ÓBICES À LIBERDADE DE ACESSO AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO CONTROLE DIFUSO-CONCRETO E ABSTRATO-CONCENTRADO DA CONSTITUCIONALIDADE

OBSTACLE TO FREEDOM OF ACCESS TO THE FEDERAL SUPREME COURT IN DIFFUSE CONTROL AND CONCRETE-ABSTRACT-CONCENTRATE OF CONSTITUTIONALITY

MARCELO DOS SANTOS BASTOS *

Recebido para publicação em junho de 2011.

RESUMO: o presente artigo, em suma, discorre sobre os requisitos de admissibilidade do Recurso Extraordinário e, em última análise, da liberdade cada vez mais reduzida de aporte do jurisdicionado ao STF, justamente pela dificuldade de se ter, no STF, um recurso extraordinário ao menos conhecido.

PALAVRAS-CHAVE: Justiça Constitucional; Recurso extraordinário; Controle de constitucionalidade.

ABSTRACT: This article, in short, it deals with the admissibility requirements of the extraordinary appeal and, ultimately, freedom increasingly reduced intake of jurisdiction over the Supreme Court, precisely because of the difficulty of having at the Supreme Court, an extraordinary resource the least known.

KEY WORDS: Constitutional Justice; Extraordinary appeal; Control of constitutionality.

1. Introdução

O presente trabalho discorre acerca dos óbices de acesso ao STF, tanto na via do controle difuso-concreto quanto na via do controle abstrato.

Em síntese, analisa-se como a dificuldade de admissibilidade do Recurso Extraordinário, limita a liberdade de acesso à própria prestação jurisdicional pelo Pretório Excelso.

As consequências dessa limitação cada vez maior, desse cerceamento à liberdade de se recorrer ao STF só o futuro dirá se serão benéficas ou maléficas à sociedade brasileira.

2. Recurso Extraordinário e sua cognição cada vez mais dificultada pelas suas hipóteses de cabimento ou requisitos de admissibilidade

Em sede de controle difuso da constitucionalidade, para que uma matéria ascenda ao STF, o recurso cabível é o Recurso Extraordinário, por ser o instrumento processual adequado a veicular matéria que afronta diretamente a Constituição, ao revés do que ocorre com o Recurso Especial, que se presta a veicular matérias que afrontam atos normativos infraconstitucionais. Assim, de forma *lata*, o Recurso Extraordinário possui como escopo

* Advogado. Mestre em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pela ITE.

manter a garantia, a efetividade e a uniformidade da interpretação constitucional, tutelando a efetiva aplicação da mesma e a uniformização de sua interpretação pelo Poder Judiciário.

Presta-se o Recurso Extraordinário à instauração da competência do STF, em sede recursal e nas hipóteses previstas na própria Constituição, as quais serão vistas adiante, em lides iniciadas nas instâncias *a quo* de jurisdição e que não aplicaram a Constituição ou a aplicaram mal em detrimento de espécies normativas infraconstitucionais. Mesmo possuindo como legitimado ativo *quisque de populo*, que esteja sucumbente nas instâncias ordinárias de jurisdição, o Recurso Extraordinário, bem como o Recurso Especial, não se presta a tutelar diretamente direitos subjetivos, mas apenas o ordenamento jurídico objetivo, sendo a questão subjetiva tutelada de forma indireta, reflexa, oblíqua, daí o porquê das denominações que os referidos recursos recebem (de recursos de estrito direito ou recursos excepcionais), garantindo assim (em sede de Recurso Extraordinário) a Supremacia da Constituição que, no entender de Celso Ribeiro Bastos, "é a maneira de ser do Estado" (1999, p. 38), embora haja temperamento pretoriano minoritário a respeito dessa contrariedade a ensejar o recurso extraordinário ter que ser direta, conforme ver-se-á adiante.

2.1 Hipóteses de cabimento ou de admissibilidade do Recurso Extraordinário

Previsto no art. 102, *III*, da CF/1988, que assim dispõe as hipóteses de cabimento ou de admissibilidade do Recurso Extraordinário:

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

I – omissis

II – a omissis

III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou ultima instância, quando a decisão recorrida contrariar disposição desta Constituição:

Essa hipótese de cabimento possibilita o reexame pelo STF da alegada transgressão, nas vias ordinárias de jurisdição, às normas contidas na Constituição Federal.

Contrariar significa, aqui, "decidir em sentido contrário ao que está expresso no texto constitucional" (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2001, p. 275). Não se admitindo o Recurso Extraordinário por ofensa reflexa ao Texto Maior, conforme se viu acima, a ofensa tem que ser frontal, direta ao texto constitucional.

Todavia, conforme dito alhures, no início do presente trabalho, nossa Constituição contém normas que se desdobram em regras e princípios, sendo estes mandados de otimização, os quais se projetam e se desdobram em normas infraconstitucionais, *v.g.*, o princípio do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório.

Na lição de Bruno Freire e Silva,

> Não há como negar que um princípio constitucional geral se projeta e se desdobra em normas ordinárias, de acordo com sua importância no ordenamento jurídico, ou seja, tal desdobramento é diretamente proporcional à própria relevância do princípio.
> Nesse diapasão, não tutelar uma situação de violação sob a alegação de esta partir de norma infraconstitucional é o mesmo que não respeitar a própria Constituição (SILVA, 2008, p. 18-19).

Nesse sentido, as palavras de Fábio José Moreira dos Santos *apud* Silva quando afirma

> [...] que se os alicerces de nosso sistema tendem, tanto mais quanto maior sua importância, a se refletir e tomar forma em leis ordinárias, a negativa de os tutelar em nome desse mesmo desdobramento infraconstitucional implica, às evidências, o esvaziamento do que há de mais nobre na Lei Maior e ignora as mais prementes expectativas sociais em face das instituições do Estado Democrático de Direito (SILVA, 2008, p. 18-19).

No mesmo sentido, constata José Emílio Medaur Ommati *apud* Silva:

> Além do mais, se prevalecer essa jurisprudência do STF, como defender algumas normas constitucionais que só ganham maior densidade a partir das normas legais e das situações concretas? Por exemplo, como defender o princípio do direito adquirido, direito fundamental de todo cidadão brasileiro, se não descermos às normas infraconstitucionais e à própria situação concreta?
> Portanto, claro está que essa idéia de ofensa reflexa à Constituição não encontra respaldo o nosso modelo constitucional-processual, tanto é assim que a própria constituição não estabeleceu como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário que a ofensa à Constituição fosse direta.
> Nesse sentido, o voto vencido, como relator, do ex-ministro do STF Sidney Sanches (RTJ, n. 172, p. 638): a intangibilidade do preceito constitucional que assegura o devido processo legal direciona ao exame da legislação comum. Daí a insubsistência da tese no sentido de que a ofensa à Carta Política da República suficiente a ensejar o conhecimento de extraordinário há de ser direta e frontal. Caso a caso, compete ao STF exercer o crivo sobre a matéria, distinguindo os recursos protelatórios daqueles em que é versada, com precedência, a transgressão a texto constitucional, muito embora torne-se necessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação comum. Entendimento diverso implica relegar a inocuidade dos princípios básicos em um Estado Democrático de Direito: o da legalidade e do devido processo legal, com a garantia da ampla defesa, sempre a pressuporem a consideração de normas estritamente legais (SILVA, 2008, p. 19).

Destarte, conclui-se que a exigência de afronta direta é, ao lado do prequestionamento da súmula de efeitos vinculantes e da retroatividade da exigibilidade da demonstração de repercussão geral para a cognição do recurso extraordinário, anterior a 03/05/2008, data na qual a mesma fora regulamentada pelo regimento interno do STF, mais um requisito de admissibilidade do recurso extraordinário sem base constitucional, construído pelo Pretório Excelso devido o grande número de demandas que a ele chega.

De outro lado, pode-se argumentar que os referidos princípios, por serem desdobrados na legislação infraconstitucional, devem ser tutelados pelo STJ, sendo o que ocorre, mesmo assim não deixa de afrontar a *Lex Legum* de 1988, pois, além de a Constituição Brasileira não ter dito de forma explícita que tal contrariedade tem que ser direta, é ao STF a quem cabe a guarda da Constituição, em consonância com o art. 102 da mesma, assim é o próprio STF que abdica da instauração de sua competência quando a lesão à Constituição é oblíqua;

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal:

Objetiva tutelar o direito da União, por meio da possibilidade que abre à parte sucumbente de provocar STF, instaurando a competência deste sempre que uma decisão de órgão jurisdicional hierarquicamente inferior decidir positivamente sobre a invalidade de tratado internacional, devidamente internalizado, ou lei federal, bastando, para o acesso ao Pretório Excelso, a verificação de que a decisão do juízo hierarquicamente inferior concluiu expressamente pela inconstitucionalidade da lei ou do tratado;

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

Aqui, tal e qual na hipótese anterior, visa a tutelar o direito da União, só que com algumas peculiaridades, pois entre a Constituição e a lei local o julgado preferiu a última, estando perfeitamente justificada a necessidade de se instaurar a competência do STF para decidir sobre a (in)constitucionalidade.

Todavia essa hipótese de cabimento do recurso extraordinário possui as seguintes peculiaridades em relação à hipótese da alínea *b*, quais sejam:

> a) em primeiro lugar, é necessário que a constitucionalidade da regra local tenha sido posta em duvida na instância inferior; b) que a decisão recorrida tenha concluído por sua validade, em face da Constituição (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2001, p. 277).

Percebe-se, claramente, que a situação é radicalmente diversa da prevista na alínea *b*: lá se exige uma deliberação que haja decidido pela inconstitucionalidade da lei federal, enquanto aqui é necessário exatamente o oposto, ou seja, uma decisão concluindo pela constitucionalidade do direito local;

d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal:

Hipótese acrescentada pela EC. 45/2004 corroborando, em certa medida, o entendimento minoritário comentado *supra* em relação à alínea *a*, atinente a permitir que se possa levar ao STF a contrariedade oblíqua, quando contrastada Constituição e lei federal. Ora, se se pode instaurar a competência do STF com relação à validade de lei local contestada em face da Constituição, com mais razão se pode levar à cognição do mesmo a ofensa oblíqua à Constituição, como minoritariamente se admite no âmbito do STF, conforme visto.

A contrariedade apta a ensejar o acesso ao STF emerge da decisão do órgão jurisdicional hierarquicamente inferior que julgou válida/constitucional uma lei local em face de lei federal.

Assim, além dos pressupostos gerais de admissibilidade como juízo competente, tempestividade, legitimidade e sucumbência, o Recurso Extraordinário deve atender às hipóteses *supra,* sob pena de não ser sequer conhecido.

Consigna-se que a Reforma do Poder Judiciário, operada por meio da EC. 45/2004, incluiu o § 3º, ao art. 102 da CF/1988, o qual exige para a admissibilidade ou cabimento do Recurso Extraordinário (RE) a demonstração da repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos seguintes termos:

> No recurso extraordinário, o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros (SILVA, 2008, p. 19).

Vê-se, claramente, que a EC. n. 45/2004, ao instituir uma nova hipótese de admissibilidade ao recurso extraordinário, por meio de uma norma constitucional de eficácia limitada e regulamentada pela Lei n. 11.406/2006, acabou por instituir mais um óbice a acesso ao Controle Difuso da Constitucionalidade, ou melhor, à última instância deste, isto sem falar na vetusta construção pretoriana do prequestionamento, na súmula de efeitos vinculantes e na retroatividade da exigibilidade da demonstração de repercussão geral para o conhecimento do recurso extraordinário, os quais serão vistos adiante.

2.2 Prequestionamento

Sem a pretensão de aprofundar nesse tema, já que, além de ser envolto de grandes controvérsias e minúcias, o objetivo principal desse trabalho, nesse ponto, é apenas trazer a lume os requisitos explícitos para o cabimento do recurso extraordinário, demonstrando o quão difícil é, e vem se tornando cada vez mais difícil, o acesso à última instância da Justiça Constitucional concentrada brasileira.

Assim, tem-se que o prequestionamento consiste na existência de debate na decisão recorrida, de um prévio tratamento pelas instâncias ordinárias de jurisdição da matéria recorrida com o fim de alçar a matéria constitucional ao STF.

Nesse sentido, as Súmulas 282 e 356 do STF dizem que "é inadmissível o recurso extraordinário quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada". e "O ponto omisso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento", respectivamente.

Na lição de Galeno Lacerda *apud* Cardillo,

> O prequestionamento surgiu da interpretação das primeiras Constituições da República, as quais, ao tratar do recurso extraordinário [único então existente] usavam o verbo "questionar", o que se reproduziu até a Constituição de 1946; porém, a partir da Constituição de 1967 e EC 1/69, suprimiu-se a referência ao mencionado verbo (CARDILLO, 2008, p. 203).

Tem-se, portanto, apesar de consolidada jurisprudência do STF, que o prequestionamento é um requisito excrecente ao acesso à Justiça Constitucional concentrada.

2.3 Súmula de Efeitos Vinculantes

Positivada com a EC. n. 45/2004 e regulamentada pela Lei n. 11.417/2006, bem como pelo RISTF, a súmula de efeitos vinculantes possui o escopo primeiro de coibir a chegada de um grande número de demandas ao Supremo Tribunal Federal, por este já decidida, reiteradamente, num certo sentido e sobre a mesma matéria parecendo "à primeira vista, criar uma ponte sólida entre o controle concreto-difuso e controle abstrato-concentrado, no complexo modelo brasileiro de controle" (TAVARES, 2007, p. 21).

Quanto aos efeitos da súmula da jurisprudência dominante (outra denominação que o instituto aqui tratado possui) eles possibilitam, além da uniformização da jurisprudência "uma

forma de transposição do concreto para o abstrato geral" (TAVARES, 2006, p. 13), ou seja, a migração de algo surgido no seio do controle difuso-concreto da constitucionalidade é transportado, por meio da súmula de efeitos vinculantes, como se do controle abstrato-concentrado houvesse surgido, vinculando o próprio Poder Judiciário, bem como a Administração Púbica em todas as suas esferas, sendo o escopo último da súmula de efeitos vinculantes proporcionar uma unidade interpretativa do Direito, na medida em que interpretação diversa da mesma matéria, ao ser julgada por juízos diversos, pode gerar desigualdades entre os jurisdicionados que estejam em uma mesma circunstância fática. Segundo Marcelo Lamy e Luiz Guilherme Arcaro Conci,

> Os autoprecedentes e os precedentes hierarquicamente superiores devem possuir efeito vinculante, não por decorrência de dispositivo constitucional ou legal, mas por respeito à igualdade. Esta realidade não ofende a livre convicção e a independência do julgador, pois, se entender que o caso apresenta circunstâncias diferenciadoras, este pode e deve decidir diversamente, exteriorizando as razões diversificadoras (LAMY; CONCI, 2006, p. 307).

No mesmo sentido, a lição de José Herval Sampaio Júnior:

> (...) não se pode admitir a atividade de interpretação na linha de extrair, tão-somente, o sentido da expressão lingüística reproduzida na súmula no caso a ser aplicado, pois [...] qualquer atividade jurisdicional, mesmo que de aplicação de uma súmula vinculante, não se desapega das premissas hermenêuticas constitucionais.
> A súmula vinculante necessariamente também deve ser passível de interpretação, pois o que é polêmico nessa conjuntura é que, se porventura a súmula não for específica de uma situação concreta, substancialmente será tida como norma e nesse sentido tem que se permitir uma ampla interpretação, em ato único, para feitura da norma do caso concreto.
> a súmula deve ser vista como uma norma e como tal pode e deve ser interpretada pelo juiz, justamente à luz da Constituição e das peculiaridades de cada caso concreto (SAMPAIO JÚNIOR, 2008, p. 193-197).

Portanto, toda a celeuma em torno da súmula de efeitos vinculantes não está relacionada apenas às consequências que uma unidade interpretativa do Direito pode trazer, mas também à criatividade ou não criatividade da atividade judicial, bem como aos modos, limites, grau e legitimidade de tal criatividade.

Nesse sentido, a lição de Cappelletti:

> Conquanto verdade que nem precedentes nem normas legislativas podem vincular *totalmente* o intérprete – que não podem, assim, anular de todo [...] a sua imprescindível *necessidade de ser* livre, e, portanto a sua *criatividade* e *responsabilidade* –, também é verdade, contudo, que o juiz, vinculado a precedentes ou à lei (ou a ambos), tem como dever mínimo

> apoiar sua própria argumentação em direito judiciário ou legislativo, e não (apenas) na "equidade" ou em análogos e vagos critérios de valoração (CAPPELLETTI, 1999, p. 25).

No mesmo sentido, André Ramos Tavares, que anteriormente à positivação da emenda constitucional, que introduziu no sistema jurídico pátrio a súmula de efeitos vinculantes, posteriormente regulamentada pela legislação infraconstitucional, já alegava:

> Ademais, sempre restará uma certa abertura para o magistrado, na medida em que é só a análise do caso concreto que poderá determinar se a súmula incide ou não. Nesse "vazio", portanto, atua a compreensão do magistrado (TAVARES, 1998, p. 150).

Entende-se, com toda a *venia* ao precitado jurista, que é salutar a sistemática da súmula de efeitos vinculantes, no sentido de evitar que o julgador fundamente sua decisão levado por paixões, emoções ou mesmo pressões externas que envolvam o caso *sub análise,* possuindo as partes, desde o início da demanda, um parâmetro em relação ao que será decidido, parâmetro este que é menor com a ausência do mecanismo de vinculação da súmula, todavia é verdade, sob um ponto de vista mais ponderado a respeito do tema, e valendo-se da lição de Cappelletti, que

> (...) na vida dos homens, toda situação de fato é nova e única, e, conseqüentemente, sempre existe a possibilidade de "distinguir" em relação aos precedentes, ou de "argumentar a *contrário*", mais do que "por analogia" (ou vice-versa) em face do direito legislativo, razão pela qual o resultado final da interpretação jurídica nunca é inequívoca e mecanicamente predeterminado. Mas também é verdade que existe, pelo menos, um baluarte extremo, digamos uma fronteira de bom senso, que se impõe tanto no caso da interpretação do *case law*, quanto no do direito legislativo, ao menos porque também as palavras têm freqüentemente um significado tão geralmente aceito que até o juiz mais criativo e sem preconceitos teria dificuldade de ignorá-lo.
> Por isso, deve ser firmemente precisado que os limites substanciais não são completamente privados de eficácia: criatividade jurisprudencial, mesmo em sua forma mais acentuada, não significa necessariamente "direito livre", no sentido de direito arbitrariamente criado pelo juiz do caso concreto. Em grau maior ou menor esses limites substanciais vinculam o juiz, mesmo que nunca possam vinculá-lo de forma completa e absoluta (CAPPELLETTI, 1999, p. 25-26).

Sob um ponto de vista diametralmente oposto ao do exposto acima, e discordando até mesmo da própria sistemática das súmulas, tem-se o entender de Lenio Luiz Streck, segundo a qual o sistema de súmulas viola o

> (...) devido processo legal, além do principio da legalidade (afinal, a Constituição estabelece que ninguém poderá fazer ou deixar de fazer algo em virtude de lei, e não em virtude de súmula!). Ora, as súmulas, a par de constituírem "conceitos" que pretendem aprisionar os "fatos", [...] são também textos. Conseqüentemente, em sendo textos, [...] são portanto, interpretáveis. Mas então, em sendo assim, qual é o problema das súmulas? (STRECK, 2006, p. 160-161).[1]
> Trata-se, entre outras coisas, da introdução de um paradoxo em nosso sistema jurídico: os juizes podem contrariar leis; se o fizerem, caberá recurso. O que os juízes não podem fazer é ousar contrariar súmulas (STRECK, 2006, p. 170-171).

E responde Streck, com base na denúncia de Kaufmann, ao analisar as práticas atuais dos juristas, no sentido de que eles interpretam e aplicam as leis, utilizando com predominância o método subsuntivo igual ao utilizado no século XIX, que "o maior perigo representado pelas súmulas vinculantes – e, agora, pelas súmulas impeditivas de recursos – está no fato de que cada uma delas transforma-se em uma 'premissa maior' ou 'categoria'". (STRECK, 2006, p. 162).

E continua seu raciocínio:

> Uma hermenêutica jurídica que se pretenda crítica, hoje, deve [...] procurar corrigir o equívoco freqüentemente cometido por diversas teorias críticas (teorias da argumentação, teorias analíticas, tópica jurídica, para citar apenas estas) que, embora reconheçam que o direito se caracteriza por um processo de aplicação a casos particulares (concretude), incorrem no paradigma metafísico, ao elaborarem um processo de subsunção a partir de conceitualizações (veja-se o paradigmático caso das súmulas vinculantes no Brasil), que se transformaram em "significantes primordiais-fundantes" ou "universais jurídicos", "acopláveis a um determinado "caso jurídico". (STRECK, 2006, p. 164-165).

Conclui, arrematando:

> Talvez por tudo isso, a comunidade jurídica não fique perplexa com a recente decisão do Superior Tribunal de Justiça [Ag.Reg em RESP nº. 279-889-AL] na qual o Ministro Humberto Gomes de Barros assim se pronunciou: "Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são Ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes

[1] Para Streck, esse é o teor da lei n.: 12.276, dando nova redação ao art.518, § 1º do CPC: "O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal", obstando, no seu entender, a atividade interpretativa do magistrado.

> pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolde a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico – uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente não é, mas, para efeitos constitucionais minha investidura obriga-me a pensar que assim seja.(com grifos no original).
> Isso ocorre porque uma legislação [do jaez analisado] encontra terreno fértil no imaginário dos juristas. E, por isso, devem ser analisadas no contexto do estado d'arte da crise de paradigmas que atravessa o direito, no interior da qual há um ser-no-mundo; não há princípios; não há *ethos;* não há paridade axiológica e, portanto, não há isonomia; há sim, apenas regras que são inseridas no sistema de forma descontextualizada. E abstrações. E subsunções (STRECK, 2006, p. 164-165).

Portanto, depreende-se dos excertos da obra de Lenio Luiz Streck seu pessimismo, sua descrença e até mesmo um certo niilismo ante o sistema jurídico-processual brasileiro, que ante tantas reformas terminou por descontextualizar-se da realidade, podendo levar a não proteção daqueles que chegam ao Poder Judiciário como única ou última instância para a resolução de seus conflitos, notadamente as minorias, excluídas em si mesmas, comprometendo, por derradeiro, a aplicação do direito material dado os inúmeros óbices de cunho processual.

Nesse sentido, entende-se que deve haver uma harmonização via princípios constitucionais aplicados pelo Poder Judiciário, ou mesmo por parte do legislador, constitucional ou infraconstitucional, quando da positivação de matéria relacionada ao acesso à justiça, notadamente das minorias, as quais, como visto, encontram neste, além da última instância, o palco apropriado para terem uma tutela efetiva, notadamente porque o procedimento judicial é marcado pelo contraditório e seus contendores possuem especial atenção com os desmandes, que recaem sobre os socialmente mais vulneráveis, devendo harmonizar-se, assim, o acesso ao Poder Judiciário, em todas as suas instâncias com os mecanismos obstativos ao mesmo. Estes possuem por pano de fundo o reflexo da inflação de demandas judiciais, a qual nada mais é do que a externação da falência do Estado em promover uma célere prestação jurisdicional, a qual pode ser resolvida, *v.g.,* com o aumento de recursos financeiros para o judiciário para que esse possa melhorar a estrutura dos juízos, bem como para o Ministério Público e para a advocacia pública.

2.4 Repercussão Geral

Novo óbice para o acesso do jurisdicionado ao controle difuso da constitucionalidade foi instituído pela EC. n. 45/2004 e regulamentado pela Lei n. 11.418/2006, acrescendo ao art. 543 do CPC as alíneas A e B, as quais preveem um novo requisito de admissibilidade ou hipótese de cabimento para o Recurso Extraordinário, qual seja a demonstração de repercussão geral entendida como a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.

Tal requisito ou hipótese de cabimento deve ser demonstrado em preliminar de recurso.

Porém a repercussão é presumida de forma absoluta, quando o recurso impugnar decisão contrária à súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal, sendo que, "negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados, no Tribunal prolator da decisão recorrida, considerar-se-ão automaticamente não admitidos"[2]. Volta-se, aqui, à temática das súmulas e dos precedentes vinculativos e obstativos do acesso à justiça, *in caso*, da Justiça Constitucional, o que por natureza é uma questão cíclica. A respeito cita-se a decisão do STF de conferir a todas as súmulas com efeitos vinculantes o efeito impeditivo ao Recurso Extraordinário entendendo que o mesmo

> (...) permite aos tribunais negar admissibilidade a Recursos Extraordinários e Agravos de Instrumentos que tratem de tema estabelecido em Súmulas Vinculantes, de modo que esses recursos nem sejam encaminhados à instância superior, isto é, não cheguem ao Supremo. Dessa forma, os tribunais poderão inadmitir, já na origem, os agravos contrários às decisões que negarem a subida dos recursos extraordinários.[3]

Necessária se fez essa explanação sobre a súmula de efeitos vinculantes, com a finalidade de demonstrar o quanto cada vez mais o acesso ao STF está mais dificultoso, o que prejudica o acesso a ele por grupos sociais minoritários e, ao mesmo tempo, o aproxima de uma verdadeira Corte Constitucional; senão aos moldes austríaco, pois nesse modelo tal órgão só decide matéria exclusivamente surgida em controle abstrato de constitucionalidade, aos moldes norte-americanos, no qual chega, com dificuldade semelhante a que está sendo instituída no Brasil, matéria relativa à constitucionalidade das leis e atos normativos. Crê-se que se atingiu tal desiderato.

2.5 A construção jurisprudencial da exigibilidade de se demonstrar a repercussão geral retroativamente

[2] § 2º, art.543-B do Código de Processo Cível Brasileiro de 1973.
[3] Notícia eletrônica do STF publicada e acessada em: 15/08/2008 no site: www.stf.jus.br

Para regulamentar a repercussão geral, acresceu-se ao art. 543 do CPC, a letra B, prescrevendo que

> (...) quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo.[4]

Entende-se, no âmbito do STF e minoritariamente, acerca do dispositivo acima que o mesmo só teria vigência para os recursos extraordinários interpostos a partir de 03/05/2007. Nesse sentido, o voto divergente e vencido do Min. Marco Aurélio:

> (...) entendo que o instituto da Repercussão Geral só passou a viger com a regulamentação, procedida mediante Regimento Interno da Corte, e que a baixa dos processos à origem poderá implicar processos cujos recursos foram interpostos em data anterior à regulamentação.[5]

Todavia, em decisão tomada em questão de ordem, no dia 20/08/2008, o plenário do STF, por maioria, decidiu

> (...) estender a aplicação de dispositivos da repercussão geral a todos os Recursos Extraordinários interpostos contra acórdãos (decisões colegiadas) publicados anteriormente a 3 de maio de 2007, data em que o STF regulamentou o tema em seu Regimento Interno, aplicando-se o disposto no art.543-B §§ 1º e 2º do CPC[6], nos casos em que a devolução do processo ao tribunal de origem, quando o requisito da Repercussão Geral já tiver sido analisado[7].

Tudo com o escopo de "acelerar o julgamento diante de matéria que já se encontra consolidada" antes da instituição da Repercussão Geral, segundo salientou o Min. Menezes Direito.

Com tal decisão, o STF rompeu com a regra geral sobre a vigência *ex-nunc* da norma processual, a qual até a data mencionada só poderia ser protraída via deliberação legislativa.

[4] Código de Processo Civil Brasileiro de 1973.
[5] Notícia eletrônica do STF publicada e capturada em 20/08/2008 no site: www.stf.jus.br
[6] Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo.
§ 1º Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte.
§ 2º negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos.
[7] Notícia eletrônica do STF publicada e acessada em: 20/08/2008 no site: www.stf.gov.br

Na prática, houve um sopesamento do efeito ex-nunc, que as decisões podem assumir com o princípio da celeridade processual, optando-se por aplicar-se, *in casu*, este em detrimento daquele.

Quanto à fiscalização abstrata-concentrada, ao revés do que ocorre com a deflagração do Controle Difuso da Constitucionalidade, na qual a legitimidade ativa *ad causam* para sua deflagração, em abstrato cabe a *quisque de populo*. Em sede de controle concentrado, isso não ocorre, uma vez que a Constituição Brasileira de 1988, de forma exaustiva, elencou em seu art.:103 os entes com atribuição para deflagrarem o processo objetivo de Controle Abstrato da Constitucionalidade. São eles: o Presidente da República, o Procurador-Geral da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembléia Legislativa, a Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o Partido Político com representação no Congresso Nacional e a Confederação Sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Dentre esses legitimados do art. 103 da CF/1988, há aqueles que possuem legitimidade ativa universal, na qual não se faz necessária a existência de um interesse vinculado com a questão posta em juízo, denominada de pertinência temática, sendo eles: o Presidente da República, o Procurador-Geral da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e o partido político com representação no Congresso Nacional.

De outro lado, há Aqueles que necessitam da demonstração da referida pertinência temática para que a ação proposta possa ser conhecida, são entes que possuem a denominada legitimidade ativa restrita, sendo eles: o Governador de Estado ou do Distrito Federal, a Mesa de Assembléia Legislativa, a Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal e a Confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

No que se refere à propositura da ação para a decretação da intervenção da União nos Estados-Membros e destes nos Municípios, a legitimidade é conferida, exclusivamente, ao Procurador Geral da República ou ao Procurador Geral de Justiça, respectivamente.

Em comparação com a legitimidade ativa para a suscitação do controle difuso da constitucionalidade, vê-se que o mesmo não ocorre com a legitimidade para a deflagração do controle abstrato, constituindo-se óbice a acesso à justiça em geral e à Justiça Constitucional Abstrata em específico, o que se justifica ante o tipo de matéria que deve ser apreciada pelo

STF, quais sejam: matérias de maior relevância constitucional e que produzem maior reverberação no seio social, daí a ampliação dos óbices de acesso ao STF, em sede de controle difuso introduzidos pela EC. 45/2004, *v.g.*,a previsão por esta da súmula de efeitos vinculantes, a demonstração de Repercussão Geral para a admissibilidade do Recurso Extraordinário, bem como a ampliação das hipóteses de admissibilidade para a cognição do Recurso Extraordinário, conforme se viu mais detalhadamente acima.

2.6 O Papel do STF no quadro do Poder Judiciário Brasileiro

O Supremo Tribunal Federal fora criado e organizado pelo Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890, totalmente inspirado no modelo da Corte Suprema dos Estados Unidos, por decisão do imperador D. Pedro II, que determinou se estudasse a organização da mesma, com o escopo de organizar o STF aos moldes da Suprema Corte norte-americana e transferir-lhe as atribuições do Poder Moderador.

Portanto, sob a influência da organização da Suprema Corte estadunidense, fora organizado o nosso Supremo Tribunal Federal e na visão de Alexandre de Morais, o Supremo Tribunal Federal

> Nasceu com o papel de intérprete máximo da Constituição republicana, e o controle difuso de constitucionalidade instalou-se de forma efetiva no Brasil com a Lei Federal n. 221, de 1894, que concedeu competência aos juízes e tribunais para apreciarem a validade das leis e regulamentos, e deixarem de aplicá-los aos casos concretos, se fossem manifestamente inconstitucionais. Posteriormente, o constitucionalismo brasileiro aliou ao tradicional controle difuso de constitucionalidade a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal analisar abstratamente a compatibilidade do ordenamento jurídico com a Constituição, por meio do controle concentrado [o qual teve seu embrião, no Brasil, na Constituição de 1934, art. 12, V, a qual previu a possibilidade de intervenção federal para a observância de determinados princípios, a partir da provocação do STF pelo Procurador-geral da República e da declaração de inconstitucionalidade, pelo STF, lei estadual] (MORAES, 2003, p. 499-500).

Deve-se corroborar que o Supremo Tribunal Federal não é uma Corte ou um Tribunal Constitucional propriamente dito aos moldes austríacos, pois órgãos dessa envergadura possuem competência única e exclusiva para apreciar a Constitucionalidade em abstrato de atos infraconstitucionais, o que não ocorre com o STF, uma vez que este possui, desde o período imperial, a feição da Corte Suprema estadunidense, guardadas as devidas proporções, principalmente tendo em conta o desenvolvimento específico da Justiça Constitucional em cada país.

Hodiernamente, o Supremo Tribunal Federal exerce tanto funções que o aproximam de uma Corte Constitucional, quanto funções que o afastam desta e o aproximam a um Tribunal de Superposição, de instância colegiada derradeira de jurisdição comum, *v.g.*, nesse último caso, quando julga:

> **I)** nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica [...], os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente (alínea *c*, inc. I, art.102, CF/1988);
> **II)** a extradição solicitada por estrangeiro (alínea *g*, inc. I, art.102, CF/1988);
> **III)** as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta (alínea *f*, *i*nc. I, art. 102, CF/1988);
> **IV)** a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais (alínea *m*, inc. I, art. 102, CF/1988);
> **V)** a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados (alínea *j*, inc. I, art. 102, CF/1988).

Tem-se, portanto, que o STF, além de ter a competência para processar e julgar as ações que se prestam ao controle em abstrato da (in)constitucionalidade, da compatibilidade ou não de atos normativos estatais com a Constituição Brasileira de 1988 (via ADPF), bem como em sede de controle difuso para processar e julgar o Recurso Extraordinário (art. 102, *III*, *a, b, c* e *d*), possui, como exemplificadamente se mostrou *supra,* competências outras que o aproximam das jurisdições comuns e o afastam de seu papel de Tribunal Constitucional, porém aproximam-no de sua função de Tribunal de Superposição do Poder Judiciário brasileiro, daí a impropriedade de dizer-se que o STF é uma Corte ou Tribunal Constitucional.

2.7 Tendência atual da Justiça Constitucional Brasileira

É certo que a Justiça Constitucional brasileira tende a uma filiação, cada vez maior, ao modelo austríaco de Cortes Constitucionais, mesmo continuando a existir o controle difuso, pois cada reforma que mexe em suas competências, bem como em sua jurisprudência, atinente às questões de natureza processuais, *v.g.*, a retroatividade da necessidade de se demonstrar repercussão geral em recursos interpostos anteriormente à regulamentação pelo RISTF como prescrito em lei, introduz-se mais óbices de acesso ao Pretório Excelso, de tal modo que futuramente a proteção não só de minorias, bem como de todo e qualquer cidadão restará comprometida por óbices de natureza processual impeditivos da cognição e até mesmo do ingresso de Recursos Extraordinários ao STF. Isso, na prática, representará a

estagnação do controle difuso da constitucionalidade das leis, pois de nada adianta a existência de um sistema cuja dificuldade em manuseá-lo conduz à descrença do jurisdicionado desde antes do ingresso em juízo, ou seja, no que se relaciona ao acesso à justiça em si, o que o tornará inefetivo, dado ao grande número, e cada vez maior, de requisitos para levar-se à última instância competente para decidir causas envolvendo a (in)constitucionalidade e a (in)compatibilidade de atos infraconstitucionais contrastados em face da Constituição.

Atinente ao controle concentrado-abstrato, o óbice a acesso sempre existiu, primeiramente, na remota legitimação, apenas do Procurador-Geral da República para deflagrá-lo e, atualmente, na divisão em legitimados universais e restritos para a deflagração do mesmo, o que se constitui uma contradição tal exigência advinda da construção jurisprudencial do STF, uma vez que se exige a demonstração de um requisito de natureza subjetiva, a pertinência temática, para a instauração de um procedimento de natureza objetiva que confronta o prescrito na CF/1988 com o que positivado está no plano infraconstitucional.

3. CONCLUSÕES

I) São óbices de acesso ao controle de Constitucionalidade na via concreta ou difusa as hipóteses, cada vez mais restritas, de cabimento do Recurso Extraordinário, a necessidade de prequestionamento da matéria a ser julgada pelo Tribunal, a súmula de efeitos vinculantes, a demonstração da repercussão geral no Recurso Extraordinário;

II) Já em sede de controle abstrato-concentrado, o óbice é a legitimação restrita a uns poucos órgãos ou entidades, taxativamente elencados pela Constituição, mesmo porque o STF, com as reformas constitucionais e processuais paulatinamente introduzidas no ordenamento-jurídico brasileiro, toma cada vez mais a feição de uma Corte Constitucional, senão aos moldes austríacos, aos moldes norte-americanos;

III) A celeuma em torno da súmula de efeitos vinculantes não está relacionada apenas às consequências que uma unidade interpretativa do Direito pode trazer, mas também à criatividade e não criatividade da atividade judicial, bem como aos modos, limites, grau e legitimidade de tal criatividade;

IV) uma primeira corrente entende que a súmula de efeitos vinculantes representa, além da uniformização da jurisprudência, um importante mecanismo para o controle de constitucionalidade, na medida em que possibilita, uma forma de transposição de um

entendimento judicial surgido em um caso concreto para o plano abstrato geral, sendo seu escopo último proporcionar uma unidade interpretativa do Direito, na medida em que a interpretação diversa da mesma matéria, ao ser julgada por juízes diversos, pode gerar desigualdades entre os jurisdicionados que estejam em uma mesma circunstância fática. Já uma segunda corrente discorda até da sistemática das súmulas, pois entende que viola os princípios constitucionais do devido processo legal, bem como o da legalidade entendendo que a súmula de efeitos vinculantes é um paradoxo no sistema jurídico, uma vez que os juízes podem contrariar as leis, o que poderá ensejar recurso, mas não podem contrariar as súmulas. Encontra-se o sistema jurídico-processual brasileiro, após tantas reformas, descontextualizado da realidade, podendo levar à não proteção daqueles que vão ao Poder Judiciário como única ou última instância para a resolução de seus conflitos, notadamente as minorias, excluídas em si mesmas, comprometendo, por derradeiro, a aplicação do direito material;

V) a sistemática atual de acesso ao STF, compromete em última análise o acesso à prestação jurisdicional e, de certa forma, cerceia a liberdade de acesso ao órgão de cúpula da justiça constitucional brasileira, na medida que seus requisitos de acesso estão cada vez mais difíceis de ser preenchidos.

Referências

BRASIL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973.
BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988.
CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: SAFIS, 1999.
DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 12. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.
GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito nos Estados Unidos.** Barueri: Manole, 2004.
GRINOVER, Ada Pellegrine; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; SCARANCE, Antonio Fernandes. **Recursos no Processo Penal.** 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
LAMY, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Reflexões sobre as súmulas vinculantes. In*:* **Reforma do Judiciário analisada e comentada.** São Paulo: Método, 2005. ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora; LENZA, Pedro; TAVARES, André Ramos (coords).
SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. **Processo Constitucional:** nova concepção de jurisdição. São Paulo: Método, 2008.
SILVA, Bruno Freire e. A exigência de ofensa direta à Constituição para o cabimento de recurso extraordinário: necessidade de interpretação extensiva. In: MELLO, Rogerio Licastro Torres de (coord). **Recurso Especial e Extraordinário Repercussão Geral e Atualidades.** São Paulo: Método, 2007
STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso:** constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.
Supremo Tribunal Federal. Disponível em: www.stf.jus.br.
TAVARES, André Ramos. **Nova Lei da Súmula Vinculante:** estudos e comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006. São Paulo: Método, 2007.
TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **Reforma do Judiciário analisada e comentada**. São Paulo: Método, 2005.