede de Repercussão Geral diz respeito à relevância do ponto de vista social.³⁸⁰ Como relevância social, talvez o tema de identificação mais corriqueira, temos as questões sociais como um todo, entre as quais a educação, moradia, saúde e segurança pública.³⁸¹ Seriam também objeto de apreciação, no ramo dos direitos sociais, aqueles constantes da Constituição,³⁸² incluindo expressamente o direito ao lazer, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, entre outros. A ordem social também é regradada no Título VIII da CF/88.

Os direitos sociais fazem parte da evolução da história do homem, tidos como direitos de segunda geração, e devem ser concretizados, ainda que submetidos a fatores de ordem material. Não obstante, é extremamente complexa e penosa a interpretação e aplicação das normas constitucionais definidoras dos direitos sociais.³⁸³

O direito à moradia, ainda que de forma tangencial, foi debatido no RE 612.360³⁸⁴, no qual foi apreciada e reconhecida a possibilidade de penhora de imóvel residencial de fiador de contrato de locação. Ainda em relação à relevância social, no tocante à segurança pública, foi reconhecida a Repercussão Geral no ARE 654432³⁸⁵, que trata da possibilidade de greve por parte de servidores da polícia civil. Por fim, em relação à educação, destaca-se o julgamento do RE 597285³⁸⁶, no qual se discutiu a constitucionalidade do sistema de cotas para ingresso nas universidades federais.

Por fim, o último tema da relevância diz respeito ao ponto de vista jurídico³⁸⁷, dentre os quais destacam-se a proteção ao direito adquirido e aos regimes jurídicos

³⁷⁹ STF – RE 664.575/AM, Pleno, Relator Min. Joaquim Barbosa, mérito ainda não julgado.

³⁸⁰ CPC – Art. 543-A, parágrafo 1º.

³⁸¹ MEDINA, José Miguel Garcia. **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: RT, 2011. p. 624.

³⁸² CF/88 – Arts. 6º e 7º.

³⁸³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 763.

³⁸⁴ STF – RE 612.360/SP, Pleno, Relatora Min. Ellen Gracie, DJ de 02.09.2010.

³⁸⁵ STF – RE 664.575/GO, Pleno, Relator Min. Ricardo Lewandowski, mérito ainda não julgado.

³⁸⁶ STF – RE 597.285/GO, Pleno, Relator Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 09.05.2012.

³⁸⁷ CPC – Art. 543-A, parágrafo 1º.

de servidores, tanto da ativa como inativos, como ocorre no julgamento do RE 606199³⁸⁸. No RE 611503,³⁸⁹ resta pendente solução sobre a exequibilidade de decisão judicial, com trânsito em julgado, que tenha sido fundamentada em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo, nos termos do parágrafo único do art. 741 do CPC, em discussão de clara relevância jurídica.

Além das temáticas específicas, é muito comum que as manifestações sobre a presença ou ausência de Repercussão Geral façam menção ao fato de que o tema ultrapassa o interesse das partes³⁹⁰, na grande maioria sem a devida justificativa ou especificação. Por vezes registram, também, o grande número de processos com a mesma controvérsia.³⁹¹ Parece já existir consenso entre os Ministros quanto ao fato de que haver ação de controle concentrado em curso no Supremo, como ocorreu no RE 591797³⁹², também enseja a Repercussão Geral.

Como visto, quando da aplicação da norma pelo Supremo Tribunal Federal, seria auspicioso que ocorresse a especificação dos critérios constantes do CPC, que revelasse sua visão sobre o instituto quando de sua aplicação, justamente nas razões de admissão ou denegação da repercussão. Ainda que não devam ser tão elaboradas ou mesmo complexas e longas como as decisões conclusivas sobre o mérito dos feitos, temos que a especificação das matérias e os critérios utilizados na apreciação da repercussão poderiam ser mais bem explicitados, como se verá a seguir.

4.3 Do comportamento do Supremo Tribunal Federal na análise da Repercussão Geral.

Como visto, a normatização da Repercussão Geral explicitou os elementos e assuntos que devem ser levados em consideração quando de sua apreciação. Cientes de que os termos utilizados são de textura aberta³⁹³, caberia aos aplicadores da norma a depuração de tais conceitos, com a sua correta adequação ao caso concreto, dando à comunidade e à sociedade a segurança jurídica na interpretação de tão importante instituto.

³⁸⁸ STF – RE 606.199/PR, Pleno, Relator Min. Teori Zavascki, mérito ainda não julgado.

³⁸⁹ STF – RE 611.503/SP, Pleno, Relator Min. Teori Zavascki, mérito ainda não julgado.

³⁹⁰ Como ocorreu no RE 567110/GO, Pleno, Relatora Min. Carmen Lúcia, DJ de 11.04.2011.

³⁹¹ STF – RE 603.191/MT, Pleno, Relatora Min. Ellen Gracie, DJ de 05.09.2011.

³⁹² STF – RE 591.797/SP, Pleno, Relator Min. Dias Toffoli, mérito ainda não julgado. Constou da manifestação da Repercussão Geral: “Entendo que a existência de ação de controle concentrado sobre o tema é suficiente para demonstrar a Repercussão Geral da matéria constitucional suscitada no Recurso Extraordinário.”

No entanto, repita-se, da análise das manifestações dos ministros do Supremo que são enviadas a debate no plenário virtual, identificamos que as razões de decidir, os fundamentos, por vezes, não estão presentes nas decisões. Tal situação impede qualquer tipo de controle, inclusive a avaliação de sua justificativa externa, pois ausentes as premissas em que se baseou a decisão. Tal ocorrência pode ser capaz de gerar, até mesmo, situação de afastamento da legitimidade da jurisdição para o caso concreto.

A repercussão tem sua dimensão subjetiva, no que se refere à identificação de qual grupo social será atingido pela decisão a ser proferida, cujo foco são os destinatários dos efeitos da mesma. Assim, na aplicação da norma, caberia ao Supremo delimitar a eficácia o termo geral constante da lei, para que se identificasse o que configuraria um grupo social relevante capaz de exigir a apreciação da Corte em causa de seu interesse. Exemplos de grupo social relevante podem ser os índios, os estudantes universitários, os aposentados, etc. Tal delimitação, feita pelo Supremo, inclusive com a avaliação da expressividade numérica do grupo, seria de extrema importância, inclusive como forma de se evitar casuísmos, que poderiam ensejar o descrédito e o fracasso do instituto.³⁹⁴

Em se avaliando o grupo social e, conseqüentemente, sua expressividade numérica, o Supremo deveria verificar se o pleito judicial posto trata de questão judicial com vistas à salvaguarda de interesse das minorias, pelo que, ainda que a expressividade numérica não fosse marcante, talvez estivesse presente a relevância social, ou mesmo jurídica. A possível violação de direito fundamental, por si só, é capaz de atrair, para alguns, a incidência e o necessário reconhecimento da Repercussão Geral, pois esta seria presumida. Ainda assim, seria conveniente que o Supremo sinalizasse, nos fundamentos das razões de decidir quando da apreciação da Repercussão Geral, qual seria a expressão numérica capaz de ensejar a presença da Repercussão Geral.³⁹⁵

Na apreciação da repercussão no RE 572762³⁹⁶ o Supremo andou bem quando manifestou que “a hipótese descrita nos autos possui relevância política e econômica, pois diz respeito a todos os municípios catarinenses, o que, portanto, também ultrapassa o interesse individual dos entes federativos em litígio”,

³⁹³ HART, Herbert. **O conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 164.

³⁹⁴ DANTAS, Bruno. **Repercussão Geral**. São Paulo: RT, 2012. p. 252.

³⁹⁵ DANTAS, Bruno. **Repercussão Geral**. São Paulo: RT, 2012. p. 255-257.

³⁹⁶ STF – RE 572.762/SC, Pleno, Relator Min. Ricardo Lewandowski, DJ de 05.09.2008.

identificando, de forma expressa e precisa, o grupo social atingível pela decisão. O registro de tal elemento e sua posterior aprovação pelo quorum exigido para a admissão da repercussão a legitima e, além disso, contribui para a jurisdição futura da Corte, pois os precedentes adquirem a chamada força de promulgação, colaborando em julgamentos posteriores.³⁹⁷

O mesmo ocorreu na apreciação da repercussão no RE 567110³⁹⁸, relatada pela Exma. Dra. Ministra Carmen Lúcia, cujo tema era a aposentadoria especial para os policiais civis, quando foi delimitado o grupo social atingível pela decisão, registrando que “o tema constitucional tem relevância jurídica e ultrapassa o interesse das partes, pois diz respeito à revogação de dispositivo legal que disciplina a aposentadoria de uma das categorias com maior número de servidores públicos do País.”

Como já observado, um elemento capaz de auxiliar o Supremo na aferição da relevância do grupo social envolvido com a questão debatida nos autos, bem como da importância do tema, seria o interesse pela causa, revelado pela apresentação de pedidos de ingresso de *amicus curiae*, que dão ao julgador um indicativo das forças sociais e dos grupos econômicos envolvidos no caso, nos exatos termos identificados pela *cue theory* americana.³⁹⁹

De outra banda, há também o aspecto objetivo, no tocante a quais matérias seriam hábeis a configurar a Repercussão Geral, pelo que seria de extrema conveniência, até mesmo para a futura e correta utilização dos precedentes, que a fundamentação explicitasse as razões de decidir, dando consistência, eficiência e coerência ao sistema.⁴⁰⁰ A fundamentação, como ato obrigatório da jurisdição, foi, inclusive, objeto de debate em sede de Repercussão Geral, quando o Supremo julgou o Agravo de Instrumento nº 791292-PE⁴⁰¹, no qual restou reafirmada a jurisprudência do Tribunal no sentido de que o inciso IX do art. 93 da CF/88 determina que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente. No mesmo sentido, já mencionada no presente trabalho, a questão de ordem tratada no RE 559.99, que impôs o dever ao relator do primeiro voto

³⁹⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 174.

³⁹⁸ RE 567110/GO, Pleno, Relatora Min. Carmen Lúcia, DJ de 11.04.2011.

³⁹⁹ CALDEIRA, A. Gregory; WRIGHT, R. John. **Organized Interests and Agenda Setting in the U.S. Supreme Court**. The American Political Science Review, Vol. 82, No. 4 (Dec. 1988), pp. 1109-1127.

⁴⁰⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 50 e 60.

⁴⁰¹ STF – AG-RG 791.292/PE, Pleno, Relator Min. Gilmar Mendes, DJ de 13.08.2010.

divergente na apreciação da repercussão a obrigação de dar a sua devida fundamentação.⁴⁰²

No entanto, em certas questões, as decisões do Supremo em admissão da Repercussão Geral parecem carecer da devida fundamentação, não mencionando se a relevância do caso seria social, política, jurídica ou econômica, como ocorreu na manifestação do Exmo. Sr. Ministro Marco Aurélio Mello no RE 602043⁴⁰³, relativo a incidência do teto remuneratório a servidores ocupantes de dois cargos públicos antes da Emenda Constitucional 41/2003, que possui os seguintes fundamentos para reconhecer a presença da Repercussão Geral:

2. Salta aos olhos a necessidade de enfrentamento da matéria de fundo, buscando pacificar, em interpretação sistemática, o alcance da Emenda nº 41/2003 e, no tempo, do artigo 17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias no que sustenta o Estado a retroação do preceito inserido na Carta da República a revelar o teto remuneratório.
3. Pronuncio-me no sentido da configuração da Repercussão Geral.
4. À Assessoria, para acompanhar o incidente.
5. Se for admitida a existência de Repercussão Geral, colham o parecer do Ministério Público Federal.
6. Publiquem.

Como visto, a fundamentação não se manifesta sobre os efeitos transcendentais da causa nem especifica a relevância pela qual, no processo, estaria configurada a repercussão. Ainda assim a Repercussão Geral foi reconhecida pelo Plenário.

Outra decisão que nos parece particularmente instigante para a hipótese aqui tratada ocorreu na apreciação da presença da Repercussão Geral no RE 566032⁴⁰⁴, relatada pelo Ministro Gilmar Mendes e que tratava da constitucionalidade da alíquota de 0,38% de CPMF nos primeiros 90 dias de sua promulgação, cuja decisão apenas consignou que “revela-se questão que alcança relevância econômica, política, social e jurídica, e que ultrapassa os interesses subjetivos da causa.”, sem nenhuma outra explicação sobre a relação entre o caso concreto e a conclusão de que o mesmo caracterizaria tal situação. O único fato registrado em

⁴⁰² STF – RE-QO 559.994/RS, Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 06.04.2009: “Decisão: O Tribunal, resolvendo questão de ordem, aprovou proposta do Presidente, Ministro Gilmar Mendes, no sentido de que o primeiro ministro que divergir, no julgamento do Plenário Virtual, produza desde logo, via sistema, os seus fundamentos. Em seguida, determinou o encaminhamento do presente Recurso Extraordinário ao Senhor Ministro Menezes Direito, para os fins propostos na questão de ordem, e julgou prejudicado o pedido de reconsideração. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Celso de Mello e Joaquim Barbosa. Plenário, 26.03.2009.”

⁴⁰³ STF – RE-RG 602.043/PE, Pleno, Relator Min. Gilmar Mendes, DJ de 13.08.2010.

⁴⁰⁴ STF – RE-RG 566.032/RS, Pleno, Relator Min. Gilmar Mendes, DJ de 23.10.2009.

seguida foi o de que “tendo em vista a possibilidade de repetição de processos versando sobre a mesma matéria, necessária a apreciação da questão por esta Corte.” É fato que a CPMF atingia todos os titulares de conta bancária no país, pela sua incidência, mas, mesmo assim, a presença das razões de decidir são imprescindíveis para o caso concreto, não podendo as mesmas serem presumidas pelo destinatário ou intérprete da decisão.

Outro caso interessante para a hipótese aqui tratada ocorreu quando da apreciação da Repercussão Geral no RE 576847⁴⁰⁵, relativo ao cabimento de mandado de segurança nos processo sob o rito da Lei nº 9.099/95, cujos elementos constantes da manifestação para reconhecer a presença da Repercussão Geral foram:

3. A recorrente sustenta violação do disposto nos artigos 5º, II, XXXVI e LIV; 21, XI; 22, IV; 37, XXI; 87, parágrafo único, II; 109, I; e 170, todos da Constituição do Brasil.
4. Entendo que a questão constitucional debatida tem Repercussão Geral, vez que não se limita ao interesse subjetivo das partes.
5. Tenho como presentes os pressupostos da relevância.
6. Manifesto-me pela existência de Repercussão Geral da questão constitucional suscitada no Recurso Extraordinário, submetendo-o à apreciação dos demais Ministros desta Corte.

Mais uma vez, a fundamentação não especifica a relevância pela qual o processo teria configurada a repercussão, não sendo possível inferir os elementos de convicção do aplicador da norma. Ainda assim, a Repercussão Geral foi reconhecida pelo Plenário.

Em decisão recente, de abril de 2013, ocorrida no RE 717.424⁴⁰⁶, apreciando a repercussão quanto à distribuição das cadeiras nos tribunais de contas estaduais, de relato do Exmo. Sr. Ministro Marco Aurélio, foi reconhecida a repercussão do tema com base em manifestação cujos únicos registros como fundamentos foram:

- No tocante ao tema de fundo, reclama a manifestação do Supremo presente o alcance do artigo 73, parágrafo 2º, da Carta Federal no que revela a composição heterogênea das Cortes de Contas. O caso envolve a distribuição das cadeiras e o que veio a ser vislumbrado pelo Tribunal de origem como necessidade de constitucionalizar-se a composição do Tribunal de Contas de Alagoas.
3. Tenho configurada a Repercussão Geral.

⁴⁰⁵ STF – RE-RG 576.847/BA, Pleno, Relator Min. Eros Grau, DJ de 07.08.2009.

⁴⁰⁶ STF – RE-RG 717.424/AL, Pleno, Relator Min. Marco Aurélio, com mérito ainda não julgado.

Como visto, não há menção a qual temática refere-se à suposta relevância da matéria, nem também qual seria o grupo social atingido pelos efeitos transcendentais da decisão. Assim, ainda que não ocorra na totalidade das manifestações sobre a apreciação da Repercussão Geral, tem-se que é recorrente a não exposição das razões de decidir sobre o tema, estando a fundamentação exageradamente reduzida, comprometendo a legitimidade e o controle da decisão.

A ausência de fundamentação, além de inconstitucional, como já registrado pelo próprio Supremo, passa a ideia de que a decisão sobre a Repercussão Geral, por ser legalmente irrecurável,⁴⁰⁷ teria forte carga de discricionariedade, em sentido não previsto e não permitido em nosso ordenamento jurídico, como demonstrado no presente trabalho. A discricionariedade em sentido forte está vinculada à ideia de ausência de vinculação legal ou padrões previamente determinados,⁴⁰⁸ o que não é o caso do Supremo na apreciação da Repercussão Geral. Reconhecendo a inconstitucionalidade de decisão sem a devida fundamentação, Gilmar Mendes⁴⁰⁹ já registrou que:

Uma decisão judicial que, sem fundamento legal, afete situação individual revela-se igualmente contrária à ordem constitucional, pelo menos ao direito subsidiário da liberdade de ação (*Auffanggrundrecht*).

Em relação à importância da correta exposição dos fundamentos da decisão, ela deve ser interpretada não como um ato volitivo, mas, sim, como um ato de conhecimento, e esse precedente passa a valer não porque tenha sido posto pela instância competente, mas, sim, porque, doravante, seus fundamentos e sua conclusão passam a ser reconhecidos como corretos.⁴¹⁰

Insistimos, o Supremo Tribunal Federal deveria, quando da análise da Repercussão Geral, conceito jurídico indeterminado com riqueza de possibilidades de interpretação, expor o método hermenêutico utilizado, bem como sua fundamentação, até mesmo como forma de se evitar, em futuro próximo, decisões contraditórias, dependentes de escolhas valorativas e que afastarão a desejada segurança jurídica. A tensão entre a facticidade e validade, inerente ao Direito,

⁴⁰⁷ CPC – Art. 543-A, caput.

⁴⁰⁸ DWORCKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 32.

⁴⁰⁹ MENDES, Gilmar. **Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 306.

⁴¹⁰ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 573

manifesta-se na jurisdição, justamente entre a segurança jurídica e a pretensão da produção de decisões corretas.⁴¹¹

A preocupação com a justificação da decisão judicial é uma constante, pois a mesma afeta não só a extensão da autoridade judicial como também a obrigação moral e política da comunidade acatar a determinação ali contida⁴¹², com a mesma preocupação de Gunther em relação à legitimidade e as colisões externas, que só são identificadas quando da aplicação da norma, cuja decisão deve ser devidamente fundamentada.⁴¹³ Também na escola estrutural-funcionalista, o intérprete é obrigado a justificar sua decisão para que essa seja submetida à aceitabilidade racional, à análise das premissas em que baseou a decisão, permitindo o controle e limitação do poder decisório.⁴¹⁴ Tal parece não ocorrer em todas as apreciações do Supremo em sede de Repercussão Geral.

Reconheçam-se as dificuldades inerentes à interpretação constitucional, entre as quais a variedade e a indeterminação das normas constitucionais, como já dito, e como fatores exógenos, a deficiência da técnica legislativa, os diferentes critérios pelos quais se movem os órgãos de poder e a influência incontornável das pré-compreensões dos intérpretes, mais ainda em uma sociedade complexa e plural.⁴¹⁵ Mas tais fatores não afastam a obrigação de uma fundamentação clara e precisa sobre a decisão adotada.

Em relação aos limites da interpretação concernente à hermenêutica jurídica e sua aplicação, faz-se indispensável a ideia de se estabelecer parâmetros objetivos para controlar e racionalizar a interpretação, assegurando-se o princípio da segurança jurídica, mais ainda pela abertura dos enunciados constitucionais.⁴¹⁶

⁴¹¹ HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia – Entre facticidade e validade. Volume I.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010. p. 245.

⁴¹² DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2010.p. 9.

⁴¹³ GUNTHER, Klaus. Um concepto normativo de coherencia para uma teoria de La argumentação jurídica. Tradução de Juan Carlos Velasco Arroyo. Alicante: DOXA 17-18, 1995. p. 281.

⁴¹⁴ QUEIROZ, Cristina. **Interpretação Constitucional e Poder Judicial – Sobre a epistemologia da construção constitucional.** Coimbra: Editora Coimbra, 2000. p. 163.

⁴¹⁵ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e Constituição.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009. p. 324.

⁴¹⁶ COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional.** 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 111.

CONCLUSÃO

Após análise das origens do Recurso Extraordinário, vemos que ele sempre sofreu influência norte americana, inclusive quando da edição da Repercussão Geral, que seguiu, guardadas as proporções, o modelo do *writ of certiorari* americano. Em relação à forma de controle do número de processos que aportam no Supremo, analisamos os modelos argentino e norte-americano, sendo certo que ambos se valeram de argumentos estruturados em discricção forte como instrumento de contenção, o que não ocorreu em nosso modelo. O nosso constituinte derivado impôs, como critério de admissão do Recurso Extraordinário, a necessidade de Repercussão Geral da matéria,⁴¹⁷ em conjunto com os assuntos de relevância social, econômica, política ou jurídica, que foram escolhidos pela Lei.⁴¹⁸

Identificamos que em momento anterior, ainda sob a ordem da Constituição Federal de 1967, a Corte Constitucional brasileira se valeu de argumentos fundados em discricção judicial com o objetivo de diminuir o número de processos identificados como arguição de relevância, analisado no presente trabalho e descartado pela Constituinte de 1988. Foram também pontuadas as críticas em relação ao referido instituto, inclusive por conta da ausência de publicidade e necessidade de fundamentação de suas decisões, o que não se compatibiliza com a atual ordem constitucional.

Com a exposição da teoria do indício, a partir da tentativa de identificação dos critérios utilizados pela Suprema Corte americana, é possível constatar a ausência das razões a fundamentar a atividade de escolha dos processos que serão julgados, a partir do uso da discricção judicial. Ainda que tenha suas vantagens, aceitas e convenientes para o ordenamento jurídico americano, tal modelo de decisão peca pela ausência de fundamentação que, nos termos demonstrados no presente trabalho, é instrumento indispensável para a legitimidade, controle e limitação da jurisdição, com o saudável afastamento do exercício da subjetividade volitiva.

⁴¹⁷ Parágrafo 3º do art. 102 da CF/88: “§ 3º No Recurso Extraordinário o recorrente deverá demonstrar a Repercussão Geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.”

⁴¹⁸ § 1º do art. 543-A do CPC

A intermediação do intérprete é inerente ao ato de aplicação e interpretação do Direito e, no caso particular do Supremo Tribunal Federal, deve ser imposto e exigido que, em todas as suas decisões, constem, claramente, as razões de decidir, até como forma de objetivar o discurso e permitir sua aceitação pela comunidade jurídica, o que dará estabilidade e coerência ao sistema.

Em relação à Repercussão Geral, podemos dizer que o Supremo Tribunal, com esse novel elemento, deu à sua atuação um novo significado, com a mutação quantitativa do alcance de suas decisões, aperfeiçoando a satisfação das necessidades coletivas. Nesse sentir, junto com o novo elemento vieram também novas responsabilidades, entre as quais a imperativa necessidade de expor e justificar a escolha das causas consideradas como de Repercussão Geral. Em sua atividade, os ministros são obrigados a conjugar seus elementos cognitivos e volitivos, que convivem em estado de tensão,⁴¹⁹ e que devem ser expostos nas decisões como elemento da democracia, da justificação da conclusão alcançada. Até mesmo porque “a normatividade não se relaciona com o texto da norma. Apenas o resultado da interpretação se apresenta como norma jurídica”⁴²⁰ e deve ser legítimo, fundamentado.

Nesse sentir, e na tentativa de dar a seus julgados maior legitimidade e densidade jurídica, mostra-se indispensável que referidas decisões exponham, de forma clara, os elementos característicos do que entendem por questões relevantes em cada uma das temáticas da Repercussão Geral, dando força e coerência ao sistema de precedentes, ainda que dentro do próprio Supremo Tribunal Federal.

Quando o Tribunal constitucional adota posição consistente e fundamentada em relação aos casos de Repercussão Geral, como produto de uma teoria interpretativa, com a utilização de critérios racionais e imparciais, devidamente fundamentados, terá a aceitabilidade social e submeter-se-á ao controle qualitativo de seus fundamentos pela comunidade jurídica. Esses precedentes, com o tempo, são considerados como Direito vigente, Direito judicial, sempre com cautela às concepções equivocadas, interpretações defeituosas e valorações insuficientemente fundamentadas, que poderão ser objeto de revisão, demonstrada sua necessidade.

⁴¹⁹ QUEIROZ, Cristina. **Interpretação Constitucional e Poder Judicial – Sobre a epistemologia da construção constitucional**. Coimbra: Editora Coimbra, 2000. p. 322.

⁴²⁰ QUEIROZ, Cristina. **Interpretação Constitucional e Poder Judicial – Sobre a epistemologia da construção constitucional**. Coimbra: Editora Coimbra, 2000. p. 336.

Assim, é desejável que, sempre se aprimorando, o Supremo Tribunal Federal revele com clareza os elementos das suas razões de decidir, de forma completa e fundamentada, sobre a existência ou inexistência da Repercussão Geral, tudo como forma de garantir controlabilidade do ato, legitimando-o e, também, para dar coerência ao sistema.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGRA, Walber de Moura. **Aspectos controvertidos do controle de constitucionalidade**. Salvador: Podium, 2008.

ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. **A argüição de relevância no Recurso Extraordinário**. São Paulo: Revista dos Tribunais.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2 ed. São Paulo: Malheiros. 1993.

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **O novo Direito Constitucional Brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2008.

CALDEIRA, A. Gregory; WRIGHT, R. John. **Organized Interests and Agenda Setting in the U.S. Supreme Court**. *The American Political Science Review*, Vol. 82, No. 4 (Dec. 1988).

COELHO, Gláucia Mara. **Repercussão Geral – Da Questão Constitucional no Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2009.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CORTÊS, Osmar Mendes Paixão. **Recurso Extraordinário. Origem e desenvolvimento no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

COSTA, Regina Helena. “**Repercussão Geral em matéria tributária**”. *in Repercussão Geral no Recurso Extraordinário. Estudos em homenagem à Ministra Ellen Gracie*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2011.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. “**A função do Supremo Tribunal Federal e a força de seus precedentes: enfoque nas causas repetitivas**”. *in Repercussão Geral no Recurso Extraordinário. Estudos em homenagem à Ministra Ellen Gracie*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2011.

DANTAS, Bruno. **Repercussão Geral**. São Paulo: RT, 2012.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FERRAZ, Taís Schilling. “Repercussão Geral – muito mais que um pressuposto de admissibilidade”. *in Repercussão Geral no Recurso Extraordinário. Estudos em homenagem à Ministra Ellen Gracie*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

GUNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na moral. Justificação e Aplicação**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002.

HABERMAS, Jurgen. **Agir Comunicativo e Razão Destranscendentalizada**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

_____. **Direito e Democracia – Entre facticidade e validade**. Vol.1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010.

HART, Herbert. **O conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.

KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. **A arguição de relevância e o Supremo Tribunal Federal**. Monografia apresentada no curso de Teoria Geral do Direito Público II, no Mestrado em Direito e Estado da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Brasília. 2001.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**, 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Teoria Pura do Direito**, 8 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KOSELLECK, Reinhart. **Futuro Passado. Contribuição à semântica dos tempos históricos**. Rio de Janeiro: Contraponto-Editora PUC, 2006.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LOR, Encarnacion Alfonso. **Súmula Vinculante e Repercussão Geral: novos institutos de direito processual constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MARINONI, Luís Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: RT, 2011.

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

MENDES, Gilmar. **Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MOREIRA, Luiz. **A Constituição como simulacro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

O'BRIEN M. David. **Join-3 Votes, the Rule of Four, the Cert. Pool, and the Supreme Court's Plenary Docket**. *Journal of Law & Politics*, Vol. XIII:779, 1997.

PAIVA, Paulo. "A Repercussão Geral no pensamento do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito". *in Observatório da Jurisdição Constitucional*. Ano 4, 2010/2011.

PERRY Jr., H. W. **Deciding to decide: agenda setting in the United States Supreme Court**. Cambridge: Harvard University, 1991.

PINTO, José Guilherme Berman Corrêa. **Repercussão Geral e Writ of Certiorari**. Dissertação de Mestrado. PUC-Rio Certificação Digital no. 04108004/CB. 2006.

POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

QUEIROZ, Cristina. **Interpretação Constitucional e Poder Judicial – Sobre a epistemologia da construção constitucional**. Coimbra: Editora Coimbra, 2000.

REIS, Maria do Carmo Guerrieri Saboya. "Anotações sobre o Poder Judiciário americano". In **Revista de Informação Legislativa**, Brasília ano 33 n. 129 jan./mar. 1996.

ROSENFELD, Michel. **A identidade do Sujeito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SAGUES, Maria Cristina. "Recurso Extraordinário federal y gravedad institucional". *in Derecho Procesal Constitucional*. Pablo Luiz Manili (coordinador) Buenos Aires: Editorial Universidad.

SAGUES, Néstor Pedro. **Derecho Procesal Constitucional - Recurso extraordinario**. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2002.

SILVA, Kelly Susane Afllen da. **Hermenêutica Jurídica e concretização judicial**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

SOUZA, Augusto César de. **A parcialidade positiva do juiz**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2008.

SPOTA, Alberto Antônio. "Recurso Extraordinário federal y arbitrariedad de sentencia". *in Derecho Procesal Constitucional*. Pablo Luiz Manili (coordinador) Buenos Aires: Editorial Universidad.

STRECK, Lênio. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise – uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

_____. **Verdade e Consenso**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2006.

ULMER, S. Sidney; HINTZE, William e KIRKLOSKY, Louise. **The decision to grant or deny certiorari: further consideration of cue theory**. 6 Law & Society Review. 637 1971-1972.

VIANA, Ulisses Schwarz. **Repercussão Geral sob a ótica da teoria dos sistemas de Niklas Luhman**. São Paulo. Saraiva, 2010.