

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO - IDP

**Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito
Processual Civil**

Naly Granja dos Santos

A REPERCUSSÃO GERAL:

**O exercício da jurisdição e do poder
discricionário pelos ministros do STF**

BRASÍLIA

2011

NALY GRANJA DOS SANTOS

**A REPERCUSSÃO GERAL:
O exercício da jurisdição e do poder
discricionário pelos ministros do STF.**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista no curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Processual Civil do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Brasília – DF

2011

NALY GRANJA DOS SANTOS

A REPERCUSSÃO GERAL: O exercício da jurisdição e do poder discricionário pelos ministros do STF.

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista no curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Processual Civil do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em __/__/__, com menção ____ (_____).

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

Agradecimentos

Primeiramente a DEUS, que tem sido meu ajudador e capacitador apesar das minhas limitações.

Ao meu esposo, Washington Luiz, pela presença e estímulo constantes.

Às minhas filhas, Catarina Luíza e Amanda Maria, pelo carinho e apoio nos momentos de cansaço e desânimo.

Ao Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP, pelo apoio e assistência prestados ao longo deste trabalho.

Resumo

A Emenda Constitucional n. 45, ao introduzir o parágrafo 3º ao artigo 102 da Constituição Federal, estabeleceu mais um juízo de admissibilidade ao recurso extraordinário a repercussão geral da questão constitucional. O presente trabalho objetiva a partir de uma pesquisa instrumental com respaldo na doutrina e legislação acerca dos diversos aspectos que envolvem a repercussão geral como condição imprescindível à admissão do recurso extraordinário, estudar os reflexos mais relevantes decorrentes do novel instituto no exercício da jurisdição e do poder discricionário pelos ministros da Suprema Corte Nacional. Efetivamente, afigura-se relevante o estudo da legislação pertinente ao tema, além da regulamentação desse procedimento no âmbito da Suprema Corte em razão da orientação de seus precedentes jurisprudenciais, a fim de que seja possível a visualização dos efeitos da repercussão geral no exercício da jurisdição e do poder discricionário pelos ministros do Supremo Tribunal Federal. Para tanto, a área de pesquisa será de forma preponderante a do Direito Processual Civil fazendo-se, se necessário, algumas incursões em outras áreas do Direito. Nesse contexto, não se pretende discutir, de forma exaustiva, os fundamentos teóricos do instituto debatido: repercussão geral, mas a sua importância e reflexos no direito processual civil brasileiro, a fim de se aferir a sua legitimidade e o papel reservado aos ministros integrantes da Suprema Corte como guardiões da Constituição Federal.

Palavras chave: repercussão geral. Exercício. Jurisdição. Poder discricionário. STF

Abstract

The Constitutional Amendment n. 45, upon introducing the paragraph 3º to the art. 102 of the Federal Constitution, established more a judgment of admissibility to the extraordinary appeal: the general repercussion of the constitutional question. The present objective work from an instrumental research with endorsement in the doctrine and legislation about the many aspects that involve the general repercussion as indispensable condition to the admission of the extraordinary appeal: study the resulting most prominent consequences of the novel institute in the exercise of the jurisdiction and of the discretionary power by the Supreme National Court. Actually, appears-itself prominent the study of the legislation concerning the subject, beyond the regulation of that procedure in the scope of the Most supreme Court on account of the orientation of his jurisprudential precedents, in order to that be possible the viewing of the effects of the general repercussion in the exercise of the jurisdiction and of the discretionary power for the judges of supreme Federal Court. For so much, the area of research will be of predominant form to of the Civil Procedural law doing itself, if necessary, some incursions in other areas of the Right. In that context, is not going to be discussed, of exhaustive form, the theoretical basics of the institute debated: general repercussion, but to his importance and consequences in the Brazilian civil procedural right, in order to investigate its legitimacy and the paper reserved to the Supreme Court as guardian of the Federal Constitution.

Bold: general repercussion. Exercise. Jurisdiction. Discricionary. STF

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1. JURISDIÇÃO	
1.1. Conceito, características e princípios fundamentais	11
1.2. Jurisdição constitucional	15
1.3. A extensão e a legitimação do exercício da jurisdição.....	21
2. REPERCUSÃO GERAL	
2.1. Origem e fundamentos	27
2.2. A repercussão geral como instrumento de controle	31
2.3. Natureza jurídica da repercussão geral	32
3. A REPERCUSÃO GERAL COMO INSTRUMENTO DE PODER DOS MINISTROS DO STF	
3.1. Critérios de determinação da repercussão geral	35
3.2. A indeterminação conceitual da repercussão geral	36
3.3. Exercício da jurisdição e do poder discricionário pelo STF na determinação da repercussão geral	37
4. CONCLUSÃO	44
5.REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	46

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como objetivo abordar a discussão acerca da repercussão geral como novel instituto regulador do acesso ao Supremo Tribunal Federal e as consequências jurídicas dele provenientes relativamente aos temas jurisdição e poder discricionário do magistrado de forma mais particular.

Para tanto, a área de pesquisa será de forma preponderante a do Direito Processual Civil fazendo-se, se necessário, algumas incursões em outras áreas do Direito.

Nesse contexto, não se pretende discutir, de forma exaustiva, os fundamentos teóricos do instituto debatido repercussão geral, mas a sua importância e reflexos no direito processual civil brasileiro, a fim de se aferir a sua legitimidade e o papel que lhe foi reservado como meio de restabelecer a função primordial da Suprema Corte como guardiã da Constituição Federal.

A Emenda Constitucional n. 45/2004 incluiu entre os pressupostos de admissibilidade do recurso extraordinário a exigência da repercussão geral da questão constitucional abordada, regulamentada mediante a Lei 11.418/2006 que alterou os artigos 543-A e 543-B do Código de Processo Civil e pelas Emendas Regimentais ns. 21/07; 23/08; 24/08; 29/2009 e 31/2009 do RISTF.

Assim, o presente trabalho destina-se a identificar os reflexos práticos e doutrinários trazidos pela Repercussão Geral ao ordenamento jurídico pátrio, revisitando-se alguns conceitos como jurisdição e poder discricionário do juiz à luz do novo instituto.

Partindo-se do princípio de que o instituto estudado constitui uma tentativa de desafogar o Supremo Tribunal Federal a fim de que este consiga bem desenvolver seu papel de defensor da Constituição e, ainda, otimizar a entrega da tutela jurisdicional, procura-se estabelecer quais as possíveis problemáticas resultantes na busca da consecução desses objetivos.

Com efeito, afigura-se relevante estabelecer se o novo meio de filtragem de acesso ao Supremo Tribunal Federal irá, de fato, agilizar a entrega da prestação jurisdicional sem prejuízo ao atendimento de outros direitos fundamentais consagrados na Lei Maior, extraindo-se dos conceitos doutrinários e legais a compreensão e extensão dos seus efeitos.

Busca-se, em face da instituição da repercussão geral, realizar uma revisão bibliográfica sobre os conceitos de jurisdição e poder discricionário do juiz e estabelecer uma relação de legitimidade entre o referido instituto e estes conceitos.

Propõe-se a comparação entre os objetivos de um lado, da repercussão geral como fator que, potencializando o papel do Supremo Tribunal Federal no cenário jurídico nacional, permite que este julgue questões de relevância do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos das partes litigantes e, de outro lado, a sua real contribuição na administração da justiça.

A partir da Emenda Constitucional 45/2004 não bastava apenas que a matéria constitucional estivesse debatida no acórdão recorrido, tornou-se imprescindível, também, a demonstração da repercussão geral da controvérsia constitucional posta na lide como preliminar, como condição de processamento e admissibilidade do recurso extraordinário. A nova exigência de demonstração de repercussão da matéria constitucional trata de política judiciária, com a finalidade de desafogar a Excelsa Corte em busca da realização do direito fundamental à efetiva tutela jurisdicional (Zani, 2008)¹.

Este trabalho objetiva, portanto, responder à seguinte questão: Qual a influência da Repercussão Geral no exercício da jurisdição e do poder discricionário pelo STF?

O que se pretende é refletir sobre os aspectos mais relevantes do exercício da jurisdição e do poder discricionário dos ministros do STF, e para isso far-se-á necessária uma revisão do conceito de jurisdição, assim como se estabelecer a distinção entre jurisdição comum e jurisdição constitucional.

¹ Cláudia Regina Luz Zani, Repercussão Geral e o princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional. R. Fac. Dir. UFG, Vol. 32, n. 2, p. 99-109, jul/dez 2008.

O presente estudo será realizado a partir de uma pesquisa instrumental com respaldo principalmente doutrinário acerca dos diversos aspectos que envolvem a repercussão geral como condição imprescindível à admissão do recurso extraordinário e os reflexos mais relevantes decorrentes do novel instituto no exercício da jurisdição e do poder discricionário pelos ministros da Suprema Corte Nacional.

O tema ora proposto foi inspirado a partir da obra intitulada *Jurisdição e Processo* escrita pelo autor Nicola Picardi², e que põe em relevo o papel desempenhado pelo juiz e a tendência cada vez maior do aumento de seus poderes, em face de vários fatores determinantes, entre outros a multiplicidade de ritos e a criação desordenada de leis pelo legislativo de um lado, e por outro a omissão deste no preenchimento das lacunas legais que lhe competem, a jurisprudência profícua dos tribunais superiores.

O referido autor discursa sobre as formas de implemento e legitimação do poder, suas formas de controle e a necessidade de que esse controle seja exercido mediante uma adequada organização das instituições, o que, conforme afirma, “termina necessariamente por compreender – também e, sobretudo – o juiz e a jurisdição, a instituição de garantia por excelência”.

A partir de conceitos como jurisdição, legislação e administração, procura situar a verdadeira extensão e legitimidade da atividade jurisdicional pelo magistrado no exercício da função que lhe é imanente: a justa prestação da tutela jurisdicional.

O estudo será desenvolvido em três capítulos.

No primeiro serão abordados os temas relativos à jurisdição, ao poder do juiz e a extensão e legitimação desse poder.

Em seguida, no segundo capítulo, se definirá a origem e os fundamentos da repercussão geral, sua natureza jurídica e a sua caracterização como instrumento de controle.

² Nicola Picardi,. *La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione*, In _____ *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, 2004. Ensaio em homenagem a Giuseppe Tarzia. Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira.

Por fim, no terceiro capítulo, passaremos à verificação dos critérios de definição da repercussão geral, visitando a generalidade de sua conceituação e como essa indeterminação conceitual se reflete na aplicação do poder discricionário pelos ministros do STF no exercício de sua função jurisdicional constitucional.

1. JURISDIÇÃO

1.1. Conceito, características e princípios fundamentais

Na lição de Athos Gusmão Carneiro³ (2009, p.3):

Ao direito subjetivo de 'ação', pela qual alguém pede ao Estado que lhe faça justiça, corresponde a atividade estatal da 'jurisdição, pela qual o Estado cumpre o dever, mediante um devido processo legal, administrar justiça aos que a solicitaram.

Assim, jurisdição é função inerente à soberania do Estado que tem por objetivo a composição da lide mediante a substituição da vontade privada, pela vontade da lei.

Segundo Seabra Fagundes⁴ (1957, p. 13-15)

O Estado, uma vez constituído, realiza os seus fins através de três funções em que se reparte a sua atividade: legislação, administração e jurisdição. O exercício dessas funções é distribuído pelos órgãos denominados Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário. É de notar, porém, que cada um desses órgãos não exerce, de modo exclusivo, a função que nominalmente lhe corresponde, e sim tem nela a sua competência principal ou predominante.

Vale ressaltar, contudo, que a lide nem sempre se relaciona apenas aos interesses particulares. Com efeito, ensina Galeno Lacerda⁵ (2006, p. 67-8) ao ampliar o conceito "carnelutiano", que existem interesses relevantes pertencentes a outras esferas da ordem jurídica de forma que a lide não se manifesta apenas em conflitos entre particulares. Ou seja, considerando os "valores antinômicos" tutelados pelo direito, os conflitos também podem envolver interesses públicos ou de ordem pública sem que isso desfigure a atividade jurisdicional do juiz, sendo forçoso admitir que "existe lide sempre que houver, também, conflito de interesses públicos ou particulares, a serem compostos pelo processo".

A jurisdição caracteriza-se como atividade exercida pelo juiz como *longa manus* do poder estatal ao longo do processo, objetivando o seu momento culminante: a sentença de mérito, meio pelo qual é aplicado o direito ao caso concreto. Athos Gusmão Carneiro⁶ (2009), afirma que são "jurisdicionais todos os atos do juiz praticados em processo de jurisdição contenciosa, pois praticados com a

³ Athos Gusmão Carneiro. *Jurisdição e Competência*, 16ª edição, Editora Saraiva.

⁴ Miguel SEABRA Fagundes, O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, 3ª Ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1957.

⁵ Galeno Lacerda, Teoria Geral do Processo, Forense, 2006.

⁶ Op. cit., p. 6.

finalidade de lograr, ao final, a eliminação da lide pela aplicação do direito em concreto”.

Prosseguindo, o referido autor (2009)⁷ esclarece ainda, que:

A jurisdição dirige-se, essencialmente à eliminação (ou composição) do conflito de interesses existente (ou virtual) entre as partes. A lide é eliminada mediante a declaração e aplicação do direito incidente ao caso concreto (processo de conhecimento), ou mediante a realização do direito (processo de execução)

A jurisdição é, assim, poder, função e atividade: como poder, é manifestação do poder estatal, conceituado como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões. Como função expressa o encargo que têm todos os órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e através do processo. E como atividade ela é o complexo de atos do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função que a lei lhe comete.

Cumpre assinalar que a atividade jurisdicional distingue-se das demais atividades exercidas pelo Estado Legislador e pelo Estado Executivo.

Com efeito, tanto o legislador quanto o administrador estando adstritos ao cumprimento da lei, podem e devem aplicá-la no exercício de suas atribuições. Contudo, como alerta Athos Gusmão Carneiro (2009), a sua aplicação “não assume caráter definitivo”.

O ato jurisdicional ultrapassa a mera declaração da vontade legal, pois se caracteriza precipuamente, pela eliminação definitiva da lide por um terceiro - o juiz – mediante o devido processo legal, com a aplicação coativa da lei.

Galeno Lacerda, (Apud Athos Gusmão)⁸:

Jurisdição é o poder de declarar o direito e de o aplicar em caso concreto, resolvendo de uma forma definitiva a lide ou qualquer questão de direito. É também o poder de coerção com a finalidade de executar uma sentença, depois de transitada em julgado. É poder, além disso, de o juiz investigar a matéria de fato, poder de documentação. Todos estes poderes estão ínsitos na jurisdição.

Percebemos que além da lide, do caráter substitutivo e da atuação do direito, a jurisdição possui as características da inércia e da definitividade. Sobre a inércia, Cintra, Grinover e Dinamarco⁹ (2008, p. 150-1) doutrinam que:

⁷ Op. cit., p. 7.

⁸ Op. cit., p.8-9.

Outra característica da jurisdição decorre do fato de que os órgãos jurisdicionais são, por sua própria índole, inertes (*nemo iudex sine actore, ne procedat iudex ex officio*). O exercício espontâneo da atividade jurisdicional acabaria sendo contraproducente, pois a finalidade que informa toda a atividade jurídica do Estado é a pacificação social e isso viria em muitos casos fomentar conflitos e discórdias, lançando desavenças onde elas não existiam antes. Há outros métodos reconhecidos pelo Estado para a solução de conflitos (conciliação e, extraprocessual, autocomposição e, excepcionalissimamente, autotutela e o melhor é deixar que o Estado só intervenha, mediante o exercício da jurisdição, quando tais métodos não tiverem surtido efeitos”.

O que motiva o exercício da atividade estatal da jurisdição é, portanto, o requerimento endereçado ao Estado-Juiz pela parte interessada em obter o bem da vida a que entende ter direito. Sem que haja essa iniciativa mantém-se inerte a atividade jurisdicional. É o que diz o artigo 2º do Código de Processo Civil: “nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou interessado a requerer, nos casos e formas legais”.

Uma das características mais específicas dos atos jurisdicionais é a sua imutabilidade, ou seja, toda sentença, depois de transcorridos os prazos recursais ou esgotadas todas as instâncias recursais, faz coisa julgada formal, sendo que a sentença de mérito, como diz de Athos Gusmão Carneiro (2009, p.18)¹⁰:

(...) adquirem, além disso, também a autoridade de ‘coisa julgada material’: sua eficácia projeta-se fora do processo em que tal sentença foi proferida, tornando-se imutáveis os efeitos da sentença (segundo Liebman), ou imutável a declaração contida na sentença (Hellwig). Transitada uma sentença materialmente em julgado, não poderão mais as partes (ou seus sucessores) discutir ou reclamar, em processo posterior, quanto ao bem da vida que a sentença atribuiu, ou denegou, a qualquer delas. Esta é a ‘eficácia vinculativa plena’ característica da atividade jurisdicional, e que só a atividade jurisdicional produz.

Cintra, Grinover e Dinamarco (2008)¹¹ destacam como princípios inerentes da jurisdição, o princípio da investidura, da aderência ao território, da indelegabilidade, da inevitabilidade, da inafastabilidade, do juiz natural e da inércia.

O princípio da investidura relaciona-se ao fato de que a jurisdição só poderá ser desempenhada por quem tiver sido regularmente investido no cargo de juiz, pois sendo monopólio do Estado deverá ser exercida por pessoas físicas que sejam seus órgãos ou agentes. No caso da jurisdição, como dito, essas pessoas são os juízes.

⁹ Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Teoria Geral do Processo, 24ª edição, Malheiros Editores, 2008.

¹⁰ Op. cit.

¹¹ Op. cit.

O princípio da aderência ao território traduz a ideia da limitação da soberania nacional aos seus limites territoriais, o que significa dizer que a autoridade do juiz está circunscrita às fronteiras do território estatal.

Em decorrência, todo e qualquer ato jurisdicional a ser praticado fora do território nacional dependerá da colaboração do juiz do outro Estado estrangeiro a que for dirigido esse ato.

O princípio da indelegabilidade diz respeito à impossibilidade de qualquer um dos Poderes delegar atribuições. Ou seja, é vetada a designação, substituição ou convocação de juízes pelos Poderes Executivo e Legislativo. Tampouco, pode o Poder Judiciário em seu próprio âmbito delegar funções a outro órgão. É que, o magistrado, não exerce a função jurisdicional em nome próprio, e muito menos por um direito próprio: ele é, aí, um agente do Estado.

O princípio da inevitabilidade indica que como emanção da soberania estatal, a autoridade do juiz impõe-se independentemente da vontade das partes. Isto é, determinada a aplicação da lei ao caso concreto e ocorrendo o trânsito em julgado da sentença, as partes estão obrigadas ao comando nela inserto, ainda que o resultado obtido não tenha sido o desejado. A situação de ambas as partes perante o Estado-juiz é de sujeição, que independe de sua vontade e consiste na impossibilidade de evitar que sobre elas e sobre sua esfera de direitos se exerça a autoridade estatal.

O princípio da inafastabilidade da jurisdição garante a que todos tenham acesso ao Poder Judiciário o qual, ao seu turno, não pode se esquivar de entregar a prestação jurisdicional solicitada.

Nesse sentido dispõe o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal: “a lei não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito”. De igual forma, o artigo 126, do Código de Processo Civil: “o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei”, cabendo-lhe aplicar “as normas legais” e não as havendo, recorrer “à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”.

Por sua vez, o princípio do juiz natural garante o julgamento da lide por juiz independente e imparcial. Consiste, conforme Nelson Nery Júnior¹² (2001, p. 103) com remissão a Karl Schwab, Gomes Canotilho, Vital Moreira e Celso Bastos:

Na exigência de determinabilidade, que é a prévia individualização dos juízes, por meio de leis gerais; na garantia da justiça material, decorrente da independência e imparcialidade dos juízes, no estabelecimento de critérios objetivos para fixação da competência dos juízes e na exata observância das determinações referentes à divisão funcional interna.

1.2. Jurisdição constitucional

Segundo Paulo Bonavides¹³ (2004) o conceito de jurisdição constitucional em sua visão contemporânea está ligado à necessidade do estabelecimento de uma “instância neutra, mediadora e imparcial”, na solução dos conflitos constitucionais, atuando, sobretudo, como “moderadora de conflitos”.

Se jurisdição é função, poder e atividade do Estado consistente em aplicar coativamente e de forma vinculante o direito para obter a justa composição da lide e a conseqüente paz social, o exercício da jurisdição constitucional constitui o poder de eliminar determinado ato ou comando normativo contrário à Constituição.

O constitucionalismo, movimento político-liberal inspirado na Revolução Francesa de 1789, surgiu como uma reação aos regimes autoritários predominantes na Europa dos séculos XVII e XVIII, com o objetivo de instituir certos princípios democrático-liberais e modificações significativas no direito positivo e na estrutura política existente.

Uma das principais alterações revelou-se com o surgimento da Constituição como forma de documento escrito no qual seriam estabelecidos os princípios fundamentais de organização do Estado, tais como forma e aquisição do poder, pressupondo a existência de uma normatização jurídica destinada a assegurar o exercício regular das funções estatais.

Em razão da fragilidade desses princípios e regras constantes da Constituição decorrentes da imposição política dos poderes públicos, especialmente

¹² Nelson Nery Júnior, O juiz natural no direito processual civil comunitário europeu, RePro, 101, p. 103.

¹³ Paulo Bonavides, Jurisdição Constitucional e Legitimidade, In Estudos Avançados 18 (51), 2004, p. 128.

daquele a que se atribui o poder de governar, ela, a própria Constituição é a regra que estabelece forma mais difícil para sua alteração, introduzindo elementos de rigidez impeditivos a que as normas nela constantes, possam ser alteradas como as normas gerais de direito – as leis.

Hans Kelsen¹⁴ a partir do conceito de Constituição como “o alicerce do Estado, a base jurídica que se pretende abarcar” e princípio mediante o qual se expressa juridicamente “o equilíbrio das forças políticas do momento”, e como norma reguladora da elaboração das leis, das normas gerais em execução das quais atuam os órgãos estatais”, admite a necessidade de se lhe emprestar a maior estabilidade possível, sujeitando sua “revisão a procedimento especial, que comporta requisitos do mais difícil atendimento”.

Assinala a distinção entre forma constitucional e forma legal ordinária, e afirma que apenas a Constituição, no sentido estrito e próprio do termo, “se reveste dessa forma especial ou – como se diz habitualmente, se não acertadamente – que a Constituição no sentido material coincide com a Constituição no sentido formal”.

Se a Constituição como ato normativo apenas poderá ser contrariada mediante procedimento especial, verifica-se a necessidade de criação de instrumentos e mecanismos capazes de fiscalizarem se os poderes públicos e os demais destinatários da norma constitucional estão obedecendo aos preceitos nela insertos.

Constatada a necessidade da existência de mecanismos controladores da regularidade da aplicação das normas constitucionais, a maior dificuldade apresentada foi determinar qual dos órgãos iria exercer essa função fiscalizadora sendo, no particular, os Estados Unidos o primeiro país a reconhecer aos tribunais o poder de afastar quaisquer atos normativos contrários ao texto constitucional, instituindo o “judicial review” a ser procedido pelo Poder Judiciário.

O “judicial review” foi institucionalizado em 1803 a partir do caso *Marbury v. Madison*, em que a Suprema Corte americana julgou inconstitucional lei do Congresso norte-americano que lhe atribuía a competência para processar e julgar

¹⁴Hans Kelsen, *La garantie juridictionnelle de La Constitution (la Justice cosntitucionale)* mai-juin 1928, p. 197-257.

originariamente os *writs of mandamus* em casos não determinados na Constituição norte-americana.

O exercício desse controle pelo Poder Judiciário gerou enormes controvérsias e a necessidade de criação, por sua vez, de instrumentos que impusessem limites aos próprios tribunais no desempenho dessa função fiscalizadora.

As principais limitações implementadas ao *judicial review* foram a *causes or controversies*: determinando as cortes e tribunais apenas poderão afastar o ato normativo contrário ao texto constitucional no âmbito dos casos e das controvérsias submetidas ao Judiciário; e a *political questions* : em que a Suprema Corte americana se abstém de julgar a constitucionalidade de determinado ato normativo, alegando que este reveste caráter político.

Ainda assim, ao Poder Judiciário caberá a última palavra acerca do cumprimento ou não da norma constitucional e, dessa forma, os magistrados terminam como fiscalizadores do próprio poder e com a liberdade em aferir a conveniência no julgamento de certas causas.

Não obstante a prevalência da função judicial em fazer o último juízo acerca do cumprimento da norma constitucional é de se registrar que os demais poderes também efetuam de certa maneira interpretações do texto constitucional ao exercerem as funções que lhes são afetas.

Porém, como salientado, o órgão jurisdicional é que efetivamente detém o poder de dar a interpretação da Constituição em última instância, definindo a conformidade de determinada lei em face do texto constitucional, pois apenas a definição por ele declinada, do que é ou não constitucional, é que irá prevalecer sobre qualquer outra interpretação anteriormente sugerida.

Portanto, o modelo norte-americano que concentra o exercício da jurisdição legal e da jurisdição constitucional pelos mesmos órgãos do Poder Judiciário, outorgando-lhes o controle dos próprios limites, contamina de certa forma a jurisdição legal pela superioridade inerente à jurisdição constitucional, a dá azo a

que os juízes se recusem a aplicar a norma legal por uma suposta contrariedade à norma constitucional, ampliando a possibilidade do uso da arbitrariedade.

O modelo europeu, diversamente do *judicial review*, faz a separação orgânica da jurisdição legal e da jurisdição constitucional. Na jurisdição legal os órgãos judiciais permanecem vinculados à lei. Já a jurisdição constitucional é desempenhada pelo Tribunal Constitucional, que tem o poder dar a última palavra acerca da adequação das leis e atos normativos à Constituição.

Foi a partir das concepções teóricas de Hans Kelsen que a necessidade de se instituir mecanismos de controle da regularidade da aplicação das normas constitucionais se fortaleceu na Europa, tornando-se definitiva com a Constituição austríaca de 1º de outubro de 1920.

A solução encontrada no modelo proposto por Hans Kelsen sugere a concentração do poder de controle da constitucionalidade em apenas um órgão impede o exercício da jurisdição constitucional de forma difusa e incidental, no intuito de evitar o risco de decisões conflitantes.

No caso, o mecanismo para provocação do Tribunal Constitucional poderá ser implementado mediante regras processuais postas à disposição dos legitimados para requerer o pronunciamento daquele órgão sobre a constitucionalidade de determinado ato normativo.

Esse poder de provocar o Tribunal Constitucional seria exercido pelas autoridades públicas, ministros, tribunais superiores e, até mesmo, pelo próprio Tribunal Constitucional ao ter que aplicar alguma norma.

O Tribunal Constitucional na forma concebida por Kelsen se erege, ao lado dos Poderes Legislativo Executivo e Judiciário, em um novo Poder do Estado autônomo, destinado ao exercício da jurisdição constitucional a ser realizado de forma abstrata.

Essa forma de controle realizada em sede de jurisdição constitucional abstrata, por discutir em tese, a constitucionalidade de texto normativo, acirra ainda mais a tensão entre os poderes, pois a intervenção do Tribunal Constitucional se opera de forma imediata e interfere no interesse de vários grupos.

No sistema concentrado-abstrato, as decisões proferidas pelos tribunais constitucionais possuem eficácia *erga omnes*, o que lhes confere a característica de *legisladores negativos*, já que na concepção kelseniana a função legislativa e a função jurisdicional diferem apenas relativamente ao grau de concretude da norma que produzem. Ou seja, o legislador produz as normas que irão se submeter ao crivo do Tribunal Constitucional¹⁵ o qual, por sua vez, irá, se for o caso, anular o ato normativo geral contrário à Constituição e produzir uma nova norma geral contrária a que foi anulada.

Porém, independente do sistema adotado – da unidade ou dualidade da jurisdição – é indiscutível que o exercício da jurisdição constitucional tem por finalidade banir do ordenamento jurídico qualquer ato normativo contrário à Constituição.

O modelo brasileiro de jurisdição constitucional segue, em regra, o controle de constitucionalidade realizado pelo Poder Judiciário, basicamente em duas modalidades: a difuso-concreto e a concentrada-abstrata.

A forma de controle difuso-concreto baseada no *judicial review* norte americano, caracteriza-se pela possibilidade de ser exercida por qualquer juiz ou tribunal, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, diante de um determinado caso concreto, produzindo efeito apenas entre as partes.

A segunda forma encontra seus fundamentos no modelo europeu de controle concentrado de constitucionalidade e consiste na apreciação objetiva e direta de um ato normativo estatal em face do texto constitucional, resultando daí a possibilidade de banimento da norma tida por inconstitucional do ordenamento jurídico pátrio.

Nesses casos, caberá apenas ao Supremo Tribunal Federal como Corte Constitucional, o exercício do controle concentrado da constitucionalidade, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante para os demais órgãos do Judiciário e da Administração Pública.

¹⁵ Hans Kelsen, La garantie juridictionnelle de La Constitution..., p. 195

O modelo de controle difuso foi adotado no Brasil na Constituição Republicana de 1891, inovando a relação dos poderes constituídos no Brasil: o controle jurisdicional antes monopolizado pelo denominado *Poder Moderador*, contemplado na Constituição Imperial de 1824, passou a permitir o controle jurisdicional de constitucionalidade de leis federais e de “*leis e atos dos governos dos Estados em face da Constituição*” (artigo. 59, 3, *b*, da CF/1891), pelo Poder Judiciário que passou a desempenhar a função de limitar a atividade do Estado em favor dos direitos do cidadão.

Não obstante, o exercício da jurisdição constitucional pelo Poder Judiciário restringia-se às lides submetidas à sua apreciação, sendo-lhe defeso o exame da constitucionalidade da norma na via concentrada.

Com a Constituição de 1934, surgiu a possibilidade de o Senado Federal suspender no todo ou em parte o texto declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade, mas foi apenas com a Emenda 16/1965 à Constituição de 1946, prevendo a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, que passou a ser admitido o controle concentrado de constitucionalidade.

Dessa forma, a evolução da jurisdição constitucional levou o Brasil a adotar, definitivamente, com a Constituição de 1988, o sistema misto de controle jurisdicional combinando os dois sistemas de controle de constitucionalidade acima descritos, cada qual com suas características.

Posteriormente, com a Emenda Constitucional n. 3 de 1992, foram criados dois novos instrumentos de controle: a Ação Direta de Constitucionalidade e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental,

Incrementou-se, destarte, uma preponderância do controle concentrado de constitucionalidade a provocar o surgimento de uma crise de legitimidade, onde se acena de um lado, o papel fundamental desse controle para a concretização dos ideais sociais e democráticos preconizados pelo Estado de Direito e de outro, a complicação estrutural da relação entre os poderes.

Não obstante o considerável avanço realizado com a Constituição vigente mediante o emprego alargado do controle concentrado de constitucionalidade

verifica-se que o mau uso desses institutos de controle, particularmente pelo Executivo, poderá estremecer a independência do juiz e “desvirtuar as bases da legitimidade da própria jurisdição constitucional” (BONAVIDES-2004)¹⁶.

Dessa forma, a evolução da jurisdição constitucional levou o Brasil a adotar, definitivamente, com a Constituição de 1988, o sistema misto de controle jurisdicional combinando os dois sistemas de controle de constitucionalidade acima descritos, cada qual com suas características peculiares, observando-se uma preponderância do controle concentrado a provocar o surgimento de uma crise de legitimidade, onde se acena de um lado, o papel fundamental desse controle para a concretização dos ideais sociais e democráticos preconizados pelo Estado de Direito e de outro, a complicação estrutural da relação entre os poderes.

1.3. A extensão e a legitimação do exercício da jurisdição

A passagem do liberalismo clássico para o Estado-providência foi marcada pela criação de novas correntes políticas que insatisfeitas pelo formalismo exacerbado das liberdades consagradas nos textos constitucionais e internacionais, reclamavam por medidas que assegurassem o seu efetivo cumprimento.

Buscaram-se, então, meios protetivos ao hipossuficiente, mediante a criação de programas assistenciais para as comunidades carentes de serviço público e meios legais que as resguardassem da miséria, doença e da incapacidade laborativa por força da idade.

A criação do denominado *Welfare State*¹⁷ promoveu a demanda pela criação de medidas legislativas que desse fundamento legal e jurídico a atuação do Estado na ordem econômica e social, ampliando a liberdade legislativa para atender a enorme solicitação por medidas sociais e intensificando a produção de leis, incrementando o exercício da jurisdição pelo aumento de supostas inconstitucionalidades legais.

¹⁶ Paulo Bonavides, *Jurisdição Constitucional e Legitimidade*, In *Estudos Avançados* 18 (51), 2004, p.130

¹⁷ Também conhecido como Estado-providência, é um tipo de organização política e econômica que coloca o Estado como ente promotor do bem estar social, político e econômico.

A inadequação de vários textos constitucionais às novas exigências de implantação de políticas sociais e econômicas levou a promulgação das chamadas Constituições modernas que passaram a trazer em seu bojo as regras disciplinadoras das relações econômicas e sociais.

Em consequência dessa ampliação do número de normas constitucionais reguladoras das relações sociais e econômicas ocorreu um adensamento do poder de controle dos órgãos judiciais no exercício da jurisdição constitucional, uma hipertrofia dos poderes do juiz, assim como a independência e a autonomia do exercício da jurisdição e os deslocamentos de poderes observados nos diversos aparelhos, originando a chamada politização do Poder Judiciário, uma vez que a disciplina constitucional da ordem social e econômica deu-se, sobretudo, por meio de normas de conteúdo programático destinadas a estabelecer as metas e diretrizes a serem seguidas pelo Estado no cumprimento do bem estar social.

Essas regras não disciplinam diretamente a matéria, porém, remetem sua regularização à complementação legislativa posterior, verificando-se, ainda, que o constituinte utilizou-se de fórmulas e expressões imprecisas ensejadoras de várias opções interpretativas, possibilitando aos órgãos judiciais um enorme grau de liberdade e criatividade.

Esse quadro remete como afirma Nicola Picardi (2004)¹⁸, a uma situação não diferente daquela do *ancien regime*,¹⁹ no qual a pluralidade de fontes, a indeterminação normativa e a predominância da jurisdição levaram “o movimento iluminista à exigência da codificação como meio de impor uma barreira ao exercício arbitrário da magistratura”.

A imposição de metas e diretrizes por meio de normas programáticas levou os órgãos judiciais a se tornarem participantes na concretização das políticas sociais e econômicas objetivadas pelo Estado, na medida em que submeteu ao seu

¹⁸ Op. cit.

¹⁹ Segundo a historiografia da época da Revolução Francesa, o *Ancien Regime* desenvolveu-se a partir da monarquia francesa do Medievo e foi derrubado séculos depois, em 1789, pela Revolução Francesa. O poder no Antigo Regime baseava-se em três pilares: a monarquia, o clero e a aristocracia. A sociedade era dividida em três Estados: o Primeiro Estado, o clero; o Segundo Estado, a nobreza; o Terceiro Estado o resto da população.

escrutínio a adequação das ações dos demais poderes em face dos fins colimados na Constituição.

A legitimidade dessa interferência cada vez maior dos órgãos judiciais nas esferas dos demais poderes com a prerrogativa em invalidar atos por eles praticados, é questionada ao argumento de que os componentes das Cortes Constitucionais não foram eleitos pelo povo e nem tampouco suas decisões sofrem fiscalização.

No Estado Social Democrático de Direito, a democracia e o princípio da soberania popular têm seus contornos definidos na Constituição a qual estabelece a forma a ser observada para a manifestação dessa vontade e os critérios mínimos a serem preenchidos pelos seus órgãos representantes.

A discussão travada sobre o controle de constitucionalidade pelo Judiciário e a sua limitação parte do pressuposto de que os agentes dos Poderes Executivo e Legislativo são escolhidos mediante eleição popular e estão submetidos ao controle e responsabilização política por seus atos, o mesmo não se verificando relativamente aos juízes.

Contudo, esse questionamento é discutível, considerando não apenas que a jurisdição constitucional é o mais eficiente instrumento de contenção do poder político mediante o controle da regularidade da aplicação das normas constitucionais, mas, também, o fato de o tecido legislativo apresentar margens de abertura em face da adoção de técnicas legislativas elásticas e matizadas, que dão origem à criação de conceitos doutrinários indeterminados.

Os fundamentos de legitimidade da jurisdição constitucional encontram suas raízes nas teorias positivistas e pós-positivistas.

A primeira vertente caracteriza-se por não conceber uma interpretação constitucional da norma e nem uma teoria da decisão de correta aplicação da Constituição, de forma que no caso de um conflito entre a norma constitucional e ato normativo ordinário, ao juiz caberia aplicar a norma de hierarquia superior com efeitos retroativo.

Dentro desse quadro, a jurisdição constitucional se apresentava plenamente compatível com a teoria da separação dos poderes, pois o ato jurisdicional refletiria um ato meramente cognitivo, como ato de aplicação de uma vontade já pré-constituída pelo ato legislativo.

No contexto delineado pelo advento do Estado Social, o exercício da jurisdição como mera declaração da vontade mostrou-se ultrapassado, e assim, ficou afastada a legitimação da atividade jurisdicional por seus agentes e órgãos, desde o juiz de primeira instância, até os ministros integrantes das cortes superiores.

O exaurimento do modelo positivista e a conseqüente deslegitimação da atuação jurisdicional, levou a filosofia do direito contemporâneo à criação do modelo pós-positivista o qual apesar de reconhecer a impossibilidade de aplicação das normas jurídicas, notadamente das normas constitucionais, em razão de seu caráter aberto e fragmentado, por meio de um ato de mera cognição, como ocorria no positivismo tradicional, tampouco admite a redução do ato jurisdicional a um ato meramente volitivo, como preconizava o normativismo kelseniano.

As teorias pós-positivistas (tópica, teoria dos princípios e teoria do discurso) convergem em que o direito não pode ser reduzido à facticidade da vontade estatal, mas deve perseguir a legitimidade resultante da adesão da comunidade a qual a norma é dirigida.

Assim, na passagem do modelo positivista para o modelo pós-positivista caberá ao juiz aplicar o direito através de um processo construtivo, produto da reflexão sobre os valores onde a Constituição e, também, os princípios a serem dogmaticamente resgatados, constituem a fonte maior e o comando sob o qual a positivação do direito será considerada, afirmando o papel político do Judiciário, especialmente em razão da jurisdição constitucional.

Vista a jurisdição como o resultado da reflexão de valores, o juiz não mais apenas decretará a lei do caso concreto, porém a partir da flexibilização da interpretação da norma que adquire feição valorativa, construirá o direito comprometido com a ordem emanada do texto constitucional, assumindo assim, a sua condição de órgão político que realiza e concretiza a justiça social.

Portanto, a legitimação do poder jurisdicional mesmo interferindo nas esferas do Poder Legislativo e do próprio Executivo, não desfigura o princípio democrático, pois encontra sua razão de ser nos limites impostos na própria Constituição a qual, ao mesmo tempo em que agasalha um princípio democrático, contempla, também, em seu seio, um princípio antimajoritário, consistente na proteção da minoria, a ser exercida, necessariamente, por um Tribunal Constitucional capaz de resistir às determinações conjunturais e, ao mesmo tempo, atender aos princípios plasmados na Constituição a qual não está sujeita a sofrer alterações indevidas em nome dos interesses e necessidades postas pela conjuntura ou reclamadas pela maioria.

Embora a jurisdição constitucional encontre hoje seu reconhecimento assente, existem controvérsias acerca da legitimidade no seu exercício. Com a propriedade que lhe é costumeira, assinala Paulo Bonavides²⁰ (2004):

Há que distinguir, portanto, entre legitimidade da jurisdição constitucional e legitimidade no exercício dessa jurisdição. A primeira é pacífica, conforme o entendimento da doutrina; a segunda, controversa.

A primeira é matéria institucional, estática, a segunda, axiológica e dinâmica; aquela inculca adequação e defesa da ordem constitucional, esta oscila entre o Direito e a política. À verdade, tribunal ou órgão de Estado, consagrado à fiscalização de constitucionalidade que não congregue requisitos indeclináveis ao desempenho de tal função ou não preencha os fins aí implícitos, terá sua legitimidade arranhada e contestada ou comprometida, como ora acontece e determinados sistemas judiciais dos países da periferia. Neles o influxo das interferências executivas sobre o Judiciário se fazem sentir com mais força e intensidade, descaracterizando, não raro, a natureza do controle, transvertido em instrumento ou veículo de interesses infestos à causa da justiça e da democracia, e sempre orientados no sentido do fortalecimento e hipertrofia, já do poder do Estado, já do arbítrio dos governantes.

Nesse patamar, o referido autor²¹ afirma a necessidade de um controle constitucional a ser realizado dentro dos parâmetros coligidos na Constituição, como única forma de legitimação:

O controle da constitucionalidade exercido no interesse dos poderes públicos e do Executivo é de todo admissível e legítimo, mas desde que contido nas raias da Constituição, cujos limites não lhe é lícito ultrapassar; em se tratando, porém, de controle feito para salvaguarda dos direitos fundamentais, a legitimidade é reforçada com apoio nos princípios, que são o espírito, a razão, a consciência da Constituição, o alfa e ômega de toda lei fundamental, o sentimento profundo da cidadania, que a faz intangível e inquebrantável.

²⁰ Op. cit., p.128.

²¹ Op. cit. p. 131.

Assoma, ainda, como fator legitimador do exercício da jurisdição o caráter participativo do cidadão por meio da interação entre ele, o jurisdicionado, e o juiz, em cada etapa do processo que deverá guardar, necessariamente as características de adequação e efetividade na realização do direito constitucionalmente garantido. Com efeito, recitando Paulo Bonavides²² (2004): “Quanto mais perto do povo estiver o juiz constitucional mais elevado há de ser o grau de sua legitimidade”.

Entretanto, a realização do primado constitucional, não é tarefa exclusiva do Poder Judiciário.

O exercício da jurisdição, conquanto objetive a concretização dos anseios democráticos instituídos no texto constitucional, a verdade é que a sua consecução não prescinde da colaboração conjunta entre os três poderes aos quais incumbe encontrar os meios de controle capazes de estabelecer uma convivência harmoniosa e de impedir quaisquer tipos de desvios que venham de alguma forma exacerbar o exercício de suas respectivas funções e evitando, sempre, a concentração do poder.

²² Op. cit. p. 132.

2. REPERCUSSÃO GERAL

2.1. Origem e fundamentos

Cabe ao Supremo Tribunal Federal como órgão de cúpula do Poder Judiciário a guarda da Constituição Federal, sendo o recurso extraordinário uma das vias pelas quais exerce essa atribuição.

Trata-se de recurso cujo interesse imediato é a tutela da Constituição, e as lides nele veiculadas devem, necessariamente, ultrapassar os interesses subjetivos das partes envolvidas, ou seja, o deslinde da questão ali debatida deve levar em consideração a supremacia do interesse público sobre o privado, mediante a correta aplicação dos preceitos constitucionais.

Porém, nada obstante o seu caráter especialíssimo e impeditivo de sua utilização indiscriminada, o inciso III, do artigo 102 da Constituição Federal, permitiu por sua larga abrangência, o uso do recurso extraordinário todas as vezes que a controvérsia, em tese, abordasse matéria constitucional.

O amplo acesso permitido ao Supremo Tribunal Federal acarretou um afluxo exagerado de recursos, abarrotando as pautas de julgamento e impedindo os ministros de desenvolverem sua nobre missão de guardiões da Constituição Federal.

Embora para a doutrina majoritária a repercussão geral guarde certa analogia com a arguição de relevância, é no *writ of certiorari* americano que ela encontra suas raízes. O *writ of certiorari* foi a solução adotada pelos Estados Unidos como filtro de acesso à Suprema Corte daquele país para diminuir a carga de trabalho de seus *Justices* e, em consequência, permitir-lhes que cumprissem sua função na uniformização do direito federal.

Mediante o *writ of certiorari* o Tribunal atua discricionariamente na escolha dos casos judiciais que no seu entender possuam relevância nacional. Não se leva em consideração, em momento algum, o interesse das partes envolvidas e, contrariamente ao que se verifica na repercussão geral como veremos adiante,

inexiste necessidade de fundamentação dos votos que analisam os pedidos de *certiorari*.

Entre nós, a repercussão geral foi introduzida no ordenamento jurídico pela Emenda Constitucional n.º 45/2004 que trouxe a tão esperada e necessária Reforma do Judiciário e onde se buscou, de maneira prioritária, a modernização e o aprimoramento na atuação do Poder Judiciário e, por consequência, a agilização na entrega da tutela jurisdicional.

Dentre as diversas alterações trazidas com a Emenda Constitucional n.º 45 destacamos as que, segundo distribuição procedida por Barbosa Moreira²³ (2007) instituiu “normas de caráter pura ou predominantemente processual” incluída nestas, a repercussão geral da questão constitucional que estabeleceu mais um quesito para a admissibilidade do recurso extraordinário.

Assim, o artigo 102, § 3º da Constituição Federal passou a dispor que “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-la pela manifestação de dois terços de seus membros”.

A Lei 11.418, de 19.12.2006 regulamentou o dispositivo constitucional, introduzindo os artigos 543-A e 543-B no Código de Processo Civil.

As razões para introdução do novo instituto deveu-se, conforme esclarece Gláucia Mara Coelho²⁴ (2009), à amplitude do acesso trazido pela Constituição Federal de 1988 e a extinção da arguição de relevância da questão federal, levando o Supremo Tribunal Federal a se deparar com um duplo transtorno: por um lado, o número muito amplo de hipóteses de controvérsias constitucionais decorrentes da enorme abrangência do texto constitucional, a ensejar a interposição do recurso extraordinário, e, por outro, a inexistência de um instrumento que tornasse seletiva a interposição desses recursos.

²³ José Carlos Barbosa Moreira, A Emenda Constitucional n.º 45 e o processo, Revista Dialética de Direito Processual.

²⁴ Gláucia Mara Coelho, Repercussão Geral da Questão Constitucional no Processo Civil Brasileiro. São Paulo, Editora Atlas, 2009, p. 80.

Portanto, a Emenda Constitucional 45/2004 cuidou de afastar o emprego excessivo do recurso extraordinário para a resolução de questões sem a importância necessária para ocupar a pauta de julgamentos do STF o qual como assinalado tem sua atividade vinculada ao controle de constitucionalidade, concentrado ou difuso, das normas e atos normativos, perante situações sérias que venham a afetar a estabilidade das instituições jurídicas ou das relações interpessoais de impacto na sociedade brasileira.

É inegável que o excesso de recursos dirigidos à excelsa corte não tem origem apenas na amplitude conferida pela Constituição de 1988, pois a denominada “crise do STF”, também denominada por José Carlos Moreira Alves de “crise do recurso extraordinário”, é muito anterior ao seu advento, observando-se que ao longo da história foram adotados diversos mecanismos para minimizar a sobrecarga de trabalho da Suprema Corte, podendo-se citar pelo menos dois de relevante importância: a) a alteração instituída pela Emenda Constitucional 1/69 que determinou que o próprio STF, em seu Regimento Interno, decidiria quais as causas que poderiam ser examinadas em sede de recurso extraordinário e b) a instituição da denominada “arguição de relevância da questão federal” para julgamento do recurso extraordinário.

Contudo, a Constituição de 1988 trouxe, conforme exprime Gláucia Mara Coelho²⁵ (2009, p. 2):

Uma crise de efetividade sem precedentes, seja em razão de litigiosidade, anteriormente reprimida, por ela liberada, seja pelos novos direitos (e respectivos mecanismos para a sua atuação) por ela assegurados, trazendo, por tudo isso, um notável incremento no número de feitos levados, a partir de então, à apreciação do Poder Judiciário.

O desenvolvimento dessa nova consciência social e a democratização do acesso ao Poder Judiciário levou a população a uma busca desenfreada dos serviços dos órgãos judiciais que, por sua vez, não dispunham dos meios físicos e materiais necessários para atender ao enorme volume das demandas surgidas.

O crescente número de processos e a exigência cada vez mais premente da rápida prestação jurisdicional levou o constituinte à implantação da repercussão geral como pressuposto específico e inarredável a ser observado

²⁵ Op. cit.

contemporaneamente ao juízo de admissibilidade do recurso extraordinário, possibilitando ao STF a análise e deslinde de matérias constitucionalmente relevantes.

Assim, podemos dizer que a repercussão geral se enquadra no contexto daquilo que Rodolfo de Camargo Mancuso²⁶ (2007, p. 239) intitula de funcionalização do Judiciário:

É o que se poderia chamar de funcionalização do Judiciário, problema para o qual a comunidade jurídica brasileira precisa estar alerta, para detectar – enquanto é tempo – suas verdadeiras causas e oferecer alternativas para melhorar e agilizar a prestação jurisdicional. Descartado o alvitre de aumentar o número de ministros ou criar novos Tribunais (onera o erário e superdimensiona o Judiciário), o bom senso parece sinalizar no sentido da adoção de medidas que possibilitem uma triagem razoável no afluxo de recursos excepcionais, dirigidos aos Tribunais da Federação, para que o muito pode contribuir o direito sumular, no âmbito do juízo de admissibilidade (cf. Lei 9.756/98), a par do incremento da jurisdição coletiva e da ampliação do efeito vinculante.

O instituto da repercussão geral é, dessa forma, o mecanismo hábil ao desencadeamento do recurso extraordinário, e tem por finalidade descongestionar o Supremo Tribunal Federal e, ao mesmo tempo, fortalecer a sua condição de órgão de cúpula do Poder Judiciário, propiciando-lhe as condições necessárias ao desempenho de sua função de Corte Constitucional, tendo em vista as suas atribuições jurídico-políticas que transcendem o exame de matérias de menor importância ou cuja solução seja de interesse exclusivo das partes litigantes.

Enrico Tullio Liebman²⁷ (1941, p. 605), em conferência sobre as perspectivas do recurso extraordinário manifestou que:

As tendências mais recentes na França, Itália e Alemanha indicam, com uniformidade realmente interessante, um desenvolvimento no sentido de caracterizar, de maneira cada vez mais pronunciada, a função específica destes tribunais supremos, de dar prevalência à tutela de um interesse geral do Estado sobre os interesses dos litigantes.

Com efeito, a excelsa Corte, com acórdãos publicados a partir de 3 de maio de 2007, já reduziu de forma expressiva o número de processos viabilizando, mediante a instrumentalização da regra inserida na Constituição da República, por meio da Emenda 45/2004, consubstanciada no § 3º do art. 102 da Constituição

²⁶ Rodolfo de Camargo Mancuso, *Divergência Jurisprudencial e súmula vinculante*.

²⁷ Enrico Tullio Liebman, *Perspectivas do recurso extraordinário*. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 85, n. 451/453, jan/mar 1941.

Cidadã, o resgate de sua função de Corte Constitucional destinada ao exame das questões constitucionais relevantes e fundamentais, a fim de que suas decisões sirvam de norte para a aplicação do direito constitucional e a preservação do Estado Democrático de Direito.

2.2. A repercussão geral como instrumento de controle

Como observamos, à Corte Suprema cabe resolver as questões constitucionais fundamentais de relevante interesse da sociedade.

Destacando o dever do Estado em entregar a prestação jurisdicional, Guilherme Beux Nassif Azem²⁸ (2009, p. 23-4) afirma que:

O interesse público ao qual servem os tribunais de cúpula, contudo, não se confunde com aquele a que se servem os demais órgãos jurisdicionais. A missão das cortes superiores vincula-se à defesa e à preservação da unidade do ordenamento jurídico, de modo a garantir a observância do direito objetivo e a uniformidade da jurisprudência. Cabe-lhes, pois, precipuamente, a função nomofilática, isto é de zelar pela interpretação e aplicação do direito de forma tanto quanto possível uniforme.

Refoge à função das cortes superiores a verificação da correta interpretação legal ou o acerto dos julgamentos proferidos pelas instâncias ordinárias. Não lhes interessa a solução de questões que digam respeito apenas ao interesse subjetivo das partes.

Joaquim José Gomes Canotilho²⁹ (2003, p. 681-2), afirma:

As decisões do Tribunal Constitucional acabam efetivamente por ter força política, não só porque a ele cabe resolver, em última instância, problemas constitucionais de especial sensibilidade política, mas também porque a sua jurisprudência produz, de facto ou de direito, uma influência *determinante* junto dos outros tribunais e exerce um papel condicionante do comportamento dos órgãos de direção política. O Tribunal Constitucional, mesmo primariamente limitado ao controle jurídico-constitucional das normas jurídicas, excluindo de seus juízos valorações políticas ou apreciações de mérito político (a doutrina fala aqui do princípio *da autolimitação judicial ou judicial self restraint*), não se pode furtar à tarefa de guardião da Constituição, *apreciando a constitucionalidade da política normativamente incorporada em actos dos órgãos de soberania*. Por outras palavras: o Tribunal Constitucional assume, ele próprio, uma dimensão normativo-constitutiva do pluralismo plasmado na Constituição. Com a garantia da observância das normas constitucionais connexionam-se

²⁸ Guilherme Beux Nassif Azem, Repercussão Geral da Questão constitucional no Recurso Extraordinário.

²⁹ Joaquim José Gomes Canotilho, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7, Editora Coimbra, Almedina, 2003.

relevantíssimas questões político-constitucionais como: (1) defesa das minorias perante a onipotência da maioria parlamento-governo; (2) primazia hierárquico-normativo da Constituição e do legislador constituinte perante a onipotência da maioria parlamento-governo; (3) primazia do dogma tradicional da presunção de constitucionalidade dos actos legislativos; (4) legitimidade do desenvolvimento do próprio direito constitucional através da interpretação dada às normas da Constituição pelos juízes constitucionais. Perante esse cruzamento de questões político-constitucionais, o Tribunal Constitucional poderá desempenhar o papel de 'regulador e determinador da própria identidade cultural da República' (Ebsen) e de controlador do 'legislador mastodonte e da administração leviatã' (Capelletti).

A repercussão geral cristaliza a intenção do constituinte de estabelecer um mecanismo de controle a fim de evitar a solicitação exacerbada e indevida do STF, mediante a interposição de recursos extraordinários que não trazem em seu bojo questões cuja resolução afete o interesse social, político ou econômico da Nação.

Por outro lado, é de se observar que a adoção de um mecanismo de controle deve proporcionar à Corte Suprema o tempo necessário e imprescindível à desejável entrega qualitativa da prestação jurisdicional, além de atender ao desenvolvimento da ordem jurídica.

2.3. Natureza jurídica da repercussão geral

A grande maioria da doutrina autorizada defende que a natureza jurídica da repercussão geral é a de pressuposto de cabimento do recurso extraordinário.

Nesse sentido a lição de Bruno Dantas³⁰ (2010), ao afirmar textualmente que a natureza jurídica do instituto da repercussão geral, "é de *pressuposto específico de cabimento* do recurso extraordinário, de modo que, embora dotado de peculiaridades, se insere no juízo de admissibilidade desse recurso".

Realmente, é essa a primeira impressão dada pelo texto constitucional inserto no §3º, do artigo 102, da Constituição Federal, quando determina que o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais debatidas na lide a fim de que se examine a admissão do recurso.

³⁰ Bruno Dantas, Repercussão Geral perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado. Questões processuais. Editora Revista dos Tribunais.

Na mesma trilha, podemos citar Sérgio Bermudes³¹ (2005) para quem "o § 3º do artigo 102 criou mais um pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário: a repercussão geral das questões constitucionais", cabendo à lei estruturar o modo de demonstração desse requisito.

De igual forma, ainda, Teresa Arruda Alvim Wambier, José Miguel Garcia Medina e Luiz Rodrigues Wambier³² (2006) afirmam: "a repercussão geral pode ser considerada novo requisito para admissibilidade do recurso extraordinário, que terá ainda de ser disciplinado por lei".

Com efeito, o § 2º do artigo 543-A, do Código de Processo Civil, preconiza a necessidade de que a repercussão geral da questão constitucional deve ser demonstrada pelo recorrente "em preliminar do recurso", sob pena de não conhecimento deste.

Os requisitos intrínsecos de admissibilidade recursal estão relacionados à existência do poder de recorrer: o cabimento, a legitimidade, o interesse recursal e a inexistência de fato extintivo do direito de recorrer. Os requisitos extrínsecos de admissibilidade recursal dizem respeito ao modo de exercer o poder de recorrer: a regularidade formal da peça, a tempestividade, o preparo e a inexistência de fato impeditivo do direito de recorrer.

Verifica-se, como diz Bruno Dantas³³ (2010, p. 217), que o instituto da repercussão geral constitui um "filtro de acesso ao STF pela via recursal extraordinária".

Afirma, ainda, o autor, que "da forma como foi materializada no texto constitucional, denota-se claramente a *vinculação direta* entre a repercussão geral e o *conteúdo da decisão recorrida*", pois "é na decisão recorrida, e somente nela, que se devem buscar as questões constitucionais que, levadas ao conhecimento do STF"... capazes de "oferecer amplo impacto indireto no *grupo social relevante*".

³¹ Sérgio Bermudes, A Reforma do Judiciário pela Emenda Constitucional n. 45, Forense, Rio de Janeiro, 2005.

³² Teresa Arruda Alvim Wambier e outros, Reforma do Judiciário: Primeiras Reflexões sobre a Emenda Constitucional n.45/2004. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005.

³³ Op. cit. p. 17.

A partir da ideia exposta pelo autor de que a repercussão geral está vinculada ao conteúdo da decisão recorrida, chegamos, como ele, à conclusão de que o referido instituto constitui pressuposto intrínseco de admissibilidade do recurso extraordinário que na forma demandada no texto constitucional, deverá ser aferido com primazia pelo STF por meio do voto de dois terços de seus ministros.

Constatada essa natureza jurídica da repercussão geral, surgem algumas questões interessantes decorrentes da circunstância de o constituinte ter delegado exclusivamente ao STF poderes para reconhecer a repercussão geral da questão constitucional em face da função política desempenhada pela Corte Suprema.

Essas questões serão mais bem examinadas no capítulo seguinte, por guardarem estreita relação com a forma como o STF, por meio de seus ministros, exercitam o poder que lhes foi concedido constitucionalmente na aferição da repercussão geral e suas possíveis implicações.

3. A REPERCUSÃO GERAL COMO INSTRUMENTO DE PODER DOS MINISTROS DO STF

3.1. Critérios de determinação da repercussão geral

Conforme visto anteriormente, nos termos do § 2º, do artigo 543-A, do Código de Processo Civil, a demonstração da repercussão geral deve ser feita em preliminar.

A decisão das questões será feita da seguinte forma: primeiro decide-se se o recurso extraordinário é admissível, tendo em conta o artigo 102, alíneas “a” e “b”.

A seguir, o relator do recurso extraordinário examina a repercussão geral da questão constitucional. Caso admitido, o recurso será posto à apreciação do Pleno que decidirá por dois terços dos ministros do STF se caso versado na lide é, de fato, de repercussão geral.

Para fins de repercussão geral será considerada nos termos da legislação civil, a existência ou não de “questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico”, que ultrapassem os interesses subjetivos das partes litigantes.

À aferição da existência da repercussão geral é necessária a conjugação de dois fatores: a relevância e a transcendência. Assim, para que fique configurada a repercussão, a questão tem que ser relevante do ponto de vista econômico, político, social e jurídico e transcender os interesses das partes litigantes, ou seja, a decisão proferida na lide deverá irradiar seus efeitos para além dela, atingindo o interesse do grupo social, político ou econômico, de forma a concretizar a unidade do Direito.

Como se vê, o legislador não definiu quais as questões relevantes do ponto de vista social, político e econômico ficando totalmente entregue ao arbítrio do STF o qual, caso entenda não configurada a repercussão geral, deverá dizê-lo em decisão motivada.

Apenas o parágrafo terceiro do artigo 543-A, do CPC, indica, excepcionalmente, uma hipótese objetiva de presunção da existência de repercussão geral: “*haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária à súmula ou jurisprudência dominante do tribunal*”.

No ponto, se busca prestigiar a força normativa da Constituição mediante o cumprimento das decisões do STF, indo ao encontro da busca da unidade do Direito através da compatibilização vertical das decisões.

No que se relaciona com a relevância do ponto de vista social, econômico e político, a aferição da repercussão depende de julgamento de valor dos que cabem decidir sobre a sua ocorrência, ou não.

3.2. A indeterminação conceitual da repercussão geral

A repercussão geral como conceito jurídico indeterminado possibilita ao intérprete o poder de adequar o instituto ao caso concreto debatido na lide, em consonância com as diretrizes e princípios instituídos pelo ordenamento jurídico.

Para Tereza Arruda Alvim Wambier³⁴ (2001, p. 367-8)

A função de conceito vago não é outra senão driblar a complexidade das relações sociais do mundo contemporâneo e a de fazer com que haja certa flexibilização adaptativa na construção e na aplicação da norma jurídica. Eles se constituem na resposta adequada a permanente e frequentíssima mobilidade da realidade objetiva abrangida pela previsão normativa, permitindo uma 'aplicação atualista e individualizada da norma, ajustada às peculiaridades de cada situação concreta'. Uma das mais relevantes funções do conceito vago é a de fazer com que a norma *dure* mais tempo, fixar flexivelmente os limites de abrangência da norma, fazê-la incidir em função das peculiaridades de casos específicos.

Bruno Dantas³⁵ (2010, p. 231-2), discorrendo acerca da indeterminação conceitual da repercussão geral, anota:

Devem-se aos sistemas austríaco e alemão, já no século XIX, a concepção e o desenvolvimento dos chamados conceitos indeterminados.

Karl Engisch afirma que o processo que levou ao "afrouxamento" do vínculo que prende os tribunais e as autoridades administrativas à lei foi lento e gradual, e, em certa medida, acompanhou o desenvolvimento da independência das instituições judiciais no Estado moderno.

O autor alemão enxerga nesse fenômeno as razões para a crescente utilização de técnicas, na redação de textos normativos, que dão ao julgador certa autonomia em relação à lei. Dentre essas técnicas, fala dos conceitos normativos, dos conceitos discricionários, das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados.

³⁴ Teresa Arruda Alvim Wambier. Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória: recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001.

³⁵ Op. cit., p. 231-232.

Eros Roberto Grau ³⁶ (Apud Dantas, 2010) fala sobre a noção de conceito indeterminado, destacando que:

A expressão *conceito indeterminado* encerra uma *contradictio in terminis*. É que, conforme afirma após tecer considerações sobre o conceito de *conceito* na formulação aristotélica, a indeterminação observada não é dos conceitos jurídicos, mas de suas expressões. Portanto “mais adequado será referir-nos a *termos indeterminados de conceitos* e não a *conceitos (jurídicos ou não) indeterminados*”, Conclui: “Todo conceito é uma suma de ideias que, para ser conceito, tem de ser, *no mínimo*, determinada; o mínimo que se exige de um conceito é que seja determinado. Se o conceito não for, em si, *uma suma determinada de ideias*, não chega a ser conceito”.

Conforme assinalado anteriormente, o advento do Estado Social trouxe consigo a ampliação do número de normas constitucionais reguladoras das relações sociais e econômicas contendo conceitos vagos e imprecisos devido a complexidade dessas relações o que tornou vacilante a vinculação do juiz ao postulado da lei.

Considerando essa dogmática, verifica-se que a legislação processual indica as matérias que são relevantes e transcendentais ao dispor “Da ordem econômica e financeira”, “Da ordem Social”, “Da ordem Política” e dos direitos e garantias fundamentais.

A identificação, porém, dentro dos títulos indicados, do que configura questão de repercussão geral, caberá à Corte Constitucional decidir a partir do exame do caso concreto posto no recurso extraordinário.

A liberdade concedida ao juiz em face dessa indeterminação conceitual estabelece um dilema acerca do instituto da repercussão geral: a generalidade de seu conceito e a liberdade dada ao julgador na sua aferição no exame do caso concreto, conferem discricionariedade plena ao STF?

3.3. Exercício da jurisdição e do poder discricionário pelo STF na determinação da repercussão geral

Alguns posicionamentos doutrinários compreendem que a amplitude interpretativa decorrente da indeterminação conceitual legislativa abre margem a atividade discricionária. É o caso de Hans Kelsen ³⁷ ao afirmar que:

³⁶ Eros Roberto Grau, O direito posto e pressuposto, 4ª edição, São Paulo, Malheiros, 2002.

³⁷ Hans Kelsen, Teoria Pura do Direito, Traduzido por João Baptista Machado, 6ª edição, São Paulo, Martins Fontes, 1998, p. 390.

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. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções.

Nessa mesma vertente é o entendimento esposado por Hart ³⁸ que em referência à sua divergência com Dworkin acerca do campo discricionário aberto ao intérprete da lei afirma:

O conflito direto mais agudo entre a teoria jurídica deste livro e a teoria de Dworkin é suscitado pela minha afirmação de que, em qualquer sistema jurídico, haverá sempre certos casos juridicamente não regulados em que, relativamente a determinado ponto, nenhuma decisão em qualquer dos sentidos é ditada pelo direito e, nessa conformidade, o direito apresenta-se como parcialmente indeterminado ou incompleto. Se em tais casos, o juiz tiver de proferir uma decisão, em vez de, como Bentham chegou a advogar em tempos, se declarar privado de jurisdição, ou remeter os pontos não regulados pelo direito existente para a decisão do órgão legislativo, então deve exercer o seu poder discricionário e criar direito para o caso, em vez de aplicar meramente o direito estabelecido pré-existente. Assim, em tais casos juridicamente não previstos ou não regulados, o juiz cria direito novo e aplica o direito estabelecido que não só confere, mas também restringe, os seus poderes de criação do direito.

Do mesmo pensar é Celso Antônio Bandeira de Mello³⁹ (1993), para quem “não é aceitável a tese de que o tema dos conceitos legais fluidos é estranho ao tema da discricionariedade”.

Segundo o renomado autor constitui um excesso entender que as expressões legais que os designam, ao serem confrontadas com o caso concreto, “ganham, em todo e qualquer caso, densidade suficiente para autorizar a conclusão de que se dissipam por inteiro as dúvidas sobre a aplicação ou não do conceito por elas recoberto”, uma vez que “a noção de discricionariedade não se adscrive apenas ao campo das opções administrativas efetuadas com base em critérios de conveniência e oportunidade, pois também envolve o tema da intelecção dos conceitos vagos”.

Dworkin a partir do conceito de *princípios jurídicos* como normas distintas das regras jurídicas, rejeita a possibilidade de discricionariedade do intérprete da lei na aplicação de normas de conceito indeterminado ou fluido.

³⁸ Herbert L. A. Hart. O conceito de direito, p. 335.

³⁹ Celso Antonio Bandeira de Mello, Discricionariedade e Controle Jurisdicional, 2ª edição, São Paulo, Malheiros, 1993.

Dworkin⁴⁰ procura restabelecer a relação entre direito e moral afastada pelos positivistas, afirmando que os princípios jurídicos indicam as diretrizes para decidir sem, contudo, determinar as condições de sua aplicação, ao contrário da norma jurídica propriamente dita.

Assim, quando não houvesse possibilidade de aplicação da lei por insuficiência ou inadequação, o intérprete buscaria nos princípios jurídicos a melhor aplicação possível da norma:

A diferença entre regras e princípios não é simplesmente uma diferença de grau, mas sim de tipo qualitativo ou conceitual. As *regras* são normas que exigem um cumprimento pleno e, nessa medida, podem somente ser cumpridas ou descumpridas. Se uma regra é válida, então é obrigatório fazer precisamente o que ordena, nem mais nem menos. As regras contêm por isso *determinações* no campo do possível fática e juridicamente. A forma característica de aplicação das regras é, por isso, a *subsunção*. Os *princípios*, no entanto, são normas que ordenam que se realize algo na maior medida possível, em relação às possibilidades jurídicas e fáticas. Os princípios são, por conseguinte, *mandatos de otimização* que se caracterizam porque podem ser cumpridos em diversos graus.

A idéia central, nesse caso, é a existência objetiva de um critério bem definido apenas descoberto pelo juiz-intérprete não lhe competindo substituir essa investigação por uma apreciação discricionária.

Nestes termos, acaba-se por se defender a natureza vinculada do poder do juiz, estabelecendo-se a discricionariedade como, definitivamente, fora da jurisdição.

Bruno Dantas (2010, p. 233-4)⁴¹ também afasta a possibilidade do uso de discricionariedade como decorrência do conceito indeterminado da norma:

Com a ascensão dos conceitos indeterminados, acabou sendo inevitável a instalação de confusão entre o seu processo interpretativo e o poder discricionário. Anota Teresa Arruda Alvim Wambier que ainda hoje boa parcela da doutrina brasileira está acometida por essa visão equivocada.

Boa doutrina nacional, porém, se adiantou em negar que a interpretação dos conceitos vagos estivesse associada a discricionariedade. João Alfredo de Oliveira Baracho, ao fazer a distinção, assevera que na Áustria o tema surgiu juntamente com o questionamento sobre se, uma vez utilizados pelo legislador, os conceitos indeterminados se submetiam ao controle dos tribunais administrativos.

Conforme anota o professor mineiro, baseado na lição de Antônio Francisco de Sousa, prevalece nos Estados germânicos a concepção dos conceitos indeterminados assentada em quatro bases, das quais se denota inexistir claramente a distinção entre esses e a discricionariedade administrativa: i) divisão da norma em previsão (Tatbestand) e estatuição (Rechtsfolge); ii) colocação dos conceitos legais indeterminados no Tatbestand legal, ao passo que a

⁴⁰Manuel Atienza, *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino, São Paulo: Landy, 2000).

⁴¹ Op. cit., p.233-234.

discricionariiedade se localiza na estatuição; iii) subordinação, por princípio, da interpretação de todos os conceitos legais indeterminados ao controle pleno dos tribunais administrativos; iv) reconhecimento na aplicação de certas categorias de conceitos legais indeterminados de uma “margem de apreciação” (Beurteilungsspielraum) a favor da autoridade administrativa que os aplica, hipótese em que o controle judicial limitado.

Citando Barbosa Moreira, prossegue o autor no sentido de que “não se deve confundir a margem de liberdade concedida ao aplicador da lei para fixar conceitos juridicamente indeterminados com a discricionariiedade”, pois, “o que um e outro fenômeno têm em comum é o fato de que, em ambos, é particularmente importante o papel confiado à prudência do aplicador da norma, a quem não se impõem padrões rígidos de atuação”.

Em alusão ao conceito de discricionariiedade administrativa afirma Bruno Dantas (2010, p. 262)⁴² não se admite que o juiz goze da liberdade para decidir ao seu talante, acerca da “oportunidade e conveniência de acolher ou rejeitar a pretensão deduzida”.

A indeterminação de alguns conceitos jurídicos e, no caso, da repercussão geral, é resultado da enorme variedade de situações que podem ser enquadradas dentro do que se denomina de “social”, “político”, “econômico” e “fundamental”, este último com referência aos direitos assegurados no artigo 5º do texto constitucional.

A “discricionariiedade” judicial, assim, apenas se poderia conceber dentro do exercício interpretativo levado a efeito pelo juiz na busca da norma legal aplicável tomando em consideração o caso concreto posto em análise, o que no entendimento de Bruno Dantas (2009, p. 264)⁴³ consistiria no que alguns doutrinadores denominam de “liberdade de investigação crítica”.

Inclinamo-nos em que a generalidade conceitual do instituto jurídico da repercussão geral, ora estudado, não abre ensanchas à discricionariiedade pelo menos não no âmbito conferido ao administrador público no poder de escolher entre duas ou mais alternativas, cada uma das quais legítima, para chegar ao bem comum.

A elasticidade conferida ao conceito de repercussão geral decorrente de sua generalidade deverá ser transposta, no caso concreto, mediante as técnicas de interpretação legal objetivando a realização dos princípios constitucionais e

⁴² Op. cit., p. 262

⁴³ Op. cit. p. 264

processuais, a serem preenchidos pelo aplicador da lei, dentro do sistema e à luz dos valores sociais, econômicos e políticos presentes naquele determinado momento histórico.

Essa liberdade interpretativa é exercida de forma vinculada aos axiomas e princípios colimados na Constituição. Observa-se, que no exercício de interpretação o juiz está adstrito a vínculos ainda que possa assumir uma entre várias posições postas à sua escolha seja quanto à forma de optar seja quanto aos critérios de valoração.

Assim, essa valoração “discricionária” consiste na liberdade de exame da norma jurídica que contém um conceito fluido à luz dos princípios jurídicos, e no poder conferido ao magistrado de fazer prevalecer um valor em detrimento de outro, ressaltando, entretanto, que esse exercício deve ser direcionado a atingir um escopo, o único possível e justo de acordo com os princípios norteadores e jurídicos para o caso concreto.

Aharon Barak⁴⁴ afirma que :

A liberdade de escolha do juiz está vinculada pela imparcialidade (limite processual) e razoabilidade (limite substancial) que colocam o problema dos limites no plano da lógica do juiz, da argumentação e da justificação. No particular, esgotadas todas as possibilidades de aplicação dos cânones de interpretação, sobram vínculos posteriores de argumentação jurídica que servem para assegurar a razoabilidade na valoração dos critérios e por meio da motivação e da publicidade da decisão um resultado correto e passível de ser controlado.

Em artigo sobre a matéria, Frederico do Valle Abreu⁴⁵ afirma (2005) com considerável acuidade, que:

O juiz só tem a liberdade de preencher os conceitos vagos no momento da decisão pelas regras da experiência jurídica aplicada ao concreto porque a ele é atribuído o poder da interpretação adequada da lei (que contém os conceitos vagos) para o caso. Ou seja, a liberdade está apenas na interpretação da lei, na colheita dos elementos que definem o fato jurídico (*fato-causa*), não na escolha do melhor modo de atingir o resultado (*fato-efeito*), pois este é normativo e um só, além de existirem limitações dentro

⁴⁴ BARAK, op. cit., pp. 29 e ss. TARUFFO. *Legalità e giustificazione*, cit., pp. 204 e ss cf. Enciclopédia Saraiva de Direito, vol. 59, São Paulo: Saraiva. P. 9.

⁴⁵ ABREU, Frederico do Valle. *Conceito jurídico indeterminado, interpretação da lei, processo e suposto poder discricionário do magistrado*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 674, 10 maio 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/6674>>. Acesso em: 21 jul. 2011.

do sistema que fazem com que o juiz tenha que buscar o seu *modus operandi* dentro do próprio sistema.

De igual forma Bruno Dantas⁴⁶ (2010, p. 262-263):

Não há dúvida que, ao cotejar o suporte fático e as regras e princípios jurídicos para aferir se há incidência, o juiz se encontra vinculado à solução que emerge do sistema, não gozando de liberdade para consultar o seu próprio arbítrio quanto à oportunidade e conveniência de acolher ou rejeitar a pretensão deduzida.

(...)

Veja-se que, quando o assunto é discricionariedade, o mérito do ato é definido por critérios de oportunidade e conveniência do administrador público, o que importa dizer que qualquer escolha que ele faça dentro de um leque que é fornecido pela legalidade administrativa será tida como válida e correta. Assim, se um ato é praticado nos limites da discricionariedade, não há falar em acerto ou erro, pois somente ao próprio administrador cabe a escolha.

Distintamente, no caso das decisões jurisdicionais, não há falar em oportunidade e conveniência do juiz, razão pela qual, mesmo quando a lei concede liberdade mais ampla insuscetível de controle, disso não decorre a transmutação da liberdade vinculada em poder discricionário. Repetimos, a ausência de controle não determina a existência de discricionariedade.

A divergência que parece existir, a nosso ver, se encontra no *nomen iuris* a ser dado à margem de liberdade conferida pela lei ao juiz em determinados casos. Enquanto alguns doutrinadores falam em *liberdade de investigação crítica*, outros utilizam indiscriminadamente a palavra discricionariedade, o que, se não é a mais adequada tecnicamente, nem por isso subverte o direito das coisas.

Castanheira Neves⁴⁷ (*apud* Dantas) defende que:

Castanheira Neves (op. cit., p. 358) cunhou a expressão: “Mas liberdade [da discricionariedade] cujo caráter não ficará claramente compreendido se não tivermos presentes ainda duas outras considerações. Por um lado trata-se de uma liberdade que se refere a uma pluralidade de soluções admitida *em princípio* - isto é, afirmada no próprio plano dos princípios - , e que, como tal, se não confunde com a liberdade de investigação ou crítica; já que esta, podendo embora manifestar-se *de facto* por uma pluralidade de soluções propostas, dirige-se sempre, idealmente, à única solução válida, e em termos de a poder opor, com esse sentido, a quaisquer outras que dela divirjam. A este último tipo de liberdade - que os autores dizem ‘científica’ - pertencem, por exemplo, os casos da liberdade de juízo probatório, da liberdade da interpretação da lei, da liberdade de integração *praeter legem* (no problema das lacunas) etc., os quais de modo algum seriam casos de discricionariedade”

Assim, quando o universo normativo é permeado de vaguidade e incertezas, o processo interpretativo deve encontrar a solução correta no exercício do

⁴⁶ Op. cit.

⁴⁷ NEVES, A. Castanheira. Metodologia Jurídica: Problemas Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

preenchimento dos conceitos indeterminados o que, portanto, pode encerrar alguma discricção, entendendo-se aí como discricção a denominada “liberdade investigativa” do juiz a ser exercida dentro desse processo interpretativo.

Porém, essa escolha deve necessariamente ser informada, conduzida e examinada sob o aspecto da interpretação e nunca da conveniência e oportunidade.

Não se pode conceber o direito como indeterminado e incompleto por sua fluidez e em decorrência desse fato, ver o juiz exercendo um poder discricionário, mas, pelo contrário, o julgador deverá, mediante a aplicação dos princípios jurídicos, conseguir extrair o sentido da norma de forma a torná-la coerente e compatível com o caso analisado.

Nesse contexto, avulta a importância da figura do magistrado enquanto intérprete e aplicador da lei, em face do papel por ele desempenhado na adequação do direito à realidade histórico-social, ao estabelecer balizas para que a norma realize seus fins sociais, econômicos e políticos sem que o legislador tenha que alterá-la em face do dinâmico evoluir da sociedade criando o que Picardi (2004) denomina de direito “vivente” tornado norma a partir das argumentações jurídicas desenvolvidas pelas Cortes na interpretação de conceitos normativos indeterminados.

4. CONCLUSÃO

No Estado Social Democrático de Direito voltado à sociedade civil na proteção dos seus direitos fundamentais e primado no alcance da paz social e da dignidade da pessoa humana, releva a importância do papel desempenhado pela Corte Constitucional como guardião da Constituição mediante a qual são assegurados esses direitos. A Constituição de 1988 oferece uma jurisdição profundamente comprometida com a concretização dos direitos fundamentais nela contemplados.

O amplo acesso permitido ao Supremo Tribunal Federal acarretou um afluxo exagerado de recursos abarrotando as pautas de julgamento e impedindo os ministros de desenvolverem sua nobre missão de guardiões da Constituição Federal.

Ao lado do resgate da função constitucional do Supremo Tribunal Federal, destaca-se, ainda, a necessidade de se emprestar celeridade ao processo por meio de uma tutela jurisdicional ágil e eficiente, o que evidentemente não poderia ser alcançado sem um instituto que, de fato, filtrasse os casos a serem examinados pela Corte Suprema.

Dentro desse contexto, a criação do instituto da repercussão geral da questão constitucional objetivou viabilizar o exercício da jurisdição pelo STF, impedindo a demanda indiscriminada de processos dirigidos a esta Corte Maior e permitindo-lhe que cumpra sua função constitucional.

Portanto a repercussão geral da questão constitucional deve ir além dos casos que discutem apenas os interesses das partes, emprestando uma visão ecumênica com fins à unificação na aplicação da norma jurídica revelada pelo interesse público e pela garantia dos direitos fundamentais.

Tomando em consideração as características do instituto estudado, em especial a sua indeterminação conceitual, procuramos, mediante a revisão dos conceitos de jurisdição e discricionariedade, investigar a influência da repercussão geral na atividade jurisdicional dos ministros do STF, e responder à seguinte indagação: a generalidade de seu conceito e a liberdade dada ao julgador na sua aferição no exame do caso concreto, conferem discricionariedade plena ao STF?

A vagueza e indeterminação conceitual de vários conceitos jurídicos, entre eles o de repercussão geral, a gerar a sensação de insegurança na realização do direito, é consequência direta da atuação legislativa na elaboração dos atos normativos ao se utilizar de fórmulas e expressões imprecisas e ensejadoras de diversas opções interpretativas.

Essa abertura legislativa, característica dos comandos constitucionais, permite ao juiz constitucional o preenchimento desses conceitos mediante a interpretação e correta aplicação do comando normativo ao caso concreto.

Nada obstante a existência das várias possibilidades para aplicação jurídica da norma, esta se dará, necessariamente, em conformidade com o Direito, de modo a preencher em qualquer sentido possível o quadro de decisões nele permitidas.

Dessa forma, a discricionariedade permitida ao juiz insere-se apenas no âmbito do seu poder de investigação acerca da norma adequada ao caso submetido à sua apreciação, tendo em vista o momento histórico e social do qual irá depender a valoração dada ao conceito de relevância.

Esse poder exercido por meio da exegese na verificação do comando normativo aplicável, não se confunde com a discricionariedade administrativa que se verifica sob o aspecto da oportunidade e da conveniência.

Por outro lado, embora o constituinte tenha se utilizado de fórmulas e expressões imprecisas ensejadoras de várias opções interpretativas, possibilitando assim, aos órgãos judiciais um enorme grau de liberdade e criatividade, o preenchimento desses conceitos jurídicos vagos pelo Poder Judiciário não transmuda, a nosso ver, sua função julgadora em legislativa, mas antes traduz o necessário espírito colaborador que deverá existir entre os poderes instituídos na consecução de seus fins, em face do enorme dinamismo da sociedade hodierna cujos valores têm sofrido constantes mutações.

A repercussão geral enquanto instrumento viabilizador do atuar da Corte Constitucional no controle de constitucionalidade a ser realizado no âmbito do recurso extraordinário, propicia a que seus ministros tenham as condições necessárias à tomada de decisões que irão influenciar e determinar o molde a ser seguido nas situações semelhantes àquelas apreciadas no caso concreto.

Nesses casos, a conotação política do que ficar decidido como repercussão geral fica abrandada diante da necessidade de motivação jurídica vinculada aos princípios fundamentais estabelecidos na própria Constituição.

Impõe-se ao juiz, ao manejar um universo normativo tão vasto e difuso, dar-lhe o devido contorno, porque a ordem para assim atuar é superior ao comando legislativo vindo, como vem, do próprio texto constitucional.

Portanto, a amplitude contida no conceito de repercussão geral não traduz a ideia do exercício de discricionariedade pelos ministros da Corte Constitucional Brasileira, afigurando-se legítima a sua atuação jurisdicional que passa a ser ato de produção do direito, mantendo a necessária flexibilidade que as demandas no novo milênio requerem e expressando, destarte, a responsabilidade do aplicador da lei na manutenção da ordem constitucional mediante o seu comprometimento na realização dos fatos da vida visando à defesa da ordem social, econômica e política.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, 24ª edição, Malheiros Editores, 2008, p. 147.

Op. cit. p. 154;

Op. cit. p. 155;

ABREU, Frederico do Valle. *Conceito jurídico indeterminado, interpretação da lei, processo e suposto poder discricionário do magistrado*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 674, 10 maio 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/6674>> Acesso em: 21 jul. 2011.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Tradução de Maria Cristina Guimarães, Cupertino, São Paulo: Landy, 2000.

BARAK, op. cit., pp. 29 e ss. TARUFFO. *Legalità e giustificazione*, cit., pp. 204 e ss cf. Enciclopédia Saraiva de Direito, vol. 59, São Paulo: Saraiva. P. 9.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A Emenda Constitucional n.º 45 e o processo*, Revista Dialética de Direito Processual, p.53.

BONAVIDES, Paulo. *Jurisdição Constitucional e Legitimidade* (algumas observações sobre o Brasil), In _____ Estudos Avançados 18(51). <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v18n51/a07v1851>> Disponível em 28 jul. 2011.

BERMUDES, Sergio, *A Reforma do Judiciário pela Emenda Constitucional n.º 45*, Forense, Rio de Janeiro, 2005, p.56.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, 2ª edição, São Paulo, Malheiros, 1993, p. 22- 28.

COELHO, Gláucia Mara. *Repercussão Geral da Questão Constitucional no Processo Civil Brasileiro*, São Paulo, Editora Atlas, 2009, p. 80.
Op. cit. p. 2.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e Competência*, 16ª edição, Editora Saraiva, p. 3.

DANTAS, Bruno. *Repercussão Geral Perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado. Questões processuais*, Editora Revista dos Tribunais, p. 216.
Op. cit. 231-2
Op. cit. p. 233-234.
Op. cit., p. 262

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, 2ª ed. , Konfino, 1950, p.13-15

FAGUNDES, Miguel Seabra. Das funções do Estado. In: _____. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1957. p. 15 – 30.

GOMES CANOTILHO, Joaquim José. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7, Editora Coimbra, Almedina, 2003, p. 681-682.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*, 4ª edição, São Paulo, Malheiros, 2002.

KELSEN, Hans. “*La garantie juridictionnelle de la Constitution (la Justice constitutionnelle)*”. Traduzido por Jean François Cleaver a partir de tradução intermediária efetuada por Ch. Eisenmann, publicada na *Revue de Droit public et de la Science politique en France et à l’Étranger*, Paris, v. XLV, n. 2, abril-mai-juin 1928, p. 197-257.

_____, *Teoria Pura do Direito*, 6ª edição, Trad. João Baptista Machado, São Paulo, Martins Fontes, 1998, p. 390.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Perspectivas do recurso extraordinário*, Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 85, n. 451/453, jan/mar 1941, p. 605.

LACERDA, Galeno. *Teoria Geral do Processo*, Forense, 2006, p.67-8.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo, *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, p. 239

NASSIF AZEM, Guilherme Beux. *Repercussão Geral da Questão Constitucional no Recurso Extraordinário*, Editora Livraria do Advogado, 2009, p. 23-24.

NERY JR, Nelson. *O juiz natural no direito processual civil comunitário europeu*, RePro, 101, p. 103.

PICARDI, Nicola. La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione, In_____ Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Milano, Giuffré, 2004. Ensaio em homenagem a Giuseppe Tarzia. Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e outros, *Reforma do Judiciário: Primeiras Reflexões sobre a Emenda Constitucional n.45/2004*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória: recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei?*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 367-368.

ZANI, Cláudia Regina Luz. *Repercussão Geral e o Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional*. R. Fac. Dir. UFG, Vol. 32, n. 2, p. 99-109, jul/dez 2008.