

TRASCENDENCIA CONSTITUCIONAL Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN BRASIL

PAULA ARRUDA*

SUMARIO

I.—EL HISTÓRICO DE LOS FILTROS PRECEDENTES A LA REPERCUSIÓN GENERAL. II.—LA REPERCUSIÓN GENERAL EN EL RECURSO EXTRAORDINARIO. 1.—Hipótesis de procedibilidad del recurso extraordinario y la repercusión general. 2.—El juicio de admisibilidad de la repercusión general. 3.—La creación jurisprudencial de uno más requisito de filtraje para el recurso extraordinario: el cuestionamiento previo de la repercusión general. 4.—El procedimiento de admisión a trámite del recurso extraordinario y el juzgamiento único de múltiples recursos interpuestos ante el STF. 5.—Los efectos del nuevo recurso extraordinario.

RESUMEN

En el presente estudio haremos el análisis detallado de los orígenes del recurso extraordinario en Brasil, sus cambios normativos y el movimiento controvertido de regularización de los filtros existentes para su admisión a trámite, lo que nos revelará el desafío para la protección de los derechos fundamentales, por medio del recurso extraordinario, ante la ausencia del adecuado diálogo judicial entre los magistrados operantes en el control mixto de constitucionalidad brasileño y el Supremo Tribunal Federal (adelante STF), desafío éste que se acentúa ante la inexistencia de un recurso constitucional único que disponga como objeto la tutela de derechos fundamentales por la jurisdicción constitucional concentrada. Ese es el camino de análisis del presente estudio.

Palabras clave: Trascendencia constitucional; Derechos fundamentales; Legitimidad jurisdiccional.

* Doctora en Derecho por la Universidad de Salamanca. Profesora de Derecho Constitucional en la Universidad Federal del Pará (Brasil).

ABSTRACT

In this research, we will develop a detailed analysis of the special appeal origins in Brazil, its regulatory changes and controversial move to regularize existing filters for its admissibility, which will reveal the challenge to protect the fundamental rights through the special appeal, in the absence of a proper judicial dialogue among judges operating in mixed constitutionality control and the Brazilian Supreme Federal Court, challenge which is accentuated in the absence of an unique constitutional appeal available as concerning the protection of fundamental rights by a concentrated constitutional jurisdiction.

Key words: Constitutional significance; Fundamental rights; Judicial legitimacy.

I. EL HISTÓRICO DE LOS FILTROS PRECEDENTES A LA REPERCUSIÓN GENERAL

El elevado número de pleitos sometidos a la apreciación del Supremo Tribunal Federal ha reclamado la necesidad de revisión de los procedimientos del control difuso de constitucionalidad en el ámbito del STF. El recurso extraordinario ha recibido frecuentes críticas por someter a la Corte Suprema una cantidad de pleitos desproporcionada para su capacidad juzgadora. A pesar de eso, no podemos dejar de considerar que el recurso extraordinario es un instrumento de garantía para el mantenimiento de la unidad legislativa nacional y de acceso para los particulares en la defensa de sus intereses constitucionales.

A partir de un análisis del desarrollo normativo del recurso extraordinario observamos que la herencia histórica del recurso extraordinario vuelve en sus raíces a la Constitución de 1891 en la figura de un recurso inominado para la revisión de las decisiones en última instancia que previamente hayan sido cuestionadas en las decisiones *a quo*, en los términos del artículo 59, párrafo 1°. La Constitución de 1934, artículo 76, incluyó la hipótesis de recurso extraordinario para revisión de decisiones en única instancia de las causas decididas por las justicias locales. La Constitución de 1937, bajo el poder autoritario de Getulio Vargas, disciplinó en el artículo 101, pero estaba confiada la decisión final en materia de inconstitucionalidad de las leyes a los poderes ejecutivo y legislativo para reexaminar las decisiones del Tribunal Supremo.

Si por un lado la Constitución de 1946 no trajo innovaciones sobre el procesamiento del recurso extraordinario la Constitución de 1967 incluyó un requisito especialísimo de admisibilidad: la relevancia de la cuestión federal. Además instituyó la Reclamación para preservar la competencia del Supremo Tribunal y garantizar la autoridad de sus decisiones. Por fuerza del Acto Institucional nº 06 de 1° de febrero de 1969, artículo 19, el recurso extraordinario retornaba a la proposición exclusiva contra causas

de los tribunales de 2ª instancia. En 17 de octubre del mismo año los Ministros Militares determinaron la Enmienda Constitucional nº 01 retirando de la apreciación del poder judicial los actos practicados por el «Comando Supremo de la Revolución Militar de 31 de marzo de 1964», a tenor del artículo 181, y suprimió el requisito de la relevancia de la cuestión federal manteniendo la posibilidad del recurso solamente contra decisiones de los tribunales en última instancia, por lo tanto excluyendo las decisiones de los jueces en general para el control difuso.

La actual Constitución de 1988 volvió a los términos de la Constitución de 1946 permitiendo la interposición del recurso extraordinario tanto contra decisiones de los tribunales cuanto contra decisiones de los jueces de primera instancia. La Enmienda Constitucional nº 45/2004 creó los sumarios vinculantes como modo de asegurar eficacia *erga omnes* a las decisiones del STF proferidas en el control difuso de constitucionalidad. Entre otras varias innovaciones realizadas por la referida enmienda constitucional se pone de relieve la necesidad de justificación de la repercusión general y de la trascendencia constitucional de las cuestiones constitucionales discutidas en el caso como elemento de admisibilidad del recurso.

Calmon de Passos describe varios intentos que se ocuparon de enfrentar la sobrecarga del STF destacando la Ley nº 3.396/1958 que posibilitaba la elección de los recursos extraordinarios por el juicio local tal y como todavía ocurre en los términos del artículo 542, párrafo 1º del Código de Proceso Civil, además de los sumarios de jurisprudencia dominante que impedían el trámite del recurso extraordinario y, aún, de la decadencia del derecho argüido en el recurso en los casos de silencio de las partes cuando hayan sido provocadas por el relator a manifestarse acerca del interés de seguimiento del recurso, culminando en archivamiento del pleito.¹

Los filtros cualitativos relativos a la relevancia de la cuestión federal encuentran su origen en la Enmienda Regimental nº 03/1975 del STF que creó una exigencia inédita para el recurso extraordinario bajo la base constitucional de la Enmienda Constitucional nº 01/1969, inciso III, que autorizaba la competencia del STF para incluir normativos complementarios a la Constitución.

El párrafo 3º del artículo 308 determinaba que cumplía al STF el examen de la «petición de relevancia» de la cuestión federal en apartado específico en el proceso dónde las partes deberían fundamentar la relevancia de la cuestión federal. El procedimiento establecido fue extremadamente cuestionado en su constitucionalidad, pues una regulación interna no sería una normativa legítima para disciplinar materia procesal como se eviden-

¹ CALMON DE PASSOS, J. J. «Da argüição de relevância no recurso extraordinário», en *Revista Forense*, Año 73, Vol. 259, Jul/Set 1977, págs. 11-12.

ciaba la «petición de relevancia» caracterizada como un requisito de admisibilidad del recurso extraordinario.

En consecuencia, la relevancia de la cuestión federal fue prevista en la Enmienda Constitucional nº 07/1977. Las críticas acerca de la «petición de relevancia» cuestionaban la falta de publicidad y de motivación de los fallos, además de su incapacidad para reducir el número de recursos extraordinarios que constituía su principal objetivo.²

El Régimen Interno del STF fue alterado por la Enmienda Regimental nº 02/1985 que instituyó once hipótesis de cabimiento para el recurso extraordinario previendo en la décima primera causa el cabimiento del recurso en todas las causas que se justificase la petición de relevancia de las cuestiones federales. La alteración produjo cambios relativos al supuesto anterior para incluir la necesidad de su motivación incluso para los casos de ofensa a la Constitución y manifiesta divergencia con el Sumario del tribunal.

Se trataba de un mecanismo de alegación y motivación de la relevancia de la cuestión suscitada considerada como indispensable para la admisibilidad del recurso extraordinario. El análisis de la relevancia de la cuestión federal como modo de filtrar los recursos extraordinarios para el STF era irónicamente verificada antes de los requisitos formales de procedibilidad recursal como el emplazamiento, por ejemplo. En ese sentido, salvo de que el recurso fuera inadmitido por la primera verificación de los requisitos recursales generales, la primera etapa procesal sería verificar la existencia o no de la «petición de relevancia» en el proceso. La falta de la necesidad de motivación del fallo explica el procedimiento invertido para la admisibilidad de los recursos en aquél periodo, pues bajo la justificativa de inexistencia de relevancia el STF inadmitía un recurso sin fundamentar su decisión.

El artículo 327, párrafo 1º, del Regimiento Interno de la época conceptuaba la «relevancia de la cuestión federal» como aquella «que por los efectos en el orden jurídico y considerando los aspectos morales, económicos, políticos y sociales de la causa exigen la apreciación del recurso extraordinario por el tribunal». Dicho concepto fue considerado vago y sin definición presentándose solamente como una referencia interpretativa.³ Ese *standard* se relacionaba como sinónimo de interés público siguiendo una conceptualización amplia que permitía un gran margen de discrecionalidad.

² MACHADO MARCONDES, Antonio Carlos. «Arguição de relevância: a competência para seu exame. O ulterior conhecimento do recurso extraordinário», en *REPRO* 42, abril/junio, 1986, págs. 61-62.

³ ARRUDA ALVIM NETO, José Manuel. «A arguição de relevância no recurso extraordinário», en *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1988, pág. 52.

dad al Supremo Tribunal Federal para elegir los recursos que quisiera juzgar.⁴

La decisión acerca de la admisibilidad del recurso competía al STF en los casos en que estuviera presente la «petición de relevancia» y al tribunal *a quo* le competiría analizar los presupuestos de admisibilidad del recurso cuando no se presentase ese especial requisito. Una vez que el STF reconociera la existencia del especial requisito de admisibilidad, declarando la relevancia de la cuestión, no era posible rectificar su juzgado declarando en el mérito del recurso la inexistencia de la relevancia que dio causa al trámite de admisión, en los términos del artículo 329 del Regimiento Interno.

La «petición de relevancia» recibió varias críticas y fue objeto de varios debates doctrinarios que cuestionaban la ambigüedad terminológica-conceptual del subjetivismo interpretativo de la expresión «relevancia de la cuestión federal» y aún la discrecionalidad para la selectividad de los recursos otorgada exclusivamente al STF.⁵

Sidney Sanches, Ministro del STF a la época, contestaba a las críticas sobre la ausencia de publicidad del juzgamiento y la ausencia de la motivación del fallo en el recurso extraordinario defendiendo que las audiencias decisorias del fallo eran administrativas porque el juzgamiento no sería de índole jurisdiccional al mismo tiempo que si las decisiones de los fallos fueran motivadas darían causa al aumento de las secciones plenarias de juzgamiento y la avalancha de los procesos continuaría invencible.⁶

La solución encontrada por el Tribunal Supremo para enfrentar las críticas fue fundamentar solamente la admisibilidad de las «peticiones de relevancia» mediante sumarios.⁷

La Enmienda Regimental nº 02/1985 determinó que las decisiones relativas a los posicionamientos de relevancia serían publicadas especificando las peticiones admitidas y las inadmitidas debiendo ser expresamente mencionada la cuestión federal entendida como relevante por la Corte. Comprendiendo el carácter político de esa excluyente de admisibilidad del recurso extraordinario quedó definido que favorables cuatro votos, entre los once votos del Consejo juzgador, las peticiones de relevancia serían admitidas.⁸

⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Editora Forense, São Paulo, 3ª Ed., 1999, pág. 669.

⁵ SCHWARZ VIANA, Ulisses. *Repercussão geral sob a ótica da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. Editora Saraiva. Instituto Brasileiro de Direito Público, São Paulo, 2011, 2ª Edição, pág. 29.

⁶ SANCHES, Sidney. *Argüição de relevância da questão federal*. RT 627/257.

⁷ BRAGHITTONI, R. Ives. *Recurso extraordinário. Uma análise do acesso ao Supremo Tribunal Federal. De acordo com a Lei nº 11.418/06 (Repercussão Geral)*. Editora Atlas. São Paulo, 2007, pág. 11.

⁸ FERRATO POLO, Rubens. «Recurso extraordinário», en: *Revista PGE*, jan/fev. 1987. Nºs 27-28, pág. 104.

El Ministro Moreira Alves argumentó que al adoptar la «petición de relevancia» el STF se la consideró como un instrumento de preservación de los Estados federativos, preocupado en asegurar el derecho nacional contra atentados graves por su repercusión jurídica, moral, social, política o económica comparándolo al *Judiciary Act*, de 1925, de la Suprema Corte estadounidense resaltando el poder discrecional de sólo juzgar las cuestiones que entiendan como de relevancia para el interés público.⁹

En efecto el juzgamiento de la relevancia de la cuestión general sería un acto político de decisión del Supremo Tribunal Federal brasileño.¹⁰

El procedimiento de juzgamiento de las «peticiones de relevancia» era realizado en el Consejo del STF con secciones abiertas al público, pero sin posibilidad de revisión. No se exigía fundamentación del fallo y la decisión era irrecurrible cumpliendo al tribunal sencillamente publicar las peticiones negadas y admitidas a trámite.¹¹

Podemos observar que la «petición de relevancia» estuvo relacionada con la doctrina del Supremo Tribunal Estadounidense desarrollada bajo el objetivo de la consolidación del federalismo en un contexto histórico absolutamente distinto del brasileño y en un sistema de *common law* que fue favorable a la concepción del control difuso de constitucionalidad. Sin embargo, el control mixto de constitucionalidad en Brasil aliado a la desconfianza del papel del STF que adquirió la competencia para el control de constitucionalidad concentrado para fines de asegurar las determinaciones de poderes, dictatoriales conforme nos enseña la historia, no encontró un escenario favorable para el filtro recursal extraordinario con la «petición de relevancia» razón por la cual ese requisito fue revocado del orden jurídico brasileño.

Curioso es observar que la «repercusión general», requisito de admisión a trámite del actual recurso extraordinario, determinada por la Enmienda Constitucional nº 45, traduce su configuración en la origen de la «petición de relevancia», asume algunos rasgos diferenciales que contestan parcialmente a las críticas expuestas en ese apartado y se sedimenta como un nuevo filtro de admisión del recurso extraordinario no menos criticable que su precedente aquí comentado.

⁹ CAMARGO MANCUSO, Rodolfo de. *Recurso extraordinário e recurso especial*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2010, pág. 76.

¹⁰ MOREIRA ALVES. «Conferência no Instituto dos Advogados Brasileiros». *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, Rio de Janeiro, Ano XVI, nºs 58-59, págs. 41-63.

¹¹ BERMAN, José Guilherme. *Repercussão geral do recurso extraordinário. Origens e perspectivas*, Juruá Editora, Curitiba, 2009, pág. 113.

II. LA REPERCUSIÓN GENERAL EN EL RECURSO EXTRAORDINARIO

La repercusión general atiende a la súplica procesal de celeridad al recurso extraordinario por medio de un intento de objetivación del derecho, movimiento que se intensifica en varios ordenamientos jurídicos occidentales.

La tendencia de la objetivación constitucional se inaugura con el artículo 97, de la CF/88, que establece la ya referida «reserva del Pleno», determinando que la cuestión constitucional ya decidida precedentemente por el STF es trascendente, tornando dispensable la convocación del Pleno de este Tribunal por los tribunales *a quo*, a tenor de lo que consagró el artículo 481 del CPC.

El Ministro Sepúlveda Pertence en el juzgamiento del Agravio Regimental n° 5206-EP/2001, Pleno, defendió que la tendencia dominante de la creciente contaminación de la pureza de los dogmas del control difuso de constitucionalidad por el control concentrado lleva a la superación de los efectos *inter partes* para expurgar, aunque por vía del recurso extraordinario, una ley constitucional que deberá tener su declaración de inconstitucionalidad con efectos *erga omnes*, si así lo entiende el STF.

Reforzando la comprensión de la objetivación de los efectos del recurso extraordinario el Ministro Gilmar Mendes en el Recurso Extraordinario n° 388830-RJ/2006 sostuvo que ese recurso dejó de tener un carácter marcadamente subjetivo o de defensa del interés de la parte para asumir de forma decisiva la función del orden constitucional objetivo permitiendo incluso que sea analizada la materia con base en un fundamento diverso del sostenido por la parte.

El escenario de objetivación procesal del recurso extraordinario está traducido en el especial requisito de admisibilidad de la repercusión general introducido por la Enmienda Constitucional n° 45 de 2004.

El párrafo 3° del artículo 102 de la CF/88 describe que:

En el recurso extraordinario el recurrente deberá motivar la repercusión general de las cuestiones constitucionales debatidas en el caso, en los términos de la ley, con fines de que el tribunal examine la admisión del recurso, solamente pudiendo recusarlo por manifestación de dos tercios de sus miembros».

El citado precepto constitucional determina todavía que la repercusión general sería definida por ley lo que se configuró redactada en la Ley n° 11.418/2006.¹²

¹² Véase en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111418.htm. Acceso en: 18 de marzo de 2013.

Sin embargo, la efectiva implantación del régimen de la repercusión general ocurrió tras la edición de la Enmienda Regimental del STF nº 21/2007 cuando por ocasión del juzgamiento de la Cuestión de Orden, AI-QO nº 664567/2007, relator Ministro Sepúlveda Pertence, se firmó el entendimiento de que el normativo solamente se aplicaría para los recursos extraordinarios interpuestos a partir de 03 de mayo de 2007, fecha de aprobación del reglamento regimental.

El Ministro Sepúlveda Pertence, en la Cuestión de Orden, AI-QO nº 664567/2007, pautándose en el art. 327 del RISTF adujo que la preliminar de la repercusión general fue regulada como exigencia, debiendo ser formal y fundamentada para la cual debe atender los siguientes supuestos:

- a) que es de exigirse la argumentación de la repercusión general de las cuestiones constitucionales discutidas en cualquier recurso extraordinario, incluido el criminal;
- b) que la verificación de la existencia en la petición del recurso extraordinario de la «preliminar formal y fundamentada de la repercusión general» (C. Pr. Civil, art. 543-A, párrafo 2º; RISTF, art. 327) de las cuestiones constitucionales discutidas puede ser analizada tanto en el origen cuanto en el Supremo Tribunal Federal, siendo de competencia exclusiva de este Tribunal, la decisión sobre la efectiva existencia de repercusión general;
- c) que sólo se aplica la exigencia de argumentación de la repercusión general a partir del día 3 de mayo de 2007, fecha de la publicación de la Enmienda Regimental nº 21, de 30 de abril de 2007.¹³

El entendimiento firmado en dicho precedente fue reafirmado por el Supremo Tribunal Federal en las siguientes decisiones: AI nº 654.483, relator Ministro Sepúlveda Pertence, Diario de Justicia de 28.05.2007; AI nº 651.056, relatora Ministra Cármen Lúcia, Diario de Justicia de 21.06.2007; RE nº 581.084, relator Ministro Carlos Britto, Diario de Justicia Electrónico de 03.04.2008; AI nº 670.433, relator Ministro Marco Aurélio, Diario de Justicia Electrónico de 04.04.2008; AI nº 694.897, relator Ministro Ricardo Lewandowski, Diario de Justicia Electrónico de 16.04.2008.

Con la previsión constitucional acerca de la repercusión general en el recurso extraordinario y el desarrollo de la normativa procesal, además de la actualización normativa del RISTF, el recurso extraordinario pasa a tener un mecanismo de filtraje a más que dificulta su proposición al Supremo Tribunal Federal con vistas a solucionar la crisis de sobrecarga que es evidenciada a lo largo del tiempo.

¹³ Véase decisión en: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=485554>. Acceso en: 18 de marzo de 2013.

Oscar Vilhena analiza que la búsqueda de la jurisdicción constitucional es privilegiar el control concentrado de constitucionalidad y presuponer un trabajo subsidiario por parte del STF para actuar en el control difuso de constitucionalidad. En ese sentido, la adopción de un sistema de filtraje de los recursos extraordinarios aumentaría la autoridad del STF con el reforzamiento del control concentrado sin que ese tribunal amplíe su carga de trabajo.¹⁴

Definir un concepto para la configuración de la repercusión general no es tarea fácil. Incluso después de la edición de la Ley n° 11.418/2006, que reglamentó la aplicación de la repercusión general y de la trascendencia constitucional, la indefinición de lo que sea repercusión social, jurídica, política y económica dependerá de la determinación del concepto en cada caso analizado por el STF.

En efecto, si miramos hacia la tradición jurídica del Tribunal Supremo, como órgano de cierre excepcional del *common law* en los Estados Unidos, y, hacia la adecuación por Alemania de los procedimientos que objetivaron descargar de trabajo al Tribunal Constitucional, podremos comprender como surge la influencia que definió los preceptos normativos incorporados a la legislación brasileña y, que además, influye en otros países, como, por ejemplo España.

En Estados Unidos, la jurisdicción del Tribunal Supremo fue siendo desarrollada de modo a quedar reservada para los casos considerados de importancia trascendente, conforme se nota en el *writ of certiorari* y en la apelación, con lo que la dimensión objetiva del derecho constitucional y de los derechos fundamentales está privilegiada frente a la dimensión subjetiva de tutela jurisdiccional. La Suprema Corte estadounidense asumió como mayor desafío la interpretación constitucional y la atención a las cuestiones significativas de derecho federal, objeto formador de su tradición histórica en el control de constitucionalidad.¹⁵

En la jurisprudencia del Supremo Tribunal estadounidense no hay la concreción de criterios definitivos que determinen el nivel de importancia de un caso, habiendo, por el contrario, únicamente, una definición negativa, disponiendo que la jurisdicción de este Tribunal no se ocupe de casos que no contengan una cuestión importante. Las orientaciones contenidas en la Regla 10, que rige la práctica del *certiorari*, en la actuación de la discreción judicial, va a suponer que la exigencia de la importancia es mensurada conforme al juicio del magistrado y no a una regla. De este modo,

¹⁴ VILHENA VIEIRA, Oscar. «Que reforma?», en *Estudos Avançados*, Vol. 18, n° 51, 2004, pág. 202.

¹⁵ REHNQUIST, W. H. «Seen in a glass darkly: the future of the Federal Courts», en *Wisconsin Law Review*, 1993, págs 11-12.

el criterio de importancia no es definido ni rígido, haciendo con que la discrecionalidad sea inevitable y esté sujeta a la presión de la cantidad de trabajo del Tribunal que determinará su actuación y elección de los casos.¹⁶

El normativo de la Regla 10, a), b) y c) del Tribunal Supremo estadounidense asienta que se evidencia una cuestión importante cuando: el tema sea sobre sentencias conflictivas entre tribunales; todavía no haya jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo o cuando la decisión de otros jueces o tribunales contraríen jurisprudencia dominante del Tribunal, y, cuando hayan errores graves, basados en errores fácticos o aplicación equivocada de una norma, que necesiten ser corregidos.

Sin embargo, en la práctica del Tribunal Supremo estadounidense la tutela subjetiva del interés individual puede ser decisiva para la concesión de un *writ of certiorari*, considerando la relevancia para la protección individual del recurrente, como ocurre, por ejemplo, en el caso de las penas capitales vigentes en este país.¹⁷

Además, el Tribunal Supremo se ha tomado en cuenta para la concesión del *writ of certiorari* situaciones de impacto social, político, económico y jurídico que trasciendan los intereses subjetivos de las partes en el proceso tal y como enuncian Provine.¹⁸ Cuestiones de trascendencia social estarían relacionadas, por ejemplo, con discriminación en razón de raza.¹⁹ La trascendencia política estaría configurada si las implicaciones políticas trascendieran a la sociedad aunque sean pocas las personas directamente afectadas, como por ejemplo, temas de derecho electoral.²⁰ En el ámbito jurídico la trascendencia se produciría con la necesidad de uniformización jurisprudencial, creación de doctrina constitucional y adecuación de la doctrina constitucional a cuestiones cambiantes.²¹

Conforme podemos notar la tradición jurídica construida en Estados Unidos influencia sobremanera la Enmienda Constitucional nº 45/2004 en los moldes con que se firma el requisito de la repercusión general y de la trascendencia constitucional, aunque en Brasil, la actuación discrecional sea muy peligrosa por no tener base jurisprudencial secular, tal y como está en la jurisprudencia de la Suprema Corte Estadounidense, que actúa

¹⁶ FRANFURTER & FISHER. «The Business of the Supreme Court at the October Terms, 1935 and 1936», 51 *Harv. L. Rev.*, 577, 1938, págs 582-583.

¹⁷ TUSHNET, M. *Making constitutional law. Thurgood Marshall and the Supreme Court, 1961-1991*, Oxford University Press, New York, 1997, págs. 163-178.

¹⁸ PROVINI, D. M. *Case selection in the United States Supreme Court*, University Chicago Press, Chicago and London, 1980, pág. 75.

¹⁹ TUSHNET, M. *Making civil rights law: thurgood Marshall and the Supreme Court 1936-1961*, Oxford University Press, New York, 1994.

²⁰ CHERMERINSKY, E. «Bush v. Gore loss not justiciable», 76 *Notre Dame Law Review*, 2001, 1073.

²¹ BAKER. «A practical guide to certiorari», 33 *Cath. U. L. Rev.*, 611, 1984, pág. 613.

de modo muy natural por medio del sistema de precedente del *stare decisis* que vincula a todos los jueces, al paso que en Brasil el apego al formalismo de la ley, típico del *civil law*, significa un óbice para el buen funcionamiento de esta práctica.

A su vez, en Alemania el *Verfassungsbeschwerde*, previsto en el art. 93. a, de la Ley del Tribunal Constitucional Federal – *BverfGG*, texto de 1951, tras las modificaciones en él por las Leyes de 11 de agosto de 1993 y 16 de julio de 1998, en consonancia con su tradición jurídica de *civil law*, optó por adoptar un mecanismo que busque disminuir la sobrecarga del Tribunal con base en la admisión a trámite de un recurso que tenga un significado jurídico constitucional fundamental cuando resulte para el recurrente un perjuicio especialmente grave de la negativa a conocer del fondo.²²

En Alemania el *BverfGG* ejerciendo el amplio margen de interpretación para la protección de derechos fundamentales fijó un conjunto de criterios para identificar cuándo una cuestión constitucional poseería relevancia fundamental definiéndola en los siguientes términos: cuando exista duda sobre la interpretación conforme con la Constitución de la cuestión constitucional suscitada; cuando la cuestión constitucional no haya sido aclarada por el Tribunal Constitucional; cuando deba ser revisada debido a la existencia de situaciones cambiantes; cuando haya entendimiento controvertido entre tribunales o doctrinas; y que además trascendiera el caso concreto identificando intereses objetivos de protección constitucional.²³

El aspecto más novedoso de la doctrina del Tribunal Constitucional Alemán fue considerar que el margen discrecional de su interpretación debería estar combinado con un sistema de admisión a trámite de recursos fundamentados por las partes interesadas que vendrían a contribuir aportando argumentos para el convencimiento de la doctrina a ser firmada y la real necesidad de la pronuncia del Tribunal acerca del tema.

Con la observancia del modo con que operan el Supremo Tribunal estadounidense y el Tribunal Constitucional alemán observamos que los procedimientos utilizados por ambos los Tribunales influyeron en el sistema de selección de recursos consagrado en Brasil.

Aunque la mayoritaria doctrina brasileña relacione la repercusión general y la trascendencia constitucional directamente con el *writ of certiorari*, es cierto que la Enmienda Constitucional n° 45, se traduce en una mayor aproximación del procedimiento brasileño con el procedimiento propuesto por Alemania, que exige la justificación de un significado jurídico

²² FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *La reforma del régimen jurídico-procesal del recurso de amparo. (Reflexiones en torno a la Ley Orgánica 6/2007, de reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)*, Dykinson, Madrid, 2007, pág. 88.

fundamental para admisión a trámite, al revés de permitir un sistema absolutamente discrecional de selección de casos como en el modelo estadounidense.

Por otra parte, las raíces de la exigencia de fundamentación de la relevancia social, económica, política o jurídica, expresamente exigida por el CPC, tras las modificaciones de la Ley nº 11.418/2006, se identifican con la jurisprudencia construida en Estados Unidos definiendo criterios para definición de materias que presenten repercusión general de orden constitucional.

La doctrina brasileña intuitivamente apunta que tratándose la repercusión general de concepto indeterminado, lo que se puede considerar es que el objetivo con el cual el requisito fue introducido en el orden jurídico brasileño, destinado a descargar de trabajo al STF, conllevará a la comprensión de que su concepto privilegia el interés público y su alcance deberá ultrapasar, transcender, el interés de la parte.²⁴

En efecto, el proyecto de ley que culminó aprobado en la Ley nº 11.418/2006 acreciendo los artículos 543-A y 543-B en el CPC fue presentado en el Congreso Nacional en veinte tres de enero de dos mil y seis afirmando la exclusividad del STF para realizar el examen de la repercusión general del caso, pero resguardando la posibilidad de intervención de *amicus curiae* en esa fase procesal. Definió que la competencia para no admisión de la presencia del requisito de repercusión general sería exclusiva del Pleno del STF y garantizó que la presencia favorable de cuatro votos, de los once Ministros, por la existencia de repercusión general desde luego presumiría admitido el recurso. Definió el trámite para el juzgamiento masivo de múltiples recursos sobre el mismo objeto. Identificó como de presumida repercusión general todos los casos en que hubiere juicio *a quo* contrariando sumario o jurisprudencia dominante, los casos en que trataban de nacionalidad y derechos políticos, y por fin, los casos que fueren relativos a derechos o intereses difusos.²⁵

El Proyecto de Ley Sustitutivo (en adelante PLS 12/06-S) propuesto por la Comisión de Constitución, Justicia y Ciudadanía consideró que la primera versión del proyecto de ley fue excesivamente detallista y presentó una reglamentación legislativa mínima asegurando que el STF pudiera reglamentar el instituto con libertad en su Regimiento Interno lo que ocurrió con la previsión de los artículos 321 a 329 de ese normativo.²⁶

²³ HERNÁNDEZ RAMOS, Mario. *El nuevo trámite de admisión del recurso de amparo constitucional*, Editorial Reus, Madrid., 2009, págs. 249-250.

²⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. «A emenda constitucional 45 e o processo», en *Revista Dialética de Direito Processual*, nº 33, 2005, pág. 56.

²⁵ Véase el PLS 12/06 en: www.planalto.gov.br

²⁶ Véase *Diário do Senado federal*, publicado em 02 de febrero de 2006, págs. 2.812-2.813.

Sin embargo, en el tema de la presunción de la repercusión general el párrafo 3º del artículo 989 del PLS 12/06-S amplió las hipótesis de procedibilidad concibiéndolas cuando el recurso impugnara: decisión contraria a sumarios y jurisprudencia dominante del STF; tesis firmada en juzgados repetitivos; y la decisión de inconstitucionalidad de tratado o ley federal. La propuesta no fue acatada y se quedó limitada resultando el actual artículo 543-A, párrafo 3º, del CPC con previsión de repercusión general presumida solamente para los casos de contrariedad a sumario o jurisprudencia dominante del STF.²⁷

Veremos las peculiares características del juicio de admisibilidad del recurso extraordinario a continuación, y dejaremos el análisis del procedimiento definitivamente aprobado por la ley y sistematizado por el Reglamento Interno del STF para el apartado específico sobre el tema, considerando su complejidad.

En efecto, desde luego podemos observar que el nuevo trámite del recurso extraordinario privilegió la lógica de la objetivación del derecho, el reforzamiento del control concentrado de constitucionalidad por el STF y la búsqueda por atribuir eficacia *erga omnes* y efecto vinculante a las decisiones en sede de control difuso de constitucionalidad contribuyendo para la preservación de la autoridad de sus decisiones.

En última instancia la objetivación del recurso extraordinario producirá efecto vinculante en dos momentos diversos: en la fase de la admisibilidad y en la fase del juicio de mérito. En ambos los casos, la admisión o la no admisión a trámite, condicionarán la obediencia de los tribunales *a quo* sin posibilidad de interposición de nuevo recurso que cuestione la decisión del STF.²⁸

1. Hipótesis de procedibilidad del recurso extraordinario y la repercusión general

El artículo 102, III, *a*, de la CF/88 determina que cabrá recurso extraordinario contra causas decididas en única o última instancia cuando la decisión recurrida contraría el dispositivo de la Constitución. Ese precepto, tal como hemos anteriormente comentado, fundamenta el control difuso de constitucionalidad en Brasil por medio del recurso extraordinario.

A causa del párrafo 3º, artículo 5º, de la CF/88, que reconoce el *status* constitucional aquéllos tratados de derechos humanos incorporados al or-

²⁷ SCARPINELLA BUENO, Cassio. «Repercussão geral no projeto de novo Código de Processo Civil», en *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário. Estudos em Homenagem à Ministra Ellen Gracie*, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2011, pág. 142.

²⁸ SCHWARZ VIANA, Ulisses. *Repercussão geral sob a ótica da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*, Editora Saraiva, São Paulo, 2011, Ob. Cit., pág. 46.

den jurídico interno por aprobación de 3/5 de los miembros de la Cámara y del Senado con votación en dos turnos, el recurso extraordinario es el instrumento adecuado para el control de constitucionalidad de estos normativos.

En lo referente a los tratados de derechos humanos que no sean incorporados al ordenamiento interno con el procedimiento especial supra mencionado García Medina defiende que le tocará al recurso especial, de competencia del Superior Tribunal de Justicia, el examen de las violaciones convencionales, por fuerza del artículo 105, III, *a* de la CF/88, que determina ser de competencia de este tribunal las decisiones que niegan vigencia a las leyes federales.²⁹

Sin embargo disintimos del autor por considerar que la definición teórica de la supralegalidad de los tratados internacionales de derechos humanos conlleva a la necesaria comprensión de que los mismos sean jerárquicamente superiores a las leyes federales, aunque no hayan alcanzado *status* de enmienda a la Constitución, una vez que los compromisos internacionales asumidos con la ratificación de un tratado no pueden ser revocados por ley interna de un país. Además, la irrevocabilidad es característica intrínseca a los derechos humanos, factor ese que no se pierde por eventuales disentimientos políticos en el procedimiento de incorporación de los tratados de derechos humanos manteniéndose estos derechos con la misma naturaleza material de los derechos constantes en tratados que fueron ratificados atendiendo al determinado en el artículo 5º, párrafo 3º de la CF/88.

De este modo, el recurso extraordinario deberá ser hábil tanto para el control de constitucionalidad como para el control de convencionalidad de los tratados de derechos humanos, una vez que siendo el STF la última instancia para la protección de los derechos fundamentales, ese órgano asume el protagonismo de proceder a la protección de los derechos, objeto de tratados internacionales caracterizados por la supralegalidad, siendo jerárquicamente superiores a las leyes federales, y, suponiendo configuración de la repercusión general delante de la existencia de relevancia jurídica y política internacional, así como de trascendencia a los intereses de las partes, una vez que el tema trasciende eventuales intereses subjetivos y afecta a los poderes del país como un todo con vistas a evitar la penalización internacional del Brasil por el no cumplimiento de los términos ratificados en Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

Para la protección multinivel de derechos, determinada por la lógica procesal de integración entre la jurisdicción constitucional brasileña y el

²⁹ GARCÍA MEDINA, José Miguel. *Prequestionamento e repercussão geral e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2009, pág. 82.

Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la distinción de categorías normativas atribuidas a los Tratados de Derechos Humanos por el procedimiento del artículo 5º, párrafo 3º, de la CF/88, es indiferente y si el máximo guardián de la Constitución no permite llegar a su apreciación los casos de violación a los derechos humanos el país será penalizado, recayendo sobre el poder ejecutivo la obligatoriedad de contestar a la omisión.

Evidente está configurada la repercusión general con base en la relevancia jurídica de protección a los derechos fundamentales y en la relevancia política de la responsabilidad internacional, además de la trascendencia a los intereses de las partes en el recurso una vez que el tema conlleva sobrepasar la cuestión para alcanzar intereses de política internacional.

Por su parte, la línea *b*, del inciso III, del artículo 102 de la CF/88 se refiere a la posibilidad del recurso extraordinario en los casos que la decisión *a quo* declaró la inconstitucionalidad de tratado internacional o ley federal. La hipótesis difiere de las reflexiones anteriores porque en el caso antecedente nos referimos a decisiones que contraríen dispositivos convencionales y no aquéllas que declaren su inconstitucionalidad. Para este último caso el uso del recurso extraordinario es incuestionable en el ejercicio del control de constitucionalidad.

El artículo 102, III, *c*, trata de las causas en que el juicio recurrido juzga válida ley o acto de gobierno que fue cuestionado por confrontarse con la Constitución. En sentido similar, la línea *d*, del citado artículo permite el uso del recurso extraordinario contra decisiones que juzguen válidas leyes locales que afronten leyes federales. La opción por la inclusión de la línea *d*, propuesta en la Enmienda Constitucional nº 45/2004, objetivó asegurar el control de conflicto de competencias legislativas entre los entes federativos por el STF, aunque quepa al Superior Tribunal de Justicia, por medio del recurso especial, la revisión de la actuación de los juzgados que consideren válidos actos de gobierno local que contradigan ley federal.

No olvidemos la hipótesis prevista en el artículo 543-A, párrafo 3º, del CPC, asentando repercusión general presumida en los casos de contrariedad a sumario o jurisprudencia dominante del STF, que permite la interposición de recurso extraordinario por entenderse ser un sucedáneo de la línea *a* del artículo 102, III de la Constitución.

En efecto, aduce Camargo Mancuso que cuando un sumario vinculante del propio STF ya haya asentado que una cierta exégesis es contraria a la Constitución, el no cumplimiento a ese normativo jurisprudencial autoriza el recurso extraordinario para combatir la contrariedad a un precepto constitucional, conforme determina el artículo 102, III, *a*.³⁰

³⁰ CAMARGO MANCUSO, Rodolfo de. *Recurso extraordinário e recurso especial*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2010, Ob. Cit., pág. 219.

Por fin, es importante subrayar que alegación de ofensa indirecta a la Constitución no autoriza el uso del recurso extraordinario, conforme jurisprudencia del STF firmada en el Agravio Regimental 210550-7/1998, relator Ministro Moreira Alves.

En el ARE n° 672.646/2012, relator Ministro Luiz Fux, el Supremo Tribunal Federal, siguiendo los precedentes más recientes que consolidan esta jurisprudencia (AI n° 738.145– AgR /2011, relator Ministro Celso de Mello; AI n° 482.317– AgR /2011, relatora Ministra Ellen Gracie; AI n° 646.103 AgR/2011–, relatora Ministra Cármen Lúcia) determina que la violación indirecta o refleja de las reglas constitucionales no autoriza el uso del recurso extraordinario y, además, alegación de ofensa a los postulados de legalidad, del debido proceso legal, de la amplia defensa, de la motivación de los actos decisorios, del contradictorio, de los límites de la cosa juzgada, y, de la prestación jurisdiccional sería indirecta o refleja (todo según los más recientes precedentes: AI n° 803.857/2011, relator Ministro Celso de Mello; AI n° 812.678– AgR /2011, relatora Ministra Ellen Gracie; AI n° 513.804– AgR / 2011, relator Ministro Joaquim Barbosa).

Sin embargo, este precedente jurisprudencial puede ser flexibilizado por la motivación del Recurso Extraordinario n° 247.262/2001, relator Ministro Marco Aurélio, que defendió que en cada caso debe ser analizado si el recurso es abusivo o si aunque no evidencie afronta directa y frontal a la Constitución se lo configura como legítimo para la preservación de la legalidad, de la amplia defensa y del debido proceso legal.

2. El juicio de admisibilidad de la repercusión general

El examen de la existencia del requisito de admisibilidad de la repercusión general se divide entre los aspectos formales y materiales.³¹ Los tribunales *a quo* tienen competencia para proceder al examen formal del recurso extraordinario evaluando si hay preliminar con fundamentación específica fundamentando la repercusión general. En efecto, no habiendo la alegación de la repercusión general en el recurso extraordinario en preliminar formal y fundamentada el mismo será inadmitido en la instancia inferior que no lo trasladará al STF, en los términos del párrafo 2° del artículo 543-A del CPC, que determina ser de responsabilidad del recurrente «fundamentar la existencia de repercusión general, en preliminar del recurso, para apreciación exclusiva del STF».

Consolidando la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal el AI n°

³¹ SCHILLING FERRAZ, Taís. «Repercussão geral – muito mais que um pressuposto de admissibilidade», en *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário. Estudos em Homenagem à Ministra Ellen Gracie*, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2011, pág. 85.

667.027– AgR /2008, relator Ministro Celso de Mello, determina que la repercusión general, en los términos de la Ley nº 11.418/2006, constituye requisito previo de admisibilidad del recurso extraordinario, cuyo conocimiento por el STF depende para más allá de la verificación de los presupuestos recursales que les son inherentes, del reconocimiento de la existencia de controversia constitucional impregnada de alta y relevante trascendencia política, jurídica, social o económica, que ultrapase, por efecto de su propia naturaleza, los intereses meramente subjetivos discutidos en la causa. De este modo, incumbe a la parte interesada argumentar a favor de la existencia de estos requisitos para que el Tribunal Supremo venga a conocer del apelo extremo.

Por su parte, en el AI nº 812.571– AgR /2012, relator Ministro Luiz Fux, el Supremo Tribunal Federal dispuso que el recurso extraordinario es inadmitido cuando no presentar preliminar formal de trascendencia general o cuando esta no fuere suficientemente fundamentada.

En efecto, en el AI nº 846.422– AgR /2012, relator Ministro Luiz Fux, el STF declaró que es insuficiente la simple alegación de que la materia en debate en el recurso extraordinario presenta repercusión general. Cabe a la parte recurrente justificar de forma expresa y clara las circunstancias que podrían configurar la relevancia económica, política, social o jurídica de las cuestiones constitucionales invocadas en el caso, puesto que la fundamentación deficiente inviabiliza la admisión a trámite del recurso extraordinario.³²

La competencia para el examen material de la existencia de la repercusión general es exclusivamente atribuida al STF que motivará el fallo analizando si la materia es relevante para el orden social, jurídico, político o económico, y aún, si tiene trascendencia de interés para más allá de los intereses subjetivos de las partes.

La configuración del examen de admisibilidad del recurso extraordinario, en las dimensiones formal y material, también puede ser llamado de «juicio diferido de admisibilidad», puesto que la admisión a trámite del recurso extraordinario será juzgada tanto por el tribunal *a quo*, que tiene la competencia para remitir el recurso extraordinario a la apreciación del STF después de verificar si está fundamentada la preliminar de repercusión general, como por este último Tribunal que evaluará la existencia de repercusión social, jurídica, política o económica y además decidirá si el caso trasciende a los intereses de la parte.

Cúmplenos todavía destacar que en la esfera de apreciación material del STF hay doble verificación de requisitos especiales que componen la repercusión general: la repercusión social, jurídica, política o económica,

³² En el mismo sentido: ARE nº 649042/2012 – AgR, relator Ministro Luiz Fux. Acórdão Eletrónico DJe-120. Divulgado 19-06-2012; Publicado 20-06-2012.

tenida como elemento objetivo relativo al objeto de la causa; y la trascendencia constitucional, configurada como elemento subjetivo relacionado a la superación de los intereses de la parte procesal para el interés colectivo que la cuestión constitucional demandada.

Por ocasión de la decisión del STF en el ARE nº 665.969 - RG, Relator Ministro Luiz Fux, de 10/05/2012, el Tribunal reafirmó en su jurisprudencia la distinción entre el requisito de la repercusión general y el requisito de la trascendencia constitucional al considerarse competente para juzgar el carácter abusivo del derecho a la huelga de funcionarios públicos, considerando haber en el caso relevancia de la cuestión constitucional (relacionada con la repercusión general de carácter social) y trascendencia de intereses (relacionado con la trascendencia que ultrapasa en interés subjetivo de las partes).

En el mismo sentido en el RE nº 565.714 - RG, Relatora Ministra Carmen Lucia, de 08/02/2008, el Supremo Tribunal Federal al decidir sobre el pago adicional en los casos de trabajos ofensivos a la salud tuvo como base de cálculo el presupuesto mínimo constitucionalmente garantizado, y, teniendo en cuenta el art. 7º, inc. IV, de la Constitución, consideró estar justificada la repercusión general de la relevancia jurídica, caracterizada por la divergencia jurisprudencial. Además, entendió presente la trascendencia a los intereses de las partes, pues la solución definida por el STF determinaría no sólo el régimen de presupuestos de los funcionarios públicos, sino que tratará de la materia contenida en la Consolidación de las Leyes del Trabajo para el pago adicional en los casos de trabajos ofensivos a la salud que afectará a todos los funcionarios públicos.

Marinoni y Mitidiero analizan que el alcance de la cognición de la repercusión general por el tribunal recurrido es limitado al juicio de admisibilidad formal no admitiéndose que se pronuncien sobre el fondo de la repercusión en su carácter material de relevancia social, jurídica, política o económica y de la trascendencia constitucional, caso en que la eventual intromisión indebida desafía la Reclamación al Supremo Tribunal con fines de mantener la integridad de su competencia.³³

La acreditada doctrina considera que una vez más estamos delante de un sistema de filtro idéntico, en el punto de vista substancial, al sistema de la «petición de relevancia» que permitía llegar al STF solamente las cuestiones cuya importancia trascendiera la causa para la cual el recurso fue interpuesto.³⁴ Sin embargo, hay quienes comprenden que hay más di-

³³ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral do recurso extraordinário*, Revista dos Tribunais Editora, São Paulo, 2007, pág. 43.

³⁴ GARCÍA MEDINA, José Miguel; RODRIGUEZ WAMBIER, Luiz; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. «Repercussão geral e súmula vinculante. Relevantes novidades trazidas pela EC nº 45/2004», en *Reforma do Judiciário*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2005, pág. 374.

ferencias que similitudes entre los dos institutos jurídicos, considerando que el objeto del recurso extraordinario era, en el orden constitucional anterior, más amplio incluyendo las violaciones a las leyes federales (hoy de competencia del Superior Tribunal de Justicia), y además, la existencia de la cuestión constitucional no necesitaba ser fundamentada por la parte, pues era presumida por el Tribunal que elegía el recurso para su apreciación.³⁵

En efecto, en el sistema actual, en la Cuestión de Orden del Agravio Interno nº 664.567/2007, relator Ministro Sepulveda Pertence, el STF subraya que la verificación de la existencia de la preliminar de repercusión general, siendo un requisito formal de responsabilidad del recurrente, si inexistente impide el seguimiento del recurso debiendo ser observado en el origen por el tribunal *a quo*.

La decisión proferida en la instancia *a quo* que admita o no admita tramitar el recurso extraordinario para el STF debe ser fundamentada, conforme artículo 542, párrafo 1º del CPC y Sumario nº 123 del Superior Tribunal de Justicia.

Cabe subrayar que la inadmisión del trámite del recurso extraordinario para el STF podrá ocurrir en dos casos: cuando en el juicio *a quo* se observa la inexistencia de los requisitos procesales y de la preliminar de la repercusión general; y aún, cuando el STF ya se hubiere pronunciado sobre la inexistencia precedente de la repercusión general al caso similar que vuelva a ser presentado. El juicio acerca de la existencia de la repercusión general es exclusivo del Tribunal Supremo.

La decisión que no admita a trámite el recurso extraordinario con base en la segunda hipótesis mencionada deberá fundamentarse en precedente jurisprudencial del propio STF, único órgano competente para juzgar si el caso poseé la repercusión social, jurídica, política o económica y la trascendencia de la cuestión constitucional.³⁶

Camargo Mancuso aduce que:

«la repercusión general de la cuestión constitucional no es una exigencia sencillamente técnico-procesal sino evidencia trascendentes aspectos «metajurídicos» (sociales, económicos y políticos) que no se confunden con el mérito del recurso extraordinario, pues el STF analiza la repercusión general para admitir o inadmitir el referido recurso, por lo tanto en una abordaje cronológicamente antecedente y

³⁵ BERMAN, José Guilherme. *Repercussão geral do recurso extraordinário. Origens e perspectivas*. Juruá Editora. Curitiba. 2009. Ob. Cit., pág. 114.

³⁶ GRACIA MEDINA, José Miguel. *Prequestionamento e repercussão geral e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário*. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2009. Ob. Cit., pág. 73.

axiológicamente neutra. De este modo, la evaluación positiva en cuanto a este requisito solamente autoriza la secuencia del examen formal cuanto a los presupuestos objetivos y subjetivos de admisibilidad, sin ninguna señalización en cuanto al oportuno proveimiento o no proveimiento. No es una prejudicial de mérito porque no condiciona el contenido del juicio en el recurso (...). La repercusión general es un requisito previo genérico al juicio de admisibilidad del recurso extraordinario, pero cuando su evaluación resulta negativa dispensa el análisis de los demás requisitos procesales de admisibilidad e inadmite el recurso. Sin embargo, aunque sea reconocida la existencia de repercusión general esto no significa que el recurso va a ser deferido en el mérito, pues solamente resulta en el reconocimiento por el STF de que el objeto del recurso extraordinario presenta relevancia constitucional y trascendencia a los intereses de las partes, pero no que significa que la parte tenga razón para el proveimiento de su pedido.³⁷

Cúmplenos observar que además de todos los requisitos comunes de admisibilidad a todos los recursos (emplazamiento, pago de costas, procedibilidad del pedido, interés recursal y legitimidad de parte) y de la inclusión del especial requisito constitucional de la repercusión general otros requisitos procesales, advenidos de la actividad jurisprudencial, se firmaron sobrellevando destacar el análisis del cuestionamiento previo o «pre-cuestionamiento».³⁸

3. La creación jurisprudencial de uno más requisito de filtraje para el recurso extraordinario: el cuestionamiento previo de la repercusión general

El cuestionamiento previo como requisito del recurso extraordinario fue previsto en las Constituciones de 1891 (artículo 59 y ss.), 1934 (artículo 76 y ss.), 1937 (artículo 101, III, *a* e *b*) y 1946 (artículo 101, III, *b*), respectivamente.

Sin embargo la exigencia del cuestionamiento previo no vino mantenida en las Constituciones a partir de 1967, pero la construcción jurisprudencial del STF reiteró la exigencia, conforme se nota en el Sumario nº 282 que determina «inadmisión de recurso extraordinario cuando no cuestionada en la decisión recurrida la cuestión federal suscitada», y aún, en el Sumario nº 356 que enuncia «el punto omiso de la decisión sobre la

³⁷ CAMARGO MANCUSO, Rodolfo de. *Recurso extraordinário e recurso especial*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2010, Ob. Cit., pág. 185.

³⁸ BRAGHITTONI, R. Ives. *Recurso extraordinário. Uma análise do acesso ao Supremo Tribunal Federal. De acordo com a Lei ° 11.418/06 (Repercussão Geral)*, Editora Atlas, São Paulo, 2007, pág. 53.

cual no fueron interpuestos «Embargos de Declaración» no pueden ser objeto de recurso extraordinario por faltar el requisito del cuestionamiento previo».

La exigencia encuentra fundamento en la expresión «causas decididas» contante en el artículo 102, III de la CF/88.³⁹

El Agravio Regimental en el Recurso extraordinario n° 96.802, dispuso a tenor de lo que aducía Alfredo Buzaid, que la idea del cuestionamiento previo, consagrado en Brasil, tendría su origen en el *Judiciary Act* estadounidense, de 1789, que previó el *writ of error* para la protección de la jurisdicción nacional y para la prevención de conflictos entre los Estados y la autoridad federal determinando que la controversia debería haber sido argüida y decidida precedentemente en el proceso ante el tribunal del estado.⁴⁰

El entendimiento consagra que el recurso extraordinario se limita a las cuestiones analizadas en la decisión recurrida. Si esa fue omisa en alguna argumentación del pedido la parte debe interponer Embargos de Declaración o el recurso no podrá reanalizar lo que no fue suscitado en el proceso *a quo*.⁴¹

En el AI n° 842.860– AgR /2012, relator Ministro Joaquim Barbosa, el Supremo Tribunal Federal informa que la cuestión no argumentada en la decisión recurrida y que no fue objeto de Embargos de Declaración evidencia ausencia de cuestionamiento previo y se constituye en óbice para la admisión a trámite del recurso extraordinario, a tenor de los Sumarios 282 y 356 del STF.

El Sumario n° 456 del STF determina que «Embargos de Declaración manifestados con propósito de cuestionamiento previo no tienen carácter abusivo».

La postura del STF cambió con el tiempo para admitir que la interposición del Embargo de Declaración por la parte es suficiente para asegurar el cumplimiento del requisito de cuestionamiento previo mismo que el juicio a quo se omite en hacer pronunciamiento respecto de lo argüido por la parte.⁴²

En ese sentido el citado Sumario n° 356 del STF asienta entendimiento de que interpuesto el Embargo de Declaración por la parte, la recusa

³⁹ RIBEIRO, Crispin y GENEROSO, Mirian Cristina. *Recurso especial e recurso extraordinário. Questões pontuais sobre a admissibilidade e a procedibilidade no direito processual civil*, Editora Pillares, São Paulo, 2006, pág. 114.

⁴⁰ *Apud* CAMARGO MANCUSO, Rodolfo de. *Recurso extraordinário e recurso Especial*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2010, Ob. Cit., pág. 275-276.

⁴¹ ROSAS, Roberto, *Direito sumular*, Editora Malheiros, São Paulo, 2002, pág. 120.

⁴² DÓREA PESSOA, Roberto. *Recurso extraordinário. Grau de cognição do juízo de mérito*, Editora Saraiva, 2010, pág. 74.

por el juicio *a quo* en suprimir la omisión no se constituye en óbice para la admisión a trámite del recurso extraordinario.

Sin embargo, cabe a la parte impugnar todos los fundamentos de la decisión recurrida, aunque esta no se posicione sobre los términos argumentados, conforme consagra la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal en el AI nº 819.459– ED /200, relator Ministro Joaquim Barbosa.

Greco Filho defiende que será dispensada la obligatoriedad del cuestionamiento previo cuando el fundamento nuevo fuere suscitado solamente en la decisión recurrida por juicio *extra o ultra petita* y aún cuando en el tribunal *a quo* se rechace a examinar la cuestión argüida en el Embargo de Declaración.⁴³

La acreditada doctrina viene entendiendo la posibilidad de dispensa de cuestionamiento previo y la posibilidad de conocimiento de oficio por el STF de materias referentes al orden público sean de derecho material o procesal. Sin embargo, en la jurisprudencia ya viene predominado el entendimiento que incluso las cuestiones de orden público necesitan ser previamente cuestionadas.⁴⁴

García Medina subraya que no es suficiente que haya un cuestionamiento previo de la controversia sino que la cuestión constitucional aducida debe ostentar repercusión general. Sin embargo, destaca el autor, que en la hipótesis del artículo 543-A, párrafo 3º, del CPC, siendo determinada la repercusión general presumida, en los casos de decisión contraria a sumario o jurisprudencia dominante, el requisito del cuestionamiento previo es flexibilizado para la admisión del recurso aunque no haya sido cuestionada por la parte.⁴⁵

4. El procedimiento de admisión a trámite del recurso extraordinario y el juzgamiento único de múltiples recursos interpuestos ante el STF

Conforme ya enunciamos el procedimiento de admisión a trámite del recurso extraordinario es repartido entre el juicio *a quo* y el Supremo Tribunal Federal.

En el caso del juicio de admisibilidad en los tribunales *a quo* el Presidente del tribunal o el Vice-presidente o, a su caso, el Presidente de la Sala que recibe el recurso extraordinario verificará si se da la preliminar

⁴³ GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*, V. 2, Editora Saraiva, São Paulo, 2006, págs 63-64.

⁴⁴ CAMARGO MANCUSO, Rodolfo de. *Recurso extraordinário e recurso especial*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2010, Ob. Cit., pág. 280.

⁴⁵ GRACIA MEDINA, José Miguel. *Prequestionamento e repercussão geral e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2009, Ob. Cit., págs. 121-122.

fundamentada de la repercusión general, requisito este de carácter constitucional previo, para en seguida, analizar si el recurso cumple los requisitos recursales comunes a saber: legitimidad del recurrente, interés procesal en recurrir, procedibilidad del pedido, preparo con pago de las costas, emplazamiento, todo en los términos del Código de Proceso Civil, artículos 242, 499, 511, 541, 543-A, párrafo 2º y del Código de Proceso Penal, artículo 577.⁴⁶

No siendo admitido a trámite el recurso extraordinario en el tribunal de origen, que tiene la competencia para enviar el recurso al STF, la parte perjudicada podrá interponer Agravio de Instrumento, en los términos del artículo 544 del CPC o pedir aclaraciones sobre la decisión, vía Embargos de Declaración, conforme artículo 538 del CPC. La posibilidad de Agravio Interno en el propio STF, de la decisión del Ministro relator de ese Tribunal que inadmitió el Agravio de Instrumento contra decisión del juicio *a quo*, encuentra apoyo en el artículo 545 del CPC.

En cambio, siendo admitido a trámite, en el juicio *a quo*, el recurso extraordinario será remitido al STF que hará el análisis de fondo acerca de la configuración de la repercusión general y de la trascendencia de la cuestión general, requisitos previos para posterior decisión sobre el fallo. El RISTF dispone en el artículo 13, V, *c* que la ausencia de la preliminar de la repercusión general o siendo deficiente su fundamentación ocasionará la inadmisión a trámite, según ya hemos señalado con abundante jurisprudencia. En el mismo sentido el Sumario nº 284 del STF orienta que «no será admitido recurso extraordinario cuando la eficacia de su fundamentación no permitir la exacta comprensión de la controversia».

Remetido al STF el recurso extraordinario, con admisibilidad reconocida por el juicio de origen, el mismo será distribuido al relator que reexaminará los requisitos de admisibilidad. En este momento el relator podrá decidir acerca de la intervención de *amicus curiae* (artículo 543-A, párrafo 6º del CPC) y aún podrá inadmitirlo en los términos del artículo 557 del CPC, pero no podrá decidir aisladamente sobre la configuración de la repercusión general que compite al órgano colegiado en los términos de la CF/88, artículo 102, párrafo 3º y del artículo 543-A, párrafo 4º, del CPC. Solamente

⁴⁶ Parte de la doctrina entiende que el tribunal *a quo* deberá en primera fase verificar el cumplimiento de los requisitos comunes procesales para después verificar la existencia de preliminar de la repercusión general. Sin embargo, sin la referida preliminar todos los demás requisitos procesales están perjudicados razón por la cual entendemos que la presencia de la preliminar de la repercusión general compone la primera fase del juicio de admisibilidad ya que no será tramitado el recurso sin fundamentación preliminar aunque los demás requisitos procesales estén presentes. (En opinión contraria véase TORRES DE AMORIM, Aderbal. *O novo recurso extraordinário. Hipótese de interposição, repercussão geral, amicus curiae, processamento, jurisprudência, súmulas aplicáveis*, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2010, pág. 33).

en el caso de la repercusión general presumida de la hipótesis de contrariedad a sumario o jurisprudencia dominante del STF es que el relator decidirá de plano por la existencia de la repercusión general.

Además, el relator tendrá la facultad de reformar o suspender el juzgado del tribunal de origen en el caso de inobservancia de la jurisprudencia del STF firmada en el análisis de los casos de repercusión general, a tenor del artículo 21 del RISTF.

El procedimiento de juzgamiento de la repercusión general en el recurso está determinado por un quórum denominado «prudencial» que determina la negativa de la repercusión general siendo decidida por dos tercios de los Ministros del STF.⁴⁷

Siempre que se presentaren en el tribunal *a quo* una multiplicidad de recursos con fundamento en idéntica controversia, el tribunal elegirá un recurso parámetro para actuar como *leading case* y suspenderá el juzgamiento de los demás recursos interpuestos bajo su apreciación de admisibilidad, hasta que el STF se pronuncie sobre el mérito de la cuestión constitucional, fijando precedente jurisprudencial que vinculará el tribunal *a quo* para juzgar el recurso sin la necesidad de que los procesos suspendidos sean remitidos al STF, en los términos del artículo 543-B y párrafo 1º del CPC.

Con vistas a que los múltiples recursos tengan su envío al STF impedida, ese órgano editó los Normativos Administrativos nº 177/2007 y 138/2009 permitiendo que su Secretaría devuelva a los tribunales de origen los múltiples procesos que versen sobre materia pendiente de su apreciación en los casos en que aquéllos tribunales no hayan suspendido la apreciación del recurso para esperar decisión definitiva acerca de la cuestión constitucional por la Corte Suprema.

Ejemplo de ello es el RE nº 559.607– RG /2007, relator Ministro Marco Aurélio, el cual informó que una vez que el Tribunal Supremo esté decidiendo sobre la existencia de la repercusión general sobre el tema suscitado en los múltiples recursos, se impone la devolución al tribunal de origen de todos los demás recursos que hayan sido interpuestos en la vigencia del procedimiento definido por las normativas procesales, comunicando a los tribunales de origen que suspendan el envío a la Corte Suprema de los recursos que traten de materia idéntica.

Negada por el STF la existencia de la repercusión general los recursos suspendidos son automáticamente inadmitidos, en los términos del párrafo 2º del artículo 543 del CPC.

A su vez, la decisión que niega la existencia de la repercusión general es irrecurrible siendo el fallo aplicable para todos los casos idénticos, se-

⁴⁷ CAMARGO MANCUSO, Rodolfo de. *Recurso extraordinário e recurso especial*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2010, Ob. Cit., pág. 188.

gundo preceptúa el artículo 326 del RISTF. El artículo 327 del mismo precepto normativo dispone que solamente cabe Agravio si el precedente de la negativa de la repercusión general estuviere en revisión o haya sido revisado por el STF.

Sin embargo, todavía carece de reglamentación regimental del STF el procedimiento de revisión de los precedentes de negativa de la repercusión general, estando pendiente de definición quienes serán legitimados para provocar la revisión, cuáles son las hipótesis de procedibilidad y cuáles son los efectos de la revisión de la repercusión general.⁴⁸

Cuando el Supremo Tribunal decida sobre el mérito de la cuestión constitucional con existencia de repercusión general los recursos suspendidos en los tribunales de origen serán por ellos juzgados, pudiendo estos órganos declarar a los recursos perjudicados o se cambiar su decisión anterior, en los términos del artículo 544-B, párrafo 3°. En efecto, en el ejercicio del principio constitucional de la libre decisión del juez, este mismo juez, en el juicio *a quo*, puede mantener su decisión contraria a lo entendido por el STF, ocasión en la cual este último Tribunal podrá anular o reformar la decisión de aquéllos en los términos de su Reglamento Interno, todo en conformidad del artículo 543-B, párrafo 4° del CPC.

En la Cuestión de Orden en el Agravio de Instrumento nº 760.358 el Supremo Tribunal entendió que en los casos de que el juicio *a quo* contrarie o aplique equivocadamente la jurisprudencia de aquel firmada en el mérito de la repercusión general de la cuestión constitucional la parte deberá interponer Agravio Interno al tribunal de origen, a ser procesado en los términos del Reglamento Interno de cada tribunal, no cabiendo Agravio de Instrumento al STF para corregir la decisión, conforme se evidencia en la descripción de la decisión mencionada:

«Cuestión de Orden. Repercusión General. Inadmisibilidad de Agravio de Instrumento o Reclamación de la decisión que aplica entendimiento de esta Corte a los procesos múltiples. Competencia del tribunal de origen. Conversión del Agravio de Instrumento en Agravio regimental»

En el RE nº 579.431– QO /2008 el Supremo Tribunal Federal evidenció la consolidación del procedimiento de implantación del régimen de la repercusión general informando que se aplica, plenamente, el régimen de la repercusión general a las cuestiones constitucionales ya decididas por el STF cuyos los juicios sucesivos dieron causa a la formación de sumario

⁴⁸ SCHWARZ VIANA, Ulisses. *Repercussão Geral sob a Ótica da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann*, Editora Saraiva, Instituto Brasileiro de Direito Público, São Paulo, 2011, 2ª Edição, Ob. Cit., pág. 48.

o jurisprudencia dominante, habiendo en estas hipótesis la necesidad de pronunciamiento expreso del Pleno de la Corte Suprema sobre la incidencia de los efectos de la repercusión general reconocida para que, en las instancias judiciales ordinarias, puedan ser aplicadas las reglas del nuevo régimen, en especial, para fines de retratación o declaración de prejudicialidad de los recursos sobre el mismo tema, quedando en este sentido, aprobada la propuesta de adopción de procedimiento específico que autorice la Presidencia de la Corte a traer al Pleno, antes de la distribución del recurso extraordinario, cuestión de orden en la cual podrá ser reconocida la repercusión general de la materia tratada, si fueren atendidos los presupuestos de relevancia.

Esta misma decisión firma que, en seguida, el Tribunal podrá, cuanto al mérito, manifestarse por la preservación del entendimiento ya consolidado o deliberar por la renovación de la discusión del tema. En la primera hipótesis, la Presidencia está autorizada a negar la distribución de los recursos y devolver al tribunal de origen todos los recursos idénticos para que los jueces o tribunales ordinarios apliquen el procedimiento del art. 543-B, párrafo 3° del CPC. En la segunda situación, los recursos deberán ser encaminados para la normal distribución a los órganos del STF, que tras razonamiento someterá el fallo a la apreciación del Pleno del Tribunal. En el mismo sentido siguen las siguientes decisiones: RE n° 582.650-QO /2008, relator el Ministro Presidente; y, RE n° 580.108-QO /2008, relator Ministro Presidente.

En efecto, en el caso de que ya haya jurisprudencia consolidada del Supremo Tribunal Federal, es aconsejable que el tribunal de origen decida la cuestión sin remeter los recursos extraordinarios a nuevo juicio del STF, ejemplo de ello es el RE n° 582.019 - QO-RG/2008, relator Ministro Ricardo Lewandowski, que niega la distribución de recursos extraordinarios a los órganos del STF, que traten sobre mismo tema de jurisprudencia ya consolidada por este Tribunal, lo cual mandó devolver el recurso al tribunal de origen para que adoptara directamente los procedimientos previstos en el art. 543-B, párrafo 3° del CPC.

Por otra parte, el Tribunal Supremo interpretó los arts. 543-A, párrafo 3°, del CPC y el 323, párrafo 1° del RISTF, definiendo que en determinados supuestos, no se presume la ausencia de repercusión general cuando el recurso impugnar decisión que esté de acuerdo con el precedente ya firmado por la Corte Suprema, conforme se observa en el RE n° 565.822-RG /2008, relatora Ministra Cármen Lúcia, lo que podría pasar con los casos en que sea necesario resguardar la posibilidad de que sean revisadas las orientaciones firmadas por el STF cuando se evidencien situaciones cambiantes.

Hemos dejado demostrado que la intención del Supremo Tribunal Fe-

deral es impedir que se proliferen Agravios de Instrumento o Reclamaciones constitucionales para su apreciación. La objetivación del recurso extraordinario pretende disminuir la carga de trabajo del STF y por lo tanto la lógica de este Tribunal es impedir que otros recursos y acciones constitucionales sean interpuestos cuando la repercusión general esté decidida aunque la decisión en el tribunal de origen sea equivocada. La parte tendrá que contar con la buena voluntad del órgano colegiado del tribunal de origen para revisar la decisión.

El artículo 543-A, párrafo 6º, del CPC, permite la participación de terceros en la motivación de la decisión de la repercusión general. Tal dispositivo concede coherencia al procedimiento del juzgamiento sobre la existencia de repercusión general una vez que los interesados en los recursos pendientes en el tribunal de origen, en espera del análisis del *leading case* por el STF, deben tener el derecho al contradictorio, al debido proceso legal y a la amplia defensa conforme determina la Constitución. Además considerando el objeto de la repercusión general identificado por la relevancia social, política, jurídica o económica, y, aún la trascendencia a los intereses de las partes, la manifestación del *amicus curiae*, aunque no siendo parte un recurso suspendido en el juicio de origen, permite la mayor determinación de los contenidos abstractos identificadores de la repercusión general.

García Medina aduce que la manifestación de terceros interesados en el proceso no se restringe a la identificación de la repercusión general sino debe extenderse al mérito del recurso.⁴⁹

En lo referente a la concesión de medidas cautelares en los recursos extraordinarios el STF decidió en la Cuestión de Orden en la Acción Cautelar nº 2.177 que, en regla, la competencia para análisis del pedido es del tribunal de origen, conforme se observa en el juzgado:

«Cuestión de Orden. Acción Cautelar. Recurso extraordinario. Pedido de concesión de efecto suspensivo, en el origen, delante del reconocimiento de repercusión general por el Supremo Tribunal Federal. Artículos 543-B, párrafo 1º, del CPC, y 328-A, del RISTF. Sumarios 634 y 635. Jurisdicción cautelar que debe ser prestada por los Tribunales y Salas recursales *a quo*, incluso cuanto a los recursos admitidos, pero suspendidos en el origen. 1. Para la concesión del excepcional efecto suspensivo al recurso extraordinario es necesario un juicio positivo de su admisibilidad en el tribunal de origen, su viabilidad procesal por la presencia de los presupuestos extrínsecos e

⁴⁹ GARCÍA MEDINA, José Miguel. *Prequestionamento e repercussão geral e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2009, Ob. Cit., pág. 356.

intrínsecos, la plausibilidad jurídica de la pretensión del derecho material en él deducida y la comprobación de urgencia de la pretensión cautelar. Precedentes. 2. Para los recursos anteriores a la aplicación del régimen de la repercusión general o para aquellos que traten de materia cuya repercusión general todavía no fue examinada, la jurisdicción cautelar de ese Supremo Tribunal solamente estará configurada con la admisión del recurso extraordinario o, en caso de juicio negativo de admisibilidad, con el proveimiento del agravio de instrumento, no siendo suficiente su simple interposición. Precedentes. 3. Compete al tribunal de origen apreciar acciones cautelares, aunque el recurso extraordinario ya tenga obtenido el primer juicio de admisibilidad, cuando el apelo extremo estuviere suspendido debido el reconocimiento de la existencia de repercusión general de la materia constitucional en él tratada. 4. Cuestión de Orden resuelta con la declaración de incompetencia de esta Suprema Corte para la acción cautelar que busca la concesión de efecto suspensivo al recurso extraordinario que espera decisión sobre la repercusión general en el juicio de origen, en virtud de reconocimiento de la existencia de la repercusión general de la cuestión constitucional en él discutida».

En efecto, en los casos del artículo 543-B, párrafo 4º, en que el tribunal *a quo* no siga la jurisprudencia asentada por el STF en la apreciación de la repercusión general, y, procediendo el Agravio de Instrumento, es cuando el Tribunal Supremo será competente para decidir la cuestión y la concesión de efecto cautelar suspensivo.

Hay que subrayar que la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal, ordinariamente, ha recusado concesión de medida cautelar pertinente al recurso extraordinario que obtuvo, en el origen, juicio negativo de admisibilidad. Cabe, sin embargo, excepcionalmente, la suspensión cautelar de la eficacia de la decisión, objeto del recurso extraordinario no admitido, si el Agravio de Instrumento contraría decisión que se revele incompatible con la jurisprudencia dominante del STF, hipótesis que no se traduce en excepción a los Sumarios nºs 634 y 635 del Tribunal Supremo, todo en los términos del AC nº 1641– QO /2007, relator Ministro Celso de Mello.

Cuanto a las materias más frecuentes que el Supremo Tribunal Federal ha considerado la repercusión general estas se traducen sobre temas de derecho administrativo, electoral, financiero y tributario, de pensiones y beneficios, procesal y del trabajo.⁵⁰

⁵⁰ Véase como más recientes este rol puramente ilustrativo ante las centenas de decisiones sobre estos temas: en derecho administrativo - RE nº 409.356-RG/2012, Relator(a): Min. LUIZ FUX; RE nº 682.934-RG/2012, Relator(a): Min. Luiz Fux; ARE nº 646.000-RG/2012, Relator(a): Min. Marco Aurélio; en derecho electoral: ARE nº 664.575-RG/2012, Relator(a): Min. Joaquim Barbosa; en derecho financiero y tributario: RE nº 614.384-RG/2012,

En los temas referentes a los derechos fundamentales fueron objeto del reconocimiento de la repercusión general y de la trascendencia constitucional cuestiones relativas a la unión estable homoafectiva (ARE n° 656.298 – RG/2012; y, RE n° 646.721-RG/2011); a la preservación del medio ambiente (RE n° 627.189 – RG/2011); a las garantías procesales criminales referentes al resguardo del derecho a la libertad personal (RE n° 607.107 – RG/2011; RE n° 640.139 – RG/2011; y, RE n° 641.320 – RG/2011); a la restricción de libertad individual por la prisión civil (RE n° 562.051 – RG/2008); y, además, a la protección al derecho a la salud (RE n° 657.718 – RG/2011; AI n° 831.223 – RG/2011; RE n° 578.081 – RG/2008; y, RE n° 573.540 – RG/2008).

5. Los efectos del nuevo recurso extraordinario

Tradicionalmente, como hemos destacado en el análisis inicial del control difuso de constitucionalidad, los efectos generados por el control difuso de constitucionalidad son *inter partes*. El efecto *inter partes* subsiste para la decisión de mérito de la cuestión versada en el recurso extraordinario.

Sin embargo, la doctrina defiende que la repercusión general inauguró en el sistema de control difuso la atribución de eficacia *erga omnes*; por lo tanto la repercusión general en el recurso extraordinario sería un *tertium genus* situado entre el control difuso (incidental e *inter partes* – subjetivo) y el control concentrado (con efecto vinculante y eficacia *erga omnes* – objetivo) proporcionando la alteración del modelaje constitucional del control difuso.⁵¹

Defensor de esta doctrina el Ministro Gilmar Mendes adujo la superación del subjetivismo en el recurso extraordinario por ocasión del juzgamiento de la Medida Cautelar en el Recurso extraordinario n° 376.852/SC destacando que:

«Este nuevo modelo legal traduce, sin duda, un avance en la concepción vetusta que caracteriza el recurso extraordinario. Este instrumen-

Relator(a): Min. Luiz Fux; ARE n° 641.243-RG/2012, Relator(a): Min. Dias Toffoli; RE n° 611.586-RG/2012, Relator(a): Min. Joaquim Barbosa; en derecho de pensiones y beneficios: AI n° 610.793-AgR/2012, Relator(a): Min. Cezar Peluso; RE n° 597.726-AgR/2012, Relator(a): Min. Cezar Peluso; RE n° 607.652-AgR/2012, Relator(a): Min. Cezar Peluso; en derecho procesal: ARE n° 648.629-RG/2012, Relator(a): Min. Luiz Fux; AI n° 664.992-ED/2012, Relator(a): Min. Dias Toffoli; en derecho del trabajo: RE n° 606.003-RG/2012, Relator(a): Min. Marco Aurélio; ARE n° 659.039-RG/2012, Relator(a): Min. Dias Toffoli; RE n° 658.312-RG/2012, Relator(a): Min. Dias Toffoli.

⁵¹ SCHWARZ VIANA, Ulisses. *Repercussão geral sob a ótica da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*, Editora Saraiva, Instituto Brasileiro de Direito Público, São Paulo, 2011, 2ª Edición, Ob. Cit., págs. 61-66.

to deja de tener carácter marcadamente subjetivo o de defensa del interés de las partes, para asumir, de forma decisiva, la función de defensa del orden constitucional objetiva. Se trata de orientación que los modernos sistemas de Cortes Constitucionales vienen confiriendo al recurso de amparo y al recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*)».

En el Recurso extraordinario nº 560.626, de relatoría del mismo Ministro, la decisión hizo suponer la inclusión de elementos típicos del control concentrado de constitucionalidad permitiendo la modulación de los efectos de la decisión para motivar que la inconstitucionalidad no produciría efectos sobre los contribuyentes que tuvieran pago contribuciones sociales sin cuestionar, administrativamente o jurisdiccionalmente, los plazos de decadencia y prescripción.

Además, se puede notar que la jurisprudencia del STF asentada en las reflexiones acerca de la repercusión general tienen se objetivado por medio de la creación de sumarios vinculantes que facilitan la vinculación formal de su jurisprudencia y la obligatoriedad de observancia de sus juzgados por los juicios *a quo*, sin posibilidad de disenso acerca de aquellas decisiones, determinando la incidencia de la vinculación formal a sus decisiones, efecto este característico del control concentrado de constitucionalidad.

En este sentido se destacan: el Recurso extraordinario nº 565.714, de relatoría de la Ministra Cármen Lúcia, que culminó en el Sumario Vinculante nº 04; el precedente del Recurso Extraordinario nº 567.801, relator Ministro Carlos Alberto Direito, que originó el Sumario Vinculante nº 12; y, el Recurso Extraordinario nº 579.951, relator Ministro Ricardo Lewandowski, que dio origen al Sumario Vinculante nº 13.

Cabe subrayar que de acuerdo con el Sumario Vinculante nº 04 es posible que los tribunales de origen nieguen seguimiento a los recursos contra decisiones que apliquen precepto asentado en sumarios vinculantes. Esta práctica pretende optimizar el proceso configurándolos como sumarios impeditivos de recursos.

Henrique Mouta defiende que la objetivación adoptada en el recurso extraordinario se dirige a una total «verticalización» de las decisiones del Supremo Tribunal Federal que amplíe el carácter vinculante de las decisiones plenarios, alcanzando inclusive las Reclamaciones constitucionales para extender efectos *erga omnes*, apoyándose en la controvertida posición jurisprudencial del Ministro Gilmar Mendes en la Reclamación nº 4335-5/AC.⁵²

⁵² MOUTA ARAÚJO, José Henrique. «Verticalização das decisões do STF como instrumento de diminuição do tempo do processo: uma reengenharia necessária». Disponible en: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/jose_henrique_mouta_araujo.pdf Acceso en: 20 de marzo de 2013.

El conjunto de modificaciones normativas y el reforzamiento del carácter objetivo de la jurisdicción constitucional, en el ámbito de la competencia del STF, por la jurisprudencia del mismo Tribunal Supremo, deben ser tenidos en cuenta con las debidas precauciones.

La acreditada doctrina, en el análisis de la decisión del STF en la Reclamación nº 4335-5/AC, de 19.04.2007, relator Ministro Gilmar Mendes, criticó la tendencia del Tribunal Supremo en argumentar que la superación del dogma de la separación de poderes posibilita una especie de «mutación constitucional» que autoriza equiparar los efectos del control difuso de inconstitucionalidad a los efectos del control concentrado, dotado de eficacia *erga omnes* y efecto vinculante, entendiendo no haber la necesidad de cambios normativos para permitir extender la eficacia *erga omnes* a las decisiones del control difuso, y por lo tanto, se podría cambiar los efectos originariamente concebidos en el control difuso, de limitación *inter partes*, por simple decisión judicial en una Reclamación, por ejemplo, aunque no haya cualquier norma constitucional que admita este procedimiento.⁵³

Streck, Cattoni y Mont'Alverne critican este entendimiento informando que la teoría de la «mutación constitucional», formulada por primera vez en fines del siglo XIX e inicio del siglo XX, por autores como Laband y Jellinek, objetiva adecuar la Constitución a los cambios fácticos que a la época podría traducirse inmodificable por el dogma del normativismo jurídico kelseniano, pero la dicha «mutación constitucional» no está al servicio de contrariar preceptos normativos constitucionales, y, en el caso de la Reclamación nº 4335-5/AC, contrariar la propia Constitución, en el artículo 52, X.

Con acertada razón los autores realizan fuertes críticas a la búsqueda incondicional del Supremo Tribunal Federal por objetivar el derecho constitucional considerando que «en Brasil cada uno interpreta como quiera, decide como quiera, con lo que a cada día crecen tesis instrumentalistas del proceso. (...) La solución ha sido esta: limite el acceso a la justicia. Con el pretexto de celeridad procesal se crean mecanismos para impedir el procesamiento de los recursos. Y quien pierde con esto es la ciudadanía que ve negada la jurisdicción».⁵⁴

La objetivación del recurso extraordinario, como siendo el intento de disminuir la carga de trabajo del Supremo Tribunal Federal no autoriza este

⁵³ STRECK, Lênio Luiz; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MONT'ALVERNE BARRETO LIMA, Martonio. «A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutaçao constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional». Disponible en: http://www.conjur.com.br/2007-ago-03/perspectiva_stf_controle_difuso. Acceso en: 20 de marzo de 2013.

⁵⁴ *Ibidem*, pág. 29.

mismo Tribunal a contrariar la Constitución y cambiar los efectos del control de constitucionalidad difuso de modo a que el STF deje de apreciar casos concretos, típicos de esta modalidad de control, valiéndose de la Reclamación Constitucional para conceder eficacia *erga omnes* a sus decisiones, tanto por carecer de fundamento constitucional para ello, como porque la misma Constitución determina que el modo de uniformizar jurisprudencia en el control difuso de constitucionalidad es por medio de la creación de sumarios vinculantes, conforme procedimiento constitucional establecido. La decisión no sólo ofende el artículo 52, X, de la Constitución, que ya fue adecuado por la dicha «mutación constitucional» para extensión de efectos con eficacia *erga omnes* por los sumarios vinculantes, como desconsidera el procedimiento de aprobación de los mismos sumarios para lograr esta ampliación de los efectos, lo que resultaría en decisión absolutamente inconstitucional proferida por la Corte Suprema, desacreditando la legitimidad de su jurisdicción como guardia de la Constitución.

Es que el art. 52, X, de la CF/88, determina que es competencia privativa del Senado Federal suspender la eficacia, total o parcial, de ley declarada inconstitucional por el Supremo Tribunal Federal en decisión definitiva de mérito. Sin embargo, el artículo 103-A, de la CF/88, matizó esta competencia adecuando la Constitución a la relectura del dogma de separación de poderes, para que se dejara de hablar de absoluta separación y se pudiera hablar de cooperación entre los poderes, permitiendo que el STF conceda eficacia *erga omnes* a las decisiones de inconstitucionalidad surgidas en el control difuso, desde que se apruebe sumario vinculante por dos tercios de sus ministros vinculando a los demás órganos del poder judicial y, además, vinculando la administración pública a obedecer la decisión.

A pesar de esta expresa determinación constitucional la motivación del Tribunal Supremo, en la Reclamación n° 4335-5/AC, intenta inaugurar una total flexibilización de la objetivación procesal, lo que entendemos que carece de total legitimidad constitucional.

En que pesen las incursiones de sectores de la doctrina y de la jurisprudencia por una total objetivación de todos los recursos y acciones referentes al control difuso de constitucionalidad en Brasil, ultrapasando lo determinado por la Constitución, hay que destacar que si el objetivo a ser alcanzado es descargar de trabajo al STF el tema que se debe poner de manifiesto es descentralizar la toma de decisiones judiciales permitiendo que los jueces y tribunales ordinarios sean los primeros y principales garantes de la Constitución.

Todo el tema pasa por la readecuación de los efectos del control difuso de inconstitucionalidad al nuevo orden constitucional inaugurado con la Enmienda n° 45/2004.

Sin embargo, no se puede dejar de tener en cuenta que tradicionalmente en el control difuso los efectos derivados de la decisión de inconstitucionalidad serían restringidos a las partes. La suspensión de la ejecución de leyes juzgadas inconstitucionales serían de competencia del Senado Federal tras decisión definitiva del Supremo Tribunal Federal; esto es, la suspensión de la ejecución de la ley inconstitucional en el control difuso dependería de la actuación del Senado Federal sin la cual la ley inconstitucional seguiría produciendo efectos en los demás casos concretos que no fueron afectados por la decisión.

Es cierto, que la división entre los poderes enunciada por Montesquieu revela con cuidadoso estudio que más allá de la separación de poderes se pretende una interacción entre ellos que proporcione la descentralización de las funciones estatales trayendo el equilibrio que evitaría la concentración de poderes y la consecuente arbitrariedad.⁵⁵

Sin embargo, en el ordenamiento brasileño subsiste la antigua idea de separación absoluta entre los poderes en el artículo 52, X, de la Constitución Federal previendo la necesidad de actuación del Poder Legislativo para retirar de eficacia de la ley, lo que se presenta en situación de contradicción con el restante texto constitucional que reconoce al Supremo Tribunal Federal su tarea de legislador negativo.

En crítica a dicha previsión constitucional Zeno Veloso afirma que es necesaria una reforma que establezca eficacia *erga omnes* y efecto vinculante para el control difuso, tal como ocurre en el control concentrado, ya que la Constitución de 1934, que confirió la respectiva competencia del Senado se basara en criterios rígidos de separación de los poderes que hoy vemos superados.⁵⁶

Gilmar Mendes, desde el mismo punto de vista, indaga: ¿si el Supremo Tribunal Federal puede suspender la eficacia de una ley por medio del control concentrado, por qué la declaración de inconstitucionalidad en el control difuso tendría que mantener efectos entre las partes aguardando la suspensión por el Senado?⁵⁷

No hay plazo legal que reglamente el período en que el Senado debe manifestarse sobre determinada norma que fue declarada inconstitucional en el control difuso. La consecuencia es la continuidad en la aplicación de la ley declarada inconstitucional a los casos semejantes, pues sin la suspensión por el Senado Federal, la norma continúa produciendo efectos en los otros casos en los que no fue suscitada la inconstitucionalidad.

⁵⁵ WEFFORT, Francisco C. (Org.). *Os clássicos da política*, Editora Ática, São Paulo, 1991, v. 1. Textos de Montesquieu, Ob. Cit.

⁵⁶ VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2000, Ob. Cit., pág. 56.

⁵⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. Celso Bastos Editor; Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, São Paulo, 1999, pág. 394.

Matizando este problema la Enmienda Constitucional nº 45, incluyó el art. 103-A en la Constitución Federal con lo cual todos los mecanismos jurisdiccionales de integración entre los controles concentrado y difuso son: el efecto vinculante, en el control concentrado; y, los sumarios vinculantes, en el control difuso; de las decisiones del Supremo Tribunal Federal.⁵⁸

Las dificultades para obtener mecanismos de articulación entre los controles de constitucionalidad difuso y concentrado derivan justamente de la dificultad de asociar la vinculación del derecho por la actividad jurisprudencial, tradición del *common law*, con la supremacía de la ley consagrada por el sistema del *civil law*. Se presenta un problema: fijar paradigmas por medio de la uniformización jurisprudencial sería dotarla de fuerza de ley, alejando el adecuado análisis a los futuros casos semejantes. La aproximación de los dos modelos evidenció tanto la necesidad de desarrollo de instrumentos de integración jurídica, típicos de las sentencias interpretativas adoptadas en el control concentrado, como la importancia de la construcción de argumentos coherentemente pautados por las razones y por los fundamentos de la declaración de inconstitucionalidad levantada en el curso de las controversias judiciales iniciadas en el control difuso.⁵⁹

Se debe considerar aún que la relación entre los sistemas de control de constitucionalidad solo demostrará mayor articulación, en la medida en que sea respetada la autoridad de las decisiones de la Corte Constitucional y, al mismo tiempo, que sea hecha una relectura de los moldes de vinculación de la jurisdicción infra-constitucional a las decisiones del STF, para implantar mecanismos que ofrezcan eficacia *erga omnes* a las decisiones definitivas de inconstitucionalidad emitidas por la Corte Suprema, en el control difuso, a partir del diálogo compartido entre las dos esferas judiciales.

Conceder eficacia *erga omnes* a las declaraciones de inconstitucionalidad dimanadas del control difuso proporcionará más activamente una «vía de doble sentido», en el sentido de propugnar los efectos de inconstitucionalidad tanto del control concentrado al control difuso (del vértice a la base), como de la fiscalización difusa a la concentrada (de la base al vértice).

En un primer momento, el análisis de una «vía de mano doble» en la producción de los efectos de constitucionalidad parecería innecesario, pues los dos modelos de evaluación de la inconstitucionalidad conviven en el sistema brasileño desde 1965; sin embargo, lo que se verifica hoy en la

⁵⁸ ARRUDA, Paula. *Efeito vinculante: ilegitimidade da jurisdição constitucional. Estudo comparado com Portugal*, Editora Lúmen Júris, 2006, Ob. Cit., pág. 69.

⁵⁹ *Ibidem*, pág. 111.

práctica es la conformación de todo el sistema difuso de inconstitucionalidad con una «única vía»: la que atribuye eficiencia *erga omnes* y efecto vinculante a las declaraciones de constitucionalidad del Supremo Tribunal Federal en el control concentrado, además de los sumarios vinculantes que obligan al control difuso y que convive con la repercusión general y la trascendencia constitucional.

En el caso de que la Corte Suprema tenga en cuenta las decisiones *a quo*, que fundamentaron el control difuso de inconstitucionalidad, se concederá a las decisiones del Supremo Tribunal Federal mayor grado de coherencia con la realidad social, debido a que se fundamenta en el análisis concreto del caso.

La articulación entre los modelos concentrado y difuso de control de constitucionalidad presupone el respeto a las decisiones del Supremo Tribunal Federal y el diálogo entre las razones y fundamentos extraídos a partir del análisis del caso concreto.

Antonio Maués asevera que buscar la uniformización de la jurisprudencia constitucional por los medios de la coacción, y no del consenso, refleje la existencia de problemas de legitimidad de la Justicia constitucional, particularmente en lo que se refiere al papel del propio Supremo Tribunal Federal. Argumenta que la Justicia constitucional solamente se volvió posible cuando la soberanía del legislador dio lugar a la supremacía de la Constitución: se aleja el predominio de la voluntad política de la mayoría gobernante de cada momento, para ceder espacio a la voluntad de la mayoría constituyente en la Carta Magna. Resalta el autor que ante las «incertidumbres que guían las intenciones del legislador constituyente, la idea de que la Justicia Constitucional debe proteger la voluntad constituyente de la voluntad de la mayoría parece insuficiente para legitimarla».⁶⁰

La actuación de la Justicia constitucional en la aplicación directa de las normas constitucionales le concede, además de la función de defensa de la Constitución, la función creadora, ofreciendo criterios generales y guías de actuación a los poderes públicos.

Por esto, Antonio Maués afirma: «Ese papel creador de la jurisprudencia constitucional acentúa los problemas generados por el carácter controvertido de las disposiciones constitucionales. Así, las decisiones del Tribunal Constitucional pueden ser criticadas por haber sustituido el juicio del legislador por su propio juicio político, crítica que se vuelve más grave cuando el tribunal impide la implantación de propuestas que cuentan con la aprobación popular. Tal reacción solo puede ser contenida cuando la Justicia Constitucional cuenta con una amplia adhesión de la opinión pú-

⁶⁰ MAUÉS, ANTONIO. «*Estudos de direito constitucional*», Editora Jus Podium, Salvador, 2003, pág. 27.

blica, que impida que la discordancia con determinadas decisiones avale la legitimidad del órgano».⁶¹

En este sentido, la imposición del entendimiento de la Corte Suprema puede potenciar la exclusión de minorías, en la medida en que la composición del Tribunal Constitucional refleja la correspondencia a los intereses de la mayoría dominante, conforme indicación política.

Respecto a Brasil, el Supremo Tribunal Federal se compone de once Ministros que serán nombrados por el Presidente de la República, después de haber sido aprobada la elección por mayoría absoluta del Senado Federal. El mandato es vitalicio, de acuerdo con la garantía dispuesta en el artículo 95, inciso I, de la Constitución Federal en vigor⁶².

Antonio Maués argumenta que, con la aproximación en las relaciones entre legislativo y ejecutivo, este último, disponiendo de mayoría parlamentaria, pasó a determinar el contenido de las leyes, lo que disminuyó la posibilidad de control de sus actos por el poder legislativo.⁶³

En este contexto, observamos que la indicación de los Ministros del Supremo Tribunal Federal brasileño por el Presidente de la República y la respectiva aprobación por el legislativo, pueden volverse problemáticas si la jurisdicción constitucional, en vez de representar el interés del poder constituyente, se inclina hacia la voluntad de la mayoría política de determinado período.

Así, otorgar obligatoriedad vinculante a las decisiones del Supremo Tribunal Federal por vía de la coacción, no parece coincidir con la legitimidad de la jurisdicción constitucional. Este inconveniente se demuestra por las centenas de reclamaciones contra las decisiones de los jueces y demás tribunales discrepantes de la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal. De esto modo, la legitimidad de la Justicia constitucional se obtendrá en la medida en que coincida, en mayor grado, con la voluntad constituyente en la Ley Fundamental.

Defendemos que la legitimidad de la jurisdicción constitucional está en la actuación por medio del diálogo para construcción de los fundamentos determinantes de la inconstitucionalidad, interaccionando en una «vía de doble sentido» entre el control concentrado y el control difuso, para alcanzar la coherencia entre los sistemas de control de constitucionalidad de las leyes.⁶⁴

⁶¹ *Ibidem*, pág. 29.

⁶² «Art. 95. Los jueces gozan de las siguientes garantías: I – carácter vitalicio, que, en el primer grado, solo será adquirida después de dos años de ejercicio, dependiendo la pérdida del cargo, en ese periodo, de deliberación del tribunal a que el juez esté vinculado, y, en los demás casos, de sentencia judicial transitada en juzgado».

⁶³ MAUÉS, Antonio. *Estudos de direito constitucional*, Editora Jus Podium, Salvador, 2003, Ob. Cit., pág. 27.

⁶⁴ En una reflexión necesaria, aunque sin pretensión de profundizar el tema sobre la argumentación jurídica sería interesante la siguiente indagación a partir de las críticas a la ausen-

Durante este análisis, enfatizamos la necesidad de diálogo entre las dos formas de control de constitucionalidad. En este sentido no entendemos

cia del diálogo judicial entre el control concentrado y difuso en Brasil: ¿El efecto vinculante constituye impedimento para la legitimidad de la jurisdicción constitucional? Esta indagación se centra en la contemporánea configuración de las Constituciones occidentales como sistemas principiológicos generados a partir del cambio que propuso la llamada postmodernidad a los paradigmas del derecho normativista kelseniano que va a suponer la actuación de la magistratura deducida de su capacidad de neutralidad para prolatar decisiones que estén desprovistas de valoraciones persolanes de los jueces. En este contexto el diálogo democrático entre las instancias judiciales parece ser un imperativo para que se conceda legitimidad a las mismas a partir de la definición de los principios constitucionales de modo compartido y sin total incidencia de juicios personales. Destacaremos referencialmente en el análisis las concepciones de Jürgen Habermas y de Robert Alexy sobre la argumentación jurídica que ha sido utilizada como parámetro del discurso judicial delante de los sistemas constitucionales principiológicos en busca de requisitos dichos procedimentales y/o sustanciales para la concreción del contenido de los principios y en consecuencia de la interpretación que deba ser seguida por los tribunales. En el modelo procedimental propuesto por Jürgen Habermas, los procesos de interpretación y aplicación del Derecho deberán considerar la validez de las normas y su adecuación a un caso específico, a partir de una lectura moral de la Constitución. Según el autor, los discursos se dirigen para la autoselección de los cuestionamientos en la adecuación de la norma al caso concreto: «A medida que en la articulación y ponderación de políticas sea relevante la elección de recursos y estrategias racional-finalistas (con base en informaciones empíricas), es preciso encontrar los ajustes adecuados al procedimiento (y es en los discursos morales donde cabe decidir sobre la adecuación y honestidad de los procedimientos). No obstante, si, en vez de haber poca claridad en relación a las preferencias, realmente ocurre que ellas sean controvertidas, entonces cabe a los interesados, en discursos éticos, llegar a acuerdos mutuos sobre su forma de vida e identidad colectiva, para que ello garantice para sí mismos orientaciones comunes de valor. Si en vez de conflictos de interés carentes de ajustes hay conflictos de valor sin solución, las partes precisan abandonar el plano en que se encuentran para alcanzar posiciones únicas, bajo un punto de vista moral acerca de las reglas de convivencia; y aunque ese punto de vista moral sea más abstracto, se habrá supuesto en común y atenderá equitativamente los intereses de todos». Para Habermas, los discursos de justificación jurídico-normativa se refieren a la validez de las normas, y se desarrollan a partir de razones y formas de argumentación morales, éticas y pragmáticas. A su vez, los discursos de aplicación deben demostrar la adecuación apropiada de la norma al caso concreto, pero la tarea de adecuación no corresponde únicamente al juez, de forma monológica, presuponiendo una comprensión compartida con todos los ciudadanos. En este sentido, el discurso argumentativo propuesto por Habermas asume una dimensión dialógica, siendo imprescindible la adecuación de la norma a los casos específicos, a partir de lo compartido en los puntos de vista morales de los individuos, extraídos de la articulación entre norma y caso concreto. Por su parte, Robert Alexy, en una línea doctrinaria diversa, buscando garantizar la racionalidad de la argumentación y de los resultados de ella derivados, apunta diferencias estructurales entre reglas y principios, definiendo las reglas como mandatos definitivos y los principios como mandatos de optimización. Estos últimos serán aplicados de forma consonante con el contexto de hecho, conforme enuncia el autor: «ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y de hecho». La aplicación de los principios derivará de la necesidad de ponderación. Uno de los criterios diferenciales entre reglas y principios es el hecho de que la colisión entre dos principios no lleva a la exclusión del principio que demostró menor medida en el caso concreto. También en

que sea adecuado el uso del efecto vinculante y de los sumarios vinculantes de modo estricto y absoluto, que, entre los varios aspectos destacados, impone una «vía de mano única», conformando todo el sistema de constitucionalidad difuso con la imposición de las decisiones proferidas en el control concentrado.

Entendemos que el efecto vinculante constituye óbice a la argumentación jurídica, pues dificulta la interacción entre la aplicación de la norma y el análisis concreto del caso que definirá cual es la posibilidad más acertada en la decisión jurisdiccional.

En efecto, admitir que el efecto vinculante impone el entendimiento jurisprudencial del Supremo Tribunal Federal, dispensando el diálogo entre los controles de constitucionalidad concentrado y difuso, significa admitir que la actuación del control de constitucionalidad queda comprometida, por el alejamiento de la interacción entre aplicación de la norma y análisis del caso concreto, que identificará los conflictos reales que tuvieron que ser dirimidos. La ausencia de diálogo entre los controles de constitucionalidad concentrado y difuso representa la actuación autoritaria del Supremo Tribunal Federal atribuyendo ilegitimidad de la jurisdicción constitucional en el paradigma post-positivista.

López Guerra, reflexionando sobre los límites de la capacidad normativa del derecho escrito y considerando la posibilidad de varias soluciones justas derivadas de su aplicación, analizó el contenido de la vinculación innata a las decisiones que integran y aplican el Derecho. Resaltó que el principio de la generalidad del Derecho no puede ser satisfecho solo por la existencia de una ley general, sino que exige también la generalidad en su interpretación y en la forma de la aplicación de los jueces; es decir, este principio exige que los criterios inspiradores de la creación judicial del Derecho en el caso concreto se universalicen para todos los casos similares.⁶⁵

Robert Alexy subsiste de forma crucial la necesidad de verificación del caso concreto para el mandato de ponderación, que define como un subprincipio de la proporcionalidad. Concluimos por lo tanto que la definición del contenido esencial de los derechos fundamentales en las Constituciones principiológicas requiere el diálogo entre los intérpretes productores de la jurisprudencia, lo que resulta evidente que en el caso del Brasil se hace necesaria la democratización del diálogo judicial articulándose la concreción del contenido de los valores-principios entre el control concentrado y difuso de constitucionalidad. (Ver en HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: Contributions to a discourse theory of law and democracy*, Cambridge, Mass. MIT Press., 1996, págs. 197-200; HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*, Edições Loyola, São Paulo, 2002, págs. 217-221; 359. Y, ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pág. 86-90).

⁶⁵ LÓPEZ GUERRA, Luis. «La fuerza vinculante de la jurisprudencia», en *Actualidad jurídica Aranzadi*, Madrid, Año X, n.º 442, 2000, pág. 01.

Pero, ¿en qué consiste la fuerza vinculante de la jurisprudencia? Respondiendo a la pregunta, López Guerra indica tres hipótesis posibles. En un extremo, se encuentra una vinculación meramente intelectual, basada en la convicción o fuerza persuasiva de las decisiones del Tribunal Supremo; en el extremo opuesto, se presenta una vinculación formal rigurosa, similar al existente respecto de la ley; en una posición intermedia, se verifica una vinculación disuasoria, en el sentido de que no seguir la doctrina jurisprudencial puede acarrear la revocación de las sentencias contrarias. La primera hipótesis se demuestra insuficiente por no existir mecanismo de exigibilidad, manteniéndose en el plano estrictamente intelectual. La segunda hipótesis equipara la jurisprudencia a la fuerza vinculante de la ley, alejando la garantía de independencia del juez y resultando en el instituto penal de la prevaricación, debido al distanciamiento consciente del juez, vinculado a la jurisprudencia. La tercera hipótesis corresponde a la solución tradicionalmente seguida en los ordenamientos jurídicos actuales, situándose como un compromiso razonable entre los extremos opuestos.⁶⁶

Expusimos que las decisiones con suficiente fundamentación traerán la coherencia que posibilitará la adecuada uniformización jurisprudencial, presentando elementos concretos de averiguación. Esto no significa ignorar el carácter débil de la fuerza vinculante de la jurisprudencia, recogida en la primera hipótesis mencionada, pues no situamos la uniformización jurisprudencial en el plano intelectual. En verdad, se tiene por objetivo alejar la coacción y alcanzar el diálogo entre los sistemas de control de constitucionalidad concentrado y difuso para que el análisis del caso concreto demuestre los elementos de exigibilidad, como se destaca en la tercera hipótesis.

El control concentrado, al dictar orientación jurisprudencial al control difuso, suficientemente fundamentada en las relaciones jurídico-sociales, alcanzará una coherencia más adecuada para la uniformización jurisprudencial. Significaría el diálogo continuo, encerrando un círculo coincidente con el discurso argumentativo.

En contraposición a esta concepción, observamos que el Derecho brasileño contempla centenas de Reclamaciones contra decisiones emitidas por el Supremo Tribunal Federal en el control concentrado de constitucionalidad. En este aspecto, tememos que el ordenamiento jurídico brasileño siga en la práctica de conceder a la fuerza vinculante de la jurisprudencia la naturaleza de vinculación formal rigurosa. Creemos que la vinculación de la jurisprudencia, según los ordenamientos jurídicos actuales consiste en la posibilidad de exigibilidad, y no en la coacción de entendimiento por autoridad jerárquicamente superior. La diferencia es crucial, en la medida

⁶⁶ *Ibidem*, págs. 03-04.

en que la exigibilidad aparece de la necesidad de uniformización jurisprudencial a partir de decisiones fundamentadas en las relaciones de hecho, que comporten la posibilidad de volverse reglas de conducta; mientras que la coacción asume el contenido de un entendimiento autoritario que demuestra discrepancia con la realidad social.⁶⁷

Convivimos en Brasil con índices alarmantes de Reclamaciones que potencian la divergencia jurisprudencial entre el control concentrado y el difuso. Al final subsiste la imposición. A partir de este análisis, entendemos que están presentes los fundamentos de exigibilidad cuando hay solicitud de un comportamiento coherente con la realidad jurídico-social, demostrada delante de un consenso razonable de los destinatarios. En otra línea, situamos la coacción, que potencializa la opinión de un grupo dominante e impone el acatamiento de la decisión a todos los destinatarios. Hechas estas consideraciones, entendemos que en el control de constitucionalidad, en el cual se combinan los modelos difuso y concentrado, la uniformización de la jurisprudencia no debe fundamentarse en la imposición de decisiones de los tribunales constitucionales, sino al contrario, debe mostrarse conforme a la realidad concreta, que legitima su actuación, expresando un grado razonable de aceptabilidad.

La combinación adecuada entre los controles concentrado y difuso dependerá de la articulación entre ellos, que permitirá compartir de argumentos para la declaración de inconstitucionalidad, lo que representará mayor coherencia con las relaciones jurídico-sociales, susceptibles de legítima exigibilidad.⁶⁸

⁶⁷ ARRUDA, Paula. *Efeito vinculante: ilegitimidade da jurisdição constitucional. Estudo comparado com Portugal*, Editora Lúmen Júris, 2006, Ob. Cit., págs. 105-106.

⁶⁸ *Ibidem*, pág. 107.