A Cláusula de Repercussão Geral e o Diálogo Constitucional entre os Poderes

Bernardo de Vilhena Saadi[1]

I Introdução

A importância da EC 45 para o controle de constitucionalidade brasileiro é inegável. Os institutos acrescidos à Constituição pelo Poder Constituinte Deriva-

[1] Master of Laws (LL.M.), University of Chicago Law School. O presente artigo foi redigido com base em um trabalho desenvolvido sob a supervisão do Prof. David A. Strauss, da Universidade de Chicago. Ao professor, meus sinceros agradecimentos pela cuidadosa e enriquecedora orientação. Agradeço também à Profa. Jane Reis Gonçalves Pereira, pelos valiosos conselhos bibliográficos. Nota introdutória do Prof. David A. Strauss: "Judicial review is one of the most interesting and controversial institutions of modern Western democracies. It can serve the vital purpose of protecting the essential elements that make our societies democratic, but it can also be used to unjustifiably weaken the power of the contemporaneous majority to rule itself. A project that identifies the ways in which the specific tools of constitutional control of a country can be used to foster the democratic debate is always very welcome, especially when the constitutional control device in question has been recently introduced to the system. The following paper, written under my supervision, investigates the modifications undertaken by the Brazilian constitutional control system with reference to the most important issue related to judicial review in any democratic country – the attempt to establish a fruitful constitutional dialogue between the Supreme Court and the elected branches." Tradução: "O *judicial review* é um dos institutos mais interessantes e controversos das modernas democracias ocidentais. Ele pode servir ao propósito vital de proteger os elementos essenciais que tornam as nossas sociedades democráticas, mas também pode ser usado de forma a enfraquecer injustificadamente o poder da maioria contemporânea de se autogovernar. Um trabalho que identifique maneiras por intermédio das quais instrumentos específicos do controle de constitucionalidade de um país possam ser usados para promover o debate democrático é sempre bem-vindo, sobretudo quando o referido instrumento legal foi recentemente introduzido no sistema. O presente artigo, escrito sob minha supervisão, investiga as modificações a que o controle de constitucionalidade brasileiro foi submetido focando na mais importante questão relacionada ao controle de constitucionalidade em um país democrático – a tentativa de que seja estabelecido um frutífero diálogo entre a Suprema Corte e os poderes eleitos."

do, notadamente a súmula vinculante e a cláusula de repercussão geral, redesenharam de forma positiva os contornos da jurisdição constitucional pátria.

A cláusula de repercussão geral, mais especificamente, apresenta promissoras perspectivas. Além de dar à atividade do STF mais racionalidade, é possível, também, que esse novo instrumento seja empregado de molde a incentivar enriquecedor diálogo constitucional entre os Poderes, amenizando a sensível questão referente ao déficit democrático do controle de constitucionalidade.

Convém, então, que a cláusula de repercussão geral seja estudada mais detidamente. No presente trabalho, traça-se uma breve comparação entre a cláusula de repercussão geral e o *writ of certiorari* norte-americano, na qual algumas semelhanças e diferenças entre os institutos são apontadas. Em seguida, defende-se que a inovação sob estudo pode oxigenar o debate constitucional brasileiro ao ser usada como ponto de partida para o estabelecimento de um diálogo constitucional entre o STF e os poderes democraticamente eleitos.

2 Breve comparação entre os institutos da cláusula de repercussão geral e o *writ of certiorari* norte-americano

Os dados referentes à atividade da Suprema Corte norte-americana são absolutamente surpreendentes para o jurista brasileiro. Não obstante o fato de a Corte receber mais de sete mil recursos anualmente, menos de noventa são decididos pelo plenário. Essa estatística ganha contornos ainda mais impressionantes quando se sabe que, malgrado o constante aumento no número de recursos que são feitos à Corte, a quantidade de decisões proferidas tem paulatinamente declinado.[2]

Inicialmente, a Corte não era dotada de discricionariedade acerca dos casos que iria julgar. De acordo com o que estabelecia o *Judiciary Act of 1789*, a Suprema Corte figurava como o único tribunal de apelação no âmbito das cortes federais do país, tendo a obrigação de julgar recursos na maioria das lides que envolviam o Direito Federal, bem como em alguns poucos casos oriundos dos tribunais estaduais.[3] Todavia, as profundas transformações ocorridas na sociedade norte-americana durante o curso do século XIX modificaram quantitativa e qualitativamente o conteúdo dos recursos que chegavam à Suprema Corte. A importância da Corte aumentou, uma vez que as suas decisões passaram mais comumente a afetar todo o país, porém o funcionamento da mesma foi prejudicado pelo crescente número de recursos interpostos.[4]

---

[2] Na década de 1960, por exemplo, pouco mais de dois mil recursos chegavam à Corte, dos quais quase trezentos eram conhecidos e julgados. Dados disponíveis na página http://www.supremecourtus.gov/about/justicecaseload.pdf, acessada em 30/8/2007, e em STERN, Robert L, GRESSMAN, Eugene, SHAPIRO, Stephen M, GELLER, Kenneth S, *The Supreme Court practice*. 8. ed, Washington, The Bureau of National Affairs, 2002, p. 55-64.

[3] LINZER, Peter. The meaning of certiorari denials. *Columbia Law Review*, v. 79, nov. 1979, p. 1230-1231.

[4] LEIMAN, Joan Maisel. The rule of four. *Columbia Law Review*, v. 57, 1957, p. 979.

Portanto, em 1891 alterou-se o regramento concernente à competência da Corte, de molde a conferir-lhe maior discricionariedade no que se refere aos casos que seriam admitidos. Todavia, tal liberdade de ação era restrita, pois uma parcela considerável da competência da Corte ainda era composta de recursos que deveriam obrigatoriamente ser decididos. Desse modo, no início do século XX o número de processos aguardando julgamento voltou a ser excessivo.[5]

Conseqüentemente, aprovou-se o *Judiciary Act of 1925*, também conhecido como *Judges' Bill*, com o intuito de reduzir o número de casos julgados pela Corte, como forma de permitir que os ministros devotassem mais atenção ao diminuto número de processos realmente importantes para o país.[6,7] Após a mudança trazida pelo Ato de 1925, pontuais intervenções legislativas e a contínua evolução pretoriana modelaram a maneira pela qual a Suprema Corte conhece dos recursos. Finalmente, em 1995, a Corte anunciou a *Rule 10*, com o desiderato de esclarecer aos advogados e às cortes inferiores o que é levado em consideração pelos ministros quando da análise de um *writ of certioriari*, meio pelo qual a parte insatisfeita pode requerer que a Corte reexamine o mérito do seu caso. A Regra 10, que não tem o condão de vincular a atuação dos ministros, é composta de abrangentes generalizações que só podem ser compreendidas à luz da jurisprudência da Suprema Corte.[8] Ainda assim, a Regra 10 e a utilização que dela faz a Corte podem ser úteis na análise de temas suscitados pela EC 45 e pela Lei 11.418/06, que regulamenta o instituto da cláusula de repercussão geral.[9]

O *writ of certiorari* e a cláusula de repercussão geral se assemelham no que tange ao número de ministros que são necessários para que não se conheça de determinado recurso. Nos EUA, para que o *writ* seja decidido pela Corte, basta que quatro dentre os nove ministros que a compõem assim o desejem. No Brasil, há dispositivo constitucional que contém a mesma *ratio*, ainda que o seu funcionamento seja diferente. Como é notório, de acordo com o art. 102, § 3º, CF,[10] o STF somente poderá recusar admissão ao recurso se esta for a vontade de dois terços dos seus membros. Assim, apenas se oito ministros considerarem que o

---

[5] STERN, Robert L., GRESSMAN, Eugene, SHAPIRO, Stephen M., GELLER, Kenneth S. Op. cit. p. 219.

[6] LEIMAN, Joan Maisel. Op. cit. p. 980.

[7] Não se pode deixar de notar que opinião semelhante quanto aos deletérios efeitos relacionados a uma quantidade irrazoável de recursos pendentes nos tribunais superiores é esposada pela Ministra Ellen Gracie Northfleet, para quem os vultosos recursos e o precioso tempo gasto com causas idênticas deveriam estar sendo empregados na detida análise dos temas que requerem, verdadeiramente, aprofundada reflexão por parte dos magistrados. Ver NORTHFLEET, Ellen Gracie. Ainda sobre o efeito vinculante. *Revista do Ministério Público*, Rio de Janeiro, n. 4, jul./dez. 1996, p. 59.

[8] STERN, Robert L., GRESSMAN, Eugene, SHAPIRO, Stephen M., GELLER, Kenneth S. Ob. cit. p. 22 ss.

[9] TAVARES, André Ramos. *Reforma do Judiciário no Brasil pós-88: (des)estruturando a justiça*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2005, p. 212-213. Segundo o professor, "o *writ of certiorari* é o paradigma mais próximo da atual 'repercussão geral'".

[10] Art. 102, § 3º. "No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, **somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros**."

recurso extraordinário não apresenta repercussão geral, será possível que ele seja inadmitido.[11]

Debate-se, em sede doutrinária norte-americana, qual significado deve ser dado à recusa a um *writ of certiorari*. De acordo com a visão ortodoxa, a Suprema Corte não leva em conta o mérito da decisão recorrida na hora de decidir se o recurso será ou não admitido. Contudo, essa teoria perde força em face do fato de que a Corte costuma reverter entre 60% e 70% dos casos julgados,[12] o que parece indicar que a desaprovação quanto ao conteúdo da decisão em questão costuma ter considerável peso.[13] Tudo leva a crer que a cláusula de repercussão geral será utilizada de maneira semelhante. O Supremo, segundo o art. 543-A, § 1º, do CPC, deverá considerar se há repercussões gerais "do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa". Não há dúvida de que a análise, sobretudo no que tange aos aspectos jurídicos, será influenciada pela opinião dos ministros do STF no que toca à decisão recorrida.

No entanto, convém lembrar que, em muitos casos, será de grande valia que o STF admita recurso extraordinário também para confirmar o julgado, pois dessa forma é possível que se saiba qual é a sua posição quanto ao tema discutido. Ademais, tendo em vista que a edição de uma súmula vinculante deve necessariamente ser precedida de reiteradas decisões acerca da matéria tratada,[14] sempre que o Supremo tiver interesse em pacificar a questão de maneira definitiva ele será obrigado a conhecer de vários recursos atinentes à controvérsia jurídica, independentemente da posição esposada pelo tribunal recorrido.

Uma diferença importante entre os regimes do *writ of certiorari* e da cláusula de repercussão geral se refere à obrigatoriedade de que a inadmissão do recurso seja motivada. Enquanto nos EUA a Suprema Corte se nega a conhecer de um *writ* de maneira discricionária e sem prestar quaisquer explicações, no Brasil é preciso que o STF motive a sua decisão, em consonância com o que dispõe o art. 93, IX, da Constituição.[15] Apesar de a decisão quanto à inexistência de repercussão geral

---

[11] ALVIM, Arruda. A EC N. 45 e o Instituto da repercussão geral. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, WAMBIER, Luiz Rodrigues, GOMES JR., Luiz Manoel, FISCHER, Octavio Campos, FERREIRA, William Santiago (coord). *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 65. No entender do professor, esse elevado quórum permite que as eventuais recusas sejam dotadas de alto grau de segurança e certeza, compensando o fato de a existência de repercussão geral ser um conceito vago.

[12] FALLON JR. Richard H., MELTZER, Daneil J., SHAPIRO, David L. *The Federal Courts and the Federal System*. 5. ed. New York: Foundation Press, 2003, p. 1603.

[13] LINZER, Peter. Op. cit. p. 1303.

[14] Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, **após reiteradas decisões sobre matéria constitucional**, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei."

[15] Art. 93, IX. "Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e **fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade**, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação."

ser irrecorrível,[16] a sua motivação servirá ao propósito de elucidar as razões que guiaram os ministros. Com efeito, na medida em que há necessidade de que o Supremo revele os motivos que o levaram a adotar determinada postura, o cunho político das decisões que não conhecerem de recursos será minimizado e o STF será forçado a empregar o instrumento em tela de maneira moderada.[17] Na verdade, como aponta Frederick Schauer, o simples fato de as razões serem colocadas no papel já funciona como um elemento limitador, sobretudo quando se sabe que as mesmas serão publicadas.[18]

Percebe-se, assim, que o ato de não admitir um recurso é muito mais trabalhoso para o STF do que para a Suprema Corte norte-americana. Afinal, os ministros brasileiros serão obrigados a explicar o porquê da sua decisão. Dessa feita, e em virtude da enorme gama de recursos idênticos que chegam ao Supremo todo ano, havia o risco de que os ministros perdessem precioso tempo redigindo explicações acerca do não-conhecimento dos mesmos. Para evitar tal cenário, a Lei 11.418 acrescentou ao CPC o art. 543-A, § 5º, que prevê que "negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese". Esse dispositivo é crucial, pois permite que o sistema funcione a contento e alcance o desiderato de diminuir a carga de trabalho dos ministros.

O *writ* estadunidense e a cláusula de repercussão geral brasileira se assemelham no que tange à possibilidade de que *amici curiae* intervenham quando da definição da corte no que se refere à conveniência de que o recurso seja conhecido. O legislador acertou ao prever a manifestação de terceiros no art. 543-A, § 6º, no CPC,[19] uma vez que, conforme visto acima, a decisão do STF quanto à inadmissão de um recurso extraordinário em razão da sua falta de repercussão geral valerá para os demais recursos que tratarem do mesmo tema.

Nesse passo, deve-se ter em mente que a introdução da figura do *amicus curiae* no controle de constitucionalidade brasileiro, operado por intermédio da Lei 9.868/99,[20] elevou a legitimidade das prolações oriundas do STF.[21] Com efeito, até a promulgação da Constituição de 1988, a jurisdição constitucional era uma ques-

---

[16] CPC, Art. 543-A, *caput*. "O Supremo Tribunal Federal, em *decisão irrecorrível*, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo."

[17] TAVARES, André Ramos. Op. cit. p. 215.

[18] SCHAUER, Frederick. Giving reasons. *Stanford Law Review*, n. 47, 1994-1995, p. 652.

[19] CPC, Art. 543-A, § 6º "**O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros**, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal."

[20] "Art. 7º. Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade. § 2º. O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades."

[21] *A nova jurisdição constitucional brasileira:* legitimidade democrática e instrumentos de realização. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 159.

tão de Estado na qual o cidadão não podia intervir.[22] No entanto, com o aumento do rol de legitimados a proporem ADIn, efetivado quando da entrada em vigor da Constituição, e com a posterior edição da Lei 9.868, pluralizou-se o debate constitucional brasileiro. Amenizou-se, assim, o problema perfeitamente sintetizado por Cássio Scarpinella Bueno na seguinte indagação: "como alguém pode ser afetado de maneira tão intensa por um julgamento do qual não participou, do qual não podia participar e sequer sabe que existiu?"[23] A Lei 11.418, felizmente, está em consonância com as alterações de cunho democrático que se seguiram ao advento do Texto Fundamental, e permite que *amici curiae* contribuam para com a decisão do STF quanto à relevância da matéria constante de um recurso extraordinário.

No entanto, para além das questões referentes à correta previsão do referido instituto no artigo do CPC que disciplina o emprego da cláusula de repercussão geral, é de grande valia que se mencione de que modo os *amici curiae* são utilizados no *writ* norte-americano. Aponta a doutrina que a manifestação de um *amicus curiae* no tocante à existência ou não de relevância de um *writ* costuma aumentar a chance de que a Suprema Corte conheça do recurso. Isso se deve à percepção de que, se existem pessoas ou organizações suficientemente interessadas no desenlace de uma questão jurídica a ponto de ingressarem como *amici*, tudo indica que a controvérsia é socialmente relevante. Dessa feita, enquanto a participação de *amici* favoráveis ao conhecimento do recurso costuma auxiliar no propósito de que o mesmo seja admitido, a manifestação de *amici* contrários a que o caso seja decidido tende a deixar a Corte com a impressão de que a resolução do mérito da causa é importante, ainda que indesejável para aquele particular.[24]

3 A cláusula de repercussão geral e o diálogo constitucional entre os poderes

O moderno Estado Democrático de Direito é marcado pela tensão existente entre o constitucionalismo e a democracia. Com efeito, conforme esclarece Daniel Sarmento, esses dois princípios, que convivem na Constituição brasileira, apontam, em sua origem, para rumos distintos. Ao ideal democrático de Rousseau, que defende a prevalência da vontade da maioria e que, se adotado de forma ilimitada, pode colocar em perigo os direitos das minorias, se contrapõe à noção de constitucionalismo de John Locke, que tem por objetivo conter o poder em defesa

[22] BINENBOJM, Gustavo. A democratização da jurisdição constitucional e o contributo da lei nº 9.868/99. In: SARMENTO, Daniel (org.). *O controle de constitucionalidade e a lei 9.868/99*. 2. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002. p. 153.

[23] BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro:* um terceiro enigmático. Rio de Janeiro: Saraiva, 2006. p. 37.

[24] SHAPIRO, Stephen M. *Certiorari practice: the Supreme Court's shrinking docket*. Disponível na página http://www.appellate.net/articles/certpractice.asp, acessada em 2/9/2007, p. 13.

dos direitos dos cidadãos e que, se utilizado de maneira exacerbada, pode fazer do princípio democrático uma locução vazia. É preciso, por óbvio, que ambos os princípios sejam sopesados de forma equilibrada para que se viabilize o sucesso do Estado Democrático de Direito.[25]

A tentativa de se alcançar a justa medida entre os dois princípios sobreditos não ofusca o fato de que, ao menos em alguns momentos, a maior parte da população de determinada época pode se ver impossibilitada de optar pelos rumos que lhe parecerem mais adequados. Uma constituição rígida impõe às futuras gerações os limites criados por aqueles que redigiram o documento constitucional, subtraindo do processo democrático alguns temas que não poderão mais ser decididos pela simples vontade da maioria.[26] Tal quadro faz surgir um evidente dilema intertemporal,[27] para o qual os doutrinadores há muito buscam justificativas.[28]

O problema apontado, sublinhe-se, desemboca em outra questão delicada, referente a qual órgão deve receber a incumbência de interpretar o texto constitucional. É importante notar que, mesmo que o processo de controle de constitucionalidade fosse absolutamente mecânico, a tensão entre o constitucionalismo e a democracia subsistiria, já que ainda assim a vontade dos vivos teria que se dobrar à dos mortos.[29] Contudo, é evidente que o controle de constitucionalidade não se resume sempre a um processo silogístico através do qual a nulidade de uma lei é declarada em virtude da sua patente contradição em face dos ditames constitucionais. O núcleo da Constituição está repleto de expressões vagas,[30] tais como "dignidade da pessoa humana" e "devido processo legal", o que torna ainda mais relevante o papel a ser desempenhado por aquele que tiver de interpretá-la. Essas caracterísi-

---

[25] SARMENTO, Daniel. Direito adquirido, emenda constitucional, democracia e a reforma da previdência. In: TAVARES, Marcelo Leonardo (coord.). *A reforma da Previdência Social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 8-9.

[26] BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira:* legitimidade democrática e instrumentos de realização. Op. cit. p. 51. No cenário brasileiro, a tensão existente entre o constitucionalismo e a democracia aumenta consideravelmente em virtude da adoção das cláusulas pétreas, uma vez que essas não impõem ao legislador apenas a necessidade de superar barreiras quantitativas para que o seu projeto seja aprovado, mas estabelecem verdadeiras muralhas que não podem ser transpostas sequer com a utilização de um procedimento especial. Em outras palavras, enquanto o Poder Legislativo pode modificar a Constituição para corrigir a jurisprudência firmada no que concerne a uma lei ordinária, nada pode fazer quando a declaração de inconstitucionalidade tem por objeto uma norma constitucional aprovada pelo poder constituinte derivado.

[27] ACKERMAN, Bruce. Discovering the Constitution. *The Yale Law Journal*. v. 83, 1984. Apud BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2006, p. 53. Esse caráter de choque com o passado faz com que Bruce Ackerman denomine esse fenômeno de "dificuldade intertemporal".

[28] Para ver as variadas justificativas para o controle de constitucionalidade, consultar BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Op. cit. p. 55-121.

[29] STONE, Geoffrey R., SEIDMAN, Louis Michael, SUNSTEIN, Cass R., TUSHNET, Mark V., KARLAN, Pamela S. *Constitutional law*. 5. ed. New York: Aspen Publishers, 2005, p. 43.

[30] DWORKIN, Ronald. Juiz Roberts em julgamento. *Revista de Direito do Estado*, n. 2, abr.-jun. 2006, p. 6.

cas fazem com que dificuldade contramajoritária,[31] presente sempre que se procede ao controle de constitucionalidade das leis, seja sensivelmente mais aguda, pois a inconstitucionalidade da norma será, em muitos casos, discutível.

Nessa linha, cabe assinalar que a supremacia do Poder Judiciário quanto à interpretação constitucional não era um objetivo claro dos constituintes da Constituição americana.[32] Com efeito, as doutrinas da supremacia do Legislativo e do departamentalismo também contavam com forte apoio. Segundo esta, que foi defendida por alguns partidários de Thomas Jefferson e pela ala radical do partido Republicano após a Guerra Civil, a decisão acerca do significado da Constituição deveria ser tomada pelo Congresso ou por uma de suas Casas. Segundo aquela, que foi progunada por James Madison[33] e por Thomas Jefferson, cabia a cada Poder interpretar a Constituição no âmbito de suas atribuições.[34]

Estas duas teorias tinham como alicerce a conexão existente entre o órgão que interprataria a Constituição e o povo. Caso a supremacia do Legislativo fosse adotada, essa noção seria levada às suas últimas conseqüências, pois seria função daqueles eleitos pela maioria decidir o significado da Constituição. Caso o departamentalismo tivesse vingado, a influência do Poder Judiciário seria limitada à adjudicação de casos específicos, e a Suprema Corte seria incapaz de impor a sua leitura da Constituição ao Legislativo e ao Executivo. Perpassando as duas teses estava a idéia, defendida por Jefferson, de que os representantes do povo deveriam ter a última palavra no que tange à interpretação constitucional.[35]

Todavia, o legado de John Marshall, simbolizado pelo histórico voto proferido em *Marbury v. Madison*, prevaleceu em face das demais correntes.[36] Interessante

---

[31] Na clássica formulação de BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1986. p. 16-17, "The root difficulty is that judicial review is a counter-majoritarian force in our system. [...] when the Supreme Court declares unconstitutional a legislative act or the action of an elected executive, it thwarts the will of representatives of the actual people of the here and now; it exercises control, not in behalf of the prevailing majority, but against it" (Trad: A dificuldade fundamental é que o *judicial review* é uma força contramajoritária dentro do nosso sistema. [...] quando a Suprema Corte declara a inconstitucionalidade de uma lei ou de um ato de um integrante eleito do Poder Executivo, ela se opõe à vontade dos representantes do povo do presente; ela exerce controle, não em favor da maioria, mas contra ela).

[32] FISHER, Louis. *Constitutional dialogues*. Princeton: Princeton University Press, 1988. p. 49.

[33] LEVY, Jacob T. *Federalism and constitutional entrenchment*. Artigo preparado para palestra realizada na Universidade de Chicago, em 26/4/2007, p. 10-12. James Madison era favorável à existência de uma Constituição que vinculasse o Legislativo, mas era contrário a que o Judiciário exercesse controle sobre o Legislativo. Como aduz o professor, ele foi incapaz de elaborar uma explicação convincente sobre de que forma a Constituição refrearia o Legislativo se os tribunais não tivessem o poder de aferir a constitucionalidade das leis.

[34] MURPHY, Walter F., FLEMING, James E., BARBER, Sotirios A., MACEDO, Stephen. *American constitutional interpretation*. 3. ed. New York: Foundation Press, 2003. p. 281-283.

[35] ROSEN, Jeffrey. *The Supreme Court: the personalities and rivalries that defined America*. New York: Times Books, 2006. p. 63.

[36] Idem, p. 23 ss. Marshall e Jefferson eram primos distantes, membros do que se poderia chamar de a aristocracia do Estado da Virgínia. No entanto, eles não se suportavam e tinham idéias absolutamente distintas acerca da União e do papel que cabia ao Poder Judiciário. Marshall propugnava pela

notar, na esteira do que faz José Adércio Leite Sampaio, que o famoso julgado apenas consolidou um conceito que evoluía há séculos no cenário jurídico ocidental.[37] Na verdade, as sementes do *judicial review* encontravam-se também presentes no Direito americano devido à doutrina de Sir Edward Coke,[38] à posição adotada por Alexander Hamilton em artigos de *O Federalista*[39] e à inclusão do *Bill of Rights* na Constituição.[40] Posteriormente, Marshall estendeu o poder da Suprema Corte à análise de leis estaduais (*Fletcher v. Peck*, 1810) e de decisões das supremas cortes estaduais (*Martin v. Hunter's Lessee*, 1816).[41] No entanto, foi apenas em 1958 que a

existência de um poder central forte e pela possibilidade de o Poder Judiciário decidir em última instância quanto à constitucionalidade das leis, ao passo que Jefferson defendia maior concentração de poderes nos estados e um governo majoritário. No fim, as idéias de Marshall prevaleceram.

[37] SAMPAIO, José Adércio Leite. *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 25-26. O doutrinador afirma que os antecedentes do controle de constitucionalidade remontam ao Direito ateniense, no qual a *nómos*, lei superior da *polis*, só poderia ser modificada por um complicado procedimento especial. O *pséfisma*, que se aproxima do que hoje denominamos normas infraconstitucionais, não podia estar em desconformidade com a *nómos*, sob pena de não ser aplicado. Durante a Idade Média, entendia-se que o *jus positum*, obra humana, não podia contradizer o *jus naturale*, de fonte divina. Sobre o assunto, ver também CAPPELLETTI, Mauro. *O controle de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999. p. 49-57.

[38] CLÉVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 63-64. "Os Estados Unidos incorporaram a doutrina, desenvolvida por Sir Edward Coke, que atribuía aos juízes o poder de controlar a legitimidade das leis, negando, se fosse o caso, aplicação àquelas que ferissem o *common law*. O raciocínio foi transferido para o campo constitucional. No período colonial, os juízes muitas vezes negaram aplicação ao direito local não compatível com as Cartas que a metrópole outorgara a cada uma das colônias."

[39] HAMILTON, Alexander, MADISON, James, JAY, John. *The Federalist papers*. Notas introdutórias de Charles R. Kesler. New York: Signet Classic, 1999. No *Federalista* nº 78 (p. 463-471), após afirmar que o Poder Judiciário é o menos perigoso dos três poderes pois não controla nem a espada (Executivo) nem a carteira (Legislativo), Hamilton elogia a necessidade de se limitar o poder do Legislativo por intermédio de uma constituição e assevera: "Limitations of this kind can be preserved in practice no other way than through the medium of courts of justice, whose duty it must be to declare all acts contrary to the manifest tenor of the Constitution void. Without this, all the reservations of particular rights or privileges would amount to nothing." (Trad: Limitações deste tipo só podem ser preservadas na prática por intermédio das cortes de justiça, cujo dever será o de declarar nulos todos os atos contrários à Constituição. Sem isso, todos os direitos e imunidades equivaleriam a nada.) Posteriormente, no *Federalista* nº 81 (p. 48-490), Hamilton defende a necessidade de que o Poder Judiciário fosse completamente independente do Legislativo, entre outras razões em virtude de que os legisladores que violassem a Constituição não teriam interesse em invalidar a lei feita por eles mesmos. No entanto, como assinala FISHER, Louis. Op. cit. p. 51, Hamilton, que se preocupava tanto com a possibilidade de o Legislativo ir além do que os seus poderes constitucionais permitiam, não esclarece de que maneira seria possível evitar que isso fosse feito pelo próprio Poder Judiciário.

[40] STAMATO, Bianca. *Jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 66. "Vale ressaltar que a idéia de vinculação do Legislativo pelo Constituinte, para Eduardo García de Enterria, já transparece a partir da inclusão da Carta de Direitos 'Bill of Rights' de 1791, pois os direitos constituíam garantias do indivíduo frente ao governo, limitando sua discricionariedade no momento da elaboração das leis."

[41] Tais passos, que podem parecer lógicos, eram, dentro do contexto da época, extremamente complexos, pois lidavam com a questão da natureza da União formada pelos Estados americanos. Era comum a assertiva de que os Estados eram soberanos, e de que, portanto, não seria possível que as leis ou as decisões da Suprema Corte de um Estado fossem julgadas pela Suprema Corte do país. Para uma

Suprema Corte expôs de forma explícita que a sua interpretação do Texto Constitucional é de obrigatória observância pelos demais Poderes.[42]

No Brasil, durante o século XX, houve um gradual aumento da importância do STF, em razão das reformas feitas ao defeituoso sistema de controle de constitucionalidade estabelecido em 1891.[43] O fortalecimento do modelo abstrato de controle de constitucionalidade, que passou a preponderar sobre o difuso a partir da Constituição de 1988,[44] e a introdução no Brasil do efeito vinculante[45] acentuaram a supremacia judicial no país. Note-se, nesse passo, que a melhor doutrina reconhece que o STF ocupa uma posição que favorece a defesa dos direitos individuais e do processo democrático.[46] No entanto, os constitucionalistas também expressam justa preocupação com o déficit democrático inerente ao controle contramajoritário exercido pelo STF. Parece evidente, contudo, que as inovações a que foi submetido o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro pela EC 45 oferecem rara oportunidade para que seja mitigada a questão contramajoritária.

A EC 45 modificou fundamentalmente o controle de constitucionalidade pátrio ao introduzir na Constituição os institutos da súmula vinculante e da cláusula de repercussão geral. O primeiro fortalece o STF, ao permitir que o Tribunal

---

clássica explicação sobre como John Marshall foi capaz de transformar a tímida e acanhada Suprema Corte em um órgão dotado de influência e prestígio, ver McCLOSKEY, Robert G. *The american Supreme Court*. 4. ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2005. p. 1-52.

[42] STONE, Geoffrey R., SEIDMAN, Louis Michael, SUNSTEIN, Cass R., TUSHNET, Mark V., KARLAN, Pamela S. Op. cit. p. 57-58. A decisão proferida pela Suprema Corte no caso *Cooper v. Aaron*, em 1958, que versava sobre a resistência à dessegregação racial nas escolas do Estado de Arkansas, condensa essa idéia ao afirmar que a interpretação dada à 14ª emenda constitucional pela Suprema Corte no caso Brown é a lei suprema do país (*supreme law of the land*). Na opinião dos autores, esse voto vai além do que fora estabelecido em *Marbury* pois deixa claro que o entendimento da Corte quanto ao significado da Constituição prepondera sobre a interpretação dos Poderes eleitos, vinculando-os.

[43] PERTENCE, José Paulo Sepúlveda. A atualidade do pensamento de Kelsen (palestra proferida em 18 de novembro de 1996, no Auditório Machado Guimarães da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, no ciclo de palestras "Colóquios sobre Hans Kelsen"). *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, nº 50, ano 1997, p. 43. Nas palavras do Ministro José Paulo Sepúlveda Pertence, "a falta do *stare decisis* ou de outros instrumentos técnicos de outorga da eficácia universal e da força vinculante das decisões" gerou "resultados absolutamente pífios".

[44] MENDES, Gilmar Ferreira, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos, 1998, p. 252. Com idêntico entendimento, CLÈVE, Clèmerson Merlin. Op. cit. p. 140, que enxerga este fenômeno na nova abrangência dos legitimados da ADIn e na instauração da ADIn por omissão e, posteriormente, da Ação Declaratória de Constitucionalidade.

[45] LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2006. p. 145-149. Forçoso que sejam distinguidos dois institutos que, em muitos casos, são confundidos devido à sua similaridade: a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante. Por óbvio que, caso os dois termos versassem sobre o mesmo conceito, não haveria necessidade de a Constituição se referir a ambos em seu art. 102, § 2º. Frise-se, desde logo, que a eficácia *erga omnes* empresta à parte dispositiva da decisão judicial oponibilidade em face de todos, ao passo que o efeito vinculante estabelece que sejam obedecidos os fundamentos com base nos quais foi justificada a sentença. De fato, o objetivo de se instituir o efeito vinculante no Direito brasileiro, o que foi feito com base na experiência germânica, foi o de conferir às decisões do Supremo Tribunal Federal maior eficácia em razão da força outorgada aos motivos nos quais estas se assentam.

[46] Por todos, BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. Op. cit. p. 57.

aprove súmulas que vinculam o Poder Judiciário e a Administração Pública.[47] O segundo, por sua vez, abre uma possibilidade sem precedentes para que o STF inicie um diálogo constitucional com os demais Poderes. De fato, a estrutura do Direito brasileiro, filiado à família jurídica romano-germânica, dá ensejo a que o STF utilize a cláusula de repercussão geral de maneira inconcebível no cenário norte-americano. Ironicamente, a ausência de *stare decisis* no Brasil, que deu origem a tantos problemas quando da implantação do *judicial review* na Constituição de 1891, agora nos permite antever um quadro favorável.

No sistema difuso de controle de constitucionalidade, as decisões do STF operam unicamente *inter partes*, não tendo poder de vincular nem os tribunais inferiores nem a Administração Pública. Em razão disso, o STF não soluciona de modo definitivo um assunto constitucional quando do julgamento de um recurso extraordinário. [48] Ao revés, a Suprema Corte dos EUA, ao decidir um caso que lhe é apresentado, vincula os demais tribunais do país, pacificando o tema suscitado em virtude do efeito do *stare decisis*.[49]

Essa diferença é crucial, e é a partir dela que deve ser delineada a utilização do instrumento da repercussão geral por parte do STF. O emprego a ser dado ao novo instituto precisa ser adequado à estrutura do Direito pátrio, de molde a que a inexistência de *stare decisis* renda os frutos que são possíveis nesse caso. Por óbvio, a presente análise só pode ser feita no âmbito de um debate sobre a função do STF.

De pronto, faz-se imperativa a rejeição da idéia de que os tribunais de cúpula não devem ter o poder de invalidar a legislação infraconstitucional. Jeremy Waldron, em excelente trabalho, propugna que, numa democracia na qual as pessoas têm comprometimento para com os direitos alheios mas discordam quanto a quais são esses direitos, o controle de constitucionalidade é desnecessário. Segundo o autor, não há razão para que se acredite que o Judiciário chegue a conclusões qualitativamente superiores acerca desses temas, e assim sendo tais decisões devem

[47] CF, Art. 103-A. "O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, **terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta**, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

[48] É essencial ressaltar que a possibilidade de que haja um diálogo constitucional entre os Poderes nos moldes expostos no presente trabalho só é possível devido ao limitado alcance das decisões proferidas pelo STF no âmbito do controle difuso de constitucionalidade. Não se pode deixar de registrar, contudo, que o Ministro Gilmar Mendes entende que as prolações do STF em sede de controle difuso suspendem a eficácia da lei inconstitucional. Segundo o Ministro, o art. 52, X, da CF, sofreu uma mutação constitucional, e hoje requer apenas que o Senado dê publicidade à decisão do STF, não mais cabendo ao Senado a tarefa de suspender a lei declarada inconstitucional pelo STF (ver Informativo 463 do STF, Rclm-4335). Caso esta tese seja adotada, o diálogo constitucional de que aqui se trata não mais ocorrerá, uma vez que o STF decidirá as questões de maneira definitiva na primeira oportunidade.

[49] ROSENN, Keith S. Os efeitos do controle judicial de constitucionalidade nos Estados Unidos, Canadá e América Latina numa perspectiva comparada. Trad: Paulo Gomes Pimental Júnior. *Revista de Direito Administrativo*, n. 235, jan./mar. 2004, p. 160.

ser entregues ao Legislativo, em virtude de sua legitimitidade democrática.[50] A preocupação do autor quanto à importância do processo democrático no delineamento dos direitos é válida, podendo servir de base para uma teoria que restrinja a atuação da Corte. Contudo, a idéia de que não deve haver *judicial review* no ordenamento de um país democrático cuja população esteja comprometida com os direitos alheios peca por não levar em conta que até mesmo tais sociedades estão sujeitas a momentos de crise. Enquanto o processo democrático estiver seguindo o seu curso normal, a Corte deve ser mais comedida, corrigindo os pequenos equívocos cometidos e unificando a jurisprudência dos tribunais inferiores. Todavia, uma participação mais ativa é necessária quando a paixão coletiva sobrepuja a razão, fazendo com que os direitos individuais e o processo democrático sejam alvos de ataques. Nesse caso, os Poderes eleitos estão mais suscetíveis aos erros, pois a conexão democrática com a população pode levá-los a tomar decisões desastrosas. É bem verdade, como argutamente assinalou o Juiz Hand, que uma sociedade que haja perdido por completo a moderação não poderá ser salva por um Tribunal.[51] Não restam dúvidas de que o Judiciário só é capaz de defender os direitos individuais na medida em que a sua atuação não colida de maneira frontal com as forças políticas preponderantes.[52] No entanto, um país moderado e democrático que esteja vivendo uma erupção momentânea de sentimentos hostis à democracia e aos direitos individuais pode ser ajudado pela participação dos juízes, uma vez que esses não respondem diretamente ao clamor popular.

Mark Tushnet também defende que o povo tenha a última palavra quanto ao significado do Texto Constitucional e assinala que, no caso específico dos EUA, ele deve ser o intérprete do espírito contido na Declaração de Independência e na Constituição.[53] Contudo, como Fisher corretamente assevera, a leitura de que o *judicial review* é um instituto que se desvia do caráter eminentemente democrático estabelecido pela Constituição não condiz com os fatos. Na verdade, a Constituição americana não inaugurou uma república pautada pela democracia direta, mas sim um sistema que filtra e limita a vontade da maioria. Dessa forma, sempre que o *judicial review* é utilizado para proteger os princípios constitucionais e os direitos dos indivíduos, o Judiciário está agindo em favor dos valores que permeiam a Constituição.[54] Além disso, na esteira do que foi dito anteriormente, é provável que em momentos de crise o Judiciário esteja em melhor posição para preservar a ordem constitucional do que os Poderes eleitos.

---

[50] WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *The Yale Law Journal*. v. 115, 2006, p. 1376 ss.

[51] BICKEL, Alexander M. Op. cit. p. 23.

[52] GRIFFIN, Stephen M. *American constitutionalism*. Princeton: Princeton University Press, 1996, p. 115.

[53] TUSHNET, Mark. *Taking the constitution away from the courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999. p. 6-32.

[54] FISHER, Louis. Op. cit. p. 62-63.

As considerações aduzidas acima são de grande valia para a discussão sobre o papel do STF, uma vez que elas expõem a maneira pela qual os tribunais podem representar um perigo para a democracia. Como se sabe, a tensão entre a democracia e o constitucionalismo também ocorre no Brasil, assumindo proporções maiores entre nós em virtude da existência das cláusulas pétreas. Estas, como ensina Oscar Vilhena Vieira, estão voltadas fundamentalmente à proteção da dignidade da pessoa humana e do processo democrático, e devem ser interpretadas restritivamente, de molde a não impedir que cada geração se autogoverne.[55] O STF, por conseguinte, deve, ao mesmo tempo, preservar o núcleo desses princípios e permitir que o processo democrático se pronuncie acerca do delineamento e da extensão dos mesmos.

A nova estrutura do controle de constitucionalidade brasileiro, redesenhado pela EC 45, oferece excelentes possibilidades nesse sentido. Afinal, à aprovação de súmula vinculante apresentam-se como requisitos a existência de reiteradas decisões concernentes à matéria[56] e de controvérsia atual[57] que gere grave insegurança jurídica e multiplicação de processos.[58] Caso o primeiro requisito não esteja presente, ilegítima será a súmula exarada, uma vez que o STF não terá tido "a oportunidade de amadurecer o entendimento".[59] Essas repetidas decisões produzirão, naturalmente, apenas efeitos *inter partes*. Elas continuarão sem o condão de vincular os tribunais inferiores, guardando essencial diferença frente aos julgados exarados pela Suprema Corte dos EUA, que unificam de pronto o entendimento sobre a matéria controversa.

---

[55] VIEIRA, Oscar Vilhena. *A constituição e sua reserva de justiça*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 241-247. Fundamental a lição do professor no sentido de que, tendo em vista a gravíssima restrição que as cláusulas pétreas representam para o poder deliberativo das futuras maiorias, impõe-se a lembrança de que nem todas as cláusulas superconstitucionais têm "valor ético transcendente". Dessa forma, caso se encontrem maneiras mais aptas à promoção da dignidade da pessoa humana, estas não padecerão de inconstitucionalidade material.

[56] MANCUSO, Rodolfo de Camargo, Súmula vinculante e a EC N. 45/2004. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, WAMBIER, Luiz Rodrigues, GOMES JR., Luiz Manoel, FISCHER, Octavio Campos, FERREIRA, William Santiago (coord.). *Reforma do judiciário: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional N. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 708. A matéria, desde que constitucional, pode ser de cunho material ou processual, visto que não há no dispositivo qualquer restrição neste sentido.

[57] LAMY, Marcelo, CONCI, Luiz Guilherme Acaro. Reflexões sobre as súmulas vinculantes. In: TAVARES, André Ramos, LENZA, Pedro, ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. (coord.). *Reforma do Judiciário analisada e comentada*. São Paulo, Método: 2005, p. 309. Os autores assinalam que esta é uma limitação finalística, pois nunca haverá razão para se aprovar súmula vinculante acerca de entendimento que já esteja sendo eficazmente seguido.

[58] Lei 11.417, art. 2º, § 1º. "O enunciado da súmula terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja, **entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública, controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão.**"

[59] NOGUEIRA, Gustavo Santana. Das súmulas vinculantes: uma primeira análise. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, WAMBIER, Luiz Rodrigues, GOMES JR., Luiz Manoel, FISCHER, Octavio Campos, FERREIRA, William Santiago (coord.). *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional N. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 272.

É justamente por isso que o instituto da cláusula de repercussão geral surge como oportunidade ímpar de que se estabeleça um diálogo entre os Poderes na seara do controle de constitucionalidade brasileiro. Afinal, esse instrumento permitirá que o STF julgue menos recursos, fazendo com que as decisões proferidas tenham mais visibilidade. Ademais, o fato de o STF ter optado por admitir determinado recurso será um indício de que o Tribunal considera importantes os assuntos nele tratados. Após os julgamentos, será possível conhecer a posição do STF quanto ao tema em questão. No entanto, o entendimento do STF ainda não será dotado de poder de vinculação. É nesse momento que os Poderes democraticamente eleitos podem agir, tornando, em alguns casos, desnecessária a aprovação de súmula vinculante.

Ao STF, cabe o dever de zelar pela Constituição. Esse encargo, como se sabe, requer que os princípios constitucionais sejam constantemente sopesados. Todavia, a interpretação constitucional não é tarefa exclusiva do STF, sendo legítima e necessária a atuação dos demais Poderes nesse processo.[60] Dentro do novo sistema de controle de constitucionalidade pátrio, o STF continuará sendo o árbitro último da interpretação constitucional, podendo, inclusive, atuar de ofício para vincular o Judiciário e a Administração Pública, por intermédio das súmulas vinculantes. Ainda assim, antes que uma súmula seja aprovada, os Poderes eleitos terão a chance de manifestar. Alertados pelas reiteradas decisões do STF, será possível que o Executivo ou o Legislativo, no âmbito das suas respectivas atribuições, sanem a controvérsia. Tais intervenções, protegidas pela legitimidade democrática do órgão prolator, merecerão grande deferência, sendo apenas invalidadas quando veicularem patente violação à Constituição. Eventualmente, as interpretações válidas proferidas pelos Poderes democráticos poderão dar ensejo a novas controvérsias, e o ciclo recomeçará. De todo modo, agora temos um sistema que permite ampla participação dos Poderes eleitos na interpretação constitucional, mas no qual o STF ainda detém a palavra final quanto ao significado da Constituição.

Nesse contexto, é desejável que o STF tenha uma postura mais ativa do que a da Suprema Corte dos EUA, tanto no que diz respeito ao número de recursos admitidos quanto no que tange ao conteúdo das decisões proferidas. Não haverá necessidade de o STF se valer tanto das chamadas "virtudes passivas" quanto o faz a Suprema Corte, uma vez que suas decisões em sede de recurso extraordinário não possuem o mesmo efeito uniformizador da Corte americana. Por conseguinte, o STF não deve tangenciar os casos mais controversos, pois o sistema brasileiro faz com que uma decisão do Tribunal no controle difuso de constitucionalidade desencadeie o processo democrático ao invés de toldá-lo. Assim, a preocupação apresentada por Sunstein quanto aos deletérios efeitos de decisões de largo escopo não se aplica ao caso brasileiro com a mesma intensidade. No entender do professor, sentenças de alcance restrito são preferíveis já que delas não advém um engessamento à discussão democrática sobre o assunto.[61] Essa visão minimalista

[60] FISHER, Louis. Op. cit. p. 255.

[61] SUNSTEIN, Cass R. *One case at a time*. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 5.

da função do Tribunal não se encaixa na estrutura jurídica brasileira tendo em vista que, conforme demonstrado acima, das decisões do STF não resultam essas conseqüências.

Por outro lado, a cláusula de repercussão geral pode ser utilizada de molde a reproduzir no Brasil um benéfico fenômeno que o sobredito jurista aponta como inerente ao *stare decisis*. Nos países filiados ao *common law*, o *stare decisis* faz com que o Legislativo tenha clara percepção da posição do Judiciário no que concerne a determinado assunto, o que facilita a reação do poder democrático quando houver discordância quanto ao rumo trilhado. Desse modo, o *stare decisis* funciona como um catalizador do processo democrático no momento em que fornece ao Legislativo uma regra visível em face da qual legislar.[62] Dentre nós, a visibilidade das causas que serão julgadas pelo STF poderá servir a esse mesmo propósito, pois o Executivo e o Legislativo terão a chance de intervir caso não esposem a opinião do Tribunal no que tange à controvérsia em tela.

Por conseguinte, o sistema inaugurado pela EC 45 possibilita um auspicioso aumento da legitimidade democrática do controle de constitucionalidade brasileiro. Na medida em que o STF utilize a cláusula de repercussão geral para admitir e julgar vários recursos da mesma forma, ficará óbvio para todos o que o Tribunal pensa sobre a matéria. Essa visualização será sobremaneira facilitada pela diminuição do número de decisões proferidas pelo STF. O ideal, por evidente, é que os Poderes eleitos estejam atentos para que eles, quando possível, pacifiquem as questões polêmicas. Quando, porém, isso não ocorrer, e o STF aprovar uma súmula para restaurar a harmonia do sistema, esta não será fonte de surpresa, pois a sua edição terá sido antecipada pelas reiteradas decisões em sede de controle difuso de constitucionalidade, frente às quais os demais Poderes terão quedado inertes ou agido de forma insuficiente. Salta aos olhos, então, que a cláusula de repercussão geral é um instrumento a partir do qual um frutífero diálogo constitucional entre os Poderes, cuja conseqüência será o fortalecimento das feições democráticas da jurisdição constitucional pátria, pode ter início.

4 Conclusão

A democracia e o constitucionalismo são duas idéias que convivem em tensão no cerne do Estado Democrático de Direito. O exercício do controle de constitucionalidade, através do qual os juízes declaram a nulidade de uma lei que é fruto da vontade da maioria dos representantes do povo, explicita essa óbvia contradição. Contudo, a noção de que cabe ao Poder Judiciário proteger a Constituição, defendendo-a de leis infraconstitucionais que com ela colidam, é justificada modernamente em virtude da privilegiada posição de que defruta o Judiciário para defender os direitos fundamentais e os procedimentos democráticos.

[62] Idem, p. 21.

Ainda assim, é desejável que o controle de constitucionalidade ocorra no contexto de um diálogo constitucional entre os Poderes, de forma que o déficit democrático que é inerente a essa atividade seja mitigado. A EC 45, ao instituir a cláusula de repercussão geral no ordenamento pátrio, criou um mecanismo que pode ser de grande valia na busca dessa finalidade. No momento em que o Supremo julgar vários casos idênticos da mesma forma, ficará patente para os demais Poderes qual é a opinião da Corte acerca daquela matéria. Os Poderes eleitos poderão, então, atuar, dirimindo as mesmas questões da maneira que mais lhes aprouver. Por óbvio, contudo, que as medidas por intermédio das quais o Legislativo e o Executivo buscarem pacificar o assunto estarão sujeitas ao controle de constitucionalidade.

Avulta, dessa forma, que a EC 45 dotou o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro de instrumentos que propiciam um diálogo constitucional entre os Poderes. Abre-se a possibilidade de que os Poderes eleitos participem mais ativamente da pacificação das divergências que surgem quando da interpretação das normas jurídicas, reagindo às posturas adotadas pelo STF. Conserva-se, é verdade, o Supremo como o árbitro último da hermenêutica constitucional, o que, aliás, é um requisito necessário para que a coerência e a unidade do sistema jurídico sejam preservadas. Essa imprescindível atribuição do Supremo, contudo, auferirá maior legitimidade, uma vez que ocorrerá no contexto de um proveitoso intercâmbio com os demais Poderes.

Referências

ALVIM, Arruda. A EC N. 45 e o instituto da repercussão geral. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues; GOMES JR., Luiz Manoel; FISCHER, Octavio Campos; FERREIRA, William Santiago (Coord.). *Reforma do Judiciário*: Primeiras Reflexões Sobre a Emenda Constitucional N. 45/2004. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2006.

BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch*: The Supreme Court at the bar of politics. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

BINENBOJM, Gustavo. A democratização da jurisdição constitucional e o contributo da lei nº 9.868/99. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *O controle de constitucionalidade e a lei 9.868/99*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. *A nova jurisdição constitucional brasileira*: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*: um terceiro enigmático. Rio de Janeiro: Saraiva, 2006.

CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.

CLÉVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DWORKIN, Ronald. Juiz Roberts em julgamento. *Revista de Direito do Estado*, n. 2, abr./jun. 2006.

FALLON JR., Richard H.; MELTZER, Daniel J.; SHAPIRO, David L. *The federal courts and the federal system*. 5. ed. New York: Foundation Press, 2003.

FISHER, Louis. *Constitutional dialogues*. Princeton: Princeton University Press, 1988.

GRIFFIN, Stephen M. *American constitutionalism*. Princeton: Princeton University Press, 1996.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The Federalist papers*. Notas introdutórias de Charles R. Kesler. New York; Signet Classic, 1999.

LAMY, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Acaro. Reflexões sobre as súmulas vinculantes. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. (Coord.). *Reforma do judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005.

LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2006.

LEIMAN, Joan Maisel. The rule of four. *Columbia Law Review*, v. 57, 1957.

LEVY, Jacob T. *Federalism and constitutional entrenchment*. Artigo preparado para palestra realizada na Universidade de Chicago, 26 abr. 2007.

LINZER, Peter. The meaning of certiorari denials. *Columbia Law Review*, v. 79, p. 1230-1231, nov. 1979.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo, Súmula vinculante e a EC N. 45/2004. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues; GOMES JR., Luiz Manoel, FISCHER, Octavio Campos; FERREIRA, William Santiago (Coord.). *Reforma do judiciário*: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional N. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

McCLOSKEY, Robert G. *The american Supreme Court*. 4. ed. Chicago: University of Chicago Press, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos, 1998.

MURPHY, Walter F.; FLEMING, James E.; BARBER, Sotirios A.; MACEDO, Stephen. *American constitutional interpretation.* 3. ed. New York: Foundation Press, 2003.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. Das súmulas vinculantes: uma primeira análise. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues; GOMES JR., Luiz Manoel, FISCHER, Octavio Campos; FERREIRA, William Santiago (Coord.). *Reforma do Judiciário*: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional N. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NORTHFLEET, Ellen Gracie. Ainda sobre o efeito vinculante. *Revista do Ministério Público,* Rio de Janeiro, n. 4, jul./dez. 1996.

PERTENCE, José Paulo Sepúlveda. A atualidade do pensamento de Kelsen. (Palestra proferida em 18 de novembro de 1996, no Auditório Machado Guimarães da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, no ciclo de palestras "Colóquios sobre Hans Kelsen"). *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro,* n. 50, 1997.

ROSEN, Jeffrey. *The Supreme Court*: the personalities and rivalries that defined america. New York: Times Books, 2006.

ROSENN, Keith S. Os efeitos do controle judicial de constitucionalidade nos Estados Unidos, Canadá e América Latina numa perspectiva comparada. Trad. Paulo Gomes Pimental Júnior. *Revista de Direito Administrativo,* nº 235, jan./mar. 2004.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional.* Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SARMENTO, Daniel. Direito adquirido, emenda constitucional, democracia e a reforma da previdência. In: TAVARES, Marcelo Leonardo (coord.). *A reforma da previdência social.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SCHAUER, Frederick. Giving reasons. *Stanford Law Review,* n. 47, 1994-1995.

SHAPIRO, Stephen M. *Certiorari practice: the Supreme Court's shrinking docket.* Disponível em: <http://www.appellate.net/articles/certpractice.asp>. Acesso em: 2 set. 2007.

STAMATO, Bianca. *Jurisdição constitucional.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

STERN, Robert L.; GRESSMAN, Eugene; SHAPIRO, Stephen M.; GELLER, Kenneth S. *The Supreme Court practice.* 8. ed. Washington: Bureau of National Affairs, 2002.

STONE, Geoffrey R.; SEIDMAN, Louis Michael; SUNSTEIN, Cass R.; TUSHNET, Mark V.; KARLAN, Pamela S. *Constitutional law.* 5. ed. New York: Aspen, 2005.

SUNSTEIN, Cass R. *One case at a time.* Cambridge: Harvard University Press, 1999.

TAVARES, André Ramos. *Reforma do judiciário no Brasil pós-88*: (des)estruturando a justiça. Rio de Janeiro: Saraiva, 2005.

TUSHNET, Mark. *Taking the constitution away from the courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A constituição e sua reserva de justiça*. São Paulo: Malheiros, 1999.

WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *The Yale Law Journal*, v. 115, 2006.