

SiqueiraCastro*

**Iniciativa de preservação da
Constituição Federal e interesse
na cessação de violação**

Biblioteca RJ, 07/01/2021

SUMÁRIO

<p>Conceito de ofensa direta à Constituição para fins de cabimento de recurso extraordinário Hugo Filardi https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista44/Revista44_256.pdf</p>	Doc 1
<p>Recurso extraordinário. Violação indireta da Constituição. Ilegitimidade da alteração pontual e casuística da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal Luis Roberto Barroso https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/viewFile/21670/16010</p>	Doc 2
<p>Ofensa reflexa à Constituição e o redirecionamento dos recursos especial e extraordinário previsto nos arts. 1.032 e 1.033 do NCPC http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_boi_2006/RPro_n.255.16.PDF</p>	Doc 3
<p>Ofensa reflexa ao texto constitucional? https://jus.com.br/artigos/14273/ofensa-reflexa-ao-texto-constitucional</p>	Doc 4
<p>A força normativa da constituição (livro) Konrad Hesse https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5180732/mod_resource/content/1/A%20FOR%C3%87A%20NORMATIVA%20DA%20CONSTITUI%C3%87%C3%83O%20-%20KONRAD%20HESSE.pdf</p>	Doc 5
<p>A constituição aberta Siqueira Castro (ver páginas 74 e 99)</p>	Doc 6
<p>Não é cabível recurso extraordinário quando a ofensa à Constituição for reflexa https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1124954/nao-e-cabivel-recurso-extraordinario-quando-a-ofensa-a-constituicao-for-reflexa</p>	Doc 7

Conceito de Ofensa Direta à Constituição para Fins de Cabimento de Recurso Extraordinário*

Hugo Filardi

*Mestrando em Direito Processual Civil.
Advogado.*

1. INTRODUÇÃO

Desde o início de meu interesse pela ciência processual, sempre me chamou atenção a política de retenção e não conhecimento dos chamados recursos excepcionais no Juízo de admissibilidade através de apegos a formalismos muitas vezes desnecessários, e à utilização de súmulas sem a existência de qualquer atenção à realidade fática trazida no bojo dos autos. Será que os óbices colocados pelos Tribunais Superiores não seriam ilegítimos e violariam o princípio do acesso à ordem jurídica justa?

Na condição de garantidores da eficácia das normas jurídicas constitucionais e infraconstitucionais, o STF e o STJ se encontram

* O presente estudo analítico do posicionamento do Supremo Tribunal Federal no que tange à exigência de ofensa direta à Constituição para viabilidade do Recurso Extraordinário foi instigado pela aula ministrada pelo Professor Marcos Vinícius de Abreu Sampaio na disciplina coordenada pela Professora Teresa Arruda Alvim Wambier no curso de Mestrado em Direito Processual Civil na PUC/SP.

num verdadeiro dilema. Se por um lado devem atuar com órgãos aptos a darem solidez às normas jurídicas abstratas e se prestarem ao controle e padronização das decisões judiciais, por outro buscam incessantemente reduzir sua carga de julgamento de recursos em prol de uma prestação jurisdicional de relevância e pautada pela qualidade, tendo necessariamente que prestigiar um anacrônico sistema de freios recursais que em muitas hipóteses beira a negativa de jurisdição.

A tradicional e até certo ponto ultrapassada classificação dos recursos em ordinários e extraordinários, que leva em consideração o direito a ser tutelado - subjetivo ou objetivo - enseja uma distorcida avaliação de que tanto o Recurso Extraordinário quanto o Recurso Especial não devem ter como foco o jurisdicionado e sim a análise fria despida de sentimento¹. Na esteira desse raciocínio se manifestou com habitual precisão José Carlos Barbosa Moreira² ao afirmar, referindo-se ao Recurso Extraordinário, que “parece excessivo negar que sirva de instrumento à tutela de direitos subjetivos das partes ou de terceiros prejudicados”.

Muito embora o elemento de aferição preponderante nos Recursos Excepcionais seja a violação de direito objetivo, o direito subjetivo do jurisdicionado interessado jamais pode ser desconsiderado, até mesmo porque serve de substrato para a manifestação das normas jurídicas. Não analisar o direito subjetivo ao proferir julgamento em sede de Recursos Excepcionais é consagrar uma cabal violação ao acesso à ordem jurídica, além de disseminar entre os jurisdicionados a sensação de desproteção e descrença na legitimidade do Poder Judiciário para subsunção dos fatos ao campo normativo.

¹ Como bem asseverou Pablo Lucas Verdú “A vivência do Direito e seu conceito relacionam-se com outros conteúdos espirituais, presentes em cada homem e em cada povo, para formar um tipo cultural unitário; por isso, o sentimento jurídico é uma expressão fiel de todo sentimento vivo” *in O Sentimento Constitucional*, Editora Forense, 1ª Edição, 2004, Rio de Janeiro, páginas 57 e 58.

² Barbosa Moreira, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 8ª Edição, Editora Forense, v. V, Rio de Janeiro, páginas 566.

O escoreito conceito de ofensa direta à Constituição tem sido muito utilizado para justificar a impossibilidade de análise de mérito do Recurso Extraordinário, entendendo o Supremo Tribunal Federal que somente o confronto direto e frontal com o texto constitucional deve ser veiculado através desse Recurso.

Ocorre que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 adotou como modelo normativo preponderante o sistema de normas abertas, pretendendo que a premeditada indeterminação de conceitos venha a permitir que as normas constitucionais sejam re- vigoradas e modificadas, abarcando inclusive situações fáticas surgidas mesmo após sua edição. Teresa Arruda Alvim Wambier³ asseverou que “a interpretação dos conceitos vagos vem adquirindo cada vez mais importância no mundo contemporâneo porque o uso destes conceitos consiste numa técnica legislativa marcadamente afeiçãoada à realidade em que vivemos, que se caracteriza justamente pela instabilidade, pela imensa velocidade com que acontecem os fatos, com que se transmitem informações, se alteram ‘verdades’ sociais”.

Assim, o presente trabalho visa a questionar o posicionamento consolidado do STF de que somente uma afronta incisiva à Constituição viabiliza a via recursal extraordinária. Como as normas constitucionais abertas necessitam de contornos jurisprudenciais para pautar sua zona de abrangência, e por sua natureza não comportam um questionamento mais veemente, dada sua *vaguedad*, o sistema de controle difuso de constitucionalidade pelo STF mostra-se cada vez mais anacrônico e incompatível com os ideais de efetividade do processo e de acesso à justiça.

2. POSIÇÃO DO STF A SER ANALISADA

A situação de ofensa meramente reflexa ao texto constitucional, quando ocorrente, não basta, por si só, para viabilizar o acesso à via recursal extraordinária⁴. A consolidada posição do Supremo Tribunal Federal no sentido de que somente afrontas claras

³ Wambier, Teresa Arruda Alvim. *Controle das decisões judiciais por meio de Recursos de Es- trito Direito e de Ação Rescisória*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002, página 145.

⁴ STF - Ag. Reg. RE 493.769-7 - 2ª Turma - Ministro Celso de Mello - Julgamento de 31 de outubro de 2006.

e cabais dão ensejo ao manejo de Recurso Extraordinário colide com a técnica normativa de redação constitucional principiológica, já que impede que ocorra o preenchimento e adequação da norma aberta à realidade social vigente.

O Supremo Tribunal Federal, em sua precípua função de intérprete do sistema normativo, não pode semear uma posição em que se coloca como órgão omissor na atualização e no preenchimento adequado e em consonância com a realidade atual das normas vagas que necessitam de constante subsunção com elementos fáticos e sociais. Segundo Eduardo Couture⁵, “o fenômeno de interpretação não tende a revelar o pensamento do legislador, mas sim a extensão da eficácia atual da norma. O Direito prorroga, indefinidamente, a sua vigência no sentido do futuro”.

Como paradigma de nossa tese, utilizaremos recente decisão da lavra do Ministro Ricardo Lewandowski⁶ que sustentou que as cláusulas do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa por sua *vaguedad* não ensejariam controle por meio de Recurso Extraordinário em acórdão cuja ementa se transcreve:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. OFENSA REFLEXA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL. I - A jurisprudência da Corte é no sentido de que a alegada violação ao art. 5º, XXXV, LIV e LV, da Constituição, pode configurar, quando muito, situação de ofensa reflexa ao texto constitucional, por demandar a análise de legislação processual ordinária. II - Não há contrariedade ao art. 93, IX, da mesma Carta, quando o acórdão recorrido encontra-se suficientemente fundamentado. III - Inexistência de novos argumentos capazes de afastar as razões expendidas na decisão atacada. IV - Agravo regimental improvido.”

Tal decisão reflete um posicionamento há muito consolidado pelo STF, conforme podemos verificar através da série de ementas abaixo colacionadas:

⁵ Couture, Eduardo J. *Interpretação das Leis Processuais*. Editora Forense, Rio de Janeiro, 4ª Edição, 2001, página 11.

⁶ STF - Ag. Reg. RE 635590 - 1ª Turma - Julgamento de 29 de maio de 2007.

“CONSTITUCIONAL. MILITAR. PRAÇA DA POLÍCIA MILITAR: EXCLUSÃO, art. 125, § 4º. OFENSA À CONSTITUIÇÃO. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 279-STF. I. - A análise da questão em apreço demanda o reexame de matéria fático-probatória, o que, por si só, seria suficiente para impedir o processamento do recurso extraordinário (Súmula 279-STF). II. - Alegação de ofensa ao devido processo legal: CF, art. 5º, LV: se ofensa tivesse havido, seria ela indireta, reflexa, dado que a ofensa direta seria a normas processuais. E a ofensa a preceito constitucional que autoriza a admissão do recurso extraordinário é a ofensa direta, frontal. III. - O disposto no § 4º do art. 125, CF, nada tem que ver com as punições administrativas relativas às praças, da competência do órgão administrativo respectivo, na forma das leis e dos regulamentos. RE 199.800/SP, Plenário, Velloso, “DJ” de 04.5.2001. IV. - Agravo não provido.”⁷

“EMENTA: Trabalhista. Processual. Liquidação de sentença. Precatório. Correção monetária. Recurso de revista: inexistência de ofensa direta à CF. Regimental não provido.”⁸

“EMENTA: - Recurso extraordinário inadmitido. 2. Hipótese de matéria infraconstitucional e conseqüente viabilidade, tão-só, de ofensa indireta à Constituição. 3. Não há ver negativa de prestação jurisdicional apenas porque a decisão foi desfavorável ao recorrente, no julgamento do recurso. 4. Quanto à fundamentação, atenta-se contra o art. 93, IX, da Constituição, quando o decisum não é fundamentado; tal não sucede, se a fundamentação, existente, for mais ou menos completa. Mesmo se deficiente, não há ver, desde logo, ofensa direta ao art. 93, IX, da Lei Maior. 5. Agravo regimental desprovido.”⁹

⁷ STF - Ministro Relator Carlos Velloso - AI em AGR 549592/MG - 2ª Turma - Julgamento de 13.12.05.

⁸ STF - Ministro Relator Nelson Jobim - AI em AGR 409803/PA - 2ª Turma - Julgamento de 25.03.2003.

⁹ STF - Ministro Relator Néri da Silveira - AI em AGR 234867/SP - 2ª Turma - Julgamento de 08.06.99.

A nova ordem estabelecida pelo pós-positivismo preconiza a importância de normas constitucionais de natureza principiológica, devendo o sistema normativo pautar-se pela defesa irrestrita dos direitos fundamentais e dos princípios materiais de justiça. O elástico contorno das normas constitucionais abertas deve ser temperado pela interpretação judicial, que de acordo com o ambiente sociocultural da época, permitirá que o sistema jurídico seja mais protetivo ao jurisdicionado e não sirva como mais um componente de exclusão social.

Não há logicidade em fundar um sistema jurídico em normas principiológicas e não permitir que o jurisdicionado comum possa questionar seu âmbito de incidência de forma individual por meio de Recurso Extraordinário. Aliás, a própria Constituição não dispõe como hipótese de cabimento para Recurso Extraordinário ofensa direta, mas apenas contrariedade ao texto constitucional.

Não obstante o posicionamento sólido do STF, encontramos brilhante decisão da lavra do Ministro Marco Aurélio Mello¹⁰, que se coaduna com a linha de raciocínio que pretendemos defender neste trabalho:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO - DEVIDO PROCESSO LEGAL - VIABILIDADE. Caso a caso, o Supremo Tribunal Federal deve perquirir até que ponto o que decidido pela Corte de origem revela inobservância ao devido processo legal. Enfoque que se impõe no que o inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal remete, necessariamente, a normas estritamente legais. Cabimento do extraordinário em hipóteses em que, mesmo diante de embargos declaratórios, o órgão de cúpula do Judiciário Trabalhista deixou de examinar matéria de defesa. Não se coaduna com a missão precípua do Supremo Tribunal Federal, de guardião maior da Carta Política da República, alçar a dogma a assertiva segundo a qual a violência

¹⁰ STF - Ministro Relator Marco Aurélio Mello - RE 398407/RJ - 1ª Turma - Julgamento de 21.09.04.

à Lei Básica, suficiente a impulsionar o extraordinário, há de ser frontal e direta. Dois princípios dos mais caros nas sociedades democráticas, e por isso mesmo contemplados pela Carta de 1988, afastam esse enfoque, no que remetem, sempre, ao exame do caso concreto, considerada a legislação ordinária - os princípios da legalidade e do devido processo legal. EMBARGOS DECLARATÓRIOS - OMISSÃO. Uma vez constatado o silêncio sobre matéria de defesa, impõe-se o acolhimento dos declaratórios. Persistindo o órgão julgador no vício de procedimento, tem-se a transgressão ao devido processo legal no que encerra garantia assegurada, de forma abrangente, pela Carta da República - artigo 5º, inciso LV.”

3. JUÍZO DE VIABILIDADE E RECURSOS DE FUNDAMENTAÇÃO VINCULADA.

Considerando o Recurso necessariamente como um prolongamento do direito de ação e do direito à defesa e ao contraditório participativo, estabelecem-se diretas e objetivas correlações entre os requisitos legalmente impostos para a propositura de demandas e o Juízo de admissibilidade recursal. Como todo ato postulatório, o recurso está sujeito a uma dupla análise, uma no sentido de serem verificadas as condições para o exercício do direito recursal e outra para apreciação da questão de fundo, examinando a fundamentação que ensejou a utilização de um meio de impugnação de decisões judiciais¹¹.

Na esteira desse raciocínio, o Juízo de admissibilidade seria formado por questões preliminares à apreciação das razões de impugnação da decisão e teriam o condão de impedir o julgamento de mérito do recurso. Lembre-se que o Juízo positivo de admissibilidade em nada se correlaciona com o julgamento de fundo do recurso, servindo apenas para viabilizar sua análise mediante o preenchimento de alguns requisitos.

¹¹ Ver Barbosa Moreira, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 8ª Edição, Editora Forense, v. V, Rio de Janeiro, página 215.

Adotando a classificação proposta por Nelson Nery Júnior¹², destacamos como requisitos intrínsecos o cabimento, o interesse recursal e a legitimidade. Como requisitos extrínsecos podemos apontar a tempestividade, o preparo e a inexistência de fatos impeditivos¹³ ou extintivos do poder de recorrer.

Mesmo com todos os traços distintivos aduzidos entre Juízo de admissibilidade e Juízo de mérito, existem algumas situações de impossibilidade de empregar-se a dicotomia sugerida, tendo em vista a ocorrência de sobreposição entre esses dois juízos necessários para o julgamento dos recursos. Ressaltamos que existe uma forte tendência normativa em transformar o tradicional juízo de admissibilidade de um juízo de viabilidade recursal. Assim, mostra-se a crescente intenção do legislador de prestigiar a duração razoável do processo e impedir que recursos fadados ao insucesso tenham seu trâmite ordinário.

Apenas a título ilustrativo, faz-se conveniente mencionar que a redação dos artigos 557 e 518, § 1º, do Código de Processo Civil já demonstram que a sobreposição dos Juízos de admissibilidade e mérito tem se mostrado com freqüência como uma técnica aceita para prestação de tutela jurisdicional efetiva e dentro de um lapso temporal razoável. A inserção de matéria de fundo dentro de um juízo de admissibilidade tem o condão de abreviar o *iter* procedimental dos recursos, razão pela qual se mostra mais correto e adequado ao novo espírito da legislação processual vigente a identificação de um juízo de viabilidade prévio ao juízo de mérito.

A assunção do caráter de viabilidade do Juízo de admissibilidade fica mais patente com relação aos chamados recursos de fundamentação vinculada. Além da classificação já exposta dos

¹² Nery Júnior, Nelson. **Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos**. 5. ed., Sao Paulo: RT, 2000, página 240.

¹³ Barbosa Moreira discorda da classificação adotada por Nelson Nery Júnior apenas no que concerne ao enquadramento da inexistência de fatos impeditivos ou extintivos do poder de recorrer como requisito extrínseco. O enquadramento mais adequado, segundo Barbosa Moreira, seria inserir a inexistência de fatos impeditivos ou extintivos do poder de recorrer como requisito intrínseco. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. Editora Forense, Rio de Janeiro, 2000, página 118.

recursos em ordinários e extraordinários, podemos encartá-los em de fundamentação simples e de fundamentação vinculada.

Segundo Flávio Cheim Jorge¹⁴, “o recurso é de fundamentação vinculada quando a lei exige a presença de determinados tipos de vício ou defeitos na decisão, para que tenha cabimento. Assim, não basta a existência de uma determinada decisão, para que o recurso tenha cabimento. Exige-se algo mais, exatamente o vício ou o defeito específico. Para que tenha cabimento o Recurso Especial não é suficiente a existência de um acórdão. Imprescindível também é a presença da violação à Lei Federal. Da mesma forma ocorre com os embargos de declaração, onde se torna imprescindível a existência de omissão, obscuridade e contradição na decisão impugnada. Em nosso sistema, os recursos de fundamentação vinculada são o especial, o extraordinário e os embargos de declaração”.

Nos recursos de fundamentação vinculada, existe necessariamente uma predeterminação legal das matérias que podem ser manejadas, sendo certo que o seu cabimento está intimamente ligado a uma análise do mérito recursal. Logo, vê-se claramente que a dicotomia entre juízo de admissibilidade e de mérito fica extremamente inconsistente para o julgamento dos recursos de fundamentação vinculada.

Ultrapassando os dilemas criados pela ineficiente bipartição de juízos no âmbito dos recursos de fundamentação vinculada, sugerimos que seja adotado um juízo inicial de viabilidade recursal, em que seria verificada a existência de alegações concernentes às hipóteses legalmente impostas para cabimento do recurso e, em sendo constatada credibilidade das razões, posteriormente seja feita uma análise de fundo mais aprofundada da pretensão recursal.

Utilizaríamos um raciocínio análogo ao dos juízos de cognição para provimentos jurisdicionais de mérito, tornando o manejo desses recursos menos instáveis e inseguros aos jurisdicionados.

¹⁴ Cheim Jorge, Flávio. *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*. Editora Forense, Rio de Janeiro, 2003, página 20.

No juízo de viabilidade - termo mais abrangente que do admissibilidade - teríamos uma cognição de grau menor do que a exercida para o julgamento de fundo do recurso em um juízo já de mérito. Assim, a possibilidade demonstrada de violação a dispositivos constitucionais, infraconstitucionais e de omissão, contradição e obscuridade ensejaria necessariamente o conhecimento do recurso para uma posterior e mais aprofundada análise da questão controversa em sede de mérito.

No que concerne efetivamente ao Recurso Extraordinário, o juízo de admissibilidade já possui uma esfera de abrangência bem ampla, corroborando esse caráter de juízo de viabilidade recursal. Com o objetivo de desobstruir o STF, o juízo de admissibilidade realizado pelos Tribunais *a quo* já vem verificando a viabilidade de provimento de mérito do recurso, mesmo que de forma subliminar. A probabilidade de reforma e credibilidade da tese desenvolvida, matérias apuráveis no mérito recursal, estão sendo englobadas pelo juízo de admissibilidade.

A impossibilidade de Recurso Extraordinário ser manejado em casos de ofensa reflexa à Constituição da República é um dos exemplos mais emblemáticos da sobreposição dos juízos de admissibilidade e de mérito. Normalmente, os Recursos Extraordinários que questionam a aplicabilidade constitucional de determinados princípios não são conhecidos - muito embora a questão seja de fundo e não de forma - em função da falta de palpabilidade da norma.

Faz-se evidente que a dicotomia entre juízo de admissibilidade e de mérito mostra um descompasso com nosso sistema recursal atual, especialmente no que pertine aos recursos de fundamentação vinculada. Diante do fenômeno jurisprudencial tratado, certamente devemos consagrar os juízos de viabilidade e de mérito, distinguindo-os por graus de cognição vertical e por questões formais em contraposição às substanciais.

4. CONCEITO DE OFENSA DIRETA À CONSTITUIÇÃO. SISTEMA DE NORMAS CONSTITUCIONAIS ABERTAS

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 restabeleceu em nosso país a ordem jurídica e democrática, com

o objetivo de sempre salvaguardar os direitos fundamentais e a soberania popular, impedindo, através da compatibilização entre normas preceituais e principiológicas, a sensação de falta de proteção dos jurisdicionados ante as arbitrariedades estatais e desigualdades sociais. É evidente que o êxito da CRFB/88 é extremamente dependente da adesão emocional dos jurisdicionados às normas emanadas do poder constituinte.

Há de ser destacado que o alcance de legitimidade do Estado Constitucional perante os jurisdicionados está diretamente correlacionado com a eficácia das normas constitucionais e com a disseminação de políticas governamentais que favoreçam a atenuação das desigualdades sociais. A atuação estatal não mais deve ser pautada por atos de força, e sim por atos compreensíveis e previamente justificados.

Com o insucesso da Constituição de Weimar que, dada a abstração dos comandos constitucionais, possibilitou a ascensão de um dos mais totalitários regimes de governo - Estado Nazista - a técnica redacional das Assembléias Constituintes buscou cada vez mais se aproximar do sistema preceitual de normas. Com margem pequena para interpretação, o legislador buscou minar as arbitrariedades estatais, freando assim a utilização desvirtuada de normas constitucionais com vasto contorno de vagueza.

Contudo, as normas constitucionais necessitam sempre estar em compasso com a realidade fática da sociedade e atentas aos seus valores de momento. As normas de caráter principiológico são fundamentais para possibilitar que a Constituição seja encarada como um organismo vivo e dinâmico, sempre adequada aos anseios dos jurisdicionados. A mutação constitucional possibilitada pelo preenchimento jurisprudencial e doutrinário de normas constitucionais abertas permite que o ordenamento jurídico esteja sempre completo e atualizado.

Afinal de contas, como bem expressa Canotilho¹⁵, “o direito do estado de direito do século XIX e da primeira metade do século

¹⁵ Canotilho, J.J. Gomes. “A ‘principialização’ da jurisprudência através da Constituição”. *Revista de Processo* n.º 98, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004, página 84.

XX é o Direito das regras dos códigos; o Direito do estado constitucional democrático e de direito leva a sério os princípios, é um Direito de princípios”.

Para fins de cabimento de Recurso Extraordinário, considera-se necessária a presença de contrariedade a dispositivo constitucional. Não há qualquer menção normativa com relação à necessidade de essa ofensa constitucional ter obrigatoriamente que ser frontal e violar diretamente a Constituição da República. Apegos a formalismos excessivos, além da escancarada tentativa hercúlea de minorar os impactos do sistema litigioso incrementado pelo acesso à justiça e reduzir a apreciação de recursos pelo STF são as razões à que, *prima facie*, nos levam a compreender uma interpretação tão rigorosa para a admissibilidade dos Recursos Excepcionais.

Além do mais, nosso sistema normativo é pautado pela consagração de normas constitucionais abertas e de ordem principiológica, que devem ser constantemente atualizadas através de um processo de mutação constitucional para constante adequação à realidade social atual.

Em célebre obra sobre a Constituição aberta, Carlos Roberto Siqueira Castro¹⁶ asseverou que “nesse tipo de sistema, que é móvel, flexível e que se abre e se mantém sempre permeável para acolher novas configurações de vida, e no qual são possíveis tantas mutações na espécie do jogo concertado dos princípios, a função axial do jurista é a de traçar novas valorações, novas conexões de sentido e novas cadeias de regulação entre normas (preceptivas ou principiológicas, escritas ou não escritas). Num sistema jurídico marcado pela nota da abertura, a arte que se impõe ao profissional do direito é a de, mediante operações de pensamento, as mais variadas, encontrar, justificadamente, a solução ou a concatenação normativa mais adequada, mais consentânea com os mandamentos daquilo que a sensibilidade jurídica reconhece como pertencente à concepção de direito justo vigente em um determinado contexto histórico-social”.

¹⁶ Siqueira Castro, Carlos Roberto. *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais*. Editora Forense, Rio de Janeiro, 2003, páginas 50 e 51.

Portanto, mostra-se um incompreensível contra-senso impedir que o STF faça o controle de constitucionalidade difuso da norma constitucional aberta, dada a sua baixa palpabilidade e concretude. Justamente pela *vaguedad*, tais normas somente serão efetivas se houver um rígido controle da legalidade de seu preenchimento pela atividade jurisdicional. As normas abertas, quando aplicadas, tendem a conseguir maior aderência ao caso concreto, possibilitando um exercício mais real dos direitos fundamentais tutelados.

5. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE DIREITO PROCESSUAL

Os princípios são normas inaugurais do sistema jurídico que, por sua *vaguedad*, têm a difícil tarefa de torná-lo coerente e coeso, além de possibilitarem a constante atualização normativa sem que haja, necessariamente, uma reforma legislativa. Com muita precisão, Teresa Arruda Alvim Wambier¹⁷ analisa nosso sistema normativo como autopoietico: “Há normas que contêm conceitos “permeáveis” ou “porosos”, que se consubstanciam em “brechas” para que elementos de outros ambientes sejam juridicizados, passando a integrar o Direito (repertório de elementos que podem ser levados em conta na busca da solução normativa). Vê-se, aí, o Direito, sistema autopoietico que é fechado na sociedade, e não para a sociedade.”

Através dos princípios, o sistema normativo adquire vida e se aperfeiçoa, alimentando-se de sua própria aplicação. O Código de Processo Civil vigente em nosso país ingressou no ordenamento jurídico sob a Lei nº. 5.869 de 11 de janeiro de 1973, estando na esfera jurídica da Constituição de 1967 e de todos os totalitários atos institucionais editados àquela época. Nada mais compreensível do que a edição de um código eivado das diretrizes deste Estado opressor, supressor da liberdade dos indivíduos.

Em absoluta mudança de eixo, a Constituição de 1988 buscou abolir os desnecessários e imorais tratamentos desiguais anterior-

¹⁷ Wambier, Teresa Arruda Alvim. *Controle das decisões judiciais por meio de Recursos de Estrito Direito e de Ação Rescisória*. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2001, página 393.

mente empregados, ao adotar uma postura de proteção dos direitos fundamentais. A participação democrática na elaboração da Carta Magna foi preponderante para a amenização de um Estado opressor e no desenvolvimento de um Estado assistencialista.

Tema bastante explorado pelos civilistas é justamente a influência do Direito Constitucional na seara do Direito Civil, a saber, com a consolidação da função social da propriedade e da brutal ingerência nos direitos da personalidade. Tarefa até mais intrigante é transportar os novos conceitos e diretrizes instituídas pelo poder constituinte originário ao ramo processual.

O legislador constituinte, ao buscar atribuir efetividade às normas processuais, incluiu preceitos garantísticos no artigo 5º, destinado a assegurar os direitos fundamentais dos jurisdicionados. Podemos mencionar a inserção do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, do acesso à tutela jurisdicional e da isonomia como direitos preponderantes à vida em coletividade, restando evidentemente comprovada a necessidade de moldar o Código de Processo Civil às disposições constitucionais vigentes, sob o fenômeno da recepção.

Apenas com a adoção da constitucionalização do direito processual civil poderemos atingir o verdadeiro objeto do processo, que é a pacificação social. A tutela jurisdicional deve se pautar na cláusula *due process of law* e no pleno acesso à justiça, sob pena de completa incompatibilidade entre o Código de Processo Civil e a Constituição de 1988.

O processo não pode engessar a atividade democrática dos jurisdicionados, mas sim trazer à tona todas as pertinentes assertivas para a pacificação social. Muito se fala no direito de ação como prerrogativa cívica dos jurisdicionados, mas a pacificação social e a aplicação da vontade da lei ao caso concreto somente ocorrerão quando pusermos à disposição de todos a prestação de tutela jurisdicional participativa, em que haja influência nos provimentos, com a inexistência de óbices desnecessários. Surgiram então os ideais de declaração dos direitos com eficácia concreta, o respeito irrestrito à dignidade humana, além da democracia participativa como forma de controle e de transparência da atividade estatal.

Afinal, como brilhantemente observou Leonardo Greco¹⁸, “no Estado Democrático Contemporâneo, a eficácia concreta dos direitos constitucional e legalmente assegurados depende da garantia da tutela jurisdicional efetiva, porque sem ela o titular do direito não dispõe da proteção necessária do Estado ao seu pleno gozo. A tutela jurisdicional efetiva é, portanto, não apenas uma garantia, mas, ela própria, também um direito fundamental, cuja eficácia irrestrita é preciso assegurar, em respeito à própria dignidade humana. O Direito Processual procura disciplinar o exercício da jurisdição através de princípios e regras que confirmam ao processo a mais ampla efetividade, ou seja, o maior alcance prático e o menor custo possíveis na proteção concreta dos direitos dos cidadãos.”

Evidentemente que os princípios, quando não aplicados de forma correta, ensejam violação à Constituição da República, devendo essa contrariedade admitir o uso do Recurso Extraordinário, não se fazendo necessário que a afronta constitucional seja direta.

5.1. Inafastabilidade da Tutela Jurisdicional

A concepção de jurisdição como aplicação do texto legal ao caso concreto deve ser encarada sempre sob o prisma da efetivação dos direitos e garantias individuais, permitindo que os jurisdicionados possam desenvolver plenamente suas atividades sem a propagação de atos autoritários e incongruentes com os valores inaugurais de direito natural e com a ordem legal instituída. Modernamente, o direito processual tem como primado a efetividade da tutela dos direitos assegurados, adotando a vertente de instrumentalidade do processo para persecução do direito material deduzido.

Assim, com a inserção do substantive *due process of law* na Constituição da República Federativa do Brasil, o direito processual passou a privilegiar os resultados efetivos e a considerar

¹⁸ Greco, Leonardo. “Garantias Fundamentais do Processo: o processo justo *in Juris Poiesis*”, Revista da Universidade Estácio de Sá, n.º. 06, ano 07, Rio de Janeiro, 2004, páginas 3 e 4.

os demandantes como verdadeiros consumidores do serviço jurisdicional prestado pelo Estado¹⁹. A ciência e as formalidades desmotivadas foram substituídas pela instrumentalidade e busca da eficiência na prestação jurisdicional.

Não podemos mais conceber que o processo ainda conserve resquícios de autoritarismo, já que estamos sob a égide do Estado Democrático de Direito, e a democracia participativa deve quebrar as amarras do conservadorismo no emprego da relação processual. Dado o dinamismo das atividades humanas, o processo tem obrigatoriamente que acompanhar as relações de direito material, não mais sendo triangular, e sim um conjunto de relações jurídicas complexas.

A reflexão dos anseios sociais na verdadeira eclosão legislativa ocorrida a partir do início da abertura do regime ditatorial, e que teve como apogeu a Constituição de 1988, foi retratada por Paulo Cezar Pinheiro Carneiro²⁰, ao afirmar que esta foi erigida “amplamente influenciada em diversas de suas partes pelos movimentos sociais e com as metas que se desenhavam na legislação ordinária antes referidos, consagrando e alargando o âmbito dos direitos fundamentais, individuais e sociais, prevendo a criação de mecanismos adequados para garanti-los, especialmente no que se refere ao acesso à justiça.”

Os profundos direitos fundamentais instituídos em nada valeriam se o ordenamento processual não evoluísse disponibilizando aos jurisdicionados um meio justo, seguro e democrático de obtenção da abstração legal ao caso concreto, transportando-se a norma jurídica para o plano de efetividade prática para os jurisdicionados.

Com toda certeza e sem qualquer medo de parecer pretensioso, constatamos que a exigência de que haja ofensa direta à Constituição para interposição de Recurso Extraordinário denota uma cabal afronta ao princípio da inafastabilidade da tutela juris-

¹⁹ Dinamarco, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, Tomo II, 4a Edição, Malheiros Editores, São Paulo, página 729.

²⁰ Pinheiro Carneiro, Paulo Cezar. *Acesso à justiça. Juizados Especiais e Ação Civil Pública*. Editora Forense, 2a Edição, 2000, página 48.

dicional. Se existe uma técnica normativa que confere ao Judiciário a adequação imantada da norma ao caso concreto, a atividade jurisdicional não pode se furtar a essa incumbência.

5.2. Motivação das decisões judiciais

Princípio geral de Direito Processual, a motivação das decisões judiciais está consagrada na Constituição da República, art. 93, inciso IX. A fundamentação das decisões judiciais é impingida por nosso arcabouço jurídico tendo por escopo salvaguardar o interesse das partes, além de contribuir sobremaneira para satisfação do interesse público.

Encarando-se cada atividade estatal como uma pequena contribuição para a efetividade do Estado Democrático de Direito, a motivação das decisões judiciais deve ser concebida como elemento integrador da função jurisdicional aos jurisdicionados. Num contexto de democracia processual e do *due process of law* devemos assegurar a todos os jurisdicionados a possibilidade de influir eficazmente em todas as decisões que possam acarretar-lhes invasão em suas esferas de interesses.

A participação democrática no processo de todos os jurisdicionados interessados no deslinde da demanda é completamente preponderante na aplicação de um processo justo, capaz de propiciar a segurança dos direitos fundamentais do homem. A motivação age como instrumento de controle das decisões judiciais, e concede aos jurisdicionados a possibilidade do exercício do democrático direito de manifestação. Convém destacar que a exaustiva fundamentação dos provimentos jurisdicionais traz solidez aos julgados, visto que todos os interessados podem expor suas opiniões, e assim os magistrados adquirem legitimidade para revelar o direito.

Como a Constituição da República Federativa do Brasil é fundada justamente no nexo entre soberania popular e direitos humanos, não mais devemos assistir inertes à prolação de decisões que por sua frágil fundamentação, não podem ser questionadas. O Juiz Deus morreu, deixando aberto o espaço para o aparecimento do Juiz cidadão, sempre atento aos reais anseios populares e consciente de sua responsabilidade social.

Especialmente com a propagação da idéia de república contestadora e não consensual conseguiremos dar eficácia às normas constitucionais abertas asseguradoras de direito fundamentais, apaziguando as claras e enormes desigualdades em nossa sociedade. Mas para que haja este engajamento, é preciso que compreendamos os atos estatais, nos propiciando oportunidade de eficazmente contestá-los. Os atos do Estado não devem se impor pela força, mas pelo convencimento e por sua congruência com o ordenamento jurídico vigente. O Poder Judiciário se legitima quando a sua decisão convence a sociedade, sendo certo, que para que isso ocorra, os interessados devem tomar pleno conhecimento dos seus fundamentos.

A ética habermasiana deliberativa²¹, que preconiza o diálogo humano como única forma de pacificação social, valendo-se da teoria do melhor argumento, deve ser amplamente aplicada no desenrolar das relações processuais, com vistas à obtenção de legitimidade dos provimentos jurisdicionais. Adotando a concepção de nexos internos entre soberania popular, direitos humanos e intersubjetivismo das relações sociais, o processo tende a se humanizar e servir como instrumento respeitado, e não meramente imposto, para a aplicação da vontade legal ao caso concreto.

Definitivamente, uma decisão que não admite Recurso Extraordinário por inexistência de violação direta à Constituição carece de qualquer tipo de motivação aceitável dentro do Estado Democrático de Direito. Mostra-se essa justificativa completamente fora do sistema e desprovida de legitimidade, causando insegurança aos jurisdicionados.

6. ANACRONISMO DO SISTEMA RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE DE ESTABELECIMENTO PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES DE PARÂMETROS PARA PREENCHIMENTO DA VAGUEZA NORMATIVA

A indeterminação de uma conceituação normativa costuma, com freqüência, ser apontada como uma incorreção legal. Contu-

²¹ Habermas, Jürgen. “Sobre a legitimação sobre os direitos humanos” in *Direito e Legitimidade*, obra organizada por Jean Christophe Merl e Luiz Moreira, São Paulo, Landy Livraria Editora, 2003, páginas 74-81.

do, certamente se atinge maior perfeição e aderência com normas abertas do que com normas puramente preceituais, já que essas não são atualizáveis com o tempo.

Com a habitual maestria Teresa Arruda Alvim Wambier²², abordando a esquizofrênica e anacrônica exigência de que somente uma ofensa direta seria apta a ensejar o manejo de Recurso Extraordinário, afirmou: “Dizemos *na maioria das vezes* porque há casos em que o excesso de regras em torno da admissibilidade desses recursos leva a *contra-sensos*. Exemplo disso é a regra no sentido de que ao STF só cabe conhecer de “ofensa direta” à Constituição Federal. Isto significa dizer que, se para demonstrar que houve ofensa à Constituição Federal, a argumentação do recorrente tem necessariamente de passar pela lei ordinária (em que, v.g., se repete o princípio constante da Constituição Federal) é porque se estaria diante de ofensa indireta à Constituição Federal, que, por isso, não deveria ser examinada pela via do recurso extraordinário. Esta regra, em nosso entender, leva a um paradoxo: a Constituição Federal consagra certo princípio e se, pela sua relevância, a lei ordinária o repete, POR ISSO, o tribunal, cuja função é a de zelar pelo respeito a Constituição Federal, abdica de examinar a questão.”


Definitivamente, a interpretação ampliativa da norma de cabimento do Recurso Extraordinário para restringir suas hipóteses de incidência acarreta um sistema recursal anacrônico, que não permite que as normas constitucionais abertas sejam validadas em seu substrato fático de utilização efetiva e que não merece prosperar. Há de ser ressaltado que a incongruência sistêmica entre a Constituição aberta e a possibilidade de o jurisdicionado ter a sua pretensão de proteção através de princípios apreciada pelo STF torna a atividade desse órgão menos legítima e menos participativa na construção de um Estado verdadeiramente constitucional.

O Direito não deve ser justificado apenas pela técnica jurídica, mas pela disseminação do ideal do justo e de proteção dos mais frágeis em regime de equiparação social interna no Estado.

²² Wambier, Teresa Arruda Alvim. *Controle das decisões judiciais por meio de Recursos de Estrito Direito e de Ação Rescisória*. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2001, página 169.

A legitimidade do exercício da tutela jurisdicional deve ser o objetivo primordial do Poder Judiciário, buscando assim alicerçar o regime democrático.

Logo, o presente trabalho tem a pretensão de contribuir para que o Supremo Tribunal Federal possa corroborar com a formação de um sistema jurídico autopoietico e afinado com a realidade social vigente. A função do Supremo Tribunal Federal é zelar pela efetividade máxima das normas constitucionais, e não relegá-las ao campo da retórica, dissociado de qualquer relevância prática.

O instituto da Repercussão Geral (instrumento de freio de Recurso Extraordinário) poderia ser utilizado para viabilizar o conhecimento de determinadas questões constitucionais que não configurem uma afronta direta, possibilitando uma mais eficiente modulação do âmbito de incidência e aplicabilidade dessas normas principiológicas. 

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO. VIOLAÇÃO INDIRETA DA CONSTITUIÇÃO.
ILEGITIMIDADE DA ALTERAÇÃO PONTUAL E CASUÍSTICA DA JURISPRUDÊNCIA
DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

LUÍS ROBERTO BARROSO

Professor Titular de Direito Constitucional na Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Doutor e Livre-Docente pela UERJ. Mestre pela Yale Law School. Advogado. O presente estudo foi elaborado com a colaboração de Ana Paula de Barcellos, Professora Adjunta de Direito Constitucional da UERJ, universidade pela qual é Mestre e Doutora em Direito Público.

SUMÁRIO: Introdução. Parte I. Premissas teóricas. I. Segurança jurídica e prestação jurisdicional. II. Princípio da igualdade e a atuação do poder judiciário. Parte II. Aplicação da teoria ao objeto do estudo. III. Breve resumo da hipótese: as teses suscitadas no recurso extraordinário e a violação reflexa à Constituição IV. Da jurisprudência consolidada do STF sobre as teses: incompatibilidade entre a decisão examinada e a posição pacífica da Corte. Violação aos princípios da segurança jurídica e da igualdade. V. Conclusões.

INTRODUÇÃO

Trata-se de estudo acerca da vinculação do Poder Judiciário, ao prestar jurisdição, aos princípios constitucionais da segurança jurídica e da igualdade. De forma específica, questiona-se a compatibilidade com tais princípios do acórdão proferido pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal no Agravo Regimental interposto no Agravo de Instrumento nº 395.662-1/RS, tendo em conta a jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal acerca dos requisitos necessários para o cabimento do recurso extraordinário.

O acórdão em questão deu provimento a agravo regimental, interposto contra decisão do Ministro Relator originário do feito, Ministro Carlos Velloso, para o fim de não apenas dar provimento ao agravo de instrumento e admitir o recurso extraordinário, como também para dar provimento ao próprio recurso extraordinário. Antes de examinar a hipótese objeto deste estudo, é necessário investigar o conteúdo dos princípios constitucionais referidos acima e seu modo de incidência sobre a atividade jurisdicional. O tema será examinado de acordo com o roteiro exposto inicialmente.

PREMISSAS TEÓRICAS

I. Segurança jurídica e prestação jurisdicional

O conhecimento convencional, de longa data, situa a segurança – e, no seu âmbito, a *segurança jurídica* – como um dos fundamentos do Estado e do Direito, ao lado da justiça e, mais recentemente, do bem-estar social. As teorias democráticas acerca da origem e justificação do Estado, de base contratualista, assentam-se sobre uma cláusula comutativa: recebe-se em segurança aquilo que se concede em liberdade. No seu desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial, a expressão segurança jurídica passou a designar um conjunto abrangente de idéias e conteúdos, que incluem:

1. a existência de instituições estatais dotadas de poder e garantias, assim como sujeitas ao princípio da legalidade;

2. a confiança nos atos do Poder Público, que se deverão reger pela boa-fé e pela razoabilidade;

3. a estabilidade das relações jurídicas, manifestada na durabilidade das normas, na anterioridade das leis em relação aos fatos sobre os quais incidem e na conservação de direitos em face da lei nova;

4. a previsibilidade dos comportamentos, tanto os que devem ser seguidos como os que devem ser suportados;

5. a igualdade na lei e perante a lei, inclusive com soluções isonômicas para situações idênticas ou próximas.

Consagrada no art. 2º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, como um *direito natural e imprescritível*, a segurança jurídica encontra-se também positivada como um direito individual na Constituição brasileira de 1988, ao lado dos direitos à vida, à liberdade, à igualdade e à propriedade, na dicção expressa do *caput* do art. 5º. Diversas outras disposições constitucionais têm-na como princípio subjacente, a exemplo da proteção ao direito adquirido, à coisa julgada e ao ato jurídico perfeito (CF, art. 5º, XXXVI) e do princípio da anterioridade da lei tributária (CF, art. 150, III), dentre outros.

Na dinâmica das relações entre o Poder Público e os particulares, o princípio da segurança jurídica se liga ao dever de boa-fé implícito no texto constitucional, no sentido de impor às

autoridades estatais uma conduta coerente e lógica, em respeito às legítimas expectativas dos administrados, criadas em decorrência da observação, por estes, dos padrões de comportamento do próprio Poder Público. Cabe ao Estado zelar pela manutenção de um ambiente de previsibilidade e segurança em suas relações com os particulares, excepcionando motivadamente as situações que exijam tratamento específico diferenciado.

Com efeito, o dever das autoridades públicas de agir com boa-fé e de forma previsível decorre logicamente de um dos pressupostos essenciais do Estado democrático de direito¹. Isso porque a relação existente entre o Poder Público e o particular não opõe propriamente duas partes privadas, cada qual defendendo seu interesse – embora também entre partes privadas haja o dever recíproco de boa-fé, como a doutrina civilista moderna tem sublinhado com especial ênfase². Na verdade, o Estado deriva sua autoridade do conjunto de administrados, agindo em nome e por conta da totalidade da população e não por direito próprio, não se concebendo que ele possa ferir as expectativas legítimas que cria em seus próprios constituintes.

Os atos praticados a cada dia pelo Poder Público, e entre estes os atos jurisdicionais, além dos efeitos específicos que se destinam a produzir, formam o que é percebido como o padrão de conduta das autoridades estatais. Procurando adequar-se a esse padrão, os particulares praticam atos que repercutem sobre suas esferas de direitos e obrigações, fiados na legítima expectativa de que o Estado se comportará, no presente e no futuro, de forma coerente com sua postura no passado. Note-se, portanto, que o dever de boa-fé é um limite jurídico à ação discricionária do poder estatal, que não pode simplesmente adotar qualquer comportamento, encontrando-se vinculado a agir de maneira uniforme diante de situações idênticas, não surpreendendo o particular injustificadamente, em desrespeito à segurança jurídica.

O tema é amplamente explorado pelos administrativistas, como se pode verificar dos registros doutrinários de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Celso Antônio Bandeira de Mello e do professor francês Michel D. Stassinopoulos, respectivamente:

“A segurança jurídica tem muita relação com a idéia de respeito à boa-fé. Se a Administração adotou determinada interpretação como a correta e a aplicou a casos concretos, não pode depois vir a anular atos anteriores, sob o pretexto de que os mesmos foram praticados com base em errônea interpretação. (...) Se a lei deve respeitar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, por respeito ao princípio da segurança jurídica, não é admissível que o administrado tenha seus direitos flutuando ao sabor de interpretações jurídicas variáveis no tempo”³. (grifos acrescentados)

“Cumpre, no Estado de Direito, que os administrados estejam, de antemão, assegurados de que o proceder administrativo não lhes causará surpresas. E não as causará tanto porque outros fins, que não os estabelecidos em lei, estão vedados ao administrador, quanto porque estes mesmos fins só

¹ CF: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...)”

² Vejam-se, dentre outros, Teresa Negreiros, *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*, 1998; e Judith Martins-Costa, *A boa-fé no direito privado*, 1999.

³ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito administrativo*, 2000, p. 85.

podem ser alcançados pelas vias previstas na regra de direito como as adequadas ao caso”⁴. (grifos acrescentados)

“Si l’authorité administrative a exercé son pouvoir discrétionnaire non pas simultanément, mais successivement dans plusieurs cas, est-elle obligée de procéder toujours de la même façon? La notion de ‘bonne administration’ impose la réponse affirmative;”⁵

Em diversas ocasiões, a jurisprudência tem invalidado atos dos demais Poderes, em especial da Administração, por considerar que eles teriam violado deveres indispensáveis à segurança jurídica:

“PROCESSO - ORGANICIDADE E DINÂMICA. Defeso é voltar-se, sem autorização normativa, a fase ultrapassada. A época de liquidação de precatório não enseja rediscussão do título executivo judicial. Óptica diversa implica olvidar a organicidade e a dinâmica do Direito, alçando o Estado a posição que não o dignifica. Paga-se um preço por viver-se em um Estado Democrático de Direito e nele encontra-se a estabilidade das relações jurídicas, a segurança jurídica, ensejadas pela preclusão”⁶. (grifos acrescentados)

“Contemplando a lei nova a preservação do direito não só daqueles que, à época, já eram beneficiários como também o daqueles empregados admitidos na respectiva vigência, forçoso é entender-se pela homenagem à almejada segurança jurídica, afastada a surpresa decorrente da modificação dos parâmetros da relação mantida, no que julgada procedente o pedido formulado na ação”⁷. (grifos acrescentados)

“Os parâmetros alusivos ao concurso hão de estar previstos no edital. Descabe agasalhar ato da Administração Pública que, após o esgotamento das fases inicialmente estabelecidas, com aprovação nas provas, implica criação de novas exigências. A segurança jurídica, especialmente a ligada à relação cidadão-Estado rechaça a modificação pretendida”⁸. (grifos acrescentados)

“Não pode o Estado, após vincular-se ao entendimento de que aceita como boa tradução do idioma sueco para a língua inglesa, elaborada por tradutor juramentado no estrangeiro, recusar versão daquele idioma para nosso vernáculo, feita por pessoa juramentada em idênticas condições”⁹.

A mesma espécie de exigência relacionada à segurança e previsibilidade, por idênticas razões, aplica-se aos atos de natureza jurisdicional. Também a atividade jurisdicional – e sobretudo ela, em um Estado de direito – deve se orientar pelo princípio da segurança jurídica. Do ponto de vista prático, isso significa que as decisões do Poder Judiciário devem ser razoavelmente previsíveis, de modo que diferentes jurisdicionados em situações equivalentes recebam a mesma

⁴ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Discricionariedade e controle jurisdicional*, 1992, p. 60.

⁵ Michel D. Stassinopoulos, *Traité des acts administratifs*. 1954, pp. 213-4. Em tradução livre para o vernáculo: “Se a autoridade administrativa tiver exercido seu poder discricionário não simultaneamente, mas sucessivamente em diversos casos, está ela obrigada a proceder sempre do mesmo modo? A noção de ‘boa administração’ impõe a resposta afirmativa; (...)”.

⁶ STF, DJ 01.12.00, p. 74, AgRg no AI 249.470-BA, Rel. Min. Marco Aurélio.

⁷ STF, DJ 12.06.98, p. 65, RE 168.046-SP, Rel. Min. Marco Aurélio.

⁸ STF, DJ 10.08.95, p. 23.556, AgRg no RE 118.927-RJ, Rel. Min. Marco Aurélio.

⁹ STJ, DJ 09.03.98, MS 5.281-DF, Rel. Min. Demócrito Reinaldo.

espécie de resposta judicial¹⁰, em especial quando se trate do mesmo órgão jurisdicional e não se cuide de hipótese original, já contando o tema com farta e pacífica jurisprudência¹¹.

Notem-se ainda dois aspectos importantes. A segurança jurídica está relacionada com a necessidade de respostas coerentes para hipóteses semelhantes ou equivalentes. Por natural, se o órgão jurisdicional considera que o caso que lhe cabe decidir é diverso daqueles que deram origem a determinado entendimento jurisprudencial, ele estará livre para decidir como entender melhor, cabendo-lhe, no entanto, o ônus de demonstrar essa diversidade¹². O ponto será retomado adiante.

Em segundo lugar, nenhum órgão jurisdicional está impedido de rever sua própria jurisprudência e modificá-la, uma vez que considere que o entendimento antigo deve ser substituído por outro. As exigências da segurança jurídica, evidentemente, não têm o condão de cristalizar a jurisprudência e impedir o avanço social também no âmbito da prestação jurisdicional¹³. Essa modificação, porém, estabelecerá um novo paradigma a partir do qual as expectativas dos jurisdicionados serão construídas. Ou seja, o órgão jurisdicional sempre poderá modificar o seu entendimento acerca de determinada matéria, mas o princípio da segurança jurídica continua a incidir: a partir desse momento, os casos novos equivalentes deverão receber a mesma solução.

Além do princípio da segurança jurídica, a atividade jurisdicional, assim como toda a atuação do Estado, vincula-se igualmente ao princípio da igualdade ou da isonomia. O próximo tópico cuida de delinear de forma mais precisa o sentido desse segundo princípio.

II. Princípio da igualdade e a atuação do Poder Judiciário

¹⁰ V. Robert Alexy, *Teoria da argumentação jurídica*, 2001, pp. 186-7 e 197: “As regras que definem o discurso prático racional são de diferentes tipos. (...) A validade do primeiro grupo de regras é uma condição prévia da possibilidade de toda comunicação lingüística que dá origem a qualquer questão sobre a verdade ou a correção: (1.1) Nenhum orador pode se contradizer. (1.2) Todo orador apenas pode afirmar aquilo em que crê. (1.3) Todo orador que aplique um predicado F a um objeto tem de estar preparado para aplicar F a todo outro objeto que seja semelhante a *a* em todos os aspectos importantes. (1.4) Diferentes oradores podem não usar a mesma expressão com diferentes significados. (...) Quem fizer uma afirmação normativa que pressuponha uma regra com certas conseqüências para a satisfação dos interesses de outras pessoas deve ser capaz de aceitar essas conseqüências, mesmo na situações hipotética em que esteja na situação dessas pessoas”. (negrito acrescentado).

¹¹ O tema já objeto de apreciação por parte do Superior Tribunal de Justiça, valendo transcrever trechos de algumas dessas decisões, *in verbis*: “O Poder Judiciário deve ao jurisdicionado, em casos idênticos, uma resposta firme, certa e homogênea. Atinge-se, com isso, valores tutelados na ordem político-constitucional e jurídico material, com a correta prestação jurisdicional, como meio de certeza e segurança para a sociedade”. (STJ, DJ 27.03.00, p. 127, REsp 227.940-AL, Rel. Min. Jorge Scartezini); e “O escopo primordial do princípio da segurança jurídica é de que todos tenham certeza que o direito será aplicado uniforme e isonomicamente, ante situações semelhantes”. (STJ, DJ 02.04.01, p. 264, AI 304.282-SP, Rel. Min. Francisco Falcão).

¹² Aleksander Peczenik, *The basis of legal justification*, 1983, p. 63: “Whenever one reinterprets or ranks norms which are prima facie colliding with each other, one should do so in a manner which one can repeatedly use when confronted with similar collisions between other norms. One requires especially strong reasons to justify a reinterpretation or a priority order applied ad hoc, that is, only in the case under consideration”. (grifos no original). (Tradução livre: Toda e qualquer reinterpretação ou hierarquização de normas à primeira vista conflitantes deve ser feita sempre de modo que possa ser repetida no caso de choques similares entre outras normas. É preciso haver razões especialmente fortes para justificar uma reinterpretação ou uma priorização *ad hoc*, restrita à hipótese considerada.)

¹³ V. sobre a interpretação evolutiva, Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2003, p. 137 e ss..

O princípio da isonomia (ou igualdade) consta expressamente do *caput* do art. 5º da Constituição Federal, onde se registra que “todos são iguais perante a lei”. Na formulação clássica do princípio da igualdade, os iguais deverão ser tratados igualmente e os desiguais, desigualmente, na medida de sua desigualdade. O que a isonomia veda, portanto, são as desequiparações que não tenham um *fundamento* racional e razoável e que não se destinem a promover um *fim* constitucionalmente legítimo. Veda-se o arbítrio, o capricho, o aleatório, o desvio. O princípio da isonomia forma uma imperativa parceria com o princípio da razoabilidade¹⁴. A razoabilidade é o parâmetro pelo qual se vai aferir se o fundamento da diferenciação levada a cabo por qualquer agente público é aceitável e se o fim por ela visado é legítimo¹⁵.

Não há necessidade de descrever aqui toda a variedade de testes concebidos pela doutrina nacional¹⁶ (merecendo nota especial a monografia de Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁷) e estrangeira¹⁸ com o objetivo de verificar o respeito ao princípio da isonomia por parte dos atos do Poder Público. Para os fins deste estudo, basta reproduzir o conhecimento convencional pelo qual costuma-se afirmar que a isonomia opera em duas vertentes principais: a igualdade *na lei* – ordem dirigida ao legislador – e *perante a lei* – ordem dirigida ao aplicador da lei, seja o administrador, seja o juiz. De forma simples, a igualdade *perante a lei* significa que a norma jurídica deverá ser interpretada e aplicada aos indivíduos de forma isonômica, isto é, sem discriminações injustificáveis do ponto de vista jurídico. A noção geral de igualdade perante a lei não enseja maior debate, como se vê do registro feito pela própria jurisprudência do Supremo Tribunal:

“Esse princípio (o da isonomia) – cuja observância vincula, incondicionalmente, todas as manifestações do Poder Público – deve ser considerado, em sua precípua função de obstar discriminações e de extinguir privilégios (RDA, 55/114), sob duplo aspecto: a) o da igualdade na lei; b) o da igualdade perante a lei. A igualdade na lei – que opera uma fase de generalidade puramente abstrata – constitui exigência destinada ao legislador que, no processo de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. A igualdade perante a lei, contudo, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos

¹⁴ A razoabilidade é compreendida aqui em sentido amplo, como gênero do qual a proporcionalidade é uma espécie. Para uma discussão mais profunda sobre as distinções entre os dois conceitos, v. Luís Virgílio Afonso da Silva, O proporcional e o razoável, *RT*, 198:23, 2002; Humberto Ávila, A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade, *RDA*, 215:151, 1999; e Humberto Ávila, *Teoria dos princípios*, 2003, p. 104 e ss..

¹⁵ Sobre o tema, vejam-se, dentre muitos outros: San Tiago Dantas, “Igualdade perante a lei e due process of law”. In: *Problemas de direito público*, 1953; M. Seabra Fagundes, O princípio constitucional da igualdade perante a lei e o Poder Legislativo, *RT* 285:03; Celso Antônio Bandeira de Mello, *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, 1993; Luís Roberto Barroso, “A igualdade perante a lei”. In: *Temas atuais do direito brasileiro*, 1987 e *Interpretação e aplicação da Constituição*, 1999, p. 230 e ss..

¹⁶ Vejam-se, em meio a outros, San Tiago Dantas, “Igualdade perante a lei e due process of law” In: *Problemas de Direito Positivo: Estudos e Pareceres*, 1953, p. 37 e ss.; Carlos Roberto de Siqueira Castro, *O princípio da isonomia e a igualdade da mulher no direito constitucional*, 1983; Luís Roberto Barroso, “Razoabilidade e isonomia no direito brasileiro”. In: *Temas de direito constitucional*, t. I, 2001; e Mônica de Melo, O princípio da igualdade à luz das ações afirmativas: o enfoque da discriminação positiva, *RT-CDCCP*, 25:90, 1988.

¹⁷ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, 1993.

¹⁸ A construção do sentido da cláusula constitucional *equality under the law* é um dos mais recorrentes temas do direito constitucional norte-americano. Vejam-se, por todos, Laurence Tribe, *American constitutional law*, 1988, e Nowak, Rotunda & Young, *Constitutional law*, 1986. Entre os autores portugueses, v. J. J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional*, 1997, p. 1160 e ss..

demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório”¹⁹.

A igualdade *perante a lei*, assim como a igualdade *na lei*, não significam, porém, igualitarismo. Observar a igualdade não impõe ao juiz o dever de aplicar mecânica e formalmente a norma, ao modo de uma máquina. Não só isso não seria possível, já que o intérprete traz consigo uma bagagem pessoal e inseparável de pré-compreensões, como não seria apropriado, tendo em conta as inúmeras particularidades dos casos concretos²⁰. A rigor, as próprias normas dificilmente são unívocas. Assim como legislar é, no mais das vezes, criar distinções – exigindo-se, porém, que elas sejam justificáveis –, aplicar a norma também envolverá necessariamente a avaliação das características do caso, o que poderá justificar soluções distintas por parte do aplicador. Neste ponto, a isonomia encontra-se com a segurança jurídica.

Como se registrou acima, o princípio da segurança jurídica impõe ao agente público o dever de adotar para casos equiparáveis o mesmo tipo de decisão. O fundamento último dessa exigência, além de assegurar a previsibilidade no âmbito das relações entre indivíduos e Estado, pode ser descrito nos seguintes termos: se as pessoas são iguais e se encontram em situações equivalentes, nada justifica que recebam um tratamento diferenciado por parte do Poder Público. A aplicação desse raciocínio à atividade jurisdicional é simples: o órgão jurisdicional deve adotar a mesma solução jurídica para casos semelhantes, sobretudo quando haja jurisprudência consolidada por parte do próprio órgão.

A questão fundamental consiste justamente em verificar o que torna dois casos semelhantes ou equiparáveis ou, sob ângulo diverso, que elementos do caso concreto podem ser considerados relevantes para o fim de distingui-los e, assim, justificar soluções diferenciadas. E, por evidente, não se trata aqui de qualquer diferença, mas de uma distinção relevante entre os casos, que justifique o tratamento desigual. De forma bastante específica, trata-se de saber o que o magistrado pode legitimamente considerar *diverso* ou *não equiparável* em um caso concreto para o fim de deixar de adotar, naquela hipótese, entendimento consolidado pela jurisprudência que aparentemente seria aplicável.

O tema, na verdade, envolve muitas complexidades sob a ótica da argumentação jurídica, que não cabe aprofundar aqui. Um critério, no entanto, já se pode registrar desde logo: a diferenciação entre casos concretos aparentemente idênticos deve ter por fundamento uma distinção contida no próprio ordenamento jurídico²¹, e não decorrer da livre avaliação do aplicador. Se a igualdade perante a lei e a segurança jurídica pudessem ser superadas pela mera alegação do

¹⁹ STF, DJ 19.04.91, p. 4.580, MI 58, Rel. p/ o acórdão Min Celso de Mello.

²⁰ Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2003, p. 245 e ss..

²¹ Considerando-se, por natural, que a distinção contida na norma seja válida. A doutrina registra que um tratamento diferenciado deve ser examinado sob três enfoques sucessivos, para aferir sua legitimidade constitucional, a saber: (i) em primeiro lugar, é preciso identificar o fator de *discrimen* escolhido pela norma para saber se tal elemento corresponde a uma diferenciação real, relevante e objetivamente existente entre as pessoas, situações ou coisas; (ii) em segundo lugar, é preciso que haja um nexó racional e razoável entre a diferença das situações – demarcada pelo elemento de *discrimen* – e o tratamento diferenciado aplicado (razoabilidade interna); e (iii) em terceiro lugar, ainda que seja racional e razoável o tratamento diferenciado, ele deve estar em consonância com os princípios protegidos pela Constituição Federal (razoabilidade externa). Sobre o tema, v. a doutrina referida nas notas 15 a 17.

interprete de que considera as situações de fato substancialmente diversas, pouca consistência teriam tais garantias constitucionais. Ou seja: o aplicador deverá ser capaz de justificar, com fundamento na norma jurídica a ser aplicada, e no sistema no qual ela se insere, a razão pela qual o caso por ele examinado é diverso da jurisprudência formada anteriormente²². Explica-se melhor com alguns exemplos.

A situação econômica dos indivíduos é considerada relevante por um conjunto de disposições normativas. A concessão do benefício da gratuidade de justiça é uma delas: a circunstância de o requerente ser ou não pobre é relevante para a interpretação e aplicação da norma, mas não o são, *e.g.*, a cor da pele ou o sexo dos indivíduos em questão. Nada obstante, a capacidade econômica não é por si só um elemento relevante para a aplicação da norma que tipifica o estupro como crime.

Em outra linha, o fato de o Poder Público ser parte em uma demanda é relevante para a incidência de uma série de comandos, como a contagem de prazos e a possibilidade de manejar determinados mecanismos recursais (*e.g.*: a suspensão de segurança). Nada há no ordenamento, porém, que considere essa circunstância relevante – ser parte o Poder Público ou um particular – para o fim de interpretar as normas que disciplinam o cabimento de recursos especial ou extraordinário. Essas mesmas normas também não atribuem relevância ao fato de a disputa envolver valores vultosos ou não ter qualquer consequência patrimonial significativa.

Em suma: a igualdade perante a lei exige que o aplicador interprete e aplique a lei de modo que indivíduos em situações equivalentes recebam a mesma resposta por parte do Estado. Isso significa que o órgão jurisdicional deve aplicar de forma coerente a jurisprudência por ele já consolidada sobre determinado tema (salvo se decidir modificar seu entendimento em caráter geral). A adoção de solução diversa em caso aparentemente similar apenas se justifica se o aplicador for capaz de justificar, com base em argumentos extraídos do próprio conjunto normativo a ser aplicado, que as características do caso concreto o distinguem de forma relevante dos casos que formaram a jurisprudência em questão.

Parte II

APLICAÇÃO DA TEORIA AO OBJETO DO ESTUDO

III. Breve resumo da hipótese: as teses suscitadas no recurso Extraordinário e a violação reflexa à Constituição

²² Robert Alexy, *Teoria da argumentação jurídica*, 2001, p. 212: “A questão sobre o que distingue a argumentação jurídica da argumentação geral prática é um dos problemas centrais da teoria do discurso jurídico. Um ponto pode ser estabelecido mesmo neste estágio: a argumentação jurídica é caracterizada por seu relacionamento com a lei válida”; e Aulis Aarnio, *Reason and authority*, 1997, p. 192: “This means that one has to be able to justify every interpretation by referring to the formal *law* (statute; legal rule).”

Cabe agora aplicar as idéias e conceitos expostos ao objeto do estudo. O recurso extraordinário em questão foi interposto contra acórdão do Tribunal Superior do Trabalho proferido no âmbito de ação rescisória proposta por entidade da Administração indireta federal em face de um grupo de empregados públicos. O TST extinguiu o processo sem julgamento do mérito com fundamento na impossibilidade jurídica do pedido (CPC, art. 512), pois a ação rescisória teria se dirigido contra a sentença proferida em primeiro grau de jurisdição, substituída posteriormente por acórdão do TRT da 4ª Região. Contra o acórdão do TST foi interposto recurso extraordinário, suscitando, de forma resumida, que a decisão teria violado as seguintes disposições constitucionais (a União também interpôs recurso extraordinário alegando teses semelhantes):

CF, art. 5º, II: o acórdão teria violado o princípio da legalidade ao interpretar a lei de modo a exigir algo que ela não exigiu;

CF, art. 5º, XXXV: o acórdão teria negado prestação jurisdicional ao negar a apreciação do mérito da ação; e

CF, art. 5º, LV: o acórdão teria violado a garantia do devido processo legal ao negar-se a examinar a matéria de mérito sob o argumento de impossibilidade jurídica;

O recorrente desenvolveu ainda uma outra tese relacionada com o mérito da decisão cuja rescisão se pretendia. O acórdão rescindendo havia concedido outras diferenças salariais relativas a períodos de 1987 e 1988. Na ação rescisória, o recorrente alegava que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema teria se consolidado posteriormente no sentido de que tais diferenças salariais não eram devidas. Embora o acórdão recorrido não tenha examinado o mérito da ação rescisória, o recurso extraordinário interposto pretendia ver analisada, ainda, uma quarta violação à Constituição:

CF, art. 5º, XXXVI: o acórdão teria violado a cláusula do direito adquirido uma vez que não há direito adquirido aos reajustes salariais em questão, como decidido pelo STF.

O Ministro Carlos Mário Velloso, relator dos recursos, entendeu que as teses suscitadas – violação à legalidade, ao direito adquirido, ao devido processo legal e ao direito de acesso ao Judiciário – discutiam, na verdade, a correção da interpretação conferida a normas infraconstitucionais, de modo que, se alguma violação houvesse à Carta, ela seria apenas indireta ou reflexa. A jurisprudência do STF sobre o assunto, porém, é a de que não cabe recurso extraordinário para discutir inconstitucionalidade reflexa. Por essa razão, concluiu o relator que os recursos não poderiam ser admitidos.

Contra a decisão do Ministro Velloso o recorrente apresentou agravo regimental, reproduzindo os mesmos argumentos resumidos acima e destacando, de forma particular, a repercussão que o insucesso da ação rescisória original teria sobre as finanças públicas. Isso porque, a prevalecer a decisão transitada em julgado, o Estado teria de desembolsar importante quantidade de recursos para pagar as diferenças salariais a que se fez menção acima.

A 2ª Turma do STF, vencido o Ministro Carlos Velloso, acabou por dar provimento ao agravo regimental e, na mesma decisão, deu provimento também ao próprio recurso extraordinário.

O voto do Ministro Gilmar Mendes, seguido pela maioria dos membros da Turma, sustentou, com fundamento na noção de força normativa da Constituição, que o recurso devia ser conhecido e provido já que “não se pode diminuir a eficácia das decisões do STF com a manutenção de decisões divergentes” (fls.17) e uma vez que, “até do ponto de vista de política judiciária é importante fazer revisão dessa orientação” (aditamento ao voto). O Ministro fazia referência, como é fácil perceber, às decisões do STF que consideraram não serem devidas as diferenças salariais, tema do pronunciamento judicial que transitou em julgado e que os recorrentes pretendiam rescindir. A Turma, por maioria, acolheu a argumentação do Ministro Gilmar Mendes e considerou que o acórdão recorrido teria incorrido em excessivo formalismo, afetando a prestação jurisdicional efetiva. Contra a decisão da Turma foram opostos embargos de declaração, ainda não decididos.

IV. Da jurisprudência consolidada do STF sobre as teses: incompatibilidade entre a decisão examinada e a posição pacífica da Corte. Violação aos princípios da segurança jurídica e da igualdade.

A questão que se coloca neste ponto, tendo em conta os princípios da segurança jurídica e da igualdade abordados inicialmente, é bastante simples: o entendimento manifestado pela 2ª Turma do STF no caso que se acaba de descrever segue a jurisprudência consolidada (e em alguns pontos até sumulada) do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria? Ou, de outro modo, essa é a solução adotada pela Corte em hipóteses nas quais se discutem teses substancialmente idênticas às suscitadas no recurso extraordinário em questão? A resposta, já se pode adiantar, é negativa.

Note-se um aspecto importante. Não se está formulando aqui qualquer juízo sobre qual o melhor entendimento jurídico acerca do cabimento de recursos extraordinários: se o consolidado pela jurisprudência do STF, que se descreverá na seqüência, ou o adotado pela 2ª Turma da mesma Corte no caso resumido acima. Mesmo porque, como se registrou na primeira parte do estudo, o sistema jurídico brasileiro admite que o órgão jurisdicional (e em particular os órgãos de cúpula da estrutura do Poder Judiciário) modifique suas posições na medida em que entenda mais adequado. O fato relevante para este estudo é que há incompatibilidade grave entre a tradicional jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o cabimento de recursos extraordinários – que permanece inalterada – e a decisão proferida pela 2ª Turma no caso examinado, deteriorando a legítima expectativa dos jurisdicionados de receberem o mesmo tratamento dispensado pela Corte a casos equiparáveis. Feita a digressão, volta-se ao ponto.

Como se sabe, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca do cabimento de recursos extraordinários é bastante rígida e tem se mantido uniforme ao longo dos anos. Assim é que, dentre outras exigências, o STF não admite recursos extraordinários nos quais se pretenda discutir o que denomina de *inconstitucionalidade reflexa ou indireta*. Esse conceito descreve, de forma geral, hipóteses nas quais a parte interpõe o recurso alegando que a decisão recorrida interpretou equivocadamente a legislação infraconstitucional e, ao fazê-lo, violou normas constitucionais. A Corte já editou súmula de sua jurisprudência dominante (Súmula nº 636) nesse

sentido, no que diz respeito ao princípio constitucional da legalidade, que tem a seguinte dicção: *“Não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida”*.

Na verdade, é possível transcrever decisões do Supremo Tribunal Federal: (i) que negaram cabimento a recursos extraordinários porque neles se pretendia discutir genericamente a interpretação das normas infraconstitucionais que disciplinam o cabimento da ação rescisória – tema geral do acórdão recorrido. Há ainda diversas decisões da Corte que igualmente deixaram de admitir recursos nos quais foram suscitadas teses em tudo e por tudo equiparáveis às suscitadas pelos recursos de que se trata, a saber: (ii) violação ao princípio da legalidade por haver o acórdão recorrido interpretado a lei de modo diverso do pretendido pela parte (CF, art. 5º, II); (iii) violação ao devido processo legal por haver a decisão recorrida deixado de apreciar o mérito e extinguido o feito (CF, art. 5º, LV); (iv) violação ao acesso ao Judiciário, pelo fato de a decisão recorrida não haver apreciado o mérito da demanda (CF, art. 5º, XXXV); e (v) violação ao direito adquirido, pelo fato de, no mérito, a decisão recorrida haver reconhecido direito a que a parte adversa não faria jus (CF, art. 5º, XXXVI). Confira-se.

(i) Requisitos para ação rescisória

*“Acórdão recorrido extraordinariamente que se limita ao exame do cabimento de ação rescisória. Ofensa reflexa. Jurisprudência pacificada. 4. Decisão que nega acolhida à tese jurídica desenvolvida pela parte não configura negativa de prestação jurisdicional. 5. Agravo regimental a que se nega provimento”*²³.

*“O debate em torno da aferição dos pressupostos de admissibilidade da ação rescisória não viabiliza o acesso à via recursal extraordinária, por envolver discussão pertinente a tema de caráter eminentemente infraconstitucional. Precedentes. - Situações de ofensa meramente reflexa ao texto da Constituição não viabilizam o acesso à via recursal extraordinária, cuja utilização supõe a necessária ocorrência de conflito imediato com o ordenamento constitucional. Precedentes”*²⁴.

*“O debate em torno da aferição dos pressupostos de admissibilidade da ação rescisória não viabiliza o acesso à via recursal extraordinária, por envolver discussão pertinente a tema de caráter eminentemente infraconstitucional. Precedentes. - Situações de ofensa meramente reflexa ao texto da Constituição não viabilizam o acesso à via recursal extraordinária, cuja utilização supõe a necessária ocorrência de conflito imediato com o ordenamento constitucional. Precedentes”*²⁵.

“Acórdão recorrido extraordinariamente que se limita ao exame do cabimento de ação rescisória. Ofensa reflexa. Jurisprudência pacificada. 4. Decisão que nega acolhida à tese jurídica desenvolvida

²³ STF, DJ 30.08.02, p. 112, AgRg no AI 387.022-ES, Rel. Min. Gilmar Mendes.

²⁴ STF, DJ 02.03.04, p. 55, AgRg no AI 468.465-PB, Rel. Min. Celso de Mello.

²⁵ STF, DJ 07.05.04, p. 38, AgRg no AI 485.471-SP, Rel. Min. Celso de Mello.

pela parte não configura negativa de prestação jurisdicional. 5. Agravo regimental a que se nega provimento”²⁶.

(ii) Violação da legalidade (CF, art. 5º, II)

“ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, QUE DECIDIU CONTROVÉRSIA RELATIVA À LEGITIMIDADE PASSIVA PARA A DEMANDA COM BASE NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS ARTS. 5º, incisos II, XXXV, LIV E LV, E 93, inciso IX, DA MAGNA CARTA. Ofensa à Carta da República, se existente, dar-se-ia de forma claramente reflexa ou indireta, o que não enseja a abertura da via extraordinária. Ademais, encontra-se o acórdão suficientemente fundamentado, tendo sido conferida à parte prestação jurisdicional adequada, embora em sentido contrário aos seus interesses. Agravo desprovido”²⁷.

“CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS ARTS. 5º, II, XXXV, XXXVI, LIV, LV, 7º, XXIX E 93, IX. I - Alegação de ofensa à Constituição que, se ocorrente, seria indireta, reflexa, o que não autoriza a admissão do recurso extraordinário. II - Ao Judiciário cabe, no conflito de interesses, fazer valer a vontade concreta da lei, interpretando-a. Se, em tal operação, interpreta razoavelmente ou desarrazoadamente a lei, a questão fica no campo da legalidade, incorrendo o contencioso constitucional. III - Agravo não provido”²⁸.

(iii) Violação do devido processo legal (CF, art. 5º, LV)

“Somente a ofensa direta à Constituição autoriza a admissão do recurso extraordinário. No caso, o acórdão limita-se a interpretar normas infraconstitucionais. II. - Decisão contrária aos interesses da parte não configura negativa de prestação jurisdicional (C.F., art. 5º, XXXV). III. - Alegação de ofensa ao devido processo legal: C.F., art. 5º, LV: se ofensa tivesse havido, seria ela indireta, reflexa, dado que a ofensa direta seria a normas processuais. E a ofensa a preceito constitucional que autoriza a admissão do recurso extraordinário é a ofensa direta, frontal”²⁹.

“Recurso extraordinário: descabimento: acórdão recorrido que se limitou a aplicar legislação infraconstitucional (L. 4.591/64); alegada ofensa a dispositivos constitucionais que, se ocorreram, seriam indiretas ou reflexas, que não viabilizam o RE; ausência de negativa de prestação

²⁶ STF, DJ 30.08.02, p. 112, AgRg no AI 387.022-ES, Rel. Min. Gilmar Mendes.

²⁷ STF, DJ 19.09.03, p. 18, AgRg no AI 431.357-SP, Rel. Min. Carlos Britto.

²⁸ STF, DJ 08.03.02, p. 61, AgRg no RE 245.580-PR, Rel. Min. Carlos Velloso.

²⁹ STF, DJ 27.05.04, p. 32, AgRg no AI 475.088-AL, Rel. Min. Carlos Velloso.

jurisdicional ou violação dos princípios compreendidos nos artigos 5º, XXXV, LIV e LV e 93, IX da Constituição Federal”³⁰.

“III. - Decisão contrária aos interesses da parte não configura negativa de prestação jurisdicional (C.F., art. 5º, XXXV). IV. – Alegação de ofensa ao devido processo legal: C.F., art. 5º, LV: se ofensa tivesse havido, seria ela indireta, reflexa, dado que a ofensa direta seria a normas processuais. E a ofensa a preceito constitucional que autoriza a admissão do recurso extraordinário é a ofensa direta, frontal. V. - A verificação, no caso concreto, da ocorrência, ou não, de violação ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada situa-se no campo infraconstitucional”³¹.

“I. - Somente a ofensa direta à Constituição autoriza a admissão do recurso extraordinário. No caso, o acórdão limita-se a interpretar normas infraconstitucionais. II. - Decisão contrária aos interesses da parte não configura negativa de prestação jurisdicional (C.F., art. 5º, XXXV). III. - Alegação de ofensa ao devido processo legal: C.F., art. 5º, LV: se ofensa tivesse havido, seria ela indireta, reflexa, dado que a ofensa direta seria a normas processuais. E a ofensa a preceito constitucional que autoriza a admissão do recurso extraordinário é a ofensa direta, frontal. IV. - A verificação, no caso concreto, da ocorrência, ou não, de violação ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada situa-se no campo infraconstitucional”³².

(iv) Violação do acesso ao Judiciário (CF, art. 5º, XXXV)

“Somente a ofensa direta à Constituição autoriza a admissão do recurso extraordinário. No caso, o acórdão limita-se a interpretar normas infraconstitucionais. II. - Decisão contrária aos interesses da parte não configura negativa de prestação jurisdicional (C.F., art. 5º, XXXV). III. - Alegação de ofensa ao devido processo legal: C.F., art. 5º, LV: se ofensa tivesse havido, seria ela indireta, reflexa, dado que a ofensa direta seria a normas processuais. E a ofensa a preceito constitucional que autoriza a admissão do recurso extraordinário é a ofensa direta, frontal. IV. - Alegação de ofensa ao inciso IX do art. 93, C.F.: improcedência, porque o que pretende a recorrente, no ponto, é impugnar a decisão que lhe é contrária, certo que o acórdão está suficientemente fundamentado”³³.

“Agravo regimental em agravo de instrumento. 2. Ofensa reflexa. Não se admite recurso extraordinário para interpretação de lei federal (art. 102, III, "a"). 3. O fato de a decisão se revelar desfavorável à agravante não configura negativa de prestação jurisdicional. 4. Agravo regimental desprovido”³⁴.

“Recurso extraordinário: inadmissibilidade: questão referente ao cabimento de embargos de divergência em recurso especial, de natureza processual ordinária: alegação de ofensa a dispositivos

³⁰ STF, DJ 27.02.04, p. 23, AgRg no AI 300.982-RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

³¹ STF, DJ 15.06.04, p. 46, AgRg no AI 449.830-SP, Rel. Min. Carlos Velloso.

³² STF, DJ 25.06.04, p. 40, AgRg no AI 409.953-DF, Rel. Min. Carlos Velloso.

³³ STF, DJ 07.05.04, p. 32, AgRg no AI 475.088-AL, Rel. Min. Carlos Velloso.

³⁴ STF, DJ 30.08.02, p. 112, AgRg no AI 374.994-SP, Rel. Min. Gilmar Mendes.

constitucionais que, se ocorresse, seria indireta ou reflexa, que não viabiliza o RE; inócorrência de negativa de prestação jurisdicional”³⁵.

“Agravo regimental em agravo de instrumento. 2. Legitimidade passiva. Ofensa reflexa à CF/88. Precedentes. Recurso que não traz novos argumentos capazes de modificar o entendimento desta Corte. 3. Decisão desfavorável à agravante não configura negativa de prestação jurisdicional. 4. Agravo regimental a que se nega provimento”³⁶.

“Agravo regimental em agravo de instrumento. 2. Legitimidade passiva. Ofensa reflexa à CF/88. Precedentes. Recurso que não traz novos argumentos capazes de modificar o entendimento desta Corte. 3. Decisão desfavorável à agravante não configura negativa de prestação jurisdicional. 4. Agravo regimental a que se nega provimento”³⁷.

“Agravo regimental em agravo de instrumento. 2. A exigência, ou não, do prequestionamento, no âmbito do TRT, para viabilizar o recurso de revista é questão que se situa no campo processual. 3. Matéria infraconstitucional. Ofensa reflexa à Carta Magna. 4. Art. 5º, XXXV, LIV e LV, da CF/88. Ausência de prequestionamento. Decisão que nega acolhida à tese jurídica desenvolvida pela parte não configura negativa de prestação jurisdicional. 5. Agravo regimental a que se nega provimento”³⁸.

(v) Violação ao direito adquirido (CF, art. 5º, XXXVI)

“Somente a ofensa direta à Constituição autoriza a admissão do recurso extraordinário. No caso, o acórdão limita-se a interpretar normas infraconstitucionais. II. - Ao Judiciário cabe, no conflito de interesses, fazer valer a vontade concreta da lei, interpretando-a. Se, em tal operação, interpreta razoavelmente ou desarrazoadamente a lei, a questão fica no campo da legalidade, incorrendo o contencioso constitucional. III. - Alegação de ofensa ao inciso IX do art. 93, C.F.: improcedência, porque o que pretende o recorrente, no ponto, é impugnar a decisão que lhe é contrária, certo que o acórdão está suficientemente fundamentado. IV. - A verificação, no caso concreto, da ocorrência, ou não, de violação ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada situa-se no campo infraconstitucional. V. - A interpretação de cláusulas contratuais não enseja recurso extraordinário. Súmula 454-STF. VI. - Agravo não provido”³⁹.

³⁵ STF, DJ 06.04.04, p. 18, AgRg no AI 415.103-SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

³⁶ STF, DJ 30.04.04, p. 56, AgRg no AI 476.510-SP, Rel. Min. Gilmar Mendes.

³⁷ STF, DJ 30.04.04, p. 56, AgRg no AI 476.510-SP, Rel. Min. Gilmar Mendes.

³⁸ STF, DJ 13.09.02, p. 89, AgRg no AI 383.957-SP, Rel. Min. Gilmar Mendes.

³⁹ STF, DJ 25.06.04, p. 43, AgRg no AI 466.975-RJ, Rel. Min. Carlos Velloso.

“I. - Somente a ofensa direta à Constituição autoriza a admissão do recurso extraordinário. No caso, o acórdão limita-se a interpretar normas infraconstitucionais. II. - A verificação, no caso concreto, da existência, ou não, do direito adquirido, situa-se no campo infraconstitucional”⁴⁰.

“I. - Decisão contrária ao interesse da parte não configura negativa de prestação jurisdicional (C.F., art. 5º, XXXV). II. - Ao Judiciário cabe, no conflito de interesses, fazer valer a vontade concreta da lei, interpretando-a. Se, em tal operação, interpreta razoavelmente ou desarrazoadamente a lei, a questão fica no campo da legalidade, inorando o contencioso constitucional. III. - Alegação de ofensa ao devido processo legal: C.F., art. 5º, LV: se ofensa tivesse havido, seria ela indireta, reflexa, dado que a ofensa direta seria a normas processuais. E a ofensa a preceito constitucional que autoriza a admissão do recurso extraordinário é a ofensa direta, frontal. IV. - Alegação de ofensa ao inciso IX do art. 93, C.F.: improcedência, porque o que pretende a recorrente, no ponto, é impugnar a decisão que lhe é contrária, certo que o acórdão está suficientemente fundamentado. V. - O exame da ocorrência, no caso, de direito adquirido, não prescindiria do exame da legislação ordinária. VI. - Agravo não provido”⁴¹.

“Somente a ofensa direta à Constituição autoriza a admissão do recurso extraordinário. No caso, o acórdão assenta-se em interpretação de lei local. Incidência da Súmula 280-STF. II. - A verificação, no caso concreto, da ocorrência, ou não, de violação ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada situa-se no campo infraconstitucional. III. - Agravo não provido”⁴².

Pois bem. Como se constata com facilidade, a Corte não modificou o seu entendimento acerca das exigências para o cabimento de recursos extraordinários, já que várias das decisões transcritas são posteriores ao julgamento do recurso aqui em discussão, e nem há indicações de que o fará. Por sua vez, o acórdão da 2ª Turma do STF examinado neste estudo não desenvolve qualquer argumentação a fim de distinguir a hipótese por ele decidida de todos os casos que deram origem e alimentam a fartíssima jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria. Nada obstante isso, o acórdão adotou entendimento exatamente oposto ao consagrado pela jurisprudência: não há como deixar de concluir que houve aqui ofensa aos princípios da segurança jurídica e da isonomia.

IV. Conclusões

De todo o exposto, é possível extrair as seguintes conclusões:

1. A segurança jurídica impõe limitações à atuação do Poder Público em geral e do Poder Judiciário em particular. O padrão de conduta do Poder Público gera nos particulares uma expectativa legítima de que a atuação estatal não irá surpreendê-los, sendo certo que essa expectativa não deve ser

⁴⁰ STF, DJ 27.09.02, p. 129, AgRg no AI 388.027-SP, Rel. Min. Carlos Velloso.

⁴¹ STF, DJ 21.06.02, p. 125, AgRg no AI 372.638-PA, Rel. Min. Carlos Velloso.

⁴² STF, DJ 13.08.04, p. 278, AgRg no AI 494.650-SP, Rel. Min. Carlos Velloso.

frustrada pelo Estado. Situações equiparáveis devem receber do Poder Público a mesma espécie de tratamento.

2. No mesmo sentido, o princípio da isonomia impõe que o aplicador da norma adote a mesma solução para hipóteses equivalentes (igualdade *perante a lei*). Assim, o órgão jurisdicional deverá aplicar sua própria jurisprudência a casos similares a não ser (i) que decida modificar seu entendimento acerca da matéria em caráter geral ou (ii) que seja capaz de demonstrar, a partir de critérios extraídos do sistema normativo, que a hipótese apresenta características que a distinguem de forma relevante dos casos que formaram a jurisprudência em questão.

3. O acórdão da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal analisado, ao divergir da jurisprudência consolidada do STF acerca do cabimento de recursos extraordinários, sem demonstrar a existência de qualquer elemento relevante capaz de diferenciá-lo dos precedentes da Corte, feriu os princípios da segurança jurídica e da isonomia.

2017 - 03 - 02

Revista de Processo

2016

REPRO VOL. 255 (MAIO 2016)

DIREITO JURISPRUDENCIAL

2. OFENSA REFLEXA À CONSTITUIÇÃO E O REDIRECIONAMENTO DOS RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO PREVISTO NOS ARTS. 1.032 E 1.033 DO NCPC

2. Ofensa reflexa à Constituição e o redirecionamento dos recursos especial e extraordinário previsto nos arts. 1.032 e 1.033 do NCPC

Reflex offense to the Constitution and the redirection of superior court's appeal and supreme courts appeal provided by the Articles 1.032 and 1.033 of the new Civil Procedure Code

(Autor)

LUIZ HENRIQUE CEZARE

Especialista em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Professor assistente no curso de graduação em Direito na PUC-SP. Advogado. luizhcezare@gmail.com

Sumário:

- 1 Introdução
 - 2 Breve histórico da doutrina da ofensa reflexa à Constituição
 - 3 A aplicação da teoria da ofensa reflexa pelo STF e pelo STJ - Denegação de justiça e decisões conflitantes
 - 4 O redirecionamento dos recursos especial e extraordinário previsto nos arts. 1.032 e 1.033 do NCPC
- I Bibliografia

Área do Direito: Constitucional

Resumo:

O tema abordado no presente ensaio diz respeito à aplicação da teoria da ofensa reflexa pelos Tribunais Superiores como técnica de inadmissibilidade dos recursos especial e extraordinário, iniciando-se por uma breve digressão histórica acerca da matéria e resultando em uma análise crítica do redirecionamento previsto pelos art. 1.032 e 1.033 do NCPC.

Abstract:

The subject of this essay concerns to use of the theory of reflex offense by the Superior Courts on the admissibly examination of Superior Court's Appeal and Supreme Court's Appeal, beginning with a brief historical digression on the matter, resulting in a critical analysis of redirection provided by art. 1032 and 1033, the new Civil Procedure Code.


Palavra Chave: Ofensa reflexa - Constituição - Supremo Tribunal Federal - Recurso extraordinário - Recurso especial - Redirecionamento - Novo Código de Processo Civil.

Keywords: Reflex offense - Constitution - Supreme Court - Supreme Court's Appeal - Superior Court's Appeal - Redirection - New Code of Civil Procedure

1. Introdução

Formou-se na jurisprudência do STF entendimento segundo o qual o recurso extraordinário só seria admissível se, para apreciar a norma constitucional supostamente violada, o julgador não tivesse de passar pela análise de lei infraconstitucional.

Esse entendimento encontra guarida, principalmente, na divisão de competência estabelecida pela Constituição Federal de 1988, que outorgou o controle das normas constitucionais ao STF e, ao STJ, atribuiu a interpretação da legislação infraconstitucional.

Em outras palavras, os arts. 102, III, *a a c* e 105, III, *a a c*, da  [CF/1988](#), preveem o cabimento dos recursos especial e extraordinário com a exata delimitação da competência para a interpretação e controle, seja da Constituição Federal, seja da norma infraconstitucional.

Ocorre que a delimitação do que está no plano constitucional ou infraconstitucional e, por conseguinte, qual o Tribunal competente para a apreciação da matéria, nem sempre foi tarefa fácil; principalmente nas situações em que, em razão da Constituição Federal de 1988 ser extremamente analítica, normas constitucionais são reproduzidas pelo legislador infraconstitucional, o que dificulta sobremaneira a identificação da natureza da norma.

Por óbvio, esse cenário de dúvida reflete na jurisprudência do STF e do STJ que, não raras vezes, aplicando a teoria da ofensa reflexa, não decidem a matéria nem sob a ótica constitucional, tampouco sob a ótica infraconstitucional; ou, quando avocam a competência para julgamento de determinada matéria, o fazem concomitantemente e decidem em sentidos diametralmente opostos.

É evidente, nessa perspectiva, que tanto o conflito negativo - negativa de jurisdição -, quanto o conflito positivo - decisões conflitantes - são nocivos ao sistema jurídico e, principalmente, ao jurisdicionado, que, em muitas vezes, se vê obrigado a interpor dois recursos - extraordinário e especial - para lançar a sorte de algum ser julgado pelo mérito.

Atento a essa situação, o legislador do novo Código de Processo Civil, nos arts. 1.032 e 1.033, previu o que a doutrina está denominando de *fungibilidade* entre os recursos especial e extraordinário, ou, como preferimos, o *redirecionamento* de recursos em razão da competência do STF e do STJ.

E é essa a abordagem que o presente ensaio se dedica, propondo uma breve digressão acerca das origens da teoria da ofensa reflexa, analisando os efeitos causados pela aplicação destemperada desse entendimento pelos tribunais superiores, para, então, desaguar em uma análise crítica aos arts. 1.032 e 1.033 do NCPC.

2. Breve histórico da doutrina da ofensa reflexa à Constituição

Como dito, a corrente majoritária do STF entende que a alegada ofensa ao texto constitucional deve ser direta e frontal, não se prestando, para efeitos de cabimento de recurso extraordinário, a ofensa meramente reflexa.

Segundo o Pretório Excelso, a ofensa reflexa está presente "quando seu reconhecimento, *in concreto*, dependa do exame da norma ordinária aplicada pela decisão recorrida. Nestes casos, é a categoria infraconstitucional dessas normas que define a hierarquia da questão federal, para fins recursais".¹

Esse entendimento assenta-se em duas razões: a competência do STF, outorgada pela Constituição Federal de 1988, para exercer o controle das questões constitucionais, e os dispositivos rígidos previstos no art. 102, III, *a a c*, que não comportam dilação interpretativa, a fim de incluir questões federais postas de permeio à

aplicação da Constituição.²


Mas, afinal, qual a origem e fundamento legal para a aplicação dessa restrição ao recurso extraordinário?

Para responder essa pergunta, importante notar, inicialmente, que em nenhuma Constituição Federal do Brasil (1891;³ 1934;⁴ 1937;⁵ 1946;⁶ 1967;⁷ 1988)⁸ houve o expresse requisito de ofensa "direta" ao texto constitucional para a abertura da via excepcional do recurso extraordinário.

Ante essa constatação, é possível concluir, portanto, que a doutrina da ofensa reflexa aplicada pelo STF não encontra fundamento em nenhum dispositivo constitucional previsto nas Constituições Federais do Brasil.

De outro lado, a jurisprudência do próprio Supremo demonstra que, desde a década de 1980, o requisito de ofensa "direta" ao texto constitucional já era exigido para o processamento do recurso extraordinário perante aquela Corte.

Por ocasião do julgamento do RE 92.264-4,⁹ decidiu-se que a simples alegação genérica de ofensa a princípio constitucional, no caso de legalidade tributária, sem indicação da lei infraconstitucional supostamente violada, não ensejaria a admissão do recurso extraordinário.

Já em meados de 1986, o Min. Célio Borja inadmitiu o RE 109.585-7/BA¹⁰ com fundamento no art. 325, *caput*, do  [RISTF](#), na medida em que previa que "salvo nos casos de ofensa à Constituição, manifesta divergência com a Súmula do Supremo Tribunal Federal, ou relevância da questão federal, não caberá o recurso extraordinário a que alude o seu art. 119, § 1.º, das decisões proferidas (...)".

Note-se que, da leitura do referido dispositivo do Regimento Interno do Supremo, não é possível concluir que para admissão do recurso extraordinário a ofensa à Constituição há de ser direta e não reflexa.

No mesmo sentido, o Min. Soares Muñoz, no AgIn 93.155-4/MG, já havia decidido, em meados de 1983, que o recurso extraordinário que não demonstrasse ofensa direta e frontal ao texto constitucional não era capaz de vencer o óbice regimental.¹¹

Mesmo que se analisados os regimentos internos anteriores do STF de 1891,¹² 1909,¹³ 1940¹⁴ e 1970,¹⁵ nos respectivos artigos que tratavam do cabimento do recurso extraordinário, não é possível encontrar qualquer menção expressa ao requisito de ofensa direta e frontal à Constituição Federal.

Diante desse breve histórico, é possível concluir que: (i) o advento da Constituição de 1988 e a separação de competências entre o STF e o STJ não deu origem à teoria da ofensa reflexa, haja vista este entendimento ser adotado desde o início da década de 1980; e (ii) a doutrina da ofensa reflexa é fruto de interpretação feita pela jurisprudência da expressão "ofensa à Constituição" e não encontra - nem nunca encontrou - amparo em qualquer dispositivo constitucional.

3. A aplicação da teoria da ofensa reflexa pelo STF e pelo STJ - Denegação de justiça e decisões conflitantes

O atual cenário jurisprudencial do STF, quanto à aplicação da teoria da ofensa reflexa à Constituição, impõe que recursos extraordinários que reclamem violação da coisa julgada,¹⁶ da ampla defesa e do devido processo legal,¹⁷ do contraditório¹⁸ e da legalidade,¹⁹ não merecem ser admitidos por versarem sobre matérias infraconstitucionais.

Quanto ao recurso extraordinário que verse sobre suposta violação sobre o princípio da legalidade, o Supremo editou a Súmula 636, segundo a qual "não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada as normas infraconstitucionais pela decisão recorrida."

Sobre o tema, em meados do ano de 2013, por ocasião do julgamento do RE 748.371/MT, o Min. Gilmar Mendes entendeu pela inexistência de repercussão geral em casos que versem sobre a violação dos princípios da

ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal e dos limites da coisa julgada, por se tratarem de normas constitucionais que são reproduzidas pela legislação infraconstitucional e, portanto, suposta violação seria meramente reflexa à Constituição.

Naquela oportunidade o Min. Gilmar Mendes concluiu seu voto com o seguinte raciocínio: "se a lei deve ser aferida em face de toda a Constituição, as decisões não de ter a sua legitimidade verificada em face da Constituição e de toda a ordem jurídica. Se se admitisse que toda decisão contrária ao direito ordinário é uma decisão inconstitucional, ter-se-ia de acolher, igualmente, todo e qualquer recurso constitucional interposto contra decisão judicial ilegal".

Em que pese pacífica jurisprudência acerca do tema no Supremo, da análise dos recursos reiteradamente inadmitidos sob o fundamento de ofensa reflexa à Constituição, é possível afirmar que este fundamento é usado muitas vezes como jurisprudência defensiva, vale dizer, para evitar que recursos sejam julgados pelo mérito.

Nesse sentido, o Min. Marco Aurélio de Mello, cujo posicionamento diverge da maioria das decisões do Supremo, fez importante ressalva quanto à aplicação destemperada da doutrina da ofensa reflexa, consignando que:

"Afirmo que dois princípios basilares, em qualquer sociedade democrática, remetem, necessariamente, ao exame de normas estritamente legais: o princípio da legalidade e o do devido processo. O princípio da legalidade porque não é crível que o órgão investido do ofício judicante declare a existência de uma norma em certo sentido e decida de forma diametralmente oposta. Na totalidade dos casos, isso não ocorre. O devido processo legal porque o balizamento do que se entende como devido processo legal não está na Carta da República, mas na legislação instrumental, que é a contida no Código de Processo Civil e em normas esparsas. O que não posso é, como juiz, como integrante do STF, que tem como atividade precípua a guarda da Carta da República, sair batendo carimbo, elevando o dogma sacrossanto dessa jurisprudência, para mim, dissonante da Constituição Federal, e colocar em plano secundário a violência intermediada pelo desrespeito a normas estritamente legais. Por isso é que disse, na decisão monocrática que, caso a caso - e não afirmei que a jurisprudência sedimentada é nesse sentido -, cumpre a esta Corte examinar os parâmetros constantes nos autos para dizer da transgressão, ou não, quer o princípio da legalidade, quer o devido processo legal, a menos que voltemos àquele quadro revelado em 'O Processo', de Kafka".²⁰

E é exatamente o quadro kafkaniano citado pelo Min. Marco Aurélio que observamos no cenário jurisprudencial do STF, cuja aplicação sem qualquer critério previamente estabelecido leva a três diferentes situações indesejadas: (i) divergência *interna corporis* do próprio Supremo; (ii) divergência de aplicação entre o STF e o STJ; e (iii) enfrentamento simultâneo de determinada matéria por ambos os tribunais superiores, com decisões diametralmente opostas e conflitantes.

Diante de uma pesquisa no banco de jurisprudências do STF, é possível identificar que nem mesmo dentro da própria Corte há uma unicidade de entendimento acerca da aplicação da ofensa reflexa na medida em que, ora se inadmitte recursos que veiculam argumentação sobre violação do princípio da ampla defesa por ser matéria afeta à legislação infraconstitucional,²¹ ora se supera o óbice da ofensa reflexa e julgam-se recursos, com a mesma argumentação, pelo mérito.²²

Ainda fruto da ausência de enfrentamento sério e fixação de balizas sobre a aplicação da ofensa reflexa, é possível identificar divergência entre o STF e o STJ, quando ambos avocam a competência para apreciar a mesma matéria (v.g., incidência de contribuição previdenciária em vale-transporte pago em dinheiro) e adotam posicionamentos diametralmente opostos, causando verdadeira insegurança aos jurisdicionados.²³

Outro quadro causado pela celeuma interpretativa são as situações em que nenhum dos tribunais superiores julga a matéria. Isso porque, diante de recursos especial e extraordinário que veiculem igual argumentação, não são apreciados pelo Supremo, por ofensa reflexa à Constituição, e não são conhecidos pelo STJ, sob o fundamento de ofensa direta ao texto constitucional.

Esse último cenário é possível ser identificado, por exemplo, nos julgamentos de recursos que versam sobre a incidência ou não de imunidade tributária nas atividades de empresas sem fins lucrativos, cujo entendimento do STJ é que a matéria seria constitucional (violação do art. ^{RTD} 150, ^{RTD} CF/1988) e, por isso, inadmissível o recurso especial; e, por outro lado, o STF tem inadmitido recursos extraordinários por entender que a violação recairia sobre o art. ^{RTD} 14 do ^{RTD} CTN, ou seja, matéria infraconstitucional.²⁴

O que se depreende é que o jurisdicionado, mesmo adotando postura cautelosa e interpondo ambos os recursos para os tribunais superiores, ainda corre o risco de ver seu recurso especial inadmitido pela STJ sob o fundamento de ofensa direta à Constituição e, quando remetido os autos ao STF, seu recurso extraordinário não ter seguimento por ofensa reflexa à constituição.

A doutrina, por outro lado, tem posicionamento contrário à aplicação da teoria da ofensa reflexa, como é o caso, por exemplo, de Teresa Arruda Alvim Wambier que considera um verdadeiro paradoxo um princípio constitucional ser desqualificado e afastado do âmbito de controle do STF, pelo fato de ter sido repetido pela legislação infraconstitucional, *in verbis*:

"Dizemos na maioria das vezes porque há casos em que o excesso de regras em torno da admissibilidade desses recursos leva a contrassensos. Exemplo disso é o entendimento no sentido de que ao STF só cabe conhecer de 'ofensa direta' à Constituição Federal. Isso significa dizer que se, para demonstrar que houve a ofensa à Constituição Federal, a argumentação do recorrente tem necessariamente de passar pela lei ordinária (em que, v.g., se repete o princípio constante da Constituição Federal), é porque se estaria diante de ofensa 'indireta' à Constituição Federal, que, por isso, não deveria ser examinada pela via do recurso extraordinário.

Como se viu nos primeiros itens deste estudo (...), a doutrina está hoje de acordo no sentido de que existe marcante tendência a que os valores encampados pelas sociedades contemporâneas devam passar cada vez mais a integrar os textos das Constituições, sob a forma de princípios. Ironicamente, todavia, se a lei ordinária passa a encampar o mesmo princípio, 'colorindo-o' conforme as circunstâncias (pense-se no exemplo do princípio da ampla defesa - Constituição Federal - e do princípio do contraditório, na sua dimensão processual civil), deixa de ser da alçada do Supremo Tribunal Federal corrigir a decisão que o desrespeite! Essa regra, em nosso entender, leva a um paradoxo: a Constituição Federal consagra certo princípio e se, pela sua relevância, a lei ordinária o repete, por isso, o tribunal, cuja função é a de zelar pelo respeito à Constituição Federal, abdica de examinar a questão. Nesses e em outros casos deixa-se para trás a razão de ser dos tribunais superiores, a natureza jurídica do recurso extraordinário e do recurso especial, e se fixam restrições (e aí são de fato restrições!) sem o indispensável apoio dogmático."²⁵

No mesmo sentido, Cassio Scarpinella Bueno leciona que não faz sentido a exigência imposta pelo STF com o fim de diminuir o número de recursos, haja vista já existir o instituto da repercussão geral, cuja finalidade é exatamente de filtrar os casos que serão apreciados pela Suprema Corte. Nas palavras do referido processualista:

"(...) A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, contudo, sempre foi e continua a ser bastante restritiva a este respeito, exigindo que a inconstitucionalidade que desafia o recurso extraordinário com fundamento na 'letra a' seja direta, e não indireta, reflexa ou oblíqua. O entendimento poderia até querer justificar a necessidade de redução do número de recursos extraordinários em trâmite perante aquela corte. No sistema atual, em que há um legítimo filtro de contenção daqueles recursos (...), não há mais razão para distinguir aquelas situações. O que importa é que a questão tenha substrato, tenha fundamento, tenha se baseado em uma tese de direito constitucional federal. Se ela está certa ou errada, é dizer, se o "dispositivo" da Constituição Federal foi bem ou mal aplicado, isto diz respeito não ao cabimento do recurso extraordinário mas a seu julgamento."²⁶

Bruno Dantas, por outro lado, sugere que a teoria da ofensa direta deveria ser analisada sob a ótica da intensidade em que a norma constitucional foi violada, mas não deixa de consignar que este entendimento está sendo usado de forma a evitar que um número insuportável de recursos chegue ao STF, justamente pela

falta de balizas entre a doutrina e a jurisprudência acerca do conceito de ofensa direta e reflexa:

"Parece-nos, realmente, que a aplicação da doutrina da ofensa direta não pode ser automática e cega. Antes, o STF deve verificar o próprio texto constitucional. Nessa linha de raciocínio, o ponto fulcral, segundo pensamos, deveria residir na intensidade da ofensa reflexa, inadmitindo-se aqueles recursos em que se verificasse um baixo grau de intensidade. Em última análise, e sem perder de vista a jurisprudência da Corte, não nos parece exagerado afirmar que a teoria da ofensa direta tem servido convenientemente aos interesses do STF de impedir que o número insuportável de recursos aumente ainda mais. Com os conceitos de ofensa direta e reflexa não estão bem delineados na doutrina ou na jurisprudência, o tribunal serve-se dessa contingência para manejar sua pauta, visualizando ofensa direta e reflexa sem um padrão definido que assegure às partes a necessária previsibilidade."²⁷

Sem dúvida a aplicação destemperada da teoria da ofensa reflexa causa inconveniente insegurança no âmbito do STF, que muitas vezes fecha os olhos para o verdadeiro propósito dos recursos extraordinário, cuja função é conceder ao jurisdicional, de maneira prospectiva, a orientação da interpretação das normas constitucionais.

4. O redirecionamento dos recursos especial e extraordinário previsto nos arts. 1.032 e 1.033 do NCPC

Com o nítido intuito de acabar com manifesta denegação de justiça que a aplicação desmedida da teoria da ofensa reflexa causa ao jurisdicionado no âmbito dos tribunais superiores, o novo Código de Processo Civil, nos arts. 1.032 e 1.033, prevê o *redirecionamento* do recurso caso o tribunal superior entenda não ser competente para apreciar a matéria recursal.


Segundo o disposto no art. 1.032, caso o STJ entenda que a argumentação constante no recurso especial verse sobre matéria constitucional, deverá conceder o prazo de 15 dias para que o recorrente adapte seu recurso, demonstrando a existência de repercussão geral e se manifestando sobre a questão constitucional, para posterior remessa ao STF que, por sua vez, em juízo de admissibilidade, poderá devolver os autos ao STJ.

Por outro lado, se o STF entender que o recurso extraordinário trata de ofensa reflexa ao texto constitucional, deverá remeter os autos ao STJ para julgamento como recurso especial, inclusive dando oportunidade ao recorrente para adaptar suas razões recursais à matéria infraconstitucional.²⁸

Trata-se de regra extremamente útil diante do atual cenário jurisprudencial criado nos tribunais superiores, na medida em que, em primeiro lugar, não obriga o jurisdicionado a interpor dois recursos - especial e extraordinário - sobre uma mesma questão para ver sua pretensão analisada por um dos tribunais superiores.

Além disso, por prever regra imperativa - e não mera faculdade ao relator - a remessa dos autos ao tribunal superior competente evitará que o jurisdicionado tenha ambos os recursos inadmitidos por fundamentações contraditórias adotadas pelo STF e pelo STJ - ofensa reflexa e ofensa direta ao texto constitucional - evitando-se verdadeiro vácuo no controle e interpretação da Constituição Federal.

Todavia, para que seja possível extrair o máximo de aproveitamento destes dispositivos e permitir que eles alcancem seu desiderato, importante premissa deve ser observada, sob pena da teoria da ofensa reflexa continuar sendo usada apenas e tão somente para evitar que recursos excepcionais sejam julgados pelo mérito.

Nessa linha, entendemos que as regras previstas nos arts. 1.032 e 1.033 do NCPC, não se tratam da aplicação do princípio da fungibilidade recursal,²⁹ mas sim de um *redirecionamento* em razão da competência constitucional imposta ao STJ e ao STF, pelos arts. 102, III, *a e c* e 105, III, *a a c*, da  [CF/1988](#).

Tal instituto, no nosso entender, se assemelha aos casos em que, por exemplo, um recurso de apelação é distribuído no TJSP para uma das Câmaras de Direito Privado, mas que, em razão da matéria, deveria ter sido

distribuída para uma das Câmaras Reservadas de Direito Empresarial.

Identificada a remessa equivocada por uma das Câmaras de Direito Privado, a redistribuição para uma das Câmaras Especializadas competentes se trata de aplicação do princípio da fungibilidade? Ou, na verdade, se trata de um redirecionamento em razão da competência imposta pela Res. TJSP 623/2011? Parece-nos que a segunda indagação é a correta.

Essa posição ganha utilidade prática, principalmente se considerarmos que a redistribuição do recurso excepcional para a Corte competente para apreciação da matéria independe de demonstração de dúvida objetiva ou ausência de erro grosseiro pelo recorrente.³⁰

No nosso entender, caso o recorrente fique obrigado a demonstrar nas razões recursais que há dúvida na jurisprudência do STF se a ofensa é direta ou reflexa à Constituição, a incidência do instituto do redirecionamento seria diminuída, sendo inaplicável, por exemplo, nos casos de recursos extraordinários cuja argumentação verse sobre violação do princípio da legalidade, ante o entendimento consolidado no Supremo no sentido de que se trata de violação reflexa.³¹

Por essas razões, a diferenciação entre fungibilidade recursal e o instituto do *redirecionamento* nos recursos especial e extraordinário mostra-se premissa necessária para preservar a aplicação das regras previstas nos arts. 1.032 e 1.033, na medida em que qualquer obrigação imposta ao recorrente de demonstrar dúvida objetiva ou ausência de erro grosseiro, certamente devolverá aos tribunais superiores o fundamento atualmente usado para convenientemente manejar as pautas de julgamentos.³²

Tal regra é de extrema utilidade e sua aplicação deve ser intensamente estimulada pela doutrina e pela jurisprudência, consistindo em verdadeiro retrato do princípio da cooperação, esculpido no art. 6.º do NCPC, com o objetivo de impedir que a teoria da ofensa reflexa seja aplicada com o objetivo último de evitar que os recursos especial e extraordinário sejam julgados pelo mérito.

I. Bibliografia

ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2. ed. reform. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2008.

_____; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coords.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2015.

ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2012.


BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. vol. 5.

_____. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2015.

DANTAS, Bruno. *Repercussão geral: perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado: questões processuais*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2012.

DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; PEIXOTO, Ravi Medeiros; MACÊDO, Lucas Buriel. *Coleção Novo CPC - Doutrina selecionada - Processos nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais*. Salvador: JusPodivm, 2015. vol. 6.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2015.

VOLPE CAMARGO, Luiz Henrique. A fungibilidade de mão dupla entre recursos excepcionais no  [CPC/2015](#). In: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; PEIXOTO, Ravi Medeiros; MACÊDO, Lucas Buriel. *Coleção Novo CPC - Doutrina selecionada - Processos nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais*. Salvador: JusPodivm, 2015. vol. 6.

Pesquisas do Editorial

- A "REPERCUSSÃO GERAL" COMO PRESSUPOSTO DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO, de José Rogério Cruz e Tucci - Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional 10/2015/1223
- PREQUESTIONAMENTO NO RECURSO ESPECIAL SOB A ÓTICA DA FUNÇÃO DO STJ NO SISTEMA PROCESSUAL CIVIL: UMA ANÁLISE PERANTE O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, de Roberta Scalzilli - RePro 246/2015/287
- CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PELO STJ: UMA MEDIDA CONTRA LEGEM?, de Juliana Mieko Rodrigues Oka - RePro 253/2016/15
- O PREQUESTIONAMENTO NO STJ. UMA BREVE ABORDAGEM DA VISÃO ATUAL DA CORTE E DAS MUDANÇAS TRAZIDAS PELO NOVO CPC, de Leonardo Fernandes Ranña - RePro 253/2016/331

FOOTNOTES

1

STF, AgRg no AgIn 134.736-9, 1.ª T., j. 21.06.1994, rel. Min. Sepúlveda Pertence. Disponível em: [www.stj.jus.br]. Acesso em: 09.09.2015.

2

Nesse sentido é a lição de Araken de Assis: "O motivo dessa restrição repousa em dois fundamentos. Primeiro: ao STF só incumbe o controle das questões constitucionais. As questões federais integram os domínios do recurso especial. Segundo: os tipos do art. 102, III, a e c, se mostram rígidos e não comportam interpretação elástica para incluir a questão federal posta de permeio à aplicação da Constituição. Nesta contingência, o recorrente há que interpor recurso extraordinário e recurso especial. E, por isso mesmo, consistindo a norma federal questionada em mera repetição do texto constitucional, há ofensa direta, e não reflexa". ASSIS. Araken de. Manual dos recursos. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 746.

3

Art. 60, § 1.º, a: "quando se questionar sobre a vigência ou a validade das leis federaes em face da Constituição e a decisão do Tribunal do Estado lhes negar aplicação".

4

Art. 76, 2, III, b: "quando se questionar sobre a vigência ou validade de lei federal em face da Constituição, e a decisão do Tribunal local negar aplicação à lei impugnada."

5

Art. 101, 2.º, III, b: "quando se questionar sobre a vigência ou validade da lei federal em face da Constituição, e a decisão do Tribunal local negar aplicação á lei impugnada."

6

Art. 101, III, a: "quando a decisão for contrária a dispositivo desta Constituição ou à letra de tratado ou lei federal."

7

Art. 114, III, a: "contrariar dispositivo desta Constituição ou negar vigência a tratado ou lei federal."

8

Art. 102, III, a: "contrariar dispositivo desta Constituição."

9

STF, RE 92.264-4, 2.ª T., j. 18.04.1980, rel. Min. Decio Miranda. Disponível em: [www.stf.jus.br]. Acesso em: 20.10.2015.

10

STF, RE 109.585-7/BA, 2.ª T., j. 18.12.1986, rel. Min. Djaci Falcão. Disponível em: [www.stf.jus.br]. Acesso em: 09.09.2015.

11

STF, AgIn 93.155-4/MG, 1.ª T., j. 02.09.1983, rel. Min. Soares Muñoz. Disponível em: [www.stf.jus.br]. Acesso em: 09.09.2015.

12

"Art. 99. Os recursos extraordinários interpostos das sentenças proferidas por última instância pelas justiças dos Estados ou do Distrito Federal nos casos expressos nos arts. 59 III e 61 da Constituição, art. 9º II letra b e § único, IV, e art. 16 do Decr. n. 848 de 11 de Outubro de 1890 para as revistas manifestadas para o extinto Supremo Tribunal de Justiça."

13

"Art. 170. No julgamento do recurso o Tribunal verificará preliminarmente se ocorre algum dos casos em que o mesmo é facultado. Decidida a preliminar pela negativa, não tomará conhecimento do recurso; sim pela afirmativa, julgará o feito, mas a sua decisão, quer confirme, quer reforme a sentença recorrida, será restrita à questão federal controvertida, sem se estender a qualquer outra, porventura compreendida no julgado."

14

"Art. 189. Os recursos extraordinários e agravos por sua denegação serão julgados pelas Turmas; observado quanto àqueles, o que dispõe sobre as apelações (exceto quanto aos agravos no [palavra ilegível] do processo.), e quanto aos agravos pela denegação do recurso, o que se prescreveu para os agravos em geral."

15

"Art. 304. O recurso extraordinário para o Tribunal será interposto com precisa indicação do dispositivo ou alínea, que o autorize, dentre os casos previstos nos arts. 119, III, a, b, c, d, 139 e 143 da Constituição Federal (art. 60, XX)."

16

Dentre inúmeros, ver: STF, AgRg no Ag em RE 879.239, 1.ª T., j. 18.08.2015, rel. Min. Rosa Weber. Disponível em: [www.stf.jus.br]. Acesso em: 09.09.2015.

17

Dentre inúmeros, ver: STF, AgRg no Ag em RE 900.039/RJ, 1.ª T., rel. Min. Rosa Weber, j. 25.08.2015. Disponível em: [www.stf.jus.br]. Acesso em: 09.09.2015.

18

Dentre inúmeros, ver: STF, AgRg no Ag em RE 750.432/SP, 2.ª T., j. 18.08.2015, rel. Min. Teori Zavascki. Disponível em: [www.stf.jus.br]. Acesso em: 09.09.2015.

19

Dentre inúmeros, ver: STF, Ag em RE 915.844/BA, 1.ª T., j. 27.10.2015, rel. Min. Rosa Weber. Disponível em: [www.stf.jus.br]. Acesso em: 06.12.2015.

20

STF, RE 236.233/DF, 2.ª T., j. 14.09.1999, rel. Min. Nelson Jobim. Disponível em: [www.stf.jus.br]. Acesso em: 09.09.2015.

21

STF, AgRg no Ag em RE 900.039/RJ, 1.ª T., j. 25.08.2015, rel. Min. Rosa Weber. Disponível em: [www.stf.jus.br]. Acesso em: 09.09.2015.

22

Admitindo recurso extraordinário sob a alegação de ofensa ao princípio do contraditório e da ampla defesa: STF, 1.ª T., RE 231.452-4/PR, rel. Min. Sepúlveda Pertence. Disponível em: [www.stf.jus.br]. Acesso em: 09.09.2015.

23

Caso Vale-Transporte: O STJ entendeu, num primeiro momento, que incidiria encargos previdenciários em vale-transporte pago em dinheiro (STJ, REsp 751.835/PR, 1.ª T., j. 23.08.2005, rel. Min. José Delgado. Disponível em: [www.stj.jus.br]. Acesso em: 09.09.2015). Posteriormente, o STF julgou a matéria e entendeu que não incide encargos previdenciários em vale-transporte pago em dinheiro (RE 478.410/SP, Plenário, j. 15.12.2011, rel. Min. Luiz Fux. Disponível em: [www.stf.jus.br]. Acesso em: 09.09.2015). Com isso, o STJ adequou-se ao entendimento do STF (MC 21.796/SP, 2.ª T., rel. Min. Humberto Martins, j. 17.12.2013. Disponível em: [www.stf.jus.br]. Acesso em: 09.09.2015).

24

Imunidade tributária de entidades sem fins lucrativos: ofensa reflexa à Constituição (STF, AgRg no Ag em RE 684.678/SP, 1.ª T., j. 24.02.2015, rel. Min. Rosa Weber. Disponível em: [www.stf.jus.br]. Acesso em: 09.09.2015); ofensa direta à Constituição (STJ, AgRg em Ag em REsp 587.283/SP, 2.ª T., j. 05.02.2015. Disponível em: [www.stj.jus.br]. Acesso em: 09.09.2015).

25

ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 267-269.

26

BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. vol. 5, p. 250.

27

DANTAS, Bruno. Repercussão geral: perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado: questões processuais. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 183.


28

Enunciado 566 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): "Na hipótese de conversão do recurso extraordinário em recurso especial, nos termos do art. 1.033, cabe ao relator conceder o prazo do caput do art. 1.032 para que o recorrente adapte seu recurso e se manifeste sobre a questão infraconstitucional".


29

Entendendo ser caso de aplicação do princípio da fungibilidade: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coords.). Breves comentários ao novo Código de Processo Civil. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 2305-2307; NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 2172-2173.

30

Entendendo pela necessidade de demonstração de existência de dúvida objetiva e ausência de erro grosseiro pelo recorrente: VOLPE CAMARGO, Luiz Henrique. A fungibilidade de mão dupla entre recursos excepcionais no  [CPC/2015](#). In: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; PEIXOTO, Ravi Medeiros; MACÊDO, Lucas Buril. Coleção Novo CPC - Doutrina selecionada - Processos nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais. Salvador: JusPodivm, 2015. vol. 6, p. 805-820.

31

Entendimento consolidado na Súmula  [636](#) do STF: "não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada as normas infraconstitucionais pela decisão recorrida."

Essa expressão foi utilizada por Bruno Dantas (op. cit., p. 184).

Este texto foi publicado no Jus no endereço
<https://jus.com.br/artigos/14273>
Para ver outras publicações como esta, acesse <https://jus.com.br>



Ofensa reflexa ao texto constitucional?

Ofensa reflexa ao texto constitucional?



Éverton Luis Pinheiro da Silva

Publicado em 01/2010. Elaborado em 01/2010.

Sumário: Muito se emprega a expressão "ofensa reflexa" para designar a falta de objetividade dos recorrentes na utilização do Recurso Extraordinário, exigindo o Supremo Tribunal Federal que a lesão ao texto constitucional seja direta. As normas, de forma mais ou menos intensa, encontram fundamento no texto maior. Assim, é natural que essa "ofensa reflexa" venha a atingir a estrutura constitucional, ainda que em segundo plano. Todavia, se a Constituição é a norma hierárquica superior, encontrando limites apenas em seus princípios - norma hipotética fundamental situada no plano lógico e não jurídico - estaria correta a expressão "ofensa reflexa"? A resposta é, justamente, o objeto deste trabalho, que tentará demonstrar ao leitor o equívoco da referida expressão.

Palavras-chave: Ofensa reflexa. Expressão equívoca.

1. NÚCLEO CONSTITUCIONAL.

1.1 A Constituição é uma norma suposta e não posta, decorre daí a sua supremacia, amparada na necessidade de uma ordem normativa inquebrantável, vez que não editada por nenhum ato anterior, figurando no plano lógico-jurídico, sob influências sociais, políticas e econômicas.

1.2 Da sua rigidez emana, como principal consequência, as limitações temporais, circunstanciais, materiais expressas (art. 60, §4º da CF/88) e implícitas (as que impedem a alteração do titular do poder constituinte, o processo de elaboração de emenda e o o vício de iniciativa), bem como a permissão para a utilização da intervenção.

1.3 Esses instrumentos de proteção, sob os quais as normas constitucionais podem adquirir a maior eficácia possível, propiciam o desenvolvimento da dogmática e da interpretação constitucional, em virtude de sua mutação, para maior garantia e proteção ao cidadão contra o arbítrio desmedido e disforme do Estado.

1.4.1 A despeito dessa eficácia, destacam-se, ainda, três aspectos relativos às normas constitucionais:

a) as de eficácia plena – aptas a produzir todos os seus efeitos, não dependendo de norma integrativa infraconstitucional;

b) as de eficácia contida – aptas a produzir efeitos, que poderão ser modificados reduzindo a sua abrangência por norma posterior;

c) as que não têm força de produzir todos os seus efeitos, mas possuem o poder de vinculação, não podendo ser ignoradas pelo legislador, conforme decidido pela Suprema Corte em vários precedentes: MI 670/ES (DJE de 31.10.2008); MI 708/DF (DJE de 31.10.2008); MI 712/PA (DJE de 31.10.2008); MI 715/DF (DJU de 4.3.2005). MI 795/DF, rel. Min. Cármen Lúcia, 15.4.2009. (MI-795).

2. A NORMA INFRACONSTITUCIONAL E SUA FINALIDADE.

2.1 Nesse sentido, as normas infraconstitucionais possuem missões Magnas a serem cumpridas, ante a necessidade de cada ente federativo. Isso não quer dizer que não possuam individualidade e autonomia, mas, que todas as normas legais possuem um fim constitucional em sua consumação.

3. OS VÍCIOS DE INCONSTITUCIONALIDADE QUE COSTUMAM TRANSITAR NA ESTRUTURA DA LEI

3.1 Com espeque na antiga doutrina americana, segundo a qual "*the unconstitutional statute is not law at all*", grande parte da doutrina brasileira acenava em favor da equiparação entre inconstitucionalidade e nulidade, situação que se inverteu, pois segundo Gilmar Ferreira Mendes ^[01] a inconstitucionalidade de uma lei pode levar, também, a diferentes variantes de declaração de nulidade:

a) declaração de nulidade total – a totalidade da lei ou do ato normativo é invalidada pelo Tribunal, porque possui, em sua gênese, defeitos formais insanáveis (invasão de competência e de iniciativa no processo legislativo). A declaração de nulidade, *in casu*, é a expressão de unidade técnolegislativa;

b) declaração de nulidade total em virtude da dependência ou interdependência entre as partes constitucionais e inconstitucionais da lei – se a disposição principal de uma lei for declarada inconstitucional, todo o resto (incisos, parágrafos e alíneas), também, será, salvo se algum dispositivo puder subsistir sem a parte considerada inconstitucional – é a situação de inconstitucionalidade em virtude de dependência unilateral.

3.2 Saliente-se que a dependência ou interdependência normativa entre os dispositivos de uma lei pode justificar a extensão da declaração de sua inconstitucionalidade, face aos dispositivos constitucionais, mesmo nos casos em que estes não estejam incluídos no pedido inicial da ação – a doutrina denomina declaração de inconstitucionalidade consequente ou por arrastamento (é o caso do decreto em relação à lei inconstitucional).

3.4 De outra parte, a doutrina e a jurisprudência brasileiras admitem plenamente a teoria da divisibilidade da lei, de modo que o Tribunal deve proferir a inconstitucionalidade daquelas normas viciadas, investigando a existência de relação de dependência, seja ela unilateral ou recíproca, a outras partes da lei.

3.5 Tal teoria corrobora o raciocínio desenvolvido, pois demonstra que a norma, sendo expressão ou instrumento constitucional, impõe a aferição do grau de dependência entre os dispositivos, isto é, a análise da relação de vinculação ao texto constitucional para a declaração direta de inconstitucionalidade, consoante ofensa deflagrada.

4. A DIFICULDADE NA INTERPRETAÇÃO DA EXPRESSÃO "OFENSA INDIRETA", PARA VIABILIZAR O RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

4.1 Toda estrutura normativa, quando seccionada, expõe o seu fundamento constitucional, que a seguirá, seja qual for a sua natureza. É justamente esse o ponto onde se encontra a dificuldade de aplicação da expressão referida, porquanto até os atos administrativos encontram esteio no corpo constitucional, por obedecerem aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

5.1 A névoa da indefinição, criada em torno do que é ou não ofensa constitucional indireta enseja dificuldade, até mesmo por aqueles que a aplicam, como se depreende do recurso extraordinário nº **567454 - BA – Bahia, cujo Ministro relator foi o Exmo. Sr. CARLOS BRITTO, em 28/02/2008:**

a) em 17.06.2009, o Pleno, observando, inclusive, a repercussão geral, por maioria e nos termos do voto do Relator, conheceu parcialmente do recurso e, na parte conhecida, negou-lhe provimento, vencidos os Senhores Ministros Marco Aurélio e Eros Grau. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Ausentes, licenciados, os

Senhores Ministros Joaquim Barbosa e Menezes Direito. Falaram, pela recorrente, o Dr. Leonardo Greco e, pelo interessado, INECON - Instituto de Educação para o Consumo "Olário de Oliveira França", o Dr. Roberto Soligo.

b) todavia, em 18.06.2009, o Tribunal resolvendo questão de ordem suscitada pelo Senhor Ministro Cezar Peluso, manifestou-se no sentido de adotar o regime da inexistência de repercussão geral aos processos que envolvam a questão de tarifa básica de telefonia fixa, por possuir caráter infraconstitucional, restando vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio. Destarte, decidiram modificar a decisão anterior. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Ausente, licenciado, o Senhor Ministro Menezes Direito. Plenário, 18.6.2009.

7. CORRIGINDO A EXPRESSÃO "OFENSA REFLEXA"

7.1 A etimologia da palavra lei vem do verbo latino *ligare*, que significa "aquilo que liga", ou *legere*, que significa "aquilo que se lê", é uma norma ou conjunto de normas jurídicas criadas através dos processos próprios do ato normativo e estabelecidas pelas autoridades competentes para consumir o seu fundamento constitucional.

7.2 Não há dúvida que toda norma infraconstitucional possui essa missão. Logo, é possível aferir a legalidade ou a sua inconstitucionalidade, aplicando a teoria da divisibilidade para rastrear, na estrutura nuclear normativa, além da essência constitucional, elementos que possam mitigar a autoridade da Lei Suprema.

7.3 Cabe ao intérprete verificar, no interior desse núcleo, a transição do vício da esfera legal para a constitucional ou vice versa. Essa análise deve ser efetivada, observando a preponderância da matéria infraconstitucional para solucionar a questão e, uma vez aplicada, se restará exaurida a controvérsia, ocasião em que será afastada a **densidade constitucional**.

7.4 Isto porque a essência que viceja na estrutura normativa não deve suscitar a aplicação de teorias constitucionais, como a unidade técnico-legislativa ^[02], tampouco a inconstitucionalidade em virtude de dependência unilateral ^[03] ou por arrastamento ^[04], possuindo, apenas, a função de atribuir legalidade e obrigatoriedade aos atos administrativos ou privados que lhe tomem por fundamento.

7.5 Para comprovar o exposto, segue julgado do STJ que, analisando a transição entre o legal e o constitucional, assim se manifestou:

"...6. A violação dos princípios do devido processo legal e do contraditório (por afronta aos arts. 31 e 32 do Decreto-Lei nº 70/66), acerca da aferição da adjudicação do imóvel, é tema de cunho eminentemente constitucional, cuja competência escapa desta Corte Especial por força do art. 105, III, da Carta Magna de 1988, que reserva ao STJ a função de intérprete da legislação infra-constitucional (precedente: REsp 485.253 - RS, Relator Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Primeira Turma, DJ de 18 de abril de 2005).

7. Financeiro da Habitação, e atuando as instituições elencadas no inciso II do art. 30, do Decreto-Lei 70/66, como mandatárias do Banco Nacional da Habitação, fica dispensada a escolha do agente fiduciário de comum acordo entre o credor e o devedor, ainda que haja expressa previsão contratual.

8. In casu, a CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF elegeu a APEMAT - Crédito Imobiliário S/A como agente fiduciário porquanto sucessora do extinto Banco Nacional da Habitação (fl. 110), não havendo se falar em maltrato à norma infra-constitucional..." [05]

8. CONCLUSÃO

8.1 A constituição tem por base a necessidade de uma ordem normativa inquebrantável, desenvolvida para efetivar e dar maior garantia ao tecido constitucional.

8.2 Quando o Poder Constituinte elencou as normas afetadas ao processo legislativo, visou garantir, de forma descentralizada, os objetivos fundamentais da República.

8.3 Nesse sentido, as normas infraconstitucionais, não obstante sua individualidade e autonomia, ostentam missões constitucionais a serem cumpridas.

8.4 Os aplicadores do direito, ante a abstração da expressão "ofensa reflexa", começaram a interpretá-la de acordo com suas necessidades, sem atentar à efetividade da norma constitucional e à sua autoridade, que não admitem mitigação, ainda que leve, por norma de hierarquia inferior.

8.5 Isto porque pode transitar, no interior do núcleo normativo, determinado vício legal ou constitucional, cuja pesquisa e detecção devem ser realizadas, observando-se, porém, se a matéria infraconstitucional é preponderante para solucionar a questão, e, uma vez aplicada, se restará exaurida a controvérsia.

8.6 Uma vez exaurida a questão na esfera infraconstitucional, haverá **falta de densidade constitucional**, obstando, assim, a via extrema, e não a "ofensa reflexa", que tanto se apregoa de forma equivocada.

BIBLIOGRAFIA

1. Constituição da República Federativa do Brasil – São Paulo: Saraiva, 2004. - Coleção Saraiva de Legislação;
 2. Lenza, Pedro – Direito constitucional esquematizado – 13. ed. Rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009;
 3. Hesse, Konrad – A força normativa da constituição – Tradução de Gilmar Ferreira Mendes – Porto Alegre: ed. Sergio Antonio Fabris - 1991;
 4. Mendes, Gilmar Ferreira e outros – Curso de Direito Constitucional – 4.ed rev e atual. - São Paulo: Saraiva – 2009.
-

NOTAS

1. Mendes, Gilmar Ferreira e outros – Curso de Direito Constitucional – 4.ed rev e atual. - São Paulo, Saraiva – 2009.
 2. Vício de iniciativa da lei.
 3. Se a disposição principal da lei for considerada inconstitucional todo o resto também lhe seguirá, salvo se algum dispositivo puder subsistir.
 4. É a dependência ou interdependência normativa, à título de exemplo, poder-se-ia vislumbrar inconstitucional não só a lei, como, também, o seu decreto regulamentador
 5. REsp 867809 / MT - RECURSO ESPECIAL - 2006/0127449-6 Relator(a) Ministro LUIZ FUX (1122) Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA Data do Julgamento 05/12/2006 Data da Publicação/Fonte DJ 05/03/2007 p. 265
-

Autor



Éverton Luis Pinheiro da Silva

Supervisor de Gabinete do Sub-Procurador Geral da República Dr. Wagner Mathias, com atuação na PGR.Especialista em Direito Penal pela ESMP/SP.Graduando-se pela Uniasselvi, em Direito Constitucional. Aprovado nos Concursos de Delegado Civil - MT, Defensor Público do Estado de Pernambuco e Analista do MPU.

Informações sobre o texto

Como citar este texto (NBR 6023:2018 ABNT)

SILVA, Éverton Luis Pinheiro da. Ofensa reflexa ao texto constitucional?. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 15, n. 2405, 31 jan. 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/14273>. Acesso em: 12 jan. 2021.

KONRAD HESSE

A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

(DIE NORMATIVE KRAFT DER VERFASSUNG)

TRADUÇÃO DE
GILMAR FERRÉRIA MENDES

Sergio Antonio Fabris Editor

1991. Ano de comemoração da Faculdade de Direito de Itabira

A Força Normativa da Constituição (Die normative Kraft der Verfassung)

(Konrad Hesse)

Em 16 de abril de 1862, Ferdinand Lassalle proferiu, numa associação liberal-progressista de Berlim, sua conferência sobre a essência da Constituição (Über das Verfassungswesen)¹. Segundo sua tese fundamental, questões constitucionais não são questões jurídicas, mas sim questões políticas. É que a Constituição de um país expressa as relações de poder nele dominantes: o poder militar, representado pelas Forças Armadas, o poder social, representado pelos latifundiários, o poder econômico, representado pela grande indústria e pelo grande capital, e, finalmente, ainda que não se equipare ao significado dos demais, o poder intelectual, representado pela consciência e pela cultura gerais. As relações fáticas resultantes da conjugação desses fatores constituem a força ativa determinante das leis e das instituições da sociedade, fazendo com que estas expressem, tão-somente, a correlação de forças que resulta dos fatores reais de poder; Esses fatores reais do poder formam a Constituição real do país. Esse documento chamado Constituição – a Constituição jurídica – não passa, nas palavras de Lassalle, de um pedaço de papel (ein Stück Papier). Sua capacidade de regular e de motivar está limitada à sua compatibilidade com a Constituição real. Do contrário, torna-se inevitável o conflito, cujo desfecho há de se verificar contra a Constituição escrita, esse pedaço de papel que terá de sucumbir diante dos fatores reais de poder dominantes no país.

Questões constitucionais não são, originariamente, questões jurídicas, mas sim questões políticas. Assim, ensinam-nos não apenas os políticos, mas também os juristas. “Tal como ressaltado pela grande doutrina, ainda não apreciada devidamente em todos os seus aspectos – afirma Georg Jellinek quarenta anos mais tarde –, o desenvolvimento das Constituições demonstra que regras jurídicas não se mostram aptas a controlar, efetivamente, a divisão de poderes políticos. As forças políticas movem-se consoante suas próprias leis, que atuam independentemente das formas jurídicas”². Evidentemente, esse pensamento não pertence ao passado. Ele se manifesta, de forma expressa ou implícita, também no presente. É verdade que hoje ele surge apenas de forma mais simplificada e imprecisa, não se atribuindo relevância maior à consciência e à cultura gerais, também contempladas por Lassalle como fatores reais de poder. A concepção sustentada inicialmente por Lassalle parece ainda mais fascinante se se considera a sua aparente simplicidade e evidência, a sua base calcada na realidade – o que torna imperioso o abandono de qualquer ilusão – bem como a sua aparente confirmação pela experiência histórica. É que a história constitucional parece, efetivamente, ensinar que, tanto na práxis política cotidiana quanto nas questões fundamentais do Estado, o poder da força afigura-se sempre superior à força das normas jurídicas, que a normatividade submete-se à realidade fática. Pode-se recordar, a propósito, tanto o conflito relativo ao orçamento da Prússia (Budgetkonflikt), referido por Lassalle, como a mudança do papel político do Parlamento, subjacente à resignada afirmação de Georg

¹ Gesammelte Reden und Schriften, org. e introdução de Eduard Bernstein II (1919), p. 25 s.

² Verfassungsgänderung und Verfassungswandlung (1906), p. 72.

Jellinek, ou ainda o exemplo da debacle da Constituição de Weimar, que, em virtude de sua evidência, revela-se insuscetível de qualquer contestação.

Considerada em suas conseqüências, a concepção da força determinante das relações fáticas significa o seguinte: a condição de eficácia da Constituição jurídica, isto é, a coincidência de realidade e norma, constitui apenas um limite hipotético extremo. É que, entre a norma fundamentalmente estática e racional e a realidade fluida e irracional, existe uma tensão necessária e imanente que não se deixa eliminar. Para essa concepção do Direito Constitucional, está configurada permanentemente uma situação de conflito: a Constituição jurídica, no que tem de fundamental, isto é, nas disposições não propriamente de índole técnica, sucumbe cotidianamente em face da Constituição real. A idéia de um efeito determinante exclusivo da Constituição real não significa outra coisa senão a própria negação da Constituição jurídica. Poder-se-ia dizer, parafraseando as conhecidas palavras de Rudolf Sohm, que o Direito Constitucional está em contradição com a própria essência da Constituição.

Essa negação do direito constitucional importa na negação do seu valor enquanto ciência jurídica. Como toda ciência jurídica, o Direito Constitucional é ciência normativa; Diferencia-se, assim, da Sociologia e da Ciência Política enquanto ciências da realidade. Se as normas constitucionais nada mais expressam do que relações fáticas altamente mutáveis, não há como deixar de reconhecer que a ciência da Constituição jurídica constitui uma ciência jurídica na ausência do direito, não lhe restando outra função senão a de constatar e comentar os fatos criados pela *Realpolitik*. Assim, o Direito Constitucional não estaria a serviço de uma ordem estatal justa, cumprindo-lhe tão-somente a miserável função – indigna de qualquer ciência – de justificar as relações de poder dominantes. Se a Ciência da Constituição adota essa tese e passa a admitir a Constituição real como decisiva, tem-se a sua descaracterização como ciência normativa, operando-se a sua conversão numa simples ciência do ser. Não haveria mais como diferenciá-la da Sociologia ou da Ciência Política.

Afigura-se justificada a negação do Direito Constitucional, e a conseqüente negação do próprio valor da Teoria Geral do Estado enquanto ciência, se a Constituição jurídica expressa, efetivamente, uma momentânea constelação de poder. Ao contrário, essa doutrina afigura-se desprovida de fundamento se se puder admitir que a Constituição contém, ainda que de forma limitada, uma força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado. A questão que se apresenta diz respeito à força normativa da Constituição. Existiria, ao lado do poder determinante das relações fáticas, expressas pelas forças políticas e sociais, também uma força determinante do Direito Constitucional? Qual o fundamento e o alcance dessa força do Direito Constitucional? Não seria essa força uma ficção necessária para o constitucionalista, que tenta criar a suposição de que o direito domina a vida do Estado, quando, na realidade, outras forças mostram-se determinantes? Essas questões surgem particularmente no âmbito da Constituição, uma vez que aqui inexiste, ao contrário do que ocorre em outras esferas da ordem jurídica, uma garantia externa para execução de seus preceitos. O conceito de Constituição jurídica e a própria definição da Ciência do Direito Constitucional enquanto ciência normativa dependem da resposta a essas indagações.

-II-

Uma tentativa de resposta deve ter como ponto de partida o condicionamento recíproco existente entre a Constituição jurídica e a realidade político-social³ (1.). Devem ser considerados, nesse contexto, os limites e as possibilidades da atuação da Constituição jurídica (2). Finalmente, hão de ser investigados os pressupostos de eficácia da Constituição (3.).

1. O significado da ordenação jurídica na realidade e em face dela somente pode ser apreciado se ambas – ordenação e realidade – forem consideradas em sua relação, em seu inseparável contexto, e no seu condicionamento recíproco. Uma análise isolada, unilateral, que leve em conta apenas um ou outro aspecto, não se afigura em condições de fornecer resposta adequada à questão. Para aquele que contempla apenas a ordenação jurídica, a norma “está em vigor” ou “está derogada”; Não há outra possibilidade. Por outro lado, quem considera, exclusivamente, a realidade política e social ou não consegue perceber o problema na sua totalidade, ou será levado a ignorar, simplesmente, o significado da ordenação jurídica.

A despeito de sua evidência, esse ponto de partida exige particular realce, uma vez que o pensamento constitucional do passado recente está marcado pelo isolamento entre norma e realidade, como se constata tanto no positivismo jurídico de Escola de Paul Laband e Georg Jellinek, quanto no “positivismo sociológico” de Carl Schmitt⁴. Os efeitos dessa concepção ainda não foram superados. A radical separação, no plano constitucional, entre realidade e norma, entre ser (Sein) e dever ser (Sollen) não leva a qualquer avanço na nossa indagação. Como anteriormente observado⁵, essa separação pode levar a uma confirmação, confessa ou não, da tese que atribui exclusiva força determinante às relações fáticas⁶. Eventual ênfase numa ou noutra direção leva quase inevitavelmente aos extremos de uma norma despida de qualquer elemento da realidade ou de uma realidade esvaziada de qualquer elemento normativo. Faz-se mister encontrar, portanto, um caminho entre o abandono da normatividade em favor do domínio das relações fáticas, de um lado, e a normatividade despida de qualquer elemento da realidade, de outro. Essa via somente poderá ser encontrada se se renunciar à possibilidade de responder às indagações formuladas com base numa rigorosa alternativa. A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência,

³ A questão aqui apresentada sobre a força normativa não constitui indagação da teoria das fontes jurídicas. Não é decisivo, assim, definir se princípios do direito suprapositivo podem integrar a “Constituição jurídica”. A problemática subsiste mesmo em caso de uma resposta afirmativa.

(1),(2) e (3) Ver tópicos a seguir.

⁴ Expressivos exemplos dessa forma de pensar podem ser identificados em P. Laband, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches* (5a. ed. 1911) I p. IX s.; G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre* (3a. ed. 1921) p. 20, 50 s.; C. Schmitt, *Verfassungslehre* (1928), p. 22 s.

⁵ Cf. v.g. G. Leibholz, *Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit*, edição reduzida, agora, in: *Strukturprobleme der modernen Demokratie* (1958), p. 279 s.; H. Ehmke, *Grenzen der Verfassungsänderung* (1953), p. 33; Chr. Grafv. Crockow, *Die Entscheidung* (1958), p. 65 s.

⁶ V.g. : G. Jellinek, *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung*, cit. , e *Allgemeine Staatslehre*, p. 359; C. Schmitt, *politische Theologie* (2a. ed. , 1934), p. 18 s. Quanto à crítica ao Formalismo e ao Positivismo, o necessário foi dito já à Época de Weimar, principalmente por E. Kaufmann, R. Smend, H. Heller e G. Holstein. Cf. , a propósito, as referências bibliográficas indicadas na nota 7 e, particularmente, ainda H. Heller, *Bemerkungen zur staats - und rechtstheoretischen Problematik der Gegenwart*, AÖR NF 16 (1929), p. 321 s., em especial p. 343 s.

ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia (Geltungsanspruch) não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas. Devem ser contempladas aqui as condições naturais, técnicas, econômicas, e sociais. A pretensão de eficácia da norma jurídica somente será realizada se levar em conta essas condições. Há de ser, igualmente, contemplado o substrato espiritual que se consubstancia num determinado povo, isto é, as concepções sociais concretas e o baldrame axiológico que influenciam decisivamente a conformação, o entendimento e a autoridade das proposições normativas.

Mas, – esse aspecto afigura-se decisivo – a pretensão de eficácia de uma norma constitucional não se confunde com as condições de sua realização; a pretensão de eficácia associa-se a essas condições como elemento autônomo. A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas. A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas.

2. Para usar a terminologia acima referida, “Constituição real” e “Constituição jurídica” estão em uma relação de coordenação⁷. Elas condicionam-se mutuamente, mas não dependem, pura e simplesmente, uma da outra. Ainda que não de forma absoluta, a Constituição jurídica tem significado próprio. Sua pretensão de eficácia apresenta-se como elemento autônomo no campo de forças do qual resulta a realidade do Estado. A Constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia. Essa constatação leva a uma outra indagação, concernente às possibilidades

⁷ A despeito de todas as diferenças de ponto de vista, essa concepção da estrutura do direito não se perdeu no passado recente e no presente. Cf. v.g. O. Gierke, *Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatstheorien* ZgesStW 30 (1874), p. 159; E. Huber, *Recht und Rechtsverwirklichung* (2. ed., 1925), p. 31 segs; 281 segs; E. Kaufmann, *Das Wesen des Völkerrechts und die clausula rebus sic stantibus* (1911) passim, especialmente p. 102 s., 107 s. 115, 125 s. 129 s.; idem, *Untersuchungsausschu und Staatsgerichtshof* (1920), p. 68; resumindo e particularmente impressionante, com certeza, com uma tendência fundamental para harmonização: *Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie* (1921) passim; D. Schindler, *Verfassungsrecht und soziale Struktur* (3a. ed., 1950); com particular clareza: H. Heller op.cit. e *Staatslehre* (1934) passim, particularmente, p. 184 s.; U. Scheuner, *Beitritt der Bundesrepublik zur europäischen Verteidigungsgemeinschaft und Grundgesetz, Rechtsgutachten in: Der Kampf um den Wehrbeitrag II* (1953), p. 101 s.; idem, *Grundfrage des modernen Staates in: Recht, Staat und Wirtschaft III* (1951), p. 134; J. Wintrich, *Ober Eingenart und Methode verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung in Verfassung und Verwaltung in Theorie und Wirklichkeit, Festschrift für Wilhelm Laforet* (1952), p. 229; G. Dürig., *Art. 2 des Grundgesetzes und die Generalermächtigung zu allgemeinpolizeilichen Maßnahmen, AÖR 79* (1953/54), p. 67 s.; Idem, *Der deutschem Staat im Jahre 1945 und seither, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 13* (1955), p. 33 s.; G. Leibholz, *Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit*, cit. p. 280 s. A teoria da integração (Integrationslehre) esforça-se para realizar uma aproximação entre norma e fato e reduzir, assim, a necessária tensão entre ambos, tal como ressaltado por R. Smend (Artikel “Integrationslehre” in: *Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, V*, p. 301), na medida em que ela vislumbra o problema como uma “questão concernente à substância específica do Estado como objeto de disciplina jurídica na Constituição” (R. Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht in: Staatsrechtliche Abhandlungen* (1955), p. 188).

e aos limites de sua realização no contexto amplo de interdependência no qual esta pretensão de eficácia encontra-se inserida.

Como mencionado, a compreensão dessas possibilidades e limites somente pode resultar da relação da Constituição jurídica com a realidade. Não se trata, à evidência, de revelação nova. Ela permanece uma obviedade para a Teoria do Estado do Constitucionalismo, para a qual uma separação entre a Constituição jurídica e o Todo da realidade estatal ainda se afigura estranha. Se estou a analisar corretamente, esse entendimento encontra a sua mais clara expressão nos escritos políticos de Wilhelm Humboldt.

“Nenhuma Constituição política completamente fundada num plano racionalmente elaborado – afirma Humboldt num dos seus primeiros escritos – pode lograr êxito; somente aquela Constituição que resulta da luta do acaso poderoso com a racionalidade que se lhe opõe consegue desenvolver-se”. Em outros termos, somente a Constituição que se vincule a uma situação histórica concreta e suas condicionantes, dotada de uma ordenação jurídica orientada pelos parâmetros da razão, pode, efetivamente, desenvolver-se. (...) “Cuida-se de uma consequência – acrescenta ele – da natureza completamente singular do presente”, (aus der ganzen Beschaffenheit der Gegenwart). “Os projetos que a razão pretende concretizar recebem forma e modificação do objeto mesmo a que se dirigem. Assim, podem eles tornar-se duradouros e ganhar utilidade. Do contrário, ainda que sejam executados, permanecem eternamente estéreis... A razão possui capacidade para dar forma à matéria disponível. Ela não dispõe, todavia, de força para produzir substâncias novas. Essa força reside apenas na natureza das coisas; a razão verdadeiramente sábia empresta-lhe estímulo, procurando dirigi-la. Ela mesma permanece modestamente estagnada. As Constituições não podem ser impostas aos homens tal como se enxertam rebentos em árvores. Se o tempo e a natureza não atuaram previamente, é como se se pretendesse coser pétalas com linhas. O primeiro sol do meio-dia haveria de chamuscá-las⁸”.

Na monografia sobre a Constituição Alemã, de dezembro de 1813, desenvolveu Humboldt as seguintes reflexões. “As Constituições, afirma, pertencem àquelas coisas da vida cuja realidade se pode ver, mas cuja origem jamais poderá ser totalmente compreendida e, muito menos, reproduzida ou copiada. Toda Constituição, ainda que considerada como simples construção teórica, deve encontrar um *germe material* de sua força vital no tempo, nas circunstâncias, no caráter nacional, necessitando apenas de desenvolvimento. Afigura-se altamente precário pretender concebê-la com base, exclusivamente, nos princípios da razão e da experiência⁹”.

Com essas assertivas, logrou Humboldt explicitar os limites da força normativa da Constituição. Se não quiser permanecer “eternamente estéril”, a Constituição – entendida aqui como “Constituição jurídica” – não deve procurar construir o Estado de forma abstrata e teórica. Ela não logra produzir nada que já não esteja assente na natureza singular do presente (*individuelle Beschaffenheit der Gegenwart*). Se lhe faltam esses pressupostos, a Constituição não pode emprestar “forma e modificação” à realidade; onde inexistente a força a ser despertada – força esta que decorre da natureza das coisas – não pode a Constituição emprestar-lhe direção; se as leis culturais, sociais, políticas e econômicas imperantes são

⁸ Ideen der Staatsverfassung, durch die neue französische Konstitution veranlaßt (1791), Ges. Schriften, organizado pela Preussische Akademie der Wissenschaften I (1903), p. 78 (Grifos meus).

⁹ Ges. Schriften 11. p. 99.

ignoradas pela Constituição, carece ela do imprescindível germe de sua força vital. A disciplina normativa contrária a essas leis não logra concretizar-se.

Definem-se, ao mesmo tempo, a *natureza peculiar* e a possível amplitude da força vital e da eficácia da Constituição. A norma constitucional somente logra atuar se procura construir o futuro com base na natureza singular do presente. Tal como exposto por Humboldt alhures, a norma constitucional mostra-se eficaz, adquire poder e prestígio se for determinada pelo princípio da necessidade¹⁰. Em outras palavras, a força vi tal e a eficácia da Constituição assentam-se na sua vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes do seu tempo, o que possibilita o seu desenvolvimento e a sua ordenação objetiva. A Constituição converte-se, assim, na ordem geral objetiva do complexo de relações da vida.

Mas, a força normativa da Constituição não reside, tão-somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade¹¹. A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente (*individuelle Beschaffenheit der Gegenwart*). Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*).

Essa vontade de Constituição origina-se de três vertentes diversas. Baseia-se na compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme. Reside, igualmente, na compreensão de que essa ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos (e que, por isso, necessita de estar em constante processo de legitimação). Assenta-se também na consciência de que, ao contrário do que se dá com uma lei do pensamento, essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana. Essa ordem adquire e mantém sua vigência através de atos de vontade¹². Essa vontade tem consequência porque a vida do Estado, tal como a vida humana, não está abandonada à ação surda de forças aparentemente inelutáveis. Ao contrário, todos nós estamos permanentemente convocados a dar conformação à vida do Estado, assumindo e resolvendo as tarefas por ele colocadas. Não perceber esse aspecto da vida do Estado representaria um perigoso empobrecimento de nosso pensamento. Não abarcaríamos a totalidade desse fenômeno e sua integral e singular natureza. Essa natureza apresenta-se não apenas

¹⁰ Ideen zu einem Versuch, die Wirksamkeit des Staates zu bestimmen, Ges. Schriften I, p. 244, 245; Vgl. auch Denkschrift über Preußens ständische Verfassung (1819) Ges. Schriften 12, 232.

¹¹ Com acerto observa G. Ritter sobre esse pensamento de Humboldt, que, estranhamente, nele se encontra muito pouco sobre uma vontade criativa capaz de estabelecer grandes metas e de lutar para a superação de resistências. De qualquer forma, cogita-se muito mais de uma inteligente adequação a uma realidade (Stein - II - p. 260). Também R. Smend (Art. Integrationslehre, p. 301) ressalta enfaticamente os perigos de uma concepção constitucional que enfatiza, unilateralmente, o significado das leis imanentes da matéria e que empreste pouco significado à vontade de conformação.

¹² H. Heller, AöR NF 16, p. 341, 353.

como problema decorrente dessas circunstâncias inelutáveis, mas também como problema de determinado ordenamento, isto é, como um problema normativo.

3. A força que constitui a essência e a eficácia da Constituição reside na natureza das coisas, impulsionado-a, conduzindo-a e transformando-se, assim, em força ativa. Como demonstrado, daí decorrem os seus limites. Daí resultam também os pressupostos que permitem à Constituição desenvolver de forma ótima a sua força normativa. Esses pressupostos referem-se tanto ao conteúdo da Constituição quanto à práxis constitucional. Tentarei enunciar, de forma resumida, alguns desses requisitos mais importantes.

a) Quanto mais o conteúdo de uma Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa.

Tal como acentuado, constitui requisito essencial da força normativa da Constituição que ela leve em conta não só os elementos sociais, políticos, e econômicos dominantes, mas também que, principalmente, incorpore o estado espiritual (*geistige Situation*) de seu tempo. Isso lhe há de assegurar, enquanto ordem adequada e justa, o apoio e a defesa da consciência geral.

Afigura-se, igualmente, indispensável que a Constituição mostre-se em condições de adaptar-se a uma eventual mudança dessas condicionantes. Abstraídas as disposições de índole técnico-organizatória, ela deve limitar-se, se possível, ao estabelecimento de alguns poucos princípios fundamentais, cujo conteúdo específico, ainda que apresente características novas em virtude das céleres mudanças na realidade sócio-política, mostre-se em condições de ser desenvolvido¹³. A “constitucionalização” de interesses momentâneos ou particulares exige, em contrapartida, uma constante revisão constitucional, com a inevitável desvalorização da força normativa da Constituição.

Finalmente, a Constituição não deve assentar-se numa estrutura unilateral, se quiser preservar a sua força normativa num mundo em processo de permanente mudança político-social. Se pretende preservar a força normativa dos seus princípios fundamentais, deve ela incorporar, mediante meticulosa ponderação, parte da estrutura contrária. Direitos fundamentais não podem existir sem deveres, a divisão de poderes há de pressupor a possibilidade de concentração de poder, o federalismo não pode subsistir sem uma certa dose de unitarismo. Se a Constituição tentasse concretizar um desses princípios de forma absolutamente pura, ter-se-ia de constatar, inevitavelmente - no mais tardar em momento de acentuada crise - que ela ultrapassou os limites de sua força normativa. A realidade haveria de pôr termo à sua normatividade; os princípios que ela buscava concretizar estariam irremediavelmente derogados.

b) Um ótimo desenvolvimento da força normativa da Constituição depende não apenas do seu conteúdo, mas também de sua práxis. De todos os partícipes da vida constitucional, exige-se partilhar aquela concepção anteriormente por mim denominada vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*). Ela é fundamental, considerada global ou singularmente.

¹³ O fato de a Constituição americana estar assentada nesse princípio configura não a única, mas, certamente, a fonte essencial de sua incomparável vitalidade.

Todos os interesses momentâneos - ainda quando realizados - não logram compensar o incalculável ganho resultante do comprovado respeito à Constituição, sobretudo naquelas situações em que a sua observância revela-se incômoda. Como anotado por Walter Burckhardt, aquilo que é identificado como vontade da Constituição, “deve ser honestamente preservado, mesmo que, para isso, tenhamos de renunciar a alguns benefícios, ou até a algumas vantagens justas. Quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional, fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável à essência do Estado, mormente ao Estado democrático”. Aquele, que, ao contrário, não se dispõe a esse sacrifício, “malbarata, pouco a pouco, um capital que significa muito mais do que todas as vantagens angariadas, e que, desperdiçado, não mais será recuperado¹⁴”.

Igualmente perigosa para força normativa da Constituição afigura-se a tendência para a freqüente revisão constitucional sob a alegação de suposta e inarredável necessidade política. Cada reforma constitucional expressa a idéia de que, efetiva ou aparentemente, atribui-se maior valor às exigências de índole fática do que à ordem normativa vigente. Os precedentes aqui são, por isso, particularmente preocupantes. A freqüência das reformas constitucionais abala a confiança na sua inquebrantabilidade, debilitando a sua força normativa. A estabilidade constitui condição fundamental da eficácia da Constituição.

Finalmente, a *interpretação* tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma (Gebot optimaler Verwirklichung der Norm). Evidentemente, esse princípio não pode ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual. Se o direito e, sobretudo, a Constituição, têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tábula rasa. Ela há de contemplar essas condicionantes, correlacionando-as com as proposições normativas da Constituição. A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (Sinn) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação.

Em outras palavras, uma mudança das relações fáticas pode – ou deve – provocar mudanças na interpretação da Constituição. Ao mesmo tempo, o sentido da proposição jurídica estabelece o limite da interpretação e, por conseguinte, o limite de qualquer mutação normativa. A finalidade (Telos) de uma proposição constitucional e sua nítida vontade normativa não devem ser sacrificadas em virtude de uma mudança da situação. Se o sentido de uma proposição normativa não pode mais ser realizado, a revisão constitucional afigura-se inevitável. Do contrário, ter-se-ia a supressão da tensão entre norma e realidade com a supressão do próprio direito. Uma interpretação construtiva é sempre possível e necessária dentro desses limites. A dinâmica existente na interpretação construtiva constitui condição fundamental da força normativa da Constituição e, por conseguinte, de sua estabilidade. Caso ela venha a faltar, tornar-se-á inevitável, cedo ou tarde, a ruptura da situação jurídica vigente.

¹⁴ Walter Burckhardt, Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung (3a. ed., 1931) p. VIII.

-III-

1. Em síntese, pode-se afirmar: a Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo. A pretensão de eficácia da Constituição somente pode ser realizada se se levar em conta essa realidade. A Constituição jurídica não configura apenas a expressão de uma dada realidade. Graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social. As possibilidades, mas também os limites da força normativa da Constituição resultam da correlação entre ser (Sein) e dever ser (Sollen).

A Constituição jurídica logra conferir forma e modificação à realidade. Ela logra despertar “a força que reside na natureza das coisas”, tornando-a ativa. Ela própria converte-se em força ativa que influi e determina a realidade política e social. Essa força impõe-se de forma tanto mais efetiva quanto mais ampla for a convicção sobre a inviolabilidade da Constituição, quanto mais forte mostrar-se essa convicção entre os principais responsáveis pela vida constitucional. Portanto, a intensidade da força normativa da Constituição apresenta-se, em primeiro plano, como uma questão de vontade normativa, de vontade de Constituição (Wille zur Verfassung).

Constatam-se os limites da força normativa da Constituição quando a ordenação constitucional não mais se baseia na natureza singular do presente (individuelle Beschaffenheit der Gegenwart). Esses limites não são, todavia, precisos, uma vez que essa qualidade singular é formada tanto pela idéia de vontade de Constituição (Wille zur Verfassung) quanto pelos fatores sociais, econômicos e de outra natureza. Quanto mais intensa for a vontade de Constituição, menos significativas hão de ser as restrições e os limites impostos à força normativa da Constituição. A vontade de Constituição não é capaz, porém, de suprimir esses limites. Nenhum poder do mundo, nem mesmo a Constituição, pode alterar as condicionantes naturais. Tudo depende, portanto, de que se conforme a Constituição a esses limites. Se os pressupostos da força normativa encontrarem correspondência na Constituição, se as forças em condições de violá-la ou de alterá-la mostrarem-se dispostas a render-lhe homenagem, se, também em tempos difíceis, a Constituição lograr preservar a sua força normativa, então ela configura verdadeira força viva capaz de proteger a vida do Estado contra as desmedidas investidas do arbítrio. Não é, portanto, em tempos tranquilos e felizes que a Constituição normativa vê-se submetida à sua prova de força. Em verdade, esta prova dá-se nas situações de emergência, nos tempos de necessidade. Em determinada medida, reside aqui a relativa verdade da conhecida tese de Carl Schmitt segundo a qual o estado de necessidade configura ponto essencial para a caracterização da força normativa da Constituição. Importante, todavia, não é verificar, exatamente durante o estado de necessidade, a superioridade dos fatos sobre o significado secundário do elemento normativo, mas, sim, constatar, nesse momento, a superioridade da norma sobre as circunstâncias fáticas.

2. Tudo isso não significa mais do que uma primeira orientação básica em relação aos problemas anteriormente enunciados. Essa orientação fornece, porém, uma resposta prévia às questões colocadas. A Constituição jurídica não significa simples pedaço de papel, tal como caracterizada por Lassalle. Ela não se afigura “impotente para dominar, efetivamente, a distribuição de poder”, tal como ensinado por Georg Jellinek e como, hodiernamente, divulgado por um naturalismo e sociologismo que se pretende cético. A Constituição não está desvinculada da realidade histórica concreta do seu tempo. Todavia, ela não está condicionada, simplesmente, por essa realidade. Em caso de eventual conflito, a Constituição não deve ser considerada, necessariamente, a parte mais fraca. Ao contrário, existem pressupostos realizáveis (realizierbare Voraussetzungen) que, mesmo em caso de confronto, permitem assegurar a

força normativa da Constituição. Somente quando esses pressupostos não puderem ser satisfeitos, dar-se-á a conversão dos problemas constitucionais, enquanto questões jurídicas (Rechtsfragen), em questões de poder (Machtfragen). Nesse caso, a Constituição jurídica sucumbirá em face da Constituição real. Essa constatação não justifica que se negue o significado da Constituição jurídica: o Direito Constitucional não se encontra em contradição com a natureza da Constituição.

Portanto, o Direito Constitucional não está obrigado a abdicar de sua posição enquanto disciplina científica. Se a Constituição jurídica possui significado próprio em face da Constituição real, não se pode cogitar de perda de legitimidade dessa disciplina enquanto ciência jurídica. Ele não é – no sentido estrito da Sociologia ou da Ciência Política – uma ciência da realidade. Não é mera ciência normativa, tal como imaginado pelo positivismo formalista. Contém essas duas características, sendo condicionada tanto pela grande dependência que o seu objeto apresenta em relação à realidade político-social, quanto pela falta de uma garantia externa para a observância das normas constitucionais. Em verdade, esse fato mostra-se mais evidente na Ciência do Direito Constitucional do que em outras disciplinas jurídicas. A íntima conexão, na Constituição, entre a normatividade e a vinculação do direito com a realidade obriga que, se não quiser faltar com o seu objeto, o Direito Constitucional se conscientize desse condicionamento da normatividade. Para que as suas proposições tenham consistência em face da realidade, ele não deve contentar-se com uma complementação superficial do “pensamento jurídico rigoroso”, através da adoção de uma perspectiva histórica, social, econômica, ou de outra índole.¹⁵ Devem ser examinados todos os elementos necessários atinentes às situações e forças, cuja atuação afigura-se determinante no funcionamento da vida do Estado. Por isso, o Direito Constitucional depende das ciências da realidade mais próximas, como a História, a Sociologia e a Economia.

Isso significa que o Direito Constitucional deve preservar, modestamente, a consciência dos seus *limites*. Até porque a força normativa da Constituição é apenas uma das forças de cuja atuação resulta a realidade do Estado. E esta força tem limites. A sua eficácia depende da satisfação dos pressupostos acima enunciados. Subsiste para o Direito Constitucional uma enorme tarefa, sobretudo porque a força normativa da Constituição não está assegurada de plano, configurando missão que, somente em determinadas condições, poderá ser realizada de forma excelente. A concretização plena da força normativa constitui meta a ser almejada pela Ciência do Direito Constitucional. Ela cumpre seu mister de forma adequada não quando procura demonstrar que as questões constitucionais são questões do poder, mas quando envida esforços para evitar que elas se convertam em questões de poder (Machtfragen).

Em outros termos, o Direito Constitucional deve explicitar as condições sob as quais as normas constitucionais podem adquirir a maior eficácia possível, propiciando, assim, o desenvolvimento da dogmática e da interpretação constitucional. Portanto, compete ao Direito Constitucional realçar, despertar e preservar a vontade de Constituição (Wille zur Verfassung), que, indubitavelmente, constitui a maior garantia de sua força normativa.¹⁶ Essa orientação torna imperiosa a assunção de uma

¹⁵ R. Smend, Art. “Integrationslehre”, p. 300. 26

¹⁶ W. Hennis ressaltou, corretamente, que, em face do fascínio exercido pela força normativa das relações fáticas, cabe à ciência a missão de “recordar o significado da força normativa da Norma”, (Meinungsforschung und repräsentative Demokratie (1957) p. 52; Cf. também W. Kägi, Rechtsfragen der Volksinitiative auf Partialrevision, in: Verhandlungen des Schweizerischen Juristenvereins, (1956), p. 741 s.

visão crítica pelo Direito Constitucional, pois nada seria mais perigoso do que permitir o surgimento de ilusões sobre questões fundamentais para a vida do Estado.

-IV-

Tendo tido oportunidade de conscientizar-nos dessa problemática, tentarei, finalmente, demonstrar a sua relevância com base na análise da ordem constitucional vigente.

Pode-se imaginar que o *status* dominante repudia, de forma clara, todo e qualquer questionamento da Constituição jurídica. Em verdade, existem elementos que ressaltam o peculiar significado atribuído à Constituição jurídica na vida do Estado moderno. A política interna afigura-se, em grande medida, “juridicizada”. A argumentação e discussão constitucional assumem particular significado tanto na relação entre a União e os Estados, quanto na relação entre diversos órgãos estatais e suas diferentes funções. Embora elas pareçam, por natureza, refratárias a uma regulamentação jurídica, até mesmo as forças que imprimem movimento e direção à vida política – os partidos políticos – estão submetidas à ordem constitucional. Os princípios basilares da Lei Fundamental não podem ser alterados mediante revisão constitucional, conferindo preeminência ao princípio da Constituição jurídica sobre o postulado da soberania popular. O significado superior da Constituição normativa manifesta-se, finalmente, na quase ilimitada competência das Cortes Constitucionais – princípio até então desconhecido –, que estão autorizadas, com base em parâmetros jurídicos, a proferir a última palavra sobre os conflitos constitucionais, mesmo sobre questões fundamentais da vida do Estado. A Constituição não ficou limitada a esses aspectos. Até mesmo no âmbito do Direito Civil, que antes parecia rigorosamente isolado, assegura-se-lhe, através da jurisdição dos Tribunais Federais, uma posição de relevo.

Todo esse complexo não deve ser subestimado. Nós não devemos, todavia, olvidar que estamos colocados, de forma particular, diante do problema relativo à força normativa da Constituição. Tal como acentuado, a força normativa da Constituição depende da satisfação de determinados pressupostos atinentes à práxis e ao conteúdo da Constituição. Esses pressupostos não foram ainda totalmente satisfeitos.

Aquela posição por mim designada vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*) afigura-se decisiva para a práxis constitucional. Ela é fundamental, considerada global ou singularmente. O observador crítico não poderá negar a impressão de que nem sempre predomina, nos dias atuais, a tendência de sacrificar interesses particulares com vistas à preservação de um postulado constitucional; a tendência parece encaminhar-se para o malbaratamento no varejo do capital que existe no fortalecimento do respeito à Constituição. Evidentemente, essa tendência afigura-se tanto mais perigosa se se considera que a Lei Fundamental não está plenamente consolidada na consciência geral, contando apenas com um apoio condicional¹⁷.

Não menos significativo afigura-se o questionamento da força normativa de várias disposições constantes da Lei Fundamental. Muitas vezes foram ressaltadas as tensões existentes entre o Direito

¹⁷ As cétricas observações de W. Kägi (op. cit. p. 762 e s.) demonstram que essa constatação expressa uma tendência geral, que não se limita à República Federal da Alemanha e à sua pouco tradicional Constituição. Anteriormente, H. Huber, *Niedergang des Rechts und Krise des Rechtsstaates*, in: *Demokratie und Rechtsstaat*, in: *Festgabe für Z. Giacometti* (1953) p. 11 segs e, particularmente, W. Kägi, *Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates* (1945), p. 9 s.

Constitucional e a realidade constitucional no sistema da República Federal da Alemanha¹⁸. O exemplo mais conhecido – ainda que não constitua exemplo fundamental – refere-se ao art. 38, I da Lei Fundamental, no qual se estabelece que os deputados do Parlamento alemão são representantes de todo o povo, não estando vinculados a ordens ou instruções¹⁹. Embora passe muitas vezes despercebido, o perigo do divórcio entre o Direito Constitucional e a realidade ameaça um elenco de princípios basilares da Lei Fundamental, particularmente o postulado da liberdade. Este se torna um sério problema no contexto da profunda mudança de concepção de vida do homem moderno, resultante das condições impostas pela sociedade industrial²⁰.

Aqui se encontra o presente confrontado, em toda profundidade, com a indagação sobre a efetividade das normas jurídicas no contexto de uma realidade dominada por correntes e tendências contraditórias. O questionamento da Constituição não decorre de um estado de anormalidade. Ao contrário da Constituição de Weimar, a lei Fundamental (Grundgesetz) – promulgada numa época de inesperado desenvolvimento econômico e sob a influência de relações políticas relativamente estáveis – não foi submetida a uma prova de força. Como referido, as situações de emergência no âmbito político, econômico ou social configuram a maior prova desse tipo para a força normativa da Constituição, uma vez que elas não podem ser resolvidas com base no exercício das competências convencionais previstas na Constituição. A Lei Fundamental (Grundgesetz) não está preparada para esse embate²¹.

Em virtude da experiência colhida com o art. 48 da Constituição de Weimar, a Lei Fundamental (Grundgesetz) não adotou qualquer cláusula especial para o estado de necessidade. Para essas situações, dispõe ela apenas de competências isoladas e estritamente limitadas, que não se afiguram suficientes para arrostar situações de perigo relativamente sérias²². A questão sobre o estado de necessidade não precisava ser decidida definitivamente em 1949, uma vez que, nos termos do Estatuto de Ocupação, esse tema integrava as matérias reservadas à competência das Forças de Ocupação. Nos

¹⁸ Cf. particularmente W. Weber, *Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem* (2a. ed., 1958).

¹⁹ A propósito, Cf. sobretudo: G. Leibholz, *Der Strukturwandel der modernen Demokratie*: in *Strukturprobleme* p. 78. segs; especialmente p. 112. Não se considera, todavia, que o art. 38 I da Lei Fundamental deve desempenhar uma nova e essencial função na moderna democracia instituída pela Constituição. Ele não está em contradição com o art. 21, senão que configura uma consequência desse dispositivo, particularmente do seu parágrafo 1º, 3º período, na medida em que assegura a democracia interna nos partidos, garantindo o desenvolvimento intrapartidário e o processo de livre formação da opinião pública. Esse aspecto foi ressaltado por O. Kirchheimer (*Parteistruktur und Massendemokratie in Europa*, AöR 79 (1953/54), p. 310 s., 315 s.)

²⁰ A propósito, principalmente, H. Freyer, *Das soziale Ganze und die Freiheit der Einzelner unter den Bedingungen des industriellen Zeitalters* (1957); E. Fechner, *Die soziologische Grenze der Grundrechte* (1954), R. Guardini, *Das Ende der Neuzeit* (1950), p. 66 s.

²¹ Cf. a propósito: K. Hesse, *Ausnahmezustand und Grundgesetz*, DöV 1955, 741 s. A crítica desse artigo por A. Hammann (*Zur Frage eines Ausnahme- oder Staatsnotstandsrechts*, DVBl. 1958, p. 405 segs) não levou em conta os objetivos visados por esse trabalho. Trata-se de uma tentativa de esclarecer a problemática fundamental e suscitar discussão a propósito, antes de examinar questões particulares. Por isso, fiz, na introdução do trabalho, uma apresentação exemplificativa e não um catálogo exaustivo das possíveis situações de emergência, acentuado que, hodiernamente. Esses casos não se deixam mais determinar previamente (p. 741 s.). Não me pareceu, portanto, decisivo emprestar uma determinada conformação ao direito do estado de necessidade (*Recht des Ausnahmezustandes*), afigurando-se-me suficiente que o problema seja identificado e levado a sério.

²² Es ist eine Verharmlosung, negar esse fato, como faz o A. Hammann (DVBl. 1958, 406); Não deveriam ser desconsideradas aqui as experiências estrangeiras. Não deve causar admiração que uma perspectiva limitada à existência da norma acabe por escamotear o problema da força normativa da Constituição.

termos do art. 5º II do Tratado sobre a Alemanha (Deutschlandsvertrag), essa reserva somente haverá de extinguir-se quando as autoridades alemãs receberem a correspondente autorização legal, passando a dispor de condições para enfrentar sérios distúrbios da segurança ou da ordem pública (II).

Essa autorização não existe, subsistindo, portanto, a cláusula autorizativa da intervenção das Forças de Ocupação. Todavia, ela somente deveria tornar-se atual em caso de uma ameaça externa ou de uma agressão contra a República Federal da Alemanha. Outros casos de ameaça para a ordem e segurança públicas ou para a vida constitucional, decorrentes, por exemplo, de profunda crise econômica (wirtschaftlicher Notstand), não foram contemplados, pelo menos em primeiro plano, pelo art. 5º do Tratado sobre a Alemanha (Deutschlandsvertrag). Resta indagar se as três Potências, eventualmente, farão uso de seu poder de intervenção. Não se pode, portanto, negar que, ressalvadas as exceções referidas, a República Federal da Alemanha não dispõe de um estatuto jurídico sobre o estado de necessidade (III).

Sem dúvida, a existência de competência excepcional estimula a disposição para que dela se faça uso. Esse perigo existe. Maiores riscos poderão advir, todavia, da falta de coragem de enfrentar o problema. Trata-se de um terrível engano imaginar que, por não ser esperada, uma ameaça não se deverá concretizar. Caso se verifique essa situação, faltará uma disciplina normativa, ficando a solução do problema entregue ao poder dos fatos. As medidas eventualmente empreendidas poderiam ser justificadas com base num estado de necessidade suprapositivo. Ressalte-se que o conteúdo dessa regra jurídica suprapositiva somente poderia expressar a idéia de que a necessidade não conhece limites (Not kennt kein Gebot). Tal proposição não conteria, portanto, regulação normativa, não podendo, por isso, desenvolver força normativa. Assim, a renúncia da Lei Fundamental (Grundgesetz) a uma disciplina do estado de necessidade revela uma antecipada capitulação do Direito Constitucional diante do poder dos fatos (Macht der Fakten). O desfecho de uma prova de força decisiva para a Constituição normativa não configura, portanto, uma questão aberta: essa prova de força não se pode sequer verificar. Resta apenas saber se, nesse caso, a normalidade institucional será restabelecida e como se dará esse restabelecimento.

Não se deve esperar que as tensões entre ordenação constitucional e realidade política e social venham a deflagrar sério conflito. Não se poderia, todavia, prever o desfecho de tal embate, uma vez que os pressupostos asseguradores da força normativa da Constituição não foram plenamente satisfeitos. A resposta à indagação sobre se o futuro do nosso Estado é uma questão de poder ou um problema jurídico depende da preservação e do fortalecimento da força normativa da Constituição, bem como de seu pressuposto fundamental, a vontade de Constituição. Essa tarefa foi confiada a todos nós.

Não é cabível Recurso Extraordinário quando a ofensa à Constituição for reflexa

NOTÍCIA (Fonte: www.stf.jus.br)

Ministra arquiva recurso sobre abandono afetivo por não existir ofensa direta à Constituição

A ministra Ellen Gracie, do Supremo Tribunal Federal (STF), arquivou Recurso Extraordinário (RE 567164) em que A.B.F. pedia ressarcimento por danos morais em razão de abandono familiar. Ele alegava ofensa aos artigos 1º, 5º, incisos V e X, e 229 da Constituição Federal.

O autor questionava decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que ao dar provimento a um recurso especial concluiu, com base no artigo 159 do Código Civil de 1916, a inviabilidade do reconhecimento de indenização por danos morais decorrente de abandono afetivo.

"O apelo extremo é inviável, pois esta Corte fixou o entendimento segundo o qual a análise sobre a indenização por danos morais limita-se ao âmbito de interpretação de matéria infraconstitucional, inatacável por recurso extraordinário", explicou a ministra. Ela avaliou que, conforme o ato contestado, a legislação pertinente prevê punição específica, ou seja, perda do poder familiar, nos casos de abandono do dever de guarda e educação dos filhos.

Assim, Ellen Gracie afastou a possibilidade de analisar o pedido de reparação pecuniária por abandono moral, pois isto demandaria a análise dos fatos e das provas contidas nos autos, bem como da legislação infraconstitucional que disciplina a matéria (Código Civil e Estatuto da Criança e do Adolescente), o que é inviável por meio de recurso extraordinário. Para a ministra Ellen Gracie, o caso "não tem lugar nesta via recursal considerados, respectivamente, o óbice da Súmula 279 , do STF, e a natureza reflexa ou indireta de eventual ofensa ao texto constitucional".

Ao citar parecer da Procuradoria Geral da República, a ministra asseverou que conforme o Código Civil e o ECA , eventual lesão à Constituição Federal , se existente, "ocorreria de forma reflexa e demandaria a reavaliação do contexto fático, o que, também, é incompatível com a via eleita". Dessa forma, a ministra Ellen Gracie negou seguimento (arquivou) ao recurso extraordinário.

NOTAS DA REDAÇÃO

O meio recursal de que trata a decisão em comento é recurso de fundamentação vinculada, cuja previsão legal encontra-se no artigo 102 , III , da CF que dispõe:

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

III. julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição ;

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

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

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

O Recurso Extraordinário que foi analisado pela ministra Ellen Gracie pretendia obter do Supremo decisão favorável ao pedido de indenização por abandono material. Ocorre que, como dito, o Recurso Extraordinário tem fundamentação vinculada às hipóteses de cabimento do artigo acima transcrito, pelo que se torna inviável a análise de fatos e provas.

As razões apresentadas pretendiam enquadrar a hipótese na alínea a do inciso III do artigo 102 da Carta. Entendeu o recorrente que havia o direito a indenização por ofensa, dentre outros, ao artigo 229 , da Constituição .

Ocorre que o STF exige que a contrariedade à Constituição seja direta, ou seja, deve atingir os próprios preceitos constitucionais. Do contrário, quando reflexa (indireta ou oblíqua) atingindo, por exemplo, a legislação federal, não é cabível o RE.

O teor da súmula 636 do próprio Supremo corrobora tal entendimento. É pacífico que, havendo necessidade de se interpretar normas infraconstitucionais, o meio adequado não pode ser o Recurso Extraordinário. Veja-se:

Súmula 636 - Não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida.

Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1124954/nao-e-cabivel-recurso-extraordinario-quando-a-ofensa-a-constituicao-for-reflexa>