



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA - UFBA**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**FÁBIO PERIANDRO DE ALMEIDA HIRSCH**

**OFENSA REFLEXA À CONSTITUIÇÃO:**  
críticas e propostas de solução para a jurisprudência autodefensiva do  
Supremo Tribunal Federal brasileiro

**Salvador**

**2007**

**FÁBIO PERIANDRO DE ALMEIDA HIRSCH**

**OFENSA REFLEXA À CONSTITUIÇÃO:**

críticas e propostas de solução para a jurisprudência autodefensiva do  
Supremo Tribunal Federal

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA) como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, inserida na linha de pesquisa cidadania e efetividade dos direitos, área de concentração Direito Público.

Orientador: Professor Doutor Dirley da Cunha Júnior.

**Salvador**

**2007**

## RESUMO

A presente dissertação visa sistematizar o estudo da orientação jurisprudencial denominada pelos integrantes do Supremo Tribunal Federal de *ofensa reflexa ou indireta à Constituição*, analisando sua conformidade com o texto constitucional brasileiro de 05 de outubro de 1988. Partindo do problema fundamental da pesquisa, consistente no questionamento se é compatível com a ordem constitucional vigente a partir de 1988 a aplicação da orientação jurisprudencial da ofensa reflexa à Constituição de 1988 pelo Supremo Tribunal Federal (STF) nos casos de controle difuso realizado por meio do Recurso Extraordinário, a pesquisa se desenvolve apresentando, preliminarmente, a metodologia utilizada; após, inicia o estudo sobre as competências do STF e sua natureza jurídica. Prossegue adentrando na discussão sobre denominada “jurisprudência autodefensiva”, enquanto conjunto de decisões em cuja interpretação os membros do STF reduzem o espectro de incidência de normas constitucionais fundantes do sistema jurídico brasileiro, analisando sua ocorrência e, sobretudo, suas razões. Por fim, na parte central do estudo, a discussão se volta exclusivamente para a ofensa reflexa ou indireta como destacada forma de jurisprudência defensiva, analisando seu surgimento no controle concentrado de constitucionalidade, passando a incidir no controle difuso de constitucionalidade e, a partir de dados objetivos sobre a capacidade do STF, busca analisar o fenômeno decisório de forma razoável, avaliando inclusive casos paradigmáticos. Conclui-se de forma crítica, mas com a apresentação de propostas para tentativa de solução ou pelo menos mitigação do problema.

**PALAVRAS-CHAVE:** Constituição. Poder Judiciário. Inconstitucionalidade. Ofensa à Constituição. Ofensa ou violação direta. Ofensa ou violação indireta ou reflexa. Controle de constitucionalidade. Direito Processual Constitucional. Princípios constitucionais do processo. Recurso Extraordinário.

### ***ABSTRACT***

The present paper aims at systemize the study of the jurisprudential orientation called by integrant of the Supreme Federal Court of reflected or indirect offence to the Constitution, analyzing its conformity with the Brazilian constitutional text of 05 of October of 1988. Leaving of the basic problem of the research, consistent in the questioning if the application of the jurisprudential orientation of the reflected offence to the Constitution of 1988 for Supreme is compatible with the effective constitutional order from 1988 Federal Court (STF) in the cases of carried through diffuse control by means of the Appeal to the Brazilian Supreme Court, the research if it develops presenting, preliminarily, the used methodology; after, it initiates the study on the abilities of the STF and its legal nature. It continues insiding in the quarrel on called “defensive jurisprudence”, while joint of decisions in whose interpretation the members of the STF reduce the specter of incidence of basics constitutional ruleses of the Brazilian legal system, analyzing its occurrence and, over all, its reasons. Finally, in the central part of the study, the quarrel if return exclusively for the reflected or indirect offence as detached form of defensive jurisprudence, analyzing its sprouting in the intent control of constitutionality, starting to happen in the diffuse control of constitutionality and, from objective data on the capacity of the STF, search to analyze the power to decide phenomenon of reasonable form, also evaluating fundamental cases. It is concluded of critical form, but with the presentation of proposals for attempt of solution or at least limitation of the problem.

***KEY-WORDS:*** Constitution. Judiciary Power. Unconstitutionality. Offence to the Constitution. Offence or direct breaking. Offence or indirect or reflected breaking. Constitutionality control. Constitutional procedural law. Principles constitutional of the process. Appeal to the Brazilian Supreme Court

**FOLHA DE APROVAÇÃO****FÁBIO PERIANDRO DE ALMEIDA HIRSCH****OFENSA REFLEXA À CONSTITUIÇÃO:**

a jurisprudência autodefensiva do Supremo Tribunal Federal:  
críticas e propostas de solução

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA) como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, inserida na linha de pesquisa cidadania e efetividade dos direitos, área de concentração Direito Público.

A Banca Examinadora considerou APROVADA a dissertação defendida.

---

**Professor Dirley da Cunha Júnior – Doutor PUC/SP – Orientador**

---

**Professor Fredie Didier Júnior – Doutor PUC/SP - 2º Examinador**

---

**Professor André Ramos Tavares – Doutor PUC/SP e Livre-Docente USP - 3º Examinador**

## DEDICATÓRIA

Dedico esse trabalho a alguns que representam tanto em minha vida.

A meu pai, Gerson Hirsch, que tão precocemente nos deixou na Terra, com a saudade de um filho que tem certeza de lhe orgulhar. Que saudade!

A minha mãe, Sueni Piedade de Almeida e a minha avó, Zamy Maria, pelo amor incondicional, ao seu jeito, mas sempre presente. Eu não seria nada sem os seus sorrisos e lições.

A meu avô, José Pinto, e a meu tio José Clemente, por serem exemplos de como um homem deve ser portar para enfrentar as dificuldades.

A minhas tias Nely, Marly e Selma, e meus primos Adriana, Alexandra, André, Andréia, Bruno, Marquinhos, Safyra e Tadeu: hoje, reaproximados, somos uma família bonita e feliz e ainda vamos aproveitar muito cada momento de reencontro.

A minha sogra, Elenir, e meu sogro, Ekcner, a primeira por ser especial em tudo o que faz; o segundo, mesmo sem o conhecer, pela história e pelas lições passadas a quem lhe amou em vida.

A meus cunhados, Maurício e Gecê Macedo, irmãos que não tive pela genética mas que ganhei pela afinidade, mostrando que é possível acabar uma dissertação de mestrado, mesmo advogando; às minhas “meninas”, Kátia, Núbia e Gaby, por me mostrarem que a mulher é diferente e, por isso, fascinante.

Por fim, àquela que cada dia mais me comove com atitudes imprevisíveis, me anima quando o céu parece desabar, me coloca no eixo quando os devaneios tomam minha mente, me ama quando podia zangar, me aceita quando todos refutam, me apóia quando as dificuldades parecem intransponíveis e, sobretudo, me ilumina com cada sorriso gostoso ao amanhecer de um novo dia: para você, Karine Dantas Góes e Góes, meu amor completo, minha esposa.

## AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pela força, pela coragem e, sobretudo, pela paciência para a elaboração desse trabalho. Somente com iluminação divina poderia o mesmo ser completado.

A São Cosme e São Damião, São Miguel Arcanjo e Iemanjá, por tudo de bom que me acontece.

A todos os meus professores do Curso de Mestrado da Universidade Federal da Bahia, nas pessoas de José Joaquim Calmon de Passos e Washington de Souza Trindade, jovens senhores que possuem uma história de vida jurídica que impressiona e fomenta nossa continuidade nos estudos. Meu muito obrigado pelas lições e por ter tido o privilégio de ouvir suas vozes.

Aos amigos que consolidei e que cultivei no curso, especialmente Alessandro Couto, Ana Beatriz, André Batista Neves, Durval Carneiro Neto, Elke Petersen, Robson Sant'Anna, Ricardo, Rodrigo Bastos e Rodrigo Moraes (a ordem é alfabética, pois todos têm cadeira cativa em meu coração, sem desprezar tantos outros, omitidos pelo espaço).

A Caio Druso de Castro Penalva Vita, por me despertar para o que era um Recurso Extraordinário e por todas as demais ajudas que me deu ao longo da vida, pessoal e profissional.

A Graciliano Bonfim e Rodolfo Pamplona Filho, o primeiro por ter me aberto os olhos para a importância e a beleza do Direito Constitucional e o segundo, por tudo que representa, em especial por ter me viciado na pesquisa científica e por ter confiado no meu potencial.

Quando algo superior quer, nada pode deter. Obrigado a Emílio Dorazzio Neto, amigo inesperado, que conseguiu com pequenos gestos e muitos sorrisos, iluminar momentos de minha

vida. E, ainda, ofertar sua vasta biblioteca, autêntica coleção de obras raras, autores clássicos e escritos magníficos selecionados, iluminando meus caminhos na confecção deste trabalho.

As bibliotecas da Faculdade Ruy Barbosa e da Faculdade Dois de Julho, em Salvador, pela inestimável ajuda com os livros para a elaboração do trabalho.

A Daniela Portela e Maurício Moitinho, profissionais de qualidade com quem tive a honra de trabalhar, que sempre apoiaram esse trabalho e que mostraram que certas escolhas são feitas por Deus, apesar do homem ser seu instrumento. Obrigado pela amizade sincera e pelas longas conversas que muito esclareceram pontos desse trabalho.

A todos os membros da Banca Examinadora, pela presteza na aceitação do convite e pelas observações que fizeram e farão sobre o trabalho.

A todos os que torcem pelo meu sucesso, meu muito obrigado e minha eterna admiração!

Ninguém respeita a constituição  
Mas todos acreditam no futuro da nação  
Que país é esse?  
(RUSSO, Renato. “Que país é esse?”)

Em Los Angeles, diante do juiz que submete a exame os que buscam tornar-se cidadão dos Estados Unidos, apresentou-se um taverneiro italiano. Após séria preparação, prejudicado no entanto por seu desconhecimento da nova língua, respondeu no exame à pergunta: “- Que significa a Emenda nº 8?”. Com hesitação: “- 1492”. Visto que a lei exige que os candidatos conheçam a língua ele não foi aceito.

Retornando após mais três meses gastos em estudos, mas ainda prejudicado pelo desconhecimento da língua, foi-lhe colocada a seguinte pergunta: “- Quem foi o general vencedor da Guerra Civil?”. Sua resposta foi: “- 1492!” (dita agora em voz alta e com ar alegre). Novamente mandado embora, e retornando uma terceira vez, respondeu ele a uma terceira pergunta: “- De quantos anos é o mandato do Presidente?”. Novamente com: “- 1492!”.

Então o juiz, que simpatizava com o homem, percebeu que ele não podia aprender a nova língua, informou-se como ele ganhava a vida, e soube: trabalhando duro. Assim, na quarta audiência, colocou-lhe o juiz a seguinte pergunta: “- Quando foi o descobrimento da América?”

E baseado na sua resposta correta 1492, concedeu-lhe a cidadania.

(BRECHT, Bertold. “O juiz democrático”)

Na verdade há muitas formas de se ter certeza.

(GADAMER, Hans-George. *Verdade e método*. p. 363)

## SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	14
1.1 O PROBLEMA DA PESQUISA, SUA RELEVÂNCIA E ADEQUAÇÃO	16
1.2 HIPÓTESES DE TRABALHO	19
1.3 OBJETIVOS	21
1.4 METODOLOGIA E NORMALIZAÇÃO	21
1.5 PLANO DA DISSERTAÇÃO	24
<b>2 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO BRASIL: SUA NATUREZA JURÍDICA</b>	<b>26</b>
2.1 NOTAS SOBRE A SEPARAÇÃO DE PODERES	26
2.2 QUADRO GERAL DO PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	33
2.3 PANORAMA DAS FUNÇÕES DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS	36
2.4 FUNÇÕES DO TRIBUNAL MÁXIMO COM BASE NA TEORIA DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL: A CONTRIBUIÇÃO DE ANDRÉ RAMOS TAVARES	43
2.5 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM FACE DAS FUNÇÕES JURISDICIONAIS DECORRENTES DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: ANÁLISE DA NATUREZA JURÍDICA DO ÓRGÃO BRASILEIRO	56
<b>2.5.1 O Supremo Tribunal Federal brasileiro é uma Corte Constitucional</b>	<b>59</b>
<b>2.5.2 O Supremo Tribunal Federal brasileiro não é uma Corte Constitucional</b>	<b>63</b>
2.6 CONCLUSÃO PARCIAL: O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DO BRASIL COMO UMA SUPREMA CORTE HÍBRIDA	66
<b>3 A EFETIVAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA AUTO-DEFENSIVA COMO TÉCNICA DE PRESERVAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL</b>	<b>75</b>
3.1 A INTERPRETAÇÃO ORIENTADA A CONCRETIZAR O DIREITO	75
<b>3.1.1 Noção operacional de jurisprudência ou orientação jurisprudencial</b>	<b>75</b>
3.2 A HERMENÊUTICA JURÍDICO-FILOSÓFICA E A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO	82
<b>3.2.1 Proposta e justificativa metodológica</b>	<b>82</b>

<b>3.2.2 Noções introdutórias sobre hermenêutica</b>	83
<b>3.2.3. Uma notícia sobre a evolução da hermenêutica</b>	91
<b>3.2.4 Hermenêutica filosófica e o pensamento de Hans-Georg Gadamer</b>	97
<b>3.2.5 A questão dos prejuízos, ou o problema da pré-compreensão, e o círculo hermenêutico na seara jurídica</b>	104
<b>3.2.6 O realismo de Alf Ross e suas aproximações com a hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer</b>	111
<b>3.3 A INTERPRETAÇÃO ORIENTADA A VIABILIZAR O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL</b>	118
<b>3.3.1 A jurisprudência autodefensiva e a interpretação retrospectiva</b>	118
<b>3.3.2 Aprofundando a noção de jurisprudência autodefensiva face ao formalismo excessivo</b>	124
<b>3.4 OS LIMITES DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL COMO MEIO HÁBIL PARA A PRESERVAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO: CONTRIBUIÇÃO DE GOMES CANOTILHO</b>	133
<b>4 A OFENSA REFLEXA OU INDIRETA A CONSTITUIÇÃO FEDERAL COMO ESPÉCIE DESTACADA DE JURISPRUDÊNCIA AUTODEFENSIVA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL</b>	141
<b>4.1 JURISDIÇÃO EFETIVA COMO ELEMENTO LEGITIMADOR DO ESTADO DEMOCRÁTICO</b>	141
<b>4.1.1. Noção de legitimidade: a contribuição de Paulo Bonavides</b>	147
<b>4.1.2 A <i>desconstitucionalização governativa</i> e o sentido popular de legitimidade</b>	152
<b>4.1.3 O problema da legitimidade democrática dos Tribunais Constitucionais em geral e do Supremo Tribunal Federal em particular</b>	159
<b>4.2 PRESSUPOSTOS TEÓRICOS PARA ANALISAR E SISTEMATIZAR A ORIENTAÇÃO SOBRE A OFENSA REFLEXA OU INDIRETA NO ÂMBITO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO</b>	171
<b>4.2.1 Ofensa à Constituição: notas sobre a inconstitucionalidade</b>	171
<b>4.2.2 O Recurso Extraordinário como mecanismo para enfrentar a inconstitucionalidade</b>	174

4.3 A ORIENTAÇÃO SOBRE A OFENSA REFLEXA OU INDIRETA À CONSTITUIÇÃO	181
4.3.1 Noção extraída da inteligência dos julgados do Supremo Tribunal Federal: um “conceito jurisprudencial”	181
4.3.2 A ofensa reflexa à Constituição Federal no controle concentrado: a questão dos decretos como espécie normativa secundária. Hipótese de legalidade necessariamente interposta?	187
4.3.3 Transposição para o controle difuso por meio do Recurso Extraordinário: casos de aparente reflexividade. Hipóteses de legalidade interposta por pressuposição	192
4.3.3.1 Súmula 636 do Supremo Tribunal Federal: a revisão de ofensa à legalidade	199
4.3.3.2 Revisão da violência às garantias fundamentais da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal, da fundamentação das decisões judiciais e da coisa julgada	210
<b>5. ANÁLISE CRÍTICA DO PROBLEMA DA OFENSA REFLEXA À CONSTITUIÇÃO NO CONTROLE DIFUSO EXERCIDO POR MEIO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO</b>	225
5.1 O SUBDIMENSIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO CAUSA PARA A JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA: O PROBLEMA BRASILEIRO ANALISADO COM BASE NAS IDÉIAS DE FERDINAND LASSALE E KONRAD HESSE	226
5.2 CRÍTICA ABERTA A AUSÊNCIA DE ANÁLISE DOS FATOS PROCESSUAIS: A IMPORTÂNCIA DO CONTEXTO PROCESSUAL	243
5.3 O QUE SIGNIFICA, AFINAL, CONTRARIAR A CONSTITUIÇÃO FEDERAL PARA FINS DE CABIMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO?	250
5.4 DEFINIÇÃO PROPOSTA PARA OS CASOS DE VERDADEIRA OCORRÊNCIA DA OFENSA REFLEXA OU INDIRETA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	261
<b>6. PROPOSTAS DE SOLUÇÃO DO PROBLEMA</b>	269
6.1 REDUÇÃO PARCIAL DAS PRERROGATIVAS PROCESSUAIS DA FAZENDA PÚBLICA E DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO FORMA DE SELEÇÃO NATURAL DOS RECURSOS PROTRELATÓRIOS E DE COMBATE DA	

MOROSIDADE DOS PROCESSOS	270
6.2 CRIAÇÃO DE OUTRO TRIBUNAL DIMENSIONADO PARA O EXERCÍCIO DAS COMPETÊNCIAS DIVERSAS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE CONCENTRADO, EM ESPECIAL O CONTROLE DIFUSO	277
<b>6.2.1. A crise do Supremo Tribunal Federal</b>	277
<b>6.2.2. Medida paliativa ou inovação não tentada?</b>	281
<b>7 CONCLUSÕES</b>	291
<b>REFERÊNCIAS</b>	302

## 1 INTRODUÇÃO

A dissertação que ora se apresenta é o relatório de pesquisa realizada por força de uma motivação pessoal do autor decorrente do seu âmbito profissional: no exercício da advocacia contenciosa por diversas vezes foram recebidos nos últimos dois anos recortes do Diário Oficial informando que um Recurso Extraordinário interposto não fora conhecido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) porque teria ocorrido mera ofensa reflexa ou indireta à Constituição Federal.

A análise dos acórdãos ou decisões monocráticas proferidas pelos Ministros da Suprema Corte brasileira permitiu inferir que, regra geral, as manifestações são reduzidas em conteúdo, sob a argumentação que o entendimento é pacífico na Corte e, portanto, ao que parece aos leitores dos julgados, nada mais pode ser feito para reverter tal orientação.

A ocorrência constante de julgamentos nesse sentido, em processos com as mais diversas temáticas e vicissitudes, aguçou o interesse por um estudo mais aprofundado dessa orientação jurisprudencial.

O que se percebeu, ainda de forma inicial, é que o tema não despertara o interesse da doutrina, eis que quase nenhuma obra (quer artigos, quer livros) se dedicava ao problema de forma central, visando uma sistematização possível da ocorrência da ofensa reflexa ou indireta.

A decisão de enfrentar essa temática em uma dissertação foi consolidada quando, buscando maturar a análise do problema, chegou-se à conclusão que, se os Ministros do Supremo Tribunal Federal terminam por não despender tempo com a fundamentação e análise dos casos concretos que lhes são atribuídos, os advogados e juristas em geral da mesma forma não se ocuparam com vigor em avaliar a correção de tal procedimento.

O tema da ofensa reflexa ou indireta à Constituição Federal de 1988 do Brasil não mereceu nenhuma crítica mais detida como aspecto central em nível de trabalhos monográficos, dissertações ou mesmo teses de doutoramento pesquisadas pelo autor, com o que a ressonância desta prática do Supremo Tribunal Federal não foi sentida por seus Ministros.

O exercício da dialética, porém, é salutar e virtuoso para democracias em consolidação, como é o caso da brasileira.

O silêncio sobre a incidência mais do que constante desta orientação nas atividades julgadoras do Supremo Tribunal Federal fez com que a afirmação que houve uma violação meramente indireta à Constituição Federal ganhasse contornos de um quase axioma.<sup>1</sup>

A questão da ofensa reflexa à Constituição, portanto, passou a ser foco de pesquisa documental nas diversas fontes do Direito, bem como de debates com alunos, professores e advogados, resultando numa constatação preliminar interessante e desafiadora: uma parte considerável de operadores jurídicos simplesmente desconhece essa questão e outra parcela, mais afeita aos temas do Processo Constitucional, discutia sua ocorrência sem bases doutrinárias e científicas disponíveis para amparar as insurreições.<sup>2</sup>

O argumento que um Estado democrático de Direito somente pode existir quando a Constituição Federal se mostra como o centro do universo jurídico, como o sol de uma constelação de normas e interesses diversos, orienta a linha de pesquisa escolhida (cidadania e efetividade dos direitos), auxiliando para que se busque uma forma de aproximar ao máximo as expectativas da comunidade acadêmica dos anseios do povo brasileiro em geral.

A tarefa pareceu ser importante à época do início da pesquisa porque cada brasileiro há de ter a justa expectativa que seus conflitos serão resolvidos de forma efetiva, com análise do seu caso concreto (pois, se cada processo é mais um número para quem os decide, na outra face da moeda – a do interessado – o processo representa uma parte de sua vida, uma medida de suas esperanças).

Esta expectativa, consagrada de forma explícita no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988 (o qual consagra o denominado direito à tutela jurisdicional do Estado<sup>3</sup>, também denominado de princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional<sup>4</sup>), deve

---

<sup>1</sup> Confira-se a definição dada pelo Dicionário Houaiss: "AXIOMA / cs ou ss / s.m. (1612 cf. da). 1. Fil Premissa considerada necessariamente evidente e verdadeira, fundamento de uma demonstração, porém ela mesma indemonstrável, originada, segundo a tradição racionalista, de princípios inatos da consciência ou, segundo os empiristas, de generalizações da observação empírica [O princípio aristotélico da contradição ("nada pode ser e não ser simultaneamente") foi considerado desde a Antiguidade um axioma fundamental da filosofia.] 2. P. ext. máxima, provérbio, sentença 3 GRAM.GENER num sistema ou teoria lingüística, fórmula que se presume correta, embora não suscetível de demonstração" - HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**, Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p.360.

<sup>2</sup> O professor de Direito Processual da UFBA, Fredie Didier Júnior, por exemplo, afirma que a dificuldade em compreender o problema está, justamente, na circunstância que "cada Ministro tem sua visão sobre o que é ofensa reflexa", donde ser o ponto essencial do trabalho a tentativa de sistematização do problema (Informação verbal).

<sup>3</sup> A denominação foi escolhida por força da ampla utilização em veículos normativos internacionais de que nos dá conta TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. São Paulo : 1993, p. 56/59: "Denomina-se, precisamente, *direito à tutela jurisdicional do Estado*, e, como tal, tem sido definido, sucessivamente, nas mais importantes *declarações de direitos humanos*, a saber: a) *Declaração universal dos*

mesmo ser protegida com o recurso a todas os meios disponíveis, notadamente aos arrazoados forenses e, inclusive, aos trabalhos acadêmicos.

O intento de contribuir para que se confira a máxima eficácia ao dispositivo constitucional consagrador da tutela jurisdicional, somado ao fato da escassa produção doutrinária crítica das decisões lacônicas sobre o tema da ofensa reflexa ou indireta à Constituição, bem como, por fim, os vultosos prejuízos particulares e públicos advindos desta prática decisória pelo Supremo Tribunal Federal constituem elementos essenciais para a escolha do problema enfrentado num trabalho acadêmico em nível de dissertação de mestrado.

## 1.1 O PROBLEMA DA PESQUISA, SUA RELEVÂNCIA E ADEQUAÇÃO

O problema da pesquisa, cujo resultado adiante se expõe, é o seguinte:

É compatível com a ordem constitucional vigente no Brasil a orientação jurisprudencial sobre a ofensa reflexa ou indireta à Constituição pelo Supremo Tribunal Federal nos casos de controle difuso realizado por meio do Recurso Extraordinário, nos moldes como implementada no período entre 1988 até os dias atuais?

Um protótipo de conceito do fenômeno estudado é importante para sua análise inicial: as alegadas ofensas reflexas ou indiretas seriam casos onde a parte interessada buscaria transformar o Supremo Tribunal Federal em uma quarta instância de julgamento, o que desviaria aquele

---

*direitos do homem*, proclamada pela Organização das Nações Unidas – ONU, em 10 de dezembro de 1948; b) *Convenção européia para a salvaguarda dos direitos do homem e das liberdades fundamentais*, subscrita em Roma no dia 04 de novembro de 1950; c) *Pacto internacional de direitos civis e políticos*, de 16 de dezembro de 1966 e d) *Convenção americana sobre direitos humanos*, assinada em San José, Costa Rica, no dia 22 de novembro de 1969. Encontra-se, outrossim, na esteira das antecedentes, repristinado no art. 5º, XXXV, da vigente Carta Magna de nossa República Federativa [...]. Por outras, sintéticas, e conclusivas palavras, o *direito à tutela jurisdicional do Estado, ou direito à jurisdição*, é conferido, indistinta, incondicionada, genérica e abstratamente, a todos os membros da comunidade, por força da vedação à lei de exclusão da apreciação do Poder Judiciário de qualquer lesão ou ameaça a direito individual.” (Grifos do original).

<sup>4</sup> Para uma síntese de nomenclaturas sinônimas usadas na literatura jurídica brasileira, a título de exemplo, conferir: LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 10. ed. São Paulo : Método, 2006, p. 550 (princípio da inafastabilidade da jurisdição; direito de ação; princípio do livre acesso ao judiciário; referindo-se a Pontes de Miranda, princípio da ubiqüidade da Justiça); FRIEDE, Reis. **Curso analítico de direito constitucional e de teoria geral do estado**. 4. ed. Rio de Janeiro : Forense, 2005, p. 162 (princípio da inarredabilidade do controle jurisdicional; amplo acesso ao Judiciário); LIMA, Francisco Gérson Marques de. **Fundamentos constitucionais do processo (sob a perspectiva da eficácia dos direitos e garantias fundamentais)**. São Paulo : Malheiros, 2002, p. 48 (princípio da justicialidade ou da judiciedade).

sodalício da função institucional de realizar a interpretação eminentemente constitucional no Brasil - já que tanto demandaria decisão sobre matérias infraconstitucionais, da competência exclusiva do Superior Tribunal de Justiça (STJ) a partir da Constituição em vigor.

Este início de definição será aprofundado e criticado nos momentos oportunos.

A delimitação do tema da ofensa reflexa ou indireta à Constituição se deu com ênfase no Recurso Extraordinário, enquanto meio recursal por excelência do controle difuso de constitucionalidade no Brasil, previsto no art. 102, III, da Constituição Federal de 1988.

Tratar-se-á do controle concentrado de forma esporádica, justamente para conferir lógica e coerência aos estudos desenvolvidos. Tal escolha foi feita em decorrência dos limites do trabalho traçados pelo corte metodológico escolhido pelo autor.

Quanto à importância do problema escolhido, é notória a dificuldade de impugnar tal orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, quando equivocada, especialmente pela posição da Corte Suprema no topo do organograma do Poder Judiciário nacional.

Ao lado disso, o problema deriva de uma orientação jurisprudencial pacificada e aplicada por inúmeros julgados do Supremo Tribunal Federal, a qual entende que a violação a alguns dos mais relevantes princípios constitucionais do processo<sup>5</sup> não se constitui em ofensa direcionada às normas constitucionais, e sim às leis inferiores, o que lhes retiraria do âmbito de decisão do Supremo por meio do Recurso Extraordinário.

O que se verifica no período sob exame (compreendido no momento histórico de 05 de outubro de 1988 – quando do advento da vigente Constituição da República - até os 10 primeiros dias do mês de março de 2007) é um progressivo e perigoso desrespeito à Constituição Federal, o qual se mostra potencializado pela forma com que o Poder Judiciário está administrando a grave situação da proliferação de demandas judiciais.

O problema cresce de importância na medida em que, se os vícios são notórios, a forma de enfrentamento hoje demonstrada pela Suprema Corte acaba por minimizar ou mesmo aniquilar a força normativa da Constituição<sup>6</sup>, em atitude que denigre também progressivamente a recente experiência democrática brasileira posterior a 1988.

---

<sup>5</sup> Dentre eles o da legalidade; do devido processo legal; da ampla defesa; do respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada e da fundamentação dos julgados.

<sup>6</sup> Na expressão difundida pela obra de HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre : Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

A relevância se evidencia ainda mais porque essa orientação jurisprudencial é adotada de forma generalizada, apriorística, sem fundamentação específica suficiente; isso resulta numa negativa de prestação jurisdicional, qualificada pela circunstância de se tratar de ofensa perpetrada pelo órgão com a incumbência de ser o guardião da Carta Magna, inviabilizando recursos para sanção do aparente vício por força da posição hierárquica do Supremo Tribunal Federal.

A característica da ausência, em princípio, de recursos cabíveis diante das decisões ora questionadas demonstra, ainda mais, a importância do estudo e da crítica ao fenômeno.

Quanto à originalidade do tema e do problema enfrentados, a pesquisa foi desenvolvida sem contar com livros especializados, trabalhos de conclusão de curso, dissertações ou teses conhecidas pelo autor ou mesmo disponíveis em bancos de dados reconhecidos como referências na seara acadêmica - como o Banco de Teses da Universidade de São Paulo (USP), da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR) dentre outros -, não havendo registro de outra dissertação, defendida ou a ser defendida, perante os cursos de Mestrado e Doutorado da UFBA.

Apenas artigos e manifestações isoladas em livros foram localizados e em número bastante reduzido em face da dimensão do problema; alguns, inclusive, merecendo críticas pela concordância sem enfrentamento das questões envolvidas.

A relevância teórica é, portanto, considerável, eis que há uma lacuna na literatura jurídica brasileira específica sobre o tema, carecendo o fenômeno de estudo metódico para suscitação dos debates em busca de formas de equalização.

A adequação à linha de pesquisa – cidadania e efetividade de direitos – se mostra evidenciada porque a defesa das prerrogativas dos cidadãos brasileiros e das pessoas jurídicas que demandam o Poder Judiciário é providência imprescindível para a consolidação da novel democracia vivenciada no Brasil.

A proteção aos princípios da legalidade, da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal e da fundamentação das decisões, enquanto normas inerentes a uma Constituição democrática, republicana e promulgada sob os influxos de uma resposta a período de arbítrio ditatorial, é objetivo que se encaixa com perfeição numa linha de pesquisa destinada a desenvolver estudos sobre a cidadania e a defesa da eficácia social dos direitos.

Todos os princípios fundamentais acima citados são direitos fundamentais dos cidadãos brasileiros, estabelecidos justamente para que os desmandos do Poder Público sejam contidos e as liberdades públicas preservadas no Estado democrático de Direito.

A expectativa de uma decisão de fundo sobre temas que podem desprestigiar a Constituição Federal é elemento indissociável da face democrática do Estado de Direito no Brasil e no mundo, eis que o cidadão aguarda um pronunciamento voltado para a solução dos seus problemas, e não uma afirmação de que nada será feito, por incapacidade do órgão máximo em analisar que apenas em raras hipóteses haverá casos onde o julgador originário afirma expressamente que um dispositivo da Carta Magna não é aplicável ao caso concreto.

Por fim, é importante deixar registrado que as garantias contidas no art. 5º da Constituição Federal de 1988 devem ser encaradas com base no princípio da máxima efetividade, com o que sua proteção e respeito são pautas de atuação para o Poder Público, enquanto representantes do interesse do povo (cf. art. 1º, § único).

## 1.2 HIPÓTESES DE TRABALHO

A hipótese principal é que a orientação jurisprudencial da ofensa reflexa ou indireta à Constituição Federal de 1988 do Brasil constitui um desrespeito evidente à democracia e ao Estado de Direito na forma como aplicada pelo Supremo Tribunal Federal de 1988 até os dias em curso.

A ofensa direta ao Texto Constitucional não deve ser confundida com a ofensa indicada nos termos do julgado a ser contrastado com a Carta, mas sim aquela que, em sua *substância*, ou mesmo no seu *contexto*, implica em negar vigência à dignidade constitucional, com prejuízos ao cidadão de forma imediata e ao Estado democrático de Direito de forma mediata.

As hipóteses secundárias são as seguintes:

- a) o Supremo Tribunal Federal possui natureza jurídica de um tribunal, inserido no Poder Judiciário, razão porque não pode deixar de realizar o controle difuso por meio de decisões limitativas que indicariam, ainda que implicitamente, que ele se reconhece como uma Corte Constitucional;

- b) o Supremo Tribunal Federal é um tribunal subdimensionado com relação à demanda por prestação jurisdicional do povo brasileiro, especialmente após a Constituição Federal de 1988, sendo o problema da ofensa reflexa, de fato, decorrente da ausência de adequada estrutura, e não de uma controvérsia jurídica sobre a essência do problema;
- c) a Hermenêutica constitucional mais moderna impede que, por meio das decisões, o Supremo Tribunal Federal limite suas competências, alterando a obrigação constitucional que lhe foi imposta de realizar tanto o controle concentrado quanto o controle difuso da constitucionalidade no Brasil;
- d) a orientação jurisprudencial sob análise se torna indevida quando aplicada de forma indistinta, apriorística e sem fundamentação específica em cada caso concreto;
- e) a motivação de viabilizar os trabalhos do Supremo Tribunal Federal não pode ser utilizada como argumento justificador da negativa de prestação jurisdicional qualificada perpetrada pelo Supremo Tribunal Federal;
- f) há soluções dentro do sistema jurídico constitucional brasileiro, quer por meio de interpretação, quer por meio de alterações normativas aptas a permitir a eficiência do Poder Judiciário atrelada ao cumprimento da Constituição Federal.

A presente dissertação visou angariar argumentos científicos para sustentar ao seu cabo que ou o Supremo Tribunal Federal assume completamente a atividade de guarda da Constituição, ou será inegável a possibilidade de suas decisões deslegitimarem seu discurso jurídico perante a sociedade civil brasileira, comprometendo sensivelmente – para não dizer indelevelmente – a estabilidade das relações sociais.

O escopo maior do Estado de Direito não pode ser negligenciado: garantir a supremacia constitucional não somente sobre as demais normas jurídicas, mas em especial sobre a forma política distorcida de solução das questões relevantes que se apresentam num regime democrático.

Eis uma tarefa de todos e, no Brasil, especialmente do Supremo Tribunal Federal<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> Não se pode validamente, num trabalho que aspira cientificidade, generalizar que a política é sempre uma forma de locupletamento dos representantes populares em detrimento do patrimônio público. Seria um reducionismo perigoso e deslegitimador do discurso apresentado na pesquisa.

### 1.3 OBJETIVOS

O objetivo geral da dissertação foi identificar os reais contornos da orientação jurisprudencial da ofensa reflexa ou indireta à Constituição Federal aplicada pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil de 1988 ao início de 2007.

Os objetivos específicos da pesquisa foram os seguintes:

- a) estudar a relação entre as funções de uma Corte Suprema como a brasileira e sua capacidade concreta de atuação;
- b) avaliar a influência da falta de proporcionalidade entre as competências do STF na prestação jurisdicional entregue aos brasileiros;
- c) apresentar estudos em nível hermenêutico-filosófico e hermenêutico-constitucional para viabilizar a compreensão e a crítica da aplicação desmedida dessa orientação;
- d) sistematizar a análise das situações de violação à Constituição Federal decorrentes da aplicação desta diretriz jurisprudencial pelo Supremo Tribunal Federal;
- e) criticar o emprego desmedido dessa orientação jurisprudencial no cotidiano forense do Supremo Tribunal, contribuindo na medida do possível para a discussão e revisão do tema.

### 1.4 METODOLOGIA E NORMALIZAÇÃO

O método dedutivo, “um método lógico que pressupõe que existam verdades gerais já afirmadas e que sirvam de base (premissas) para se chegar através dele a conhecimentos novos”<sup>8</sup>, foi privilegiado na pesquisa porque é através dele que a maioria das investigações em ciências humanas se realizam, notadamente no campo do Direito.

A combinação da pesquisa exploratória, a qual “visa proporcionar maior familiaridade com o problema, com vistas a torná-lo mais explícito”<sup>9</sup> com a pesquisa explicativa, a qual

---

<sup>8</sup> FERRARI, Alfonso Trujillo. **Metodologia da ciência**. 2. ed. Rio de Janeiro: Kennedy, 1974, p. 25.

<sup>9</sup> GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo : Atlas, 2002, p. 43.

objetiva identificar “os fatores que interferem ou condicionam a ocorrência dos fenômenos”<sup>10</sup> se mostrou uma necessidade imperiosa na realização do trabalho, eis que há pouca literatura disponível no Brasil bem como porque as decisões do Supremo Tribunal Federal não cuidam de sustentar os conceitos operacionais utilizados, o que acaba por restringir a capacidade crítica dos seus interlocutores.

A delimitação da existência e dos motivos determinantes da orientação jurisprudencial da violação reflexa ou indireta à Constituição Federal de 1988 verdadeiramente impescinde de tais meios de pesquisa. A investigação visa ser do tipo aplicada, eis que “gera conhecimentos úteis à solução de problemas sociais”.<sup>11</sup>

As principais fontes de pesquisa serão as clássicas para a ciência jurídica: legislativa, bibliográfica e documental<sup>12</sup>, com a análise da restrita doutrina existente sobre o problema central ou mesmo sobre elementos que gravitam em torno do problema, bem como a análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal desde 05 de outubro de 1988 até o início do mês de março de 2007.

Concentrou-se a parte bibliográfica na produção nacional, sendo que os escritos internacionais foram referidos na medida da disponibilidade e do interesse que apresentaram. Não se buscou, portanto, conformar pesquisa de direito comparado ou mesmo fazer indicações de direito estrangeiro, já que o corte metodológico se referiu a momento temporal-geográfico delimitado no período de 1988 ao início de 2007 e, particularmente, no sistema jurídico-constitucional do Brasil.

Em outros termos: como o objeto estudado é eminentemente vinculado à realidade normativa e jurisprudencial do Brasil, pareceu obsoleto tentar compreender o fenômeno em outros sistemas e ordenamentos jurídicos, eis que o interesse prático seria diminuto, quando não inexistente.

Ademais, diante da especificidade do objeto, mostrou-se provável que o fenômeno não ocorra em outros países, o que tornaria a pesquisa extensa, demorada e com alta possibilidade de falência em seus resultados.

---

<sup>10</sup> BOAVENTURA, Edivaldo M. **Metodologia da pesquisa**: monografia, dissertação, tese. São Paulo : Atlas, 2004, p. 57

<sup>11</sup> BOAVENTURA, Edivaldo M. *Op. Cit.*, p. 56.

<sup>12</sup> BOAVENTURA, Edivaldo M. *Op. Cit.*, p. 64.

Os recursos a dados estatísticos foram embasados em órgãos oficiais, com as fontes de pesquisa devidamente citadas ao longo da dissertação. Foi pressuposta a verdade de mensurações expostas, por exemplo, por doutrinadores de nomeada no cenário jurídico, em face da respeitabilidade de tais opiniões, sempre indicando a fonte onde emitida a indicação dos números ou dados quantitativos referidos.

A multidisciplinariedade é um objetivo no mínimo recomendável para a pesquisa em ciências humanas<sup>13</sup>. A dissertação envolve de forma principal o Direito Constitucional, tratando também do Direito Processual Civil e com incursões tanto na Teoria do Estado quanto no Direito Administrativo, conhecimentos necessariamente aplicados para fundamentar as argumentações conducentes às conclusões obtidas ao final da pesquisa.

No que toca às referências e à normalização são necessárias duas observações.

As referências foram realizadas em consonância com as normas da Associação Brasileira das Normas Técnicas (ABNT), sendo que o rol constante do final do trabalho contemplou, tão-somente, as obras efetivamente referidas pelo autor ao longo do trabalho. Livros e artigos apenas indicados para aprofundamento não constam das referências finais, em que pesem tenham sido identificados no momento oportuno da sua utilização ao longo do texto.

O trabalho foi composto por uma grande quantidade de decisões judiciais, em especial do Supremo Tribunal Federal, todas referidas tanto quando indicadas (por vezes transcritas, diante da clareza das idéias expostas ou da relevância como elemento textual para futura crítica) quanto ao final, nas referências, organizadas em ordem decrescente de ano de publicação e, quando coincidentes, pela ordem alfabética do tipo recursal envolvido.

Foram indicados os principais elementos necessários para a plena identificação dos julgados, sendo que, quando não indicada a Turma Julgadora no Supremo Tribunal Federal (que se compõem de duas), há de ser compreendido que o julgamento se deu pelo Plenário.

Por opção do autor, utilizou-se como sistema de chamada para as referências o de uso das notas explicativas no rodapé das páginas. Cada nota de rodapé foi preenchida com a primeira indicação completa da obra; as posteriores com a expressão “*Op. Cit.*” e, quando o autor possuía mais de uma obra já referida, antes da partícula foram feitas referências à primeira parte do nome da obra, para melhor especificação de qual livro ou artigo fora referido naquele momento.

---

<sup>13</sup> Cf. MAIA, Lizea Magnavita. “O problema científico hoje”. In.: **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA**, n. 11, Salvador : EDUFBA, 2004, p. 243.

Por fim, tanto os grifos adicionados quanto os constantes dos originais foram identificados ao longo das referências sobre as citações realizadas. Optou-se pelo uso de itálico no texto, eis que nos títulos das obras referidas utilizou-se o negrito. A cumulação de estilos foi eventual, apenas quando o documento transcrito assim o fez, o que foi justificado na referência específica.

## 1.5 PLANO DA DISSERTAÇÃO

A dissertação foi subdividida em sete capítulos.

A introdução buscou demonstrar as premissas metodológicas necessárias para que o leitor conheça a forma como a pesquisa foi desenvolvida e a motivação do autor, além das escolhas realizadas por força dos limites do corte metodológico escolhido.

No segundo capítulo o foco foi analisar a natureza jurídica do Supremo Tribunal Federal, visando definir sua condição de Corte Constitucional ou de Tribunal da Federação brasileira, na medida em que tal premissa será imprescindível para justificar os argumentos adiante defendidos.

No terceiro capítulo, a fim de embasar os reflexos da correta natureza jurídica da Corte Suprema brasileira, tratou-se da hermenêutica e da interpretação como mecanismos pelos quais tanto se podem concretizar direitos quanto são inibidas conquistas expressamente materializadas na Constituição Federal.

Os conceitos de interpretação retrospectiva e de jurisprudência defensiva foram desenvolvidos para evidenciar que seu uso é meio do Supremo Tribunal Federal garantir a sobrevivência em face da escassez de pessoal e da quantidade de processos e recursos em trâmite. O embasamento teórico foi decorrente de aspectos selecionados do pensamento de Hans-Georg Gadamer, Alf Ross e José Joaquim Gomes Canotilho.

No quarto capítulo adentra-se na questão própria da ofensa reflexa ou indireta à Constituição Federal de 1988, considerando-a como uma das mais claras espécies do gênero jurisprudência defensiva. O estudo teve início com a consideração do que é ofensa à Constituição ou inconstitucionalidade; passou ao Recurso Extraordinário como meio hábil para afastar a

ofensa e, após, concentrou a análise na identificação da ofensa reflexa ou indireta ocorrente no controle concentrado de constitucionalidade.

Na seqüência foi demonstrada uma transposição da referida diretriz decisória do controle concentrado para o âmbito do controle difuso, avaliando-se de forma individualizada situações onde, constantemente, são aplicadas de forma lacônica e apriorística dita orientação.

A metodologia empregada buscou dar completude e organicidade a pesquisa.

O quinto capítulo versa sobre a identificação dos motivos da ocorrência da orientação, suas razões alegadas e latentes, com considerações críticas sobre o problema. Ao final do capítulo a pesquisa se debruçou sobre o real sentido da expressão contrariar, auxiliando na definição expressa de um conceito de ofensa direta e, por conseguinte, de um conceito operativo real de ofensa reflexa ou indireta à Constituição Federal de 1988, adequado ao regime democrático constitucional do Brasil.

O sexto capítulo apresenta proposições para auxiliar na solução ou, ao menos, na minimização do problema, sem o propósito de esgotar alternativas para a questão.

O capítulo sétimo, por fim, traz as conclusões sistematizadas da pesquisa.

Inicia-se, portanto, a investigação sobre qual a natureza jurídica do Supremo Tribunal Federal no Brasil.

## 2 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO BRASIL: SUA NATUREZA JURÍDICA

### 2.1 NOTAS SOBRE A SEPARAÇÃO DE PODERES

O Estado brasileiro ostenta a previsão de três poderes independentes e harmônicos entre si, conforme o comando do artigo 2º da Constituição Federal de 1988.<sup>14</sup>

Em verdade, com exceção da Constituição Imperial de 1824 (na qual houve a fixação de quatro poderes políticos expressamente previstos e, também, explicitamente harmônicos<sup>15</sup>) e da Constituição Polaca<sup>16</sup>, de 1937<sup>17</sup>, todos os demais textos constitucionais brasileiros contiveram dispositivos que asseguraram uma divisão tripartida do poder político.<sup>18</sup>

<sup>14</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 15 de outubro de 1988. In: **Presidência da República**. Brasília, 1988, Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em 06 jan. 2006: “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

<sup>15</sup> BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824. In: **Presidência da República**. Rio de Janeiro, 1824, Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm). Acesso em 06 jan. 2006: “Art. 9. A Divisão, e harmonia dos Poderes Políticos é o principio conservador dos Direitos dos Cidadãos, e o mais seguro meio de fazer effectivas as garantias, que a Constituição oferece. Art. 10. Os Poderes Politicos reconhecidos pela Constituição do Imperio do Brazil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo, e o Poder Judicial.”.

<sup>16</sup> A denominação da Constituição de 1937 como “A Polaca”, amplamente difundida nos livros de Direito Constitucional, de História e de Política, se deveu à influência que a Constituição Polonesa de 1935 emanou para este ato normativo. O governo polonês, capitaneado pelo ditador Marechal Pilsudski, formulou tal carta através de sucessivas revisões da Constituição liberal de 1921. Francisco de Campos terminou por utilizá-la como norte para a formulação da Constituição brasileira de 1937 e, desde 1926, já consta que o projeto da Carta do Estado Novo estava preparado. Para ampla análise, inclusive comparativa, entre tais instrumentos constitucionais, bem como para amparar as referências anteriores, cf. CERQUEIRA, Marcello. **Cartas constitucionais: Império, República & autoritarismo**. Rio de Janeiro : Renovar, 1997, p. 4/5 e 64/78.

<sup>17</sup> BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. In: **Presidência da República**. Rio de Janeiro, 1937, Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm). Acesso em 06 jan. 2006: “Art 178 - São dissolvidos nesta data a Câmara dos Deputados, o Senado Federal, as Assembléias Legislativas dos Estados e as Câmaras Municipais. As eleições ao Parlamento nacional serão marcadas pelo Presidente da República, depois de realizado o plebiscito a que se refere o art. 187. [...] Art 180 - Enquanto não se reunir o Parlamento nacional, o Presidente da República terá o poder de expedir decretos-leis sobre todas as matérias da competência legislativa da União. [...] Art 186 - É declarado em todo o País o estado de emergência.”.

<sup>18</sup> Cf. BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891. In: **Presidência da República**. Rio de Janeiro, 1891, Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm). Acesso em 06 jan. 2006: “Art 15 - São órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si.”; BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. In: **Presidência da República**. Rio de Janeiro, 1934, Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm). Acesso em 06 jan. 2006: “Art 3º - São órgãos da soberania nacional, dentro dos limites constitucionais, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário,

A mera expressão nominal da separação de poderes não importou, sempre, na efetiva concretização deste valor constitucional. Por diversas vezes a previsão escrita somente gerou a aparência de uma convivência pacífica entre os poderes constituídos, como forma de impedir levantes populares ou mesmo garantir a mínima atividade crítica pelas massas em relação aos atos de governo.

Uma das mais conhecidas previsões sobre a separação de poderes em documento jurídico remonta ao art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, na qual se previu expressamente que “toda sociedade em que a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição”.<sup>19</sup>

A tripartição dos poderes é uma das maiores demonstrações que o modelo medieval de concentração de forças e de tarefas nas mãos dos senhores feudais, dos reis ou mesmo dos clérigos é defasado.

O pensamento que as atividades inerentes ao Estado não podem ser exercidas por apenas uma pessoa transborda a questão política, de poder militar e institucional: reflete-se mesmo na manutenção consistente desse poderio político, na justa medida em que quanto menos presente na solução das lides, mais o Estado sofrerá com críticas das camadas intermédias da sociedade e com movimentos populares de contestação da autoridade posta.<sup>20</sup>

Daí porque nos Estados nacionais restou evidenciado que a principal tarefa pública, ao lado da manutenção bélica das conquistas territoriais realizadas, era a concretização da presença constante e proveitosa dos soberanos em toda a extensão estatal.<sup>21</sup>

---

independentes e coordenados entre si.”; BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946. In: **Presidência da República**. Rio de Janeiro, 1946, Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm). Acesso em 06 jan. 2006: “Art 36 - São Poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si.”; BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 20 de outubro de 1967. In: **Presidência da República**. Brasília, 1967, Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm). Acesso em 06 jan. 2006: “Art 6º - São Poderes da União, independentes e harmônicos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”.

<sup>19</sup> FERREIRA, Wolgran Junqueira. **Comentários à constituição de 1988**. v. 1 – arts. 1º ao 43. São Paulo : Julex Livros, 1989, p. 90.

<sup>20</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 31. ed. rev. amp. e atual. São Paulo : Saraiva, 2005, p. 132: “A unidade de exercício do poder, ou sua concentração como se usa dizer, foi a sua primeira forma histórica. A monarquia absoluta é disso o exemplo clássico. À luz da experiência, porém, essa concentração aparece inconveniente para a segurança do indivíduo, por dar a alguém a possibilidade de fazer de todos os outros o que lhe parecer melhor, segundo o capricho do momento. Embora tenha ela a vantagem da prontidão, da presteza de decisões e de sua firmeza, jamais pode servir à liberdade individual, valor básico da democracia representativa. A necessidade de prevenir o arbítrio, ressentida onde quer que haja apontado a consciência das individualidades, leva à limitação do poder, de que a divisão do poder é um dos processos técnicos e, historicamente, dos mais eficazes.”.

<sup>21</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Op. Cit.*, p. 132/133: “A divisão do poder consiste em repartir o exercício do poder político por vários órgãos diferentes e independentes, segundo um critério variável, em geral funcional ou

A presença física do governo, se não poderia ser realizada pelo chefe superior em razão das limitações quanto à ubiquidade, haveria de ser suprida de forma tão satisfatória quanto possível para a tecnologia de administração da época. Entretanto, não bastava a presença corporificada do governo<sup>22</sup>, mas sim sua atuação em termos de decisões relativas à vida cotidiana do povo do Estado.

Os terceiros que recebiam delegação de poderes do soberano para atuar como *longa manus* do mesmo, em verdade, nada poderiam fazer a médio e longo prazo em suas magistraturas se não conseguissem resolver as pequenas controvérsias geradas pelas relações sociais carcomidas pela ignorância do povo, pela rudeza das condições de vida e, sobretudo, pelo medo constante do arbítrio dos poderosos, tudo aliado à ausência de clareza na aplicação justa da lei.

O quadro do exercício do poder político em tempos de comunicações precárias, difíceis e lentas; de insegurança material de toda a população, independente de classe social; de baixa condição de urbanidade; de ampla submissão aos efeitos de intempéries e moléstias, sem dúvida, demonstrava uma dificuldade acentuada para que os governantes exercitassem, sozinhos, os misteres devidos para a manutenção do poder político.

A distinção entre as funções de um Estado pode ser considerada muito mais como uma conseqüência natural da evolução dos conhecimentos políticos do que como um movimento libertário que pretendia dar melhores condições ao povo de ver suas necessidades satisfeitas.

---

geográfico, de tal sorte que nenhum órgão isolado possa agir sem ser freado pelos demais. A divisão impede o arbítrio, ou ao menos o dificulta sobremodo, porque só pode ocorrer se se der o improvável conluio de autoridades independentes. Ela estabelece, pois, um *sistema de freios e contra pesos*, sob o qual pode vicejar a liberdade individual. A divisão de poder segundo o critério geográfico é a descentralização, ou, mais precisamente, o federalismo, que, aliás, apresenta também a divisão funcional com ela combinada.” (grifo do original). Para um conceito de descentralização no Direito Administrativo, temos a lição de MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 14. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo : Malheiros, 2002, p. 131/132: “Na descentralização o Estado atua *indiretamente*, pois o faz através de outras pessoas, seres juridicamente distintos dele, ainda quando sejam criaturas suas e por isso mesmo se constituam [...] em parcelas personalizadas da totalidade do aparelho administrativo estatal.” (grifo do original). Contudo, para plena compreensão do alcance da expressão, alerta CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. Salvador : Edições JusPodivm, 2006, p. 130: “É necessário esclarecer, também, que a *descentralização administrativa* não se confunde com a *descentralização política*. Descentralização Política é partilha ou repartição de competência político-constitucional, no Estado Federal, entre os entes políticos que o compõem, realizada diretamente pela própria Constituição.” (grifos do original).

<sup>22</sup> Para MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 25. ed. São Paulo : Malheiros, 2000, p. 59: “**Governo** – Em sentido formal, é o conjunto de Poderes e órgãos constitucionais; em sentido material, é o complexo de funções estatais básicas; em sentido operacional, é a condução política dos negócios públicos. [...] A constante, porém, do Governo é a sua *expressão política de comando, de iniciativa, de fixação de objetivos do Estado e de manutenção da ordem jurídica vigente*.” (grifos do original).

Por outro lado, também pode ser encarado como a forma de limitação do poder arbitrário, servindo como um dos pilares do constitucionalismo, entendido por José Roberto Dromi como a expressão jurídica da organização política dos povos.<sup>23</sup>

De fato, a divisão entre uma tarefa legisladora, um grupo de julgadores e uma massa de pessoas que executariam tais decisões legislativas ou jurisdicionais nada mais representou do que a constatação prática, de lenta evolução, da imprescindibilidade da separação de tarefas como meio para favorecer a manutenção do poder político em vigor àquela época histórica.

Em que pese a teoria da divisão dos poderes seja atribuída usualmente ao Barão de Montesquieu, na realidade sua origem remonta aos escritos de Aristóteles, na antiga Grécia, quando já se defendia a necessidade de diferenciação das magistraturas, mesmo em época onde se implementava a democracia direta, com os cidadãos<sup>24</sup> decidindo o futuro da comunidade por escolha aberta.

Após partir da premissa que a família era a menor unidade de poder dentro das cidades-estado gregas, Aristóteles afirma que nelas já se encontram três ordens de exercício do poder pelo pai na administração da família: “a autoridade do senhor [...], a do pai e a do marido”.

Mais adiante, define cidadão como “o que possui participação legal na autoridade deliberativa, e na autoridade judiciária” bem como define constituição como equivalente a governo (“A constituição de um Estado é a organização regular de todas as magistraturas, sobretudo da magistratura que é dona e rainha de tudo. Em todo lugar o governo do Estado é soberano. A constituição mesma é o governo”). Após, expressa ao seu modo a delimitação de funções do Estado em sua visão tripartida:

Ora, o exame da contas e a eleição das magistraturas são o maior de todos os poderes e, como afirmamos, alguns governos o conferem às classes inferiores, que o desempenham de forma absoluta na assembléia pública. [...] Pode-se solucionar a

---

<sup>23</sup> DROMI, José Roberto. “Constitucionalismo y humanismo”. **Revista de direito público**. São Paulo, n. 70, p. 28, abr.-jun., 1984. Nesse sentido ALMEIDA FILHO, Agassiz. “Constituição e Estado Constitucional: Ruptura ou Continuidade dos Paradigmas Liberais?”. In. ALMEIDA FILHO, Agassiz. PINTO FILHO, Francisco Bilac Moreira (Orgs.). **Constitucionalismo e Estado**. Rio de Janeiro : Forense, 2006, p. 13: “Apesar das muitas limitações que o exercício do poder político oferecia à generalidade dos membros da sociedade, foi a partir do constitucionalismo clássico que eles – num primeiro instante identificados com a burguesia – puderam expressar sua vontade e convertê-la no máximo instrumento de condução/conformação da convivência.”.

<sup>24</sup> É preciso deixar claro que, para o exercício da democracia direta, cidadão era designativo reservado para os homens maiores, censitariamente habilitados para o exercício das atividades públicas. Mulheres, crianças, idosos com idade avançada, escravos e estrangeiros, denominados metecos, estavam excluídos das decisões políticas do Estado. Na verdade, a democracia direta era extremamente segregacionista, tornando o conceito bastante limitado no plano das relações concretas de poder, apesar da sua grande simbologia para a teoria do poder político.

dificuldade da mesma maneira, e talvez a ordem das coisas seja bem estabelecida. Pois o soberano não é um juiz, um senador, ou um componente da assembléia, porém o tribunal, o senado e o povo. Cada indivíduo não é senão uma parcela desses três corpos.

E, finalizando, explicita a divisão no seguinte excerto:

Existe em todo o governo as três partes nas quais o legislador consciente deve fazer valer o interesse e a conveniência particulares. [...] Uma dessas três partes está com o encargo de resolver sobre os negócios públicos; a segunda é aquela que desempenha as magistraturas – e aqui é necessário estabelecer quais as que devem ser criadas, qual precisar ser a sua autoridade especial, e como devem ser eleitos os juizes. A terceira é aquela que fornece a justiça. A parte de resolução resolve de modo soberano sobre a guerra, sobre a paz, da aliança, da ruptura, dos tratados, promulga as leis, dá a sentença de morte, o exílio, o confisco, e passa em exame as contas do Estado.<sup>25</sup>

Coube, de fato, a Montesquieu divulgar a separação de poderes de forma sistematizada e adequada aos novos anseios e níveis de exigência para a máquina estatal em crescimento não apenas geográfico, mas também em ampliação de complexidade política:

O governo monárquico não comporta leis tão simples quanto o despótico. São necessários tribunais. Esses tribunais proferem decisões. Estas devem ser conservadas, estudadas, para que hoje se julgue como ontem se julgou, e para que a vida e a propriedade dos cidadãos conservem-se asseguradas como a própria constituição do Estado. Em uma monarquia, a administração de uma justiça que não decide somente da vida e dos bens, mas também da honra, requer pesquisas cuidadosas. O escrúpulo do juiz aumenta à proporção que ele tem maior responsabilidade e que julga sobre maiores interesses. Desse modo, não devemos nos admirar ao encontrar nas leis desses Estados tantas regras restrições e extensões, que multiplicam os casos particulares, e parecem fazer da própria razão uma arte.<sup>26</sup>

A distinção de tarefas do Estado termina por se apresentar como um imperativo<sup>27</sup>, como uma necessidade clamorosa de manter a hegemonia de comando e o respeito dos seus súditos ou

<sup>25</sup> ARISTÓTELES. **Política**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo : Martin Claret, 2003, p. 31, 79, 87, 98 e 199.

<sup>26</sup> MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. Tradução de Jean Melville. São Paulo : Martin Claret, 2003, p. 82.

<sup>27</sup> Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho (*Op. Cit.*, p. 133), em verdade, a divisão funcional do poder se deveu ao “resultado empírico da evolução constitucional inglesa, qual a consagrou o *Bill of Rights* de 1689”, em decorrência do compromisso de divisão dos poderes entre o rei e os membros do parlamento, tendo sido teorizado por John Locke. Este último, em verdade, termina por superlativar o Poder Legislativo exercido na Inglaterra e, no que se refere aos demais poderes hoje conhecidos, mascara a função jurisdicional ao tratar dos poderes “executivo e federativo”: “como mesmo as leis elaboradas rapidamente e em prazo curto têm validade permanente e duradoura, precisando de execução e assistência constante, torna-se necessária a existência de um poder também permanente que execute as leis em vigor. E assim os poderes legislativo e executivo são freqüentemente separados. [...] Estes dois poderes, executivo e federativo, embora realmente distintos em si, cabendo a um a execução das leis da sociedade dentro dos seus limites com relação a todos que a ela pertencem, e ao outro a gestão da segurança e do interesse da comunidade fora dela, assim como gerir os prejuízos ou danos por ela causados, estão quase sempre

cidadãos, notadamente quanto a transição da primeira categoria para a segunda é mais concreta, ensejando maior participação política do povo nos negócios do poder público.

A conhecida separação de poderes, pois, se afirma para implantar duas ordens de valores na administração dos negócios públicos:

- a) a *otimização dos resultados*, no sentido que a especialização de pessoal para a adoção de apenas parte das tarefas de governo necessariamente permite que se exija um grau maior de acerto e de eficiência para o resultado final das ações estatais e
- b) o *controle mútuo e constante das demais funções estatais*, implementando o denominado sistema de freios e contrapesos, quando uma das funções realiza ingerências nas demais por força de ações indevidas e lesivas ou mesmo de inações prejudiciais para a sociedade<sup>28</sup>.

A conseqüência mais evidente e relevante da materialização das idéias de separação de funções estatais é consagrar as denominadas funções típicas e funções atípicas dos poderes constituídos.

As funções típicas, também denominadas próprias ou regulares, são as atividades essenciais de cada uma das funções do Estado, aquelas onde o núcleo das atribuições a ser exercida condiz rigorosamente com o objetivo principal traçado em face das questões a ser solucionadas pelo corpo de pessoas a tanto competentes.

É, pois, o conjunto de tarefas relacionadas umbilicalmente com as necessidades de inovar o ordenamento jurídico pelos membros Poder Legislativo; de dar concreção mediante atos administrativos, políticas públicas e decisões governamentais diversas aos comandos normativos e judiciais pelos membros do Poder Executivo em sentido amplo e, por fim, de julgar a correção das leis e também a constitucionalidade, legalidade e legitimidade do agir administrativo pelo Poder Judiciário.

---

reunidos.”. LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. Tradução de Alex Marins. São Paulo : Martin Claret, 2003, p. 106/107. Para uma referência histórica da evolução da separação dos poderes, cf. DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 23. ed. São Paulo : Saraiva, 2002, p. 215/222.

<sup>28</sup> “Esse princípio de harmonia e independência dos poderes, funcionando com os denominados freios e contra-pesos, é que evita os excessos, por parte de qualquer deles. Os excessos do Executivo são coibidos pelo Judiciário. Este é obrigado ao cumprimento das leis emanadas do Legislativo. Os excessos deste são revistos pelos vetos do Executivo, que por sua vez, fica preso às normas do Judiciário, não devendo nenhum deles ficar absolutamente separados, ao mesmo tempo, não poderão ficar um acima do outro, havendo dependência mútua para que haja esforço no sentido de chegarem à unidade e ao equilíbrio, ditado este pela Constituição. Dificilmente poderá ocorrer a harmonia, quando houver a hipertrofia de um deles. A profunda diminuição da competência normal de qualquer dos poderes poderá determinar o desequilíbrio, ocorrendo senão a desarmonia, a anulação de um deles.”. FERREIRA, Wolgran Junqueira. *Op. Cit.*, p. 90/91.

As funções atípicas, também denominadas de impróprias ou excepcionais, são aquelas que se apresentam como nucleares de outras funções do Estado, mas que são exercitáveis pelas outras funções em face de explícita determinação constitucional nesse sentido. O que caracteriza estas funções atípicas é, justamente, a previsão clara da excepcionalidade, ou seja, dos limites para seu exercício nos casos concretos.

Nesse quadro tem-se, por exemplo, a capacidade que o Poder Executivo dispõe de editar atos legislativos originários (edição de leis delegadas, na forma do artigo 68 da CF) e atos com força de lei desde a edição (medidas provisórias, na forma do artigo 62 da CF); ainda, a autorização para que o Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal presida a sessão do Senado Federal onde se efetiva o julgamento político do processo de *impeachment* do Presidente da República (na forma do artigo 52, parágrafo único, da CF).

A noção central que caracteriza as funções atípicas, portanto, é a *excepcionalidade*, na medida que, ou existe albergue claro para um agir diverso da atividade nuclear comum de uma função estatal ou sua realização estará vedada pelo Texto Constitucional – já que induzirá tal atitude numa hipótese de usurpação de competência, repelida pelo sistema jurídico brasileiro.

O exercício de competências que não são próprias de uma função estatal pela outra ou pelas outras sem autorização constitucional explícita enseja a denominada *usurpação de competência*, enquanto agir sem respaldo na Constituição Federal atentatório ao Princípio da Separação dos Poderes e, portanto, passível de invalidação judicial e, até mesmo, de repercussão na esfera administrativa e política – podendo configurar crime de responsabilidade passível de *impeachment* da autoridade responsável pela sua execução.<sup>29</sup>

Sintetizando, Hely Lopes Meirelles afirma que os poderes expressos no art. 2º da Constituição Federal de 1988 são aqueles “imanescentes e estruturais”, sendo que a eles se refere “uma *função que lhe é atribuída com precipuidade*”, sustentando que o uso da expressão precípua se justifica porque,

[...] embora o ideal fosse a *privatividade* de cada função para cada Poder, na realidade isso não ocorre, uma vez que todos os Poderes têm necessidade de praticar *atos administrativos*, ainda que restritos à sua organização e ao seu funcionamento, e, em caráter excepcional admitido pela Constituição, desempenham funções e praticam atos que, a rigor, seriam de outro Poder. O que há, portanto, não é separação de Poderes com

<sup>29</sup> Com fundamento no art. 85 da Constituição Federal de 1988. Cf. sob o tema HIRSCH, Fábio Periandro de Almeida. “*Impeachment: responsabilidade dos integrantes do Poder Executivo – processo e julgamento*”. In: **Repertório de jurisprudência IOB**. v. I, n. 21, São Paulo, 2003, p. 763/777.

divisão absoluta de funções, mas, sim, distribuição das três funções estatais *precípua*s entre órgãos independentes, mas harmônicos e coordenados no seu funcionamento, mesmo porque o poder estatal é uno e indivisível.<sup>30</sup>

A importância da separação de poderes enquanto regra fundante da Constituição Federal de 1988, mesmo passando por um redimensionamento constante, diz também com a necessidade do povo brasileiro ter acesso à segurança jurídica enquanto tarefa de todos os Poderes, não apenas do Poder Judiciário.

Até porque, como afirma o Ministro Marco Aurélio do Supremo Tribunal Federal, e parece verdade, o brasileiro não está acostumado com a segurança jurídica.<sup>31</sup> E a ausência de constância na relação entre as funções ou poderes estatais é relevante. Identificando-a, justo porque as atuações dos poderes no controle mútuo geram choques inevitáveis, Roberto Mangabeira Unger assim se manifesta:

Que é, precisamente, o sistema de direitos, ou a sua outra face, o estado de direito? O estado de direito existe quando os detentores do poder estão vinculados por regras gerais, mesmo que essas regras sejam estabelecidas pelos próprios detentores do poder. Para eles, estar vinculados significa, em parte, que essas regras devem ser interpretadas, aplicadas e executadas de maneira que possam ser entendidas publicamente. Os fundamentos para decisão não devem dar vazão a julgamentos caso a caso de interesses estratégicos sem nenhuma relação geral ou razoável entre as regras.<sup>32</sup>

É neste contexto que se faz necessário avaliar, ainda que rapidamente, o quadro geral do Poder Judiciário do Brasil a partir de 1988.

## 2.2 QUADRO GERAL DO PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O Poder Judiciário é uma das funções estatais mais relevantes para a plena e eficiente consagração de um regime democrático. A produção de julgamentos sobre a correção do

<sup>30</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. Cit.*, p. 55/56, grifos do original.

<sup>31</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.186/DF**. Rel. Min. Gilmar Mendes, DJU de 12/05/2006, p. 04.

<sup>32</sup> UNGER, Roberto Mangabeira. **O direito e o futuro da democracia**. Tradução de Caio Farah Rodriguez e Marcio Soares Grandchamp. São Paulo : Boitempo, 2004, p. 86.

conjunto de normas e dos atos administrativos em geral é sua função típica. A elaboração de atos normativos para a regência de seus trabalhos e a organização de pessoal<sup>33</sup> para a realização das tarefas acessórias para viabilizar os julgamentos constituem exemplos de suas funções atípicas.

A função principal da natureza do Poder Judiciário é, pois, a decisão sobre as mais variadas espécies de conflitos de interesse.<sup>34</sup>

Num regime republicado e democrático, onde há supremacia da Constituição, tanto as disputas entre particulares quanto as envolventes de interesses públicos estão sob seu crivo para fins de deliberação definitiva. Nesse sentido, após ampla sustentação em doutrina clássica sobre o tema, Dirley da Cunha Júnior enfatiza a questão da supremacia da Constituição e sua efetivação pelos poderes públicos:

[...] a supremacia da Constituição não só impõe que toda atuação do poder público se conforme, material e formalmente, com os preceitos e diretrizes por ela estabelecidos, como também determina [...] que o poder público obrigatoriamente atue quando para tanto foi exigido. A supremacia constitucional ficaria comprometida – e, de resto, toda ordem jurídica – se as imposições constitucionais não fossem realizadas. Em consequência disso, todos os órgãos do Poder Político – Legislativo, Executivo e Judiciário – acham-se vinculados e obrigados a satisfazer os fins e tarefas imposta pelo texto magno. A heterovinculação da Constituição e de suas normas é uma realidade do constitucionalismo contemporâneo, que impõe uma ‘fuerza vinculante bilateral de la norma’, isto é, que vincula tanto os órgãos do Poder Político como os cidadãos.<sup>35</sup>

A garantia da Constituição ser suprema em um Estado de Direito, portanto, além de ser responsabilidade de todos os poderes políticos, termina por ser tarefa típica do Poder Judiciário, o qual se organiza estruturalmente da forma mais voltada para o atendimento deste mister.

<sup>33</sup> Cf. art. 96, I da Constituição Federal de 1988.

<sup>34</sup> MORAES, Guilherme Peña de. **Direito constitucional**: teoria do estado. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2006, p. 88 e 92/93: “De um lado, há a diferenciação entre a função legislativa, em virtude da preparação de normas jurídicas abstratas e gerais, de forma hipotética, e as funções administrativas e jurisdicional, em razão da produção de normas jurídicas concretas e individuais, de modo casuístico. Em síntese, a administração e a jurisdição são traduzidas como atividades de concretização e individualização da legislação. De outro lado, há a distinção entre as funções administrativa e jurisdicional, em decorrência do contraditório, substituição, pretensão, definitividade e inércia, dado que esta, ao contrário daquela, é singularizada pela condução dialética do processo, por agentes públicos imparciais, em busca da satisfação dos interesses das partes, com a imutabilidade da coisa julgada material, desde que provocada pela ação. Em suma: a jurisdição, em contraposição à administração, é simbolizada pela aplicação contenciosa, imparcial, satisfativa, imutável e passiva da norma jurídica a casos concretos. [...] A jurisdição é delineada como *atividade pela qual o Estado resolve contenciosamente os litígios existentes na sociedade, substituindo-se aos titulares dos interesses em conflito, de forma definitiva e quanto solicitado, seja afirmando a existência ou inexistência do direito material, seja o realizando praticamente, seja assegurando a efetividade de sua afirmação ou de sua realização prática.*” (grifos do original).

<sup>35</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**. São Paulo : Saraiva, 2004, p. 52.

O modelo brasileiro de organização judiciária está explicitado no artigo 92 da Constituição Federal de 1988, o qual consagra o elenco de componentes do Poder Judiciário no Brasil composto na sua quase totalidade por órgãos com funções jurisdicionais – exceção do Conselho Nacional de Justiça, previsto no art. 92, I-A, criado pela Emenda Constitucional nº 45/2004, o qual possui funções correicionais e administrativas.<sup>36</sup>

Os demais integrantes estão previstos no artigo 98 da CF (juizados especiais estaduais e federais, juízes de paz etc).

O artigo 92 da CF é sucedido pela fixação das regras gerais para o exercício da magistratura (consagradas no denominado Estatuto da Magistratura, art. 93 da CF, consideravelmente alterado pela Emenda Constitucional nº 45/2004, bem como nas regras sobre garantias e vedações aos magistrados do art. 95 e parágrafo único da CF), além de normas sobre a composição dos tribunais e sobre o respaldo formal de validade dos julgamentos de inconstitucionalidade (respectivamente, art. 94, o qual materializa a regra do *quinto constitucional* e art. 97 da CF, o qual materializa a regra do *full banch* ou da reserva de plenário).

A base necessária para que a independência da função jurisdicional seja respeitada está exposta no conjunto de regras sobre a autonomia financeira e orçamentária do Poder Judiciário, consagradas no art. 98, § 2º e no art. 99 e seus incisos da Constituição Federal, a primeira criada e estas últimas alteradas com relevância pela Emenda nº 45/2004.

---

<sup>36</sup> Em outra oportunidade, tratando da natureza do Conselho Nacional de Justiça, já se escreveu: “O art. 103-B da Constituição Federal de 1988, pós EC nº 45/2004, consagra as tarefas, a composição e as competências do Conselho Nacional de Justiça, sendo que sua instalação ocorreu em 14 de junho de 2005, sendo que suas manifestações possuem abrangência nacional. O CNJ foi criado como restaurador da moralidade administrativa, como propulsor da eficiência na Administração da Justiça, como concretizador da relevante atividade de corregedoria geral do Poder Judiciário, tudo isso em cumprimento ao art. 37, caput, da Constituição Federal de 1988 (o § 4º, inciso II do art. 103-B denota este pensamento). A tarefa é difícil e, justamente por esta constatação, deve ser preservado no pensamento de seus integrantes o equilíbrio para que as boas intenções, presumivelmente existentes em seus âmagos, não ultrapassem as previsões constitucionais que limitam seus atos. [...] Da leitura desta previsão já se pode tomar como certo que: a) a natureza das funções do CNJ é administrativa, não lhe cabendo atribuições jurisdicionais de qualquer ordem; b) a sua tarefa maior é efetivar a autonomia do Poder Judiciário, fazendo respeitar o princípio constitucional da separação de poderes, contido no art. 2º da Constituição Federal; c) suas manifestações consistem em atos regulamentares e recomendações de providências. Em suma, por meio de atos regulamentares ou de recomendações, o CNJ tem como função primordial assegurar a autonomia do Poder Judiciário, enquanto função estatal que por si mesma ostenta a pecha da incompreensão quando decide contra as leis inconstitucionais aprovadas pelo Legislativo e contra as medidas provisórias e atos administrativos inconstitucionais editados pelo Executivo, em todos os níveis da Federação.”. HIRSCH, Fábio Periandro de Almeida. “Considerações em torno da Resolução nº 11/2006 do CNJ”. In: ALVES NETO, João (Coord.). **As novas faces do direito do trabalho**: estudos em memória de Gilberto Gomes, Salvador : Quarteto, 2006, p. 92/93, grifos do original.

A importância desta autonomia das finanças é tanta que parece certo afirmar que “Não há democracia sem uma Justiça forte, auto-suficiente, financeira e politicamente, respeitada e prestigiada”.<sup>37</sup>

A partir do art. 101 da Constituição Federal passa a ocorrer a especificação constitucional dos integrantes do Poder Judiciário brasileiro, com a delimitação expressa de competências.

A estrutura se inicia pela previsão do Supremo Tribunal Federal (arts. 101 a 103), seguido pelo Superior Tribunal de Justiça (arts. 104 a 105); após, pelos Tribunais Regionais Federais e pela Justiça Federal de primeira instância (arts. 106 a 110); pela Justiça do Trabalho (arts. 111 a 116); pela Justiça Eleitoral (arts. 118 a 121) e pela Justiça Castrense ou das Forças Armadas, (arts. 122 a 124).

Por fim, no âmbito dos estados membros ou federados, cada qual dos mesmos organiza sua estrutura judiciária, contando no mínimo com um Tribunal de Justiça e juízes de Direito, definidos pelas Constituições Estaduais e pelas leis de organização judiciária de cada unidade federativa (art. 125 a 126). O art. 4º da Emenda Constitucional nº 45/2004 extinguiu os Tribunais de Alçada.

Ainda, e na seqüência, a Constituição Federal trata das denominadas funções essenciais da Justiça, englobando o Ministério Público, as procuradorias jurídicas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, as Defensorias Públicas e a advocacia privada (arts. 127 a 135).

## 2.3 PANORAMA DAS FUNÇÕES DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

O corte metodológico escolhido pelo autor deliberadamente limita o interesse em aprofundar o trato apenas das questões relativas aos tribunais em geral e, sobretudo, no específico, aos tribunais superiores consagrados no sistema judiciário brasileiro de 1988.

---

<sup>37</sup> CUNHA, Fernando Whitaker da. **Direito constitucional do Brasil**. Rio de Janeiro : Renovar, 1990, p. 295. O mesmo autor aprofunda sua análise sustentando que “A autonomia financeira do Poder Judiciário devia implicar, corajosamente, como implicou (art. 96, e, da CF) numa autonomia política dela, que libertou, a magistratura de vitandas injunções, da pressão de interesses subalternos e deu aos juízes a segurança necessária para o desempenho de sua árdua e nobilitante função de, como ressaltou ANDRÉ MALRAUX, transformar o direito em Justiça, sintonizando a rigidez da lei com a insondável complexidade da vida.” *Id. Ibid.*, p. 297, grifos do original.

O fato é que se pode, perfeitamente, aplicar a teoria das funções típicas e atípicas para todos os tribunais no Brasil, eis que, por força da Constituição Federal, os mesmos têm como atividade principal ou típica a prestação jurisdicional.

Contudo, não se furtam de realizar, atipicamente, tanto a administração (quer de pessoal, quer de demandas administrativas com seus julgadores, a título dos trabalhos das corregedorias, por exemplo) quanto a legislação (na medida em que a elaboração dos regimentos internos materializa, com sede constitucional para alguns, tal atribuição).

Sem dúvida, porém, a competência atípica mais relevante é a administrativa. No texto da Constituição Federal temos previsões para que o STF e os demais tribunais superiores exercitem tais competências atípicas, precisamente nos dispositivos constantes dos arts. 96, I e alíneas.

A relevância da seleção, organização, fiscalização de atividades, enfim da gestão de demandas em nível de pessoal do corpo administrativo de serventuários faz com que os Tribunais possuam, usualmente, setores de sua estrutura voltados para essas tarefas, quase sempre com a chefia de Desembargadores ou Juízes da Corte respectiva.

Inegavelmente, tais atribuições terminam por retirar parte considerável de tempo útil dos magistrados para a função essencial e primaz de todos os tribunais, qual seja, a prestação jurisdicional. Daí porque são vivazes as vozes que reclamam a inserção de profissionais habilitados em Administração para realizar tal mister: os chamados administradores judiciários.<sup>38</sup>

---

<sup>38</sup> A Revista Exame, edição de 06/09/2006, publicou matéria com o título “Para fazer a Justiça andar. Um plano para o Judiciário brasileiro tornar-se mais rápido e previsível”, subscrita por Roberta Paduan, onde se utilizaram dados coligidos pela consultoria McKinsey e expostos pelo sócio-diretor da subsidiária brasileira da empresa Stefan Matzinger. Nessa avaliação ampla do cenário brasileiro, uma das principais conclusões foi que a insegurança jurídica representaria uma redução de 20% da taxa de investimento e, portanto, de desenvolvimento e crescimento no Brasil. O estudo ainda mostrou que os anacronismos da legislação brasileira são responsáveis diretos pela defasagem de crescimento, ensejando o aumento de processos em trâmite no Judiciário do país, então mensurados na faixa de 54 milhões de casos em curso, gerando como conclusão que, “se o sistema não passar por uma reforma profunda rapidamente, o número de processos dobrará em dez anos, chegando a 110 milhões”. Como soluções propostas foram elencados: a aplicação de juros de mercado para o retardo no cumprimento das decisões judiciais, a concretização urgente da súmula vinculante e, ainda, um “choque de gestão” mediante a criação dos Administradores Judiciários, definido o processo de mudança nos seguintes termos: “A informatização do tribunal eliminaria o problema, como demonstra o tribunal do Rio de Janeiro, em que a distribuição de um recurso ocorre em menos de 24 horas e o julgamento leva cinco meses. Em São Paulo, o julgamento de um recurso leva em média dois anos. Embora vital, a adoção de mais tecnologia resolveria apenas parte do problema. Outra parte reside no fato de um juiz brasileiro gastar, em média, apenas 35% de seu tempo realmente julgando -- nos 65% restantes, ele exerce funções administrativas, como controlar férias de funcionários. Para piorar, não há padrões de gestão no Judiciário brasileiro. Na Justiça estadual, que concentra mais de 70% dos casos em andamento no país, cada um dos 27 tribunais estaduais define o modelo de gestão com que quer trabalhar. O responsável pela administração de cada tribunal estadual é um juiz eleito a cada dois anos, geralmente sem nenhuma formação em gestão. ‘Quando ele está aprendendo a fazer as coisas, é substituído por outro juiz, que tem de aprender tudo de novo’, diz Matzinger. [...] A Austrália, que deflagrou uma profunda reforma da Justiça, em 1995, resolveu a questão criando a figura do administrador

A base desta competência administrativa, em que pese sua sede constitucional em alguns casos (notadamente quanto aos tribunais superiores), é mesmo o Regimento Interno de cada Corte, entendido como a norma fundamental de organização e estabelecimento de competências para os órgãos julgadores componentes.

A relevância dos Regimentos Internos é notória, especialmente no caso do Supremo Tribunal Federal, na medida em que diversos dispositivos nele contidos são utilizados até hoje no embasamento de pretensões diversas<sup>39</sup> e na regulação de temas como, por exemplo, pressupostos recursais e condições de admissibilidade.<sup>40</sup>

A função jurisdicional, no sentido da prestação da tutela pelos órgãos do Estado encarregados da solução das demandas ou conflitos intersubjetivos, é mesmo o móvel da existência do Poder Judiciário como uma das funções essenciais do Brasil.

judiciário, uma carreira já antiga nos Estados Unidos. Esse profissional de gestão trabalha como executivo de apoio à área fim do tribunal. A reforma australiana incluiu um investimento de 3,5 bilhões de dólares em três anos. A maior parte do dinheiro foi gasta na padronização da gestão dos tribunais e em sua informatização. Uma das maneiras criadas pelos australianos para monitorar a qualidade dos serviços jurídicos foi estabelecer que cada juiz fique responsável do começo ao fim pelos casos que lhes são designados. As iniciativas resultaram na redução de 25% do estoque de processos em andamento e na aceleração do prazo de solução dos casos, que duram no máximo oito meses no país. Sugeriu-se, por fim, uma mudança de cultura e de formação dos magistrados para que atentassem para os impactos econômicos de suas decisões, bem como para a especialização do conhecimento judicial - PADUAN, Roberta. “Para fazer a Justiça andar: um plano para o judiciário brasileiro tornar-se mais rápido e previsível”. In.: **Revista Exame**, edição de 06/09/2006. Disponível em <[www.exame.com.br](http://www.exame.com.br)>, Acesso em 11/11/2006, 13:50 horas. Entendemos que tais propostas merecem maior trato e profunda discussão, para que não se empreste ao problema da crise de eficiência do Poder Judiciário uma conotação de que apenas para favorecer os negócios é que a reforma deve se concretizar.

<sup>39</sup> “[...] Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Inaplicabilidade. Alegação improcedente. As disposições do Regimento Interno da Corte foram recebidas pela Constituição, que não repudia atos normativos anteriores à sua promulgação, se com ela compatíveis. Precedente.” – BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Suspensão de Liminar nº 32/PE**. Rel. Min. Maurício Corrêa, DJU de 03/04/2004, p. 31. O precedente citado foi a Questão de Ordem na Suspensão de Segurança nº 260.

<sup>40</sup> Berenice Soubhie Nogueira Magri, tratando sobre os Regimentos Internos do STF e do STJ, afirma que desde a Constituição Federal de 1934 até as Cartas de 1967/1969 o RISTF possuía natureza jurídica de *ato normativo próprio*, com produção de efeitos análoga às leis ordinárias elaboradas pelo Poder Legislativo. Diante da Constituição Federal de 1988, a autora permanece sustentando tal entendimento, porém adequando-o ao disposto no art. 59, III, ao referir que “em face da atual ordem constitucional (art. 96, inc. I, da CF), não é correto atribuir ao Regimento Interno do Tribunal natureza de ‘lei’, visto que se trata de ‘normas regimentais’”. Conclui aduzindo que, “no que concerne aos Regimentos Internos dos Tribunais, que seus preceitos têm conteúdo normativo, desvendam caráter de fonte formal do Direito, tendo limites quanto ao seu objeto e extensão vinculativa que se esgotam, do âmbito da organização e do funcionamento administrativo jurisdicional dos respectivos Tribunais que os editaram”, eis que “Não deve prevalecer, para o sistema da Constituição de 1988, a orientação de que o Regimento Interno poderia, ainda que excepcionalmente, ter *eficácia externamente*” (MAGRI, Berenice Soubhie Nogueira. “O papel decisivo dos regimentos internos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça na admissibilidade dos recursos extraordinário e especial”. In.: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 67 e 79, com grifos constantes do original.

A tarefa precípua dos órgãos componentes do Poder Judiciário possui peculiaridades de Estado para Estado. No Brasil, por exemplo, as decisões do juiz de primeira instância, sob o aspecto jurídico, são tão relevantes quanto os acórdãos proferidos pelos Tribunais. Contudo, de fato, percebe-se uma precarização da importância dos julgamentos originários, quase como se toda a relevância decisória do sistema judiciário brasileiro fosse deslocada para as Cortes.

Esse fenômeno pode ser explicado pela circunstância inata do homem de não tolerar negativas a seus anseios sem uma revisão que lhe faça resignar; pela consideração que os membros dos tribunais seriam mais experientes e, portanto, mais preparados para os casos complexos; pelo pensamento que decidir colegiadamente é mais seguro do que monocraticamente, dentre tantas outras explicações.

Contudo, em verdade, parece que o correto seria balizar essa constatação (que o juiz de primeiro grau é mero provocador da jurisdição dos tribunais) em razões menos jurídicas que sociológicas, na medida em que a Corte simboliza o poder de forma mais austera, mais plena.

Dito de outro modo: o julgamento do tribunal traz consigo uma carga ideológica de um juízo mais abalizado que o do julgador isolado. Ao par disso, também carrega em si a idéia de hierarquia e sedimentação do quanto decidido, sendo que, em regra geral, a acórdão ou a decisão monocrática não serão facilmente reformadas em desfavor do vitorioso.

As razões para esse fenômeno brasileiro dos julgadores mais distantes do fato (os juízes dos tribunais, desembargadores ou ministros) serem mais valorizados que os juízes próximos dos acontecimentos sociais geradores de conflitos (os juízes de primeira instância) parecem ser reduzidas essencialmente a duas:

- a) primeira, decorrente do sistema de foros privilegiados, já que é nos tribunais que os agentes mais relevantes do sistema político em sentido lato são processados e julgados;
- b) segunda, por força do recurso tão-somente desdobrar a relação processual e culminar na definitividade da sentença, com o manto da coisa julgada, a gerar estabilidade das questões solvidas.

Os tribunais, portanto, são considerados como ícones do Poder Judiciário brasileiro. Sua figura institucional é até mais visível para o grande público que a do Juiz de Direito (notadamente nos grandes centros), gerando como efeito principal uma conclamação dos seus trabalhos e de seus membros como verdadeiros oráculos da aplicação da justiça.

Mauro Cappelletti, tratando da relação entre o Legislativo e o Executivo – cujos desenvolvimentos chegam a ponto do autor referir a um verdadeiro “gigantismo” - e o Judiciário, afirma:

As sociedades mais sãs esforçaram-se e se esforçam por encontrar a cura desses desenvolvimentos, potencialmente patológicos. [...] para o judiciário, tais desenvolvimentos comportaram conseqüências importantes, sobretudo o aumento da sua função e responsabilidades. Pelo fato de que o “terceiro poder” não pode simplesmente ignorar as profundas transformações do mundo real, impôs-se novo e grande desafio aos juizes. A *justiça constitucional*, especialmente, na forma do controle judiciário da legitimidade das leis, constitui um aspecto dessa nova responsabilidade.<sup>41</sup>

Novamente em redução de complexidade decorrente do corte metodológico fixado, passa-se a tratar das funções do tribunal máximo de um Estado, tradicionalmente o responsável pela apreciação da constitucionalidade das normas, quer de forma concentrada, quer difusa, quer mista, como no caso do Supremo Tribunal Federal no Brasil.

Santi Romano afirma que o Estado possui instituições relevantes e outras irrelevantes, explicando que as primeiras podem ser divididas em instituições do Estado; auxiliares e pertencentes ao Estado e, por fim, originárias. De interesse as instituições do Estado, na medida em que “constituem parte integrante da estrutura que o Estado possui como pessoa, da qual não se distinguem senão como partes do todo”.<sup>42</sup>

Os tribunais, inegavelmente, hão de ser considerados como instituições relevantes para quaisquer Estados contemporâneos, na medida em que o exercício da jurisdição é meio pelo qual se efetiva a própria soberania estatal.<sup>43</sup>

A principal tarefa dos tribunais máximos é a de *farol ou exemplo*: de indicar com força vinculante pela austeridade ou pelas normas qual a direção a ser adotada pelo conjunto de órgãos do sistema judiciário nacional sobre determinada questão.

Infelizmente, porém, se é intuitivo que toda decisão de uma Corte Suprema deve ser atendida por todos os agentes públicos de forma imediata, o Brasil necessitou explicitar em norma constitucional tal efeito (art. 102, § 2º, da CF/88, com redação dada pela Emenda nº 45/2004). Isso, porém, isoladamente, não elimina o risco de desobediência.

---

<sup>41</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?**. Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre : Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993, p. 46.

<sup>42</sup> ROMANO, Santi. **Princípios de direito constitucional geral**. Tradução de Maria Helena Diniz. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1977, p. 104/106.

<sup>43</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**. Rio de Janeiro : Forense, 1984, p. 75.

O principal problema do país não é a independência judicial – o direito de cada juiz decidir de forma diversa da Corte Suprema -, mas sim a falta de cumprimento efetivo pelo Poder Executivo das decisões proferidas pelo Poder Judiciário como uma ação pública conseqüente.<sup>44</sup>

A postura exemplar que se espera das decisões da Suprema Corte é decorrente das funções que o Tribunal deve exercer.

O professor americano Bernard Schwartz, tratando da realidade norte americana até 1955, sustenta que conhecer a posição dos tribunais em um país é “de crucial importância para quem procura compreender as suas instituições constitucionais”.

Aduz, citando Laski, que a história americana seria contada de forma incompleta se não levasse em conta as decisões judiciais proferidas, sendo o juiz personagem com papel primordial na sociedade norte americana. E vaticina, contrapondo a realidade de seu país com a da Inglaterra:

A experiência européia mostra que a Constituição que não pode ser judicialmente validada contém apenas palavras ocas. O fracasso dos tribunais europeus em afirmar o seu poder de controle sobre os atos do Executivo e do Legislativo é que tem tornado a maioria das Constituições européias simples pedaços de papel. A afirmação pelos tribunais americanos de tal poder de revisão assegura que a Constituição federal não sofre de um mal semelhante. Assim, não é somente a existência de um instrumento orgânico escrito que torna o papel constitucional do juiz nos Estados Unidos mais importante do que na Inglaterra. É antes o fato de que o Judiciário americano é considerado como um dos três ramos coordenados do Governo federal, que não depende nem do Legislativo nem do Executivo, que o capacita a afirmar o seu poder de controle que tão nitidamente diferencia o sistema constitucional americano daqueles predominantes na Inglaterra e no continente europeu.<sup>45</sup>

Percebe-se, pois, que a relevância do papel dos tribunais é mecanismo direto de afirmação da soberania estatal, da supremacia da Constituição rígida e, sobretudo, do respeito popular aos desígnios do governo em sentido lato. Tal respeito advém da moderação judiciária, entendida como a manifestação da Suprema Corte apenas quando a inconstitucionalidade é patente.<sup>46</sup>

Ainda para Schwartz, reportando a 1955 quando foi escrito seu livro, houve uma mudança de panorama no quadro das principais funções da Suprema Corte americana: saiu a faceta de controlador incansável do Congresso Nacional, onde atuava como quase um “superlegislativo” e,

<sup>44</sup> Entendendo-se por ação pública o conjunto de medidas administrativas tendentes a alterar práticas julgadas errôneas pelo Poder Judiciário, enquanto decorrência natural do pronunciamento definitivo da Corte Suprema.

<sup>45</sup> SCHWARTZ, Bernard. **Direito constitucional americano**. Tradução de Carlos Neyfeld. Rio de Janeiro : Forense, 1966, p. 160/161.

<sup>46</sup> SCHWARTZ, Bernard. *Op. Cit*, p. 262.

por força da moderação judiciária (fruto, ao seu ver, de uma maturação do próprio órgão, apesar da mudança de seus membros), passou a preponderar as tarefas de *árbitro do sistema federal* (para fins de manter a autoridade estadual dentro dos limites do sistema federativo) e de *guardião das liberdades civis*.<sup>47</sup>

Parece que o sistema de moderação judicial ainda se aplica contemporaneamente no sistema americano, eis que em trabalhos mais recentes autores como Thomas M. Cooley afirmam que é necessária prudência da *Supreme Court* para deliberar sobre práticas governamentais, sem que isso implique em negligenciar os atos notoriamente contrários à Constituição Federal americana.<sup>48</sup>

Já Konrad Hesse, ao tratar da realidade do Direito Constitucional na República Federal da Alemanha, afirma que as principais funções do Tribunal Constitucional Federal (que acabam por envolver a jurisdição constitucional como um todo) são, em especial, o *controle dos poderes estatais* e a *concretização e aperfeiçoamento do Direito Constitucional*, nos seguintes termos:

Assim, é sobretudo a jurisdição constitucional pela qual o poder judiciário hoje está intercalado no equilíbrio dos poderes [...] e que dá seu cunho não só à ordem das funções estatais, mas à ordem constitucional total. É de influência essencial sobre a colaboração dos órgãos estatais, se conflitos entre eles somente por entendimento podem ser eliminados, ou se eles por um tribunal independente podem ser decididos; a jurisdição constitucional contribui para a conservação da coexistência de forças políticas diferentes, aproximadamente equilibradas, pela sua atividade que pressupõe a ordem constitucional da Lei Fundamental e que, simultaneamente, é condição fundamental de sua própria eficácia; e a Constituição escrita ganha na vida da coletividade um significado muito superior do que em uma ordem sem jurisdição constitucional – o papel que a Constituição, nomeadamente em seus direitos fundamentais, desempenha na vida da República Federal assenta-se, não em último lugar, nisto, que a questão da observância das vinculações jurídico-constitucionais sempre pode ser feita acessível à decisão do Tribunal Constitucional Federal.<sup>49</sup>

<sup>47</sup> Entendendo que o papel da Corte Suprema a partir de 1937 foi decisivo para mudar a orientação do direito de propriedade não ser mais importante que a vida, a liberdade e a segurança jurídica, preservando-se então os “direitos específicos salvaguardados na Carta de Direitos e contidos nas oito primeiras emendas à Constituição Federal” - SCHWARTZ, Bernard. *Op. Cit.*, p. 264/266.

<sup>48</sup> COLLEY, Thomas M. **Princípios gerais de direito constitucional nos Estados Unidos da América**. Tradução e anotações de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas : Russel, 2002, p. 148: “É muito conveniente, entretanto, que o Poder Judiciário, ao decidir questões acerca de leis sujeitas ao seu exame, pese bem as suas opiniões e, especialmente se tais assuntos não solevaram nenhuma oposição durante algum considerável período de tempo. O Poder Judiciário tem-nas muitas vezes acatado, quando a correção de uma prática interpretação da lei, por parte do Executivo no cumprimento dos seus deveres, é que estava em jogo; mas não pode assim proceder, quando na opinião do tribunal a interpretação dada viola diretamente a Constituição”.

<sup>49</sup> HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução da 20ª edição alemã por Luís Afonso Heck. Porto Alegre : Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998, p. 419/420.

Para Francisco Gérson Marques de Lima, a questão da relevância das funções dos Tribunais Constitucionais desemboca na preservação da democracia:

A Constituição é o limite dos excessos do legislador, o qual atua dentro de uma imensa margem de discricionariedade. Estes limites restringem a ditadura da maioria e as mudanças de ocasião, que poderiam implicar a perpetuação, no poder, daqueles que lá se encontram, ditando as regras do jogo. A natural regra da sucessão democrática estaria ameaçada. Logo, é fundamental um modelo eficaz e coerente de controle da Constituição, seja ele político ou jurisdicional. Este controle passa pelos Tribunais Constitucionais, que em alguns países se situam no cume da pirâmide judiciária; e em outros constituem um órgão político fora da estrutura dos demais Poderes.<sup>50</sup>

Aos tribunais em geral, e em particular às Cortes Supremas dos diversos Estados democráticos, em síntese, podem ser indicadas como principais as seguintes funções:

- a) primordialmente, assegurar a implementação e a preservação do regime democrático;
- b) consagrar a segurança jurídica por meio da coercitividade dos seus decisórios e da formação da coisa julgada;
- c) controlar os demais poderes constituídos, quer no aspecto formal, quer no material dos seus atos (em sentido amplo, abrangendo as omissões inconstitucionais);
- d) concretizar as leis em geral e, em especial, direta ou indiretamente, a própria Constituição, sendo seus intérpretes autorizados (o que não exclui, por certo, a relevância das manifestações interpretativas dos juízes de primeira instância).

## 2.4 FUNÇÕES DO TRIBUNAL MÁXIMO COM BASE NA TEORIA DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL: A CONTRIBUIÇÃO DE ANDRÉ RAMOS TAVARES

O professor André Ramos Tavares, em tese que lhe valeu o título de Livre-Docente em Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP) sob a denominação de “Teoria da Justiça Constitucional”, faz um aprofundado estudo sobre as funções de um Tribunal Constitucional.<sup>51</sup>

<sup>50</sup> LIMA, Francisco Gérson Marques de. *Fundamentos... Op. Cit.*, p. 29.

<sup>51</sup> TAVARES, André Ramos. **Teoria da justiça constitucional**. São Paulo : Saraiva, 2005, 633 p.

Na realidade, o tema não lhe era novo, eis que já o havia enfrentado em outro trabalho, anteriormente publicado em 1998<sup>52</sup>, no qual tratou dos diversos aspectos a serem levados em conta quando do tratamento do Tribunal Constitucional e de suas funções dentro do Estado democrático de Direito moderno.

Uma das mais relevantes tarefas, ao ver do professor paulista, é a *função de controle*, por meio da qual o Tribunal Constitucional se constitui em “garante da fidelidade à Constituição”<sup>53</sup>. Estreitamente ligada a esta é a *função corretora*, na qual o Tribunal “atua como verdadeiro órgão corretivo, no sentido de que recompõe a ordem jurídica”.<sup>54</sup>

Ainda fez referência à *função legitimante*, entendida como aquela por meio da qual o Tribunal Constitucional é provocado a “declarar a legitimidade de uma determinada lei”, gerando por consequência que o ato público deixará de possuir mera presunção de constitucionalidade para ser definitivamente considerado como idôneo perante a Constituição em vigor.<sup>55</sup>

Densificando sua análise, pode-se dizer que André Ramos aperfeiçoou seus estudos sobre o tema da jurisdição constitucional, centrando suas preocupações das diversas funções a serem desenvolvidas pela figura central deste sistema, qual seja, o Tribunal Constitucional.

Em suas próprias palavras, “pode-se dizer que esta pesquisa projeta-se exatamente para o reconhecimento da importância do Tribunal Constitucional, procurando desvendar a natureza da função que exerce”, tudo para viabilizar que se possa “demonstrar a legitimidade deste órgão dentro da concepção mais ‘moderna’ de democracia”.<sup>56</sup>

Parte da premissa que a Constituição, ao sair da situação de mera carta de intenções e se transformar em *carta de competências*, passou a servir de fonte principal do Direito, ultrapassando o antigo paradigma da primazia da lei e dos códigos como formadores do sistema jurídico. Daí porque, citando Lipson, oferece seu ponto de vista sobre o que se deve esperar de uma Constituição e de sua relevância para o Estado democrático de Direito:

<sup>52</sup> TAVARES, André Ramos. **Tribunal e jurisdição constitucional**. São Paulo : Celso Ribeiro Bastos Editor, 1998, 165 p.

<sup>53</sup> TAVARES, André Ramos. **Tribunal e jurisdição constitucional**. São Paulo : Celso Ribeiro Bastos Editor, 1998, p. 95.

<sup>54</sup> TAVARES, André Ramos. *Tribunal... Op. Cit.*, p. 97/98.

<sup>55</sup> TAVARES, André Ramos. *Tribunal... Op. Cit.*, p. 99/100. O professor faz referência expressa ao caso brasileiro, onde a Ação Declaratória de Constitucionalidade é instrumento posto para a realização de tal função ou dimensão pelo Tribunal Constitucional (art. 102, I, a da CF), sendo que para esse instrumento sempre se referiram efeitos erga omnes e vinculantes da sua decisão. Com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, o art. 102, § 2º, estendeu tal eficácia às decisões de mérito nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade.

<sup>56</sup> TAVARES, André Ramos. *Teoria... Op. Cit.*, p. 08.

Há três funções principais que uma constituição deve preencher e três influências a que deve corresponder. No primeiro caso, uma constituição é um processo de organizar e dar reconhecimento formal aos interesses e grupos de que a sociedade se compõe. Segundo, serve ao Estado como o esqueleto serve ao corpo humano, oferecendo uma estrutura rígida em torno da qual os processos dinâmicos da política podem funcionar. Estruturalmente encarada, a constituição é muitas em uma só. É um complexo de poderes e funções oficiais, somados aos direitos e responsabilidades privados. Ergue uma estrutura de instituições, dependências e agências. Consubstancia ainda os princípios filosóficos subjacentes à concepção que uma comunidade faz de sua forma de Governo. Terceiro, uma constituição está ornada com os atributos supremos da lei. Marca o vértice de uma hierarquia de gradações legais. Aí está o foco da lei suprema do Estado e o manancial de suas leis secundárias.<sup>57</sup>

Marcando a necessidade e a oportunidade da revisão aprofundada das funções do Tribunal Constitucional, o professor paulista sustenta que, por ter o Direito a cada dia mais se complexificado, o papel da Corte terminou por se expandir necessariamente, atuando no contexto da chamada Teoria das Redes, atraindo para si temários como governabilidade, conflitos no tocante à distribuição de competências federativas e demandas tidas muitas vezes como políticas em sentido amplo.<sup>58</sup>

Pontua, ainda, que a rigidez da Constituição é pressuposto inexorável para falar em supremacia normativa da mesma e, por conseguinte, legitimar a própria existência do Tribunal Constitucional, na medida em que esse é “órgão programado para sustentar a supremacia da Constituição”, sendo mesmo “inaceitável sua existência sem a supremacia que lhe justifica a atuação”.<sup>59</sup>

Dentro da denominação “Curador da Constituição”, a qual abarca “(i) ser o defensor um protetor dos interesses constitucionais; (ii) ser o defensor também um implementador da vontade da Constituição, realizando-a, aplicando-a, cumprindo-a ou exigindo seu cumprimento”<sup>60</sup>, pontifica que tal tarefa, em que pese não exclusiva dele, é especialmente do Poder Judiciário e, preponderantemente, do Tribunal Constitucional.<sup>61</sup>

<sup>57</sup> TAVARES, André Ramos. *Teoria... Op. Cit.*, p. 46.

<sup>58</sup> TAVARES, André Ramos. *Teoria... Op. Cit.*, p. 48.

<sup>59</sup> TAVARES, André Ramos. *Teoria... Op. Cit.*, p. 61.

<sup>60</sup> TAVARES, André Ramos. *Teoria... Op. Cit.*, p. 71.

<sup>61</sup> Como a forma mais específica e proveitosa de controle e proteção da Constituição é mesmo o exercício eficiente do controle de constitucionalidade, e havendo necessidade de integrar tal tarefa como típica do Poder Judiciário mas específica e primordial da Corte Constitucional, André Ramos afirma que “Realmente, o modelo mais adequado para a defesa da Constituição talvez seja aquele que permita alguma forma de ‘integração’ das instâncias judiciais na Justiça Constitucional, seja (i) por permitir o controle difuso-incidental ou por (ii) impor às instâncias judiciais que suscitem a questão constitucional perante o Tribunal Constitucional (controle concentrado mediante incidente judicialmente posto).” - TAVARES, André Ramos. *Teoria... Op. Cit.*, p. 113.

O incremento de novas tarefas atribuídas ao Tribunal Constitucional conduz a afirmação de que a função inaugural do Tribunal Constitucional é mesmo o controle da constitucionalidade das leis, quer de forma concentrada e abstrata (modelo austríaco kelsenniano), quer de forma difusa ou incidental e concreta e casuística (modelo norte americano advindo de Marshall). Daí porque sustenta que,

No momento em que o Tribunal Constitucional recebeu a incumbência (por vezes monopolizando-a no máximo possível) de controlar os atos normativos advindos dos parlamentos, tornou-se uma das principais instituições do constitucionalismo. A função inaugural é, portanto, de extrema importância, e foi a partir dela que os tribunais puderam reforçar sua posição de destaque entre os “poderes” constitucionais.<sup>62</sup>

Para uma melhor precisão terminológica, em razão do rigor do método de pesquisa empregado, o autor justifica o uso da expressão Jurisdição Constitucional entendendo-a como “a defesa da Constituição sob todos os aspectos, desde que operada por um tribunal (exercício de jurisdição) como função exclusiva (eliminando desse conceito tribunais que desempenhem a jurisdição concomitantemente)”.<sup>63</sup> E sobre o termo que denomina a obra – Justiça Constitucional – esclarece:

“Justiça Constitucional” em uso identificado, nesta pesquisa, para designar apenas a Justiça desenvolvida no âmbito do Tribunal Constitucional, incluindo o estudo da sua origem histórica, seu posicionamento entre os poderes, suas principais categorias funcionais, morfologia e natureza da atividade do Tribunal Constitucional, processo decisório e suas regras, legitimidade democrática e perspectivas.<sup>64</sup>

A idéia de monopólio da aplicação do controle de constitucionalidade pelo Tribunal Constitucional, porém, é afastada como algo necessário para a sua afirmação e existência, o que induz à conclusão que a existência de um modelo concreto-difuso de controle não implica em impedimento para a construção da Teoria da Justiça Constitucional.<sup>65</sup> Justifica-se tal pensar:

O Tribunal Constitucional identifica-se, pois, pelas funções que exerce, basicamente todas marcadas profundamente pela idéia de protetor da supremacia constitucional, com sua defesa e cumprimento. Não se caracteriza, pois, pela exclusividade ou monopólio no exercício dessas funções.

<sup>62</sup> TAVARES, André Ramos. *Teoria... Op. Cit.*, p. 138.

<sup>63</sup> TAVARES, André Ramos. *Teoria... Op. Cit.*, p. 145.

<sup>64</sup> TAVARES, André Ramos. *Teoria... Op. Cit.*, p. 151

<sup>65</sup> TAVARES, André Ramos. *Teoria... Op. Cit.*, p. 156/157.

[...] A exigência de atuação exclusiva como curador da Constituição levaria a desconsiderar um tribunal como a Corte Suprema norte-americana, que não seria propriamente um Tribunal Constitucional, embora ninguém duvide que exerça Justiça Constitucional. Seria, ainda, o caso do Supremo Tribunal Federal no Brasil.<sup>66</sup>

Adentrando no específico da relevância do estudo das funções operativas do Tribunal Constitucional, o professor da PUC/SP afirma que, por se tratar de uma teoria da prática de determinado encargo ou trabalho, “A teorização acerca das funções desenvolvidas pelo Tribunal Constitucional deve objetivar uma construção científica sustentável que indique as atribuições dessa instituição e forneça os aportes teóricos necessários para distingui-las entre si”.<sup>67</sup>

Em que pese certa a idéia que, com o constitucionalismo, toda a razão de ser do Estado, por quaisquer de suas funções ou poderes, é aplicar, incluindo garantir, a Constituição (“defesa e cumprimento da Constituição”), o que se verifica é que o estudo das demais funções do Tribunal Constitucional não logrou amplitude suficiente, com o que se justificou a relevância prática da pesquisa.<sup>68</sup> Num exemplo para o Brasil, essa se confirma:

Da análise do Direito brasileiro, depreende-se que muito do que consta como competência do Supremo Tribunal Federal é matéria que, a rigor, deveria estar cometida a outro órgão do Poder Judiciário, como o Superior Tribunal de Justiça. Por outro lado, muito do que efetivamente se caracterizaria, teoricamente, como controle de constitucionalidade simplesmente não consta do rol de atribuições do Supremo Tribunal Federal.<sup>69</sup>

Adverte que as funções do Tribunal Constitucional não devem ser confundidas com suas competências de atuação e que devem estar presentes na própria Constituição.

No sistema norte-americano, por exemplo, a regulamentação do Judiciário é matéria de lei ordinária a cargo do Parlamento e apenas as competências originárias da Suprema Corte seja

<sup>66</sup> TAVARES, André Ramos. *Teoria... Op. Cit.*, p. 157 e 159.

<sup>67</sup> TAVARES, André Ramos. *Teoria... Op. Cit.*, p. 185.

<sup>68</sup> “Podem ser alinhavadas três razões básicas para o não-reconhecimento (nem empírico, nem doutrinário) de uma teoria das funções da Justiça Constitucional. (i) O tema da Justiça Constitucional é relativamente recente na História do Direito, impossibilitando um adequado desenvolvimento de parcela de suas categorias fundamentais. Inicialmente se fixou atenção na chamada ‘legitimidade’ da Justiça Constitucional. (ii) Há uma diversidade e inadequação de funções atribuídas empiricamente a alguns tribunais constitucionais. (iii) Houve forte concentração doutrinária no estudo do tema do controle da constitucionalidade das leis, função que inaugura a atividade do Tribunal Constitucional na História.” - TAVARES, André Ramos. *Teoria... Op. Cit.*, p. 193.

<sup>69</sup> TAVARES, André Ramos. *Teoria... Op. Cit.*, p. 198.

declinadas na Constituição sintética. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal entende que suas competências são reservadas, ou seja, de trato exclusivamente constitucional.<sup>70</sup>

Ademais, o reconhecimento de quais funções devem ser implementadas será extraído – por paradoxal que seja – do exercício cotidiano de suas próprias competências expressas<sup>71</sup>, bem como pela atuação do Tribunal em questões que, aparentemente, refugiriam do seu rol de atribuições (mas que são relevantes para a manutenção do Estado Democrático de Direito).

Classificam-se as funções em duas grandes categorias:

- a) as *funções estruturais ou próprias* (“aquelas que pertencem a um Tribunal Constitucional por sua natureza e desenvoltura”, as quais são “essenciais, e delas não se pode desvencilhar o Tribunal Constitucional sob pena de grave prejuízo para a Constituição e o sistema jurídico”<sup>72</sup>) e
- b) as *funções impróprias* (“aquelas que determinada realidade estatal imputa ao Tribunal Constitucional ignorando a posição e a natureza dessa instituição”, as quais “não se compadecem com a posição de garante da Constituição”<sup>73</sup>).

Interessam apenas as primeiras, em razão do rigor científico empregado na pesquisa.

Passa-se à análise tópica de cada uma das funções essenciais do Tribunal Constitucional.

A primeira é a *função interpretativa e de enunciação constitucional*, delimitada como “o processo pelo qual o Tribunal constrói a norma a ser aplicada, a partir do enunciado fornecido

<sup>70</sup> “[...] 1. No plano federal, as hipóteses de competência cível ou criminal dos tribunais da União são as previstas na Constituição da República ou dela implicitamente decorrentes, salvo quando esta mesma remeta à lei a sua fixação. 2. Essa exclusividade constitucional da fonte das competências dos tribunais federais resulta, de logo, de ser a Justiça da União especial em relação às dos Estados, detentores de toda a jurisdição residual. 3. Acresce que a competência originária dos Tribunais é, por definição, derrogação da competência ordinária dos juízos de primeiro grau, do que decorre que, demarcada a última pela Constituição, só a própria Constituição a pode excetuar. 4. Como mera explicitação de competências originárias implícitas na Lei Fundamental, à disposição legal em causa seriam oponíveis as razões já aventadas contra a pretensão de imposição por lei ordinária de uma dada interpretação constitucional.” – ADI nº 2.797/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 19/12/2006, p. 37. Discutia-se no caso a constitucionalidade das mudanças ocorridas no art. 84 do Código de Processo Penal por força da Lei Ordinária nº 10.628/02.

<sup>71</sup> “O Tribunal Constitucional exerce, com características de definitividade, a função de definir (diminuir, alargar ou conformar com os ‘anseios oficiais’) suas funções. Isso significa a função implícita de declarar, em causa própria, se é sua ou não determinada tarefa que lhe seja apresentada. Esse é o típico processo aberto de definição funcional de um órgão” – TAVARES, André Ramos. *Teoria... Op. Cit.*, p. 215.

<sup>72</sup> TAVARES, André Ramos. *Teoria... Op. Cit.*, p. 206.

<sup>73</sup> *Idem, ibidem*. Sobre quais seriam tais funções impróprias, enumera André Ramos Tavares as seguintes: “A função administrativa (em sentido estrito), a de desenvolvimento do Direito privado (infraconstitucional), a revisão do Direito estadual (contencioso estadual) e a atividade consultiva do Tribunal Constitucional são funções não essenciais a este, porque não relacionadas à garantia da superioridade da Constituição ou a seu cumprimento (incluindo sua defesa)” – *Idem*, p. 210.

pelo legislador, no caso do Tribunal Constitucional, o legislador constituinte”, ressaltando-se que se fez prévia distinção entre enunciado enquanto dispositivo e norma.<sup>74</sup>

Faz-se, portanto, “a construção de um discurso não autônomo (porque vinculado ao enunciado escrito) pelo operador do Direito”, posto que, por premissa, o autor entende que a jurisprudência não pode construir novos enunciados, já que atividade exclusiva do legislador sendo exceção, por exemplo, a analogia.<sup>75</sup>

Distinguiu-se internamente tal função em três outras (ainda que a distinção não tenha intenção de excluir, eis que os fenômenos podem até mesmo se imbricar), quais sejam:

- a) a *principiológica*, entendida como o processo de concreção das cláusulas constitucionais abertas que trouxeram princípios para o texto das Constituições<sup>76</sup>, entendidos como diretrizes materiais para o ordenamento jurídico, fenômeno próprio das Constituições que emergiram após a Segunda Guerra Mundial ao traduzirem normas-principiológicas<sup>77</sup>;
- b) a *evolutiva*, entendida como uma função adaptativa, construtiva ou de atualização do sentido do texto normativo constitucional, normalmente identificada como mutação

<sup>74</sup> “Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado. O importante é que não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte.” – ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo : Malheiros, 2003, p. 22.

<sup>75</sup> TAVARES, André Ramos. *Teoria... Op. Cit.*, p. 217/219.

<sup>76</sup> Discorrendo em obra que faz profunda análise dos princípios constitucionais, bem como ampla revisão da literatura brasileira sobre o tema, de consulta necessária pois, Ruy Samuel Espíndola afirma: “Assim, por sua própria *essência*, evidenciam mais do que comandos generalíssimos estampados em normas, em normas da Constituição. Expressam opções políticas fundamentais, configuram eleição de valores éticos e sociais como fundantes de uma idéia de Estado e de Sociedade. Desta forma, esses princípios, então, não expressam somente uma *natureza jurídica*, mas também política, ideológica e social, como, de resto, o Direito e as demais normas de qualquer sistema jurídico. Porém, expressam uma *natureza* política, ideológica e social, *normativamente predominante, cuja eficácia no plano da práxis jurídica* – entendida como concretização do Direito no sentido mais amplo possível – alcança, muito além dos procedimentos estatais (*judicialistas*, legislativos e administrativos), até a organização política dos mais diversos segmentos sociais, como os movimentos populares, sindicatos e partidos políticos etc.” – ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 80.

<sup>77</sup> “Segundo a definição *standard* da teoria dos princípios, princípios são normas que ordenam que algo seja realizado em uma medida tão ampla quanto possível relativamente a possibilidades fáticas ou jurídicas. Princípios são, portanto, *mandamentos de otimização*. Como tais, eles podem ser preenchidos em graus distintos. A medida ordenada do cumprimento depende não só das possibilidades fáticas, senão também das jurídicas” – ALEXYS, Robert. “Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado democrático de Direito”. Palestra proferida na sede da Escola Superior da Magistratura Federal (ESMAFE) no dia 7 de dezembro de 1998. *In.: Revista de Direito Administrativo*, vol. 217, jul./set., Rio de Janeiro : Renovar, 1999, p. 74/75, grifos do original.

constitucional enquanto processo informal de alteração do conteúdo semântico das normas da Constituição Federal<sup>78</sup> e, por fim,

- c) a *desenvolvimentista das liberdades públicas*, na qual se efetiva a obrigação do Tribunal Constitucional ser promotor dos direitos fundamentais, podendo – ou mesmo devendo – se concretizar por meio da interpretação sempre ampliativa e beneficiadora dos direitos<sup>79</sup> e/ou com a guarda desses direitos, sendo de rigor que a primeira parcela seja preponderante sobre a segunda.<sup>80</sup>

O Tribunal Constitucional, a fim de legitimar o exercício de tal função, tem por obrigação se preocupar com a dimensão comunicativa das suas deliberações, posto que a ele “é defeso promover uma leitura isolada da Constituição, sem maiores esclarecimentos ou demonstrações”, devendo os seus passos ser “apresentados no próprio contexto decisório”<sup>81</sup>, o que, no Brasil, é garantia fundamental expressa no art. 93, IX da Constituição Federal de 1988 (princípio da fundamentação das decisões).

---

<sup>78</sup> Luís Roberto Barroso explicita o conteúdo da interpretação evolutiva, pautado na “prevalência, na moderna doutrina, da concepção *objetiva* da interpretação, pela qual se deve buscar, não a vontade do legislador histórico (a *mens legislatoris*), mas a vontade autônoma de emana da lei. O que é mais relevante não é a *occasio legis*, a conjuntura em que editada a norma, mas a *ratio legis*, o fundamento racional que a acompanha ao longo de toda a sua vigência. Este é o fundamento da chamada interpretação evolutiva. [...] Sem que se opere algum tipo de ruptura da ordem constituída – como um movimento revolucionário ou a convocação do poder constituinte originário -, duas são as possibilidades legítimas de mutação ou *transição* constitucional: (a) através de uma reforma do texto, pelo exercício do poder constituinte derivado, ou (b) através do recurso aos meios interpretativos. A *interpretação evolutiva* é um processo informal de reforma do texto da Constituição. Consiste ela na atribuição de novos conteúdos à norma constitucional, sem modificação do seu teor literal, em razão de mudanças históricas ou de fatores políticos e sociais que não estavam presentes na mente dos constituintes” – BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo : Saraiva, 2003, p. 145/146, grifos do original.

<sup>79</sup> “Em outras palavras, no momento em que o arranjo social muda de paradigma com a passagem do modelo positivista legalista (o Direito é o que a lei diz) para o do Estado Democrático de Direito (paradigma da supremacia da Constituição como norma aberta a todos os interlocutores sociais), o ‘aplicativo’ *democracia* passa a se aplicar também em relação ao Direito (não só na esfera legislativa, como também na judiciária).” – NOGUEIRA, Alberto. **Jurisdição das liberdades públicas**. Rio de Janeiro : Renovar, 2003, p. 226, grifos do original.

<sup>80</sup> André Ramos Tavares, baseado em parte no pensamento de Ingo Sarlet, pondera que “Os dispositivos constitucionais que enunciam ditos direitos fundamentais não comportam somente uma força normativa e, por consequência, uma norma; mas, em virtude de seu valor, como fundamental por óbvio, assumem verdadeira condição de princípios, sendo fundamento de ‘posições jurídico-subjetivas, isto é norma(s) definidora(s) de direitos e garantias, mas também de deveres fundamentais” (TAVARES, André Ramos. “Elementos para uma teoria geral dos princípios na perspectiva constitucional”. In.: LEITE, George Salomão (Org.). **Dos princípios constitucionais**: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo : Malheiros, 2003, p. 45). E o próprio Ingo Sarlet confirma o acerto da tese defendida no texto principal: “[...] é de destacar-se o dever de os tribunais interpretarem e aplicarem as leis em conformidade com os direitos fundamentais, assim como o dever de colmatação de eventuais lacunas à luz das normas de direitos fundamentais” - SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 361.

<sup>81</sup> TAVARES, André Ramos. *Teoria... Op. Cit.*, p. 251.

A segunda proposição é a *função estruturante*, entendida como aquela “por meio da qual se promove a adequação e a harmonização *formais* do ordenamento jurídico, consoante sua *lógica* interna e seus próprios comandos relacionados à estrutura normativa adotada”, representando-se tal tarefa por meio da expressão “manutenção do edifício jurídico-normativo”<sup>82</sup>, onde se realiza a “calibração do sistema, eliminando os elementos (normativos) indesejáveis (incongruentes), as práticas e omissões inconciliáveis com os comandos constitucionais”.<sup>83</sup>

Esclarece o autor que é nessa função que será incorporado o exercício do controle de constitucionalidade das leis, enquanto função inaugural do Tribunal Constitucional, compreendendo “o controle do respeito à hierarquia e à distribuição de competências”.<sup>84</sup>

Paulo Bonavides reforça a importância desta função do Tribunal Constitucional:

Com efeito, ao adquirir supremacia decisória tocante à verificação de constitucionalidade dos atos executivos e legislativos, o órgão judiciário estaria tutelando o próprio Estado. [...] Não há dúvida de que exercido no interesse dos cidadãos, o controle jurisdicional se compadece melhor com a natureza das Constituições rígidas e sobretudo com o centro de sua inspiração primordial – a garantia da liberdade humana, a guarda e proteção de alguns valores liberais que as sociedades livres reputam inabdicáveis. A introdução do sobredito controle no ordenamento jurídico é coluna de sustentação do Estado de direito, onde ele se alicerça sobre o formalismo hierárquico das leis.<sup>85</sup>

A decisão pela qual o Tribunal Constitucional manifesta a função estruturante possui, no ver do autor, estatura idêntica a de uma outra regra ou princípio constitucional, visando repor a Constituição em sua “integridade normativa”.<sup>86</sup>

Da maior importância para a seqüência deste trabalho é a função estruturante aplicada ao controle concreto-difuso de constitucionalidade, denominada *função cassatória*, onde o Tribunal Constitucional se torna uma “corte de superposição” e realiza o que Favoreu denomina de

<sup>82</sup> “A supremacia da Constituição é uma característica que decorre da sua própria essência, na medida em que é a norma que institui, organiza e harmoniza o próprio sistema jurídico e estabelece a competência das pessoas políticas, disciplinando o poder estatal. O fato de a Constituição ser o fundamento de validade e unidade do sistema jurídico já a dota de superioridade. [...] A Constituição é a norma fundamental. Seja rígida, ou flexível, escrita ou costumeira, é dotada de superioridade sobre as demais normas do sistema jurídico. A norma constitucional é suprema. Da supremacia constitucional surge a necessidade da compatibilidade das normas jurídicas inferiores com a Constituição. O pressuposto de validade da norma de hierarquia inferior é a compatibilidade ou consonância com a Constituição. O controle de constitucionalidade é a verificação da referida compatibilidade. Assim, constitucional é a ação ou omissão que guarda consonância com a Constituição.” (SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. **Direito processual constitucional**. São Paulo : Saraiva, 2006, p. 84 e 92).

<sup>83</sup> TAVARES, André Ramos. *Teoria... Op. Cit.*, p. 253, com grifos do original.

<sup>84</sup> *Idem*, p. 254.

<sup>85</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo : Malheiros, 2002, p. 272.

<sup>86</sup> TAVARES, André Ramos. *Teoria... Op. Cit.*, p. 260.

controle da “microconstitucionalidade”. Nessa atuação, o Tribunal Constitucional “deverá ser receptáculo natural de recursos diversos”.<sup>87</sup>

Tal atuação é vista com cautela, para que não reste inviabilizado o Tribunal Constitucional diante da ampla proliferação de recursos nele aportados. Isso ensejaria o que Alfredo Buzaid denominou de “crise funcional”.

Porém, deve ser muito bem entendido que “De qualquer sorte, a atuação do Tribunal Constitucional como órgão de superposição revela que essa função é estruturante, com referibilidade às decisões judiciais inferiores, que devem adequar-se ao sistema jurídico”.<sup>88</sup>

O essencial da atividade cassatória é “tornar o Tribunal Constitucional um órgão revisor das principais temáticas sociais”, por meio de técnicas que permitam ao Tribunal decidir com a mais ampla discricionariedade possível o que será por ela julgado. E, ao mesmo tempo, não se pode deixar de reconhecer a importância dessa função no tocante aos direitos fundamentais:

Evidente que o controle das violações aos direitos fundamentais agrupa uma ampla gama de atos e fatos totalmente díspares (em natureza e conteúdo), o que merece uma explanação mais adequada. De qualquer sorte, destaca-se, dentre as finalidades perseguidas no controle, a *de preservar os direitos fundamentais* (após lhes atribuir o exato conteúdo pela função interpretativa).

Assim, essa função nada mais é do que a própria função de controle (estruturante) qualificada em virtude do tipo de matéria que indiretamente se tutela ao tutelar a supremacia constitucional: os chamados direitos fundamentais.

[...] No exercício da função de Corte de Cassação, o Tribunal Constitucional está habilitado a receber recursos contra violações de direitos constitucionais. A função cassatória de um Tribunal Constitucional justifica-se exatamente neste ponto. Como anteriormente sublinhado, o Tribunal Constitucional não pode constituir-se em última corte de revisão de casos concretos. É necessário um forte elemento de conexão constitucional. Este surge precisamente com a tutela dos direitos fundamentais.<sup>89</sup>

Adiante será retomada a discussão, com o aproveitamento da teoria para fins de proscrição, na justa medida, da aplicação desmedida e apriorística da orientação jurisprudencial sobre a ofensa reflexa ou indireta à Constituição Federal no Brasil.

Na seqüência, apresenta-se a *função arbitral*, entendida “apenas na hipótese de se reportar o Tribunal Constitucional à atuação normativa ou material dos ‘poderes’, procurando solver os eventuais conflitos que surjam, fundamentada exclusivamente na preocupação de superar o atrito entre entidades constitucionais”. O âmbito de aplicação desta tarefa não se esgota no regime

<sup>87</sup> TAVARES, André Ramos. *Teoria... Op. Cit.*, p. 283.

<sup>88</sup> TAVARES, André Ramos. *Teoria... Op. Cit.*, p. 285.

<sup>89</sup> TAVARES, André Ramos. *Teoria... Op. Cit.*, p. 286 e 289.

federalista, devendo ter incidência “para todo conflito derivado na repartição de ‘poderes’ entre autoridades ou órgãos propriamente”.<sup>90</sup>

Promove-se em casos tais uma “decisão de interrupção (constitucionalmente estabelecida) do atrito entre as entidades constitucionais”, geratriz de um “comando genérico aplicável indiscriminadamente para todas as situações futuras nas quais se pudesse repetir a mesma ocorrência”. As principais preocupações com o bom uso dessa função se centram na manutenção da unidade estatal; em evitar o contencioso entre poderes constituídos; na defesa das minorias legislativas como forma de pacificação e garantia do pluralismo político e, ainda, na garantia da governabilidade (notadamente com a preocupação com os resultados práticos das decisões do Tribunal Constitucional).<sup>91</sup>

Fala-se ainda da *função legislativa*, esclarecendo que esta é o “desenvolvimento de atividade da qual resulta a composição inaugural de comandos, com efeitos de caráter geral”, buscando o autor suplantando a clássica teoria da divisão de poderes, posto que tal função apresenta um “patamar supralegal”.<sup>92</sup>

Dentro dessa função se encontram: a competência em sentido estrito para elaborar leis, de rara aplicação; o controle preventivo de constitucionalidade das leis, também com a nota da excepcionalidade; o controle das omissões legislativas ofensivas à Constituição Federal; a elaboração dos regimentos internos pelo Tribunal Constitucional e, por fim, com aplicação de teoria do Direito Português, as “decisões aditivas, redutoras e substitutivas”.

O que alinha todas as sub-facetadas da função legislativa é tanto sua necessária interação com outras funções, como a de controle e a interpretativa, quanto a excepcionalidade da sua ocorrência concreta.

Passa-se à *função governativa*, compreendida primeiramente de forma diversa de uma função política (a qual se caracteriza pela discricionariedade de seus métodos e escolhas), para se definir o Tribunal Constitucional como uma “instância decisória ‘para-Congressual’”, já que termina influenciando na direção dos negócios do Estado com a busca dos seus fins primários.

Centralmente, o que define tal função é a criação de um instrumental para se realizar um controle de constitucionalidade sobre os atos *interna corporis*, especialmente quando se podem

<sup>90</sup> TAVARES, André Ramos. *Teoria... Op. Cit.*, p. 297/298.

<sup>91</sup> TAVARES, André Ramos. *Teoria... Op. Cit.*, p. 305 e ss.

<sup>92</sup> TAVARES, André Ramos. *Teoria... Op. Cit.*, p. 322/323.

verificar excessos no uso das prerrogativas dos parlamentares, por exemplo. Três perspectivas se descortinam na espécie:

- a) considera-se função governativa tanto o resultado da invalidação de leis quanto, em especial, a definição dos direitos fundamentais, na medida em que, para sua proteção, será necessária uma injunção do Tribunal Constitucional sobre os poderes Legislativo e Executivo respectivamente;
- b) autoriza-se o Tribunal Constitucional a proceder a um “controle de oportunidade (de um ato, de uma lei, de uma determinação normativa) em face das finalidades primárias consagradas na Constituição”<sup>93</sup>;
- c) se há um incremento de participação democrática por meio do acesso ao Tribunal Constitucional, não se desprezam os limites para tal função ser exercida, sendo eles (i) a vedação de atos *ex officio*, (ii) circunscrever-se aos programas governamentais derivados da Constituição Federal e (iii) respeitar o núcleo de harmonia e independência de cada poder estatal (no caso brasileiro, art. 2º da CF/88).<sup>94</sup>

Tratou o professor também da *função comunitarista*, a ser entendida como o agir da Corte Constitucional orientada “para a defesa da superioridade do Direito comunitário (pró-comunidade) em relação ao Direito estatal (de cada Estado integrante de uma comunidade maior)”, fundamentada tal assertiva na consideração que esta “(i) é uma função que se pode reconduzir à estruturante; (ii) está baseada na Constituição e, nessa perspectiva, pode ser considerada como uma função que (iii) promove controle (indireto) da constitucionalidade”.<sup>95</sup>

<sup>93</sup> TAVARES, André Ramos. *Teoria... Op. Cit.*, p. 357.

<sup>94</sup> TAVARES, André Ramos. *Teoria... Op. Cit.*, p. 358.

<sup>95</sup> TAVARES, André Ramos. *Teoria... Op. Cit.*, p. 359 e 361. A explicação para o controle indireto de constitucionalidade é a seguinte: “Ao magistrado nacional, tendo como modelo a comunidade européia, está determinado aplicar o Direito comunitário preferencialmente ao Direito interno que se lhe oponha. Quando o magistrado nacional aplica o Direito comunitário afastando o Direito interno incompatível, estará dando cumprimento (indiretamente) a uma determinação constitucional e, assim, estará, em última análise, aplicando a Constituição” – *Idem*, p. 365. No particular da relação do Brasil com os mecanismos internacionais de proteção dos direitos humanos, confira-se: “Em razão do fenômeno de instrumentos internacionais de proteção dotados de bases jurídicas distintas (tratados e resoluções) [...] todos os Estados (inclusive os que não ratificaram os tratados gerais de direito humanos) encontram-se hoje sujeitos à supervisão internacional no tocante ao tratamento dispensado às pessoas sob sua jurisdição. [...] A este fenômeno da *diversidade de meios e identidade de propósito* há que agregar a gradual superação de objeções clássicas como a da pretensa competência nacional exclusiva ou domínio reservado dos Estados e a concomitante asserção da capacidade de agir dos órgãos de supervisão internacionais” - TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil (1948-1997): as primeiras cinco décadas**. 2. ed. Brasília : Editora Universidade de Brasília, 2000, Série Prometeu, p. 25 e 83, grifos do original.

A última é a *função paraconstituente*, entendida como uma forma de maximizar o princípio democrático por meio da atuação do Tribunal Constitucional, fazendo com que esse órgão supra, no mais das vezes, as manifestações ilegítimas dos demais poderes do Estado.<sup>96</sup> Essa função, pois, busca adaptar o caráter totalizante das Constituições do pós-guerra com os desafios éticos do exercício dos poderes por órgãos predominantemente políticos. O cerne da questão parece ser o seguinte:

Houve, na História, um momento crítico de crise do parlamentarismo, crise do presidencialismo, do governo, de governabilidade, do Legislativo e, agora, da democracia e da Constituição, de maneira que a única alternativa que se pode vislumbrar é uma volta para o povo, que deve ser realizada de maneira técnica, por meio da atuação do Tribunal Constitucional no contexto dos partidos políticos e de suas propostas de governo.<sup>97</sup>

Para que se consiga atingir a “democracia constitucional mista” propugnada pelo autor, não se pode descurar que,

Ademais, o Tribunal Constitucional é responsável apenas pela mediação e controle, no modelo que se propõe, e não pela elaboração das propostas constitucionais. Por esse motivo é que se fala em função constituinte-instrumental e não apenas constituinte. Haverá de zelar pela regularidade formal e material das propostas, não por sua adequabilidade ou utilidade social. Em última análise, quem decide os rumos a serem adotados é o povo propriamente dito, pelo voto direto que, nesses termos, deixaria de ser “cego” para o futuro.<sup>98</sup>

Entende-se que a função paraconstituente busca fundamento de validade no princípio da submissão do Estado ao Direito, com uma acentuada preocupação com a *finalidade* dos atos praticados pelos representantes do povo, visando, por certo, evitar os efeitos nefastos gerados pelas deturpações de um mau governo ou de um mau parlamento.<sup>99</sup>

---

<sup>96</sup> “Pode-se falar, certamente, do mito da democracia, não experimentada em lugar algum. Esse déficit do legislador é facilmente constatado: (i) na quantidade inaceitável de leis inúteis (‘inflação’ legislativa); (ii) na falta das leis socialmente necessárias; (iii) nas leis mal redigidas, geradoras de insegurança jurídica [...]; (iv) na morosidade legislativa quanto aos avanços tecnológicos e ideológicos operados na sociedade. [...] Ademais, as decisões adotadas pelo Congresso ou pelo Executivo são, em muitas ocasiões, decisões sem qualquer conotação majoritária, como seria de presumir, já que advêm de pressões políticas internas, que em nada refletem a preocupação social ou pública que delas seria de esperar no contexto democrático real. Votos são oferecidos cegamente, conforme as orientações das lideranças partidárias, com nítido timbre de ilegitimidade” - TAVARES, André Ramos. *Teoria... Op. Cit.*, p. 555/557.

<sup>97</sup> TAVARES, André Ramos. *Teoria... Op. Cit.*, p. 562/563.

<sup>98</sup> TAVARES, André Ramos. *Teoria... Op. Cit.*, p. 564.

<sup>99</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 4. ed. 4. tir. São Paulo : Malheiros, 2003, p. 158/165.

## 2.5 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM FACE DAS FUNÇÕES JURISDICIONAIS DECORRENTES DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: ANÁLISE DA NATUREZA JURÍDICA DO ÓRGÃO BRASILEIRO

A Constituição Federal de 1988 trata do Supremo Tribunal Federal nos arts. 101 a 103 do seu texto, sendo possível definir que a Corte é o tribunal mais relevante da estrutura judiciária brasileira pela posição de receptáculo de toda e qualquer violação ao corpo constitucional.

Daí porque a Constituição Federal a ele se refere como o guardião da sua integridade. E o termo guardião traz consigo uma carga valorativa substancial, a qual não pode ser desprezada por razões diversas do interesse público e privado na concretização da ordem constitucional brasileira:

[...] A DEFESA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA REPRESENTA O ENCARGO MAIS RELEVANTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. - O Supremo Tribunal Federal - que é o guardião da Constituição, por expressa delegação do Poder Constituinte - não pode renunciar ao exercício desse encargo, pois, se a Suprema Corte falhar no desempenho da gravíssima atribuição que lhe foi outorgada, a integridade do sistema político, a proteção das liberdades públicas, a estabilidade do ordenamento normativo do Estado, a segurança das relações jurídicas e a legitimidade das instituições da República restarão profundamente comprometidas. O inaceitável desprezo pela Constituição não pode converter-se em prática governamental consentida. Ao menos, enquanto houver um Poder Judiciário independente e consciente de sua alta responsabilidade política, social e jurídico-institucional.<sup>100</sup>

O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada, sendo que o mesmo possui três ordens de competências:

- a) *originária* para ações de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade e diversos outros temas (art. 102, I, alíneas ‘a’ até ‘r’, já na redação atualizada pela EC nº 45/2004);
- b) *recursal ordinária*, julgando *writs* constitucionais – *Habeas Corpus*, Mandados de Segurança, *Habeas Datas* e Mandados de Injunção - decididos pelos Tribunais Superiores em única instância<sup>101</sup>, bem como os crimes políticos (art. 102, II);

<sup>100</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.010/DF**, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 12/04/2002, p. 51.

<sup>101</sup> Ou seja, quando tais *writs* são de competência originária dos Tribunais Superiores (a exemplo dos casos estampados no art. 105, I, alíneas ‘b’ e ‘c’ da Constituição Federal, onde o Superior Tribunal de Justiça julgada tais

- c) *recursal extraordinária*, a qual é estabelecida com base no art. 102, III, da Constituição Federal e exercitada por meio de julgamento de Recursos Extraordinários das decisões de última ou única instância que contrariarem dispositivo da Constituição (alínea ‘a’), declararem tratado ou lei federal inconstitucional (alínea ‘b’), julgarem válidas lei ou ato governamental contestado em face da Constituição Federal (alínea ‘c’) e, por fim, com o advento da EC nº 45/2004, julgar válida lei local contestada em face de lei federal (alínea ‘d’)<sup>102</sup>.

Elencando as funções do Supremo Tribunal Federal, Francisco Gérson Marques de Lima ressalta a gama de atribuições a ele conferidas:

Deveras, encarregado de interpretar e aplicar, em última instância, a norma, sua decisão é definitiva, não comportando recurso para mais ninguém. Neste órgão, discutem-se atos os mais variados e matérias as mais diversas, oriundos tanto de instâncias inferiores do Judiciário (Tribunais Superiores, Regionais, de Justiça, juízes, etc.) quando dos demais Poderes (Executivo e Legislativo), de qualquer unidade política (União Federal, Estados, Distrito Federal e Municípios), e dos diversos setores (público e privado). Em tese e desde que de natureza constitucional, qualquer matéria pode ser submetida ao seu crivo, com raras exceções [...].<sup>103</sup>

---

ações inicialmente em função da autoridade tida por coatora que figura no pólo passivo das demandas) e não teriam um corte de revisão para que se realizasse o duplo grau de jurisdição obrigatório, entendendo-o ou não como um princípio constitucional. Cf., na espécie, NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos**. 4. ed. rev. e atual. Coleção Recursos no Processo Civil, v. 1. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 35/44. Contudo, há precedentes do Supremo Tribunal Federal entendendo que não existe proteção constitucional ao duplo grau em sede de competência originária dos Tribunais Superiores, sendo exemplo o seguinte: “[...] JURISDIÇÃO - DUPLO GRAU - INEXIGIBILIDADE CONSTITUCIONAL. Diante do disposto no inciso III do artigo 102 da Carta Política da República, no que revela cabível o extraordinário contra decisão de última ou única instância, o duplo grau de jurisdição, no âmbito da recorribilidade ordinária, não consubstancia garantia constitucional.” – BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 216.257/SP**, 2ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 11/12/1998, p. 07.

<sup>102</sup> Explica Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira que esta nova alínea era “[...] hipótese de cabimento do recurso especial, nos termos da antiga redação do art. 105, III, b, da Constituição Federal. Esta alteração merece aplausos, já que a questão é constitucional e não diz respeito à compatibilidade entre lei estadual e federal, entre as quais não há hierarquia. Trata-se de decorrência da forma federativa de Estado, onde há coexistência de leis nacionais, estaduais, municipais e distritais, todas com campo próprio de competência delimitada pela Lei Maior.” – FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. “Competência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça na Emenda Constitucional 45/2004”. In.: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (Coord.). **Reforma do judiciário analisada e comentada**. São Paulo : Método, 2005, p. 204. Justificando por outras razões a mudança de competência, especificamente porque com o advento da EC nº 45/2004, “cumprirá ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar representação do Procurador-Geral da República, na hipótese de recusa pelo Estado ou pelo Distrito Federal à execução de lei federal (novo texto do inciso III do art. 36), para garantir a decretação da intervenção da União nos Estados e no Distrito Federal”, cf. CUNHA JÚNIOR, Dirley da; RÁTIS, Carlos. **Emenda Constitucional 45/2004**. Salvador : JusPodivm, 2005, p. 42.

<sup>103</sup> LIMA, Francisco Gérson Marques de. **O STF na crise institucional brasileira**. Fortaleza : ABC Fortaleza, 2001, p. 26/27.

Numa perspectiva ainda orientada para a relevância das funções do Supremo Tribunal Federal no Brasil, Judicael Sudário de Pinho afirma:

De 1890, quando foi criado, até nossos dias, o Supremo Tribunal Federal tem mantido, com pequenas alterações, as mesmas características e funções. Dentre estas funções, incluem-se: (a) controlar a constitucionalidade das leis e dos atos normativos do poder público; (b) julgar os litígios entre os Estados e a União; (c) concretizar, como última instância do Poder Judiciário, os direitos fundamentais constitucionalmente assegurados. Não é de se estranhar tenha o Supremo Tribunal Federal uma história tumultuada, máxime se for levado em consideração que vivemos num país em que o estado de direito tem sido freqüentemente interrompido por períodos de exceção e o Poder Executivo tem por hábito, de tempos em tempos, ignorar a Constituição, dissolver o Congresso Nacional, governar por decretos, editar atos institucionais em franco confronto com a Constituição, decretar estado de sítio com suspensão das garantias constitucionais, prender e desterrar seus cidadãos sem observância do devido processo legal ou de qualquer processo.<sup>104</sup>

O STF exerce funções imprescindíveis no quadro da composição democrática do exercício do poder político no Brasil pós-1988. A democracia que o povo brasileiro está se acostumando a vivenciar por mais largo período histórico precisa de órgãos que possam lhe dar proteção, ainda que sob vicissitudes de pressões político-partidárias, econômicas e sociais de toda a sorte. Eis a relevância de sua atuação imparcial e eficiente.

O atual Supremo Tribunal Federal, previsto na Constituição Federal de 1988, teve por antecedente histórico a Casa de Suplicação do Rio de Janeiro, ainda no período imperial da história brasileira, com atuação na condição de órgão de cúpula do Judiciário até 1828.

A Casa de Suplicação foi entendida como “embrião histórico” do Supremo Tribunal de Justiça, órgão efetivamente criado e instalado por Ato sem número da lavra de D. Pedro I em 18 de setembro de 1828<sup>105</sup>, em que pese já previsto expressamente desde 1824 no art. 163 da Constituição do Império<sup>106</sup>, sendo este último o predecessor direto na história brasileira da criação do Supremo Tribunal Federal.

<sup>104</sup> PINHO, Judicael Sudário de. **Temas de direito constitucional e o Supremo Tribunal Federal**. São Paulo : Atlas, 2005, p. 29.

<sup>105</sup> MÓSCA, Hugo. **O Recurso Extraordinário e o sesquicentenário do Supremo Tribunal Federal**. Brasília : Gráfica Transbrasil, 1978, p. 15/20.

<sup>106</sup> “Art. 163. Na Capital do Império, além da Relação, que deve existir, assim como nas demais Províncias, haverá também um Tribunal com a denominação de - Supremo Tribunal de Justiça - composto de Juizes Letrados, tirados das Relações por suas antiguidades; e serão condecorados com o Título do Conselho. Na primeira organização poderão ser empregados neste Tribunal os Ministros daquelles, que se houverem de abolir” - BRASIL. Constituição Política do Império do Brazil, de 25 de março de 1824. In: **Presidência da República**. Rio de Janeiro, 1824, Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm). Acesso em 10 fev. 2007.

No projeto de Constituição republicana, publicado pelo Decreto nº 510, de 22 de junho de 1890, a estrutura do Poder Judiciário foi prevista nos arts. 54 e seguintes, onde a Corte recebeu a nomenclatura de *Supremo Tribunal Federal*, tendo sido criado pelo Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890 e instalado primeiramente na Rua do Lavadrio no Rio de Janeiro, com sessão solene presidida pelo Visconde de Sabará em 28 de fevereiro de 1891.

Sua composição originária era de 15 Ministros, oscilando ao longo da sua história por força de pressões políticas diversas, aposentadorias compulsórias e outras forçadas por ingerências ocultas do Poder Público da época, ora reduzindo-se (11 Ministros, por força do Decreto nº 19.656, de 03 de fevereiro de 1931) ora ampliando-se (16 Ministros, pelo Ato Institucional nº 2, do Governo Revolucionário de 1965).

Os afastamentos eram motivados, nos períodos altos de totalitarismo, por “razões de ordem pública”, eis que os Ministros retirados “se incompatibilizaram com as suas funções por motivo de moléstia, idade avançada ou outros de natureza relevante”.<sup>107</sup>

A grandeza dos problemas que ocorrem ao Supremo Tribunal Federal recomenda que se tenha clarificada a sua natureza jurídica, especialmente para se possa balizar o restante da pesquisa em desenvolvimento.

Duas são as principais considerações quanto a natureza do STF no Brasil: ele é ou não é uma Corte Constitucional?

### 2.5.1 O Supremo Tribunal Federal brasileiro é uma Corte Constitucional

J. J. Gomes Canotilho sustenta que o decisivo para caracterizar um tribunal constitucional é a sua “jurisdicionalidade [...] e a sua vinculação a uma medida constitucional material de controlo”, posto que a racionalidade das decisões do Tribunal Constitucional português, por exemplo, é decorrente da aplicação do direito constitucional em questões relevantes de dimensão política e jurídica, as quais são interpenetradas.<sup>108</sup>

Esclarece que o Tribunal Constitucional, de primeira mão, fica vedado de apropriar nos julgamentos de controle de constitucionalidade “valorações políticas ou apreciações de mérito

<sup>107</sup> Para uma ampla pesquisa histórica sobre o Supremo Tribunal Federal cf. BONFIM, Edson Rocha. **Supremo Tribunal Federal**: perfil histórico. Rio de Janeiro : Forense, 1979, p. 39/58.

<sup>108</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra : Almedina, 2003, p. 679/680.

político”, devendo, porém, coordenar esta restrição com o mister de exercer sua função de guardião da Constituição, assumindo, “ele próprio, uma dimensão normativo-constitutiva do compromisso pluralístico plasmado na Constituição”.<sup>109</sup>

No Brasil, Carlos Velloso, após realizar amplo levantamento sobre o surgimento histórico das Cortes Constitucionais na Europa, bem como sumariar o debate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt sobre quem deve ser o defensor da Constituição, pontua que, no período após a 2ª Guerra Mundial, “foi notável o florescimento da jurisdição constitucional no velho mundo [...] com a consolidação e alargamento do controle de constitucionalidade e sua introdução onde ainda não existia”.<sup>110</sup>

O mesmo autor, ainda numa perspectiva descritiva da evolução histórica, e analisando o controle de constitucionalidade realizado no Brasil desde o Império, conclui pela gradativa majoração do âmbito deste controle.<sup>111</sup>

<sup>109</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. Cit.*, p. 681.

<sup>110</sup> “A Constituição da Áustria de 1920, sob a inspiração de Kelsen, criou a Corte Constitucional austríaca, aperfeiçoada com a reforma constitucional de 1929, também inspirada por Kelsen, e suprimida em 1938 com a ocupação alemã. A Tchecoslováquia e a Espanha, em 1921 e 1931, respectivamente, criaram as suas Cortes Constitucionais, as quais tiveram, entretanto, duração efêmera. Após a 2ª Guerra é que se deu o florescimento da jurisdição constitucional: a Corte Constitucional da Áustria foi reaberta em 1945. A Constituição italiana, de 1947, com vigência a partir de 1º de janeiro de 1948, criou a Corte Constitucional da Itália. O mesmo ocorreu com a Alemanha Federal, com a Lei Fundamental de Bonn, de 1949. Seguiu-se a instituição de Cortes Constitucionais no Chipre em 1960; na Turquia, em 1961; na Iugoslávia, de 1963 a 1974; na Tchecoslováquia, em 1968; na Grécia, em 1975; em Portugal, na primeira reforma da Constituição de 1976, ocorrida em 1982; na Espanha, em 1978 e na Polônia, em 1986” – VELLOSO, Carlos Mário da Silva. “A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental”. *In.*: **O magistrado**. Jan./Mar. 2001. Disponível em <[https://redeagu.agu.gov.br/UnidadesAGU/CEAGU/revista/Ano\\_II\\_novembro\\_2001/05112001CarlosVellosoAargui caodedescumprimento.pdf](https://redeagu.agu.gov.br/UnidadesAGU/CEAGU/revista/Ano_II_novembro_2001/05112001CarlosVellosoAargui caodedescumprimento.pdf)>. Acesso em 10 fev. 2007, 12:33 horas. Relevante é notar que a Corte austríaca também realizou julgamentos de outras matérias que não apenas o controle concentrado da constitucionalidade.

<sup>111</sup> VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Idem*: “A Constituição do Império, de 1824, consagrava o controle político. Com a República, adotamos o controle jurisdicional, segundo o modelo norteamericano, controle difuso, portanto. Este foi o modelo consagrado na Constituição Republicana de 1891. A Constituição de 1934 ‘introduz a ação direta interventiva’, modalidade de controle de constitucionalidade que se aproxima do modelo concentrado, vez que o único foro competente para julgá-la era o Supremo Tribunal Federal’, cuja decisão representava um prius para a intervenção federal do Estado-membro. E mais: estabeleceu a Constituição de 1934 que a decisão de inconstitucionalidade somente seria tomada pelo voto da maioria absoluta dos membros dos Tribunais e atribuiu ao Senado competência para suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. A carta de 1937, que simplesmente dava forma de legalidade à ditadura do Estado Novo, trouxe retrocesso. A constituição de 1946 restaurou o controle de constitucionalidade. A Emenda Constitucional 16, de 1965, criou a ação direta genérica, ao instituir a representação de inconstitucionalidade da competência do Supremo Tribunal Federal, que seria proposta pelo Procurador-Geral da República. E prescreveu, ademais, que a lei poderia estabelecer processo de competência originária dos Tribunais de Justiça para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato municipal em face da Constituição do Estado. A partir daí, portanto, passamos a contar com os dois tipos de controle, o difuso e o concentrado, em abstrato, de lei ou ato normativo federal ou estadual em face da Constituição Federal, da competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal. A Constituição de 1967, com e sem a EC 1/69, manteve o sistema, ampliado pela Constituição de 1988, que criou a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, alargou a legitimação ativa para a ação direta de inconstitucionalidade e instituiu a arguição de descumprimento de preceito

A relevância dos elementos antes expostos reside justamente em basear a caracterização do que deve servir para que uma verdadeira Corte Constitucional opere num determinado Estado. Daí porque, com fundamento nas idéias de Eduardo Garcia de Enterría, podem ser apurados como elementos identificadores (se não essenciais, ao menos característicos dessas Cortes):

- a) a Corte Constitucional há de ser um verdadeiro órgão materializador da soberania estatal, previsto diretamente na Constituição;
- b) a Corte Constitucional é um instrumento do poder constituinte, ou seja, do interesse do povo do Estado;
- c) a Corte Constitucional deve ser colocada como um “quarto poder”, ou seja, fora da estrutura da justiça comum ou ordinária, bem como dos demais poderes constituídos no Estado, atuando de forma materialmente jurisdicional, mas de forma distinta do poder judicial estrito;
- d) a Corte Constitucional exerce por meio da interpretação constitucional tarefa de concretizar um consenso último sobre as questões, decidindo com a nota da definitividade dentro do sistema jurídico estatal e até mesmo da vinculatividade em determinados Estados, baseado o seu êxito na autenticidade e no rigor de seus juízes.<sup>112</sup>

Mauro Cappelletti ainda indica duas outras características que identificam as Cortes Constitucionais. Citando como exemplos de Estados que as possuem a Áustria, a Tchecoslováquia, a Espanha, a Itália e a Alemanha (e afastando as cortes americana e japonesa do conceito de Corte Constitucional), o professor italiano sustenta que é necessário:

- a) exercer funções exclusivamente constitucionais e judicantes como consequência de um processo especial *ad hoc* e
- b) serem formadas não por juízes que se lhe integram por ascensão funcional na carreira, mas sim por meio de nomeação do Chefe do Executivo ou do Governo, confirmada pelo Poder Legislativo na forma constitucionalmente ou legalmente posta em cada Estado.<sup>113</sup>

---

constitucional fundamental. A Emenda Constitucional nº 3, de 1993, criou a ação declaratória de constitucionalidade, aumentando e fortalecendo o controle concentrado”.

<sup>112</sup> ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. **La constitución como norma y el tribunal constitucional**. 3. ed. Madrid : Civitas, 2001, p. 197/205.

<sup>113</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Revisão de José Carlos Barbosa Moreira. 2. ed. reimp. Porto Alegre : Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999, p. 82/94.

Por um processo especial *ad hoc*, em que pese não tenha sido exposto pelo professor, pode-se entender ou a existência de ações específicas de controle concentrado, com caráter objetivo, ou mesmo a existência do incidente de inconstitucionalidade em casos concretos, estas últimas suscitadas pelas partes interessadas ou mesmo de ofício pelos tribunais da justiça ordinária de cada Estado.

O controle difuso estaria de fora deste contexto, na medida em que se materializa por meio de recursos, cujos pressupostos de admissibilidade estariam, usualmente, nas leis processuais, amplamente acessíveis a todos os interessados.

Hans Kelsen esclarece o alcance desse “processo especial *ad hoc*” frente à Constituição da Áustria:

Uma vez que a Corte Constitucional tinha outras matérias para decidir além da constitucionalidade de leis e decretos, podia também interromper seus processos nessas matérias se tivesse dúvidas quanto à constitucionalidade da lei ou do decreto a ser aplicado no caso. A interrupção ocorria a fim de permitir à Corte adotar um processo especial para controlar a constitucionalidade da lei ou do decreto.<sup>114</sup>

No Brasil, a principal sustentação da natureza jurídica de Corte Constitucional do Supremo Tribunal Federal foi feita por Oscar Dias Corrêa, o qual foi alçado a condição de Ministro integrante do referido tribunal. Sua obra é considerada a grande manifestação em torno da qualidade de Corte Constitucional do Supremo no Brasil.<sup>115</sup> Mais recentemente, Alexandre Nery de Oliveira sustenta, já numa linha intermediária entre a Corte Constitucional e o Tribunal Constitucional:

O Supremo Tribunal tem cada dia mais evoluído no sentido de caracterizar-se como Corte Constitucional, sem perda de competências próprias como Tribunal de cúpula, interpretador máximo e final da Constituição Federal, e ainda sem perda de competências especiais decorrentes da especial característica de Supremo Tribunal de Justiça, notadamente no campo do julgamento de certos agentes políticos do Estado ou de especiais conflitos entre os Poderes do Estado ou entre os integrantes da Federação. [...] O Supremo Tribunal Federal brasileiro, pois, tem se evidenciado como modelo ímpar de Suprema Corte, eis que consegue juntar características de Tribunal de cúpula judiciária, inclusive assim exercendo o controle difuso de constitucionalidade, enquanto igualmente detém características próprias de Corte Constitucional especial, seja no desempenhar competências concernentes ao controle concentrado e direto de

<sup>114</sup> KELSEN, Hans. “O controle judicial da constitucionalidade: um estudo comparado das Constituições austríaca e americana”. In.: **Jurisdição constitucional**. Tradução do original alemão de Alexandre Krug. São Paulo : Martins Fontes, 2003, p. 314.

<sup>115</sup> CORRÊA, Oscar Dias. **Supremo Tribunal Federal, corte constitucional do Brasil**. Rio de Janeiro : Forense, 1987.

constitucionalidade, seja, mesmo, pelo exercício de atribuições derivadas de moderação entre os Poderes do Estado e mesmo entre os integrantes da Federação.<sup>116</sup>

Digno de nota é que os elementos antes citados não são incontroversos.

Em que pese Enterría tenha suscitado a idéia da Corte Constitucional estar fora do sistema ordinário da justiça, como uma espécie de “quarto poder”, bem como Cappelletti tenha afirmado que um processo especial seja necessário para sua atuação, Gilmar Ferreira Mendes, ao tratar da Corte alemã, afirma expressamente que ela não se encontra inserida como uma nova instância no complexo das atribuições jurisdicionais, não atua como um “*Supertribunal de revisão* das decisões dos tribunais comuns nem, tão-pouco, possui *via processual própria* para sua provocação”.<sup>117</sup>

Essa última consideração é a tendência da doutrina majoritária no Brasil, como se verá adiante.

## 2.5.2 O Supremo Tribunal Federal brasileiro não é uma Corte Constitucional

O estado da arte dos estudos doutrinários brasileiros sobre o Supremo Tribunal Federal indica que esse órgão, em verdade, não é uma Corte Constitucional. Dentre outros, Fernando Luis Ximenes Rocha afirma:

Cumprir destacar, no entanto, que, por ocasião dos debates que se travaram antes da instalação da Assembléia Nacional Constituinte de 1987/1988, e depois, no seu seio, muito se discutiu o tema relacionado à jurisdição constitucional, oportunidade em que foi aventada a possibilidade da criação de uma Corte Constitucional nos moldes das Cortes Constitucionais européias, tendo, contudo, prevalecido o entendimento de que se deveria prestigiar a experiência centenária do Supremo Tribunal Federal no que concerne ao controle da constitucionalidade das leis.

Assim, o constituinte de 1988 pretendeu conferir ao Supremo Tribunal Federal a condição de Corte Constitucional do Brasil, atribuindo-lhe a competência precípua de guarda da Constituição. Para tanto, foi criado o Superior Tribunal de Justiça, que passou a exercer a competência atinente ao contencioso do direito federal comum, antes atribuída ao Pretório Excelso.<sup>118</sup>

<sup>116</sup> OLIVEIRA, Alexandre Nery da. “Reforma do Judiciário (IV): Supremo Tribunal Federal”. In.: **Jus Navigandi**. Teresina, a. 2, n. 26, fev. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=217>>. Acesso em 11 fev. 2007.

<sup>117</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 5. ed. São Paulo : Saraiva, 2005, p. 14/15, grifos não constantes do original.

<sup>118</sup> ROCHA, Fernando Luis Ximenes. “O Supremo Tribunal Federal como Corte Constitucional”. In.: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a.34, n. 135, jul./set. 1997, p. 185/187. Disponível em

Em que pese seu estudo aluda à condição de Corte Constitucional do Supremo Tribunal Federal, concluiu o mesmo Fernando Ximenes que o Pretório Máximo apenas se converterá de fato em uma Corte Constitucional caso haja uma limitação das matérias tratadas estritamente às questões constitucionais, remetendo as demais competências para o Superior Tribunal de Justiça.<sup>119</sup>

Nessa mesma linha de entendimento segue Alexandre de Moraes, para quem a Constituição Federal de 1988, em que pese tenha dotado o Supremo Tribunal Federal das principais competências componentes da jurisdição constitucional, propondo a ele o “modelo de justiça constitucional europeu”, fez com que o mesmo seja considerado um Tribunal Constitucional, “com competência específica para conhecer os litígios constitucionais, sem, contudo, transformá-lo em exclusiva Corte Constitucional”.<sup>120</sup>

O professor paulista, em obra específica sobre o tema, afirma que a condição de Tribunal Constitucional do Supremo Tribunal Federal do Brasil somente poderá ser atingida se houver alteração de suas competências, com a modificação obrigatória de três cânones atuais: há de ter pluralismo, representatividade e complementariedade.

Pela ordem: ter uma representação das minorias; participar a maioria qualificada do Parlamento da escolha dos novos Ministros, com mandatos fixos, renováveis sem coincidência com a legislatura normal parlamentar e executiva; por fim, apresentar a formação intelectual do “juiz constitucional” forma mais ampla que apenas a detenção do saber jurídico forense, devendo

---

<[http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ri/Pdf/pdf\\_135/r135-21.pdf](http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ri/Pdf/pdf_135/r135-21.pdf)>, Acesso em 10 de fevereiro de 2007, 10:12 horas.

<sup>119</sup> “Com efeito, reafirmo a minha posição contrária à criação de um novo órgão, no caso um Tribunal Constitucional, não importando se fora ou dentro da estrutura do Poder Judiciário. O que se faz necessário, a meu ver, é o aperfeiçoamento do Pretório Máximo, reservando-lhe a apreciação apenas das questões próprias da jurisdição constitucional, transferindo os demais assuntos atinentes ao direito comum para a esfera de atribuições do Superior Tribunal de Justiça, pois, só assim, poderá exercer, na sua exata extensão e com todas as galas, a nobre função de guardião-mor da Lei Fundamental, surgindo, desse modo, como verdadeira Corte Constitucional do Brasil.” – *Idem*, p. 190.

<sup>120</sup> MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 6. ed. São Paulo : Atlas, 2006, p. 1470/1471. Dentre as competências referidas, usando da lição de Favoreu, afirma o professor paulista serem cinco os grandes ramos de competências originárias do Supremo Tribunal Federal: controle da constitucionalidade das leis e atos normativos do poder público; proteção aos direitos fundamentais; controle das regras da Democracia representativa (eleições) e participativa (referendos e plebiscitos); controle do bom funcionamento dos poderes públicos e da regularidade no exercício de suas competências constitucionais; equilíbrio da federação.

compor o Supremo Tribunal Federal membros de todos os poderes constituídos e até mesmo da sociedade civil.<sup>121</sup>

Manoel Jorge e Silva Neto, por sua vez, após questionar expressamente se o STF é uma corte constitucional, responde negativamente, aduzindo três oposições para justificar sua posição.

A primeira é “pertinente ao fato da localização do STF no contexto das funções estatais”, eis que o tribunal brasileiro não se coloca como um órgão destacado da estrutura dos Poderes constituídos, sendo que o Supremo Tribunal no Brasil é mesmo “o tribunal de cúpula da organização judiciária brasileira”. E explicita ainda mais seu entendimento:

Em que tal circunstância depõe contra o reconhecimento do STF como autêntica corte constitucional? Ora, se a corte é “constitucional”, deve ela se posicionar à margem das funções legislativa, executiva e judiciária, compondo, no organograma do Estado, órgão inteiramente independente dos demais poderes, situação que se não presencia no caso do STF.<sup>122</sup>

Prossegue com a segunda objeção, qual seja, a forma de seleção dos magistrados que compõem a corte, na medida em que, ao seu ver, o comando do art. 101, *caput*, da Constituição Federal, ao se referir a “notável saber jurídico e reputação ilibada”, restringiu o ingresso para apenas e tão-somente egressos da comunidade jurídica como magistrados, advogados, membros do Ministério Público e professores, sem ampliar a outros o acesso a tal órgão de cúpula.

Esse pensamento, ao ver do professor baiano, implica que “agentes públicos que pertençam à função executiva ou administrativa, bem como empresários e outros profissionais liberais, estão completamente fora da incidência do preceptivo”, resultando nas indagações a seguir: “Como, então, cogitar-se de ‘corte constitucional’, se, de modo exclusivo, a permissão para integrá-la se dirige apenas aos doutos em direito? E mais: se é ‘corte constitucional’, não seria injuntiva a representação de toda a sociedade?”<sup>123</sup>

Encerra sua tomada de posição afirmando que o terceiro motivo pelo qual não se pode entender o STF como corte constitucional é o caráter vitalício dos seus magistrados, eis que é característica das cortes constitucionais a fixação de mandatos para os seus membros (fazendo

<sup>121</sup> MORAES, Alexandre de. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais**. São Paulo : Atlas, 2000, p. 77/78.

<sup>122</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de direito constitucional**. Atualizado até a EC 52/2006. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2006, p. 371/372.

<sup>123</sup> SILVA NETO. Manoel Jorge. *Op. Cit.* p. 372.

referência à Alemanha – onde há mandatos de 12 anos no máximo), justo para permitir “o desejado arejamento da interpretação constitucional em consonância com as transformações da sociedade política”<sup>124</sup>, advindo estes novos ares da alteração subjetiva regular dos integrantes.

José Afonso da Silva, mesmo considerando a especialização do Supremo Tribunal Federal quanto à matéria constitucional advinda com a Constituição Federal de 1988 (entendendo, porém, que tal não representou mudança alguma no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro), expressamente rejeita sua natureza jurídica de Corte Constitucional.

Sustenta que, a uma, o Supremo não é o único órgão jurisdicional que exerce a jurisdição constitucional (ênfatizando que o sistema brasileiro ainda é “fundado no critério difuso”) e, a duas, que o recrutamento dos Ministros indica que os julgamentos permanecem sendo feitos “com critério técnico-jurídico”, eis que, como Tribunal do recurso extraordinário, “sua preocupação, como é regra no sistema difuso, será dar primazia à solução do caso e, se possível, sem declarar inconstitucionalidades”.<sup>125</sup>

Eis a questão: afinal, qual é a natureza jurídica do Supremo Tribunal Federal do Brasil?

## 2.6 CONCLUSÃO PARCIAL: O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DO BRASIL COMO UMA SUPREMA CORTE HÍBRIDA

A doutrina nacional, como visto nos itens anteriores, apesar de ainda caracterizar o Supremo Tribunal Federal brasileiro como *Corte Constitucional*, inclina-se majoritariamente para a consideração de sua natureza jurídica como de *um Tribunal da Federação*, o qual congrega tanto a realização do controle de constitucionalidade (no caso do Brasil, de forma mista, com o modelo abstrato ladeado pelo concreto-difuso) quanto a decisão sobre processos diversos em face da autoridade envolvida; conflitos federativos de toda ordem, também de forma mista (por meio concentrado, através de Ação Cível Originária<sup>126</sup> ou por meio de Recurso Extraordinário com

<sup>124</sup> SILVA NETO. Manoel Jorge. *Op. Cit.* p. 372.

<sup>125</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo brasileiro**. 21. ed. rev. e atual. São Paulo : Malheiros, 2002, p. 555.

<sup>126</sup> A Ação Cível Originária é o instrumento hábil para que o Supremo Tribunal Federal materialize as competências constantes do art. 102, I, “e” e “f” da Constituição Federal de 1988, quais sejam, “o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território” e “as causas e os conflitos entre a

base na aliena “d” do art. 102, III); causas criminais (revisões criminais); processos tendentes à preservação da soberania (extradições e julgamento de conflitos com outros países ou organismos internacionais, *v. g.*), da autoridade de suas decisões com preservação da sua competência (reclamações constitucionais) e da imparcialidade institucional (deslocamento da competência originária quando a totalidade dos magistrados do Brasil é interessada ou quando mais da metade dos membros de uma corte estadual ou federal são tidos por impedidos ou suspeitos, *v. g.*).

Ainda se incluem nesse rol de competências: a deliberação sobre conflitos de competência entre os tribunais do sistema jurídico brasileiro; a concessão de medida cautelar nas ações diretas de constitucionalidade; deliberar sobre o Mandado de Injunção em face da inércia em regulamentar e dar efetividade à Constituição atribuível a altas autoridades federais, bem como as ações contra o Conselho Nacional da Justiça – CNJ e o Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP, tudo na forma do art. 102 da Constituição Federal de 1988, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/2004.

José Alfredo de Oliveira Baracho afirma que a função essencial do Supremo Tribunal Federal enquanto Suprema Corte é a interpretação da Constituição Federal e das leis, visando garantir e fiscalizar a boa aplicação das normas jurídicas, a fim de assegurar a necessária unidade do Direito.

Contudo, sua finalidade essencial na federação brasileira, caso fosse mesmo uma Corte Constitucional, como se pretendeu, não é ser instrumento para decidir litígios individuais, “limitando-se a questões restritas de direito ou de mera uniformização da jurisprudência”. É ele, pois, órgão de cúpula do Poder Judiciário e guarda da Constituição.<sup>127</sup>

Também afirmando que a intenção do constituinte de 1987 foi transformar o Supremo Tribunal Federal em uma espécie de Corte Constitucional, conclui Antônio José Miguel Feu Rosa que não se conseguiu tal desiderato por força deste órgão permanecer praticamente com suas antigas atribuições, “ampliadas agora pelas maiores facilidades introduzidas para a proposição da ‘ação direta de inconstitucionalidade’ e pelo acréscimo de novos temas à Constituição”. Ao lado disso, entende o Supremo Tribunal Federal como o “supremo árbitro da vida nacional”.<sup>128</sup>

---

União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta”. O RISTF trata de sua regulamentação nos arts. 247 a 251, com as adaptações necessárias à nova ordem constitucional vigente.

<sup>127</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Op. Cit.*, p. 323/324.

<sup>128</sup> ROSA, Antônio José Miguel Feu. **Direito constitucional**. 2. ed. atual. São Paulo : Saraiva, 1999, p. 326/327.

Gilmar Ferreira Mendes, por todos, parece ter conseguido alcançar a síntese das diversas circunstâncias que, em definitivo, afastam o Supremo Tribunal Federal do Brasil do conceito de uma Corte Constitucional como as dos moldes europeus. Pautado na efetivação em nosso país do controle misto de constitucionalidade como premissa, para ele,

A combinação desses dois sistemas outorga ao Supremo Tribunal Federal uma peculiar posição tanto como órgão de revisão de última instância, que concentra suas atividades no controle das questões constitucionais discutidas nos diversos processos, quanto como Tribunal Constitucional, que dispõe de competência para aferir a constitucionalidade direta das leis estaduais e federais no processo de controle abstrato de normas.<sup>129</sup>

Uma ressalva em termos de nomenclatura se faz necessária: por Corte Constitucional usualmente se denomina o tribunal que, ao realizar a jurisdição constitucional em um determinado Estado, atua com julgamentos abstratos, emitindo juízos de constitucionalidade normativa; não são instâncias revisoras de casos concretos e nem mesmo compõem a estrutura do Poder Judiciário e, por fim, somente pronunciariam sobre a legitimidade da norma impugnada, por meio de decisões com eficácia *erga omnes*, em exercício de uma legislação negativa.

Tribunal Constitucional seria sinônimo de Corte Constitucional, notadamente por referência às espécies mais conhecidas da Europa.<sup>130</sup>

O nome de Tribunal Constitucional, contudo, como resultado de modificações no desenho destas Cortes, pode ser hoje empregado em sinônimo de Cortes Supremas, eis que os modelos muito se aproximaram, promovendo uma verdadeira reconsideração de sua natureza jurídica.

E, no que tange às Cortes Supremas, elas são órgãos máximos do Poder Judiciário de cada Estado, possuindo além das atribuições de controle concentrado e abstrato da constitucionalidade das leis e dos demais atos normativos do poder dirigente, outras competências que não se relacionam ou que o fazem indiretamente com o contencioso constitucional propriamente dito.

O Brasil, portanto, tem no Supremo Tribunal Federal uma Corte Suprema.<sup>131</sup>

<sup>129</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição... Op. Cit.*, p. 21.

<sup>130</sup> Cf. LEAL, Roger Stiefelmann. “A convergência dos sistemas de controle de constitucionalidade: aspectos processuais e institucionais”. In: **Revista de direito constitucional e internacional**, a. 41, n. 57, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, out./dez. de 2006, p. 70. No mesmo artigo o autor afirma que o diferencial de uma Corte Suprema, como a norte americana, dos Tribunais Constitucionais europeus é a *exclusividade da decisão sobre a constitucionalidade*, afastando tal âmbito de decisão das instâncias ordinárias no país, ainda que o Tribunal Máximo tenha outras competências além do controle. Ademais, o Tribunal Constitucional tem de ser “externo ao Poder Judiciário”.

Mostra-se necessário para obter uma conclusão sobre a natureza jurídica do Supremo Tribunal Federal no Brasil o cotejo dos elementos característicos de uma Corte Constitucional com as funções que uma Corte Suprema (ao novo feitio dos Tribunais Constitucionais) há de exercer. Na espécie, será utilizada a Teoria da Justiça Constitucional de André Ramos Tavares, bem como as demais contribuições dos autores que trataram especificamente da matéria e foram referidos no item anterior.

O Supremo Tribunal Federal no Brasil exerce, sem sombra de dúvidas, um amplo rol de competências que vão desde o controle concentrado por meio de provocação em Ações Diretas quanto o julgamento de processos onde a definição da competência não é pela matéria versada, mas pela autoridade praticante do ato, independente da questão posta.

É atividade precípua do Supremo Tribunal Federal, até porque mais antiga na história constitucional brasileira, o controle difuso da constitucionalidade, exercendo a condição de tribunal último da Federação, com competência para analisar casos concretos nas mais diversas violações ao texto e ao espírito da Constituição Federal.

O Supremo é órgão integrante da estrutura do Poder Judiciário brasileiro, como posto no art. 92 da Constituição Federal de 1988, colocado numa posição de destaque e reconhecido na prática como o representante da função estatal perante os demais poderes constituídos e até mesmo perante organismos e entidades internacionais.

Não se levantam mais dúvidas sobre a condição do Supremo Tribunal Federal de materializar a soberania estatal no Brasil, inclusive com grande contribuição para fixar pontos cardeais em matéria de austeridade do sistema normativo pátrio em temas como a extradição, por exemplo.<sup>132</sup>

Os seus integrantes não se alçam à Corte por meio de critérios ordinários de promoção funcional em carreira, mas são submetidos a processo duplo ou complexo, com escolha do Presidente da República e admissão pelo Senado Federal, primando a seleção - empírica e historicamente no Brasil - pela escolha de juristas militantes no foro judicial ou mesmo no meio acadêmico, o que enseja uma espécie de *senhoridade* no exercício da relevante função.

---

<sup>131</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte : Del Rey, 2002, p. 103/105 e 175/178.

<sup>132</sup> Por exemplo, quando pontifica que a vedação geral da pena de morte aqui não pode ensejar a liberação do extraditando sem o compromisso da comutação da penalidade a ser aplicada no país que o requisitou, ou a exigência de promessa de reciprocidade.

Adentrando especificamente na aplicação concreta da Teoria da Justiça Constitucional, é possível traçar o seguinte quadro quanto ao Supremo Tribunal Federal no Brasil:

- a) *exerce a função interpretativa e de enunciação constitucional* cada dia com maior intensidade, na medida em que o exercício das técnicas de preservação do texto e alteração do sentido por meio de interpretação conforme a Constituição são valorizadas no seio da Corte<sup>133</sup>; efetiva os princípios constitucionais<sup>134</sup> por meio, por exemplo, da consideração da razoabilidade e da proporcionalidade como parâmetros para controlar os atos abusivos<sup>135</sup>; promove a evolução de conceitos da própria Constituição Federal quando acompanha a história e adequa conceitos postos à realidade vivida e, por fim, viabiliza a proteção das liberdades públicas por meio da ampla propulsão que confere aos

<sup>133</sup> “O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 420.816, Relator para o acórdão o Ministro Sepúlveda Pertence, declarou, incidentalmente, a constitucionalidade do art. 1º-D da Lei nº 9.494/97, introduzido pela Medida Provisória nº 2.180-35/2001. Esta colenda Corte, conferindo ao dispositivo interpretação conforme, reduziu sua aplicação à hipótese de execução, por quantia certa, contra a Fazenda Pública (art. 730 do Código de Processo Civil), excluídos os casos de pagamentos de obrigações definidos em lei como de pequeno valor (§ 3º do art. 100 da Constituição Republicana). Precedentes: RE 440.458-AgR, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence; RE 439.433, Relator o Ministro Marco Aurélio; e RE 402.079-AgR, Relator o Ministro Eros Grau.” – BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 480.958/RS**, Rel. Min. Carlos Britto, DJU de 24/11/2006, p. 73.

<sup>134</sup> “[...] A Resolução nº 07/05 se dota, ainda, de caráter normativo primário, dado que arranca diretamente do § 4º do art. 103-B da Carta-cidadã e tem como finalidade debulhar os próprios conteúdos lógicos dos princípios constitucionais de centrada regência de toda a atividade administrativa do Estado, especialmente o da impessoalidade, o da eficiência, o da igualdade e o da moralidade. O ato normativo que se faz de objeto desta ação declaratória densifica apropriadamente os quatro citados princípios do art. 37 da Constituição Federal, razão por que não há antinomia de conteúdos na comparação dos comandos que se veiculam pelos dois modelos normativos: o constitucional e o infraconstitucional. Logo, o Conselho Nacional de Justiça fez adequado uso da competência que lhe conferiu a Carta de Outubro, após a Emenda 45/04. Noutra giro, os condicionamentos impostos pela Resolução em foco não atentam contra a liberdade de nomeação e exoneração dos cargos em comissão e funções de confiança (incisos II e V do art. 37). Isto porque a interpretação dos mencionados incisos não pode se desapegar dos princípios que se veiculam pelo caput do mesmo art. 37. Donde o juízo de que as restrições constantes do ato normativo do CNJ são, no rigor dos termos, as mesmas restrições já impostas pela Constituição de 1988, dedutíveis dos republicanos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade. É dizer: o que já era constitucionalmente proibido permanece com essa tipificação, porém, agora, mais expletivamente positivado. Não se trata, então, de discriminar o Poder Judiciário perante os outros dois Poderes Orgânicos do Estado, sob a equivocada proposição de que o Poder Executivo e o Poder Legislativo estariam inteiramente libertos de peias jurídicas para prover seus cargos em comissão e funções de confiança, naquelas situações em que os respectivos ocupantes não hajam ingressado na atividade estatal por meio de concurso público.” – BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12/DF**. Rel. Min. Carlos Britto, DJU de 01/09/2006, p. 15.

<sup>135</sup> “[...] 4. Princípio da razoabilidade. Restrição legislativa. A aprovação de norma municipal que estabelece a composição da Câmara de Vereadores sem observância da relação cogente de proporção com a respectiva população configura excesso do poder de legislar, não encontrando eco no sistema constitucional vigente. 5. Parâmetro aritmético que atende ao comando expresso na Constituição Federal, sem que a proporcionalidade reclamada traduza qualquer lesão aos demais princípios constitucionais nem resulte formas estranhas e distantes da realidade dos Municípios brasileiros. Atendimento aos postulados da moralidade, impessoalidade e economicidade dos atos administrativos (CF, artigo 37).” – BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 266.994/SP**, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJU de 21/05/2004, p. 34.

*writs* e da consagração paulatina da importância de aplicar os direitos fundamentais até mesmo nas relações entre particulares<sup>136</sup>;

- b) exerce *função estruturante* notadamente por exercitar um sistema misto de controle de constitucionalidade, tido por muitos como confuso, mas que, do ponto de vista teórico, enverga ao Supremo Tribunal uma das mais privilegiadas condições de absorver os problemas constitucionais do país e solvê-los com unidade e segurança; ao julgar em controle difuso, *aplica ainda a função cassatória*, sendo de rigor observar que a maior gama de atribuições do Supremo Tribunal Federal é no exercício da revisão de violência à Constituição cometida pelo Legislativo e pelo Executivo, atuando também em face de decisões do próprio Poder Judiciário pelas suas instâncias ordinárias; atente-se, porém, que o modelo constitucional de 1988 fez convergir para o Supremo todos os problemas potencialmente tirados da Constituição Federal, com o que a quantidade de casos concretos em controle difuso somente poderia aumentar em níveis consideráveis, como se percebe na atualidade;
- c) exerce *função arbitral* quando tem atrelado a si todas as hipóteses em controle difuso ou mesmo concentrado de conflitos federativos, seja entre unidades federadas, seja entre entes da Administração Pública e as unidades da Federação;
- d) entende-se que, nos termos propugnados pelo professor paulista, o Supremo Tribunal Federal *não exerce a função legislativa com desenvoltura, mas apenas de forma tímida*, na medida que a própria jurisprudência da Corte é recalcitrante em admitir a materialização de suas ações como “legislador positivo”<sup>137</sup>, realizando controle

---

<sup>136</sup> “[...] EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados” – BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 201.819/RJ**, 2ª Turma, Relª. Minª. Ellen Gracie, DJU de 27/10/2006, p. 64.

<sup>137</sup> “[...] Não cabe, ao Poder Judiciário, em tema regido pelo postulado constitucional da reserva de lei, atuar na anômala condição de legislador positivo (RTJ 126/48 - RTJ 143/57 - RTJ 146/461-462 - RTJ 153/765 - RTJ 161/739-740 - RTJ 175/1137, v.g.), para, em assim agindo, proceder à imposição de seus próprios critérios, afastando, desse modo, os fatores que, no âmbito de nosso sistema constitucional, só podem ser legitimamente definidos pelo Parlamento. É que, se tal fosse possível, o Poder Judiciário - que não dispõe de função legislativa - passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislador positivo), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes.” – BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 322.348/SC**, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 06/12/2002, p. 74.

preventivo em escassa situação<sup>138</sup>, resistindo a concretizar o controle das omissões parlamentares; manifesta-se tal função com alguma clareza na conformação regimental, eis que a supressão de omissões executivas por meio de injunções, sob pena de desobediência, ainda é um verdadeiro tabu perante o Supremo;

- e) *não exerce uma efetiva função governativa*, na medida em que possui assentado em sua jurisprudência que os atos *interna corporis* não são em regra passíveis de controle<sup>139</sup> sem que resulte numa violência direta a separação de poderes; ainda que exercite a preponderância dos direitos fundamentais sobre os poderes constituídos, não impõe normalmente o controle da conveniência e oportunidade dos atos administrativos<sup>140</sup>;
- f) *também não exerce com desenvoltura a função comunitarista*, na medida em que a relação do Brasil com o Mercosul e com os demais países do mundo, notadamente mediante os entendimentos sobre a eficácia e normatividade dos tratados internacionais subscritos<sup>141</sup>, parece levar o país a um isolamento, tanto por assumir uma postura nacionalista extremada e deselegante quanto por negar efetividade a acordos subscritos

<sup>138</sup> “CONSTITUCIONAL. PROCESSO LEGISLATIVO: CONTROLE JUDICIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. I. - O parlamentar tem legitimidade ativa para impetrar mandado de segurança com a finalidade de coibir atos praticados no processo de aprovação de leis e emendas constitucionais que não se compatibilizam com o processo legislativo constitucional. Legitimidade ativa do parlamentar, apenas. II. - Precedentes do STF: MS 20.257/DF, Ministro Moreira Alves (leading case), RTJ 99/1031; MS 21.642/DF, Ministro Celso de Mello, RDA 191/200; MS 21.303-AgR/DF, Ministro Octavio Gallotti, RTJ 139/783; MS 24.356/DF, Ministro Carlos Velloso, "DJ" de 12.09.2003” – BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 24642/DF**, Rel. Min. Carlos Velloso, DJU de 18/06/2004, p. 45.

<sup>139</sup> “CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. ATOS DO PODER LEGISLATIVO: CONTROLE JUDICIAL. ATO INTERNA CORPORIS: MATÉRIA REGIMENTAL. I. - Se a controvérsia é puramente regimental, resultante de interpretação de normas regimentais, trata-se de ato interna corporis, imune ao controle judicial, mesmo porque não há alegação de ofensa a direito subjetivo” – BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 24356/DF**, Rel. Min. Carlos Velloso, DJU de 12/09/2003, p. 29.

<sup>140</sup> “[...] EXPULSÃO. Estrangeiro condenado por tráfico de entorpecentes. Decreto presidencial. Existência de causa legal. Conveniência e oportunidade. Ato discricionário do Presidente da República. Sujeição a controle jurisdicional exclusivo da legalidade e constitucionalidade. É discricionário do Presidente da República, que lhe avalia a conveniência e oportunidade, o ato de expulsão, o qual, devendo ter causa legal, só está sujeito a controle jurisdicional da legalidade e constitucionalidade” – BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 82893/SP**, Rel. Min. Cezar Peluso, DJU de 08/04/2005, p. 07.

<sup>141</sup> “[...] O SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO NÃO CONSAGRA O PRINCÍPIO DO EFEITO DIRETO E NEM O POSTULADO DA APLICABILIDADE IMEDIATA DOS TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS. - A Constituição brasileira não consagrou, em tema de convenções internacionais ou de tratados de integração, nem o princípio do efeito direto, nem o postulado da aplicabilidade imediata. Isso significa, *de jure constituto*, que, enquanto não se concluir o ciclo de sua transposição, para o direito interno, os tratados internacionais e os acordos de integração, além de não poderem ser invocados, desde logo, pelos particulares, no que se refere aos direitos e obrigações neles fundados (princípio do efeito direto), também não poderão ser aplicados, imediatamente, no âmbito doméstico do Estado brasileiro (postulado da aplicabilidade imediata)” – BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Carta Rogatória nº 8279/AT**, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 10/08/2000, p. 06.

voluntariamente - quer em face da sua estatura normativa ser tida como infraconstitucional quer porque, mesmo dotado de autorização após a Emenda 45/2004 (art. 5º, § 3º)<sup>142</sup>, ainda não se propôs a adotar atitude vanguardista como a do Superior Tribunal de Justiça e conferir a máxima efetividade a tal previsão, reconhecendo os tratados e convenções sobre direitos humanos como normas de estatura constitucional<sup>143</sup>, formadoras do atual estágio do bloco de constitucionalidade brasileiro;

- g) por fim, *exerce, ainda que muito timidamente, a função paraconstituente*, na medida em que segue a reboque da doutrina nacional que conclama pela formação do princípio da

<sup>142</sup> Mesmo com após a plena vigência do art. 5º, § 3º da Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal ainda espera que sejam adotadas as providências por parte do Congresso Nacional para fins de *novos tratados com força de emenda*. Nada afirma, porém, quanto aos tratados anteriores sobre direitos humanos: “[...] A ESTATURA CONSTITUCIONAL DOS TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS: UMA DESEJÁVEL QUALIFICAÇÃO JURÍDICA A SER ATRIBUÍDA, ‘DE JURE CONSTITUENDO’, A TAIS CONVENÇÕES CELEBRADAS PELO BRASIL. - É irrecusável que os tratados e convenções internacionais não podem transgredir a normatividade subordinante da Constituição da República nem dispõem de força normativa para restringir a eficácia jurídica das cláusulas constitucionais e dos preceitos inscritos no texto da Lei Fundamental (ADI 1.480/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno). - Revela-se altamente desejável, no entanto, ‘de jure constituendo’, que, à semelhança do que se registra no direito constitucional comparado (Constituições da Argentina, do Paraguai, da Federação Russa, do Reino dos Países Baixos e do Peru, v.g.), o Congresso Nacional venha a outorgar hierarquia constitucional aos tratados sobre direitos humanos celebrados pelo Estado brasileiro. Considerações em torno desse tema” – BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 81319/GO*, Rel. Celso de Mello, DJU de 19/08/2005, p. 05.

<sup>143</sup> “[...] 5. No atual estágio do nosso ordenamento jurídico, há de se considerar que: - a) a prisão civil de depositário infiel está regulamentada pelo Pacto de São José da Costa Rica, do qual o Brasil faz parte; - b) a Constituição da República, no Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), Capítulo I (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos), registra no § 2º do art. 5º que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. No caso específico, inclui-se no rol dos direitos e garantias constitucionais o texto aprovado pelo Congresso Nacional inserido no Pacto de São José da Costa Rica; - c) o § 3º do art. 5º da CF/88, acrescido pela EC nº 45, é taxativo ao enunciar que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. Ora, apesar de à época o referido Pacto ter sido aprovado com quorum de lei ordinária, é de se ressaltar que ele nunca foi revogado ou retirado do mundo jurídico, não obstante a sua rejeição decantada por decisões judiciais. De acordo com o citado § 3º, a Convenção continua em vigor, desta feita com força de emenda constitucional. A regra emanada pelo dispositivo em apreço é clara no sentido de que os tratados internacionais concernentes a direitos humanos nos quais o Brasil seja parte devem ser assimilados pela ordem jurídica do país como normas de hierarquia constitucional; d) não se pode escantear que o § 1º supra determina, peremptoriamente, que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Na espécie, devem ser aplicados, imediatamente, os tratados internacionais em que o Brasil seja parte; - e) o Pacto de São José da Costa Rica foi resgatado pela nova disposição constitucional (art. 5º, § 3º), a qual possui eficácia retroativa; - f) a tramitação de lei ordinária conferida à aprovação da mencionada Convenção, por meio do Decreto nº 678/92 não constituirá óbice formal de relevância superior ao conteúdo material do novo direito aclamado, não impedindo a sua retroatividade, por se tratar de acordo internacional pertinente a direitos humanos. Afasta-se, portanto, a obrigatoriedade de quatro votações, duas na Câmara dos Deputados, duas no Senado Federal, com exigência da maioria de dois terços para a sua aprovação (art. 60, § 2º)” – BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 18799/RS*, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJU de 08/06/2006, p. 120.

constitucionalidade de forma mais veemente, com a consideração da sua força normativa em grau ótimo sempre que possível.<sup>144</sup>

Conclui-se, portanto, que o Supremo Tribunal Federal não está amoldado a nenhum modelo típico ou paradigmático. Não é somente uma Corte Constitucional, nem mesmo é uma Suprema Corte pura e simples. Mescla elementos essenciais de cada uma das facetas enquanto órgão de cúpula do Judiciário brasileiro, exercente de controle concentrado, difuso e de temas que, somente por força da forma constitucional de 1988, são de sua alçada.

Desempenha quase todas as funções de um verdadeiro Tribunal Constitucional, mas não as assume na integralidade justamente porque ou a sua jurisprudência ainda resiste à atuação plena de suas potencialidades ou porque, de fato, pretende se preservar em dados aspectos para fortalecer – como parece ser tendência na última década – sua função de julgador em abstrato de problemas eminentemente constitucionais, numa seleção natural questionável de temas a decidir, por mecanismos no mais das vezes interpretativos que merecem considerações críticas.

A relevância prática da fixação da natureza jurídica do Supremo Tribunal Federal no Brasil é sua colocação como um tribunal inserido no Poder Judiciário nacional, dotado de competência para decisão do controle difuso como um dos seus deveres fundamentais. Não sendo uma Corte Constitucional em sentido estrito não pode pleitear o benefício de realizar apenas julgamentos em controle abstrato, desprezando a análise cassatória de cada caso concreto que se lhe apresenta por meio de Recursos Extraordinários.

Pelo exposto, pode-se definir que *o Supremo Tribunal Federal no Brasil é um órgão estatal cuja natureza jurídica é de uma Suprema Corte híbrida*, entendida como um tribunal da Federação integrante da estrutura do Poder Judiciário nacional cuja atuação repousa na junção das competências julgadora em abstrato, julgadora em contrato, julgadora por força de autoridade ou entidade envolvida, julgadora sem jurisdição constitucional, revisora de casos concretos, pacificadora de conflitos federativos e, sobretudo, intérprete último da Constituição Federal e guardião de sua integridade.

---

<sup>144</sup> Cf., por todos, BARROSO, Luís Roberto. “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil)”. In: **Revista Interesse Público**. a. 7, n. 33, set./out. de 2005, Porto Alegre : Notadez, p. 13/54.

### **3 A EFETIVAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA AUTO-DEFENSIVA COMO TÉCNICA DE PRESERVAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

#### **3.1 A INTERPRETAÇÃO ORIENTADA A CONCRETIZAR O DIREITO**

Manoel Jorge e Silva Neto traz um simples e esclarecedor conceito sobre a interpretação no Direito, entendendo-o como “o processo concreto por meio do qual o intérprete extrai o valor da norma jurídica”.<sup>145</sup>

Ou seja, interpretar significa concretizar o fenômeno hermenêutico, para que se possa “mitigar a tensão desencadeada pela dúvida no ordenamento, com a prática finalidade de criar-se condições para uma decisão possível”, sendo que não existe, ao seu ver, possibilidade de aceitação da tese da única interpretação correta.<sup>146</sup>

A materialização mais eloqüente da interpretação judicial do Direito é a jurisprudência, por vezes encarada quase como um ente de vida própria, outras como um simples resultado numérico de decisões reiteradas.

Sua importância no contexto do presente trabalho recomenda um aprofundamento, ainda que breve, sobre sua caracterização e importância prática.

##### **3.1.1 Noção operacional de jurisprudência ou orientação jurisprudencial**

O sistema judiciário se comunica com os interessados, diretos ou indiretos, por meio de uma linguagem especial, instrumentalizada através de decisões judiciais.

<sup>145</sup> SILVA NETO. Manoel Jorge. *Op. Cit.* p. 77.

<sup>146</sup> SILVA NETO. Manoel Jorge. *Op. Cit.* p. 77. O autor assim afirma seu entendimento: “Portanto, inelutavelmente, a tese da única interpretação correta encontra, sob o nosso entender, dois óbices lógico-metodológicos intransponíveis: a) impossibilidade de existir uma ‘única’, ‘correta’ e ‘verdadeira’ interpretação, por estar o cientista do direito influenciado – antes, durante e após o trabalho interpretativo – por fatores não exclusivamente jurídicos, quer de natureza política, antropológica, econômica ou cultural, sendo que ditos fatores são legítimos e operam diferenciados efeitos sobre cada um que se propõe a interpretar a norma jurídica; e b) o conceito de verdade, segundo o idealismo lógico, significa ‘(...) a concordância do pensamento consigo mesmo’, concordância esta designadamente vinculada à ausência de contradições, o que torna ‘verdadeira’ aquela interpretação tão-só desprovida de antinomias.” - *Op. Cit.*, p. 79/80.

A linguagem do Direito é aquele conjunto de expressões que caracteriza o conhecimento técnico da parte do conhecimento humano que se ocupa das relações entre dispositivos, leis, regulamentos e o plano social-prático. Em outros termos: falar de Direito é falar sobre a forma como devem ser concretizadas as regras jurídicas, sendo essas dotadas de coercibilidade e voltadas para a efetivação da paz social<sup>147</sup>.

A decisão judicial é o produto da atividade hermenêutica realizada por um agente estatal encarregado de definir casos concretos, aplicando o Direito à espécie, sendo que no Brasil é possível que tal aplicação se dê de forma concreta-difusa ou mesmo abstrata-concentrada quando se trata de controle de constitucionalidade.

Contudo, nem sempre o julgador realiza controle de constitucionalidade, mas ainda assim está realizando a aplicação ou concretização do Direito objetivo. Está, portanto, assegurando direitos subjetivos<sup>148</sup>.

Ínsito à distinção entre direito objetivo (enquanto conceito sinônimo de ordenamento jurídico, segundo o pensamento de Bobbio) e direito subjetivo (enquanto permissão de cumprir o ordenamento jurídico, na expressão de Maria Helena Diniz) está o *caráter de especificação*, ou seja, o direito objetivo de um Estado é um conjunto de normas em tese que só ganham relevância quando da sua aplicação aos casos concretos, seja por meio de postulações ou mesmo das lides cotidianamente vivenciadas pelo povo.

Cada processo, considerado em sua singularidade, está apto a produzir uma decisão judicial final. Essa, resolvendo ou não o mérito da causa levada a juízo (na forma dos arts. 267 e

---

<sup>147</sup> Adota-se na espécie o critério de Norberto Bobbio: o que define normas jurídicas é o “momento da *resposta à violação* e que, portanto, acarreta a noção de *sanção*”, diferenciando-as, portanto, de outras normas de conduta. Assim ele formula seu pensamento: “Afirma-se que a possibilidade da transgressão distingue uma norma de uma lei científica. [...] Em um sistema científico, no caso em que os fatos desmintam uma lei, nos orientamos no sentido da modificação da lei; em um sistema normativo, no caso em que a ação que deveria ocorrer não ocorre, nos orientamos sobretudo no sentido de modificar a ação e salvar a norma. No primeiro caso, o contraste é sanado agindo sobre a lei e, por conseguinte, sobre o sistema; no segundo caso, agindo sobre a ação não conforme e, assim, procurando fazer com que a ação não ocorra ou, pelo menos, tentando neutralizar as suas conseqüências. A ação que é cumprida sobre a conduta não conforme para anulá-la, ou pelo menos para eliminar suas conseqüências danosas, é precisamente aquilo que se chama de *sanção*. A sanção pode ser definida, por este ponto de vista, como o expediente através do qual se busca, em um sistema normativo, salvaguardar a lei da erosão das ações contrárias. [...] Diremos então, com base neste critério, que ‘normas jurídicas’ são aquelas cuja execução é garantida por uma sanção externa e institucionalizada” – BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução: Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10 ed. Brasília : Editora Universidade de Brasília, 1999, p. 152/153 e 160.

<sup>148</sup> Utilizou-se o conceito de Vicente Ráo: “direito subjetivo é o poder de ação determinado pela vontade que, manifestando-se através das relações entre as pessoas, recai sobre atos ou bens materiais ou imateriais e é disciplinado e protegido pela ordem jurídica, a fim de assegurar a todos e a cada qual o livre exercício de aptidões naturais, em benefício próprio, ou de outrem, ou da comunhão social” – RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. V. 02. T. I. 2. ed. São Paulo : Editora Resenha Universitária, 1978, p. 103.

269 do CPC em sua redação atual) denomina-se sentença. O sistema ainda prevê outras decisões que, sem resolver o mérito, acertam pendências ao longo do feito, qualificadas como decisões interlocutórias.<sup>149</sup>

A produção de um comando sentencial num caso concreto cria um *precedente judicial específico*, ou seja, uma decisão anterior que pode apoiar outras decisões subseqüentes, desde que os julgadores naturais dos outros casos sigam a linha de entendimento materializada na primeira decisão.<sup>150</sup> Trata-se do denominado *precedente horizontal*, na expressão de José Rogério Cruz e Tucci, em contraposição ao *precedente vertical*, produzido por tribunal superior aos órgãos de primeira instância.<sup>151</sup>

É relevante expor essa afirmação, por mais simples e intuitiva que pareça, eis que é bastante comum no uso forense a expressão jurisprudência se referindo apenas a um precedente isolado. Caso o mesmo satisfaça os interesses do peticionário, o caso singelo se eleva em *status*, justificando plenamente a tese jurídica defendida na situação concreta levada a juízo.

Na medida em que uma questão jurídica é decidida pela primeira instância, em regra geral (em que pese somente haja obrigatoriedade de revisão judicial das decisões nas hipóteses de recurso obrigatório ou reexame necessário, v. g. art. 475 do CPC e 574 do CPP), a correção dos decisórios de primeiro grau é questionada perante os Tribunais de segunda instância por meio de recursos voluntários de cognição aberta, ou seja, com toda a amplitude dos fatos e das provas podendo ser reapreciados.

Da revisão ampla que qualifica os recursos ordinários é possível – e também usualmente ocorrente – a revisão estrita da correta aplicação ou mesmo da necessária unificação interpretativa do direito constitucional, federal em sentido amplo, trabalhista, eleitoral e militar

---

<sup>149</sup> A distinção tem razão prática, na medida, por exemplo, que define o recurso abstratamente cabível para cada situação e permite, junto a outros requisitos, aplicar-se o princípio da fungibilidade recursal. O Supremo Tribunal Federal entende aplicável tal princípio, desde que respeitados os pressupostos necessários (cf. RTJ 141/517), mas com parcimônia (LEXSTF 2209/192), vedando porém o seu emprego quando não se tratar de duas espécies de recursos, mas de ação autônoma com recurso – Mandado de Segurança e Reclamação com recursos processuais cabíveis, por exemplo, por entender que há erro grosseiro a impedir sua aplicação (cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Mandado de Segurança nº 22626/SP**. Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 22/11/1996, p. 45696).

<sup>150</sup> José Rogério Cruz e Tucci, após afirmar que prefere a expressão precedente judicial a jurisprudência, bem como registrar que os sistemas da *common law* e da *civil law* tratam do tema de forma distinta, sustenta que “[...] é certo que ambas as experiências jurídicas os órgãos judicantes, no exercício regular de pacificar os cidadãos, descortinam-se como celeiro inesgotável de atos decisórios. Assim, o núcleo de cada um dos destes pronunciamentos constitui, em princípio, um *precedente judicial*” – TUCCI, Rogério Lauria Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 09/11.

<sup>151</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. *Op. Cit.*, p. 16.

das Forças Armadas, tarefa atribuída no Brasil ao Supremo Tribunal Federal, ao Superior Tribunal de Justiça, ao Tribunal Superior do Trabalho, ao Tribunal Superior Eleitoral e ao Superior Tribunal Militar respectivamente. Utilizam-se os recursos extraordinários em sentido lato ou recursos de superposição.

Os tribunais, com a continuidade de casos sendo julgados sobre o mesmo tema, bem como aplicando a tendência de manter a integridade de suas decisões para fins de respeito à coerência e à segurança jurídica, passam a decidir de uma mesma forma casos que possuam a mesma base fática e as mesmas questões jurídicas incidentes. A inclinação do tribunal para uma tese jurídica, de forma reiterada, sem a formalização institucional do entendimento manifestado, é denominada de *jurisprudência* ou de *orientação jurisprudencial*.

Rodolfo de Camargo Mancuso sustenta três acepções para jurisprudência: (i) uma do senso comum, como soma indiscriminada do produto judiciário, ou seja, totalidade do resultado final da função jurisdicional do Estado; (ii) uma do sentido técnico-jurídico, como seqüência ordenada de acórdãos consonantes sobre certa matéria advindos de um mesmo tribunal e, por fim, (iii) uma *potencializada*, enquanto tese fixada pelo tribunal respectivo que projeta efeitos em face de outras demandas, virtuais ou pendentes.<sup>152</sup>

R. Limongi França, em verbete da Enciclopédia Saraiva de Direito, sustenta pelo menos cinco sentidos para caracterizar a expressão jurisprudência.<sup>153</sup>

A jurisprudência pode ser “oficializada”, ou seja, institucionalizada por meio de expedientes como o Incidente de Uniformização de Jurisprudência, constante do CPC brasileiro<sup>154</sup>, a pedido do interessado ou mesmo de ofício pelos integrantes do tribunal de que participe o julgador.

<sup>152</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 119/120.

<sup>153</sup> Após afirmar que são admitidos tanto um conceito vulgar quanto um conceito tecnológico-jurídico, o autor se lança a identificar a jurisprudência neste último, afirmando que a mesma pode ser entendida (i) como toda a ciência do Direito, teórica e prática, seja elaborada por juriconsultos, seja por magistrados – noção lata; (ii) como conjunto das manifestações dos juriconsultos (*prudence*) ante questões jurídicas concretamente a eles apresentadas – noção etimológica; (iii) como complexo das indagações, estudos e trabalhos gerais e especiais levados a efeito pelos juristas sem a preocupação de resolver imediatamente problemas concretos atuais – noção de doutrina jurídica; (iv) como massa geral das manifestações dos juízes e tribunais sobre as lides e negócios submetidos à sua autoridade, com rito próprio e pautados em técnica especializada e (v) como conjunto de pronunciamentos do Poder Judiciário, num certo sentido, a respeito de certo objeto, de movo constante, reiterado e pacífico. – FRANÇA, R. Limongi. Verbetes “Jurisprudência”. In: VV. AA. **Enciclopédia Saraiva de Direito**. São Paulo : Saraiva, 1977, p. 140/175.

<sup>154</sup> Para uma ampla demonstração dos mecanismos de uniformização da jurisprudência no Brasil, cf. SIFUENTES, Mônica. **Súmula vinculante**: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais. São Paulo : Saraiva, 2005, p. 222/250, bem como MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência... Op. Cit*, p. 226/382.

Resultado maior desta institucionalização são as *súmulas processuais*<sup>155</sup>, as quais não possuem força vinculativa própria, mas apenas força persuasiva, como entende o Supremo Tribunal desde o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 594/DF, em 1994.<sup>156</sup>

Após a Emenda Constitucional nº 45/2004, a Constituição Federal de 1988 passou a prever a possibilidade de edição de *súmulas vinculantes*, com base no art. 103-A, regulamentado pela Lei Federal nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, as quais obrigam toda a Administração Pública de todos os níveis federativos bem como todos os níveis do Poder Judiciário.<sup>157</sup>

Ainda sobre a jurisprudência, é importante deixar clara posição no sentido que a mesma se reveste da natureza de fonte do Direito, sendo indiscutível que a evolução das decisões judiciais sobre temas controversos e polêmicos representa uma autêntica criação de novos paradigmas sobre questões jurídicas, tanto mais relevantes quanto ausentes bases legais sobre a mesma.<sup>158</sup>

A força vinculativa da jurisprudência é realidade no Brasil, dentro e fora dos tribunais.

<sup>155</sup> Mais tecnicamente, há de se referir a súmula como conjunto de enunciados da jurisprudência dominante, ou seja, como “a” súmula, como asseverado por José Carlos Barbosa Moreira. Contudo, a própria Constituição Federal, por meio da EC nº 45/2004, vulgarizou o uso da expressão, afirmando que cada enunciado com força vinculante há de ser conhecido como *súmula vinculante*.

<sup>156</sup> No referido julgamento, tido como um dos clássicos julgados do Supremo Tribunal Federal, houve amplo debate sobre referências históricas e doutrinárias do tema, trazidos para firmar a tese da impossibilidade de controle concentrado de súmulas. Dos votos proferidos, que culminaram com a maioria – vencido o Ministro Marco Aurélio Mello – formada no sentido que súmula não é ato normativo, conclui-se que não se pode equiparar súmula à lei, sendo que a primeira tem função meramente indicativa do entendimento do Tribunal, propiciando segurança e evitando decisões contraditórias; serve para racionalizar os trabalhos dos tribunais, ainda que não seja possível negar-lhe certa normatividade (voto condutor do Min. Carlos Velloso, relator). Não pode ser comparada a uma sentença, sendo tão-somente enunciado descritivo da interpretação de normas jurídicas envolvidas em dada situação de fato, sendo relevante que a relação de derivação da súmula com a lei é indireta ou de segundo grau (voto do Min. Sepúlveda Pertence). Configura precedente de valor meramente persuasivo, relativo, despojado de força vinculante e da autoridade subordinante da lei, encerrando apenas um resultado paradigmático para decisões futuras; não se constitui em norma de decisão, mas sim em decisão sobre normas, não sendo uma pauta vinculante de julgamentos (voto do Min. Celso de Mello) – BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 594/DF**, Rel. Min. Carlos Velloso, DJU de 15/04/1994, p. 8046.

<sup>157</sup> O Poder Legislativo, segundo assentada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, recentemente reiterada, não está submetido aos efeitos vinculantes das decisões da Suprema Corte: “[...] Função legislativa que não é alcançada pela eficácia erga omnes, nem pelo efeito vinculante da decisão cautelar na ação direta. Reclamação indeferida liminarmente. Agravo regimental improvido. Inteligência do art. 102, § 2º, da CF, e do art. 28, § único, da Lei federal nº 9.868/99. A eficácia geral e o efeito vinculante de decisão, proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em ação direta de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, só atingem os demais órgãos do Poder Judiciário e todos os do Poder Executivo, não alcançando o legislador, que pode editar nova lei com idêntico conteúdo normativo, sem ofender a autoridade daquela decisão” – BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Reclamação nº 2617/MG**, Rel. Min. Cear Peluso, DJU de 20/05/2005, p. 07.

<sup>158</sup> “A lei não totaliza o direito, e este nela não se esgota ou se exaure. Antes se desenvolve pela aplicação e atuação de um complexo de fontes, ou melhor, de um ‘sistema’. [...] A criação jurisprudencial do direito apresenta-se, hoje, com inegável valor de ‘fonte’ jurídica. Não se pode olvidar, contudo, que na pluralidade de fontes internas do ordenamento jurídico é necessário que apenas uma delas tenha posição de supremacia, de modo que mediante o processo jurisdicional apenas se produz direito nos limites consentidos pela lei, ou, em caso de sua superação, nos limites da Constituição. Pode ser *extra legem*, mas será sempre *intra jus*” – SIFUENTES, Mônica. *Op. Cit.*, p. 158/162.

Tratando especificamente sobre a importância e a força vinculativa da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no âmbito de seus integrantes, confirmam-se os seguintes julgados, emblemáticos da orientação da Corte sobre a importância do respeito aos entendimentos postos:

JURISPRUDÊNCIA - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - OBSERVÂNCIA. A unidade de fatos e a do Direito sugerem solução idêntica para as controvérsias. Tanto quanto possível, há de prevalecer a mesma solução, buscando-se, com isso, o prestígio, a respeitabilidade do Judiciário, mediante a melhor compreensão dos jurisdicionados. A óptica mais se impõe quando, em jogo tema constitucional, constata-se a existência de pronunciamento do Pleno do Guardião Maior da Carta Política da República - o Supremo Tribunal Federal. Nova discussão da matéria, a partir de convencimento pessoal, há de fazer-se em sede própria - a revelada pelo citado Plenário. Em questão crivo monocrático ou mesmo de órgão fracionário, como é a Turma, mister se faz a ressalva, homenageando-se o precedente.<sup>159</sup>

[...] A EXISTÊNCIA DE PRECEDENTE FIRMADO PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL AUTORIZA O JULGAMENTO IMEDIATO DE CAUSAS QUE VERSEM O MESMO TEMA (RISTF, ART. 101) - A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, emanada do Plenário do Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida por maioria qualificada, aplica-se aos novos processos submetidos à apreciação das Turmas ou à deliberação dos Juízes que integram a Corte, viabilizando, em consequência, o julgamento imediato de causas que versem o mesmo tema, ainda que o acórdão plenário - que firmou o precedente no "leading case" - não tenha sido publicado, ou, caso já publicado, não haja transitado em julgado. Precedentes. É que a decisão plenária do Supremo Tribunal Federal, proferida nas condições estabelecidas pelo art. 101 do RISTF, vincula os julgamentos futuros a serem efetuados, colegialmente, pelas Turmas ou, monocraticamente, pelos Juízes desta Corte, ressalvada a possibilidade de qualquer dos Ministros do Tribunal - com apoio no que dispõe o art. 103 do RISTF - propor, ao Pleno, a revisão da jurisprudência assentada em matéria constitucional. Precedente.<sup>160</sup>

No plano externo, a manifestação dos tribunais e, especialmente, do Supremo Tribunal Federal sobre questões de suas competências precípuas ensejam, ainda que não houvesse qualquer texto legal que assim impusesse, um efeito vinculante necessário.

A “palavra final” sobre a questão foi dada pelo tribunal competente e, portanto, em regra geral, a solução definitiva do problema em tese já foi proferida.<sup>161</sup> A eficácia sobre as relações privadas é hoje uma realidade vivenciada no Brasil.<sup>162</sup>

<sup>159</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 72183/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 22/11/1996, p. 45687.

<sup>160</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário* nº 403.306/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 10/12/2004, p. 47.

<sup>161</sup> “[...] Não podem ser desconsideradas as decisões do Plenário do STF que reconhecem constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de diploma normativo. Mesmo quando tomadas em controle difuso, são decisões de incontestável e natural vocação expansiva, com eficácia imediatamente vinculante para os demais tribunais, inclusive

Ao lado disso, também na esfera privada a necessidade de conhecimento e previsibilidade das decisões do Supremo Tribunal Federal é notória, por exemplo, no campo empresarial (para que certos negócios e investimentos sejam contratados não basta o momento do mercado, mas, também, a forma como o risco deve ser mensurado na perspectiva jurídica).

Tal não significa, contudo, que a última palavra é absoluta.

As súmulas (quer processuais, quer vinculantes), ainda que passíveis de severas críticas no plano jurídico-filosófico-hermenêutico<sup>163</sup>, são realidades no processo produtivo do Direito brasileiro. Se não podem ser endeusadas, também não podem ser negligenciadas.

A jurisprudência, portanto, caminha para a produção de enunciados reduzidos em sua complexidade, os quais sintetizam o entendimento dos tribunais (daí porque súmula, que vem do sumo das teses abarcadas pelos julgadores, o que corresponde ao essencial) e passarão, quando implementadas, até mesmo a constituir novos parâmetros de aferição da constitucionalidade.

Sim porque o Supremo Tribunal, em recente manifestação<sup>164</sup>, negou a possibilidade das súmulas ditas processuais serem tidas como objeto de controle de constitucionalidade – sendo passíveis, apenas, de cancelamento ou revisão, a cargo dos integrantes da Corte.

Contudo, o teor dos votos dos Ministros Sepúlveda Pertence e Carlos Britto deixou de certo modo *pré-avisada* a comunidade jurídica nacional que as súmulas vinculantes ensejariam alteração do entendimento, diante da sua natureza de normas de caráter jurídico primário.

---

o Superior Tribunal de Justiça (CPC, art. 481, § único: ‘Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a argüição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão’), e, no caso das decisões que reconhecem a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, com força de inibir a execução de sentenças judiciais contrárias, que se tornam inexigíveis (CPC, art. 741, § único; art. 475-L, § 1º, redação da Lei 11.232/05)” – BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 821.435/SP**, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU de 11/09/2006, p. 230. Ainda: “[...] A decisão do Supremo Tribunal Federal proferida em conflito negativo de competência possui força vinculante em relação ao juízo a quem for atribuída a competência material, como no caso, devendo este abster-se de insistir nos argumentos que animaram o órgão a suscitar o referido conflito. Os efeitos dessa decisão não se restringem ao processo onde foi decidido o conflito. Precedentes desta Corte.” – BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº 545/2002-027-03-00**, 5ª Turma, Rel. Min. João Batista Brito Pereira, DJU de 16/02/2007.

<sup>162</sup> Cf. STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo : Malheiros, 2005, em especial p. 67/111.

<sup>163</sup> Cf., por todos, STRECK, Lênio Luiz. **Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função**. A ilegitimidade constitucional do efeito vinculante. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1998, 298 p.

<sup>164</sup> Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 80/DF**, Rel. Min. Eros Grau, DJU de 10/08/2006, p. 20. Nos *obiter dicta* dos Ministros Sepúlveda Pertence, Gilmar Mendes e Carlos Britto restou como peremptória a necessidade de revisão do entendimento sobre a impossibilidade de controlar a constitucionalidade de súmulas quando estas ganhem natureza de pronunciamentos vinculantes, reconhecendo-se que a eficácia obstativa das súmulas processuais atuais já configura uma força normativa inegável.

Parece inegável, por fim, que a jurisprudência há de ser utilizada tanto para a conservação dos cânones já estabelecidos num dado momento histórico (contribuindo com a tradição) quanto para a evolução de conceitos e superação de anacronismos (viabilizando a revisão de teses arraigadas e a criação de novos sentidos para antigas demandas, rejuvenescendo o direito objetivo através, por exemplo, da concretização direta da Constituição Federal por sobre as antigas vedações legislativas com ela incompatíveis).

É importante, pois, que se entenda a relação entre a hermenêutica, enquanto tarefa das mais relevantes dos julgadores, e a *atividade judicial de formatação ou adequação do Direito* – viabilizada pela jurisprudência.

### 3.2 A HERMENÊUTICA JURÍDICO-FILOSÓFICA E A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO

#### 3.2.1 Proposta e justificativa metodológica

A hermenêutica jurídico-filosófica possui diversas vertentes de pensadores que podem auxiliar na compreensão do problema da jurisprudência e da concretização dos direitos. Para fins desta pesquisa foram selecionados Hans-Georg Gadamer, Alf Ross e José Joaquim Gomes Canotilho. A escolha não foi aleatória.

A verdade é que trabalhar as idéias de Hans-Georg Gadamer é um desafio na mais autêntica acepção da palavra. Para neófitos da filosofia jurídica, e por conseqüência, da hermenêutica filosófica, buscar compreender a linha de entendimento desse pensador é invadir um terreno movediço, penetrar em um local denso e intrincado.

A dificuldade de compreender a hermenêutica talvez tenha afastado grupo considerável de pessoas da sua literatura. A importância da imersão nas obras dos comentadores e nos próprios originais, ainda que traduzidos, é tamanha ao desmistificar a incompreensão quase absoluta que atormenta os iniciantes nessa seara do conhecimento aplicado, permitindo uma aproximação com suas virtudes.

As pontes formadas pela teoria de Gadamer e as experiências da vida jurídica são marcas indeléveis da importância do seu estudo para o amadurecimento da seara jurídica.

Nem todos os aspectos da teoria gadameriana serão apresentados, até porque fugiria do objetivo desta pesquisa. Limitar-se-á aqui em expor o relevante de seus estudos para viabilizar uma discussão da hermenêutica enquanto possibilidade de concretização do Direito e, em particular, do Direito Constitucional brasileiro.

A opção por Alf Ross se originou de pura e simples empatia por suas idéias. De fato, pensar o Direito sem se enfrontar na noção realista é, com o respeito devido a quem entenda de forma diversa, uma maneira de permanecer repetindo ou verberando ideologias de dominação.

Dito de outro modo: o importante da teoria de Ross é permitir uma leitura dura da realidade que se apresenta no cenário jurídico, a fim de afastar as nuvens da ignorância que sobrevoam, dolosa ou culposamente, o imaginário da maioria dos juristas.

Ainda que alguns taxem as idéias de Alf Ross de obsoletas e pontuais, o fato é que esse contraponto com Gadamer se deu por absoluta vontade de unir ambos: Ross foi entendido de logo; Gadamer assustou, assusta, mas já se mostra um “ser-no-nosso-mundo”.

O usufruto das contribuições de José Joaquim Gomes Canotilho se justifica porque o objeto central da pesquisa versa sobre o Direito Constitucional e parte das mais relevantes da obra deste autor versa especificamente sobre a concretização constitucional mediante a interpretação. As modernas formas de interpretação tipicamente constitucional são evidências que esse pensador há de ser compulsoriamente utilizado na argumentação conducente a uma máxima efetividade da Constituição Federal de 1988 no Brasil.

A proposta metodológica dessa parte do trabalho, pois, é a seguinte: primeiro, apontar rápida noção do surgimento e evolução da hermenêutica; após, expor as principais idéias (orientadas para a consecução do problema da pesquisa) de cada um dos autores selecionados para servir de base a pesquisa; por fim, apresentar conclusão parcial sobre a relevância da hermenêutica para o problema central da pesquisa ora desenvolvida.

### **3.2.2 Noções introdutórias sobre hermenêutica**

Carlos Maximiliano Pereira dos Santos, quando apresentava a primeira edição de seu conhecido livro “Hermenêutica e aplicação do direito” em novembro de 1924, já afirmava que a vida forense era altamente conservadora, desconsiderando os avanços doutrinários através de uma espécie de mantra repetido sem crítica alguma pelos arestos e pelos julgadores.

Visou com seu livro, declaradamente, “concatenar argumentos contra as sobrevivências de preconceitos e credos vetustos: ligar o passado ao presente, e descortinar a estrada ampla e iluminada para os ideais do futuro”.<sup>165</sup> Eis a tarefa da Hermenêutica: dar à luz uma nova mente ignorante da importância da compreensão das possibilidades de um evento ou texto.

A Hermenêutica Jurídica, objeto da sua preocupação, visa no seu entender estudar e sistematizar os processos aplicáveis para “determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito”, permitindo ao executor (aqui no sentido de aplicador das normas jurídicas) extrair da norma tudo o que ela contém.<sup>166</sup>

Já a Interpretação para ele é *arte*, dotada de técnica própria e orientada por princípios e regras, sendo que ela foi submetida de forma genérica ao Direito (e este à Sociologia) e, de forma específica, à Hermenêutica, a qual bebe na fonte da Filosofia do Direito.

Afirma a relação entre ambas taxando de erráticos aqueles que as confundem, pois entre hermenêutica e interpretação “Esta é aplicação daquela; a primeira descobre e fixa os princípios que regem a segunda. A Hermenêutica é a teoria científica da arte de interpretar”.<sup>167</sup> É nesse contexto que Maximiliano afirma:

Descobertos os métodos de interpretação, examinados em separado, um por um; nada resultaria de orgânico, de construtor, se os não enfeixássemos em um todo lógico, em um complexo harmônico. À análise suceda a síntese. Intervenha a Hermenêutica, a fim de proceder à *sistematização* dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito.<sup>168</sup>

É expressa a opção deste autor pela limitação da tarefa hermenêutica apenas ao campo da análise da lei, enquanto expressão maior do direito objetivo, entendendo ele que a hermenêutica é um “momento” para a consecução da aplicação, definida como a atitude de “enquadrar um caso concreto em a norma jurídica adequada”, submetendo às prescrições legais os fatos da vida.<sup>169</sup>

Aplicar é subsumir o fato às normas legislativas. A Hermenêutica faz o liame lógico das técnicas por meio das quais essa atividade de enquadramento na moldura posta na lei se materializa através dos julgadores. E interpretar

<sup>165</sup> MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Prefácio à primeira edição. 18. ed. Rio de Janeiro : Forense, 2000, p. XIII.

<sup>166</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Op. Cit.*, p. 1.

<sup>167</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Op. Cit. Ibidem*.

<sup>168</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Op. Cit.*, p. 5, sendo os grifos constantes do original.

<sup>169</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Op. Cit.*, p. 6 e 8.

é explicar, esclarecer; dar o significado de vocábulo, atitude ou gesto; reproduzir por outras palavras um pensamento exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair, de frase, sentença ou norma, tudo o que na mesma se contém.<sup>170</sup>

Vê-se, portanto, que Carlos Maximiliano buscou afirmar uma certa *função social da interpretação*, já que o ato de clarear o que foi dito ou feito é muito pouco para essa arte do desvelamento: interpretação “é, sobretudo, revelar o sentido apropriado para a vida real, e conducente a uma decisão reta”. Por força disso é que sustenta:

Não se trata de uma arte para simples deleite intelectual, para o gozo das pesquisas e o passatempo de analisar, comparar e explicar os textos; assume, antes, as proporções de uma disciplina eminentemente prática, útil na atividade diária, auxiliar e guia dos realizadores esclarecidos, preocupados em promover o progresso, dentro da ordem; bem como dos que ventitam nos pretórios os casos controvertidos, e dos que decidem os litígios e restabelecem o Direito postergado.<sup>171</sup>

Um dado chama a atenção na obra de Maximiliano: a referência constante à Sociologia do Direito como base para a evolução do Direito, dando respaldo ao pensamento que as melhores atuações do aplicador das normas jurídicas estariam fundamentadas na proximidade com a expectativa popular. Na sua visão, a arte interpretativa concatenada pela Hermenêutica seria a válvula de escape para as alterações não-formais que necessitam ser realizadas constantemente nos ordenamentos jurídicos, inclusive para viabilizar sua manutenção com poderio e respeitabilidade.<sup>172</sup>

O professor, por fim, dá notícia sobre os dois grandes sistemas originários da Hermenêutica: a “escolástica ou dogmática”, centrada na idéia de vincular o Direito ao texto legislativo e, portanto, aplicar aquilo que o legislador (entidade abstrata) sempre quis. E daí, com os romanos e seu apego ao formalismo na aplicação das regras legais, se passou a denominar “pandectologia”.

<sup>170</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Op. Cit.*, p. 9.

<sup>171</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Op. Cit.*, p. 10.

<sup>172</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Op. Cit.*, p. 14: “O jurista, esclarecido pela Hermenêutica, descobre, em Código, ou em um ato escrito, a frase implícita, mais diretamente aplicável a um fato do que o texto expresso. Multiplica as utilidades de uma obra; afirma o que o legislador decretaria, se previsse o incidente e o quisesse prevenir ou resolver; intervém como auxiliar prestimoso da realização do Direito. Granjeia especiais determinações, não por meio de novos dispositivos materializados, e, sim, pela concretização e desdobramento prático dos preceitos formais. Não perturba a harmonia do conjunto, nem altera as linhas arquitetônicas da obra; desce aos alicerces, e dali arranca tesouros de idéias, latentes até aquele dia, porém vivazes e lúcidas. Explica a matéria, afasta as contradições aparentes, dissipa as obscuridades e faltas de precisão, põe em relevo todo o conteúdo do preceito legal, deduz das disposições isoladas o princípio que lhes forma a base, e desse princípio as conseqüências que do mesmo decorrem.”

Surgem os *exegetas*, seres quase autômatos, sem questionamentos, apenas orientados para concretizar o que o legislador queria exprimir pelo código.

A superação da escolástica se deu com o “sistema histórico-evolutivo”, onde os juristas passaram a valorizar a análise sistemática dos textos normativos: “plasmado o Direito em uma forma ampla, dútil, adaptam-no, pela interpretação, às exigências sociais imprevistas, às variações sucessivas do *meio*”.<sup>173</sup>

Cabe a pergunta: por quê começar com Carlos Maximiliano?

É um estudioso brasileiro que prestou relevante colaboração para os avanços da Hermenêutica Jurídica no país. Mais que isso: teve a virtude de expor, de forma sistemática e embasada, um conhecimento sem muitos adeptos num momento político-social extremamente conturbado da história universal (início da Segunda Guerra Mundial na Europa).

O que pesou mesmo, contudo, foi o que ele não disse expressamente, mas permitiu que se lhe inferisse: a hermenêutica é forma de viabilizar alterações no Direito e na sociedade, usando do material mais nobre já conhecido – o intelecto humano, e não das armas ou dos golpes.<sup>174</sup>

A intenção dos estudiosos da hermenêutica é, pois, dotar os analistas de uma capacidade criativa para ir além dos limites postos nas normas técnicas rígidas, favorecendo com isso revoluções sem destruição dos ícones, mas por meio do bom uso deles mesmos (no caso, dos textos legais ou literários, de quadros e pinturas, das atitudes do ser humano ou dos demais seres).

A Hermenêutica é uma forma de dar vida àquilo que, normalmente, restaria estagnado por já ter sido normatizado, analisado ou especificado. Usa da Interpretação para construir pontes que viabilizem a revisão das regras e a re-análise das especificações, possibilitando mudanças positivas ou negativas, a depender da inclinação ideológica do envolvido no processo da interpretação.

Na mesma esteira da definição de Carlos Maximiliano, Richard Palmer, em que pese tendo por substrato a análise de textos literários e peças teatrais, busca no “Webster Third New

<sup>173</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Op. Cit.*, p. 44 e 47, sendo os grifos constantes do original.

<sup>174</sup> “O intérprete não traduz em clara linguagem só o que o autor disse explícita e conscientemente; esforça-se por entender mais e melhor do que aquilo que se acha expresso, o que o autor inconscientemente estabeleceu, ou é de presumir ter querido instituir ou regular, e não haver feito nos devidos termos, por inadvertência, lapso, excessivo amor à concisão, impropriedade de vocábulos, conhecimento imperfeito de um instituto recente, ou por outro motivo semelhante.”. MAXIMILIANO, Carlos. *Op. Cit.*, p. 167.

International Dictionary” definir a hermenêutica como “o estudo dos princípios metodológicos de interpretação e de explicação”.<sup>175</sup> E prossegue:

A hermenêutica é o estudo da compreensão, é essencialmente a tarefa de compreender textos. (...) a hermenêutica chega à sua dimensão mais autêntica quando deixa de ser um conjunto de artificios e de técnicas de explicação de texto e quando tenta ver o problema hermenêutico dentro do horizonte de uma avaliação geral da própria interpretação. Deste modo, implica dois pólos de atenção, diferentes e interactuantes: 1) o facto de compreender um texto e 2) a questão mais englobante do que é compreender e interpretar.<sup>176</sup>

Ainda, sobre a universalidade e importância da hermenêutica:

A hermenêutica, enquanto se define como estudo da compreensão das obras humanas, transcende as formas lingüísticas de interpretação. Os seus princípios aplicam-se não só as obras escritas, mas também a quaisquer obras de arte. Visto isto, a hermenêutica é fundamental em todas as humanidades – em todas as disciplinas que se ocupam com a interpretação das *obras* do homem. É mais do que meramente interdisciplinar, porque os seus princípios incluem um fundamento teórico para as humanidades; os seus princípios deviam colocar-se como um estudo essencial para todas as disciplinas humanísticas.<sup>177</sup>

A mais clara explicitação dos sentidos da expressão hermenêutica Palmer nos oferece quando busca desvendar o sentido da palavra no grego: “As raízes da palavra hermenêutica residem no verbo grego *hermeneuein*, usualmente traduzido por ‘interpretar’, e no substantivo *hermeneia*, ‘interpretação’”.<sup>178</sup> Prossegue:

A palavra grega *hermeios* referia-se ao sacerdote do oráculo de Delfos. Esta palavra, o verbo *hermeneuein* e o substantivo *hermeneia*, mais comuns, remetem para o deus-mensageiro-alado Hermes, de cujo nome as palavras anteriormente derivaram (ou vice-versa?). E é significativo que Hermes se associe a uma função de transmutação – transformar tudo aquilo que ultrapassa a compreensão humana em algo que essa inteligência consiga compreender. As várias formas da palavra sugerem o processo de trazer uma situação ou uma coisa, da inteligibilidade à compreensão. Os Gregos atribuíam a Hermes a descoberta da linguagem e da escrita – as ferramentas que a compreensão humana utiliza para chegar ao significado das coisas e para o transmitir aos outros. (...) Assim, levada até à sua raiz grega mais antiga, a origem das actuais palavras ‘hermenêutica’ e ‘hermenêutico’ sugere o processo de ‘tornar compreensível’, especialmente enquanto tal processo envolve a linguagem, visto ser a linguagem o meio por excelência neste processo. (...) As três orientações, usando a forma verbal (*hermeneuein*) para fins exemplificativos, significam: 1) exprimir em voz alta, ou seja,

<sup>175</sup> PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Lisboa : Edições Setenta, 1989, p. 16.

<sup>176</sup> PALMER, Richard E. *Op. Cit.*, p. 19/20.

<sup>177</sup> PALMER, Richard E. *Op. Cit.*, p. 22.

<sup>178</sup> PALMER, Richard E. *Op. Cit.*, p. 23.

‘dizer’; 2) explicar, como quando se explica uma situação, e 3) traduzir, como na tradução de uma língua estrangeira.<sup>179</sup>

As três vertentes são explicadas com precisão por Palmer, salientando que dizer é mais do que meramente repetir as frases ou expressões; que explicar é facilitar a compreensão de algo para alguém, por meio de processos de clarificação do sentido que o texto ou o objeto a ser interpretado pode expor, sempre dentro de uma relação, de um contexto; que traduzir é dar condições para que a compreensão se concretize com a máxima facilidade possível, através da aproximação entre o texto e o hermeneuta.

Hermenêutica para Palmer é, portanto, um conjunto de tarefas a serem desenvolvidas, normalmente em conjunto, visando auxiliar na compreensão dos objetos analisados por meio de aproximações de sentido do interessado com aquilo que se almeja entender (texto, obra de arte, evento ou fenômeno).

Ele busca organizar uma espécie de cronologia das fases da hermenêutica, tratando da mesma com os seguintes sentidos principais:

- a) na condição de *teoria da exegese bíblica*, onde o primeiro registro da palavra hermenêutica enquanto título de um livro se apresenta na obra de J. C. Danhauer, *Hermenêutica sacre sive methodus exponendarum sacrarum litterarum*, publicada em 1654, momento em que “a hermenêutica é o sistema que o intérprete tem para encontrar o significado oculto do texto”<sup>180</sup>;
- b) na condição de uma *metodologia filológica geral*, a qual permitiu a concepção de uma hermenêutica estritamente bíblica se transformar gradualmente numa hermenêutica considerada como “conjunto de regras gerais da exegese filológica, sendo a Bíblia um objecto entre outros de aplicação destas regras”<sup>181</sup>;
- c) na condição de uma *ciência de toda a compreensão lingüística*, com nítida pretensão de universalidade da hermenêutica, eis que implica uma crítica radical do ponto de vista da filologia, pois “procura ultrapassar o conceito de hermenêutica como conjunto de regras, fazendo a hermenêutica sistemática coerente, uma ciência que descreve as condições da compreensão, em qualquer diálogo”<sup>182</sup>;

<sup>179</sup> PALMER, Richard E. *Op. Cit.*, p. 24.

<sup>180</sup> PALMER, Richard E. *Op. Cit.*, p. 44/46.

<sup>181</sup> PALMER, Richard E. *Op. Cit.*, p. 49.

<sup>182</sup> PALMER, Richard E. *Op. Cit.*, p. 50.

- d) na condição de uma “base metodológica dos *Geisteswissenschaften*”, ou Ciência do Espírito, já que, embasado na filosofia de Wilhelm Dilthey, propugnava-se uma interpretação que fosse realizada com envolvimento da condição histórica e humanista dos seres que entram em contato com o objeto a ser analisado e compreendido<sup>183</sup>;
- e) na condição de uma *fenomenologia da existência e da compreensão existencial*, referindo-se a Martin Heidegger, autor de *Ser e Tempo*, o qual sustenta uma “hermenêutica de *Dasein*”, hermenêutica esta que não se refere à ciência ou às regras da interpretação textual nem a uma “metodologia para as *Geisteswissenschaften*, mas antes à explicação fenomenológica da própria existência humana. A análise de Heidegger indicou que a ‘compreensão’ e a ‘interpretação’ são modos fundantes de existência humana”<sup>184</sup>;
- f) por fim, na condição de *sistemas de interpretação, simultaneamente recolectivos e iconoclásticos*, utilizados pelo homem para alcançar o significado subjacente aos mitos e símbolos, concentrados na alusão a Paul Ricoeur e seu livro *De l’interprétation* (1965) onde ele, Palmer, termina conceituando que,

Por hermenêutica entendemos a teoria das regras que governam uma exegese, quer dizer, a interpretação de um determinado texto ou conjunto de sinais susceptíveis de serem considerados como textos. (...) A hermenêutica é processo de decifração que vai de um conteúdo e de um significado manifestos para um significado latente ou escondido.<sup>185</sup>

Richard Palmer lança luzes fortes e claras no traçado histórico da hermenêutica, fomentando o estudo sobre seus desdobramentos (dizer, explicar e traduzir) e tocando no ponto central da discussão: “As diversas orientações na teoria hermenêutica ilustram em si mesmas um princípio hermenêutico: a interpretação é moldada pela questão a partir da qual o intérprete aborda o seu tema”<sup>186</sup>.

Ou seja: *o relevante é a pergunta*, pensamento que Gadamer aprofundará.

A questão que faz o intérprete abordar seu tema é algo que se torna maior a cada dia, até porque o nível de dificuldade dos problemas enfrentados pela sociedade mundial cresce de forma

<sup>183</sup> PALMER, Richard E. *Op. Cit.*, *Ibidem*.

<sup>184</sup> PALMER, Richard E. *Op. Cit.*, p. 51.

<sup>185</sup> PALMER, Richard E. *Op. Cit.*, p. 52/53. Na leitura dele quanto ao pensamento de Ricoeur, este “defende que não pode haver regras universais para a exegese, apenas teorias separadas e opostas, relativas às regras de interpretação. A desmitologização trata o símbolo ou o texto como uma abertura para uma realidade sagrada; os desmitificadores tratam os mesmos símbolos (ou seja, os textos bíblicos) como uma falsa realidade que deve ser destruída.”

<sup>186</sup> PALMER, Richard E. *Op. Cit.*, p. 75.

exponencial, seja por atos diretos do homem intervindo no mundo, seja por efeitos reflexos desta própria atuação.

E é justamente na tentativa de conciliar os novos desafios que o mundo real apresenta com o instrumental antigo da interpretação (enquanto técnica baseada na subsunção, na descoberta ou revelação da vontade objetiva da lei ou do legislador) que se orientam estudos voltados para o problema da compreensão como ferramenta indispensável da concretização do Direito.

Maria Margarida Lacombe Camargo é clara ao afirmar que o desvelamento dos valores inseridos no texto não é a tarefa primeira do intérprete, pois nesse caso o papel da hermenêutica seria reduzido a, em tese, apreciar conflitos no “campo virtual do código e da doutrina, do que no campo do real”.<sup>187</sup>

Essa constante preocupação com a concretização, no sentido aqui empregado de utilidade prática das análises filosóficas, fez com que se alterasse a linha de intelecção das denominadas Ciências do Espírito no meado do século XX, partindo-se para o enfrentamento de questões fundamentais como a compreensão e a interpretação como etapas necessárias à aplicação.

A noção de interpretação dada por Maria Lacombe bem denota o que se quer exprimir. Para ela, pode-se ver a “interpretação como a ação mediadora que procura compreender aquilo que foi dito ou escrito por outrem”, sendo que o objetivo do ato de interpretar – uma ação responsável, no dizer da autora – é buscar “um significado que seja aceito ao menos por aqueles a quem interessa ao intérprete”<sup>188</sup>, daí derivando a importância conjunta da argumentação para essa tarefa de interpretar.

Remontando a Palmer, a professora dá fundamento à sua definição do que é a interpretação quando assevera que, entre os gregos, “*Explicar* torna-se mais importante do que simplesmente *expressar*, na medida em que as palavras racionalizam e clarificam algo”, ao passo que “quanto a *traduzir*, significa que o hermeneuta torna compreensível o que é estrangeiro, estranho ou ininteligível”.<sup>189</sup>

---

<sup>187</sup> CAMARGO, Maria Margarida Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**: uma contribuição ao estudo do direito. Rio de Janeiro : Renovar, 1999, p. 6.

<sup>188</sup> CAMARGO, Maria Margarida Lacombe. *Op. Cit.*, p. 17/18.

<sup>189</sup> CAMARGO, Maria Margarida Lacombe. *Op. Cit.*, p. 22, sendo os grifos constantes do original.

Interpretar, portanto, claramente pode ser identificado com a tarefa de aproximar pessoas por meio da *criação de pontes de conciliação de idéias*: permitindo o contato e a interação entre os que pensam diferente, é possível obter clareza e acordo.

A hermenêutica e, por conseqüência, a interpretação não são tarefas egoísticas, individualistas por essência (até porque cairiam no vazio se pretendessem uma verdade própria ou exclusiva do intérprete), mas sim relações entre o que compreende e o que partilha da descoberta, viabilizando o contato e o consenso das idéias sob análise.<sup>190</sup>

Cada pessoa que apreende um texto avalia-o buscando sugar o que ele tem a oferecer, mas também autorizando o intérprete a uma propagação das idéias ali contidas, disseminando o objeto estudado e permitindo que outros tenham acesso àquele conhecimento.

Há uma função difusora da atividade hermenêutica, pois a cada interpretação se verifica uma nova leitura, com nova avaliação pelo intérprete e, por conseqüência, com enunciação do texto e das impressões de quem o lê a outros.

O texto saiu do meio físico e ganha o espaço formando uma teia de analistas, que colaboram com seus comentários para desvendar as dificuldades até mesmo de inteligência das expressões no corpo do texto apreendido.<sup>191</sup>

### 3.2.3. Uma notícia sobre a evolução da hermenêutica

A hermenêutica, como todo produto do intelecto humano, veio sendo aperfeiçoada ao longo da história.

Utilizando-se do pensamento tanto de Kelly Susane quanto de Josef Bleicher, apresentar-se-á rápida notícia sobre o desenvolvimento das diversas espécies de conhecimento hermenêutico conhecidos na estrutura do pensamento ocidental.

<sup>190</sup> “A Hermenêutica, como teoria da interpretação, não é simplesmente uma teoria. De modo muito claro, desde os tempos mais remotos, até hoje, a Hermenêutica esboçou sempre a exigência de que sua reflexão acerca das possibilidades, regras e meios de interpretação sirva e promova, de modo imediato, a práxis, [...] De modo semelhante ao que acontece com a retórica, a Hermenêutica pode designar uma capacidade natural do homem, isto é, a capacidade de um contato compreensivo com os homens.”. GADAMER, Hans-Georg *apud* CAMARGO, Maria Margarida Lacombe. *Op. Cit.*, p. 41.

<sup>191</sup> “Ao confrontar o texto com as suas convicções, o intérprete não visa, como é lógico, reproduzi-lo no seu estado primitivo; não só o texto representa, em todas as épocas, mais do que a intenção do seu autor, como é também lido em circunstâncias diferentes, sendo, por conseguinte, a compreensão um esforço produtivo”. BLEICHER, Josef. **Hermenêutica contemporânea**. Lisboa : Edições Setenta, 1980, p. 157.

O pensamento oriental e as formas atípicas de hermenêutica, por força do corte metodológico exposto, estão ausentes da análise deste trabalho, eis que considerados irrelevantes para sua concepção.

A mais antiga expressão da atividade hermenêutica advém do período da hermenêutica clássica, ou seja, do período onde a relação entre o sujeito cognoscente e o objeto a ser conhecido ou apreendido é feita pela linguagem esclarecedora, com o uso da “pura técnica (ou ‘técnica pura’) da interpretação (*Auslegung*)”.<sup>192</sup>

Nesse período, a idéia de interpretação era dar conhecimento em nível de descoberta, como se tudo fosse estranho e a aproximação em si mesma já fosse uma aventura. Entender a linguagem já era uma dificuldade por si própria. A leitura de Kelly Susane é elucidativa:

Na verdade, a tarefa hermenêutica é sempre a transferência de um mundo ao outro, desde o mundo dos deuses ao dos homens, e, por isso a expressão *hermenêutica* parecer conservar uma conexão semântica com *Hermes*, o qual dá publicidade à mensagem dos deuses do Olimpo, transmitindo-as aos mortais, quer isto dizer que, não só as anunciava textualmente, como também agia como intérprete, tornando as palavras intelegíveis – e significativas.<sup>193</sup>

O judaísmo-cristão tem papel fundamental na evolução da hermenêutica, eis que o estudo e a busca dos significados da verdade contida nas Sagradas Escrituras desenvolveu consideravelmente as técnicas de interpretação, culminando com o Renascimento e a hermenêutica teológica ou sacra.

Se na Idade Média quase todos os conhecimentos foram quase aniquilados, diante da Idade das Trevas ter gerado como efeitos principais a proliferação das ignomínias e da ignorância como forma de manutenção do poder político, a hermenêutica se rendeu tão somente a um papel secundário, subsidiário. Daí o surgimento da Hermenêutica Romântica, com o principal foco na pretensão da universalidade da hermenêutica, tendo Friedrich Schleiermacher como o seu grande nome.

No final do século XVIII esse pensador propugnou tanto quanto possível a soma entre o universal e o particular, com objetivo de demonstrar que todo o pensamento deveria ser encarado como relativo. Celso Reni Braidão, apresentando a obra de Schleiermacher, afirma:

<sup>192</sup> SILVA, Kelly Susane Alflen da. **Hermenêutica jurídica e concretização judicial**. Porto Alegre : Sérgio Antônio Fabris Editor, 2000, p. 31, sendo os grifos constantes do original.

<sup>193</sup> SILVA, Kelly Susane Alflen da. *Idem*, p. 49, sendo os grifos constantes do original.

Os seus argumentos são a inseparabilidade de pensamento e linguagem e a inexistência ou impossibilidade de uma linguagem universal. A própria linguagem seria a fonte da relatividade. Trata-se de uma relação de complementaridade: sem linguagem não se daria nenhum saber, e sem saber nenhuma linguagem.

[...] O pensamento de Scheleiermacher pode ser interpretado como uma reflexão sobre as relações entre o universal e o particular. O universal, para ele, nunca se oferece em si, mas sempre aparece sob uma forma particular; o particular, por sua vez, ao mesmo tempo que não se deixa subsumir inteiramente pelo universal, contém em si algo que ultrapassa a sua particularidade e manifesta a presença universal. [...] Daí a necessidade da complementação pela hermenêutica, a qual visa a apreensão do pensamento contido em um discurso particular. Por sua vez, a hermenêutica depende da dialética enquanto esta visa a exposição do pensamento em um discurso. A hermenêutica, pode-se dizer, mostra os limites da dialética; esta porém, mostra a possibilidade daquela.<sup>194</sup>

Para Scheleiermacher, como a interpretação visa acabar com o que há de estranho na compreensão, existem dois métodos de eliminação deste vício, o “divinatório” e o “comparativo”, sendo o objetivo final da hermenêutica deste autor “a compreensão do autor e não apenas a compreensão do texto, o que determina o enfoque teórico da hermenêutica romântica como psicológico”.<sup>195</sup>

A universalidade proposta por ele não está na descoberta de verdades absolutas para todas as ocasiões, mas, bem ao contrário, a utilização da hermenêutica para todos os campos do conhecimento humano, especialmente para a seara da interpretação dos textos escritos.<sup>196</sup>

O autor divide a hermenêutica: primeiro a interpretação gramatical, depois a técnica<sup>197</sup>, e define a interpretação gramatical como sendo a arte de encontrar o sentido determinado, pela linguagem, e com o auxílio da linguagem, o sentido de um determinado discurso: “A primeira

<sup>194</sup> BRAIDA, Celso Reni. “Apresentação”. In: SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. **Hermenêutica**: arte e técnica da interpretação. Bragança Paulista : Editora Universitária São Francisco, 2003, p. 11/12.

<sup>195</sup> BRAIDA, Celso Reni. *Idem*, p. 20.

<sup>196</sup> “Sim, eu tenho que repetir outra vez que a hermenêutica não deve estar limitada meramente ás produções literárias; pois eu me surpreendo seguidamente no curso de uma conversação [familiar] realizando operações hermenêuticas, quando eu não me satisfaço com o nível ordinário da compreensão, mas procuro discernir como, em um amigo, pode se dar a passagem de uma idéia à outra, ou quando questiono acerca das opiniões, juízos e tendências que fazem com que ele se expresse, sobre um assunto de discussão, deste modo e não de outro.” [...] “Eu quero, para permanecer mais naquilo que nos interessa nesse momento, fornecer ao intérprete de obras escritas o conselho urgente de exercitar com zelo a interpretação das controvérsias significativas. Pois, a presença imediata do falante, a expressão viva que manifesta a participação de todo o seu ser espiritual, a maneira como ali os pensamentos se desenvolvem a partir da vida em comum, tudo isso estimula, muito mais do que o exame solitário de um texto inteiramente isolado, a compreender uma seqüência de pensamentos, simultaneamente como um momento da vida que irrompe e como uma ação conectada com muitas outras, mesmo aquelas de gênero diferentes.”. SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. *Idem*, p. 33/34.

<sup>197</sup> “Gramatical sempre, porque obviamente no final tudo o que é pressuposto e tudo o que se encontra é linguagem. Conduzir cada um individualmente, tanto quanto possível mas também mostrar os pontos de ligação natural que uma mantém com a outra.”. SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. *Op. Cit.*, p. 69.

regra é: construir a partir do inteiro valor prévio da língua, comum ao escritor e ao leitor, e procurar somente neste a possibilidade de interpretação”.<sup>198</sup>

Traçando um paralelo com a interpretação gramatical, destaca o autor que se espera um certo modo e um certo gênero do conhecimento de um escritor independentemente da língua, uma vez que ele poderia ter escrito em outra língua, vez que compreende conexão e conteúdo como objeto da interpretação gramatical unicamente a partir da lei de combinação do homem.

Para ele a análise do problema hermenêutico parte de dois pontos inteiramente distintos: compreender na linguagem e compreender no falante. A interpretação é arte por causa deste duplo compreender. Nenhum deles se completa por si.

Entende o autor que apenas de modo relativo a compreensão gramatical se chama hermenêutica inferior e a compreensão técnica superior.

Um dos aspectos importantes do pensamento de Schleiermacher é a sua abertura para a denúncia sobre os possíveis usos ideológicos do pensamento, posto que,

assim como a palavra é um elemento e uma parte na frase, assim também é a frase no contexto mais vasto do discurso. Por causa disso é que acontece, tão facilmente, de representações inteiramente falsas serem associadas a frases isoladas de um escritor, quando se retira as frases de seu contexto original para incorporá-las, como testemunho ou prova, a outro contexto.<sup>199</sup>

Embasou a idéia de pré-compreensão, posteriormente desenvolvida por Heidegger e por Gadamer, quando explicitou que o horizonte de entendimento de uma teoria ou da análise de um texto vai sendo ampliado ou mesmo construído na medida em que se toma contato com as novas partes: confirma-se ou confronta-se com o que se imaginava ao início.<sup>200</sup>

A idéia de circularidade da compreensão também é importante na sua obra, na medida em que somente se tem pleno acesso à coisa que se está analisando se as dificuldades forem sendo supridas pelo recurso ou à singularidade do particular ou à generalidade da noção global da obra.

<sup>198</sup> SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. *Op. Cit.*, p. 70.

<sup>199</sup> SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. *Op. Cit.*, p. 48.

<sup>200</sup> “Consideremos (...) a inteira operação da interpretação: então, nós deveríamos dizer que, progredindo pouco a pouco desde o início de uma obra, a compreensão gradual de cada particular e das partes do todo que se organiza a partir delas, sempre é apenas provisória; um pouco mais completa se nós podemos abarcar com a vista uma parte mais extensa, mais também começando com novas incertezas [e como no crepúsculo], quando nós passamos a uma outra parte, [porque então] temos diante de nós um novo começo, embora subordinado; no entanto, quanto mais nos avançamos, tanto mais tudo o que precede é esclarecido pelo que segue, até que no final então cada particular como que recebe de um golpe sua plena luz e se apresenta com contornos puros e determinados.”. SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. *Op. Cit.*, p. 49/50.

Daí porque, “quanto mais difícil é de apreender a articulação do todo, tanto mais se deve procurar seus traços a partir do particular; quanto mais o singular é denso e significativo, tanto mais se deve procurar apreendê-lo em todas as suas relações por meio do todo”.<sup>201</sup>

Schleiermacher buscou enfrentar um problema (tradução de textos antigos) através da sistematização das formas de realização da arte interpretativa, ensejando a partir daí a busca filosófica pela construção de uma “hermenêutica geral”.<sup>202</sup> E a base de tal entendimento é que, “A universalização da hermenêutica, por *fr. Schleiermacher*, portanto, é determinada, em princípio, pela idéia de que a experiência do outro e a possibilidade do mal-entendido são universais”.<sup>203</sup> Daí porque Gadamer reconhece:

Schleiermacher, ao contrário, *já não* busca a unidade da hermenêutica na *unidade de conteúdo da tradição*, a que se deve aplicar a compreensão, mas a procura, à margem de toda especificação de conteúdo, na unidade de um procedimento que nem sequer é diferenciado pelo modo como as idéias foram transmitidas, se por escrito ou oralmente, se numa língua estranha ou na própria e contemporânea. O esforço da compreensão tem lugar cada vez que não se dá uma compreensão imediata, e correspondentemente cada vez que se tem de contar com a possibilidade de um mal-entendido. Este é o contexto, a partir do qual se determina a idéia de Schleiermacher de uma hermenêutica universal. Essa idéia nasceu da representação de que a experiência da alteridade e da possibilidade do mal-entendido são universais.<sup>204</sup>

Passa-se a hermenêutica historicista, tendo como principal representante Whillem Dilthey, sendo que nesse instante da evolução do pensamento sobre hermenêutica as ciências humanas, ou ciências do espírito, o importante era situar a Teoria de Hermes na consciência histórica – o que implica no esclarecimento que

*W. Dilthey*, por uma parte, subtrai a hermenêutica do contexto limitado da interpretação dos textos escritos, situando-a no âmbito completo da compreensão histórica, porque para ele a conexão interna (*Zusammenhang*) de um texto é um caso particular do problema geral da conexão da história (...). Por tal razão, o primeiro problema da compreensão é o da compreensão da história.<sup>205</sup>

<sup>201</sup> SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. *Op. Cit.*, p. 52.

<sup>202</sup> “Desta insatisfação surgiu a necessidade filosófica de elaborar uma hermenêutica geral (*allgemeine Hermeneutik*) que não apenas contivesse as regras e a explicação do procedimento interpretativo enquanto tal, mas antes e sobretudo fornece ‘as razões’ das regras e do procedimento, portanto, da arte da compreensão em geral. Ao invés de perguntar como se interpreta este ou aquele tipo de texto, ele passa a perguntar pelo que significa em geral interpretar e compreender como isso ocorre.” BRAIDA, Celso Reni. *Op. Cit.*, p. 15, sendo o grifo constante do original.

<sup>203</sup> SILVA, Kelly Susane Alflen da. *Op. Cit.*, p. 55, sendo os grifos constantes do original.

<sup>204</sup> GADAMER, Hans-George. **Verdade e método**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 4. ed. Petrópolis : Vozes, 2002, p. 280/281, sendo os grifos constantes do original.

<sup>205</sup> SILVA, Kelly Susane Alflen da. *Op. Cit.*, p. 72, sendo os grifos constantes do original.

Para Gadamer, citando Dilthey,

o significado não é um conceito lógico, mas é entendido como expressão da *vida*. A própria vida, essa temporalidade em constante fluir, está voltada à configuração de unidades de significado duradouras. A própria vida se auto-interpreta. Tem estrutura hermenêutica. É dessa forma que a vida constitui a verdadeira base das ciências do espírito. A hermenêutica não é uma herança romântica no pensamento de Dilthey, mas dá-se conseqüentemente a partir da fundamentação da filosofia na ‘vida’.<sup>206</sup>

A visão de Dilthey é por demais objetivista, na medida em que a sua busca pela vinculação dos fatos e das análises com a situação histórica terminou ensejando críticas ferozes, como a de ter elaborado uma “metaciência”, na expressão de Josef Bleicher.<sup>207</sup> Aproximando e como que sintetizando os pensamentos de Schleiermacher e Dilthey, Gadamer afirma:

Enquanto a hermenêutica de Schleiermacher repousava sobre uma abstração metodológica artificial, que procurava produzir uma ferramenta universal para o espírito, mas que se propunha, como objetivo, trazer à fala com a ajuda dessa ferramenta, à força salvadora da fé cristã, para a fundamentação das ciências do espírito de Dilthey a hermenêutica representava mais do que um instrumento. É o *médium* universal da consciência histórica, para a qual não existe nenhum outro conhecimento da verdade do que compreender a expressão e, na expressão, a vida. Na história tudo é compreensível. E isso porque tudo é texto. (...) Assim a investigação de Dilthey sobre o passado histórico acaba sendo pensada *como um deciframento e não como uma experiência histórica*.<sup>208</sup>

Na seqüência, Josef Bleicher afirma que a hermenêutica contemporânea é formada por três partições:

- a) a *teoria hermenêutica*, com o pensamento de Emilio Betti<sup>209</sup> e, em parte, pelo de Dilthey;
- b) a *filosofia hermenêutica*, com o pensamento de Martin Heidegger e de Hans-Georg Gadamer e, por fim,

<sup>206</sup> GADAMER, Hans-George. *Op. Cit.*, p. 345/346.

<sup>207</sup> BLEICHER, Josef. *Op. Cit.*, p. 40/41: “O preço da garantia de um grau de objectividade no estudo das expressões de um outra mente é a incapacidade de dar o passo do ‘conhecimento histórico’ para a ‘experiência histórica’ ou ‘conhecimento hermenêutico’; quer dizer, Dilthey estava demasiado preocupado em salientar a necessidade e o valor de assumir uma posição crítica em relação ao passado e também em tentar garantir uma realização objectiva para essa realização. (...) Seja como for, é óbvio que a metaciência de Dilthey não conseguiu escapar aos seus pressupostos cartesianos, mantendo-se, por conseguinte, incapaz de fazer justiça ao seu interesse em orientar o conhecimento hermenêutico”. Para uma análise ampla da Escola Histórica, que explica em parte as raízes do pensamento de Dilthey, conferir CAMARGO, Maria Margarida Lacombe. *Op. Cit.*, p. 69/79.

<sup>208</sup> GADAMER, Hans-George. *Op. Cit.*, p. 367, , sendo os grifos constantes do original.

<sup>209</sup> Para uma análise aprofundada da obra de Betti, conferir SILVA, Kelly Susane Alflen da. *Op. Cit.*, p. 117/237, bem como MEIRELES, Ana Cristina Pacheco Costa Nascimento. “A atualidade da hermenêutica de Emilio Betti” *In: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA*, n. 11, Salvador : EDUFBA, 2004, p. 119/142.

c) a *hermenêutica crítica*, tendo por expoente Jürgen Habermas, tratando ainda e detidamente do pensamento de Paul Ricoeur.

Deter-se-á no próximo item à hermenêutica filosófica de Gadamer.

### 3.2.4 Hermenêutica filosófica e o pensamento de Hans-Georg Gadamer

A hermenêutica deve muito de seu desenvolvimento aos estudos de Hans-Georg Gadamer, filósofo alemão nascido em Marburg (Alemanha) em 1900 e falecido em 13/03/2002.

Foi aluno de Husserl e Heidegger em Heidelberg (Alemanha) em 1923. Lecionou Filosofia desde 1937. Desde 1968, foi professor emérito na Universidade de Heidelberg. Um dos expoentes da filosofia contemporânea, sua obra mais marcante para a análise na seara da hermenêutica é *Verdade e Método*.

O pensamento de Gadamer é focado quase que exclusivamente na área da filosofia, não havendo senão poucas passagens especificamente referidas à hermenêutica jurídica. Contudo, seus diversos focos de atenção ao longo das obras são manancial importante para a análise de problemas essencialmente jurídicos com base científica de qualidade.

A hermenêutica ontológica de Martin Heidegger lhe gera influências nas questões relativas à temporalidade; ao *Dasein*<sup>210</sup>; ao círculo hermenêutico e, em especial a pré-compreensão.<sup>211</sup>

Tratar-se-á, adiante, da influência que a filosofia de Heidegger exerceu no pensamento de Gadamer.

Custódio Luis S. de Almeida, ao se reportar sobre a importância da obra *Verdade e Método*, afirma com convicção que, quando da publicação da primeira edição desta obra (em 1960), o filósofo alemão gerou um “grande impacto”, eis que proporcionou colocar a hermenêutica em evidência junto à filosofia contemporânea, sendo que “Este diálogo, produtivo e

<sup>210</sup> *Dasein*, para Heidegger poderia ser tido como o ser-no-mundo, ou seja, a idéia que o homem precisa estar inserido nas condições de espaço-tempo para entender os problemas que lhe afligem, bem como progredir em seus objetivos. Não se perca de vista também a noção que *Dasein* expressa a colocação dos problemas enfrentados em nível humano, relacional e, portanto, mensurável na realidade dos fatos e das coisas.

<sup>211</sup> CAMARGO, Maria Margarida Lacombe. *Op. Cit.*, p. 22, sendo os grifos constantes do original: “Para Heidegger, a compreensão consiste no movimento básico da existência, à medida que *compreender* não significa um comportamento do pensamento humano entre outros que se possa disciplinar metodologicamente e, portanto, conformar-se como método científico. Constitui, antes, o movimento básico da existência humana. *Compreender*, para Heidegger, “é a forma originária de realização do estar aí, do ser-no-mundo”. Gadamer dirá que compreender é experiência.”

renovador, tem suas raízes diretas na *fenomenologia* de Husserl e Heidegger, com o mérito de refazer o caminho da filosofia ocidental” retrocedendo até os gregos pré-socráticos.<sup>212</sup>

Um dos pensamentos recorrentes no livro *Ser e Tempo*, de Heidegger, é a noção de finitude, a certeza definitiva que envolve o ser humano e que, portanto, delimita sua existência no plano temporal, impondo que ele busque conhecer enquanto tem oportunidade.

A finitude impele para o descobrimento justamente porque o problema da verdade tem toda uma relação com isso: se para ele, a *alétheia* (palavra grega para desocultação) demonstra que descobrir a verdade é esclarecer, aclarar, trazer à tona, desocultar, sendo o homem “ser-para-a-morte”, o tempo vivido há de ser aproveitado para identificar as verdades que os demais nos oferecem, ainda que envoltas em diversas camadas de ficções ou mesmo de mentiras.<sup>213</sup>

A pergunta sobre o que é a interpretação faz com que descubramos o pensamento de Heidegger quanto ao “fundamento ontológico da hermenêutica filosófica”, qual seja, a ontologia fundamental, que significa, segundo suas próprias palavras,

a refutação da ontologia como tal. Disso faz parte: 1) a fundação da possibilidade interna da questão do ser como problema fundamental da metafísica – a interpretação do ‘*Da-Sein*’ como temporalidade; 2) a discussão dos problemas contidos na questão do ser, a exposição temporal do problema do ser; 3) o desenvolvimento da autocompreensão desta problemática, sua tarefa e limite, a reviravolta.<sup>214</sup>

Nessa ontologia fundamental está a presença de dois outros conceitos importantes: o diálogo e a realidade, posto que somente com o homem cômico de sua vinculação com a realidade que lhe cerca, dimensionada no espaço-tempo, é que se pode pretender chegar à interpretação, enquanto forma de mediar o diálogo e, por conseguinte, obter a verdade.

Não é sem razão que, para ele, *a filosofia é diálogo*, o que será tratado por Gadamer como passo inicial para a idéia da hermenêutica como acordo, pautado no necessário e prévio diálogo. E é com essa idéia de filosofia como diálogo que surge outro componente importante da teoria de Heidegger: *o círculo hermenêutico*.

<sup>212</sup> ALMEIDA, Custódio Luis S. de. **Hermenêutica e dialética**: dos estudos platônicos ao encontro com Hegel. Porto Alegre : EDIPUCRS, 2002, p. 11. Além das influências de Husserl e Heidegger, que foram seus professores, Gadamer ainda tem uma grande vinculação com as idéias de Hegel e de Platão, daí a referida obra, fruto da conversão de tese de doutorado apresentada pelo autor buscando refazer o caminho dos estudos de Gadamer desde os gregos até a modernidade.

<sup>213</sup> ALMEIDA, Custódio Luis S. de. *Op. Cit.*, p. 199, sendo os grifos constantes do original.

<sup>214</sup> ALMEIDA, Custódio Luis S. de. *Op. Cit.*, p. 235/236, nota nº 3, sendo os grifos constantes do original.

Explica Custódio Almeida que a tese do diálogo se prende a dos componentes centrais constitutivos daquele: “o dialético e o hermenêutico”, demonstrando que o procedimento dialético começa com o fenômeno (particular) e vai em busca do todo (geral) a fim de obter sentido, podendo ser encarada como a “dialética ascendente”, a qual aproveita para conciliar o finito com o infinito, “explicitando o caminho da experiência”.<sup>215</sup> Já quanto ao círculo expõe:

O momento hermenêutico situa-se no círculo da compreensão da linguagem – o círculo deve ser aqui entendido como círculo virtuoso, capaz de engendrar o novo. Isso significa que compreender não é uma atividade linear da qual simplesmente se exige a busca genética e teleológica do que se quer compreender, mas que requer a presença no mundo do ente que compreende. A circularidade é o núcleo da compreensão possível que transpõe qualquer noção fixa de começo e fim e se situa no centro da linguagem – no presente; isso significa que o princípio e o fim sempre podem ser referidos, em qualquer esforço de compreensão. Antes de entender o passado ou vislumbrar o futuro, compreender é uma vivência do presente, que requer conhecimento de tudo que o envolve. Desse modo, a partir do presente, o passado se desvela e o futuro se antecipa.<sup>216</sup>

Para compreender o círculo é importante ter em conta que ele “se abre com a consciência da *finitude* e se articula com o *diálogo* que estrutura qualquer *compreensão* possível”.<sup>217</sup> Daí a conclusão: “Ora, interpretar é articular sentido, é definir a compreensão, objetivando-a, tornando-a história e discurso”.<sup>218</sup>

Nenhuma interpretação, portanto, pode ser tida como um fim em si mesma, já que “Interpretar é a dialética do encontro, na linguagem, da finitude com infinitude”<sup>219</sup>, sendo que essa afirmação deve ser entendida como a grande demonstração que o círculo hermenêutico não é fechado, justamente porque comporta a cada ponto de chegada (sempre provisório) uma nova saída em busca de novo sentido.

A interpretação dar-se-á sempre com base na apropriação dos sentidos possíveis ou projetados decorrentes da pré-compreensão.

Para Heidegger, isso significa a “estrutura prévia” ou a “totalidade conjuntural”, enquanto fenômenos ocorrentes na interpretação, viabilizando que a compreensão prévia seja posteriormente confirmada, alterada ou rejeitada a partir da projeção desta pré-idéia do sujeito. A

<sup>215</sup> ALMEIDA, Custódio Luis S. de. *Op. Cit.*, p. 238.

<sup>216</sup> ALMEIDA, Custódio Luis S. de. *Op. Cit.*, p. 239/240.

<sup>217</sup> ALMEIDA, Custódio Luis S. de. *Op. Cit.*, p. 240, sendo os grifos constantes do original.

<sup>218</sup> ALMEIDA, Custódio Luis S. de. *Op. Cit.*, p. 250.

<sup>219</sup> ALMEIDA, Custódio Luis S. de. *Op. Cit.*, p. 250.

essas conclusões decorrentes da projeção da pré-compreensão dar-se-ia o nome de interpretação.<sup>220</sup>

A afirmação parece mesmo guardar um grande fundo de verdade.

Em qualquer fato da vida têm-se dois momentos bastante claros: o da informação (quando alguém ou algo nos traz um conhecimento que não dispomos) e o da elaboração (quando essa informação é analisada com base em nossas concepções, valores, momento histórico, interesses e necessidades), para que possamos responder ao estímulo com uma opinião, ou seja, com o produto interpretado.

Seja com maior ou menor velocidade, talvez até mesmo com simultaneidade, o relevante é que os elementos anteriores (existenciais para Heidegger) influentes na pré-compreensão precisam ser avaliados num certo espaço-tempo, a fim de que se chegue ao conclusivo ato de buscar sentido, gerando, pois, a interpretação.

A correção do ato de interpretar é ligada diretamente ao que se espera com a pré-compreensão: correto será o juízo formulado em consonância com o anteriormente imaginado; dissonante será aquele juízo que, indo do indivíduo para o conjunto, apresenta uma divergência entre o pré-compreendido e o resultado da análise interpretativa.

O engano, portanto, é decorrência de uma expectativa frustrada, já que a pré-compreensão apenas projeta (ou seja, imagina anteriormente como algo se dará), e não enuncia certezas. A melhor interpretação parece ser a que visa inibir o engano, concretizando as projeções da pré-compreensão<sup>221</sup>. Diz Gadamer:

Justamente todo esse constante reprojeter, que perfaz o movimento de sentido do compreender e do interpretar, é o que constitui o processo que Heidegger descreve. Quem procura compreender está exposto a erros de opiniões prévias, as quais não se confirmam nas próprias coisas. Elaborar os projetos corretos e adequados às coisas, que como projetos são antecipações que apenas devem ser confirmadas 'nas coisas', tal é a tarefa constante da compreensão.<sup>222</sup>

<sup>220</sup> Citado por Custódio Almeida, é o próprio Heidegger quem afirma que “Na interpretação o compreender se apropria compreensivamente do compreendido. Na interpretação o compreender se torna ele mesmo e não outra coisa. A interpretação se funda exclusivamente no compreender e não vice-versa. Interpretar não é tomar conhecimento do que se compreendeu, mas elaborar as possibilidades projetadas na compreensão. *Op. Cit.*, p. 254.

<sup>221</sup> Calha a análise de Kelly Susane, para quem “*M. Heidegger* sustenta o círculo hermenêutico entre a interpretação e a compreensão, ou entre uma interpretação e as suas antecipações, pois círculo não é nada mais do que a consequência no plano metodológico da estrutura da antecipação do compreender.”. *O. Cit.*, p. 93.

<sup>222</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Op. Cit.*, p. 402.

Interpretar, pois, termina sendo uma especificação das variadas análises que se faz, de forma automática ou adquirida com o tempo, quando da pré-compreensão.<sup>223</sup>

Fundindo os dois horizontes quanto à hermenêutica, Kelly Susane aproxima o pensamento de Heidegger e de Gadamer com a seguinte explicação:

Anota-se, aqui, que a hermenêutica heideggeriana será empregada junto no desenvolvimento da hermenêutica gadameriana, pois se *M. Heidegger*, adentra a problemática com a finalidade de desenvolver a partir dela o ponto de vista ontológico da *Vor-Struktur* (pré-estrutura) da compreensão, *H. G. Gadamer* persegue a questão de como pode ser possibilitada a hermenêutica da historicidade da compreensão, uma vez liberada do problema das inibições ontológicas do conceito de objetividade da ciência, justamente por ser a estrutura geral da compreensão alcançada em sua concreção pela compreensão histórica à medida que na compreensão são operantes não só as vinculações concretas dos costumes e da tradição como também as correspondentes possibilidades do próprio futuro...<sup>224</sup>

A principal idéia de Gadamer repousa na seguinte frase constante de *Verdade e Método*: “Na verdade há muitas formas de se ter certeza”.<sup>225</sup>

O legado maior de Gadamer para todos aqueles que se arvoram em suas idéias é sair da noção que tudo há de ser correto, metricamente ordenado, previsto para ser avaliado por um método. Para ele, o método não conduz necessariamente à verdade. Cada diálogo pode representar uma visão de mundo diferente, pois produz uma interpretação diferente, gerando, portanto, verdades diferentes.

O método, definitivamente, não é o único caminho para a verdade, mas sim o acordo. Nesse sentido é pertinente a observação de Josef Bleicher, pois “As experiências de caráter metódico representam apenas, como é lógico, uma forma secundária”<sup>226</sup>, até porque

a consciência hermenêutica afirmará a legitimidade de uma disciplina de interrogação e investigação em que os métodos da ciência não podem ser sustentados; reafirmará o facto de o método não garantir a verdade, mas defender apenas graus de certeza a respeito de processos controláveis.<sup>227</sup>

<sup>223</sup> Aponta Josef Bleicher, citando Heidegger, que “na interpretação, a compreensão não se torna algo de diferente. Torna-se ela própria. Semelhante interpretação assenta, existencialmente, na Compreensão; esta última não provém da primeira. Nem tão pouco é a interpretação a aquisição de informação sobre o que é compreendido; é antes a determinação de possibilidades projectadas na compreensão.”. *Op. Cit.*, p. 142.

<sup>224</sup> SILVA, Kelly Susane Alflen da. *Op. Cit.*, p. 115/116, sendo os grifos constantes do original.

<sup>225</sup> GADAMER, Hans- Georg. *Op. Cit.*, p. 363.

<sup>226</sup> BLEICHER, Josef. *Op. Cit.*, p. 167.

<sup>227</sup> *Idem*, p. 169.

Menos importante do que a busca compulsiva da verdade realizada pelas ciências naturais, onde o importante era objetivar as descobertas para o fim de demonstrá-las metodicamente<sup>228</sup>, as ciências humanas (ou ciências do espírito) – tal como propugnado pela teoria de Gadamer – se preocupam com a situação hermenêutica, ou seja, com o processo de busca do finito ao infinito, numa circularidade que propicia menos certezas estanques e mais reflexões sobre o tema em análise. Custódio Almeida bem expõe:

A reflexão hermenêutica não é dissociável da práxis hermenêutica. (...) A práxis hermenêutica realiza uma inversão no procedimento reflexivo, quando, em vez de reivindicar uma determinada legitimação filosófica, rejeita qualquer pretensão filosófica que estabeleça critérios definitivos de verdade que parem para além da história continuamente influente. Nesse sentido, a hermenêutica não critica um método científico como tal, nem as diferentes análises lógicas, mas as aplicações desses métodos e análises como critérios de verdade os quais dispensam a investigação dos elementos ocultos que instituem as questões a que são aplicados. A hermenêutica critica as posturas que excluem o diálogo.<sup>229</sup>

A verdade vai ser produto das diversas interpretações, aceitas em consenso pela sociedade de uma época histórica. Afirmo Flickinger a respeito:

O termo “hermenêutica filosófica” não conta com a exclusividade de pretensão de verdade da fala ou de um texto, nem tampouco com um seu possível sentido autêntico, legitimado em termos lógicos. Pelo contrário, segundo ela, cada linguagem expressiva precisa ser exposta à interpretação e, com isso, a um processo da configuração de um sentido possível, com pretensão de verdade própria. O que faz com que a reflexão filosófica das experiências hermenêuticas não esgote jamais a amplitude de seus sentidos possíveis. Ela sabe, na verdade, estar sempre correndo o risco de perder algo de vista, quando acredita ter chegado a uma verdade inquestionável.<sup>230</sup>

Verdade, portanto, é acordo.<sup>231</sup>

<sup>228</sup> “A filosofia hermenêutica de Gadamer representa, obviamente, uma gigantesca re-orientação de hermenêutica, libertando-a dos condicionalismos que ela impunha a si própria no seu esforço aturado de garantir a objectividade metódica.” BLEICHER, Josef. *Op. Cit.*, p. 178.

<sup>229</sup> ALMEIDA, Custódio Luis S. de. *Op. Cit.*, p. 218/219.

<sup>230</sup> FLICKINGER, Hans-Georg. “Da experiência da arte à hermenêutica filosófica”, p. 27/52. In: ALMEIDA, Custódio Luís Silva da. FLICKINGER, Hans-Georg. ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica filosófica**: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer. Porto Alegre : EDIPUCRS, 2000, p. 29.

<sup>231</sup> “As palavras usadas pelo intérprete têm origem no contexto da linguagem, que vem formar uma constelação peculiar de sentidos. A apropriação do significado do texto terá, conseqüentemente, de ser vista já não como um esforço duplo, mas como uma criação autêntica; cada apropriação é diferente e igualmente válida. A partir daí Gadamer pode sugerir que compreender a literatura não é uma referência a acontecimentos passados, mas uma participação, aqui e agora, no que se está a dizer, a comunhão de uma mensagem, a revelação de um mundo.” BLEICHER, Josef. *Op. Cit.*, p. 173. Também é de Gadamer o seguinte pensamento: “A conversação é um processo pelo qual se procura chegar a um acordo. Faz parte de toda verdadeira conversação o atender realmente ao outro,

Nesse sentido o pensamento de Maria Margarida Lacombe, fundada em Gadamer: “Compreender, antes de mais nada, diz ele, significa entender-se uns aos outros. Compreender é, para começar, acordo”.<sup>232</sup> Essa perspectiva da compreensão define-a Gadamer nos seguintes termos:

Estamos, então, no domínio da hermenêutica. É assim que chamo a arte de compreender. Mas o que é, propriamente, compreender? Compreender não é, em todo caso, estar de acordo com o que ou quem se *compreende*. Tal igualdade seria utópica. Compreender significa que eu posso pensar e ponderar o que o outro pensa. Ele poderia ter razão com o que diz e com o que propriamente quer dizer. Compreender não é, portanto, uma dominação do que nos está à frente, do outro, e, em geral, do mundo objetivo. Pode até também ser *compreender*, que se compreenda por dominar. Assim, é também natural a vontade de dominação do homem sobre a natureza, o que, de fato, torna possível a nossa sobrevivência.<sup>233</sup>

O essencial do pensamento de Gadamer, no que importa para este trabalho, é que a idéia da hermenêutica serve para possibilitar a criação de novas expectativas e novas visões, em atitude progressista que vai além do texto e, portanto, pode resolver problemas que estão no contexto dos casos.

Essa orientação é importante justo porque, na jurisdição constitucional, é extremamente comum a circunstância de não se considerar a tarefa hermenêutica como imposição aos magistrados, quase que os condenando a aplicação imediata dos textos (e, pior, empurrando-os para negar prestação jurisdicional por meio de artifícios argumentativos).

Por força do corte metodológico que se propôs, diante da vastidão de temas enfrentados por Gadamer, serão especificados os problemas da *pré-compreensão* (eis que influente na questão da decisão judicial concretizadora) e do *círculo hermenêutico, na perspectiva da tríade compreensão-interpretação-aplicação* (para expor que não se pode recortar estes momentos na hora da concretização pelos juízes).

Esta escolha é focada na intenção do presente trabalho ser o mais prático possível no uso das teorias hermenêuticas para fundamentar uma avaliação sobre o acerto ou equívoco na restrição de direitos constitucionais por meio de interpretação.

---

deixar valer os seus pontos de vista e pôr-se em seu lugar, e talvez não no sentido de que se queira entendê-lo como esta individualidade, mas sim no de que se procura entender o que diz.” GADAMER, Hans-Georg. *Op. Cit.*, p. 561.

<sup>232</sup> CAMARGO, Maria Margarida Lacombe. *Op. Cit.*, p. 40.

<sup>233</sup> GADAMER, Hans-Georg. “Da palavra ao conceito: a tarefa da hermenêutica enquanto filosofia”, 1996, p. 13/26. *In*: ALMEIDA, Custódio Luís Silva da. FLICKINGER, Hans-Georg. ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica filosófica**: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer. Porto Alegre : EDIPUCRS, 2000, p. 23.

Não se nega, por exemplo, a importância da questão da linguagem para a hermenêutica de Gadamer, mas apenas se fez uma opção para que o trabalho tenha uma linha lógica de importância dos temas tratados com o objetivo da sua elaboração: subsidiar o pensamento hermenêutico como forma de analisar a concretização do Direito por meio das decisões judiciais.<sup>234</sup>

### 3.2.5 A questão dos prejuízos, ou o problema da pré-compreensão, e o círculo hermenêutico na seara jurídica

O pensamento gadameriano repousa na idéia que, para conseguir a interpretação, é preciso confirmar projeções que são realizadas por meio de cada pessoa já ter suas análises prévias sobre o objeto analisado, visando produzir um resultado a ser aplicado.<sup>235</sup>

A noção de saber algo de forma antecipada não deriva, segundo pensa Gadamer, de uma atividade divina, mas sim da acumulação de conhecimentos ao longo da história do homem. Cada situação concreta precisa passar por uma espécie de processo compreensivo o qual:

- a) começa com a *compreensão prévia dos fatos e textos sob análise*, a qual se materializa por meio do sujeito já possuir valores, interesses e ideologias consigo, elementos esses que, consciente ou inconscientemente, interferirão na forma de apreender o que o texto lhe apresenta;
- b) passa pela *interpretação dos dados apresentados*, quando será realizada a tarefa de validação dos pré-juízos próprios do intérprete com as demais condições da análise do

<sup>234</sup> Daí porque ele afirma que “A experiência hermenêutica tem a ver com a *tradição*. É esta que deve chegar à experiência. Todavia, a tradição não é simplesmente um acontecer que se pode conhecer e dominar pela experiência, mas é *linguagem*, isto é, fala por si mesma, como faz um tu.”. GADAMER, Hans-Georg. *Op. Cit.*, p. 528 e 559, sendo os grifos constantes do original.

Para uma análise mais profunda sobre a questão da linguagem em Gadamer, conferir: SILVA, Kelly Susane Alflen da. *Op. Cit.*, p. 315/339 e ALMEIDA, Custódio Luís Silva da. *Op. Cit.*, p. 276/295.

Ainda, sobre a importância da linguagem, fala o próprio Gadamer: “Sendo assim, é a linguagem o verdadeiro centro do ser humano, quando se a vê apenas naquele domínio que só ela preenche, o domínio do estar com o outro, o domínio da compreensão, tão imprescindível à vida humana quanto o ar que respiramos. O homem é realmente, como disse Aristóteles, o ser dotado de linguagem. Por isso, tudo o que é humano, nós devemos deixar que se nos seja dito.”. GADAMER, Hans-Georg. “Homem e linguagem”, 1983, p. 117/127. *In*: ALMEIDA, Custódio Luís Silva da. FLICKINGER, Hans-Georg. ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica filosófica**: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer. Porto Alegre : EDIPUCRS, 2000, p. 127. Também, na mesma obra, ROHDEN, Luiz. “Hermenêutica e linguagem”, *Idem*, p. 151/202.

<sup>235</sup> “A demonstração é interpretação no mesmo sentido que uma tradução, que resume o resultado de uma interpretação ou, como a correta leitura de um texto, que tem de já ter decidido as questões da interpretação, porque a leitura só pode ser levada a cabo quando se compreendeu. Compreender e interpretar estão imbricados de modo indissociável.”. GADAMER, Hans-Georg. *Op. Cit.*, p. 580/581.

texto, produzindo um novo valor, um novo conhecimento, confirmando-se ou infirmando-se as projeções anteriormente postas perante o analista<sup>236</sup>;

- c) por fim, *a tarefa hermenêutica culmina com a aplicação*, entendida como a materialização de um conhecimento novo, decorrente desse construir prévio com a validação posterior (ainda que em certos momentos tal possa se dar de forma simultânea).

Eis, portanto, o procedimento por meio do qual se efetiva a substituição dos preconceitos por “conceitos mais adequados”. Como Gadamer afirma, “Quem pretende compreender um texto faz sempre um projeto. Antecipa um sentido do conjunto, uma vez que aparece um primeiro sentido no texto”, ensejando a seguinte conclusão: “A compreensão do texto consiste na elaboração de tal projeto, sempre sujeito à revisão que resulte de um aprofundamento do sentido”.<sup>237</sup>

A aplicação deste pensamento na seara jurídica pode ser analisado da seguinte forma:

GADAMER entende que o reconhecimento do caráter preconceituoso de toda compreensão está no cerne do problema hermenêutico, afirmando que, em si mesmo, um preconceito é um juízo formado *antes da prova definitiva de todos os momentos determinantes segundo a coisa*, citando que, no procedimento jurisprudencial um preconceito é um *pré-decisão jurídica*, antes de ser dada a sentença definitiva, daí o sentido pejorativo de dano e desvantagem, pois, para aquele que participa da disputa judicial, um preconceito desta estirpe representa uma redução de suas oportunidades. Desta forma, o preconceito não é um falso juízo, podendo ser valorizado positiva ou negativamente, sendo, neste sentido, calcado na autoridade da tradição.<sup>238</sup>

Kelly Susane afirma que o ponto de partida para a compreensão do pensamento de Gadamer há de ser o entendimento inicial sobre o prejuízo, o qual apresenta dois sentidos: um positivo, que “significa um juízo precedente a uma concepção definitiva válido para todas as épocas”, sendo que “Especialmente na esfera do procedimento judicial, prejuízo significa uma decisão judicial precedente a uma decisão definitiva”.<sup>239</sup>

<sup>236</sup> Para Gadamer, “o sentido de um texto supera o seu autor não ocasionalmente senão sempre. Por isso a compreensão não é nunca um comportamento só reprodutivo, senão que é a sua vez sempre produtivo. (...) A interpretação não é um ato complementar e posterior ao da compreensão, senão que compreender é sempre interpretar, e em consequência a interpretação é a forma explícita da compreensão”. *Op. Cit.*, p. 366 e 378.

<sup>237</sup> GADAMER, Hans-Georg. “Sobre o círculo da compreensão”, 1959. *In: ALMEIDA, Custódio Luís Silva da. FLICKINGER, Hans-Georg. ROHDEN, Luiz. Hermenêutica filosófica: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer. Porto Alegre : EDIPUCRS, 2000, p. 144.*

<sup>238</sup> MELO, Carlos Antônio de Almeida. “O horizonte interpretativo da Constituição: uma proposta”. *In: Revista da academia brasileira de direito constitucional*, n. 22, 2002, p. 158/159, sendo os grifos constantes do original.

<sup>239</sup> SILVA, Kelly Susane Alfien da. *Op. Cit.*, p. 253.

Prossegue afirmando que, mesmo na esfera judicial, o “juízo não fundamentado” expõe um conteúdo negativo, até porque

não existe seguramente nenhuma compreensão totalmente livre de preconceitos, embora a vontade do nosso conhecimento deva sempre buscar escapar de todos os nossos preconceitos. No conjunto da nossa investigação mostrou-se que a certeza proporcionada pelo uso dos métodos científicos não é suficiente para garantir a verdade. Isso vale sobre tudo para as ciências do espírito, mas de modo algum significa uma diminuição de sua cientificidade.<sup>240</sup>

São também utilizadas as expressões pré-juízos legítimos (“São legítimos os juízos prévios projetados que estão de acordo com a *coisa mesma* e ajudam na sua compreensão”) e pré-juízos ilegítimos (“são ilegítimos aqueles que não estão em desacordo com ela, mas também se colocam como obstáculo às verdadeiras possibilidades da compreensão, produzindo mal-entendidos”).<sup>241</sup>

A relação entre os juízos prévios e a possibilidade da implementação do ato de compreender é o que formata a figura do *círculo hermenêutico*, o qual “consiste no retorno reflexivo e contínuo ao projeto prévio da compreensão, a partir da relação que se estabelece com a *coisa projetada*, que deve ser compreendido”.<sup>242</sup>

E não se pense que, com a defesa dos pré-juízos, estar-se-ia abrindo mão de qualquer crítica ou controle da atividade de interpretação, eis que a noção de autoridade em Gadamer é pautada não na força, mas sim na respeitabilidade do conhecimento que o seu detentor apresenta.<sup>243</sup>

Ao contrário, é importante que as situações novas enfrentadas por aqueles que querem interpretar sejam bases de confronto para os juízos prévios, a fim de que eles sejam literalmente testados e possam se apresentar na faceta positiva (veiculadores de compreensão) ou negativa (veiculadores de mal-entendidos).

<sup>240</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Op. Cit.*, p. 709.

<sup>241</sup> ALMEIDA, Custódio Luís S. de. “Hermenêutica e dialética: Hegel na perspectiva de Gadamer”. *Op. Cit.*, p.62/63.

<sup>242</sup> *Idem, Ibidem.*

<sup>243</sup> “Não se pode concordar com aquele tipo de autoridade que usurpa o juízo e, portanto, mostra-se como seu contrário, ou seja, a oposição entre autoridade e razão deve ser eliminada, porém, não sem antes esclarecer a essência da autoridade. Gadamer define autoridade como competência para o exercício de um ofício, como um ato de reconhecimento e de conhecimento, isto é, reconheço uma autoridade pelo conhecimento que ela detém; por isso a autoridade não se outorga, mas, sim, se adquire, e tem que ser adquirida, se se quer apelar a ela.”. *Idem*, p. 266.

Se é certo que compreender e interpretar são mesmo *projeto*, as palavras de Custódio Almeida são claras para o entendimento de como esse projeto se concretiza:

Um projeto de interpretação nunca começa do vazio, mas já pertence a uma *situação hermenêutica* determinada. Quem quer interpretar já põe nesse projeto várias possibilidades de conhecimento, porque já traz consigo perspectivas determinadas de mundo e uma prévia formação histórica, herdada das tradições em que está inserido, ou seja, quem interpreta está marcado por uma estrutura prévia que condiciona qualquer compreensão possível.<sup>244</sup>

Dito de outro modo: o complexo de atividades para que se concretize a interpretação é um agir hermenêutico que, consciente ou inconsciente, implica na condição das decisões adotadas pelo intérprete estarem envolvidas pelas circunstâncias pessoais do agente, ou seja, pela sua carga axiológica e de experiências. Ortega Y Gasset verbaliza essa insegurança quanto ao pensamento correto:

O homem não está nunca certo de que vai poder exercitar o pensamento, entenda-se, de maneira adequada, e, somente se é adequada, é pensamento. Ou, expressado em linguagem mais vulgar: o homem não está nunca seguro de que vai estar certo, de que vai acertar. O que significa, nada menos, que esta coisa tremenda: que, diversamente de todas as demais entidades do universo, o homem não está, não pode nunca estar seguro de que é, com efeito, homem, como o tigre está seguro de ser tigre e o peixe, de ser peixe.<sup>245</sup>

Não há neutralidade na tarefa de decidir, seja por fatores de momento (pressão externa, falta de conhecimento mais apurado sobre o tema), seja por fatores próprios do intérprete (valores religiosos rígidos, hierarquia de valores e, no plano jurídico, hierarquia de normas, por exemplo).

Esperar que um juiz, por exemplo, decida de forma totalmente alheia ao que acredita é tão ingênuo quanto esperar que o corredor que está na frente de uma corrida rústica pare e descanse, dando margem a que outros o ultrapassem; mesmo com a vantagem, ele perdeu o ritmo e não terá a mesma condição anterior de chegar à vitória.

Talvez o mais comum é que, entendendo que essa realidade não seria compatível com a atividade de julgar (eis que pautada na equidistância dos interesses da parte), o julgador queira *negar* tal passagem do ato decisório pelo crivo dos valores e concepções pessoais.

A negativa, contudo, não procede.

<sup>244</sup> ALMEIDA, Custódio Luís S. de. *Op. Cit.*, p. 299.

<sup>245</sup> ORTEGA Y GASSET, José. **O homem e a gente**. [s.d].

Mesmo sem ser claro o processo, quem decide toma por base dados concretos, expectativas a serem concretizadas ou não, e, também, suas condições anteriores e atuais (uma pessoa tida por estudiosa sempre exigirá que o nível escolar dos demais seja elevado; o juiz operoso exigirá que os processos estejam zerados na comarca quando da sua posse, eis que foi assim que deixou a sua anterior).

Exemplo típico é a indulgência do magistrado que, anteriormente ao exercício da judicatura, foi advogado militante no foro: urgência em decisões e muitas vezes até mesmo na expedição e cumprimento de um simples mandado são procedimentos importantes para o causídico, mas diversas vezes tais providências são interpretadas pelos magistrados como forma de pressão por parte dos advogados.

Todos os pré-juízos podem ser favoráveis ou contrários à boa aplicação: basta o caso concreto expor uma influência maior ou menor deles para a composição dos conflitos. A aplicação no Direito, como elemento essencial do agir interpretativo, é tratada por Gadamer:

Quando o juiz adequa a lei transmitida as necessidades do presente, quer certamente resolver uma tarefa prática. O que de modo algum quer dizer que sua interpretação da lei seja uma tradução arbitrária. Também em seu caso, compreender e interpretar significam conhecer e reconhecer um sentido vigente. O juiz procura corresponder à 'idéia jurídica' da lei, intermediando-a com o presente. É evidente, ali, uma mediação jurídica. O que tenta reconhecer é o significado jurídico da lei, não o significado histórico de sua promulgação ou certos casos quaisquer de sua aplicação.<sup>246</sup>

A atividade hermenêutica é importante justamente porque conduz à possibilidade de uma emancipação. Gadamer bem avistou tal problemática:

Assim, para a possibilidade de uma hermenêutica jurídica é essencial que a lei vincule por igual todos os membros da comunidade. Quando não é este o caso, como no caso do absolutismo, onde a vontade do senhor absoluto está acima da lei, já não é possível hermenêutica alguma, 'pois um senhor superior pode explicar suas próprias palavras, até contra as regras da interpretação comum'.<sup>247</sup>

Ferdinand Lassale, ao escrever sobre os fatores reais de poder (aqueles detentores de posição vantajosa perante uma sociedade), expressamente termina por confirmar tal afirmação. Após tratar do *grito angustioso de cerrar fileiras em torno da Constituição*, o autor afirma:

---

<sup>246</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Op. Cit.*, p. 487.

<sup>247</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Op. Cit.*, p. 488.

Onde a Constituição reflete os fatores reais e efetivos do poder, não pode existir um partido político que tenha por lema o respeito à Constituição porque ela já é respeitada, é invulnerável. Mau sinal quando esse grito repercute no país, pois isto demonstra que na *constituição escrita* há qualquer coisa que não reflete a *constituição real*, os fatores reais de poder. E se isto acontecer, se esse divórcio existir, a constituição escrita está liquidada: não existe Deus nem força capaz de salvá-la. Essa Constituição poderá ser reformada *radicalmente*, virando-a da direita para a esquerda, porém, mantida integralmente, nunca.<sup>248</sup>

O arbítrio será sempre danoso, independente da proporção com que influi no processo decisório.<sup>249</sup>

A aplicação do Direito aos casos concretos é uma preocupação cada vez mais acentuada nos tempos presentes, talvez não por todos, mas, certamente, por parcela considerável de juristas que vêem o ocaso de anos de lutas e sacrifícios serem desprestigiados em função da ideologia do *direito como barreira*.

Essa ideologia parte da noção que tudo o que impede a efetivação dos desígnios arbitrários dos que estão na camada dos fatores reais de poder há de ser considerado ultrapassado e, portanto, impróprio, pendente de urgente remoção, tal qual barreiras que travam o desenvolvimento.

De fato, todos os ganhos cumulados historicamente (em nível de direitos constitucionalmente protegidos ou, ao menos, expostos) deveriam ser tidos pelos julgadores como *juízos prévios gadamerianos*, para que, no processo de convalidação dos casos concretos, estes preconceitos legítimos servissem de base para a vivificação dos direitos constitucionais.

É importante esclarecer a afirmação de Gadamer quando afirma que “Nem o jurista nem o teólogo vêm na tarefa da aplicação uma liberdade face ao texto”<sup>250</sup>, uma vez que a aplicação normativa, enquanto produto da compreensão e interpretação, deve estar fundada em algo que lhe confira segurança, sob pena de – sem quaisquer limites – a própria hermenêutica possa vir a ser usada como o maior dos arbítrios.

<sup>248</sup> LASSALE, Ferdinand. **A essência da constituição**. 6. ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2001, p. 39, com grifos constantes do original.

<sup>249</sup> “Pode-se fantasiar sobre uma sociedade ao mesmo tempo livre e justa, na qual são global e simultaneamente realizados os direitos de liberdade e os direitos sociais; as sociedades reais, que temos diante de nós, são mais livres na medida em que menos justas e mais justas na medida em que menos livres. Esclareço dizendo que chamo de ‘liberdades’ os direitos que são garantidos quando o Estado não intervém; e de ‘poderes’ os direitos que exigem uma intervenção do Estado para sua efetivação. Pois bem: liberdades e poderes, com frequência, não são – como se crê – complementares, mas incompatíveis.” BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro : Campus, 1992, p. 43.

<sup>250</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Op. Cit.*, p. 493.

Ele mesmo sinaliza a solução: “A interpretação se torna necessária onde o sentido de um texto não se deixa compreender imediatamente. Deve-se interpretar, sobretudo onde não se quer confiar no que um fenômeno representa imediatamente”<sup>251</sup>, com o que o afastamento de uma lei ou de um ato administrativo por vício de inconstitucionalidade não deixa de ser garantido pela segurança jurídica necessária.<sup>252</sup>

A hermenêutica auxilia na elevação de importância da Constituição justo quando se mostra como condição de possibilidade de inovações sem a necessidade de mudanças textuais (o fenômeno da mutação constitucional em sentido positivo<sup>253</sup>).

Acaso não se tenha consciência que os fenômenos denegridores da Constituição são resultado de um momento histórico propenso para tanto, nunca será levado o sério o aviso que *estamos perigosamente próximos de um retorno ao modelo ditatorial que constantemente se instala no Brasil!* Diz Gadamer:

Certamente que, por exemplo, o juiz tem a tarefa prática de decretar a sentença, e nisso podem entrar em jogo também muitas e diversas considerações político-jurídicas, as quais o historiador jurídico, que tem diante de si a mesma lei, não faz. Mas, com isso, o seu *entendimento* da lei é diverso? A decisão do juiz que “intervém praticamente na vida”, pretende ser uma aplicação justa e de nenhum modo arbitrária da lei; deve pautar-se, portanto, em uma interpretação justa e isso inclui necessariamente a mediação de história e atualidade na compreensão.<sup>254</sup>

Acertada a noção proposta por José Alfredo de Oliveira Baracho, para quem “a interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido da

<sup>251</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Op. Cit.*, p. 499.

<sup>252</sup> “A tarefa da interpretação consiste em *concretizar a lei* em cada caso, isto é, em sua *aplicação*. A complementação produtiva do direito, que ocorre com isso, está obviamente reservada ao juiz, mas este encontra-se por sua vez sujeito à lei, exatamente como qualquer outro membro da comunidade jurídica. Na idéia de uma ordem judicial supõe-se o fato de que a sentença do juiz não surja de arbitrariedades imprevisíveis, mas de uma ponderação justa. Justamente por isso existe segurança jurídica em um estado de direito, ou seja, podemos ter uma idéia daquilo a que nos atemos.”. *Idem*, p. 489.

<sup>253</sup> O Supremo Tribunal Federal entende que a mutação constitucional pode ocorrer em sentido negativo quando, por exemplo, a inércia ou omissão do Poder Público pelo Executivo nega vigência aos ditames propostos como direitos públicos subjetivos constitucionais: “As situações configuradoras de omissão inconstitucional - ainda que se cuide de omissão parcial, derivada da insuficiente concretização, pelo Poder Público, do conteúdo material da norma impositiva fundada na Carta Política, de que é destinatário - refletem comportamento estatal que deve ser repellido, pois a inércia do Estado qualifica-se, perigosamente, como um dos processos informais de mudança da Constituição, expondo-se, por isso mesmo, à censura do Poder Judiciário”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.458/DF**, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 20/09/1996, p. 34.531.

<sup>254</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Op. Cit.*, p. 20.

proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa dada situação”, sendo que por meio da tarefa hermenêutica “amplia-se a compreensão e a prática constitucional”.<sup>255</sup>

Para não restar dúvidas sobre a importância da hermenêutica jurídica, Gadamer encerra a discussão assim tratando da aplicação:

A estreita pertença que unia na sua origem a hermenêutica *filológica* com a *jurídica* repousava sobre o reconhecimento da aplicação como momento integrante de toda compreensão. Tanto para a hermenêutica jurídica como para a teológica, é constitutiva a tensão que existe entre o texto proposto – da lei ou da revelação – por um lado, e o sentido que alcança sua aplicação ao instante concreto da interpretação, no juízo ou na prédica, por outro. Uma lei não quer ser entendida historicamente. A interpretação deve concretizá-la em sua validade jurídica.<sup>256</sup>

O que retira a pecha de totalitário do julgador é, justamente, a fundamentação ou o convencimento hermenêutico com que ele sustenta seu ato de decisão. E fundamentação compatível com os anseios populares, como pensa Plauto Faraco de Azevedo:

A redução da aplicação do direito ao esquematismo lógico-formal que a transforma em aplicação-subsunção, impossibilitando a aplicação-recriação, termina por desacreditar o juiz perante a opinião pública, semeando a insegurança e a descrença entre os jurisdicionados, que, desconhecendo a lógica jurídica assim concebida, sentem e sofrem seus efeitos. A verdade do povo não se coaduna com essa verdade assim tecnicizada, distanciada do solo, das práticas e contingências sociais.<sup>257</sup>

Encerra-se esta parte das reflexões com a advertência, perfeitamente cabível, de Maria Margarida Lacombe, para quem “a atividade jurisdicional não é automática e, portanto, nunca poderá ser substituída pela máquina. O juiz, como elemento humano dotado de razão e sensibilidade, é capaz de ponderar e decidir”.<sup>258</sup>

### **3.2.6 O realismo de Alf Ross e suas aproximações com a hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer**

Alf Ross, pensador dinamarquês nascido em 1899 e falecido em 1979, liderou um dos movimentos reflexivos mais importantes do pensamento do Direito, cunhado por alguns apenas

<sup>255</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. “Apresentação”. In: SILVA, Kelly Susane Alflen da. *Op. Cit.*, p. 26/27.

<sup>256</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Op. Cit.*, p. 461, sendo os grifos constantes do original.

<sup>257</sup> AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*. 4. reimp. Porto Alegre : Sérgio Antônio Fabris Editor, 1989, p. 67.

<sup>258</sup> CAMARGO, Maria Margarida Lacombe. *Op. Cit.*, p. 7.

como uma nova forma de positivismo e, por outros, visto como o movimento da Escola Realista Escandinava, também chamada de Escola de Copenhage (contando com Hägerström e Olivecrona, dentre outros).

A base para a dissociação do realismo da doutrina do positivismo é, na visão de Norberto Bobbio, a circunstância que, no pensamento realista, o direito somente pode assim se denominar acaso seja *efetivamente aplicado pelos magistrados*, já que Direito, para eles, é o conjunto de normas que são efetivamente seguidas numa determinada comunidade.<sup>259</sup>

Em verdade, são duas as vertentes do realismo: uma escandinava, já referida, e uma norte-americana<sup>260</sup>, própria de um sistema de *common law*; nela se “atribui ao direito uma natureza empírica, sendo ele um conjunto de fatos, ou seja, o direito é a decisão concreta tomada pelos juízes em relação ao caso concreto nos tribunais”.<sup>261</sup>

O realismo de Alf Ross deriva justamente da observação que o Direito, enquanto conjunto de normas no plano da tese, não tem qualquer vinculação com o cidadão, eis que sua orientação apenas se refere aos julgadores, os quais estão aptos a conferir concretude aos comandos por meio da aplicação em suas sentenças. Válida a observação de Juliano Rinck:

O direito é visto por Ross como fenômeno social, e não individual, desse modo devemos entender a validade do direito rossiana, que não está na figura do juiz isolado, mas como parte de um todo. Assim, a validade não é determinada pelo livre arbítrio do juiz, mas o seu critério psicológico está ligado ao que Ross chama de ideologia normativa/jurídica em vigor. Essa indica o modo pelo qual os juízes devem agir para encontrar as diretivas que serão aplicadas para solucionar o caso concreto.<sup>262</sup>

Luiz Alberto Warat afirma que a corrente de Ross é a do “positivismo fático”, e ela

Propõe a reconstrução de todos os conceitos jurídicos sobre a base de expressões que tenham correspondência empírica. E no plano jurídico, somente as sentenças judiciais possuem correspondência empírica. As normas às margens das referidas decisões não possuem significação alguma. Ao jurista deve, pois, interessar-lhe somente o sentido que os juízes atribuem às normas.

[...] De qualquer modo, constitui uma contribuição interessante da escola sublinhar em sua análise interpretativa os fatores econômicos, ideológicos e psicológicos, que

<sup>259</sup> BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. São Paulo : Ícone, 1999, p. 142/144.

<sup>260</sup> Para uma visão aprofundada do realismo americano conferir MARMOR, Andrei (Ed.). **Direito e interpretação: ensaios de filosofia do direito**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo : Martins Fontes, 2000.

<sup>261</sup> RINCK, Juliano Aparecido. **O positivismo jurídico na análise da doutrina jurídico-filosófica italiana: desmistificando o conceito de Direito na teoria positivista**. Disponível no endereço eletrônico [http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/Anais/Juliano\\_Rinck.pdf](http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/Anais/Juliano_Rinck.pdf), Acesso em 01 de novembro de 2006, 16:45 horas, p. 9.

<sup>262</sup> RINCK, Juliano Aparecido. *Op. Cit.*, p. 11.

intervém na formulação significativa das normas. Desse modo, se descarta a idéia de inalterabilidade da significação dos textos legais, se reafirma sua dependência ao receptor da mensagem jurídica.<sup>263</sup>

A leitura do professor Warat já demonstra uma das ligações claras entre o pensamento de Ross e o de Gadamer, qual seja, o *condicionamento necessário dos pré-juízos para a aplicação*, na medida em que os fatores alheios ao Direito (econômicos, ideológicos) são relevantes para o processo de tomada de decisão pelos juízes.

Ao mesmo tempo, a própria questão do direito somente se efetivar mediante a aplicação pelos juízes já aproximaria Ross e Gadamer, eis que, se para este último a aplicação é etapa necessária da plena compreensão e interpretação, para o primeiro só se confere importância ao Direito na medida em que ele se concretiza pelas decisões judiciais – ou seja, quando é aplicado.

Ainda por meio da análise de Warat, podemos destacar os seguintes postulados das concepções realistas:

- a) negam que as normas jurídicas possibilitem uma previsão infinita das conseqüências jurídicas, numa postura nitidamente cética quanto ao valor das normas positivadas;
- b) a atividade judicial é, basicamente, um ato de vontade, eis que “a lei outorgaria uma estrutura racional aos componentes irracionais que determinam a decisão do juiz”;
- c) as motivações alheias ao ordenamento jurídico, mas vinculadas ao julgador, são “normativamente disfarçadas”, já que são “as causas reais dos processos de elaboração das decisões”;
- d) pretende desterrar a metafísica das decisões judiciais, dando-lhes um cunho mais operativo possível;
- e) o objetivo é assentar uma ciência jurídica de base necessariamente empírica;
- f) o uso da lingüística é meio necessário para a efetivação da ciência realista;
- g) a preocupação com as conseqüências sociais das relações jurídicas e das decisões dos órgãos judiciais é característica desta corrente de pensamento;
- h) exprimiria, portanto, e na opinião do autor, uma posição de “caráter relativamente progressista”;
- i) as condicionantes prévias dos julgadores são consideradas verdadeiras fontes do direito, fazendo com que o juiz seja um agente criador do Direito em cada caso concreto;

---

<sup>263</sup> WARAT, Luiz Alberto. **Introdução geral ao direito**: Interpretação da lei. Temas para uma reformulação. V. 1. Porto Alegre : Sérgio Antônio Fabris Editor, 1994, p. 84/85.

j) “Não se alcança a verdade, senão o que se alega sobre a verossimilhança dos fatos”.<sup>264</sup>

Quanto às duas últimas considerações, os pontos atrativos com a teoria de Gadamer saltam aos olhos. Na verdade, a consideração do juiz como agente criador do Direito confirma a hermenêutica como atitude *construtiva* e não apenas reprodutiva. Nesse sentido, Alf Ross:

Em primeiro lugar é essencial ter uma clara idéia da atividade do juiz quando se defronta com a tarefa de interpretar e aplicar a lei a um caso específico. Nosso ponto de partida é que a tarefa do juiz é um problema prático. O juiz tem que decidir se utilizará ou não força contra o demandado (acusado). [...] É plausivelmente possível definir o significado das palavras de tal modo que os fatos acabem abarcados pela lei. Porém, também é possível, de forma igualmente plausível, definir o significado das palavras de tal modo que o caso saia do campo de referência da lei. A interpretação (em sentido próprio, ou seja, como atividade cognitiva que só busca determinar o significado como fato empírico) tem que fracassar. Entretanto, o juiz não pode deixar de cumprir sua tarefa. Tem que escolher e esta escolha terá sua origem, qualquer que seja seu conteúdo, numa valoração. Sua interpretação da lei (num sentido mais amplo) é, nessa medida, um ato de natureza construtiva, não um ato de puro conhecimento.<sup>265</sup>

Toda a atividade judicial, prática por natureza, é para Ross o grande momento da interpretação. Não se pode ignorar que, para ele, não existe uma decisão judicial apenas aplicadora da literalidade da lei ou, ao revés, sem qualquer aproximação com o direito legislado ou mesmo o direito aceito de forma consuetudinária.

Ross evidencia em sua teoria que o decidir judicial se confirma por meio de uma “interpretação construtiva, a qual é, simultaneamente, conhecimento e valoração, passividade e atividade”.<sup>266</sup> Daí a razão para o pensador escandinavo sustentar que “os postulados político-jurídico-morais” do juiz modelam sua forma de decidir, ainda que de forma não aberta:

É, não obstante, comum usar a palavra *interpretação* para designar a atividade integral do juiz que o conduz à decisão, inclusive sua atividade crítica, inspirada por sua concepção dos valores jurídicos, que emerge a partir de atitudes que transcendem o mero respeito pelo texto da lei. (...) O juiz não admite abertamente, portanto, que deixa o texto da lei de lado. Graças a uma técnica de argumentação que foi desenvolvida como ingrediente tradicional da administração da justiça, o juiz aparenta que por meio de várias conclusões, sua decisão pode ser deduzida da verdadeira interpretação da lei.<sup>267</sup>

<sup>264</sup> WARAT, Luiz Alberto. *Op. Cit.*, p. 57/61.

<sup>265</sup> ROSS, Alf. **Direito e justiça**. 1. reimpr. Tradução de Edson Bini. Bauru : EDIPRO, 2003, p. 167.

<sup>266</sup> ROSS, Alf. *Op. Cit.* p. 169.

<sup>267</sup> ROSS, Alf. *Op. Cit.* p. 169.

Gadamer concorda com tal entendimento, tratando da historicidade e da tradição como elementos que agregam valor à tarefa judicial, pois essa, realizada por intermédio da aplicação, necessita ser desmistificada quanto aos pré-juízos do julgador, que é ser humano e, por isso mesmo, dotado previamente de concepções, ideologias, filosofia de vida e expectativas. Para ele, “isso não é uma desfocagem lamentável que impeça a pureza da compreensão, mas a condição de sua possibilidade, que caracterizamos como situação hermenêutica”.<sup>268</sup>

Preconizando a existência de diferentes *estilos de interpretação*, Ross trata do estilo subjetivo e do estilo objetivo de interpretar, diferenciados pela “amplitude em que se tomam em consideração elementos de juízo alheios às palavras da lei”, afirmando categoricamente que é “inconcebível um estilo de interpretação completamente objetivo, no sentido de que se funde exclusivamente nas palavras da lei”, pois

A atitude do juiz em relação à lei será sempre influenciada por uma série de fatores, produtos da situação, e pela conexão entre a lei e o resto do direito. (...) A compreensão da lei por parte do juiz dependerá sempre de sua compreensão dos motivos e propósitos da lei. O que distingue um estilo subjetivo de um estilo objetivo de interpretação é, realmente, apenas que de acordo com o primeiro, e não de acordo com o segundo, a história legislativa é admitida como evidência para expor o propósito da lei e projetar luz sobre as minúcias de seu significado.<sup>269</sup>

É aqui que Alf Ross trabalha com um conceito extremamente importante, qual seja, o da *fachada de justificação*, que ele explica da seguinte forma:

Uma vez os fatores da motivação combinados – as palavras da lei, as considerações de pragmáticas, a avaliação dos fatos – tenham produzido seu efeito na mente do juiz e o influenciado a favor de uma determinada decisão, uma fachada de justificação é construída, amiúde discordante daquilo que, na realidade, o fez se decidir da maneira que decidiu.<sup>270</sup>

A fachada de justificação é uma conceituação extremamente relevante para esse trabalho por demonstrar que o ato decisório é ato de vontade e, portanto, não pode desprezar a situação pessoal do julgador no momento da decisão. Daí porque sustenta Gadamer:

<sup>268</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Op. Cit.*, p. 683.

<sup>269</sup> ROSS, Alf. *Op. Cit.* p. 172, sendo os grifos acrescentados por nossa parte.

<sup>270</sup> ROSS, Alf. *Op. Cit.* p. 182. Gadamer termina por concordar, ainda que não de forma clara e explícita, com a fachada de justificação, quando expõe que “o intérprete não pretende outra coisa que compreender esse geral, o texto, isto é, compreender o que diz a tradição e o que faz o sentido e o significado do texto. E para compreender isso ele não deve querer ignorar a si mesmo e a situação hermenêutica concreta, na qual se encontra. Está obrigado a relacionar o texto com essa situação, se é que quer entender algo nele.” – GADAMER, Hans-Georg. *Op. Cit.*, p. 482.

Quando o juiz adequa a lei transmitida as necessidades do presente, quer certamente resolver uma tarefa prática. O que de modo algum quer dizer que sua interpretação da lei seja uma tradução arbitrária. Também em seu caso, compreender e interpretar significam conhecer e reconhecer um sentido vigente. O juiz procura corresponder à 'idéia jurídica' da lei, intermediando-a com o presente. É evidente, ali, uma mediação jurídica. O que tenta reconhecer é o significado jurídico da lei, não o significado histórico de sua promulgação ou certos casos quaisquer de sua aplicação.<sup>271</sup>

Considere-se a questão de uma prova claramente ilícita ser utilizada perante um júri: mesmo com o juiz presidente alertando o advogado que não seria aceita aquela evidência, e determinando que os jurados desconsiderem a prova, já houve nas suas mentes a fixação da imagem e, por conseguinte, a determinação do sentido que eles vão dar ao julgamento.

Ora, por mais que se diga que os fatores externos à compreensão e interpretação feitas pelo magistrado não são decisivos para a resolução das questões concretas, esse afastamento tem mais a ver com uma tentativa de manter a equidistância entre as partes do que, propriamente, com uma neutralidade ou isenção do juiz.

Dito de outro modo: a intenção primeira do julgador, consciente ou inconsciente, é tentar impedir que outros pré-julguem sua capacidade de decisão "isenta".

Na verdade, a fachada de justificação é uma *máscara* que legitima as decisões judiciais, na medida que é, no Brasil, imperativo constitucional a fundamentação das decisões sob pena de nulidade (artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988).

Basta considerar que a motivação deve ser considerada como o conjunto de elementos pelos quais o magistrado afirma que sua decisão está correta; e que isso é algo totalmente diverso de explicitar quais as verdadeiras circunstâncias que levaram o julgador a deliberar como exposto na sua sentença ou no seu voto. O juiz sente o que decide, mas expõe o que justifica sua decisão, nem sempre o que realmente lhe levou a decidir.

É essa fachada que confere aceitabilidade popular ao conteúdo coercitivo de uma ordem judicial, na medida em que a população se sente, no todo ou ao menos em parte, convencida (ou resignada) que a autoridade se exerce ali de forma embasada e proporcional.

O problema maior da fachada de justificação é que o Direito é fenômeno social que se molda tanto à democracia quanto ao totalitarismo apenas por meio de um jogo de palavras expressivo ou encobridor de escolhas ideológicas libertárias ou conservadoras.

---

<sup>271</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Op. Cit.*, p. 487.

Ou seja: *o Direito admite, tal qual uma roupa maleável, qualquer forma que no seu interior seja incorporada*, conclusão que, dentre outros efeitos, levou a críticas ferrenhas ao pensamento de Carl Schmitt na Alemanha. Sobre essa ocorrência o próprio Ross, citado por Juliana Almenara Andaku, afirma:

Quando o atual sistema de poder se estabelece como válido, a legitimidade reage ao poder, servindo para deixá-lo estável, não somente no sentido de reforçá-lo, mas também limitando-o, escondendo-o, e cobrindo-o com a idéia de validade e ideologia para isso criada. Deste modo, o que era originalmente uma forma de expressão arbitrária e caprichosa de poder primitivo agora se torna um legítimo procedimento de uma constituição válida.<sup>272</sup>

A importância desse debate no momento atual se evidencia porque há uma derrocada maciça das garantias constitucionais do processo por força de esquemas interpretativos, especialmente do Supremo Tribunal Federal, e nada é feito para impedir esse movimento de desvalorização constitucional, talvez por desconhecimento, talvez por conformismo, mas muito provavelmente por descrença.

Eis o caminho aberto para o retorno da iniquidade ostensiva dos regimes totalitários.

Deve-se refletir sobremaneira acerca deste tema, na medida em que os direitos e garantias fundamentais são normas constitucionais tão caras que, além de cláusulas pétreas (artigo 60, § 4º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988), podem ser enquadradas até mesmo no conceito de “normas de direito supralegal”, defendidas por Otto Bachof como diretrizes necessárias da própria Constituição a fim de que esta se mantenha íntegra e forte.<sup>273</sup>

As garantias constitucionais do processo devem ser encaradas como aquelas “regras que não são decretadas por compulsão, mas que possuem seu poder de atração pela própria autoridade ou da crença na sua validade”<sup>274</sup>, não sendo possível aceitar passivamente as alegações de ofensa reflexa, ausência de prequestionamento, formação deficiente de instrumento de agravo, ausência

<sup>272</sup> ROSS, Alf. “Towards a realistic jurisprudence” apud ANDAKU, Juliana Almenara. **Análise da teoria jurídica de Alf Ross**. Dissertação de Mestrado apresentada perante a Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 171 p., 2005, disponível no sítio [http://www.sapientia.pucsp.br/tde\\_busca/arquivo.php?codArquivo=1988](http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1988), capturada em 22/10/2006, 19:58 horas, especificamente a p. 92.

<sup>273</sup> “À ‘Constituição’, e à Constituição não só em sentido material, mas também em sentido formal, pertence igualmente o direito *supralegal*, na medida em que tenha sido positivado pelo documento constitucional. Uma norma jurídica que infrinja direito constitucional assim positivado será, portanto, *simultaneamente ‘contrária ao direito natural’ e inconstitucional*. Se uma norma *constitucional* infringir uma outra norma da Constituição, positivadora de direito supralegal, tal norma será, em qualquer caso, *contrária ao direito natural* e, de harmonia com o exposto supra” - BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais**. Tradução de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra : Almedina, 1994, p. 62/63, sendo os grifos constantes do original.

<sup>274</sup> ANDAKU, Juliana. *Op. Cit.*, p. 102.

de assinatura em recurso ou mesmo erro material na nomenclatura do recorrente ou do recorrido, dentre outros tristes episódios da jurisprudência do Poder Judiciário nacional.

Os dispositivos constitucionais vêm, portanto, tentar cumprir um papel de veículos autorizados da segurança jurídica<sup>275</sup>, na medida em que eles seriam a síntese de todos os poderes constituídos do Estado, funcionando como uma espécie de “manual de instruções do Estado de Direito brasileiro”.

Conhecer é pressuposto para aplicar ou, ao menos, para reivindicar.

A hermenêutica jurídica propicia uma constante abertura para novas interpretações evolutivas sobre o Direito posto, adequando-o, na medida do socialmente aceitável nos vários momentos históricos, ao que o povo espera das posturas de suas autoridades constituídas. O poder há de se legitimar.

Todas essas preocupações, ilustradas predominantemente pelo pensamento de Gadamer e de Ross, desembocam na grande meta que deve nortear o Brasil e seus pensadores na atualidade e nas próximas décadas: consolidar uma democracia frágil e imberbe, e já desacreditada, mas que não ainda não possui concorrência por outro modelo satisfativo dos anseios libertários do povo.

### 3.3 A INTERPRETAÇÃO ORIENTADA A VIABILIZAR O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

#### 3.3.1 A jurisprudência autodefensiva e a interpretação retrospectiva

A tônica da hermenêutica jurídica, cada vez mais interpenetrante com a hermenêutica filosófica, é a preocupação com a efetividade dos direitos do homem, preconizando que a postura do julgador há de ser considerada como peça fundamental da máquina da nova aplicação do Direito.

---

<sup>275</sup> “A tarefa da interpretação consiste em *concretizar a lei* em cada caso, isto é, em sua *aplicação*. A complementação produtiva do direito, que ocorre com isso, está obviamente reservada ao juiz, mas este encontra-se por sua vez sujeito à lei, exatamente como qualquer outro membro da comunidade jurídica. Na idéia de uma ordem judicial supõe-se o fato de que a sentença do juiz não surja de arbitrariedades imprevisíveis, mas de uma ponderação justa. Justamente por isso existe segurança jurídica em um estado de direito, ou seja, podemos ter uma idéia daquilo a que nos atemos.”. GADAMER, Hans-Georg. *Op. Cit.*, p. 489.

O juiz não é mais mero instrumento, simples aplicador autômato de regras postas, mas sim um verdadeiro elaborador da norma de decisão em cada caso concreto e, com isso, figura com crescente importância nos cenários jurídico, político e social.

Infelizmente, porém, a atitude hermenêutica por si só não confere base para o pleno desenvolvimento das atividades judicantes em nosso país. Distante da disposição pessoal de renovar a forma de aplicação do Direito no Brasil, a falta de uma infra-estrutura mínima para o Poder Judiciário desempenhar suas funções (na forma maximizada pela potencialidade da moderna hermenêutica jurídica) aparece como um limite vergonhoso, mas real.

A ausência de base material mínima compatível com a alta função desempenhada pelos julgadores no Brasil fomenta em sua atividade judicante diária a consolidação de uma postura passiva frente aos problemas, uma letargia intencionalmente praticada ou, no mínimo, tolerada, sob o argumento que sem estímulo não se deve produzir além do essencialmente necessário.

Pior: enquanto a construção teórica caminha para novas oportunidades de pensamento interpretativo favorável às mudanças sociais por parte do Poder Judiciário, a realidade do ofício de julgar no cotidiano forense induz para a restrição das tarefas de juízes fatigados e desprestigiados no seio do Poder Público e também perante a opinião pública.

Resultado desse processo de deterioração é visto com pesar em todas as instâncias judiciais. A primeira instância apresenta casos de paralisação iminente, falta de juízes por meses ou anos, processos prioritários parados e sem previsão de análise. Na segunda instância, pautas agigantadas, recursos julgados por ementa, muitas vezes sem nem mesmo saber qual o conteúdo das matérias versadas, restrição de direitos de advogados como redução ou impedimentos formais à prática da sustentação oral ou mesmo do despacho em gabinete com os relatores.

A mais odiosa das conseqüências parece mesmo se materializar perante os Tribunais Superiores: nestes, o processo parece ganhar em formalismo e perder em efetividade.

Carlos Alberto Álvaro de Oliveira conceitua formalismo como a “totalidade formal do processo, compreendendo não só a forma, ou as formalidades, mas especialmente a delimitação dos *poderes, faculdades e deveres* dos sujeitos processuais”, entendendo-o como “o elemento fundador tanto da efetividade quanto da segurança do processo”.

Após sustenta que a moderna ciência processual termina por identificar o processo como uma forma de concretização do próprio Direito Constitucional, com o que se pode falar em um formalismo-valorativo, enquanto princípio decorrente do Estado democrático de Direito, dos

princípios processuais constitucionais e dos valores constitucionalmente postos, ensejando uma postura de cooperação de todos os sujeitos processuais no compromisso de atingir a “justiça material do caso”.

Completa o raciocínio, porém, tratando de uma patologia: o *formalismo excessivo*, derivado da circunstância do poder organizador, ordenador e disciplinador do formalismo, em vez de concorrer para a realização do direito, aniquilar o próprio direito de fundo, ou mesmo retardar de forma irrazoável a solução do litígio.

O autor conclui afirmando que o sistema brasileiro tem solução, dispondo de meios suficientes para superar o formalismo pernicioso, dependendo, contudo, de uma atitude mais aberta do meio jurídico, talvez acompanhada de uma mudança de mentalidade, obviamente de princípio pelos juízes e tribunais e, após, pelos legisladores e administradores.<sup>276</sup>

Em que pese possam ser colacionadas decisões dos Tribunais Superiores aparentemente adotando essa alteração de mentalidade (com a materialização de julgamentos onde a forma cede espaço para o conteúdo, numa cooperação do magistrado para com os vícios sanáveis e irrelevantes do instrumento recursal<sup>277</sup>), infelizmente, o normal dos casos atuais – notadamente no Supremo Tribunal Federal – indica que tal mudança está ainda longe de se consolidar como uma realidade no Brasil.

O que se verifica na realidade do Supremo Tribunal desde que promulgada a Constituição Federal de 1988 é uma jurisprudência tímida e, por vezes, ainda pautada nos ideais antigos da burocracia militar que imperou nos nefastos anos de Ditadura a partir de 1964.

Emblemático que, na própria topologia constitucional, os direitos individuais estivessem ao final das Cartas de 1967-1969, denotando que o mais importante ou prioritário no Brasil à época era o aparato estatal, o governo militar e, somente depois, o povo, com garantias escritas mas não implementadas. Uma típica constituição simbólica.

Ocorre que, se era ao menos antevisto que o rol de direitos fundamentais seria um fornecedor de *munção* para decisões judiciais corajosas, aquelas efetivamente concretizadoras dos comandos do constituinte democrático de 1987, em verdade o que se percebeu foi que a

<sup>276</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. “O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo”. *In: Revista de processo*. a. 31. n. 137. jul./2006, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, p. 07/30.

<sup>277</sup> “[...] No caso dos autos, embora a petição de interposição do apelo extremo não esteja assinada, as razões recursais foram subscritas por procurador regularmente constituído. Presente essa moldura, apenas o exagerado formalismo poderia levar ao não-conhecimento do recurso. Precedente: RE 193.774-AgR, Relatora Ministra Ellen Gracie” – BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 408.686/RJ**, 1ª Turma, Rel. Min. Carlos Britto, DJU de 17/11/2006, p. 52.

manutenção de maioria de membros oriundos do Governo Militar no Supremo Tribunal Federal terminou por prejudicar sua jurisprudência, tornando-a obtusa, fraca e amedrontada.

Passado o tempo, porém, em que pese tenha ocorrido uma significativa mudança subjetiva no quadro de Ministros do Supremo Tribunal Federal, com uma discrepância positiva de mais integrantes técnico-jurídicos do que político-partidários, ainda assim, a composição atual permanece com interpretações antiquadas, que denigrem a máxima efetividade constitucional e fazem quase tábula rasa dos mais caros princípios constitucionais do processo.

Estamos diante do fenômeno da *interpretação retrospectiva*.

Luís Roberto Barroso explica seu alcance e conteúdo: seria ela uma “patologia do constitucionalismo nacional”, decorrente da aplicação da nova Constituição sem se atentar para a superação dos antigos cânones mortos com a antiga Constituição, aplicando-se os mesmos princípios e valores superados do Texto anterior.<sup>278</sup>

A interpretação retrospectiva representaria uma espécie de *charlatanismo constitucional*, na medida em que, com uma atividade judicante que não busca atuar concretamente as regras, os princípios e os valores vigentes com a nova Constituição Federal, estar-se-ia diante de “um discurso constitucional inteiramente dissociado do direito, desenvolvido em nível puramente teórico, com vulgaridade e insciência”.<sup>279</sup> Esse pensar não é isolado do professor carioca:

Em boa verdade, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, passadas quase duas décadas da promulgação da Constituição de 1988, parece não ter ainda se apercebido dos novos valores constitucionais, continuando timidamente ancorada no Texto Constitucional revogado ou, pelo menos, em valores muito próximos aos de 1969. A consequência mais evidente e mais danosa desse comportamento é o completo abandono da principiologia inaugurada com a vigente Carta Política, o que acaba por permitir que se deixe de reconhecer a máxima eficácia que a formulação, a lingüística, a logicidade, a história e a teleologia da Constituição permitem.<sup>280</sup>

Para Renato Rodrigues Gomes, a interpretação retrospectiva vai de encontro à abertura constitucional. Constitui um mal que inviabiliza a concretização dos direitos fundamentais e transforma o compromisso constitucional assumido em promessas fantasiosas.

Prossegue afirmando que é uma fórmula encontrada por juristas conservadores, e que ainda exercem influência considerável no Judiciário, para defenderem os pensamentos

<sup>278</sup> BARROSO, Luís Roberto. “*Interpretação...*”. *Op. Cit.*, p. 131.

<sup>279</sup> BARROSO, Luís Roberto. “*Interpretação...*”. *Op. Cit.*, p. 292.

<sup>280</sup> PINHO, Judicael Sudário de. *Op. Cit.*, p. 28.

ultrapassados de um positivismo jurídico arcaico, calcado em valores patrimoniais e de índole personalista, no dogma da separação absoluta entre as funções do Estado e na crença de que a mera subsunção lógico-formal dos fatos à hipótese abstrata prevista no texto da lei seja suficiente para cumprir com êxito o ofício jurisdicional.<sup>281</sup>

Como sustentado por Rubens Casara, em um país como o Brasil, reproduzir práticas judiciais de períodos obscuros da história brasileira, por mais internalizados que estejam na consciência (ou inconsciência) jurídica dos operadores jurídicos, representa verdadeiro atentado a qualquer projeto de democratização do Estado. Daí sua afirmação:

Instrumento de comunicação/conhecimento, a interpretação retrospectiva cumpre sua função política de imposição/legitimação da dominação e contribui para a manutenção do *status quo* (violência simbólica) ao utilizar sua própria força (seus efeitos simbólicos e reais) como reforço das forças que a fundamentam. O intérprete acrítico se esquece de que toda interpretação está condicionada historicamente. Da vinculação do resultado da interpretação a momentos e modelos ultrapassados é que aparece o caráter retrospectivo desse desvio interpretativo. A interpretação retrospectiva, verdadeira “subversão hermenêutica”, sofre dupla determinação: pelos interesses de classe que ela exprime e pelos interesses específicos daqueles que as produzem e a lógica específica dos órgãos jurisdicionais. Torna-se claro que os órgãos jurisdicionais são *campos de produção especializados do poder simbólico*, no sentido utilizado por Bourdieu.<sup>282</sup>

Reportando-se ao pensamento de Lênio Streck<sup>283</sup>, o mesmo Rubens Casara fornece um conceito sobre o fenômeno, aqui adotado:

Por *interpretação retrospectiva* entende-se a insistência dos operadores jurídicos de “interpretar o texto novo de maneira a que ele não inove nada, mas ao revés, fique tão parecido quanto possível com o antigo”. Em outras palavras, através da interpretação retiram-se as perspectivas de transformação que vieram encartadas na nova Constituição. É, antes de tudo, uma interpretação covarde, pois prima pelo medo de rupturas.<sup>284</sup>

<sup>281</sup> GOMES, Renato Rodrigues. “Denúncia da lide pelo Estado ao agente público causador do dano provocado ao indivíduo em decorrência de ato da Administração Pública ‘lato sensu’. Uma afronta à Constituição”. In: **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 121, 3 nov. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4474>>. Acesso em: 21 fev. 2007, 08:28 horas.

<sup>282</sup> CASARA, Rubens. “Interpretação retrospectiva, Constituição e processo penal”. In: **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 22, Rio de Janeiro : EMERJ, 2003, p. 12, 15 e 18.

<sup>283</sup> “[...] É dentro dessa visão tradicional que surge a *interpretação retrospectiva*, com o intérprete inserido no horizonte da história e da linguagem. Estando, esse intérprete, vinculado a um contexto histórico, mostram-se difíceis (re)leituras desassociadas dos caracteres de determinada sociedade, de onde se conclui que sem mudanças nessa sociedade, isto é, sem rupturas históricas, as interpretações tendem a ser conservadoras, tendem a repetir o que já está sedimentado (‘pré-juízos’), impedindo ‘a dialética que deve existir entre a familiaridade e o estranho’, isto é, o novo. A consequência imediata desse desvio é o surgimento de uma jurisprudência reacionária, constatável em qualquer repertório jurisprudencial, refratária de mudanças no *status quo*.” – CASARA, Rubens. *Op. Cit.*, p. 11.

<sup>284</sup> CASARA, Rubens. *Op. Cit.*, p. 12.

Essa forma de interpretação, infelizmente, permanece vigente e, até mesmo, ganhando força e adeptos no Brasil.

Sua superação deve se dar, como ressalta Carlos Roberto Siqueira de Castro, por meio do uso do caráter precipuamente principiológico da Constituição de 1988, o qual possibilita considerar todo o ordenamento jurídico brasileiro como um sistema aberto: “impõe-se ao jurista o dever de desconfiar de leituras herdadas, e mesmo se inquietar com elas, se já não se afinam com o sentimento de justiça, ou ao mais traduzem as expectativas contemporâneas da sociedade”.<sup>285</sup>

Entende-se que essa interpretação retrospectiva é uma das mais danosas formas de *desconstitucionalização* no Brasil, considerado esse no sentido de um processo de enxovalhamento da Constituição Federal de 1988, deixando-a *morrer por inanição* decorrente da ausência de efetivação de vários de seus comandos.

O Supremo Tribunal Federal, cuja tarefa precípua é a guarda da Constituição Federal, infelizmente, adotou o entendimento da interpretação retrospectiva, especialmente quanto à sua função cassatória enquanto Corte Suprema híbrida que é (v. *supra*, Capítulo II): os princípios constitucionais do processo, garantias privilegiadas dos cidadãos, passaram a ser as vítimas mais constantes da orientação jurisprudencial materializada por sucessivas e generalizadas limitações à efetiva realização do controle difuso de constitucionalidade por meio do Recurso Extraordinário.

Forjou-se com a aplicação da interpretação retrospectiva o que se denomina de *jurisprudência autodefensiva do Supremo Tribunal Federal*<sup>286</sup>, entendida como um conjunto de entendimentos que aplicam óbices processuais altamente restritivos para o conhecimento do Recurso Extraordinário sobre matérias processuais-constitucionais, com natureza de uma fachada de justificação a acobertar a falta de infra-estrutura da Suprema Corte brasileira.

A autodefensividade se justifica porque o Supremo Tribunal Federal possui posição destacada no Poder Judiciário, especialmente após a Constituição Federal de 1988. Além disso, a jurisprudência defensiva pode – e é – aplicada em todos os Tribunais Superiores brasileiros, na medida em que todos, sem exceção, são subdimensionados para a demanda de processos que recebem, seja de forma devida ou mesmo indevidamente.

---

<sup>285</sup> CASTRO, Carlos Roberto Siqueira de. **A constituição aberta e os direitos fundamentais**, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.52.

<sup>286</sup> A expressão “jurisprudência autodefensiva” foi sugerida por André Batista Neves, Procurador da República em Salvador/BA e Professor de Direito Constitucional.

O termo “jurisprudência defensiva” já fora utilizado por Paulo Rena da Silva Santarém, em trabalho de iniciação científica apresentado perante a Universidade de Brasília, orientado por José Geraldo de Souza Júnior.

A proposta do referido trabalho foi observar a jurisprudência defensiva como um problema prático a partir da visão teórica do direito como um subsistema social funcionalmente diferenciado. Partiu-se da hipótese de que a jurisprudência defensiva, como solução para a existência de numerosos processos judiciais, representa uma resposta socialmente incompatível.

Tomou-se por jurisprudência defensiva o conjunto de decisões judiciais que visam não à resolução das demandas, mas à redução do número de processos julgados pelo Poder Judiciário, como forma de viabilizar seu melhor funcionamento.

A jurisprudência defensiva, portanto, interiorizando uma preocupação administrativa, relacionada à eficiência dos tribunais, diminui a sensibilidade das estruturas quanto ao que sejam demandas jurídicas analisáveis, em resposta à reduzida capacidade de produção de decisões.

Conclui que as estruturas do subsistema do Direito se mostram incapazes de gerir o volume de demandas judiciais, decorrente da atual complexidade social.

Pela jurisprudência defensiva, os tribunais subvertem a lógica funcional do direito e decidem não julgar. Com isso, rejeitam-se a acompanhar cognitivamente a complexidade social e impedem a operacionalização normativa interna. Na prática, essa postura nega a reprodução do direito a partir da Constituição, gerando a des-diferenciação do subsistema.<sup>287</sup>

Concorda-se, integralmente, com o pensamento exposto. De fato, é justamente por essas razões que se reputa a interpretação autodefensiva como uma aplicação prática da idéia de fachada de justificação sustentada por Alf Ross, como será evidenciado no item seguinte.

### **3.3.2 Aprofundando a noção de jurisprudência autodefensiva face ao formalismo excessivo**

Já centenário, Hans-Georg Gadamer afirmava que o importante na hermenêutica era a potencialidade de que o mundo conseguisse chegar a um acordo universal, o qual implicaria na melhora qualitativa da vida de todos os seres humanos.

---

<sup>287</sup> SANTARÉM, Paulo Rena da Silva. “A observação da jurisprudência defensiva na diferenciação do subsistema do Direito”. In: **XI Congresso de Iniciação Científica da UnB e do 2º Congresso de Iniciação Científica do DF**. Brasília : Universidade de Brasília, 23 a 26 ago. 2005. CD.

Demonstrando alto grau de humanismo, buscou no diálogo e na aproximação dos povos, mediante a filosofia, uma forma de pacificação, eis que a importância maior de toda e qualquer construção social é e sempre será melhorar a qualidade de vida das pessoas.

Alf Ross veio complementar o entendimento pela confiabilidade do Direito, não porque se acredite nas pessoas que o aplicam de forma cega e acrítica, mas sim porque ele demonstra que a situação prática da aplicação é vazada em fundamentos pessoais do julgador, os quais lhe conferem autenticidade na hora de decidir.

Não se pode mais negar o caráter interpretativo da atividade judicial de decisão. Decidir é levar em conta fatos, regras e conceitos, unindo-os com experiências pessoais, pré-compreensões, valores e influências externas do momento histórico, político e social. Niklas Luhmann explica o processo de imbricamento entre a jurisprudência dos Tribunais e a interpretação judicial:

Não existe nenhuma jurisprudência mecânica. Os Tribunais devem, queiram ou não e independentemente da existência ou não existência de uma motivação em termos de política jurídica, interpretar, construir e, se for o caso, ‘distinguir’ os casos (como se diz no *Common Law*), para que possam formular novas regras de decisão e testá-las quanto à sua consistência frente ao Direito vigente. Assim surge por intermédio da atividade sentenciadora dos Tribunais um Direito judicial (*Richterrecht*), que, no decorrer da sua reutilização constante, é, em parte, condensado, isto é, formulado com vistas ao reconhecimento (*Wedererkennung*), e, em parte, confirmado, isto é, visto como aproveitável também em outros casos (*Sachlagen*). Parece ser universalmente reconhecido hoje que essa espécie de desenvolvimento do Direito não pode ser antecipada, nem produzida, nem impedida pelo legislador. E ela independe de intenções manipuladoras (*Gestaltungszwecke*) de Juizes excessivamente diligentes (*forschte Richter*), motivados por considerações de política jurídica, embora ela possa ser influenciada por tais intenções. Ela resulta da proibição da recusa da Justiça.<sup>288</sup>

O que se percebe é que o apego ao formalismo excessivo, com a disposição para que erros singelos e desimportantes sejam colocados como impedimentos intransponíveis, somente pretende mascarar as reais motivações: a ausência de infra-estrutura minimamente digna de condições de trabalho nos Tribunais; o déficit de estímulo no quesito remuneração/quantidade de serviço; a falta ou timidez em adotar providências em nível de injunções políticas perante os Poderes Legislativo e Executivo acerca da melhoria das condições de atuação.

O uso da jurisprudência autodefensiva como forma não normatizada de solução para o problema da escassez de condições materiais no Supremo Tribunal Federal impede (ao contrário de viabilizar) o exercício de uma jurisdição eficiente. Sua utilização, porém, é recorrente,

---

<sup>288</sup> LUHMANN, Niklas. “A posição dos tribunais no sistema jurídico”. Texto traduzido por Peter Naumann e revisado pela Prof. Vera Jacob de Fradera. *In.*: **AJURIS**, n. 99, Porto Alegre: AJURIS, 1990, p. 162/163.

aplicando uma interpretação retrospectiva que privilegia a burocracia estatal em detrimento da cooperação processual.

Um primeiro momento onde essa jurisprudência autodefensiva se manifestou foi justamente no início dos julgamentos sob a égide da nova Constituição Federal. O motivo foi o aumento considerável de legitimados para ajuizar a Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, conforme o novo art. 103 do então novel Texto Maior. A Carta antiga previa que a Representação de Inconstitucionalidade era exclusividade do Procurador-Geral da República.

Pertinência temática ou relação de pertinência há de ser assim entendida: “o interesse imediato no afastamento do mundo jurídico da norma tida por inconstitucional é que legitima a autoridade a propô-la [a ação direta]”, daí porque “nem todos têm direito de propor qualquer ação, pois deverá haver sempre pertinência temática entre aquele que propõe e o interesse imediato que pretende proteger, em nível de controle abstrato de constitucionalidade”.<sup>289</sup>

A premissa que fundou a legitimidade da exigência da pertinência temática foi mesmo a consideração do controle abstrato se efetivar por meio de um processo objetivo, sem partes e lide, tratando-se fundamentalmente de um processo sem contraditores, com “partes meramente formais”.<sup>290</sup> Entretanto, não se deve perder de vista que o aumento considerável do número de ações diretas, envolvendo diversos assuntos em cada uma no mais das vezes, serviu como *motivação implícita* para a consideração restritiva da pertinência:

Após a promulgação da Constituição de 1988 o número de ações diretas de inconstitucionalidade cresceu de modo significativo. Com efeito, de 1934, quando foi instituída a ação interventiva, até 1988, o número de ações diretas ajuizadas perante o Excelso Pretório (apenas interventivas até 1965; interventivas e genéricas após 1965) não chegou a 1700 (um mil e setecentos). De 1988 (outubro) a março de 1999, ou seja no prazo de dez anos e cinco meses, foram ajuizadas 1962 (mil novecentos e sessenta e duas) ações, muitas delas impugnando mais de um dispositivo, às vezes mais de uma dezena deles, no caso das ações voltadas contra normas das Constituições estaduais que foram promulgadas a partir de 1989.<sup>291</sup>

A figura da pertinência temática foi erigida pela jurisprudência da Corte Suprema como um verdadeiro requisito objetivo para o conhecimento da Ação Direta. Há de ser considerada a

<sup>289</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva. MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade:** comentários à lei 9.868, de 10-11-1999. São Paulo : Saraiva, 2001, p. 70/71.

<sup>290</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro.** 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 159.

<sup>291</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Op. Cit.*, p. 161.

exigência de “adequação temática entre as finalidades estatutárias e o conteúdo da norma impugnada” como “um sucedâneo do interesse de agir no processo subjetivo”.<sup>292</sup>

Como clara demonstração do cunho de jurisprudência autodefensiva, esclarece Clèmerson Merlin Clève que o Supremo Tribunal Federal procede com rigor na análise da legitimação ativa para as Ações Diretas, indo além da verificação do vínculo de pertinência para oferecer “uma interpretação do art. 103 da Constituição que antes se caracteriza pela restrição do que pela ampliação do rol de legitimados ativos”.<sup>293</sup>

Enquanto construção pretoriana, a pertinência temática evidentemente oscilou ao longo do tempo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Tida inicialmente como algo de extrema importância para evitar a avalanche de processos que se aguardava com a vigência da nova Constituição Federal<sup>294</sup>, mais recentemente este requisito, em que pese ainda avaliado e exigido nas Ações Diretas, está se encaminhando para um uso temperado, *cum grano salis*.<sup>295</sup>

A verificação de pertinência foi, sem dúvida, um dos primeiros grandes *filtros de trabalho* erigidos por meio de construções pretorianas no Supremo Tribunal Federal a partir de 1988. E ele veio mesmo a ser reconhecido pelos integrantes da atual composição da Corte. Em entrevista ao sítio Consultor Jurídico, o Ministro Carlos Ayres Britto comenta a ocorrência do fenômeno:

ConJur — O ministro Gilmar Mendes fala que logo depois da Constituição de 88, o Supremo praticou o que ele chama de jurisprudência defensiva. E ele disse que a partir de um momento o Supremo passou a interpretar de forma mais ativa a Constituição.

<sup>292</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Op. Cit.*, p. 163. Entende-se que, como a mesma dizia respeito à legitimidade da parte proponente, os ministros do Supremo Tribunal Federal poderiam, até mesmo, apreciar de ofício tal exigência, na forma do art. 267, § 3º do CPC então e ainda vigente. No entanto, nunca de forma tão ampla que impedisse o intento do poder constituinte de 1987 de ampliar a participação popular no processo de controle de constitucionalidade.

<sup>293</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Op. Cit.*, p. 165.

<sup>294</sup> Indicando entendimento mais restritivo, Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1307/DF**, Rel. Min. Francisco Rezek, DJU de 24/05/1996, p. 17412 e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1157/DF**, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 17/11/1996, p. 47: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - CONFEDERAÇÃO DOS SERVIDORES PÚBLICOS DO BRASIL (CSPB) - AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE ATIVA ‘AD CAUSAM’ POR FALTA DE PERTINÊNCIA TEMÁTICA - INSUFICIÊNCIA, PARA TAL EFEITO, DA MERA EXISTÊNCIA DE INTERESSE DE CARÁTER ECONÔMICO-FINANCEIRO - HIPÓTESE DE INCOGNOSCIBILIDADE - AÇÃO DIRETA NÃO CONHECIDA. - O requisito da pertinência temática - que se traduz na relação de congruência que necessariamente deve existir entre os objetivos estatutários ou as finalidades institucionais da entidade autora e o conteúdo material da norma questionada em sede de controle abstrato - foi erigido à condição de pressuposto qualificador da própria legitimidade ativa ‘ad causam’ para efeito de instauração do processo objetivo de fiscalização concentrada de constitucionalidade. Precedentes”.

<sup>295</sup> Cf., por todos, BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2797/DF**, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 19/12/2006, p. 37.

Carlos Ayres Britto — Penso que o Supremo deva encarnar, crescentemente, o próprio espírito concretista da Constituição. Tudo fazer para dotá-la do máximo de aplicabilidade por si mesma, o que já implica trazer ao debate a delicada questão da vinculabilidade das políticas públicas a metas, programas e projetos que já estão nela própria, Constituição. Para mim, a Constituição tem mesmo caráter dirigente, na acepção de que governa quem governa. Quero dizer: governa de modo permanente quem governa de modo transitório. Também aqui é de se reapreciar os contornos e a funcionalidade do mandado de injunção, na perspectiva de encará-lo como um instrumento à disposição do jurisdicionado para garantir o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

ConJur — E quanto à chamada jurisprudência defensiva?

Carlos Ayres Britto — Ela se faz necessária para viabilizar o próprio funcionamento racional da casa. Para não atulhar incontrolavelmente os nossos gabinetes e não nos matar de tanto trabalho. São tantas as ações que nos chegam para julgamento que eu tenho rogado ao bom Deus todos os dias: “Senhor, não nos deixeis cair em tanta ação!”<sup>296</sup>

Com o respeito devido a S. Exa., se não é verossímil negar que uma jurisprudência autodefensiva moderada é natural para uma Corte Suprema híbrida, dotada de diversas e variadas competências, não se pode levar ao extremo de imaginar que a referida viabilização do funcionamento racional se materialize por meio de restrições indevidas aos direitos fundamentais do cidadão brasileiro.

Foi isso que ocorreu? Ou seja, houve uma aplicação ampliativa da jurisprudência autodefensiva? Parece que a resposta é afirmativa. Basta indicar o quanto a interpretação retrospectiva efetivada por meio do formalismo excessivo contaminou – e ainda contamina – a Suprema Corte brasileira, o que diminui sua legitimidade em face da população nacional.

Uma outra forma de jurisprudência autodefensiva foi, ainda no tocante ao controle concentrado, a questão do afastamento da decisão pelo Supremo de Ações Diretas sobre a questão do direito pré-constitucional, para afirmar se teria ocorrido ou não recepção das leis anteriores à Constituição de 1988.

Afirmando que a hipótese não seria de inconstitucionalidade superveniente, mas sim de revogação por não-recepção, o Supremo Tribunal Federal deixou de apreciar diversas Ações Diretas, já que seu entendimento já era consolidado no sentido de não caber ADI para apreciação de normas revogadas.

---

<sup>296</sup> CARDOSO, Maurício. “Em nome da Constituição: o judiciário não governa, mas ele governa quem governa”. Entrevista com o Ministro Carlos Ayres Britto. In: **Consultor Jurídico**. Disponível em <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/43306.1>>. Acesso em 08 dez. 2006, 15:52 horas.

A pior forma de disseminação da jurisprudência autodefensiva se corporificou quando o Supremo Tribunal Federal passou a exportar o raciocínio da interpretação retrospectiva para o controle difuso, visando construir *represas interpretativas* para que os Recursos Extraordinários (e Agravos de Instrumento também) não fossem sequer conhecidos.

A fórmula utilizada foi erigir a quase dogmas os equívocos mais simples em termos de formalidades nos recursos, deixando de aplicar com máxima eficácia os princípios processuais, dentre eles o da fungibilidade, enquanto decorrência do amplo acesso ao Poder Judiciário.

Parece que essa transposição foi a maneira mais fácil para justificar a ausência de estrutura material mínima do Supremo Tribunal Federal.

Ora, se a discussão sobre número de Ministros, número de funcionários e base física adequada é penosa e com pouca ou nenhuma viabilidade política junto ao Poderes Legislativo e Executivo, a única via a ser utilizada é a deliberação intestina, ou seja, *mutilar por meio de óbices procedimentais, sem amparo legal ou constitucional, o maior número possível de recursos tidos por inviáveis*. Exemplos são variados:

- a) “Recurso extraordinário: ausência de assinatura do procurador do recorrente: a assinatura do advogado que o interpõe é formalidade essencial da existência do recurso, donde sua falta não admitir suprimento após o vencimento do prazo: precedentes”<sup>297</sup>;
- b) “1. Assente o entendimento do Supremo Tribunal de que apenas a petição em que o advogado tenha firmado originalmente sua assinatura tem validade reconhecida. Precedentes. [...] trata-se de mera chancela eletrônica sem qualquer regulamentação e cuja originalidade não é possível afirmar sem o auxílio de perícia técnica”<sup>298</sup>;
- c) “1. Ilegível a data de ingresso contida no protocolo da petição do recurso extraordinário, não é possível aferir-lhe a tempestividade. 2. Segundo reiterada orientação do Supremo Tribunal, é encargo da própria agravante fiscalizar a inteireza do traslado, sendo tardia a tentativa de regularizá-lo na instância *ad quem*”<sup>299</sup>;

<sup>297</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 475.421/MG**, 1ª Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 20/10/2006, p. 64.

<sup>298</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de Instrumento nº 564.765/RJ**, 1ª Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 17/03/2006, p. 15.

<sup>299</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 483.386/RS**. 2ª Turma, Rel.ª Min.ª Ellen Gracie, DJU de 09/09/2005, p. 49.

- d) “Se não se prova doutro modo o conhecimento anterior das razões de decidir, não se conhece de recurso interposto antes da publicação da decisão recorrida no Diário da Justiça ou da sua juntada aos autos”<sup>300</sup>;
- e) “O recurso extraordinário é intempestivo, porquanto interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração. O entendimento desta Corte é no sentido de que o prazo para interposição de recurso se inicia com a publicação, no órgão oficial”<sup>301</sup>;
- f) “A autenticação mecânica lançada pelo Tribunal a quo na petição de interposição do recurso extraordinário não permite a verificação da tempestividade recursal. Incidência das Súmulas 288 e 639 do STF”<sup>302</sup>;
- g) “I. - Recurso interposto por advogado que não disponha, nos autos do processo, do necessário instrumento de mandato não pode ser conhecido. Inaplicabilidade, na fase recursal, do disposto no art. 13, CPC. II. - Precedentes do STF”<sup>303</sup>.

O fenômeno, infelizmente, não é exclusivo do Supremo Tribunal Federal. Também outras cortes superiores, como o Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, mantém a aplicação atual do formalismo excessivo nas suas mais altas instâncias internas de deliberação, negando a prestação jurisdicional material por força de equívocos sanáveis sem maiores dificuldades.<sup>304</sup>

O que marca todas as situações acima referidas é a prevalência de uma valorização irrazoável do aspecto formal, como elemento de *seleção natural das causas a serem julgadas*, tomando por inviáveis providências simples de composição da inteireza de informações, como a concessão de prazo exíguo para as partes apresentarem nova peça mais legível, confirmar a autenticidade de uma assinatura ou mesmo suprir a apocrífia, bem como juntar uma procuração que regularize a representação processual da parte interessada.

<sup>300</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 357.8541/PA**. 1ª Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, DJU de 09/06/2006, p. 15.

<sup>301</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento nº 405.357/SP**. 2ª Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJU de 04/11/2005, p. 37.

<sup>302</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 558.478/SP**. 1ª Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJU de 23/06/2006, p. 43.

<sup>303</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 281.287/RJ**. 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, DJU de 04/04/2003, p. 52.

<sup>304</sup> “RECOLHIMENTO. GUIA IMPRÓPRIA. PORTE. REMESSA. RETORNO. AUTOS. A Corte Especial, ao prosseguir o julgamento, por maioria, não conheceu dos embargos de divergência em que se discutia o pagamento de porte de remessa e retorno dos autos realizado em agência arrecadadora mas sem utilizar a guia própria de arrecadação – DARF, além de não ter sido anotado nem o código próprio, o que levou à inadmissão do recurso especial.” – BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 440.378/PR**, Rel. originário Min. Teori Albino Zavascki, Rel. para acórdão Min. Ari Pargendler, julgados em 1º/2/2007. Informativo nº 309, período de 18/12/2006 a 09/02/2007.

Ora, não será a concessão de prazos, *v.g.*, de 24 horas para suprimento de deficiências ou mesmo para a prática de diligências a fim de suprir dúvidas sobre a tempestividade de um recurso que inviabilizará o Supremo Tribunal!

Em verdade, nesse tempo certamente diversos casos estariam simplesmente paralisados nos gabinetes, não por má vontade, mas por ausência de estrutura mínima de julgamento de todas as provocações levadas ao Supremo Tribunal Federal.

A conseqüência natural de um modelo de trabalho que não se funda na mínima correlação lógica entre o fluxo de processos e o número de decisores e auxiliares diretos e indiretos é a postura consciente dos magistrados de subverter a ordem de importância do processo.

Se o mérito é a parte principal da demanda, sendo as preliminares formas de adequar a prestação jurisdicional e evitar nulidades ou mesmo processos aparentes, a realidade denota que o Supremo Tribunal Federal busca equívocos processuais minuciosamente, e, caso o recurso ultrapasse a aferição formal rígida levada a efeito, serão buscadas razões para sua não-apreciação quanto ao mérito.

Cria-se, com as represas interpretativas, a figura da *hermenêutica simbólica como álibi*<sup>305</sup> para que as mudanças não ocorram, mas as violações à Constituição Federal sejam toleradas.

Porém, no seio do Supremo há casos onde se exclui a aplicação da jurisprudência autodefensiva no controle difuso. Vejam-se dois exemplos:

***Recurso Precoce e Tempestividade.*** É tempestivo, por possuir objeto próprio, o recurso interposto contra decisão já juntada aos autos, ainda que não publicada no Diário de Justiça. Tendo em conta esse entendimento, fixado pela 1ª Turma no AI 497477 AgR/PR (DJU de 8.10.2004), o Tribunal deu provimento a agravo regimental interposto contra decisão que negara seguimento a outro agravo regimental em ação originária, por considerá-lo intempestivo.<sup>306</sup>

Agravo Regimental em Agravo de Instrumento. 2. Ausência de assinatura do advogado constituído nos autos. 3. Advogado com procuração nos autos. Inexistência de dúvida quanto à identificação do advogado que vinha atuando no processo. Erro material. 4. Necessidade de revisão de "jurisprudência defensiva".<sup>307</sup>

<sup>305</sup> Adaptando-se a idéia de Marcelo Neves, embasada em Bourdeau, sobre a constitucionalização simbólica como álibi. Cf. NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo : Editora Acadêmica, 1994, p. 93/95.

<sup>306</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Agravo Regimental na Ação Cível Originária nº 1133/DF**, Rel. Min. Carlos Britto, DJU de 12/08/2005, p. 20, com grifos do original.

<sup>307</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 519.125/SE**, 2ª Turma, Rel. Originário Min. Joaquim Barbosa; Rel. para acórdão Min. Gilmar Mendes, DJU de 05/08/2005, p. 94.

Importa enfatizar discussão travada no julgamento do imediatamente acima referido Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 519.125/SE: a referida necessidade de superação da jurisprudência autodefensiva não foi oriunda da relatoria original, tendo o Ministro Joaquim Barbosa aplicado o entendimento pacificado na Corte de que a falta de assinatura no recurso (na petição de interposição e nas razões) “não é mera irregularidade sanável, mas defeito que acarreta a inexistência do próprio recurso”.

Contudo, o Ministro Gilmar Mendes abriu a divergência reconhecendo que a espécie configurava hipótese nítida de “um modelo de jurisprudência defensiva” e que, sendo possível identificar seguramente o advogado que está atuando no processo e tendo ele procuração nos autos, “resta inequívoco que houve falha material”, deve-se conhecer do recurso, notadamente nos casos de “recursos de massa”, como os da CEF (onde, ao ver do Ministro, aumenta a possibilidade de mero erro material, sanável).

A Ministra Ellen Gracie, desacolhendo as razões do voto divergente do Ministro Gilmar, afirmou que o processo sob análise não se tratava de “caso de massa, mas um caso individual”, aderindo ao voto do Ministro Relator Joaquim Barbosa.

O Ministro Carlos Velloso veio a se manifestar pela concordância com o entendimento da divergência aberta, pautado em duas premissas: primeira, que “o advogado veio imediatamente aos autos”, suprimindo a apocrifia e segunda que “a vida hoje é tão atribulada, cheia de percalços, cheia de problemas; acho que é natural que possa sair do escritório uma petição não assinada”.

O julgamento foi majoritário, pelo conhecimento do recurso, vencidos os Ministros Relator e a Ministra Ellen Gracie.

Esse caso concreto pode ser tido como evidenciador da jurisprudência autodefensiva do Supremo Tribunal Federal.

A regra geral é a aplicação quase automática da jurisprudência autodefensiva, sendo que ainda se pretende sustentar perante a comunidade jurídica que o formalismo excessivo poderia ser abdicado quando houver processo de massa (como com a CEF, por exemplo), mas não para os cidadãos em particular, devendo ser mantida a jurisprudência sedimentada.

Em que pese a condição de tribunal do Supremo Tribunal Federal lhe imponha o *controle difuso do mérito das causas como regra geral*, a realidade mostra (e a jurisprudência autodefensiva, enquanto materialização da idéia de Ross sobre a fachada de justificação, confirma) que o déficit de condições substantivas de atuação do Supremo Tribunal Federal quase

que impõe considerar mais relevante o número de casos em face do tema. E, ainda, *hipertrofiar os aspectos formais* – que de secundários passaram a principais, talvez até imprescindíveis.

É do Supremo Tribunal, por meio de decisão da lavra da atual Ministra Presidente da Corte, importante precedente sobre a relevância de se superarem aspectos formais em detrimento da substancialidade das decisões da Corte. No contraponto entre a solução efetiva da lide e as exigências formais, a primeira há de ter predominância.<sup>308</sup> Eis aqui um bom começo para que se confira ao povo a resposta que ele almeja seguramente.

Sem dúvida a mudança da legislação processual é indispensável. Contudo, os verdadeiros gargalos não foram e ainda não são idoneamente conhecidos; e, se já foram identificados, não são enfrentados pelas reformas processuais, as quais buscam alterar o *status quo* por meio de soluções pontuais, muito mais exortações do que comandos factíveis.

E, com isso, a jurisprudência autodefensiva em sede de controle difuso vai ganhando adeptos e força, se desenvolvendo de maneira muda no cotidiano dos julgamentos do Supremo Tribunal Federal – muda porque a doutrina demorou tempo considerável para se ocupar do tema, questionando normalmente a ocorrência do problema, mas deixando de lado suas causas.

### 3.4 OS LIMITES DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL COMO MEIO HÁBIL PARA A PRESERVAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO: CONTRIBUIÇÃO DE GOMES CANOTILHO

J. J. Gomes Canotilho sustenta a necessidade do Tribunal Constitucional estar limitado na sua interpretação para evitar que se alterem previsões normativamente postas na Constituição ou mesmo se torne demasiadamente abusiva a discricionariedade em suas manifestações.

---

<sup>308</sup> “[...] A despeito de a questão de fundo estar pacificada no âmbito desta Suprema Corte em relação às demandas que tratem sobre o mesmo tema, ainda assim se exige a presença dos pressupostos específicos de conhecimento do recurso extraordinário, como é o caso do prequestionamento. Foi o que decidiu a Primeira Turma desta Corte no julgamento de caso idêntico ao presente: AI 383.617-AgR, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 27/09/2002. Estou, entretanto, mais inclinada a valorizar, preponderantemente, as manifestações do Tribunal, especialmente as resultantes de sua competência mais nobre - a de intérprete último da Constituição Federal. Já manifestei, em ocasiões anteriores, minha preocupação com requisitos processuais que acabam por obstaculizar, no âmbito da própria Corte, a aplicação aos casos concretos dos precedentes que declaram a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de normas. [...] Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, em recentes julgamentos, vem dando mostras de que o papel do recurso extraordinário na jurisdição constitucional está em processo de redefinição, de modo a conferir maior efetividade às decisões.” – BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 375.011/RS**. 2ª Turma, Relª. Minª. Ellen Gracie, DJU de 28/10/2004, p. 43.

Daí o professor português afirmar que o jurista concretizador deve trabalhar a partir do texto da norma, mas a norma de decisão há de ser sempre reconduzida à norma jurídica geral, a fim de evitar a formação de uma “grandeza autônoma” ou de uma “decisão voluntarista do sujeito de concretização”.<sup>309</sup>

O mesmo professor balizou a tarefa hermenêutica da Constituição por meio de um “catálogo tópico dos princípios da interpretação constitucional”, desenvolvido a partir de uma postura metódica hermenêutico-estruturante, compreendendo os seguintes princípios:

- a) *Princípio da Unidade da Constituição*, entendido como aquele que permite o entendimento que a Constituição deve ser interpretada de forma a evitar contradições (antinomias, antagonismos) entre as suas normas;
- b) *Princípio do Efeito Integrador*, entendido como aquele que permite a primazia da integração política e social, com o reforço da unidade política no que toca aos problemas jurídico-constitucionais;
- c) *Princípio da Máxima Efetividade, da Eficiência ou da Interpretação Efetiva*, entendido como o que determina que uma norma constitucional deve ter a si atribuído o sentido que maior eficácia lhe confira, ensejando no caso de dúvidas que os direitos fundamentais, por exemplo, devam ser preservados por força da maior eficácia a eles inerentes;
- d) *Princípio da Concordância Prática ou da Harmonização ou da Ponderação de Bens*, entendido como a necessidade de se fazer uma coordenação ou combinação de bens jurídicos em conflito de maneira que, na aplicação, seja evitado tanto quanto possível o sacrifício de um em detrimento da proteção de outro ou outros que, naquele caso concreto, possam ter primazia na concretização. Deve-se pensar em limites e condicionamentos recíprocos para cada caso concreto enfrentado, impedindo a sua aniquilação num caso e otimização em outros, sob pena de redução da relevância jurídica dos ditos princípios envolvidos;
- e) *Princípio da Força Normativa da Constituição*, entendido como a necessidade de conferir prevalência aos pontos de vista que contribuam para uma eficácia ótima da lei fundamental, valorizando-se, assim, o sentimento de respeito e preservação da Constituição.<sup>310</sup>

---

<sup>309</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. Cit.*, p. 1222.

<sup>310</sup> “[...] o sentimento jurídico dos destinatários do Direito pode conter uma opinião falsamente ética que tem força persistente, que pode produzir uma grande desordem e intranquilidade, suscetíveis de provocar infrações legais e

O catálogo de princípios tem um deles que muito se molda à realidade brasileira. Trata-se do *Princípio da Justeza ou da Conformidade Funcional*, o qual “tem em vista impedir, em sede de concretização da constituição, a alteração da repartição de funções constitucionalmente estabelecida”, explicitando ainda:

O seu alcance primeiro é este: o órgão (ou órgãos) encarregado da interpretação da lei constitucional não pode chegar a um resultado que subverta ou perturbe o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido. É um princípio importante a observar o Tribunal Constitucional, nas suas relações com o legislador e com o governo, e pelos órgãos constitucionais nas relações verticais do poder (Estado/regiões, Estado/autarquias locais).<sup>311</sup>

Em complemento, pode-se afirmar, com Fernando Antônio Costa de Oliveira, que,

Em outras palavras, o princípio da conformidade funcional opõe-se a qualquer iniciativa consistente na revisão informal do compromisso político assumido através da Constituição. Todavia, a rejeição de qualquer processo informal de mutação constitucional não implica na admissão a Um entendimento da Constituição como um texto estático e rígido, indiferente às alterações correntes na realidade tática envolvente do Texto Constitucional. [...] Toda e qualquer alteração do âmbito, da esfera, do preceito constitucional é sempre bem vinda, especialmente se com um justo aspecto prospectivo, evolutivo. Porém, bem vinda se não se traduzir “na existência de uma realidade constitucional inconstitucional, ou seja, alterações manifestante incompatíveis pelo programa da norma constitucional.”<sup>312</sup>

Em verdade, se pelo princípio é correto inferir que a interpretação não pode criar intervenção indevida de um Poder sobre o outro, pois os órgãos e suas respectivas funções devem desempenhar as funções para os quais foram criados<sup>313</sup>, *muito menos autorizado estaria o*

---

atingir a segurança jurídica. E isso tampouco o ordenamento jurídico pode ignorar. [...] *A Constituição, toda a Constituição sem exceção*, deve ser a voz de guerra dos cidadãos da Espanha sempre que se ataque a sua Lei Fundamental” – Cf. VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional**: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política. Tradução e Prefácio de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro : Forense, 2006, p. 40/41

<sup>311</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. Cit.*, p. 1223/1226.

<sup>312</sup> OLIVEIRA, Fernando Antônio Costa de. “Uma visão sobre a interpretação constitucional”. *In*: Revista da Procuradoria Geral do Município de Fortaleza, a. 1, v. 2, Fortaleza, 1993. Disponível em <<http://www.pgm.fortaleza.ce.gov.br/revistaPGM/vol02/07InterpretacaoConstitucional.htm>>. Acesso em 20 fev. 2007, 18:58 horas. Francisco Gérson afirma que mesmo no exercício das atribuições puramente políticas os Poderes não podem contrariar a letra da Constituição – LIMA, Francisco Gérson Pereira de. “*O Supremo...*”, *Op. Cit.*, p. 33.

<sup>313</sup> HIGINO NETO, Vicente. A inconstitucionalidade da atual forma de ingresso de ministros e conselheiros aos Tribunais de Contas. A infração ao princípio da separação dos poderes decorrentes das listas triplas e sêxtuplas. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 10, n. 1051, 18 maio 2006. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8422>>. Acesso em: 25 fev. 2007, 19:43 horas.

*Tribunal Constitucional em geral e, na espécie, o Supremo Tribunal Federal a diminuir suas próprias competências expressamente estabelecidas na Constituição!*

Pode-se entender como uma especificação ou mesmo um desdobramento lógico do princípio da justeza ou da conformidade funcional que a interpretação criativa dos magistrados não pode resultar num desvirtuamento do esquema de competências constitucionalmente posto, quer para interferir nas demais funções do Estado, quer para restringir suas próprias atribuições.

Essa afirmação se confirma porque a moderna interpretação da Constituição pretende buscar um sentido mais profundo das Constituições enquanto instrumentos destinados ao estabelecimento da adequação do Direito com a sociedade e do Estado com a legitimidade que lhe serve de base. Paulo Bonavides expõe crítica bastante apropriada para a questão:

Mas a interpretação, quando excede os limites razoáveis em que se há de conter, quando cria ou “inventa” *contra legem*, posto que aparentemente ainda aí à sombra da lei, é perniciosa, assim à garantia como à certeza das instituições. Faz-se mister, por conseguinte, ponderar gravemente nas conseqüências que advêm de um irrefletido alargamento do raio de interpretação constitucional, como a observação tornou patente desde que se introduziram métodos desconhecidos na hermenêutica das Constituições. [...] A interpretação das Constituições tem um sentido nos países desenvolvidos, possuindo outro, porém, inteiramente distinto nos países subdesenvolvidos ou em fase de desenvolvimento. É nestes que os nascentes métodos aplicados este século exercem sua máxima função estabilizadora com relação aos sistemas políticos, fazendo exequível a possibilidade de o Estado social compadecer-se com o Estado de Direito num regime de equilíbrio, cuja firmeza relativa se mede em graus.<sup>314</sup>

Percebe-se que, se a mutação constitucional é mais simples de ser realizada, diante da desnecessidade de alterações formais do texto normado, ela não legitima o pensamento que sua consecução, para fins de *redução de competências próprias*, é algo irrelevante.

Os motivos determinantes dessa atitude hermenêutica de restrição da competência fixada são metajurídicos, especialmente no Brasil, pois a interpretação das práticas sociais diz respeito, essencialmente, às *intenções*, e não a meras causas<sup>315</sup>, sendo que a teoria entende o princípio como revelador da inalterabilidade das funções constitucionais estabelecidas<sup>316</sup>: sem alterações, portanto, para os outros ou para o próprio órgão prolator da decisão.

O grande problema da violência ao princípio da conformidade funcional pelo Supremo Tribunal Federal é a diminuição da importância da Constituição da República como veículo de

<sup>314</sup> BONAVIDES, Paulo. “Curso...”, *Op. Cit.*, p. 438/4441 e 444.

<sup>315</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo : Martins Fontes, 2002, p. 62.

<sup>316</sup> PEIXINHO, Manoel Messias. **A interpretação da Constituição e os princípios fundamentais**: elementos para uma hermenêutica constitucional renovada. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2001, p. 81.

concretização dos direitos fundamentais e dos anseios populares. Sempre é bom lembrar Lênio Streck, para quem “nada pode ser se não for constitucionalmente legítimo”.<sup>317</sup>

Além disso, a violação ao princípio da conformidade traz consigo, como corolário, a restrição a outros princípios da interpretação constitucional, como o da máxima efetividade e o da força normativa da Constituição.

A atitude omissiva quanto a suas próprias competências nem mesmo poderia ensejar a solução preconizada por Walter Claudius Rothenburg, para quem, importando mais a finalidade de cumprir a Constituição do que quem irá realizar tal tarefa, tornar-se-ia “possível, portanto, admitir que outro sujeito, inicialmente não dotado de atribuição constitucional, implementasse o comando constitucional”. É que, para o citado autor, a “omissão inconstitucional (desatendimento a deveres constitucionais de agir) teria o condão não apenas de censurar o sujeito constitucionalmente incumbido por primeiro dessa tarefa, senão que até de desinvesti-lo da competência”.<sup>318</sup>

Ocorre que simplesmente não há outro atualmente órgão outro a quem atribuir a competência de decisão sobre a inconstitucionalidade difusa das leis e atos normativos no Brasil nos moldes atuais do Texto Maior, sob pena de novos desvirtuamentos do princípio da conformidade funcional.

Atribuir as funções do Supremo Tribunal Federal aos demais tribunais superiores geraria como resultado a subversão do sistema jurídico nacional, inviabilizando ainda mais as demais Cortes e demonstrando, a toda evidência, que o problema não é jurídico, mas, sim, de estrutura.

Ainda: se é certo que a função do juiz é vivificar o texto legal mediante a interpretação, adequando-o à realidade latente<sup>319</sup>, a perspectiva a ser encarada não é a dos custos da fixação de estrutura adequada ao Poder Judiciário, mas sim a da preservação das necessidades sociais do cidadão brasileiro contra os desmandos do poder público e dos demais particulares.

---

<sup>317</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 6. ed. Porto Alegre : Editora Livraria do Advogado, 2005, p. 294.

<sup>318</sup> ROTHENBURG, Walter Claudius. **Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito**: a perda de competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 20.

<sup>319</sup> LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. “A vinculação da interpretação judicial: aspectos constitucionais”. *In: Revista de direito constitucional e internacional*. a. 11, n. 43, abr./jun. 2003, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, p. 212.

Os problemas orçamentários devem ser sanados pela consideração como prioridade constitucional da prestação do Direito o mais rápido e seguro possível, na forma do art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal de 1988, acrescido com a EC nº 45/2004.

Tomando como premissa que a aplicação do Direito é a realização de seus cânones e princípios por meio de uma execução oficial, a cargo dos agentes autorizados do Estado<sup>320</sup>, na medida em que o Supremo Tribunal Federal termina por restringir suas próprias competências através de jurisprudência, está ele se negando a cumprir a função de aplicador soberano do direito constitucional no país, perdendo na teoria e na prática sua estatura de guarda da Constituição.

E, na seqüência dessa inação, termina ocorrendo um *acanhamento da efetividade constitucional*: processo reverso ao do princípio da máxima efetividade preconizado pela moderna interpretação constitucional, o qual é extremamente gravoso justo porque retira os alicerces de todas as tentativas de colocar a Constituição como cerne do sistema jurídico e irradiador de justiça e paz social.

A re-afirmação de algo que parece óbvio é necessária aqui: todos os princípios, entendidos com base em Robert Alexy como mandados de otimização, somente podem ser valorizados se *orientados para o avanço ou vivificação dos elementos componentes de um sistema jurídico estatal*. Se a hermenêutica jurídica for desprezada como meio evolutivo do Direito, perde sua relevância social.<sup>321</sup>

Logo, toda prática interpretativa deve ser orientada para o *uso evolutivo do conhecimento hermenêutico-constitucional*, referindo como resultados as melhorias técnicas e qualitativas para os cidadãos. Concretizar uma interpretação retrospectiva é permitir, passiva e danosamente, que o perigoso fantasma do retorno a tempos totalitários esteja mais próximo de uma reencarnação.

Daí que a clareza do comando contido no art. 102, III da Constituição Federal de 1988 (atribuindo ao Supremo Tribunal Federal o exercício do controle difuso por meio do Recurso Extraordinário como uma obrigação de análise do processo em nível revisor último) somente

---

<sup>320</sup> TAVARES, André Ramos. **Fronteiras da hermenêutica constitucional**. São Paulo : Método, 2006, p. 71 (Coleção Professor Gilmar Mendes, v. 1).

<sup>321</sup> Mauro Cappelletti afirma que os tribunais terminam por se verem forçados a fazer uma escolha: ou permanecem fiéis à concepção tradicional do século XIX e abarcam limites marcados para o exercício da jurisdição ou se elevam ao nível dos outros poderes, tornando-se “enfim o *terceiro gigante*, capaz de controlar o legislador mastodonte e o leviatanesco administrador”. Na primeira escolha, prossegue Mauro, “a autoridade judiciária ficará confinada ao tranqüilo, embora apertado, campo das funções ‘protetoras’ e ‘repressivas’”. A sua escolha não superará os que podem ser considerados, em sentido lato, conflitos privados [...] Aqui, por outro lado, a autoridade judiciária, ou a *ordre judiciaire*, viu progressivamente diminuir a própria relevância político-social” – CAPPELLETTI, Mauro. “Juizes...”, *Op. Cit.*, p. 47, grifos do autor.

pode recomendar que esse é um limite literal para qualquer interpretação que pretenda negligenciar o projeto constituinte de 1987.<sup>322</sup>

Alfredo Baracho lembra que na interpretação constitucional convém ser examinado o conteúdo teleológico da Constituição, como instrumento de governo, de restrição de poderes e de amparo da liberdade individual.<sup>323</sup> E isso tem relevância na exata medida em que o Recurso Extraordinário é instrumento para amparar as liberdades individuais, e não mais um instrumento de governo ou mesmo de restrição de direitos.

A jurisprudência autodefensiva hoje em plena disseminação é que transforma o controle difuso por meio do Recurso Extraordinário em vilão da democracia, desprezando seus principais alcoses (Legislativo e Executivo) e prejudicando os cidadãos pela omissão e ineficiência.

A maior crítica da jurisprudência autodefensiva imposta pelo Supremo Tribunal Federal é que a premissa da atividade hermenêutica constitucional (qual seja, que a preocupação do intérprete da Constituição de fazê-la atuar significa expandir ao máximo sua força normativa, com um verdadeiro empenho em fazer valer os conteúdos da Lei Maior, atualizando o seu conteúdo obviamente de acordo com os interesses do povo) se apresenta falsa na realidade.<sup>324</sup>

Tudo isso representa, no entender de Inocêncio Mártires Coelho, uma *deslealdade* com a Constituição, a qual não pode ser admitida nem mesmo nos piores momentos de crise interinstitucional dos poderes constituídos<sup>325</sup>, traíndo a justa expectativa do povo de ver se consolidar a democracia prometida pelo Texto Magno.

Desse modo, há de se concluir que a aplicação de uma jurisprudência autodefensiva, destinada a preservar o Supremo Tribunal Federal da ausência de base estrutural mínima para seu relevante trabalho (através de interpretações retrospectivas e excesso de formalismos para dissuadir o uso do controle difuso por meio do Recurso Extraordinário) vai de encontro as mais básicas noções da moderna hermenêutica constitucional, devendo ser rechaçada tanto no plano teórico quanto no prático.

---

<sup>322</sup> Celso Ribeiro Bastos lembra que “o elemento literal, a letra da lei, constitui sempre o ponto de referência obrigatório para a interpretação de qualquer norma, seja constitucional, infraconstitucional ou até mesmo de índole contratual” – BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo : Celso Bastos Editor, 2002, p. 182.

<sup>323</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Op. Cit.*, p. 359.

<sup>324</sup> CASTRO, Flávia de Almeida Viveiros de. **Interpretação constitucional e prestação jurisdicional**. 2. ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2004, p. 22.

<sup>325</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre : Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003, p. 134.

Vale a advertência que tanto o Supremo Tribunal Federal precisa repensar seus posicionamentos quanto o Brasil precisa repensar sua Suprema Corte.<sup>326</sup>

Uma das mais incisivas manifestações da jurisprudência autodefensiva, na qual a interpretação retrospectiva é elevada a níveis quase insuportáveis para o padrão democrático da Constituição de 1988, é a orientação jurisprudencial sobre a ofensa reflexa ou indireta à Constituição, objeto de análise detida no próximo capítulo.

---

<sup>326</sup> LIMA, Francisco Gérson Pereira de. “*O Supremo...*”, *Op. Cit.*, p. 358.

## 4 A OFENSA REFLEXA OU INDIRETA A CONSTITUIÇÃO FEDERAL COMO ESPÉCIE DESTACADA DE JURISPRUDÊNCIA AUTODEFENSIVA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

### 4.1 JURISDIÇÃO EFETIVA COMO ELEMENTO LEGITIMADOR DO ESTADO DEMOCRÁTICO

A jurisdição<sup>327</sup>, com o advento da Constituição Federal de 1988, passou a ser mais do que apenas uma promessa política: é sim um verdadeiro direito público subjetivo do cidadão nacional<sup>328</sup> e uma garantia fundamental do próprio Estado democrático de Direito brasileiro.<sup>329</sup>

O Brasil possui, em apertada síntese, um modelo onde o Estado centraliza a prestação jurisdicional enquanto dever do poder público, a fim de assegurar a resolução das lides mediante o instrumento do processo em curso perante o Poder Judiciário.

Trata-se de um dever fundamental do Estado<sup>330</sup> prestar, efetivamente, a jurisdição.

---

<sup>327</sup> “[...] as notas essenciais, capazes de determinar a jurisdicionalidade de um ato ou de uma atividade realizada pelo Juiz, devem atender a dois pressupostos básicos: a) o ato jurisdicional é praticado pela autoridade estatal, no caso pelo Juiz, que o realiza por dever de função, ou seja, o Juiz, ao aplicar a lei ao caso concreto, pratica essa atividade como finalidade específica de seu agir, ao passo que o administrador deve desenvolver a atividade específica de sua função tendo a lei por limite de sua ação, cujo objetivo não é a aplicação simplesmente da lei ao caso concreto, mas a realização do bem comum, segundo o direito objetivo; b) o outro componente essencial do ato jurisdicional é a condição de terceiro imparcial em que se encontra o Juiz com relação ao interesse sobre o qual recai a sua atividade. Ao realizar o ato jurisdicional, o Juiz mantém-se numa posição de independência e estraneidade relativamente ao interesse tutelado.” – SILVA, Ovídio A. Baptista da. GOMES, Fábio. **Teoria geral do processo civil**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 73/74.

<sup>328</sup> ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. Vol. I – parte geral. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 183.

<sup>329</sup> “Por outro lado, o Estado contemporâneo tende a ser Estado-de-direito, onde assoma a garantia da legalidade e a abertura do Poder Judiciário como guarda último da Constituição e dos valores e garantias que ela abriga e oferece. Os sucessivos movimentos político-sociais da Humanidade nos últimos duzentos anos, com a Revolução Francesa, e a industrial, gerando a ascensão da burguesia e do proletariado e a universalização do voto mais a urbanização da população e notável expansão dos meios de comunicação de massa, são fatores da crescente conscientização cívico-política das populações (...). Pois, nesse quadro, constitui verdadeira *trend* universal, apoiada em sentimentos mais ou menos conscientizados pelas populações, a observância dos padrões de legalidade e banimento do arbítrio, como é próprio do Estado-de-direito.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 12 ed. São Paulo : Malheiros, 2005, p. 35/36.

<sup>330</sup> Em amplo estudo sobre os deveres fundamentais constitucionais, e sob a premissa que eles são pouco estudados em comparação com os direitos fundamentais, afirma LIMA, Francisco Gérson Marques de. “Os deveres constitucionais: o cidadão responsável”. In.: BEDÊ, Fayga Silveira; BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de (Coord.). **Constituição e democracia**: estudos em homenagem ao professor J. J. Gomes Canotilho. São Paulo : Malheiros, 2006, p. 162: “É certo que eles se inserem na categoria dos deveres jurídicos, com tratamento

Não se deve perder de vista que o exercício da jurisdição é uma das formas de satisfação dos anseios do povo brasileiro por intermédio do Poder Público. A Constituição Federal possui, na verdade, um sistema de solução de conflitos que *pode* culminar no Judiciário, mas que envolve os demais poderes estatais.

O art. 5º, XXXIV, da CF/88 é claro ao disciplinar tanto o direito de petição quanto o de certidão. Tais instrumentos são vitais para a concretização de pretensões particulares perante o Estado e em face de outros particulares, fazendo com que o ordenamento jurídico se efetive da forma mais segura possível.

Por direito de certidão deve-se compreender o direito subjetivo do cidadão interessado em obter certificação com base em fé pública de atos ou fatos ocorrentes por meio de atuação do Estado ou que foram trazidos à presença de agentes públicos habilitados para confirmar a verdade ou a verossimilhança das informações, como os notários públicos, por exemplo.

Nos dias atuais, como resultado direto dos avanços tecnológicos já terem sido incorporados aos serviços públicos, é possível também obter tais documentos por meio da Rede Mundial de Computadores, mas ainda com a natureza de ato administrativo de verificação.<sup>331</sup>

O direito de petição é aquele por meio do qual o interessado leva às esferas públicas pretensões que quer ver atendidas, expondo os fatos e colocando os pedidos. Não necessita ser efetivado por via escrita, devendo ser processado mesmo pela forma oral. Fundamenta esta assertiva o Princípio da Eficiência na Administração Pública (art. 37 da CF/88).

As características principais do direito de petição são, portanto:

- a) a *informalidade de acesso e de atendimento*, na medida em que a estrutura administrativa dos órgãos do Estado não há de ser obrigatoriamente conhecida pela totalidade do povo brasileiro, sequer a maioria, devendo ser aplicado pelos agentes envolvidos o máximo de diligência para sanar falhas de interposição em órgãos diversos, ausência de documentos essenciais, desprezo de erros vernaculares, abrandamento de exigências rituais e interpretação dos pedidos de forma mais benéfica aos cidadãos requerentes;

---

conferido pelo Direito. Por sua vez, considerando o grau de abstração da Constituição e o seu caráter também político, pode-se dizer que os deveres constitucionais são assinalados por este mesmo traço, o que demonstra a íntima pertinência que eles apresentam com o modelo de Estado, em cujo ordenamento se inserem". As considerações do professor cearense terminam por justificar o que se sustenta, posto que a jurisdição enquanto dever constitucional fundamental somente pode ser entendida a partir de 1988, sob a égide do novo Estado democrático de Direito ora em construção.

<sup>331</sup> GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2006, p. 73 e 94.

- b) a *desnecessidade de advogados para o exercício como regra geral*, verdadeiro desdobramento da informalidade, sendo que, ainda que de forma oral, o direito de petição há de ser realizado por intermédio de pedidos elaboráveis pelos interessados, com as imperfeições eventuais sendo sanadas por bom senso e boa vontade, contanto que não maculem o entendimento do problema;
- c) a *ausência de custos diretos*, eis que a Constituição isenta do pagamento de taxas para seu exercício<sup>332</sup>, justo como forma de viabilizar o maior acesso possível dos interessados à resolução dos conflitos ainda fora do Poder Judiciário. Os custos indiretos, como transportes para acesso aos órgãos, por exemplo, não podem ser razoavelmente computados na isenção constitucional.

O objetivo do constituinte de 1987, seguramente, foi utilizar os institutos do direito de certidão e do de petição como mecanismos de aproximação entre as necessidades populares e os agentes administrativos em geral, visando superar o distanciamento histórico ocorrido na época da ditadura militar de 1964 – quando a massa da população brasileira preferia desistir de suas reivindicações a cogitar postura que desagradasse os membros das Forças Armadas.

A previsão contida no art. 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988 afirma que ninguém será privado da prestação jurisdicional quer se a lesão a um ou mais bens jurídicos já tenha se concretizado, quer mesmo se a lesão seja ainda iminente. A Constituição trata da não-exclusão dos problemas sociais de forma expressa, como regra geral do sistema.

Daí porque é possível afirmar que a atividade de resolução dos conflitos é obrigação central do Estado democrático de Direito brasileiro a partir, ao menos, de 1988<sup>333</sup>, implicando

---

<sup>332</sup> Até 2005, tomando por base o entendimento firmado no julgamento da ADI nº 1.049/DF, o Supremo Tribunal Federal entendia pacificamente que a isenção de taxa para o exercício do direito de petição não abrangia a questão da exigência de depósito prévio para viabilizar recursos administrativos, sob o foco que não existe garantia constitucional do duplo grau de julgamento e, portanto, a isenção referida apenas dar-se-ia na primeira instância, como, *v. g.*, se lê do teor do AgR no AI nº 534.180/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 21/10/2005, p. 39. Contudo, em 2006, a matéria foi novamente posta em discussão perante o Plenário, ensejando nas mais recentes decisões dos Ministros do STF tanto o sobrestamento dos casos novos que chegam sobre o tema (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 478.020/SP**, 2ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 17/05/2006, p. 82) quanto a concessão de efeito suspensivo em medidas cautelares tiradas de recursos extraordinários interpostos nos tribunais de origem e ainda não admitidos ou mesmo de agravos de instrumento não apreciados, medidas mais do que excepcional na orientação da Corte (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Cautelar nº 1.449/SP**, 1ª Turma, Rel. Min. Eros Grau, DJU de 22/11/2006, p. 47). A sinalização do julgamento, além de indicar a mudança do entendimento pela inconstitucionalidade da exigência do depósito prévio, ainda alterou a linha de argumentação, focada agora no próprio direito de petição.

<sup>333</sup> “O preceito inscrito em nossa Lei Magna – a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV) – dá o âmbito do direito de ação em nosso ordenamento jurídico. E, assim, constitui-se em medida amplíssima, ainda mais ampla do que na Constituição Federal anterior (art. 153, § 4º),

necessariamente na seguinte constatação: se o poder público no Brasil é monopolizador da jurisdição, que é a regra geral, não se pode admitir quaisquer outras manifestações jurisdicionais a não ser as acatadas pela própria Constituição Federal.<sup>334</sup>

Não há exceção expressa na Constituição de 1988 ao exercício da jurisdição como meio público civilizado e racional para solução dos conflitos de interesses. Há, ao revés, a proscrição de práticas desordeiras, assistemáticas do ponto de vista normativo, localizadas em guetos sociais (como as favelas, pos exemplo) ou mesmo oriundas de entidades estatais que não a União Federal (na medida que legislar sobre processo civil, processo penal e processo trabalhista é da competência exclusiva da União Federal, na forma do art. 22 da CF/88).

As características principais do direito de ação, portanto, são:

- a) a *formalidade de acesso e de procedimento*, na medida em que os rituais perante o Poder Judiciário são pré-definidos, sujeitos à perda de direitos por força de desconhecimento das normas (vedado pelo art. 3º da LICC), de inércia processual (os fenômenos da prescrição e da preclusão) e de desrespeito às legislações sobre processo e sobre procedimento – em regra geral, o defeito na distribuição de um processo, na sua formação, nos seus pedidos ou na exposição dos fatos, bem como nas provas a serem apresentadas pode representar, até mesmo, a extinção com resolução do mérito da demanda, fulminando a pretensão da parte interessada logo de início;
- b) a *necessidade do advogado nas postulações como regra geral*, eis que, considerado como função essencial à Justiça pelo art. 131 da Constituição Federal, e tendo a atividade

---

de salvaguarda dos direitos definidos pelas leis materiais, ou nelas compreendidos. Isto significa que toda e qualquer pessoa terá o direito de acesso ao Poder Judiciário e, portanto, direito de ação, na sua acepção mais ampla, para que o Poder Judiciário – e somente este –, através de uma decisão, possivelmente, de eficácia praticamente indestrutível (sentença revestida pela coisa julgada), evite que se consubstancie a lesão, afastando a ameaça; diga e aplique o direito, e, eventualmente, o realize (processo de execução). [...] No plano jurídico-constitucional, onde originária e primariamente se situa a ação, consubstancia-se ela num direito autônomo e absolutamente abstrato, consistente no direito que tem o indivíduo de pedir tutela jurisdicional ao Estado, relativamente a uma pretensão, podendo dessa ação, ao nível constitucional, nascer a ação do processo civil. Vincula-se ao direito de ação o indeclinável dever de prestação jurisdicional; conseqüentemente, constituem-se – uma e outra – em verdadeiras condições de funcionamento e eficiência de um ordenamento jurídico, desde que ocorrentes conflitos de interesses, traduzidos em lide e levados ao Judiciário para solução.” – ALVIM, Arruda. *Op. Cit.*, p. 189/190.

<sup>334</sup> “A jurisdição é, portanto, no âmbito do processo civil, a função que consiste, primordialmente, em resolver os conflitos que a ela sejam apresentados pelas pessoas, naturais ou jurídicas (e também pelos entes despersonalizados, tais como o espólio, a massa falida e o condomínio), em lugar dos interessados, por meio da aplicação de uma solução prevista pelo sistema jurídico. Por solução do sistema, entendemos aquela prevista pela função normatizadora do Direito, consistente em regular a apropriação dos bens da vida pelas pessoas, mediante o uso de um sistema de comandos coercitivos ou de medidas de incentivo, de sorte que seja possível alcançar soluções compatíveis com a necessidade de manutenção da paz social.” – WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil**. vol. 1. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 37/38.

postulatória um dos seus atributos profissionais - apenas excepcionado em nosso sistema perante o *Habeas Corpus*, os Juizados Especiais em processos de alçada e na Justiça do Trabalho - o advogado é profissional que vela pelos direitos fundamentais do cidadão;

- c) a *existência de custos diretos*, na medida em que a movimentação do sistema judiciário é remunerado por força das taxas judiciárias e demais emolumentos<sup>335</sup>, sua não quitação pode ensejar o cancelamento da distribuição efetivada (CPC, art. 257<sup>336</sup>), sendo regra geral a cobrança dos valores proporcionalmente aos valores envolvidos ou declarados nas causas apresentadas (passível de impugnação nos valores e necessidade de complementação) e exceção a gratuidade, quer prevista na própria Constituição (art. 5º, LXXVI, v. g.), quer deliberada por ordem judicial em face da Lei nº 1.060/50.<sup>337</sup>

O monopólio da jurisdição implica, ainda, na necessidade de afastar o denominado *curso forçado administrativo*, enquanto prática que obrigava o interessado a buscar solução para o conflito na esfera administrativa e, apenas após o resultado desta empreitada, estar habilitado juridicamente ao exercício do direito constitucional de ação.

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e de outros órgãos jurisdicionais confirmam o entendimento que, a partir de 1988, não é mais possível sustentar que ainda se obrigue a tal prática, notadamente em face da redação do art. 5º, XXXV da CF/88 – a qual abarca tanto a lesão ocorrida como a iminente violação a direitos.<sup>338</sup>

Frise-se: o direito de petição na Constituição brasileira não *obriga*, mas, ao contrário, *faculta* aos cidadãos interessados o uso da estrutura administrativa antes do ingresso no Poder Judiciário. Entendendo o particular que sua pretensão ou não foi resolvida, ou está pendente a tempo considerado excessivo ou, ainda, não foi apreciada de forma adequada, pode perfeitamente acessar o Judiciário. Admite-se até mesmo a concomitância de esferas no trato das questões.

---

<sup>335</sup> Considerados como receita exclusiva do Poder Judiciário por força do novo § 2º do art. 98 da CF/88, acrescido pela Emenda Constitucional nº 45/2004.

<sup>336</sup> “Será cancelada a distribuição do feito que, em 30 (trinta) dias, não for preparado no cartório em que deu entrada”.

<sup>337</sup> Cf. sobre o tema, em análise crítica dos reflexos destas características no processo civil brasileiro, MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas de processo civil**. 3 ed. rev. e ampl. São Paulo : Malheiros, 1999, p. 24/37.

<sup>338</sup> Cf., por todos, MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 17. ed. São Paulo : Atlas, 2005, p. 72. Excepciona-se, por exemplo, entendimento jurisprudencial sumulado pelo STJ sobre a exigência de que o *Habeas Data* seja instruído com prova do pedido da informação particular de conhecimento obrigatório ao interessado não atendido em 15 dias ou mesmo negado (Súmula 02 do Superior Tribunal de Justiça). O Supremo Tribunal Federal, em recentes decisões monocráticas, sustenta a constitucionalidade da exigência contida nesta súmula do STJ, v. g., a Tutela Antecipada em HD nº 75/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 19/12/2006, p. 52.

A Constituição possui restrição expressada ao amplo acesso à jurisdição trazida pelo poder constituinte originário ao tratar da denominada Justiça Desportiva, com fundamento no dispositivo do art. 217 e seus parágrafos. Ali se determina que antes do ingresso nas instâncias do Poder Judiciário, as entidades envolvidas são obrigadas a buscar solução na esfera administrativa (na Justiça Desportiva de cada modalidade de esporte), devendo aguardar ou o desfecho da questão ou, ao menos, 60 dias para que uma resolução seja dada.

As sanções pelo descumprimento dessa exceção constitucional ao direito de ação são de duas ordens: uma, no plano do processo, entendendo-se que o autor não possui uma das condições da ação, qual seja, a legitimidade de agir ou *ad causam*<sup>339</sup>, extinguindo-se o processo sem resolução do seu mérito, na forma do art. 267, VI, do CPC; outra, no plano administrativo, onde as entidades desportivas aplicam severas sanções a seus filiados, normalmente com restrição a participar de competições e rebaixamento de nível, dentre outras.

O instituto da arbitragem, anteriormente regulamentado pelo CPC e hoje objeto da Lei nº 9.307, de 1996, não é mais hoje encarado como uma exceção ao monopólio jurisdicional do Estado, mas sim como uma via secundária para a solução de conflitos de interesse patrimoniais e disponíveis. Sua constitucionalidade já foi reconhecida pelo STF, desde que baseada na livre escolha dos seus participantes.<sup>340</sup> É, pois, uma aliada, e não uma concorrente da jurisdição estatal.

---

<sup>339</sup> “A legitimidade para agir (*ad causam petendi* ou *ad agendum*) é condição da ação que se precisa investigar no elemento subjetivo da demanda: os sujeitos. Não basta que se preencham os ‘pressupostos processuais’ subjetivos para que a parte possa atuar regularmente em juízo. É necessário, ainda, que os sujeitos da demanda estejam em determinada posição jurídica que lhes autorize a conduzir o processo em que se discuta aquela relação jurídica de direito material deduzida em juízo.” – DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação**: o juízo de admissibilidade do processo. São Paulo : Saraiva, 2005, p. 228.

<sup>340</sup> O STF reconhece a constitucionalidade nos seguintes termos: “[...] 3. Lei de Arbitragem (L. 9.307/96): constitucionalidade, em tese, do juízo arbitral; discussão incidental da constitucionalidade de vários dos tópicos da nova lei, especialmente acerca da compatibilidade, ou não, entre a execução judicial específica para a solução de futuros conflitos da cláusula compromissória e a garantia constitucional da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV). Constitucionalidade declarada pelo plenário, considerando o Tribunal, por maioria de votos, que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o artigo 5º, XXXV, da CF. Votos vencidos, em parte - incluído o do relator - que entendiam inconstitucionais a cláusula compromissória - dada a indeterminação de seu objeto - e a possibilidade de a outra parte, havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, recorrer ao Poder Judiciário para compelir a parte recalcitrante a firmar o compromisso, e, conseqüentemente, declaravam a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei 9.307/96 (art. 6º, parág. único; 7º e seus parágrafos e, no art. 41, das novas redações atribuídas ao art. 267, VII e art. 301, inciso IX do C. Pr. Civil; e art. 42), por violação da garantia da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário. Constitucionalidade - aí por decisão unânime, dos dispositivos da Lei de Arbitragem que prescrevem a irrecorribilidade (art. 18) e os efeitos de decisão judiciária da sentença arbitral (art. 31).” – Cf. AgR na SE nº 5.206/EP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 30/04/2004.

#### 4.1.1. Noção de legitimidade: a contribuição de Paulo Bonavides

A legitimidade é conceito amplo e relevante demais para ficar aprisionado apenas na seara do Direito, sendo certo que a noção do que é legítimo tem base na própria crença do homem de que, ao conhecer, descobre novidades e passa a pensar que tal pessoa ou tal coisa é, *verdadeiramente, merecedor de confiança ou de respeito*.

Paulo Bonavides é um dos doutrinadores nacionais mais respeitados no plano do Direito Constitucional e da Ciência Política, tendo destacado em suas obras o estudo da legitimidade. Para ele, a legitimidade trabalha com conceitos mais incisivos que os da legalidade, em especial a justificação e os valores do poder legal, sendo que o exercício do poder tem de ser atrelado ao máximo às crenças e princípios da ideologia dominante de um povo especificado, num dado momento histórico.

O mesmo autor afirma que são quatro os fatores que atribuem relevo ao estudo da legitimidade (ou que norteiam o viés do estudo) – histórico, filosófico, sociológico e jurídico. Após situar nos contextos evolutivos da História da Europa a problemática da legitimidade e da legalidade, adentra no campo da filosofia sustentando que

Do ponto de vista filosófico, a legitimidade repousa no plano das crenças pessoais, no terreno das convicções individuais de sabor ideológico, das valorações subjetivas, dos critérios axiológicos variáveis segundo as pessoas, tomando os contornos de uma máxima de caráter absoluto, de princípio inabalável, fundado na noção puramente metafísica que se venha a eleger por base do poder. A legitimidade assim considerada não responde aos fatos, à ordem estabelecida, aos dados correntes da vida política e social, segundo o mecanismo em que estes se desenrolam – o que seria já do âmbito da legalidade – mas inquire acerca dos preceitos fundamentais que justificam ou invalidam a existência do título ou do exercício do poder, da regra moral, mediante a qual se há de mover o poder dos governantes para receber e merecer o assentimento dos governados.<sup>341</sup>

A teorização sobre legitimidade é vinculada normalmente ao pensamento do sociólogo Max Weber e o mesmo Paulo Bonavides não deixa de se referir a seu pensamento. Primeiramente traz conceito já na linha sociológica, citando Vedel: “chama-se princípio de legitimidade o fundamento do poder numa dada sociedade, a regra em virtude da qual se julga que um poder deve ou não ser obedecido”.<sup>342</sup>

<sup>341</sup> BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10. ed. São Paulo : Malheiros, 2002, p. 113/115.

<sup>342</sup> BONAVIDES, Paulo. *Op. Cit*, p. 116.

Após, já imerso nas teorias de Weber, expõe as chamadas “formas básicas de manifestação da legitimidade”, referindo-se à *carismática* (“O poder carismático se baseia, segundo o sociólogo, na direta lealdade pessoal dos seguidores”); à *tradicional* (“presta-se obediência à pessoa por respeito, em virtude da tradição de uma dignidade pessoal que se reputa sagrada”) e, por fim, à *racional* ou *legal* (“temos o poder fundado no estatuto, na regulamentação da autoridade<sup>343</sup>”). E arremata:

Demais, o poder racional ou legal cria ademais em suas manifestações de legitimidade a noção de *competência*, o poder tradicional a de *privilegio* e o carismático, desconhecendo esses conceitos, dilata a legitimação até onde alcance a missão do chefe, na medida de seus atributos carismáticos pessoais.<sup>344</sup>

Trata ainda da concepção jurídica da legitimidade, fundamentalmente calcado no pensamento de Carl Schmitt, o qual “[...] intenta demonstrar que a posse do poder legal em termos de legitimidade requer sempre uma presunção de juridicidade, de exequibilidade e obediência condicional e de preenchimento de cláusulas gerais”.<sup>345</sup>

Em outra obra, mais antiga, o mesmo Paulo Bonavides já tecia reflexões sobre a legitimidade, sustentando: “A legitimidade, enquanto crença ou valor fundamental de sustentação do poder com base no consenso dos governados é conceito histórico, aberto, de conteúdo variável, dotado sempre de crucial atualização”.<sup>346</sup>

Trabalhou aqui em especial com o pensamento de Guglielmo Ferrero e de Niklas Luhmann, mesmo após detalhar os ensinamentos de Max Weber sobre os tipos fundamentais da legitimidade.<sup>347</sup> Descreve com maestria os pontos chave dos pensamentos destes autores, subsidiando sua crítica ao positivismo.

---

<sup>343</sup> Complementa enfatizando que “A obediência se presta não à pessoa, em virtude de direito próprio, mas à regra, que se reconhece competente para designar a quem e em que extensão se há de obedecer” - BONAVIDES, Paulo. *Op. Cit.*, p. 118.

<sup>344</sup> BONAVIDES, Paulo. *Op. Cit.*, p. 118.

<sup>345</sup> BONAVIDES, Paulo. *Op. Cit.*, p. 118.

<sup>346</sup> BONAVIDES, Paulo. “A despolitização da legitimidade”. In: **A constituição aberta**: temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no Federalismo das Regiões. 2. ed. São Paulo : Malheiros, 1996, p. 33.

<sup>347</sup> “A autoridade carismática repousa, segundo Weber, no fervor ou na devoção excepcional a uma ordem revelada ou criada pelas virtudes de santidade, heroísmo e perfeição de uma determinada personalidade. (...) A autoridade de caráter tradicional funda-se na crença cotidiana acerca da sacralidade das tradições observadas bem como na legitimidade daqueles que mediante elas exercitam a autoridade. Finalmente, prossegue Weber, a terceira forma de legítima de autoridade é a racional, resultante da crença assentada na legalidade das ordens estatuídas ou no direito de baixar instruções possuído por aqueles que exercem o poder. (...) a legitimidade, em última análise, exprime sempre uma crença fundamental, um valor, uma idéia, concretamente vinculados ao respectivo ordenamento político,

Refere-se a Ferrero como o pensador que sustenta a legitimidade baseada no nível de *medo* entre governantes e governados: “Governos legítimos seriam, segundo ele, aqueles que libertam do medo os governantes e imprimem um estado de confiança recíproca entre titulares e destinatários do poder”, para, logo após, além de expor os caminhos da obtenção do governo legítimo<sup>348</sup>, afirmar que

Em suma, os princípios de legitimidade são justificações do poder, isto é, do direito de comandar; porque entre todas as desigualdades humanas nenhuma tem conseqüências tão importantes e por isso mesmo tanta necessidade de justificar-se quanto a desigualdade derivada do poder. Salvo algumas raras exceções, um homem equivale a outro: por que então um deve ter o direito de comandar e os outros o dever de obedecer? Os princípios de legitimidade respondem a essa objeção. (...) que é um regime legítimo? Não vacila em responder: é um regime em que o poder se estabelece e se exerce segundo regras fixadas há longo tempo; regras conhecidas e aceitas por todos, interpretadas e aplicadas sem hesitação e sem flutuações por unânime acordo, segundo a letra e o espírito das leis, reforçadas ainda pelas tradições.<sup>349</sup>

Já voltado para o pensamento de Luhmann (foram analisados os livros *Sociologia do Direito*, de 1972 e *Legitimação pelo Procedimento*, de 1983), o mesmo Paulo Bonavides prossegue aprofundando o estudo sobre a legitimidade, afirmando que a crítica de Luhmann ao pensamento de Weber se centra na intenção daquele dar força à *doutrina formalista* iniciada por Hans Kelsen na *Teoria Pura do Direito*<sup>350</sup>, visando a “esterilização, dessoramento ou

---

para regular, por via de um princípio de autoridade, as relações de comando e obediência” (BONAVIDES, Paulo. *Op. Cit.*, p. 34/35).

<sup>348</sup> Neste ponto Ferrero, citado por Bonavides, trabalha os conceitos de *pré-legitimidade* e de *ilegitimidade*, afirmando que “Pré-legítimo é, portanto, um regime em que o poder é atribuído e exercido segundo regras e princípios que o povo não aceita ainda, mas que o governo respeita; ilegítimo é o governo no qual o poder é exercido e atribuído segundo as regras e os princípios que o povo não aceita, que o governo proclama, mas não quer nem pode respeitar e que reduz a uma mistificação” - BONAVIDES, Paulo. *Op. Cit.*, p. 39.

<sup>349</sup> BONAVIDES, Paulo. *Op. Cit.*, p. 36/38.

<sup>350</sup> Em estudo sobre o pensamento de Kelsen, Maria da Graça Bellino de Athayde de Antunes Varela traça um longo caminho pela obra do autor até desembocar na contribuição que o mesmo cometeu à nova hermenêutica. Sobre a questão da pureza metodológica, a autora afirma que “A agonia vivida pelo Direito só teria cobro com a redefinição de suas fronteiras, estabelecendo-se o que era privativo do estudo da ciência jurídica e o que era objeto de outras ciências, embora com conexão com o Direito. Não se negava a afinidade apontada. Não se desprezou o conhecimento obtido através dessas ciências, subsidiando a formulação de normas. Só que esse conhecimento não é da Ciência do Direito. É de outras ciências, onde a Ciência do Direito pode até buscar subsídios, mas, repito, na é da Ciência do Direito. No seu entendimento, só assim seria possível aproximar-se o Direito dos ideais de qualquer ciência, que são a objetividade e a exatidão. (...) Machado Neto chama a essa visão de *eureka* kelseniano pois a sua teoria foi buscada no próprio trabalho do jurista. (...) A Ciência do Direito não tem qualquer preocupação com o conteúdo na norma, pois ele é o objeto do estudo de outras ciências. A sua preocupação restringe-se à estrutura lógica das normas jurídicas, à sua validade ou existência, que depende da observância do processo de formação previsto na norma hierarquicamente superior” (VARELA, Maria da Graça Bellino de Athayde de Antunes. “O desafio de Hans Kelsen”. In: **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA**, n. 11, Salvador : EDUFBA, 2004, p. 257).

dessubstancialização da legitimidade, como ninguém nunca o fez, para reduzi-lo ao seu ponto mais neutro possível ou transformá-lo num conceito ilusório”.<sup>351</sup>

Luhmann formula seu conceito de legitimidade como “uma disposição generalizada de aceitar materialmente dentro de certos limites de tolerância decisões de conteúdo ainda incerto”. Para atingir esta noção o referido pensador passou pelas incertezas da aceitação e do medo como elementos definidores do respeito social pelas instituições. Não conseguiu, porém, respondê-las.<sup>352</sup> Interessa-nos, muito, a conclusão a que chega Paulo Bonavides:

Até o racionalismo de Max Weber, a legitimidade era um valor: o valor-razão. A crença na legalidade fora, aliás, a legitimidade dos sistemas jurídicos dos países burgueses do Ocidente: o pedestal das suas leis, dos seus códigos e das suas Constituições. Depois de Weber, com o formalismo de Kelsen, o decisionismo de Schmitt e o funcionalismo procedimental de Luhmann, a legitimidade já não se define como uma crença na legalidade, senão como uma legalidade sem crença. (...) Em suma, com essas posições finais do positivismo, cada sistema jurídico se faz juiz de sua própria legitimidade, ou, num entendimento mais rigoroso, cada sistema se legitima a si mesmo.<sup>353</sup>

Pode-se verificar que o estudo da legitimidade em termos científicos caminha ao longo da história do Direito e da sociedade ao sabor dos interesses políticos e econômicos prevalentes em cada momento particularmente verificado. Ainda quando a legitimação foi propugnada como decorrência da forma de tomada das decisões, não se pôde extrair da base do processo decisório tais elementos, de relevância notória para sua compreensão.

Legitimidade, portanto, ainda que em face de uma situação incerta – e isso se revela da leitura tanto de Schmitt quanto de Luhmann, bem como de Weber -, tem um núcleo central indevassável: *refere-se ao que os tutelados, cidadãos ou voluntariamente submetidos esperam de*

<sup>351</sup> BONAVIDES, Paulo. *Op. Cit.*, p. 46.

<sup>352</sup> A leitura de Paulo Bonavides sobre seu pensamento bem denota esta situação: “Entende Luhmann que numa Sociedade cujo sistema social se destaca por alta complexidade e variabilidade, a legitimação do poder político deve ser elaborada no próprio sistema político e deixada a cargo de uma concebida moral natural. (...) O sociólogo vai além de Max Weber na determinação de lograr o conceito científico de legitimidade, isento de toda implicação valorativa, tão freqüente, e de essência, nas fundamentações jusnaturalistas ou ‘nos métodos ilusórios de formação de consenso’, propondo, substitutivamente, a legitimação da tomada satisfatória de decisões mediante processos e igualdade de oportunidades. Deve afiançar-se, pondera ele, que as decisões obrigatórias sejam aceitas como premissas de comportamento, sem que de antemão se possa especificar que decisões concretas vão ser tomadas. (...) A certa altura de seu estudo sobre legitimação por via procedimental, Luhmann afirma que ‘a legitimidade não repousa numa *livre e voluntária* aceitação, numa convicção pessoal responsável, mas, ao contrário, num clima social, que institucionaliza como evidência o reconhecimento de decisões obrigatórias e não as considera conseqüência de uma decisão pessoal, mas efeito da validade de uma decisão oficial’ (BONAVIDES, Paulo. *Op. Cit.*, p. 48/50).

<sup>353</sup> BONAVIDES, Paulo. *Op. Cit.*, p. 51.

*uma autoridade constituída*, ou seja, o conteúdo da legitimidade não pode se afastar de uma expectativa dos destinatários dos comandos impostos pela massa dominante.

Enfeixando o que os autores sustentam, é bastante válida a alusão ao pensamento de Donaldo Armelin, o qual sintetiza o fenômeno da legitimidade de maneira científica:

Desde a outorga de poder à autoridade suprema do grupo social, *in casu*, do Estado, até a outorga de uma faculdade jurídica a um determinado sujeito de direito, encontra-se subjacente a esse relacionamento jurídico o fenômeno da dominação, pois, em graus e esferas de amplitude maiores ou menores, a vontade de um indivíduo se sobrepõe à de outro ou de todos os membros do grupo, devidamente amparada pelo sistema legal, que, normalmente, enquanto atribui poderes, direitos, faculdades, cria, correlatamente, cargos, obrigações e ônus, respectivamente, nos pólos ativo e passivo de tal relacionamento. É manifesto, por outro lado, que, segundo a situação legitimante em que se insere o dominante, esta dominação poderá mais ou menos prolongada, mas sempre existirá no sentido de o primeiro, o dominante, poder impor, segundo o sistema jurídico vigente, sua vontade ou seu interesse à vontade e interesse do segundo. Portanto, essencialmente, o denominador comum da legitimidade no âmbito da sociologia e do direito é a sua característica de qualidade que se agrega ao exercício do poder (ou de um direito ou faculdade no plano jurídico) e aos destinatários deste, em determinados casos, de forma a justificar a probabilidade de obediência por estes dos comandos emergentes dos titulares do poder.<sup>354</sup>

Sem perder de vista a característica central da legitimidade como atributo do poder de imposição de condutas, é necessário referirmo-nos à base instrumental de onde se irradia este poder: a Constituição de uma Estado, posto que “À constituição pertence também uma importantíssima função de *legitimação do poder*. É a constituição que funda o poder, é a constituição que regula o exercício do poder, é a constituição que limita o poder”.<sup>355</sup>

É ainda em outra obra sua que Paulo Bonavides transporta a discussão da legitimidade para o plano da Constituição, referindo-se a conceitos de Ferdinand Lassale sobre a Constituição jurídica e a Constituição real, para, após, concluir em duas oportunidades que o contexto histórico brasileiro pré-redemocratização de 1988 legou ao Estado brasileiro uma herança de descrédito dos cidadãos com a figura do governante e com o nível de respeito que deve existir entre comandantes e comandados:

O quadro de legitimação do processo político nacional é deveras complicado, pela herança recebida dos 21 anos de exceção. A ditadura desvalorizou neste País a

<sup>354</sup> ARMELIN, Donaldo. **Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1979, p. 06.

<sup>355</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. Cit.*, p. 1440.

Constituição, o Congresso e os partidos políticos; humilhou-os e rebaixou-os com a ascensão tecnocrática a todos os níveis de poder, bem como a formação de *órgãos paraconstitucionais* de decisões – o Conselho Monetário, o Conselho de Desenvolvimento Político e sobretudo o ministério íntimo da Presidência, quais se chamam os ministros da Casa, que desfrutam da privacidade palaciana. Somos, portanto, um País singular onde até o advento da Nova República não havia Constituição jurídica nem Constituição real legítimas. Tudo se colocou debaixo de regime tecnocrático-militar para o campo fático e casuístico, cuja lei suprema era menos a vontade da Constituição do que a vontade do decreto-lei. O casuismo debilitou a fé na Constituição e nas leis, criou o oportunismo das soluções de expediente, improvisou o modelo decisório emergencial das medidas ‘extra legem’, fez, em suma, preponderar vantagens ocasionais, ainda que a expensas da ordem constitucional. (...) A crise constitucional da legitimidade se instaura exatamente quando ocorre uma perda ou ‘déficit’ de capacidade do Estado para responder às demandas e expectativas econômicas, políticas e sociais dos governados e para promover reformas profundas na Sociedade, ou seja, quando o Estado corre o risco de descumprir o mandato que recebeu do povo para fazer e acelerar a evolução social. Ela também ocorre quando as forças de conservação, as forças estáticas do poder e do corpo social se movimentam para uma alternativa de resistência e luta em prol da imobilidade e do ‘statu quo’, retardando e obstaculizando a vocação programática de mudança, inerente às Constituições do Estado social.<sup>356</sup>

Evidente e até intuitiva é a relação entre a Constituição e a legitimidade. Não se podem dissociar tais conceitos porque, a toda evidência, é no texto constitucional que se deve assentar a noção de legitimidade de um determinado Estado, ditado por suas orientações principiológicas.

No Brasil, por exemplo, em decorrência da opção por um Estado democrático de Direito, a legitimidade se deve assentar na participação popular mais efetiva possível, na titularidade do poder estatal pelo povo, nas atividades públicas realizadas de forma independente e harmônica e na concretização dos atos estatais calcados na soberania, cidadania, valorização do trabalho, livre iniciativa, pluralismo político e, sobretudo, dignidade da pessoa humana (cf. artigos 1º e 2º da Constituição de 1988).

#### **4.1.2 A desconstitucionalização governativa e o sentido popular de legitimidade**

A distância entre o que a Constituição explicita e o que dela se espera é a medida exata da crise crônica de legitimidade que assola nosso texto constitucional, posto que a constante alteração de suas diretrizes por meio de Emendas e de mutações constitucionais diversas resulta

---

<sup>356</sup> BONAVIDES, Paulo. “O poder constituinte e a constituição”. In: **Teoria do estado**. 3. ed. São Paulo : Malheiros, 2001, p. 213 e 219/220.

em sentimento disseminado do grande público brasileiro que, quando o interesse de pequenos grupos de poder se forma, a Constituição é que a ele se conforma.

Dito de outro modo: o principal problema da Constituição democrática de 1988 não é o seu texto – taxado de analítico demais, de superlativo em direitos e diminuto em efetividade –, mas sim a forma como hoje se trabalha sua concretização, desprestigiando um mínimo de eficácia constitucional com base ou em argumentos de *razões superiores de Estado* (o interesse público deve preponderar *a priori*) ou em alterações casuístas da Carta Magna.

Denomina-se este processo, que já vem de longa data, de *desconstitucionalização governativa*: um fenômeno decorrente da ausência de respeito mínimo ao ideal de uma Constituição enquanto documento conformador do Estado, representativo de uma pauta de princípios que devem ser efetivados de maneira gradativa e crescente pelos governados e, em especial (com maior exigência de rapidez e qualidade), dos governantes.

Imperioso é aclarar o sentido em que é empregado aqui o termo *desconstitucionalização*.

Na doutrina constitucionalista em geral ele representa fenômeno do direito intertemporal que se reflete na maneira com que o novo ordenamento jurídico advindo de uma nova Constituição Federal recepcionará as antigas disposições constitucionais.

Em regra geral, a Constituição Federal nova revoga integralmente a Constituição Federal antiga, ou melhor, em princípio, todo um novo ordenamento jurídico surge com o advento de uma nova Constituição, ocorrendo a superação do ordenamento passado que foi forjado por outra realidade normativa.

A ocorrência da verificação de compatibilidade das normas anteriores com a nova Constituição é obrigatória, na medida em que a dificuldade prática de se buscar a fundação de um novo ordenamento de forma integral e num curtíssimo espaço de tempo (lembrar que não existe, nem deve existir, em regra, *vacatio constitutionis*) se mostra relevante e criadora de problemas práticos de monta.<sup>357</sup> Daí, por exemplo, a edição de normas transitórias para diminuir o trauma da nova ordem posta, ainda que de forma democrática, como o Ato das Disposições Constituições Transitórias (ADCT) constante da Constituição Federal de 1988.

Como corolário do exercício do poder constituinte (tido como potência<sup>358</sup> ou como fenômeno que ocupa um importante espaço na conformação jurídico-positiva de um Estado, com

---

<sup>357</sup> Cf. TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 166 e ss.

<sup>358</sup> BRITO, Edvaldo. **Limites da revisão constitucional**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993, p. 110.

as similitudes possíveis a Deus diante do seu poderio<sup>359</sup>), o poder revocatório se materializa não como inconstitucionalidade, mas pela *não-recepção das normas incompatíveis com a nova Constituição*, posição adotada ainda hoje pelo Supremo Tribunal Federal<sup>360</sup> decorrente do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 02/DF, relatada pelo Ministro Paulo Brossard.<sup>361</sup>

Daí que, nos dizeres de Augusto Zimmermann, “Com a desconstitucionalização [...] algumas normas da Constituição anterior permaneceriam em sua vigência, desta feita sob uma nova forma de lei ordinária”, afetando aquelas normas jurídicas da Constituição pretérita que eram de natureza estritamente formal.<sup>362</sup>

Outros doutrinadores, como Leda Pereira Mota e Celso Spitzcovsky, entendem que abarca toda e qualquer norma da Constituição passada, sem exceção, pontuando que a doutrina não

<sup>359</sup> Cf. BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da constituição**. Rio de Janeiro : Forense, 2006, p. 07.

<sup>360</sup> “CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. LEI DE IMPRENSA: Lei 5.250/67, art. 56: PRAZO DE DECADÊNCIA DO DIREITO DE AÇÃO: NÃO-RECEPÇÃO PELA CF/88. RE COM FUNDAMENTO NO ART. 102, III, b. I. - O acórdão decidiu pela não-recepção do art. 56 da Lei 5.250/67 (Lei de Imprensa) pela CF/88. É inadmissível o RE pela alínea b do inciso III do art. 102, C.F.: inconstitucionalidade, dado que as normas anteriores à Constituição e com esta incompatíveis são consideradas não recebidas, assim revogadas pela Constituição nova. II. - Negativa de trânsito ao RE. Agravo não provido” – BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 402.287/SP**, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, DJU de 26/03/2004, p. 21; “[...] Revela-se inaplicável, no entanto, a teoria da limitação temporal dos efeitos, se e quando o Supremo Tribunal Federal, ao julgar determinada causa, nesta formular juízo negativo de recepção, por entender que certa lei pré-constitucional mostra-se materialmente incompatível com normas constitucionais a ela supervenientes. - A não-recepção de ato estatal pré-constitucional, por não implicar a declaração de sua inconstitucionalidade - mas o reconhecimento de sua pura e simples revogação (RTJ 143/355 - RTJ 145/339) -, descaracteriza um dos pressupostos indispensáveis à utilização da técnica da modulação temporal, que supõe, para incidir, dentre outros elementos, a necessária existência de um juízo de inconstitucionalidade. - Inaplicabilidade, ao caso em exame, da técnica da modulação dos efeitos, por tratar-se de diploma legislativo, que, editado em 1984, não foi recepcionado, no ponto concernente à norma questionada, pelo vigente ordenamento constitucional” – BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 582.280/RJ**, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 06/11/2006, p. 41, dentre tantos outros de idêntico teor.

<sup>361</sup> “CONSTITUIÇÃO. LEI ANTERIOR QUE A CONTRARIE. REVOGAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE. IMPOSSIBILIDADE. A lei ou é constitucional ou não é lei. Lei inconstitucional é uma contradição em si. A lei é constitucional quando fiel à Constituição; inconstitucional, na medida em que a desrespeita, dispondo sobre o que lhe era vedado. O vício da inconstitucionalidade é congênito à lei e há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração. Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente; nem o legislador poderia infringir Constituição futura. A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes: revoga—as. Pelo fato de ser superior, a Constituição não deixa de produzir efeitos revogatórios. Seria ilógico que a lei fundamental, por ser suprema, não revogasse, ao ser promulgada, leis ordinárias. A lei maior valeria menos que a lei ordinária. Reafirmação da antiga jurisprudência do STF, mais que cinquentenária. Ação direta de que se não conhece por impossibilidade jurídica do pedido” – BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 02/DF**, Rel. Min. Paulo Brossard, DJU de 21/11/1997, p. 60585.

<sup>362</sup> ZIMMERMANN, Augusto. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2002, p. 176.

aceita tal ocorrência a menos que o poder constituinte traga expressa tal previsão na nova Carta.<sup>363</sup>

Deve-se entender por desconstitucionalização, nos moldes da doutrina constitucional, um fenômeno jurídico de diminuição da supremacia da norma constitucional anterior, recebida pelo novo ordenamento com uma espécie de *rebaixamento de patente*: como se a antiga “norma-general” passa-se agora a cerrar fileiras com as “leis ordinárias-soldadas rasas”.

Esse processo, contudo, seria levado a efeito de forma expressa, reconhecido pelas instâncias jurídicas como válido pela manifestação do poder constituinte e, sobretudo, identificado em seus aspectos formal e material.

O fenômeno da desconstitucionalização governativa, de que ora se trata, não é assim.

Falar em *desconstitucionalização governativa* significa tratar de uma ferida aberta na noção de legitimidade, posto que, ao contrário de servir como dique de contenção para os desmandos do poder, a Constituição se reduz apenas a um incômodo, uma formalidade que pode – e vai ser – superada assim que o poder político tomar a sua decisão ou seus interesses particulares ou coletivos ditarem o rimo da adaptação.

Contudo, ele é facilmente percebido pela realidade das alterações formais da Constituição brasileira de 1988: em menos de 20 anos (1988 a 2007) foram nada menos que 53 emendas já formalizadas e diversas outras em tramitação perante o Congresso Nacional. E o quadro se agrava com as mutações constitucionais, ou seja, com as alterações informais da mesma.

Não se pense, contudo, que o imutabilismo é aqui defendido. Não se acredita em constituições estanques, pois devem as mesmas acompanhar a evolução dos anseios sociais.

No entanto, a análise medianamente aprofundada faz perceber que do grupo significativo de emendas, poucas realmente possuem embasamento em motivações de aperfeiçoamento sistemático da Constituição, mas sim no atendimento de interesses pontuais, debilitando a organicidade do Texto Fundamental para fazer com que intentos setoriais possam ser constitucionalizados, ganhando força o argumento pela sua plena aplicabilidade e respeito no ordenamento pátrio.

---

<sup>363</sup> Afirma expressamente: “É o fenômeno segundo o qual a Constituição derogada, em relação àquelas normas que não se revelarem incompatíveis com a nova Carta, permanece vigente, mas com *status* de legislação infraconstitucional. Esse fenômeno, contudo, não é admitido pela doutrina constitucional, exceto naquelas hipóteses em que a nova Constituição expressamente o contemple” - MOTA, Leda Pereira; SPITZCOVSKY, Celso. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo : Damásio de Jesus, 2004, p. 32.

Cada alteração realizada a força pelos setores de poder fragmenta sem precedentes o tecido constitucional, resultando em evidente *desconfirmação da autoridade constitucional* por parte da população em geral: o povo toma a constituição como algo inexistente, ficando, por desconhecimento de seus comandos ou por indiferença com o que ela diz, alheios à sua efetivação.<sup>364</sup> Há, pois, um processo crescente de “alienação política”, diz João Maurício Adeodato.<sup>365</sup>

Como a maioria esmagadora desconhece integralmente o sentido – e mesmo o conteúdo – constitucional, não é de esperar outra coisa que não seja a descaso popular com um documento dos dominantes que somente ganha relevância para ser criticado por meio da mídia como ineficaz, inoperante.

Resta muito dificultoso convencer as massas com um discurso jurídico de respeito à Constituição como fator de unidade do poder estatal sem que se empregue um referencial ético-social nesta explanação. Como já frisamos no início, a legitimidade para o povo é medida pelos resultados que o sistema jurídico pode alcançar.

Daí porque este fenômeno da *desconstitucionalização governativa* implica não só num desgaste da autoridade própria e inata da Constituição como norma suprema do sistema, mas também, e principalmente, num processo de desvalorização da mesma crescente em seus efeitos nefastos: se o povo em geral já não vê motivos para respeitar os comandos constitucionais, os envolvidos na seara do Direito enquanto ciência (estudantes, professores, advogados, juízes, promotores etc) perdem progressivamente a crença em suas instituições e passam à crítica cega e sem porvir, repassando uma mensagem de indignidade e de indiferença frente aos comandos constitucionais.

Assim, a Constituição, que deveria ser encarada como o ápice da *função promocional de atos socialmente úteis pelo Direito*, a que alude Eduardo Silva Costa<sup>366</sup>, calcado em Norberto

---

<sup>364</sup> Konrad Hesse a muito já alertava: “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” (HESSE, Konrad. *Op. Cit.*, p. 22).

<sup>365</sup> “(...) os processos de decisão são simplesmente incompreensíveis para a maior parte dos destinatários, estimula-se a convicção de que o voto é participação suficiente e a massa do povo é transformada em ‘terceiros não-interessados’ na condução desses processos decisórios” (ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica*: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo : Saraiva, 2002, p. 54).

<sup>366</sup> COSTA, Eduardo Silva. “Ética democrática: a constituição de 1988”. In: **Revista trimestral de direito público**. v. 5. São Paulo : Malheiros, 1994, p. 237.

Bobbio, perde até mesmo sua mínima expectativa de auto-preservação, já que desde os setores mais inteirados das suas virtudes e de suas mazelas as críticas são avassaladoras, em especial quanto à impotência do Direito Constitucional para alterar ou mesmo limitar os mecanismos do poder econômico aliado ao político.

A *desconstitucionalização governativa*, portanto, representa uma afronta à noção democrática de supremacia da Constituição, na medida em que desenvolve um sentimento de retorno aos períodos de exceção do absolutismo ou das ditaduras.

Perde-se o referencial que cada novo governo deve se moldar ao texto constitucional posto, passando ao sentimento que o governo que foi eleito pode, e mesmo deve, suplantar as barreiras fáticas por meio de alterações constantes, tópicas e assistemáticas da Constituição, visando afastar os incômodos que estão postos naquele “nocivo” documento de restrição à governabilidade, sentimento este que ganha corpo pela impunidade com que é perpetrado.

A construção de um conceito operativo de legitimidade social do Direito, portanto, deve passar necessariamente pelo que ele representa para quem está fora do cenário da ciência jurídica: o povo, maior destinatário do seu legado, desconhece no mais das vezes sua significação jurídica, mas conhece como poucos o que confere e o que extirpa a legitimidade de alguém.

Não são raras as situações onde, em conversas com pessoas das mais humildes, percebe-se que, em outras palavras, essas pessoas afirmam a noção de legitimidade com clarividência, ainda que por outras nomenclaturas: legítimo é o pai que respeita seus filhos mesmo quando estes erram e que não deixa faltar nada para a subsistência de sua casa; é o jogador que “dá raça” e, mesmo sem jogar tão bem, mostra amor pelo time do coração; é o amigo que, mesmo sem “ser da família, é como se fosse”, podendo dar corretivos nos filhos que agem mal sem se preocupar com queixas na polícia por maus-tratos.

Noção que não se deve perder de vista: legitimidade para o povo em geral não é um conceito jurídico de significado específico, mas sim uma noção de *confiança ou de respeito* em relação a outrem, parentes, amigos e terceiros próximos por motivos dos mais diversos.

Logo, é possível afirmar que *legitimidade, para o povo em geral, é um valor fundamental*, o qual se materializa num sentimento de submissão voluntária ao parente, amigo ou terceiro, sentimento este que se manifesta de forma usualmente cônica de que aquele (parente, amigo ou terceiro) representa um modelo a ser seguido.

A conseqüência mais imediata que se pode extrair dessa ilação é que, ao grande público, destituído das inquietudes da ciência jurídica, a legitimidade se torna relevante pelos *resultados que dela se obtém*.

Ora, quando alguém se relaciona com outro, que não é parente seu, mas considera esta pessoa como se da sua família fosse, nada mais está fazendo do que esperar que aquela pessoa lhe dará resultados favoráveis quando, na base da confiança depositada, o futuro exigir provas de força da amizade.

Não se pretende que o pior ocorra; mas se espera, com serenidade, que o parente, amigo ou terceiro corresponda à confiança e respeito depositados.

Aplicando-se esse raciocínio às nuances jurídicas, de início cabe afirmar que todos os vindouros conceitos técnicos de legitimidade para o povo chegam mesmo a serem desprezíveis se há um hiato entre o que se concede de respeito e confiança e o que se espera de retorno dos governantes e dos juízes que lhes impõem injunções várias.

Em outros termos: não se pode esperar que o povo em geral acate explicações jusfilosóficas de uma importância inata da legitimidade das decisões dos tribunais ou dos palácios executivos e legislativos, na medida em que o viés de compreensão dos populares se orienta não pela simples retributividade (entendida esta como o preço ou custo financeiro da obediência da população), mas sim – e isso é completamente diferente – pela *expectativa de respostas à altura da confiança e respeito franqueados pelo povo às autoridades constituídas ou que venham a ser constituir*.<sup>367</sup>

É nesse sentido que algumas expressões constantes da Constituição têm de ser entendidas pelo jurista com nova carga semântica quando o destinatário povo está envolvido na discussão.

Exemplo podemos extrair da dicção do art. 102 da Constituição Federal: quando o Texto Magno afirma que ao Supremo Tribunal Federal compete, precipuamente, a “guarda da Constituição”, o povo, ao tomar ciência destes termos e decodificar sua mensagem, tende a esperar que o STF seja o paladino da justiça, e não apenas o cumpridor de um programa de normas que parece, de antemão, fadado ao insucesso e cercado de todas as desculpas possíveis.

De nada adianta explicar ao grande público que Direito não é sinônimo de Justiça, pois para ele – povo – é mais fácil perdoar um traficante de drogas (que, quando necessário, salvou a

---

<sup>367</sup> Daí porque “o leigo somente se preocupa com o Direito na medida em que este é um preceito prático” – ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Tradução de J. Baptista Machado. 8. ed. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 12.

vida de sua família com alimentos e atendimento médico) do que aprovar um governo que tudo promete e, na hora da necessidade, some por vales burocráticos ou mesmo pelos descaminhos da corrupção.<sup>368</sup> Este é, pois, o *sentido popular da legitimidade*.

E quanto mais houver identificação do povo que decide com o povo que recebe as ordens, maior será o nível de legitimidade popular experimentado pelas autoridades judiciais, tão desgastadas e, ao mesmo tempo, ainda tão admiradas no Brasil<sup>369</sup>.

#### **4.1.3 O problema da legitimidade democrática dos Tribunais Constitucionais em geral e do Supremo Tribunal Federal em particular**

O sentido popular de legitimidade é que sustenta, substancialmente, a credibilidade das decisões de uma Corte jurídica. Tratando da importância da opinião popular para a manutenção do prestígio da Suprema Corte americana, Bernard Schwartz ensina:

A Corte Suprema tem conseguido manter o seu papel de intérprete final do Direito Constitucional somente porque, de modo geral, tem continuado a conservar a sua reputação, nesses aspectos, perante a opinião pública. Quando o seu lugar no conceito público tende a cair e há o perigo de perder ela o seu prestígio, mais cedo ou mais tarde ela reforma a sua jurisprudência para atender às exigências públicas. [...] Não é de estranhar que a própria Corte Suprema tenha reconhecido a fraqueza inerente de sua posição, a menos que seja apoiada pelo sentimento público.<sup>370</sup>

O problema do exercício das funções pelo Tribunal Constitucional, portanto, tem direta relação com a tão questionada legitimidade democrática da Corte.<sup>371</sup>

---

<sup>368</sup> Necessário frisar que, com estas afirmações, não se está contradizendo a realidade eleitoral brasileira, por exemplo, onde os velhos políticos são eleitos e reeleitos durante sucessivos mandatos com base em ampla votação do povo que este, ou seus correligionários, já vilipendiaram. Ao contrário da primeira impressão, o que se diz é que o povo vota por obrigação e somente por ela, tendo a consciência de que, se seu voto não vai lhe trazer nenhuma melhoria, que ao menos lhe propicie alguma utilidade. Daí porque as cestas básicas, as promessas de cargos públicos e os blocos de concreto e cimento em sacos são, ainda, formas de arregimentar eleitorado mais humilde, que não quer ter consciência por força da descrença qualificada – eis a falta de legitimidade popular.

<sup>369</sup> “O Poder Judiciário passou a ser percebido pela sociedade como a salvaguarda confiável das expectativas por igualdade. Ao lado das mudanças sociais que foram dispostas na Constituição Federal de 1988, surgiu uma nova realidade a exigir do Poder Judiciário uma ruptura com a situação anterior. Esta a diferença fundamental a ser observada pelo Poder Judiciário: alcançar, pela aplicação da Constituição e das leis, os objetivos políticos da justiça, da solidariedade e da liberdade de todos, garantindo, junto com os outros poderes do Estado, o desenvolvimento nacional com a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais” – PINHO, Judicael Sudário de. *Op. Cit.*, p. 32.

<sup>370</sup> SCHWARTZ, Bernard. *Op. Cit.*, p. 186.

<sup>371</sup> Para ampla análise do tema da legitimidade da jurisdição constitucional pela Corte Suprema cf. TAVARES, André Ramos. *Tribunal... Op. Cit.*, p. 29/94, onde o autor afasta a idéia proclamada do caráter político das decisões

Os pressupostos da realização do controle de constitucionalidade podem ser enumerados como “a) existência de uma Constituição formal; b) a compreensão da Constituição como norma jurídica fundamental e c) a instituição de, pelo menos, um órgão com competência para o exercício dessa atividade de controle”.<sup>372</sup> E, no que toca ao órgão competente, Dirley da Cunha Júnior afirma com precisão:

O regime democrático e a necessidade de defesa e realização dos direitos fundamentais – premissas básicas do Estado Democrático de Direito – têm exigido dos órgãos da justiça constitucional uma atuação mais ativa na efetivação e no desenvolvimento das normas constitucionais, máxime em face de omissões estatais lesivas a direitos fundamentais. Aqui reside, sem dúvida, a melhor das justificativas da legitimidade da justiça constitucional e do controle judicial de constitucionalidade, como instrumento de efetivo controle das ações e omissões do poder público, cumprindo lembrar que, com Robert G. Neumann, o que caracteriza a democracia não é, propriamente, a intervenção do povo na feitura das leis – hoje mera ficção – mas, sim, o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, cuja guarda e defesa incumbe ao Poder Judiciário.<sup>373</sup>

O mesmo autor, após uma ampla síntese do pensamento dos juristas sobre o tema, por todos, sintetiza as principais questões acerca da legitimidade do exercício da jurisdição constitucional pelos juízes pautado na idéia que o objetivo do agir do Tribunal é harmonizar os valores do Estado democrático de Direito, advindo a legitimidade formal da própria Constituição quando escolhe tal regime de político e a legitimidade material da imperiosa necessidade de respeito e proteção aos direitos fundamentais.<sup>374</sup>

---

do STF tomando por base diversas opiniões de juristas renomados em nível internacional, concluindo que as decisões podem ter elementos extra-jurídicos na fase de elaboração dos juízos pelos julgadores, além de levar em conta os efeitos para o Estado das decisões proferidas, mas que, essencialmente, as decisões são jurídicas, ainda que envolvam matéria eminentemente política no mais das vezes.

<sup>372</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de constitucionalidade**. Salvador : JusPodivm, 2006, p. 37.

<sup>373</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle...*, *Op. Cit.*, p. 42.

<sup>374</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle...*, *Op. Cit.*, p. 45. E ainda: “A jurisdição constitucional surgiu como uma garantia democrática de submissão do poder constituído à vontade soberana do povo, a partir da qual se legitima. Representa, sem dúvida, uma garantia popular frente ao legislador arbitrário que dita leis iníquas ante a dimensão axiológica da Constituição, ou que se omite da prática de leis que seriam condições para a efetivação e o desenvolvimento dos valores constitucionais. Em suma, o discurso de legitimidade da justiça constitucional, sintetizado nas várias posições doutrinárias que buscam conciliar a justiça constitucional e a democracia, reside verdadeiramente na vontade soberana do povo que a institui, através do Poder Constituinte, para assegurar, de um lado, a força normativa e a supremacia da Constituição e, de outro, o acesso imediato dos direitos fundamentais e a participação política das minorias no processo democrático. Ela existe tanto para garantir e proteger a Constituição como para assegurar seu desenvolvimento e adaptação ao longo do tempo. Nesse sentido, ela apresenta-se como uma entidade encarregada ou delegada do Poder Constituinte para a defesa da sua obra, a fim de pô-la em vivência, buscando transformar em realidade os valores supremos da sociedade e albergados no seu texto sacramental. Não obstante *contramajoritária* em relação aos atos do parlamento, a jurisdição constitucional não é antidemocrática, uma vez que sua autoridade lhe é confiada e assegurada pela vontade suprema do povo, para controlar não só a lisura

André Ramos avança no ponto e sustenta que a posição de superioridade hierárquica do Tribunal Constitucional lhe confere, por si só, legitimidade, desvinculando a idéia da maioria escolher seus representantes ser a única fonte de legitimação do órgão de cúpula:

As instituições não de ser adaptar às realidades de cada nação. [...] Dessa forma, será válido afirmar que todos os órgãos judiciais desempenham a função de defensores da Constituição, porque para caracterizá-la é irrelevante que se esteja diante da anulação da lei para um caso concreto apenas ou para todos os possíveis casos.

Portanto, se também todos os órgãos judiciais são defensores da Constituição, melhor será estruturar o Tribunal Constitucional no topo da hierarquia judiciária, sem prejuízo de que haja alguns componentes diversos na estruturação e funcionamento desta Corte em relação aos demais órgãos da Justiça (como a forma de nomeação, a existência de processos sem partes propriamente ditas – denominados processos objetivos –, efeitos políticos das decisões etc).

É claro que várias são as vias pelas quais se defende a Constituição, e várias são as garantias desta. Outras instituições, além do Tribunal Constitucional, concorrem para sua proteção (como o próprio judiciário), não sendo esse órgão seu único e exclusivo guardião. Sem se perder essa realidade de vista, contudo, há de se reconhecer o papel preponderante que assume nessa tarefa o Tribunal Constitucional.

Na linha do que ficou dito, sua legitimidade democrática é mais do que patente na atual configuração deste princípio. Democracia não se confunde, pois, com maioria, nem muito menos com eleições para acesso aos cargos do poder. Além disso, o Tribunal Constitucional surge como verdadeiro guardião das regras da democracia verdadeira, um órgão que atua para assegurar que essas regras mínimas (que são pressupostos do sistema) serão observadas, inclusive contra a vontade majoritária. A partir de então, sim, é que se poderia pensar numa preponderância quase que absoluta do princípio da maioria.<sup>375</sup>

Tratando do problema da legitimação dos tribunais constitucionais em face do princípio majoritário, Maria da Assunção A. Esteves pondera que a mesma repousa na idéia de um governo limitado, recaindo-se as críticas não mais à existência do controle de constitucionalidade, mas sim sobre a “interpretação judicial criadora”, desembocando na discussão norte americana entre o ativismo judicial e a aplicação judiciária do direito baseada em concepção estrita de mera aplicação. E conclui, citando Böckenförde, que o Tribunal Constitucional será legítimo na medida em que não se transforme em “*legislador paralelo ou supercontrolador no domínio dos direitos fundamentais*”.<sup>376</sup>

---

do processo político em defesa das minorias, como também o respeito pelos valores substantivos consagrados no Estado Democrático” – *Idem, ibidem*, p. 56/57, grifos do original.

<sup>375</sup> TAVARES, André Ramos. *Tribunal...* Op. Cit., p. 155/156. Para um aprofundamento da análise sobre a legitimidade democrática do Tribunal Constitucional, cf. TAVARES, André Ramos. *Teoria...* Op. Cit., p. 491/536.

<sup>376</sup> ESTEVES, Maria da Assunção A. “Legitimação da justiça constitucional e princípio majoritário”. In: **Estudos de direito constitucional**. Coimbra : Coimbra Editora, 2001, p. 156/166.

Na seqüência, a referência ao pensamento de Gustavo Binembojm e Luís Roberto Barroso é imprescindível. Para o primeiro, a Corte Constitucional seria a maneira mais eficaz de proteger a normatividade da Constituição, pois estaria com isenção suficiente em relação ao Governo e ao Parlamento, cuja interpretação é sempre parcial e consentânea com seus interesses. Defende que o papel do Tribunal Constitucional é mesmo de constranger os agentes públicos ao cumprimento da Constituição.

Daí sua afirmação, com base em Enterría, que a fonte última de legitimação da justiça constitucional se encontra no “plebiscito diário” a que estão sujeitas suas decisões e na sua capacidade de gerar consenso, sendo aceitas como justas e extraídas dos valores constitucionais básicos. E, no que toca ao sentimento de legitimidade popular da Corte Suprema, ancorado na idéia de ser o Poder Judiciário um poder “contramajoritário”, conclui:

[...] para que a Corte Constitucional não se torne uma instância autoritária de poder – compondo um *governo de juízes* – que dita, de forma monolítica, as interpretações *oficiais* a serem dadas aos diversos dispositivos da Constituição, é mister fomentar a idéia de cidadania constitucional, de forma a criar uma *sociedade aberta de intérpretes da Constituição*. Todos têm o direito de participar ativamente do processo de *revelação e definição* da interpretação constitucional prevaiente, cabendo ao Tribunal Constitucional funcionar como instância última – mas não única – de tal processo. A maior ou menor autoridade da Corte Constitucional depende, necessariamente, de sua capacidade de estabelecer este diálogo com a sociedade e de gerar consenso, intelectual e moral, em torno de suas decisões.<sup>377</sup>

Luís Roberto Barroso, partindo da premissa que o momento atual do Brasil é viver uma “democracia deliberativa”, sustenta que “Embora as decisões do Supremo Tribunal, como de qualquer corte constitucional, sejam finais, elas não cabem em si mesmas: são influenciadas pela realidade subjacente e, ao mesmo tempo, exercem sobre ela um poder de conformação”. E, após apresentar diversos argumentos em prol da legitimidade tomando por base a defasagem da idéia de separação de poderes, aduz:

A democracia não se assenta apenas no princípio democrático, mas, também, na realização de valores substantivos, na concretização dos direitos fundamentais e na observância de procedimentos que assegurem a participação livre e igualitária de todas as pessoas nos processos decisórios. A tutela desses valores, direitos e procedimentos é o fundamento de legitimidade da jurisdição constitucional.<sup>378</sup>

<sup>377</sup> BINEMBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro : Renovar, 2004, p. 68, 117 e 247.

<sup>378</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2006, p. 55/58 e 61/62.

No mesmo sentido, Rafael Barreto conclui:

O ato de decidir é extremamente solitário, e a práxis revela que até mesmo nas decisões colegiadas os julgadores terminam sendo como ilhas autônomas, que se comunicam entre si, confrontando pontos de vista sobre o tema jurídico em discussão, quando, em razão do poder que possuem, deveriam ser penínsulas, contíguas a toda a sociedade. O Supremo jamais pode ser um órgão isolado da sociedade, que se coloca à margem da conjuntura social no construir-aplicar a Constituição. A inclusividade de suas decisões não deve observar apenas o fluxo dele para a sociedade, como também o caminho reverso. A Corte deve construir a Constituição em compasso com a sociedade, inserindo-a em seus processos decisórios, até para que a Constituição não reflita apenas o pensamento dos seus Ministros, como também o da própria sociedade.<sup>379</sup>

Por fim, na mesma linha de proteção à substância da Constituição por meio dos seus intérpretes, Oscar Vilhena Vieira afirma:

É através da racionalização e da argumentação contida na motivação da decisão judicial que os tribunais assumem o papel de discutir, publicamente, o alcance dos princípios e direitos que constituem a reserva de justiça do sistema constitucional. Caso consigam levar a cabo esta tarefa, poderão transformar-se em fórum de extraordinária relevância dentro de um sistema democrático, onde muitas vezes os valores fundamentais ficam submetidos ao decisionismo majoritário. Com isto não se pretende estabelecer uma hierarquia entre procedimento judicial e procedimento democrático, mas estabelecer – ainda que idealmente – um procedimento racional para a discussão e aplicação dos princípios de justiça que servem como limites habilitadores do sistema democrático.<sup>380</sup>

Daí porque se pode afirmar, em síntese, que a democracia é idealmente protegida – ou melhor, *presumivelmente* protegida – pelos Poderes Legislativo e Executivo com base no mandato popular eletivo. Mas não é o meio – eleição – que viabiliza a legitimidade democrática, e sim o resultado das ações dos defensores da democracia.

A postura isolacionista do Poder Judiciário o torna frágil, débil e isolado da sociedade a quem deve prestar contas. Por isso que abrir o processo decisório mediante ampla e efetiva publicidade<sup>381</sup>, bem como permitir a troca de experiências por meio de auxiliares e, sobretudo, atentar para a fundamentação decisória como valor fundamental de toda a Constituição democrática são peças chaves para compreender que é a *postura*, e não a *investidura*, que define a legitimidade democrática do Tribunal Constitucional.

<sup>379</sup> BARRETO, Rafael Menezes Trindade. **Democratização do debate constitucional e *amicus curiae***. Dissertação de Mestrado apresentada perante a Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2006.

<sup>380</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. **A constituição e sua reserva de justiça**: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma. São Paulo : Malheiros, 1999, p. 238.

<sup>381</sup> No Brasil, o advento da TV Justiça, canal fechado de televisão que apresenta os julgamentos do Supremo Tribunal Federal e de outros tribunais na íntegra, é um bom começo desta necessidade.

Rui Medeiros confirma esse entendimento ao sustentar que

[...] não é difícil demonstrar que o preço do reconhecimento da plena força normativa da Constituição não é demasiado elevado, não legitimando a invocação de um imperativa razão de segurança jurídica para justificar um monopólio jurisdicional de fiscalização da constitucionalidade das leis.<sup>382</sup>

Eis porque o problema da Corte Suprema exercer suas funções termina sendo mesmo um pseudoproblema, caso atue nos limites e no espírito do Estado Democrático de Direito.<sup>383</sup>

Explica-se: se é indubitável nos dias atuais que a doutrina de Aristóteles, sistematizada e afamada por Montesquieu, foi criada como forma de excluir a predominância do exercício do poder político do Executivo, passando-a ao Legislativo, em verdade, não se deve negar que o agir judiciário contra desmandos das demais funções estatais é apenas forma de afirmação da sua parcela de competência constitucional.

Ressalta Ronaldo Poletti que há um caráter de alerta e de freio político ínsitos no desenvolvimento do controle de constitucionalidade, também denunciador de uma “crítica ao abandono do atributo da constitucionalidade” pelos governantes em geral e também pelos juízes.<sup>384</sup>

Nesse sentido, não se pode negar que o Poder Judiciário sempre foi alijado das decisões relevantes para o Estado porque ou a mesma era exclusividade do Executivo, ou o Legislativo deveria ser convocado para contrabalançar a discussão e mensurar seus efeitos. O papel do Judiciário terminou sendo, constantemente, o de *locus* residual para dizer quem teria a capacidade decisória no caso concreto.

Até o momento em que o Poder Judiciário percebeu que ser contra-majoritário era uma forma de emancipação! O pensamento de Niklas Luhmann fundamenta tal assertiva:

<sup>382</sup> MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade das leis. Lisboa : Universidade Católica Editora, 1999, p. 266.

<sup>383</sup> “Pode-se dizer que não há na atuação do Tribunal Constitucional, de acordo com a divisão de funções estatais que se propugna mais modernamente, qualquer embate. Cada qual está no exercício de sua mais estrita atribuição constitucional”. TAVARES, André Ramos. *Tribunal... Op. Cit.*, p. 97.

<sup>384</sup> “Os governantes num Estado Político-Administrativo, tendente a um Estado de Justiça, subordinam-se à ordem jurídica, possibilitando o controle de constitucionalidade de seus atos. Se, porém, não cogitarem da questão jurídica, estarão, como consequência, no mínimo, dificultando o controle da constitucionalidade e possibilitando o seu contrário, pela exacerbação de suas funções político-administrativas, em despreço ao Direito. Se os governantes, ao agirem, levarem mais em consideração o afã de atender à conjuntura emergencial do que aos princípios jurídicos permanentes nas suas categorias, estarão, certamente, desservindo à juridicidade, além de inviabilizarem os próprios resultados desejados” – POLETTI, Ronaldo. **Controle de constitucionalidade das leis**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro : Forense, 2000, p. 246 e 248.

Nessa ordem não podemos mais compreender a legislação como uma instância hierarquicamente superior à administração da Justiça, como uma instância que dá instruções a serem seguidas pelos Tribunais. É certo que tal concepção não é propriamente falsa. Podemos conviver com ela. O Juiz permanece vinculado à lei – mas justamente não à legislação. Evidentemente, regras genericamente válidas continuam sendo indispensáveis no sistema. No entanto, a legislação e a jurisprudência participam do processo da formação e da modificação, da condensação e da confirmação de regras genericamente válidas. Nisso a legislação desempenha mais a função de um órgão periférico, de um ponto fronteiro na relação entre o sistema jurídico e o sistema político. Cabe-lhe ‘acomodar’ a irritação constante do sistema jurídico pelo sistema político e isso somente é possível na forma de regras genericamente válidas, que podem ser trabalhadas no próprio sistema.<sup>385</sup>

A maioria popular por meio de voto é, idealmente, a melhor forma de seleção dos representantes populares. Contudo, o desprendimento com os planos de atuação divulgados e a falta de assunção prática dos compromissos prometidos em época de campanha fizeram com que o nível de desconfiança fosse aumentado de forma vertiginosa no seio da população.

E, nesse processo, é extrema de dúvidas que, se ao grande público (normalmente de baixa escolaridade e induzido à ignorância da formação geral e, sobretudo, da ignorância da política por força da consciente omissão de informações básicas nos bancos escolares e nos meios de comunicação) o fenômeno escapa da percepção, para parcela considerável da sociedade esse descrédito representou uma evidente busca pelo poder de contenção, pelo Poder Judiciário.

Se as demais funções estatais falharam – e falham – na concretização dos ditames constitucionais, parece mesmo intuitivo que a sociedade, minimamente consciente, buscase soluções negativas (desfazimento de atos viciados) ou mesmo positivas (regulamentação e efetividade de normas reguladoras da Constituição e até conformação de políticas públicas) na esfera do Poder Judiciário.

Não se perca de vista: *serão raríssimas as hipóteses onde o Poder Judiciário ver-se-á condecorado pela sua atuação*, posto que uma função estatal que tem por tarefa desfazer os atos administrativos ilegais e inconstitucionais; anular legislação ilegal ou inconstitucional; forçar que omissões inconstitucionais não sejam mantidas no tempo, enfim, negar autoridade aos demais poderes que estão em mesma hierarquia, nunca será bem visto pela comunidade política estatal.

Inclua-se neste grupo as demais instituições e entidades sociais, como o Ministério Público, os órgãos de classe, as organizações não-governamentais, as associações, dentre diversos outros, que cotidianamente sofrem com a rejeição de suas pretensões pelo Poder Judiciário.

---

<sup>385</sup> LUHMANN, Niklas. *Op. Cit.*, p. 164/165.

Toda a função de controle sempre será passível de críticas, notadamente porque supervisionar os atos e analisar seu conteúdo e forma, verificando a adequação a um padrão supremo e pré-estabelecido (no caso, a Constituição Federal), aparentemente é tarefa singela, mas que se complexifica na justa medida em que os julgamentos pela inconstitucionalidade terminam carregando consigo uma reprimenda implícita, não escrita, porém incisiva e mordaz: ou a ineficiência de quem, agente ou órgão, autorizou a edição de ato viciado, ou a má fé pela fraca alegação que se desconheciam os limites constitucionais para a ação administrativa ou emissão do ato legislativo.

Eis o motivo porque Charles D. Cole, referido por Elizabeth Maria de Moura, sustenta que “as Constituições são válidas na medida em que o reconhecimento cultural dos conceitos constitucionais pretenda assegurar o que esses conceitos significam em realidade”.<sup>386</sup>

Com inteira razão essa observação se aplica ao Brasil a partir de 1988.

Sem dúvida, a nova democracia vivida como experiência duradoura faz com que excessos e omissões pontuais se mostrem naturais num processo de consolidação de qualquer Estado que se pretende de Direito, máxime quando o período ditatorial anterior aniquilou com a crença na virtude do Estado em concretizar as pretensões sociais mais comezinhas.

O medo ainda imperava na população e os desmandos, mesmo em menor volume, eram razoáveis próximo dos anos de 1990/1991.

Já não temos, atualmente, condições de imaginar que após quase vinte anos o processo de sucateamento constitucional seja levado a efeito pelo órgão máximo do Poder Judiciário e, ao revés de lutar pela manutenção das conquistas do pós-ditadura, o povo brasileiro (e, em particular, sua comunidade forense) assiste, quase inerte, a uma verdadeira mutilação constitucional, quer por meio de Emendas, quer por meio de mutações constitucionais indevidas.

É, precisamente, o que está ocorrendo com o controle difuso de constitucionalidade por meio do Recurso Extraordinário.

O papel de intérprete máximo e quase definitivo da Constituição Federal conferido ao STF não pode lhe conferir a condição de novo poder constituinte, especialmente quando a motivação para tanto é diversa da discordância técnica entre seus comandos e os casos concretos

---

<sup>386</sup> MOURA, Elizabeth Maria de. **O devido processo legal na constituição brasileira de 1988 e o estado democrático de direito**. São Paulo : Celso Bastos Editor, 2000, p. 123.

enfrentados e, ainda mais, quando é o cidadão brasileiro mais comum o maior lesado com a prática cotidiana nas sessões de julgamento de negar, qualificadamente, prestação jurisdicional.

É por isso a doutrina entende que esse mister implica atuar em face da Constituição Federal “zelando para que não seja ela contrariada e lhe dando, quando necessário, a interpretação correta, ou pelo menos aquela que o tribunal julga correta”, fazendo-o sob a premissa de que “prove ou alegue a parte que sua decisão [dos julgadores antecedentes] *foi contrária à letra ou ao espírito da Constituição*”.<sup>387</sup>

As palavras de Rui Barbosa, acerca da importância da função jurisdicional em face do povo, são reveladoras de como agir legitimado pelo grande público é missão do Poder Judiciário:

Mas, se o código de nossos tribunais não é o direito demagógico, explorado ora pelas sedições, ora pelas ditaduras, em nome da nação, que umas e outras flagelam, haveis de reconhecer que a dignidade excepcional da justiça, neste regime, não foi instituída, senão para defender o indivíduo contra a massa, o cidadão contra o poder, a legislatura contra o Executivo, o povo contra a legislatura, a Constituição contra as leis, a estabilidade dos direitos fundamentais contra o despotismo administrativo, ou o despotismo deliberante, contra a política das secretarias, ou a política das assembléias.<sup>388</sup>

Nem se diga que um dos motivos para a crise de celeridade vivida no Poder Judiciário é, justamente, esta ampla possibilidade de seu acesso.

São comuns notícias sobre casos aparentemente sem relevância jurídica alguma que aportam no Supremo Tribunal Federal e emperram os trabalhos do Tribunal (nesse sentido, notícia do Consultor Jurídico dando conta que o Ministro Marco Aurélio Mello irá julgar caso de indenização pelo atropelamento de um cachorro morto e outro caso de uma indenização por perda de bagagem de menos de 100 dólares – Agravos de Instrumento nºs 608.644 e 611.701).

Complementa a notícia acima comentário que este é um episódio comum no Supremo, pois dentre os “quase 10 mil processos que cada ministro aprecia por ano, sempre aparecem casos como esse. Briga de vizinho, roubo de chinelo havaiana, luta por diferença de centavos geraram processos que percorreram todos as instâncias judiciais e foram aterrissar no plenário do STF”.<sup>389</sup>

<sup>387</sup> CORRÊA, Orlando de Assis. **Recursos no código de processo civil**. 6. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro : Aide, 1996, p. 184, grifos não constantes do original.

<sup>388</sup> BARBOSA, Rui. **Atos inconstitucionais**. 2. ed. Atualização de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas : Russel, 2004, p. 193/194.

<sup>389</sup> ERDELYI, Maria Fernanda. “Irrelevância suprema”. In: **Consultor jurídico**. Disponível em <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/49529,1>>. Acesso em: 21 fev. 2007, 00: 40 horas.

Contudo, com o respeito devido, a falta de discussão dialética sobre tais dados (o uso impreciso da expressão “sempre” causa significativos estragos em qualquer argumentação) faz com que distorções ganhem credibilidade: tais casos são, inegavelmente, irrelevantes no acervo monumental de processos em curso no Supremo Tribunal Federal, na sua grande maioria envolvendo o Poder Público na administração direta e indireta.

São casos concretos isolados e específicos: pitorescos, sem dúvida; irrelevantes na essência – em especial para quem é autor ou réu, jamais! Não são eles o real motivo do represamento de trabalho no Supremo Tribunal Federal, respeitando-se quem pensa em contrário.

O que parece claro na experiência brasileira posterior à ditadura militar é que o disposto na Constituição Federal como tarefa do Poder Judiciário *subestimou a demanda social reprimida por acesso à justiça*.

Os limites não-escritos criados pelo medo infligido na população brasileira para a busca de uma decisão judicial, somados às violentas e sofridas retaliações por parte dos governantes e seus agentes da repressão criaram uma barreira para que o Poder Judiciário fosse visto como aquele que concretizaria expectativas libertárias e emancipacionistas do povo.

O Poder Judiciário era visto como *longa manus* do Executivo militarizado, indigno de confiança e, portanto, algo a ser evitado em nome da sobrevivência. Não se o conhecia, mas se o temia certamente.

A redemocratização e o processo de centralidade constitucional para formação de um verdadeiro Estado de Direito no Brasil teve como uma das conseqüências não medidas pelo poder constituinte uma verdadeira corrida para a solução de conflitos. De fato, tal corrida não foi tão mais rápida por força ainda dos custos incorridos no processo judicial.

Uma demonstração cabal desse processo se pode ter com os Juizados Especiais.

Na exata medida em que o acesso à justiça foi ampliado de forma menos formal, mais efetiva e, sobretudo, gratuita na primeira instância de julgamento, toda aquela quantidade de pessoas que tinham demandas à espera de solução veio aos Juizados Especiais, abarrotando essa parte do Poder Judiciário tanto na esfera dos Estados federados quanto nos Federais, quase que os inviabilizando do ponto de vista material.

O fenômeno do subdimensionamento das estruturas judiciárias já foi tratado inicialmente em face do Supremo Tribunal Federal. Estende-se, porém, a todas as serventias judiciais como regra geral e, substancialmente, também a delegacias e cartórios não-judiciais.

É nesse contexto que a falta de jurisdição efetiva deslegitima o Poder Judiciário no Brasil. A título comparativo pode-se fazer referência ao Japão.

No país nipônico, que vive numa monarquia constitucional limitada, o Poder Judiciário é autônomo administrativa e financeiramente desde o fim da 2ª Guerra Mundial, tendo por cúpula a Suprema Corte, seguida por uma Alta Corte em cada uma das oito circunscrições em que se divide o Estado Unitário japonês, com sede em cada uma das suas maiores cidades. Seguem-se ainda as Cortes de Família, as Cortes Distritais e as Cortes Sumárias, sendo que as últimas têm revistas suas decisões em grau de apelação pelas Distritais.

O Poder Judiciário japonês é nacional, uno e, em 1995, dispunha de 2.850 juízes.<sup>390</sup>

A Suprema Corte japonesa é composta por 15 membros, sendo um Juiz-Presidente nomeado pelo Imperador e mais catorze julgadores ou “ministros” nomeados diretamente pela Dieta (órgão parlamentar bicameral eleitos pelo voto direto popular), os quais são auxiliados por 50 juízes.

Em 1995, os processos julgados por ano pela Suprema Corte montavam em 4.000 casos, sendo que deste total 400 eram arguições de inconstitucionalidade em casos concretos, por meio de uma espécie de controle difuso. Contudo, a principal informação do professor Ricardo Fiúza vem da cultura oriental:

Embora a população do Japão ultrapasse hoje os 123 milhões de habitantes, numa sociedade altamente ativa e competitiva, os números de processos que compõem as pautas dos tribunais são, relativamente, pequenos. É que os japoneses têm por hábito a conciliação prévia, com a concessão mútua das partes, chegando a ficarem constrangidos de terem que procurar o Judiciário para solução de seus conflitos privados<sup>391</sup>.

Ora, a conclusão a que se chega perfeitamente pode ser a seguinte: em que pese a população japonesa seja considerável em número de pessoas, a cultura oriental indica que o Poder Judiciário é a última instância a ser buscada para a solução dos conflitos privados.

Esse sistema só funciona desta forma porque, se lidas com mais esmero, as informações passadas indicam que o Estado japonês (Dieta – Legislativo e o corpo Executivo) não é um dos maiores usuários do sistema judiciário, bem como que as decisões judiciais são cumpridas sem dilações indevidas por parte do Executivo!

<sup>390</sup> Todas as informações foram extraídas de FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. **Direito constitucional comparado**. 4. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte : Del Rey, 2004, p. 300/305.

<sup>391</sup> FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. *Op. Cit.*, p. 305.

Em outras palavras, antes de ser uma mazela de países com grande população, o amplo acesso ao Judiciário por parte dos cidadãos brasileiros é motivado:

- a) a uma, pela proximidade no tempo de um período ditatorial fechado e que pregou o afastamento do povo com os juízes, meros intendentes dos militares que tomaram o poder;
- b) a duas, pela falta de estrutura suficiente para os órgãos judiciais trabalharem de forma rápida, evitando as impunidades e mantendo a proximidade com fatos, provas e impressões pessoais dos envolvidos;
- c) a três, pela falta de credibilidade generalizada com os governos eleitos após a ditadura e que não buscaram implementar, da forma mais ampla possível, o Estado democrático de Direito, acumulando vícios de corrupção, desmandos (ainda que em menor escala que na repressão) e, sobretudo, ineficiência administrativa em matéria de gestão de interesses;
- d) a quatro, pela debilidade econômica e a concentração de renda, o que termina dando ensejo ao Poder Judiciário ser transformado (ou, ao menos, encarado dessa forma) em gestor da justiça social, equilibrando as relações privadas e públicas controvertidas por meio de decisões coercitivas que deslocam riquezas e movem a economia, sendo exemplos mais evidentes a Justiça do Trabalho e a Justiça Federal em matéria tributária e previdenciária notadamente;
- e) por fim, pela ausência de uma formação cultural mínima de cidadania para o povo brasileiro importa diretamente na continuidade do acesso amplo ao Judiciário como forma de resolução de conflitos mínimos, passíveis de solução negociada entre as partes, quer se tratando de particulares, quer se tratando de poder público.

Uma síntese dos fatores retrocitados produz, necessariamente, a conclusão que um período de tempo relativamente longo será necessário até a população brasileira alterar hábitos de buscar justiça somente por meio de decisão judicial e partir para a ascensão civilizatória do povo japonês, por exemplo.

Essa realidade, contudo, não depende apenas do povo, mas – e principalmente – da postura dos membros do Poder Público em geral, acatando pleitos decididos pela Justiça, reformando práticas arcaicas de ofício ou mesmo por provocação dos interessados diretos e, ainda, pela exigência de maior rigor na elaboração de novas leis para o Brasil.

Enquanto inexistir no Brasil uma *cultura constitucional*, qualquer discussão será ainda sobre a legitimidade de quem quer alterar o estado de coisas posto, ao revés de versar sobre as condições e amplitude das alterações necessárias.

## 4.2 PRESSUPOSTOS TEÓRICOS PARA ANALISAR E SISTEMATIZAR A ORIENTAÇÃO SOBRE A OFENSA REFLEXA OU INDIRETA NO ÂMBITO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO

### 4.2.1 Ofensa à Constituição: notas sobre a inconstitucionalidade

A presente seção, por força do corte metodológico, necessita ser limitada apenas à noção conceitual da inconstitucionalidade, posto que o tema comporta diversos enfoques que, além de ampliarem demais a pesquisa, não contribuiriam diretamente para o objetivo final do trabalho.

Tratar, por exemplo, das conseqüências jurídicas da inconstitucionalidade, se geradora de nulidade ou anulabilidade comporta um novo trabalho de pesquisa autônomo. Porém, não se presta a auxiliar, diretamente, na resolução do problema da presente pesquisa.

Eis a razão pela qual os limites deste item serão enfocados na necessidade de embasamento do que é a inconstitucionalidade enquanto fenômeno relevante juridicamente.

A inconstitucionalidade é tema central do trabalho do Supremo Tribunal Federal e, portanto, não poderia deixar de ser teorizada pelos seus integrantes.

O Ministro Celso de Mello, por exemplo, doutrina em seus votos a questão da inconstitucionalidade por ação e por omissão, afirmando que a situação de inconstitucionalidade tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental, sempre centrado na questão dela representar em essência um *desrespeito à Constituição*.<sup>392</sup>

Para Clèmerson Merlin Clève, a inconstitucionalidade “pode ser conceituada como a desconformidade do ato normativo (inconstitucionalidade material) ou do seu processo de elaboração (inconstitucionalidade formal) com algum preceito ou princípio constitucional”. Cita

---

<sup>392</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1458/DF**. Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 20/09/1996, p. 34531.

o professor português Marcelo Rebelo de Sousa, para quem a “inconstitucionalidade representa sempre uma desconformidade entre certa conduta pública ou privada e a Constituição vigente (abarcando os respectivos princípios e disposições)”.<sup>393</sup>

Carlos Blanco de Moraes começa seus estudos sobre a inconstitucionalidade tratando do *princípio da constitucionalidade*, entendido como “o critério normativo que impõe a observância da supremacia constitucional”.

Num sentido amplo, tal princípio consagra a vinculação dos poderes públicos à Constituição. Num sentido restrito, impõe a observância das normas constitucionais por todos os “actos jurídico-públicos”, entendidos como “*toda a decisão imputada aos órgãos de um ente colectivo que, na prossecução dos fins públicos a que se encontra adstringida, se mostra apta à produção de conseqüências jurídicas*”.

Complementa afirmando que “O princípio não tem, exclusivamente, como destinatários os poderes públicos, já que *os particulares não se encontram subtraídos aos comandos constitucionais*”.<sup>394</sup> Conceituando inconstitucionalidade, o professor português afirma:

Podemos definir singelamente *inconstitucionalidade de um acto jurídico-público* como a *desconformidade do mesmo acto com o parâmetro constitucional a que se encontra submetido*.

A relação de incompatibilidade de um acto com o princípio ou norma constitucional com a qual s deveria conformar pode definir-se como uma modalidade de *relação de desvalor* das condutas jurídico-públicas, dado que dela resulta, por regra, a depreciação jurídica do mesmo acto.

Trata-se, ademais, da modalidade de *relação de desvalor* dotada de maior relevância ou essencialidade, já que a regra ofendida, a Constituição, encima a hierarquia do sistema normativo estadual.<sup>395</sup>

Jorge Miranda afirma que os conceitos de constitucionalidade e inconstitucionalidade são “conceitos de relação: a relação que se estabelece entre uma coisa – a Constituição – e outra coisa – um comportamento – que lhe está ou não conforme, que cabe ou não cabe no seu sentido, que tem nela ou não a sua base”, sendo tal relacionamento essencialmente de carácter normativo e valorativo.

Quanto a relação entre o comportamento ou a norma e a Constituição, deve-se considerar que a relação há de ser “*directa*, uma relação que afecte um acto ou uma omissão, ou uma norma

<sup>393</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Op. Cit.*, p. 35/36.

<sup>394</sup> MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional**: garantia da constituição e controlo da constitucionalidade. T. I, Coimbra : Coimbra Editora, 2002, p. 119/123, grifos do autor.

<sup>395</sup> MORAIS, Carlos Blanco de. *Op. Cit.*, p. 131, grifos do autor.

que esteja ou venha a estar em relação directa com a Constituição”; relação direta essa que “se traduz numa infracção directa de uma norma constitucional”, pois “é necessário ainda que o acto em concreto contradiga uma norma constitucional de fundo, de competência ou de forma”, com o que temos, referindo a Marcello Caetano, uma “inconstitucionalidade *específica* ou directa”.

Essa relação, por fim, ainda comporta ser qualificada como uma verdadeira relação de *desconformidade*, “e não apenas de *incompatibilidade*; uma relação de desconformidade, de inadequação, de inidoneidade perante a norma constitucional, e não apenas de mera contradição”.<sup>396</sup> Relevante para o presente trabalho a separação feita pelo autor acerca da inconstitucionalidade e da ilegalidade. Após afirmar que ambos os fenómenos são “violações de normas jurídicas por actos do poder”, sustenta com precisão:

A distinção radica na norma que disciplina o acto de que se trate, fixando-lhe pressupostos, elementos, requisitos (de qualificação, validade e regularidade). Se for a Constituição, o acto será inconstitucional em caso de desconformidade; se tais requisitos não se encontrarem senão na lei, já a sua falta torná-lo-á meramente ilegal.<sup>397</sup>

O problema da parametricidade é retomado por Gomes Canotilho, para quem a relação de desvalor que configura a inconstitucionalidade será interposta quando houver a necessidade de verificar a compatibilidade entre uma norma e a Constituição, com o que não seria violado o “direito da constituição”, mas sim o “direito da lei”. Conclui afirmando que “*inconstitucional é toda a norma legal que viole os preceitos constitucionais*”.<sup>398</sup>

Pode-se afirmar que uma lei inconstitucional ou um ato normativo violador da Constituição Federal são práticas lesivas a todas as regras e princípios de conhecimento obrigatório a todos no Estado, não se devendo aceitar nem mesmo idealmente que qualquer pessoa (agente público ou particular) atue de encontro com as disposições constitucionais, estas consideradas como síntese do projeto estatal partilhado por todos.

A Constituição Federal é norma maior e irradiadora de comandos dotados de coercitividade. Logo, opera no sistema jurídico de um Estado como um repositório, ou seja, como uma norma que serve de índice para que todas as práticas constituídas, dela derivadas, possam ser aferidas previamente pelos seus agentes elaboradores.

<sup>396</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**: inconstitucionalidade e garantia da constituição. T. VI, 2. ed. Coimbra : Coimbra Editora, 2005, p. 07/13, grifos do autor.

<sup>397</sup> MIRANDA, Jorge. *Op. Cit.*, p. 22/23.

<sup>398</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. Cit.*, p. 925/927, grifos do autor.

Assim, inconstitucional é adjetivo que qualifica um ato público ou privado o qual está em descompasso com os comandos da Constituição Federal. Para Rui Barbosa, “Toda lei que cerceie instituições e direitos consagrados na Constituição é inconstitucional”.<sup>399</sup>

#### **4.2.2 O Recurso Extraordinário como mecanismo para enfrentar a inconstitucionalidade**

Ao tratar sobre a origem dos recursos, Orlando de Assis Corrêa afirma que a noção vem de tempos imemoriais, identificando-se com a sensação do ser humano de não estar satisfeito, em geral, com deliberações que desacolhem seus interesses.

Entendendo que o duplo grau de jurisdição é a melhor forma de representar esse sentimento de inconformismo, elenca motivos para sua supressão (“a preocupação com a celeridade processual, com a prestação jurisdicional mais rápida, dando-se a decisão do juiz como definitiva”) e para sua manutenção (“a preocupação, não menos válida, de um julgamento isento de erros”).<sup>400</sup>

O autor toma partido da tese pela necessária manutenção do duplo grau como direito dos cidadãos, com o que se concorda plenamente na medida em que a revisão dos julgados é mesmo um corolário do Princípio Democrático expressamente escolhido pelo Brasil com base no compromisso estampado no art. 1º da sua Constituição Federal.

Ao tratar especificamente de cada um dos recursos do Código de Processo Civil de 1973, interessa o seu trato acerca do Recurso Extraordinário.

Justificando a necessidade de um tal instrumento dentro de um Estado de Direito organizado, especificamente no caso brasileiro, salienta que no nosso histórico o Recurso Extraordinário remonta à República<sup>401</sup>, em que pese sua origem em nível mundial tenha se dado nos Estados Unidos, por meio do *Judiciary Act*, de 1789.

E completa: “É que existe a necessidade de um órgão supremo que uniformize a aplicação e a interpretação da Constituição brasileira e resguarde a aplicação das leis federais”.<sup>402</sup> Explicitando tal pensamento, cita Alfredo Buzaid:

---

<sup>399</sup> BARBOSA, Rui. *Op. Cit.*, p. 37.

<sup>400</sup> CORRÊA, Orlando de Assis., *Op. Cit.*, p. 11.

<sup>401</sup> “Desde a Constituição provisória decretada pelo governo empossado com a queda da Monarquia, até a mais recente, não houve discrepância”. CORRÊA, Orlando de Assis. *Op. Cit.*, p. 179.

<sup>402</sup> CORRÊA, Orlando de Assis. *Op. Cit.*, p. 179.

O recurso extraordinário [...] nasceu como uma exigência do regime federativo que, supondo a dualidade legislativa emanada da União e dos Estados, reconhece, contudo, a supremacia das leis federais, cuja vigência se estende a todo o território da República. E para evitar que cada Estado se arvorasse em unidade soberana na aplicação do Direito federal, dando lugar a diferentes maneiras de atuá-lo em cada caso concreto, foi instituído o recurso extraordinário, com o propósito de assegurar o primado da Constituição e unidade da jurisprudência do Direito federal.<sup>403</sup>

Rodolfo de Camargo Mancuso explica que o recurso, qualquer recurso, se compõe dos seguintes elementos:

- a) *a pressão psicológica*, entendida como o sentimento individual de não gostar de perder para outrem de nenhuma forma e em nenhuma intensidade, ainda que mínima;
- b) *o anseio da preservação do “justo”*, entendido como o sentir do cidadão que, se vendo como parte em demanda judicial na qual obteve decisão desfavorável, recorre para superar não mais a pretensão da parte adversa, mas para reformar a própria decisão que lhe contrapôs o interesse;
- c) *o temor da irreparabilidade do dano jurídico*, entendido como o móvel da parte que, além de se ver prejudicada antes da ação (autor) ou depois de sua propositura (réu), com uma decisão desfavorável entende estar potencializada a perda, pois além do bem da vida ainda outras cominações podem ser acrescentadas ao seu débito, forçando-o animicamente a adotar posturas que alterem o estado de coisas processuais em que está.<sup>404</sup>

A Constituição Federal de 1988 consagrou o desmembramento de tarefas do Supremo Tribunal Federal: as questões constitucionais são de sua última competência e as questões das leis federais são da competência do Superior Tribunal de Justiça prioritariamente, também podendo ser do Tribunal Superior do Trabalho, do Tribunal Superior Eleitoral ou do Superior Tribunal Militar, a depender do conteúdo específico da norma coincidir com o domínio de competência de cada um desses órgãos jurisdicionais. Entendam-se os motivos de fato para tanto:

Esse desmembramento foi decorrência da chamada *crise* do Supremo Tribunal Federal, isto porque, juntamente, o aumento demográfico e do processo de industrialização nas grandes regiões do país gerou o aumento de demandas e, conseqüentemente, um crescente número de processos em fase de recurso.

<sup>403</sup> BUZUID, Alfredo. “Estudos de Direito” *apud* CORRÊA, Orlando de Assis. *Op. Cit.*, p. 180. Ressalte-se que Orlando Corrêa contextualiza a citação de Buzaid, informando que com a Constituição de 1988 a uniformidade da legislação federal passou a cargo do então criado Superior Tribunal de Justiça.

<sup>404</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso Extraordinário e recurso especial**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 29/33.

Não obstante existirem inúmeros *óbices jurisprudenciais e regimentais* para a admissão do recurso extraordinário, a multiplicidade de recursos advindos de todas as partes do país não foi suficiente para evitar a referida *crise*.<sup>405</sup>

Conceituando o Recurso Extraordinário, Frederico Marques, citado por Pinto Ferreira, afirma que o mesmo é um verdadeiro instrumento político-constitucional destinado a tutelar sem contraste o direito objetivo da União e, sobretudo, os textos constitucionais.<sup>406</sup>

Afirma Mancuso que a denominação recurso extraordinário não deriva da sua essência, mas sim de uma questão de nomenclatura, que se fixou ao longo do tempo e se pôs nos Textos Constitucionais. Isso porque com sua interposição não se instaura uma nova lide, mas “apenas se prolonga o processo em curso, postergando o trânsito em julgado”.<sup>407</sup>

Arruda Alvim, após realiza amplo estudo sobre o surgimento, as raízes históricas no mundo e a evolução constitucional no Brasil deste recurso, afirma que a função do Recurso Extraordinário é de assegurar a inteireza do sistema jurídico, assegurando a submissão de todas as normas e órgãos à Constituição Federal.<sup>408</sup>

O Recurso Extraordinário, portanto, é instrumento colocado no sistema jurídico brasileiro para fins de viabilizar a última forma de efetivação do controle difuso de constitucionalidade, posto que é por meio dele que as questões constitucionais efetivas ou alegadas são alçadas à apreciação definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Há de se entender, com Hans Kelsen, que o Recurso Extraordinário é uma verdadeira forma de garantia da Constituição, eis que “as garantias da legalidade dos decretos e da constitucionalidade das leis são tão concebíveis quanto as garantias da regularidade dos atos jurídicos individuais”.<sup>409</sup>

José Afonso da Silva, em monografia clássica sobre o tema, após apresentar as origens históricas e as ligações com institutos afins de outros países, conceitua Recurso Extraordinário no Brasil como o “*meio de impugnação de decisões judiciais desfavoráveis, de única ou última*

<sup>405</sup> RODRIGUES, Fernando Anselmo. “Requisitos de admissibilidade do recurso especial e do recurso extraordinário”. In.: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 215.

<sup>406</sup> MARQUES, Frederico *apud* FERREIRA, Pinto. Verbete “Recurso Extraordinário”. In: VV. AA. **Enciclopédia Saraiva de Direito**. v. 63. São Paulo : Saraiva, 1977, p. 478.

<sup>407</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. “*Recurso...*”, *Op. Cit.*, p. 44.

<sup>408</sup> ALVIM, Arruda. “O recurso especial na Constituição Federal de 1988 e suas origens”. In.: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 13/47.

<sup>409</sup> KELSEN, Hans. “A jurisdição constitucional”. In: **Jurisdição constitucional**. Tradução do original alemão de Alexandre Krug. São Paulo : Martins Fontes, 2003, p. 126.

*instância, dirigido ao Supremo Tribunal Federal, por motivo de violação da supremacia constitucional ou da incolumidade e uniformidade de interpretação do Direito federal*".<sup>410</sup>

Ainda com José Afonso se sustenta que o Recurso Extraordinário é de "índole processual constitucional" no Brasil, o que significa, na esteira das lições de Calamandrei, que o Recurso Extraordinário "permite ao Supremo Tribunal Federal fazer com que marchem, a igual passo, o interesse individual na justiça do caso singular e o interesse público na interpretação exata da lei em abstrato".<sup>411</sup>

Mesmo que o fundamento e sua finalidade do Recurso Extraordinário sejam político-constitucionais, "isto não lhe tira o caráter eminentemente processual". Contudo, reforça o entendimento que, atualmente, ainda encontra ressonância na doutrina constitucionalista, que o Recurso Extraordinário não se presta para rever a justiça das decisões anteriores:

O Recurso Extraordinário, entretanto, não visa fazer justiça subjetiva, justiça às partes, a não ser indiretamente, tanto que não tem cabimento por motivo de sentença injusta; é certo que a parte, ao servir-se dele, quer ver reformada a decisão desfavorável, e nisto está o seu caráter eminentemente processual; e o Supremo Tribunal, ao julgá-lo, exerce função jurisdicional, mas com finalidade diversa dos outros órgãos jurisdicionais.<sup>412</sup>

Esse entendimento terminou por construir uma idéia que o Recurso Extraordinário é um recurso seletivo não pela importância intrínseca dos temas que envolve (a supremacia constitucional em última análise), mas sim porque sua rigidez formal e procedimental o credenciam a ser recurso de poucos felizardos com a sua admissão pelo Supremo Tribunal Federal.

Não sem razão, com o desmembramento ocorrido com a Constituição Federal de 1988 Alcides Mendonça Lima afirmou que a atual configuração "colocou o remédio extremo em suas devidas proporções", sendo que o Recurso Extraordinário passou até mesmo a ter "índole democrática, pois contribui para a melhor realização da justiça em seus desígnios em favor da paz social".<sup>413</sup>

<sup>410</sup> SILVA, José Afonso da. **Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1963, p. 103/114.

<sup>411</sup> SILVA, José Afonso da. "*Do recurso...*", *Op. Cit.*, p. 106/107.

<sup>412</sup> SILVA, José Afonso da. "*Do recurso...*", *Op. Cit.*, p. 105/106.

<sup>413</sup> LIMA, Alcides Mendonça. "Recurso extraordinário e recurso especial". In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Recursos no superior tribunal de justiça**. São Paulo : Saraiva, 1991, p. 140.

Mais atualmente, André Ramos Tavares firma concepção do Recurso Extraordinário como verdadeiro recurso objetivo, explicando por todos:

Realmente, o recurso extraordinário, no Brasil, e, de uma maneira mais ampla, a possibilidade de haver controle concreto-difuso da constitucionalidade, exercitável por qualquer magistrado, em qualquer instância jurisdicional, só contribui para a excelência do modelo brasileiro.

[...] Não configurando o Supremo Tribunal Federal uma terceira (e, eventualmente, quarta) instância de julgamento, e sendo sua tarefa precipuamente (art. 102, da Constituição Federal) a defesa da Constituição, conclui-se que os respectivos recursos não se prestam (ao menos não num primeiro momento) à correção dos julgamentos prolatados pelas instâncias inferiores. A preocupação principal é, ao contrário, com o Direito objetivo. Daí falar-se, inclusive, de um recurso objetivo no sentido de preocupação com questões de ordem objetiva, e não com as causas subjetivamente presentes no processo do qual, eventualmente, emerge o recurso em apreço.

[...] A solução para o conflito intersubjetivo, a ser alcançada pelo recurso excepcional, é apenas um reflexo do julgamento prolatado pelo Supremo Tribunal Federal, verdadeiro Tribunal da federação, porque o recurso não tem como finalidade fazer justiça para as partes envolvidas. Comprova o acerto da asserção a impossibilidade de reabrir discussões de ordem fática ou dependentes de prova.<sup>414</sup>

É preciso analisar as afirmações, com o respeito devido aos seus autores, com cautela. E o motivo é que delas não se extraíam conclusões precipitadas.

O Recurso Extraordinário é um verdadeiro direito subjetivo do cidadão que, em jogo num determinado caso concreto um problema constitucional, veja sua pretensão violada por decisões judiciais das cortes ordinárias. Nesse sentido a opinião de José Carlos Barbosa Moreira, o qual sustenta que, realizado o *tipo* do art. 102, III, “a” da Constituição, a parte tem direito não apenas ao mero conhecimento do recurso, mas mesmo ao seu *provimento*.<sup>415</sup>

Com ele, o cidadão recorre ao Supremo Tribunal Federal, obviamente, pretendendo não a atitude truista de melhoria do ordenamento jurídico, mas sim a reforma de decisão a si desfavorável.

Essa condição de ânimo, porém, é perfeitamente razoável: ora, o interessado está usando de todas as formas previstas no Direito objetivo para ver sua pretensão atendida, ainda combatendo o bom combate, na expressão de Santo Agostinho.

<sup>414</sup> TAVARES, André Ramos. “Perfil constitucional do Recurso Extraordinário”. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). **Aspectos atuais do controle de constitucionalidade no Brasil**: recurso extraordinário e arguição de descumprimento de preceito fundamental. Rio de Janeiro : Forense, 2003, p. 09/11.

<sup>415</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao código de processo civil**: arts. 476 a 565. v. V, 7. ed. Rio de Janeiro : Forense, p. 569.

Contudo, para a proteção do Direito objetivo no Brasil, ao que parece, o sistema jurídico advindo com a Constituição Federal de 1988 reservou os mecanismos de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, por meio das ações de competência originária e diretas no Supremo Tribunal Federal.

Isso se afirma, sobretudo, com base nos efeitos regulares distintos das ações de controle difuso e de controle concentrado, bem como nos métodos mais rigorosos, mas ainda distintos, da Ação Direta de Inconstitucionalidade e do Recurso Extraordinário, tomados por exemplos.

Ainda que a tendência atual seja a de aproximação do Recurso Extraordinário com o regime objetivo, essa proximidade há de ser entendida *vinculada à questão dos efeitos abstratos da deliberação adotada*. Em outros termos: não se questiona a legitimidade ampla das partes em litígio, nem se pode limitar por interpretação o que o constituinte originário autorizou no que tange ao cabimento: mas os efeitos das decisões, otimizados, podem diminuir o número de casos.

É importante fazer tal distinção porque considerar o Recurso Extraordinário como recurso objetivo em nenhuma medida é argumento válido para se legitimar interpretações restritivas quanto às suas hipóteses de cabimento, criando com isso óbices jurisprudenciais sem base constitucional.

A idéia de “justiça da decisão” também precisa ser analisada com detença. Entender que a correção ou equívoco dos pronunciamentos judiciais não é tema do Recurso Extraordinário termina por lhe minimizar substancialmente a importância.

Veja-se: a regra geral da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é impedir, de longa data e já com entendimento sumulado, o reexame de prova ou a discussão sobre matéria de fato. Ocorre que a aplicação desmedida desse entendimento termina por *maximizar as hipóteses de aplicação do entendimento*, em contraponto a uma *minimização da análise casuística de o entendimento está sendo aplicado de forma correta*.

Tal fenômeno se materializa da seguinte maneira: quando da aferição da admissibilidade dos recursos excepcionais, ao menor sinal de que é possível ser necessário reexaminar prova ou reabrir questões de fato, a decisão já se inclina – e, ao final, assim se fundamenta – na aplicação desses entendimentos sumulados, quase como se o enunciado fosse uma *verdade sabida* (sumulado está, decidido está, para todo o sempre...).

Entretanto, a postura esperada é reversa: aferir se houve pedido de reexame de prova produzida ou alegação de violência ao direito de produzir um meio de prova são situações

limitrofes, mas que guardam autonomia. Logo, a análise um pouco mais detida revelaria que o correto não seria afastar o recurso, mas apreciá-lo pelo mérito, até mesmo para que se convençam os Ministros que houve, de fato, um exacerbamento do direito de recorrer.

Sem dúvida, é algo muito mais rápido e que representa um incremento estatístico de produtividade substancial atuar na admissibilidade do Recurso Extraordinário como se estivesse em plena linha de montagem. Conta-se, ainda, com a predisposição criada nos Ministros do Supremo Tribunal Federal de, recebendo o Agravo de Instrumento, negar-lhe trânsito justo porque a análise da corte de origem já foi realizada e de forma negativa pelo conhecimento do recurso.

As duas instâncias terminam por, reciprocamente, afirmar que não houve violação, perpetuar a ofensa ao direito processual e material-constitucional da parte recorrente, legitimando-se em suas manifestações como se estivessem num sistema circular de auto-referência.

Correção de decisões judiciais, ainda que se entenda tal tema como “justiça de decisão”, há de ser entendido como o principal motivo da existência do Recurso Extraordinário, ao contrário da idéia doutrinária e jurisprudencial vigente atualmente. Essa asserção se tira porque, seja na tarefa de cassação, seja na de uniformização, a tarefa de verificação do acerto ou desacerto do quanto decidido no caso concreto é meio para que a corte superior delibere sobre a consequência jurídica a ser implementada pela sua decisão última e definitiva.

Desprezar que o Recurso Extraordinário é mecanismo essencialmente direcionado a rever decisões equivocadas das instâncias ordinárias é alterar a própria natureza do Supremo Tribunal Federal no Brasil, tornando-o (contra a letra e o espírito da Constituição Federal), de uma Corte Suprema Híbrida (como já destacado, num amálgama de Corte Constitucional e Tribunal da Federação) numa Corte Constitucional em sentido estrito. Nesse sentido, Danilo Knijnik:

Para que o Tribunal possa exercer o seu controle, é absolutamente necessário que a decisão a ser reexaminada tenha sido proferida na forma preconizada pelo ordenamento, destacando-se aí, a obrigatoriedade da motivação de fato e de direito. Se um Tribunal pudesse não motivar sua decisão, ou motivá-la de modo fictício, o controle cassacional estaria absolutamente prejudicado, a despeito, entretanto, de a uniformidade jurisprudencial não estar ameaçada. Daí a possibilidade de a cassação controlar, também, não apenas o resultado, mas a forma pela qual se chegou a esse resultado, glosando o respectivo processo de decisão. [...] Se é verdade que o interesse privado e o interesse público se articulam no recurso de cassação, é de fundamental importância

que o processo de decisão do juiz de mérito ocorra na forma preconizada pela lei processual.<sup>416</sup>

Somente através do reconhecimento que o Recurso Extraordinário é mecanismo recepcionado pela Constituição Federal de 1988, de tradição histórico-constitucional no Brasil, e que não pode ser simplesmente desprezado por força de entendimentos excessivamente restritivos do Supremo Tribunal Federal é que se poderá reconhecer como válida a tarefa do mesmo Supremo de guardar a Constituição.

Não se guarda a Constituição apenas para poucos (notadamente, aqueles que têm recursos financeiros, advogados habilitados e causas milionárias e complexas, ou para o Estado em sentido amplo, sob o argumento de preservar um interesse público imaterial e estéril).

E o Recurso Extraordinário é a forma por excelência de impedir este minimalismo.

#### 4.3 A ORIENTAÇÃO SOBRE A OFENSA REFLEXA OU INDIRETA À CONSTITUIÇÃO

##### 4.3.1 Noção extraída da inteligência dos julgados do Supremo Tribunal Federal: um “conceito jurisprudencial”

O ponto de partida para uma análise que se pretende científica do fenômeno da ofensa reflexa ou indireta à Constituição Federal deve ser, com Luhmann, pautada na aceitação que existem “mecanismos eficazes de proteção na antecâmara (*Vorfeld*) jurídica da atividade dos Tribunais”.<sup>417</sup> E, completando o raciocínio:

[...] esses mecanismos asseguram que de maneira alguma todos os problemas jurídicos, mas, de fato, somente um percentual mínimo deles seja submetido à decisão dos Tribunais. Em parte, os Tribunais protegem-se a si mesmos, à medida que eles levam em consideração o ônus que sobre eles recai, no contexto da ponderação de conseqüências de construções distintas do Direito. Mas existe, antes de mais nada, uma série de decisões formais de desvio, que, ou possibilitam, como acontece na doutrina das *political questions*, uma não-abordagem do problemas em questão (*Sachprobleme*),

<sup>416</sup> KNIJNIK, Danilo. **O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo superior tribunal de justiça**. Rio de Janeiro : Forense, 2005, p. 97/98.

<sup>417</sup> LUHMANN, Niklas. *Op. Cit.*, p. 161.

ou permitem, com ajuda de regras de demonstração, a elaboração da decisão apesar da não-clarificação dos fatos (*SachverRalt*).<sup>418</sup>

A aplicação desmedida da orientação sobre a ofensa reflexa ou indireta é, seguramente, um exemplo claro destas *decisões formais de desvio* a que se refere Niklas Luhmann!

Sérgio Fernando Moro afirma que “para evitar decisões de mérito em casos constitucionais, o STF faz largo uso de expedientes processuais não previstos na Constituição ou na lei”, sendo que

O inconveniente de tais expedientes processuais é a sua reduzida flexibilidade. Sua adoção habilita o juiz constitucional a deixar de decidir no mérito controversia constitucional, o que pode ser oportuno, mas, por outro lado, uma vez adotados, também poderão impedir que o juiz constitucional, sob pena de incoerência, se pronuncie sobre temas relevantes no momento oportuno.

Complementa o pensamento sustentando que tal postura gera ainda o inconveniente de conferir a tais juízes “a pecha de excessivo apego ao formalismo jurídico”.<sup>419</sup>

O maior exemplo deste fenômeno de uma autocontenção judicial na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é a definição que, atualmente, se apresenta para a orientação da ofensa reflexa ou indireta:

É pacífica a jurisprudência desta Corte, no sentido de não tolerar, em recurso extraordinário, alegação de *ofensa que, irradiando-se de má interpretação, aplicação, ou, até, de inobservância de normas infraconstitucionais, seria apenas indireta à Constituição da República* [...].<sup>420</sup>

Para o Supremo Tribunal Federal, portanto, é possível afirmar que ocorreria ofensa reflexa ou indireta sempre que o pedido da parte recorrente enseja-se, ao entender da Corte, ofensa decorrente de má interpretação; ofensa decorrente de má aplicação e/ou ofensa decorrente de inobservância de normas infraconstitucionais.

A tônica das decisões que aplicam tal entendimento no Supremo Tribunal Federal é a *ausência quase absoluta de debate sobre a ocorrência ou não da ofensa indireta*. Os acórdãos

<sup>418</sup> LUHMANN, Niklas. *Op. Cit.*, p. 162.

<sup>419</sup> MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 212/215.

<sup>420</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento nº 373.367/RJ**, 1ª Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, DJU de 11/03/2005, p. 38, grifos não constante do original.

são fundados na mera alegação, pelo Relator, que houve ofensa reflexa<sup>421</sup>; que há necessidade de apreciação da causa com base nas normas infraconstitucionais, como quando se trata de pressupostos recursais<sup>422</sup>; que, até mesmo, garantias constitucionais não prescindem de avaliação das normas inferiores<sup>423</sup>, tudo ensejando o não conhecimento dos recursos principais e o desprovimento de recursos como Agravos Regimentais agitados de decisões monocráticas que negaram seguimento aos primeiros.

Normalmente, cada decisão sobre o tema implica na afirmação de que o entendimento é sedimentado, desprezando que é indispensável não apenas afiançar a sua ocorrência, mas, sobretudo, demonstrar a efetiva necessidade da pressuposta interposição legislativa.

A obrigatoriedade de aferição caso a caso da ocorrência da ofensa reflexa se manifesta como um imperativo lógico:

- a) primeiro porque sem fundamentação sobre esse ponto, não existe uma verdadeira motivação do julgado proferido;
- b) segundo porque a aplicação generalizada desse entendimento, em que pese poupe tempo do Supremo Tribunal Federal, termina por deslegitimar suas decisões e,
- c) terceiro, porque somente com a análise minimamente detida é que se pode separar as *situações de legalidade necessariamente interposta* daquelas *situações de legalidade aparente ou pressupostamente interposta*. Confirmam-se exemplos nos seguintes julgados:

Ação direta de inconstitucionalidade: cabimento: inexistência de inconstitucionalidade reflexa. 1. Tem-se inconstitucionalidade reflexa - a cuja verificação não se presta a ação direta - quando o vício de ilegitimidade irrogado a um ato normativo é o desrespeito à Lei Fundamental por haver violado norma infraconstitucional interposta, a cuja observância estaria vinculado pela Constituição: não é o caso presente, onde a ilegitimidade da lei estadual não se pretende extrair de sua conformidade com a lei federal relativa ao processo de execução contra a Fazenda Pública, mas, sim, diretamente, com as normas constitucionais que o preordenam, afora outros princípios e garantias do texto fundamental.<sup>424</sup>

<sup>421</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 616.528/DF**, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, DJU de 16/02/2007, p. 73.

<sup>422</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 614.617/SP**, Rel. Min. Eros Grau, 2ª Turma, DJU de 02/03/2007, p. 15.

<sup>423</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 608.978/RS**, Rel. Min. Eros Grau, 2ª Turma, DJU de 23/02/2007, p. 52.

<sup>424</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.535/MT**, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 21/11/2003, p. 07.

Ação direta de inconstitucionalidade: Resolução 04, de 20.12.1996, do Tribunal Regional Eleitoral do Estado de Goiás, que dispõe sobre o aproveitamento de servidores requisitados, no Quadro Permanente da Secretaria do TRE/GO, de acordo com a L. 7.297, de 20.12.1984: violação do art. 37, II, da Constituição Federal: inconstitucionalidade declarada. II. Ação direta de inconstitucionalidade: cabimento. 1. O objeto da ação direta é a Resolução 04/96 do TRE/GO, que se funda nas LL 7.178/83 e 7.297/84 - as quais, no ponto em que possibilitavam o aproveitamento dos servidores requisitados, não foram recebidas pela ordem constitucional vigente e estariam, pois, revogadas desde o advento da atual Constituição. 2. Essa revogação faz com que a Resolução 04/96 do TRE/GO passe a ser o único fundamento normativo do aproveitamento atacado, não havendo, assim, problema de desconformidade entre as leis e a resolução, nem, portanto, de inconstitucionalidade reflexa ou mediata.<sup>425</sup>

As ementas acima referidas traduzem, com pesar, julgados que são exceções à regra geral.

O Supremo Tribunal Federal toma a orientação da ofensa reflexa ou indireta à Constituição Federal como *regra geral de difícil superação*. Com essa postura, os Ministros pendem a que, chegando caso por meio do Recurso Extraordinário, o mesmo seja, *presumivelmente*, veiculador de uma tentativa de transformar a Corte Suprema em terceira ou quarta instância judiciária.

A presunção, dada a quantidade de casos, está se encaminhando para uma conversão de *juris tantum* para *jure et de jure*. Infelizmente.

O que se comprova com tal orientação do Supremo Tribunal Federal é a predisposição da Corte de, renunciando ao seu papel de guarda, ou seja, de protetor e garante, minimizar ao máximo o controle difuso por meio da redução gritantemente do acesso ao Tribunal.

Para correta compreensão, “atualmente” é expressão que precisa ser delimitada. Não é possível identificar com precisão quando se começou a ter uma aplicação desta linha de jurisprudência no Supremo Tribunal Federal. Contudo, o período da pesquisa iniciando a partir da Constituição Federal de 1988 já encontrou a orientação sendo aplicada de forma crescente, até culminar nos dias atuais com a proliferação de decisões encontrada.

Os “elementos essenciais” postos na orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal sobre a ofensa reflexa merecem uma primeira análise.

Má interpretação, má aplicação e inobservância de normas infraconstitucionais são, de logo, conceitos jurídicos amplos, que não se dão ao conhecimento de forma imediata, mas sim que necessitam de uma explicitação por meio dos seus usuários.

---

<sup>425</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.190/GO**, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 24/11/2006, p. 60.

Em outros termos: quando o intérprete se utiliza de uma expressão ampla como as acima referidas traz consigo a obrigação de delimitar seu alcance e, no caso do processo jurisdicional, identificar no caso concreto as razões porque ocorrera má interpretação, má aplicação e/ou inobservância de normas infraconstitucionais.

Considerando que a regra geral do Supremo Tribunal Federal tem sido entender como algo aprioristicamente sabido por todos onde está a ofensa reflexa ou indireta, os Ministros do Supremo simplesmente afirmam que existe o vício, mas não sustentam sua ocorrência em dados do processo ao longo de sua fundamentação (por vezes inexistente). Daí:

Que a jurisdição constitucional não prescindia de instrumentais metajurídicos em seu campo de atuação é facilmente compreensível. O que, entretanto, não se compreende e nem se pode aceitar é a ausência de uma fundamentação discursivo-racional no tratamento de questões de extrema relevância, tais as hipóteses atinentes às garantias processuais previstas no art. 5º da Constituição da República. Chega-se à situação de, em sede de agravo regimental, repetir a decisão do processo principal, alegando que nada novo foi trazido na peça recursal.<sup>426</sup>

Indaga-se: se a decisão não tratou do quanto recorrido, qual a inovação a ser trazida na peça recursal de Agravo Regimental diante da redação originária do recurso apresentado?

O mais grave da aplicação desmedida desta orientação é que, no mais das vezes, a insistência da parte em buscar a apreciação dos temas constitucional perante o Supremo Tribunal Federal termina com a aplicação de multa à parte, nem sempre de forma correta.<sup>427</sup>

Se houve má interpretação do caso, é imprescindível que o Supremo Tribunal Federal reconheça seu papel de intérprete último da dignidade constitucional no Brasil. Ora, interpretação constitucional errônea em um Estado federal enseja, no mínimo, a multiplicidade de entendimentos díspares. E não se questiona que o Supremo tem função uniformizadora.

Entra-se numa situação complexa: da mesma forma que é reprovável que o Supremo Tribunal Federal seja o único autorizado a dar a resposta correta, ou a única resposta correta<sup>428</sup>, é

<sup>426</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. “O Supremo e as garantias processuais: verdades, mentiras e outras indagações”. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Hermenêutica e jurisdição constitucional**: estudos em homenagem ao professor José Alfredo de Oliveira Baracho. Belo Horizonte : Del Rey, 2001, p. 296.

<sup>427</sup> “Ao presente recurso não sobra, pois, senão caráter só abusivo. Há aqui, além da violação específica à norma proibitiva inserta no art. 557, § 2º, do Código de Processo Civil, desatenção séria e danosa ao dever de lealdade processual (arts. 14, II e III, e 17, VII), até porque recursos como este roubam à Corte, já notoriamente sobrecarregada, tempo precioso para cuidar de assuntos graves. A litigância de má-fé não é ofensiva apenas à parte adversa, mas também à dignidade do Tribunal e à alta função pública do processo”. No mesmo sentido, cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 586.436/RS**, Relª. Minª. Carmen Lúcia, 1ª Turma, DJU de 09/02/2007, p. 25.

talvez mais complicado admitir que o Supremo, simplesmente, não reveja as interpretações errôneas produzidas nas instâncias iniciais, quedando silente.

Numa democracia em formação, o silêncio do Supremo Tribunal Federal sobre temas constitucionais, todos presumivelmente relevantes, por vezes é mais eloqüente que a negação das liberdades públicas num regime político explicitamente fechado.

Má aplicação de normas constitucionais é o cerne do art. 102, III, “a” da Constituição Federal de 1988. Isso porque o termo *contrariar* constante deste dispositivo somente pode – e deve – ser entendido como aquilo que discrepa do comando constitucional seja na formação (da lei ou da decisão, não importa) seja na concretização (na incidência da lei a casos concretos ou mesmo na produção de efeitos práticos de decisões judiciais errôneas).

Desse modo, a revisão de decisões ou mesmo de atos normativos em desencontro com a Constituição Federal é um caminho necessário para se aferir a ofensa ao Texto Maior. Significa dizer que *o foco deve estar na preservação da Constituição, mas o meio para se chegar à violação ou respeito da mesma somente será através do revolvimento do caso concreto, da causa.*

Revolver a causa, em absoluto, significa necessariamente aferir violações infraconstitucionais, tarefa que seria, de fato, do Superior Tribunal de Justiça. O que o Supremo Tribunal Federal realiza é *uma análise em duas dimensões*:

- a) a primeira dimensão é, focado no respeito à Constituição Federal, avaliar se, *prima facie*, houve desrespeito ao Texto Magno;
- b) após, não restando evidenciado tal vício (o que se constitui em regra geral, porquanto apenas nos casos de decisões teratológicas seria posto, de forma escancarada, a negativa de vigência a um dispositivo constitucional, por exemplo, como o da ampla defesa), como instrumento para atingir o âmbito necessário de conhecimento do problema enfrentado, se faz imperioso que o Supremo atravesse a lei infraconstitucional, usando-a não como parâmetro decisório, mas como elemento que permite, sob a ótica constitucional, constatar a ofensa à Constituição Federal.

A diferença nessas hipóteses é que a ofensa reflexa é entendida como regra geral, ou seja, como algo que é pressuposto e, portanto, deve ser aplicada em caso de dúvida.

---

<sup>428</sup> FREITAS, Juarez. “A melhor interpretação constitucional versus a única resposta correta”. In: SILVA, Virgílio Afonso da. (Org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo : Malheiros, 2005, p. 318.

Contudo, o que o Superior Tribunal de Justiça realiza como tarefa principal e última (rever e uniformizar a interpretação infraconstitucional), o Supremo Tribunal Federal realiza como parte integrante do seu processo decisório em nível constitucional: a Corte Suprema ultrapassa a lei infraconstitucional, avaliando-a não em si mesma, mas como *ponte* para aferição do vício de inconstitucionalidade irrogado pela parte recorrente ou contido no julgado recorrido!

Não há, portanto, superposição de decisões, posto que as instâncias e as competências são distintas. Ocorre, sim, um trabalho mais complexo do ponto de vista metodológico por parte do Supremo Tribunal Federal, na medida em que a ofensa a um preceito constitucional, no normal dos casos, vem contida no processo, implícita nas decisões, latente de forma intencional por aqueles que não pretendem ver a máxima efetividade constitucional prosperar.

Percebe-se, com o respeito devido, que a questão é muito mais profunda do que um mero erro de julgamento contumaz por parte dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, em especial por força do notável saber jurídico que lhes credencia ao exercício do relevante cargo na Corte.

O que se aponta como resultado da pesquisa é que o problema passa pela necessidade de (i) identificar um ponto de partida da orientação sobre ofensa reflexa para (ii) analisar os motivos porque sua aplicação se prolifera em quantidade assustadora.

Torna-se imperioso, portanto, desdobrar a avaliação até aqui realizada.

#### **4.3.2 A ofensa reflexa à Constituição Federal no controle concentrado: a questão dos decretos como espécie normativa secundária. Hipótese de legalidade necessariamente interposta?**

O problema dos decretos que violavam a Constituição Federal ou a lei infraconstitucional pode ser tido como ponto de partida para o surgimento da orientação jurisprudencial sobre a ofensa reflexa ou meramente indireta.

Decreto é a forma de que se revestem os atos individuais ou gerais, emanados do Chefe do Poder Executivo (Presidente da República, Governador e Prefeito), podendo conter regras gerais e abstratas ou ser dirigido a apenas uma pessoa ou um grupo determinado, donde os decretos gerais e individuais respectivamente.

Só deve ser considerado ato administrativo em sentido estrito quando tem efeito concreto, ou seja, quando veicula pretensões individuais, posto que o decreto geral é ato normativo. Entretanto, é ato normativo derivado ou secundário.<sup>429</sup>

A Constituição Federal, em sua redação originária de 1988, apenas previa decretos no art. 84, IV, tidos como *decretos regulamentares*, na medida em que sua limitação eram os termos da lei que ele viria a regulamentar, ou seja, esmiuçar para o fiel cumprimento da espécie normativa oriunda do Poder Legislativo – lei sem sentido formal e material.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 32/2001, o art. 84, VI teve a referência à “forma da lei” suprimida, com o que a doutrina passou a aceitar tal hipótese normativa como veiculadora de *decretos autônomos*.<sup>430</sup> E o Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade desta previsão de forma expressa no julgamento da ADI nº 2564/DF, Rel<sup>a</sup>. Min<sup>a</sup>. Ellen Gracie, DJU de 06/02/2004.<sup>431</sup>

Interessam para o presente estudo os decretos ditos regulamentares.

Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que o regulamento é ato dependente de lei, estritamente subordinado a ele, configurando ato verdadeiramente subalterno, exercendo em nosso sistema função bastante modesta.<sup>432</sup>

Juliano Taveira Bernardes, tratando da parametricidade para fins de admissão do controle abstrato de constitucionalidade, bem explica a relação entre o decreto, a lei e a Constituição, concluindo pela ocorrência de ofensa reflexa ou indireta à esta última em tais hipóteses:

<sup>429</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. 19. ed. São Paulo : Atlas, 2005, p. 240/241.

<sup>430</sup> Cf. PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Op. Cit.*, p. 241. Também, para uma ampla fundamentação deste entendimento, cf. AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. “Decreto autônomo: questões polêmicas”. *In: Revista Jurídica Virtual*. v. 5, n. 49, jun./2003. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_49/Artigos/art\\_Levi.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_49/Artigos/art_Levi.htm)> Acesso em: 07 fev 2007, 10:24 horas: “[...] Em suma, o decreto passou a ser, a partir da Emenda Constitucional nº 32, de 2001, o único instrumento normativo apto a versar sobre atribuições e estruturação *intestinas* dos Ministérios e órgãos da administração pública (‘intestinas’ pois, em razão do princípio da legalidade, não pode haver, *in casu*, influxo restritivo sobre direitos de particulares). Portanto, as atribuições e a estruturação intestinas dos Ministérios e órgãos da administração pública não mais tocam à lei, devendo ser veiculadas em decreto autônomo – vale repetir, espécie normativa primária – desde que não implique aumento de despesa ou criação ou extinção de órgãos públicos (cf. art. 84, VI, ‘a’, da Constituição de 1988, com a redação da Emenda Constitucional nº 32, de 2001)”.

<sup>431</sup> Confira-se a ementa do acórdão proferido: “Os artigos 76 e 84, I, II e VI, a, todos da Constituição Federal, atribuem ao Presidente da República a posição de Chefe supremo da administração pública federal, ao qual estão subordinados os Ministros de Estado. Ausência de ofensa ao princípio da reserva legal, diante da nova redação atribuída ao inciso VI do art. 84 pela Emenda Constitucional nº 32/01, que permite expressamente ao Presidente da República dispor, por decreto, sobre a organização e o funcionamento da administração federal, quando isso não implicar aumento de despesa ou criação de órgãos públicos, exceções que não se aplicam ao Decreto atacado” – BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2564/DF**, Rel<sup>a</sup>. Min<sup>a</sup>. Ellen Gracie, DJU de 06/02/2004, p. 21.

<sup>432</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. Cit.*, p. 305.

Quando a Constituição prevê normas que subordinam a atuação estatal ao princípio da legalidade, eventual desconformidade verificada entre o ato normativo regulamentar e aquilo estabelecido em lei implica a inconstitucionalidade daquele ato. Porém, o vício decorre não de ofensa direta ao texto constitucional, mas da contradição entre o regulamento e a lei à qual deveria obedecer. É que, em virtude do caráter escalonado do ordenamento jurídico, entre a norma fundamental (constituição) e a norma secundária (regulamento) situa-se a norma primária (a lei que foi objeto de regulamentação). Por isso, relação direta de desconformidade ocorre somente se contrastado o regulamento com a lei da qual deva extrair fundamento. Logo, a relação de inconstitucionalidade só se instaura de maneira indireta.<sup>433</sup>

O Supremo Tribunal Federal consagrou o entendimento que, para fins de controle abstrato de constitucionalidade, apenas se aceita ato normativo que vai de encontro diretamente à Constituição Federal, não se podendo admitir intermediários no exame da suposta inconstitucionalidade.<sup>434</sup>

A conseqüência da tentativa de controle concentrado direto no Supremo Tribunal Federal de decretos que ultrapassam os termos da lei é o não conhecimento da Ação Direta, posto ser “firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal no sentido de que a questão relativa ao decreto que, a pretexto de regulamentar determinada lei, extrapola o seu âmbito de incidência, é tema que se situa no plano da legalidade, e não no da constitucionalidade”.<sup>435</sup>

Note-se que o Supremo Tribunal Federal não aceita nem mesmo que a análise se opere por meio de controle difuso através de Recurso Extraordinário, na medida em que, não sendo problema de inconstitucionalidade direta, mas sim meramente reflexa ou indireta, deve ser apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça<sup>436</sup>, por meio do “controle difuso de legalidade”.<sup>437</sup>

A seguinte manifestação do Supremo Tribunal Federal, da lavra do Ministro Celso de Mello, bem sintetiza o entendimento firmado na Corte:

<sup>433</sup> BERNARDES, Juliano Taveira. *Op. Cit.*, p. 136.

<sup>434</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1670/DF**, Rel<sup>a</sup>. Min<sup>a</sup>. Ellen Gracie, DJU de 08/11/2002, p. 21.

<sup>435</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2387/DF**, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 05/12/2003, p. 18.

<sup>436</sup> “[...] A jurisprudência assentada no STJ considera que, para efeito de cabimento de recurso especial (CF, art. 105, III), compreendem-se no conceito de lei federal os atos normativos (= de caráter geral e abstrato), produzidos por órgão da União com base em competência derivada da própria Constituição, como são as leis (complementares, ordinárias, delegadas) e as medidas provisórias, bem assim os decretos autônomos e regulamentares expedidos pelo Presidente da República (Emb.Decl. no Resp 663.562, 2ª Turma, Min. Castro Meira, DJ de 07.11.05).” – BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 627.977/AL**, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU de 07/12/2006, p. 273.

<sup>437</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2155/PR**, Rel. Min. Sydney Sanches, DJU de 01/06/2001, p. 76.

PARAMETRICIDADE E CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO - A Constituição da República, em tema de ação direta, qualifica-se como o único instrumento normativo revestido de parametricidade, para efeito de fiscalização abstrata de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. AÇÃO DIRETA E OFENSA FRONTAL A CONSTITUIÇÃO - O controle normativo abstrato, para efeito de sua válida instauração, supõe a ocorrência de situação de litigiosidade constitucional que reclama a existência de uma necessária relação de confronto imediato entre o ato estatal de menor positividade jurídica e o texto da constituição federal. - Revelar-se-á processualmente inviável a utilização da ação direta, quando a situação de inconstitucionalidade - que sempre deve transparecer imediatamente do conteúdo material do ato normativo impugnado - depender, para efeito de seu reconhecimento, do prévio exame comparativo entre a regra estatal questionada e qualquer outra espécie jurídica de natureza infraconstitucional, como os atos internacionais - inclusive aqueles celebrados no âmbito da Organização Internacional do Trabalho (O.I.T) - que já se acham incorporados ao direito positivo interno do Brasil, pois os tratados concluídos pelo estado federal possuem, em nosso sistema normativo, o mesmo grau de autoridade e de eficácia das leis nacionais. [...] INTERPRETAÇÃO ADMINISTRATIVA DA LEI E CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO - Se a instrução normativa, em decorrência de má interpretação das leis e de outras espécies de caráter equivalente, vem a positivar uma exegese apta a romper a hierarquia normativa que deve observar em faces desses atos estatais primários, aos quais se acha vinculada por um claro nexo de acessoriedade, viciar-se-á de ilegalidade - e não de inconstitucionalidade -, impedindo, em consequência, a utilização do mecanismo processual da fiscalização normativa abstrata. precedentes: RTJ 133/69 - RTJ 134/559. - O eventual extravasamento, pelo ato regulamentar, dos limites a que se acha materialmente vinculado poderá configurar insubordinação administrativa aos comandos da lei. - Mesmo que desse vício jurídico resulte, num desdobramento ulterior, uma potencial violação da Carta Magna, ainda assim estar-se-á em face de uma situação de inconstitucionalidade meramente reflexa ou oblíqua, cuja apreciação não se revela possível em sede jurisdicional concentrada.<sup>438</sup>

Como se vê, a própria evolução do entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a possibilidade de controle concentrado ou abstrato dos decretos demonstra que, na verdade, tal situação não representa uma necessária hipótese de legalidade interposta entre o decreto e a Constituição Federal.

Apenas em tese é que se poderia entender que a questão sempre demandaria a intermediação de lei para sua resolução, o que, caso fosse verídico, indicaria o deslocamento necessário da competência para o Superior Tribunal de Justiça por força do art. 105 da Constituição Federal.

Parece que a visão sobre o problema é que foi mais bem focalizada pelos integrantes do Supremo Tribunal Federal: de fato, o cotejo entre decreto regulamentar e a Constituição Federal demanda a interposição da lei infraconstitucional, com o que se tem configurada a hipótese de ofensa reflexa ou indireta à Constituição. Nesse caso, pelo entendimento conservador, a questão

---

<sup>438</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1347/DF**, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 01/12/1995, p. 41685.

não diz respeito à constitucionalidade, mas sim à legalidade, estando o Supremo Tribunal Federal isento da responsabilidade de apurar a correção ou distorção de procedimentos.

No entanto, tratando-se de decretos tidos como autônomos (entendidos como aqueles que, ao invés de transbordarem os limites da lei que iriam regulamentar, *usurpam o lugar exclusivo da lei formal e/ou material*), há nítida, frontal e direta ofensa ao princípio da legalidade previsto no art. 5º, II, da Constituição Federal, bem como até mesmo ao princípio da hierarquia das normas, tido como materializado no art. 59 do mesmo *Codex*.

E ainda, para os casos dos verdadeiros decretos autônomos (aqueles criados a partir da alteração do art. 84, VI por meio da EC nº 32/2001), o desbordamento das hipóteses constitucionalmente previstas significa não mera ofensa reflexa ou indireta, mas sim violação frontal, na medida em que, no caso, o decreto autônomo confere concretude específica à uma norma constitucional autorizativa.

Em complemento, mostra-se novamente uma violação do princípio da legalidade quando os decretos autônomos ultrapassam as hipóteses do art. 84, VI da Constituição Federal: essa última previsão excepciona a regra geral do art. 5º, II, gerando por efeito que, fora das situações taxativamente inscritas no rol de competências do Presidente da República, haverá frontal e direta ofensa tanto à legalidade quanto, em última instância, à própria separação e harmonia entre os poderes (art. 2º da Constituição Federal de 1988).

No entanto, na sua mais recente jurisprudência, o Supremo Tribunal Federal prossegue adotando a postura mais estrita quanto a cabimento do controle abstrato de normas quando há outras tidas por interpostas:

Em suma: para que se viabilize o controle abstrato de constitucionalidade, é preciso que a situação de conflito entre o ato estatal dotado de menor positividade jurídica e o texto da Constituição transpareça, de maneira direta e imediata, do cotejo que se faça entre as espécies normativas em relação de antagonismo, independentemente de o contraste hierárquico com a Carta Política exigir, como sucede no caso, um necessário confronto prévio com qualquer estatuto de caráter legal, como tem enfatizado a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: "Não se legitima a instauração do controle normativo abstrato, quando o juízo de constitucionalidade depende, para efeito de sua prolação, do prévio cotejo entre o ato estatal impugnado e o conteúdo de outras normas jurídicas infraconstitucionais editadas pelo Poder Público. A ação direta não pode ser degradada em sua condição jurídica de instrumento básico de defesa objetiva da ordem normativa inscrita na Constituição. A válida e adequada utilização desse meio processual exige que o exame 'in abstracto' do ato estatal impugnado seja realizado, exclusivamente, à luz do texto constitucional. Desse modo, a inconstitucionalidade deve transparecer diretamente do texto do ato estatal impugnado. A prolação desse juízo de desvalor não pode nem deve depender, para efeito de controle normativo abstrato, da prévia análise

de outras espécies jurídicas infraconstitucionais, para, somente a partir desse exame e num desdobramento exegético ulterior, efetivar-se o reconhecimento da ilegitimidade constitucional do ato questionado." (RTJ 147/545-546, Rel. Min. CELSO DE MELLO).<sup>439</sup>

Tais considerações demonstram, uma vez mais, a necessidade de rever a aplicação desmedida e apriorística da orientação jurisprudencial sobre a ofensa reflexa ou indireta à Constituição Federal. Ela significa, em termos práticos, negar a verdadeira prestação jurisdicional, generalizando situações que devem ser individualizadas e, com isso, impedindo que se apartem casos concretos distintos.

O custo dessa aplicação indiscriminada se revela tanto no aspecto social (descrédito da sociedade com o trabalho dos juízes e tribunais, desgastando as instituições) quanto no aspecto mais pontual dos interessados diretos (partes e advogados simplesmente não conseguem explicação para que certas decisões sejam adotadas contra fatos contidos expressamente nos autos, provas produzidas e não apreciadas e, sobretudo, erros denunciados e mantidos por força de entendimentos que se auto-reproduzem, sem aferir a correção ou justiça no caso concreto).

Infelizmente, porém, em que pese o Supremo Tribunal Federal tenha alterado sua forma de enfrentar o problema da ofensa reflexa no âmbito do controle concentrado, terminou por materializar a passagem da orientação jurisprudencial para o âmbito do controle difuso de constitucionalidade através do Recurso Extraordinário, com efeitos ainda mais danosos.

Eis o objeto do próximo item.

#### **4.3.3 Transposição para o controle difuso por meio do Recurso Extraordinário: casos de aparente reflexividade. Hipóteses de legalidade interposta por pressuposição**

A premissa é que houve uma transposição do entendimento da orientação sobre a ofensa reflexa do controle concentrado para o controle difuso, com a particularidade de que, na forma abstrata, a aferição das relações entre lei, decreto e Constituição era a única ou, no mínimo, a principal situação problema enfrentada.

Ocorre que, no controle concreto, por meio das mais diversas espécies de ações, desembocando no Supremo Tribunal Federal por meio do Recurso Extraordinário, a transposição dessa linha de jurisprudência terminou por se espriar, atingindo hipóteses as mais diversas,

---

<sup>439</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.052/DF**, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 02/02/2006, p. 20.

sobretudo em relação aos direitos e garantias fundamentais – dispositivos configuradores de princípios do processo civil e penal contidos na Constituição Federal de 1988.

Ao lado dessas situações, outra ainda se apresenta com relevância prática e, portanto, como parte necessária da investigação desta pesquisa: a hipótese onde o caso concreto demonstra que, silenciosamente, os julgadores das instâncias ordinárias negam vigência ao Princípio da Reserva de Plenário, decidindo pela inconstitucionalidade de forma não expressa nas decisões, mas como resultado fático do quanto interpretado.

As preocupações ora reveladas foram selecionadas pelo autor por força da observação de sua maior incidência nos casos concretos que serviram de base para a escolha do tema e, subseqüentemente, do problema a ser enfrentado.

Abrangem, em princípio, todos os ramos do Direito, eis que as decisões do Supremo Tribunal Federal aplicam tal orientação para processos trabalhistas, eleitorais, da Justiça Comum Estadual ou mesmo da Justiça Federal dos Estados, sem distinção.

A tentativa de sistematização foi, sem dúvida, uma das preocupações mais relevantes da pesquisa, eis que a orientação, como observado quando da avaliação sobre a relevância prática e social do tema e do problema, é aplicada de maneira individualizada por cada integrante do Supremo Tribunal Federal, o que dificulta o estudo e, por conseqüência, a formação de análises críticas construtivas sobre o fenômeno.

É importante também deixar consignado que o problema da aplicação generalizada e irrestrita da orientação sobre a ofensa reflexa ou indireta contribui negativamente para a própria credibilidade interna do Poder Judiciário, na medida em que essa mesma “individualidade decisória” termina por indicar que, nas poucas hipóteses aonde se vai de encontro à linha de entendimento predominante, ao revés de estar buscando uma re-orientação sobre o problema, o Ministro estaria, em tese, protegendo um determinado interessado em detrimento dos outros vários casos concretos que aportam no Supremo Tribunal Federal.

A pesquisa pretende servir como uma espécie de “caixa de ressonância”, a fim de que os Ministros do Supremo Tribunal Federal – oxalá que tal ocorra – iniciem uma retomada dos estudos sobre quais prioridades em termos de injunções junto ao Legislativo e Executivo devem ser implementadas, bem como quais os princípios que devem ser valorizados no exercício do relevante mister que lhes foi confiado pelo povo, titular do poder soberano.

A marca característica que envolve todas as hipóteses de ofensa reflexa abaixo analisadas é a da *aparente reflexividade*, traduzida como uma postura de pressuposição ampla de que em todos os casos onde por meio de Recurso Extraordinário são alegadas violações aos princípios processuais constitucionalmente postos estar-se-ia visando transformar o Supremo Tribunal Federal numa quarta instância para mera e ampla revisão dos julgados proferidos e desfavoráveis aos recorrentes.

Ora, tal pressuposição implica na conseqüente *generalização* ou *banalização* do problema da ofensa reflexa ou indireta à Constituição Federal. E a mais danosa conseqüência deste processo de banalização é, justamente, a mudança do pensamento de que cada caso concreto tem um seu valor inato para que cada caso é mais um fardo de trabalho repetitivo e penoso.

A tarefa urgente para os assessores dos Ministros e para os próprios julgadores é se livrar do transtorno, ao invés de avaliar sua relevância concreta para os interessados envolvidos.

Criam-se, pois, duas ordens de processos judiciais: (i) os *relevantes*, entendidos como aqueles que possuem repercussão geral das questões desenvolvidas no recurso e (ii) os *irrelevantes*, valorados como de um plano secundário porque ou pedem o que o Supremo Tribunal Federal já decidiu ou, normalmente, buscam revisão de ordens já dadas e que não podem ser revistas pelo Supremo Tribunal.<sup>440</sup>

Não se pode perder de vista, porém, que a relevância ou repercussão geral dos temas envolvidos nos Recursos Extraordinários, em que pese atualmente tenha sido elevada ao nível de requisito específico de admissibilidade deste recurso<sup>441</sup> e seja entendido por doutrinadores de

---

<sup>440</sup> Os reflexos dessa postura podem ser sentidos pelos relatos dos envolvidos. Em comentário à matéria divulgada no sítio do Consultor Jurídico por meio da qual se afirmava que o Superior Tribunal de Justiça julgou, em 2006, mais de 230 mil processos, o advogado, professor e mestre em Direito pela USP Sérgio Niemeyer afirmou peremptoriamente: “Julgou pouco. Deveria ter julgado muito mais, se se considerar os recursos que não foram conhecidos ou inadmitidos com fundamento em falácias grosseiras, cujo escopo é unicamente barrar recursos, como nefando expediente para sorrateiramente sonegar a prestação jurisdicional. Tenho conhecimento de um recurso parado na 2ª Turma desde 2001, embora o Ministro Relator já esteja julgando recursos de 2006. Por que será essa preferência, ou desprestígio, se todos são recursos especiais? Será por que os de 2006 têm um ente público (a União) num dos pólos? Ahah, essa odiosa discriminação... que torna o Poder Judiciário subserviente do Executivo, e seus membros, devedores, ao menos pelos vínculos da afeição e da gratidão ao Presidente da República que os indicou e nomeou... Pobre de ti, ó nação, que tens de assistir a tudo isso calada.” – Comentário à matéria “Saldo do STJ”. In: **Consultor jurídico**. Disponível em <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/51296.1>>. Acesso em 21 fev. 2007, 00:05 horas, grifos do autor.

<sup>441</sup> Cf. CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. v. II. 13. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2006, p. 139/141. A Emenda Constitucional nº 45/2004 introduziu o parágrafo 3º ao art. 102 da Constituição Federal, com a seguinte redação: “No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros”. Tal previsão

referência como forma de “selecionar o que é transcendente daquilo que é rotineiro”<sup>442</sup>, na verdade, tal previsão acaba depondo contra o princípio democrático e contra a noção de legitimidade e soberania populares.

Em outros termos: quando se alude à repercussão geral como “a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico”, desde que *ultrapassem os interesses subjetivos da causa*<sup>443</sup>, acaba sendo perdido de vista que:

- a) o interesse público somente se materializa pela consecução de cada interesse particular;
- b) há um interesse público subjacente na fiel e eficiente prestação jurisdicional<sup>444</sup> e
- c) cada caso concreto enseja um mais que um interesse subjetivo, e sim um verdadeiro direito subjetivo do cidadão enquanto parte integrante do processo sob análise.<sup>445</sup>

O interesse subjetivo de ver analisado seu caso concreto não é nem nunca será passível de ser rotulado como simplório para o sistema jurídico nacional!

veio a ser regulamentada pela Lei Federal nº 11.418, de 19 de dezembro de 2006, a qual acrescentou os arts. 543-A e 543-B ao Código de Processo Civil brasileiro em vigor.

<sup>442</sup> BARROSO, Luís Roberto. Entrevista. In: COSTA, Priscyla. “Texto regulamentado – CCJ aprova uso da repercussão geral no STF”. **Consultor Jurídico**. Matéria de 02 jun. 2006. Disponível em <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/44994,1>>. Acesso em 18 fev. 2007, 14:58 horas.

<sup>443</sup> Cf. art. 543-A, § 1º do CPC, com a redação dada pela Lei nº 11.418/2006.

<sup>444</sup> Alf Ross afirma que a relação de importância dos direitos subjetivos com o ordenamento jurídico é mesmo umbilical: “Podemos concluir, portanto, que em todos os contextos que consideramos, os enunciados referentes a direitos subjetivos cumprem a função de descrever o direito vigente ou sua aplicação a situações específicas concretas. Ao mesmo tempo, contudo, é preciso afirmar que o conceito de direito subjetivo não tem qualquer referência semântica; não designa fenômeno algum de nenhum tipo que esteja inserido entre os fatos condicionantes e as conseqüências condicionadas; é, unicamente, um meio que torna possível – de maneira mais ou menos precisa – representar o conteúdo de um conjunto de normas jurídicas, a saber, aquelas que ligam certa pluralidade disjuntiva de fatos condicionantes a certa pluralidade cumulativa de conseqüências jurídicas” – ROSS, Alf. *Op. Cit.*, p. 208.

A relevância prática deste pensamento reside no fato que Ross afirma não haver *fundamento inato de validade nos direitos subjetivos*, conduzindo a se pensar que, portanto, todo direito subjetivo é veículo pelo qual se consegue especificar para uma pessoa, um grupo delas ou mesmo para universalidades juridicamente reguladas os princípios normativos maiores, contidos invariavelmente nas Constituições federais, o que se amolda como uma luva ao intento de viabilizar o estudo dos direitos subjetivos como instrumentos jurídicos de resistência legal e legítima aos abusos dos governantes decorrentes do desrespeito aos direitos fundamentais, dentre eles o acesso ao Judiciário e as demais garantias constitucionais do processo.

<sup>445</sup> Quem bem explicita os componentes essenciais de um direito subjetivo e sua inter-relação necessária com os interesses dos envolvidos é Tércio Sampaio Ferraz Júnior: “Em primeiro lugar, aparece o sujeito do direito. Pode tratar-se de uma pessoa, de um grupo de pessoas ou apenas de uma entidade caracterizada por um conjunto de bens. O sujeito é o titular do direito. Em segundo lugar, podemos falar do *conteúdo* do direito. Generalizando, trata-se da faculdade específica de constringer o outro, no caso dos direitos pessoais, ou de dispor (gozar e usar a coisa) sem turbção de terceiros, no caso dos direitos reais. Distinguimos, em terceiro lugar, o *objeto* do direito. Em princípio, trata-se do bem protegido. No caso dos direitos reais, é a *res*, que necessariamente não é uma coisa física, como no direito do autor à obra. No caso dos direitos pessoais, a noção de *objeto* aplica-se com dificuldade, salvo se pensarmos aqui na noção de *interesse protegido*. Por fim, mencionemos a proteção do direito, isto é, a possibilidade de fazer valer o direito por meio da ação processual correspondente” – FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 3. ed. São Paulo : Atlas, 2001, p. 151.

A repercussão geral da questão constitucional no Recurso Extraordinário é uma nova previsão constitucional já regulamentada por meio de lei ordinária específica. Em outros termos: uma restrição ao amplo acesso ao Poder Judiciário que merece crítica<sup>446</sup>, mas que está inserida no direito objetivo posto brasileiro, marcada pela presunção de constitucionalidade dos atos legislativos.

E, sem dúvida, o uso da técnica de afirmar a inexistência de repercussão geral nos mais diversos casos de Recursos Extraordinários fará com que, durante um tempo maior ou menor, o Supremo Tribunal Federal promova uma espécie de *limpeza das pautas por seleção genérica*, promovida pela decisão de repercussão apenas casuística da ofensa constitucional alegada.

Como efeito desta opção, que pelos seus resultados pode ser ainda mais danosa pois mais abrangente, a orientação sobre a ofensa reflexa ou indireta à Constituição permanecerá latente, mas não desaparecerá.

Especialmente porque a maioria necessária para aprovar a ausência de repercussão geral é significativa (8 dos 11 ministros, ou 2/3 dos integrantes do Supremo), os casos onde a proliferação de Recursos Extraordinários é iminente deverão ser decididos pela ausência; os demais, geradores de controvérsias ou mesmo onde não se conseguiu a maioria fixada, persistirão sofrendo a incidência da orientação de ofensa reflexa ou indireta.

Mais restrições, menos garantias.

O maior problema, contudo, situa-se ainda no âmbito das orientações jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal, posto que, quer quando ainda sem institucionalização, quer quando já convertidas em súmula da jurisprudência dominante, sua aplicação aos casos concretos é muito mais difícil de ser combatida.

Os mecanismos de controle concentrado são vetados para tal desiderato no atual estágio de entendimento do Supremo Tribunal Federal, eis que o pensamento predominante na Corte é que súmula não é ato normativo passível de controle de constitucionalidade.

E a provocação por meio de Recurso Extraordinário vem sendo constantemente restringida, por meio do recrudescimento das exigências de prequestionamento, aspectos formais

---

<sup>446</sup> Entende-se inconstitucional tanto a parte da Emenda que deu origem ao novel § 3º do art. 102 quanto, por consequência ou por arrastamento, a Lei nº 11.418/2006, na medida em que violam tanto o princípio democrático quanto o princípio da mais ampla defesa e, sobretudo, o princípio do amplo acesso ao Poder Judiciário. Contudo, dificilmente tal pecha será reconhecida, não apenas porque a medida legislativa vem ao encontro do interesse dos Ministros componentes do Supremo Tribunal Federal para desafogar as pautas da Corte mas, em especial, porque a jurisprudência da Suprema Corte entende que o acesso ao Judiciário pode ser limitado por requisitos processuais advindos de lei formal e material – que dirá de emendas à Constituição.

de elaboração do recurso, fundamentação vinculada e adequação às próprias súmulas. Some-se, agora, a superação do requisito da repercussão geral.

Ainda sobre todos os óbices indicados, surge a aplicação da ofensa reflexa ou indireta à Constituição Federal, a qual guarda como maior inconveniente e motivo de preocupação a impossibilidade de recurso com viabilidade para sua revisão no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Sim, pois, mercê dos Agravos Regimentais quando é decisão monocrática quem aplica a orientação, tem-se apenas o caminho dos Embargos Declaratórios, que não servem para inovar a discussão.

O cabimento de meios autônomos de impugnação do decisório, como a Ação Rescisória, estaria a princípio inviabilizada porque o Supremo Tribunal Federal somente reconhece sua competência para o conhecimento e decisão de tal processo quando tenha enfrentado questão referente ao mérito da causa, ainda que tenha sido apenas para negar a pretensão, com arrimo na súmula da sua jurisprudência dominante de nº 249.<sup>447</sup>

Ainda no que tange a reflexividade da ofensa como postura pressuposta pelos julgadores, deve-se levar em conta que tal pensamento aplicado aos casos práticos gera uma inversão de papéis: o controle difuso, mais antigo no sistema jurídico constitucional brasileiro, que é formado pela primazia do caso concreto, termina sendo enfrentado com as premissas do controle concentrado, ou seja, com base no enfrentamento da questão constitucional de forma abstrata, etérea, para que seja simplificada a decisão a ser adotada e, posteriormente, apenas transposta para cada processo individualmente considerado enquanto um mero receptáculo específico de uma decisão geral tomada pela Corte Constitucional.

E a utilização de mecanismos de filtragem ampla de Recursos Extraordinários vem sendo entendida como correta pelos integrantes da Suprema Corte brasileira porque, à luz do direito norte-americano, há muito tempo já devia o Supremo Tribunal Federal se desocupar “da correção de eventuais erros das Cortes originárias”, com o que estaria retirando do Recurso Extraordinário o seu atual “caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva”.<sup>448</sup>

---

<sup>447</sup> Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Rescisória nº 1613/RJ**. Rel<sup>a</sup>. Min<sup>a</sup>. Ellen Gracie, DJU de 24/11/2006, p. 61.

<sup>448</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar no Recurso Extraordinário nº 376.852/SC**, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJU de 13/06/2003, p. 11.

Perceba-se, ainda, que o fenômeno cada vez mais ocorrente da objetivação do Recurso Extraordinário (ou do seu uso para fins de realizar controle abstrato de constitucionalidade) vem sendo prestigiado pelo Supremo Tribunal Federal, notadamente como forma de impedir a proliferação de processos idênticos.<sup>449</sup> Também alterações regimentais viabilizariam o julgamento de blocos de casos tidos como idênticos, onde o tema ganha mais importância que o caso.<sup>450</sup>

A qual custo, porém?

Mas não se perca de vista: entender a repercussão geral ou qualquer outro procedimento para agilizar a gestão de processos no Supremo Tribunal Federal de um ponto de vista democrático somente poderá se dar se estiverem resguardadas aquelas situações concretas as quais “dizem respeito à correta interpretação/aplicação dos direitos fundamentais, que traduzem um conjunto de valores básicos que servem de esteio à toda ordem jurídica – *dimensão objetiva dos direitos fundamentais*”<sup>451</sup>, especialmente as garantias constitucionais do processo!

Como já asseverado anteriormente (v. *supra*, Capítulo III), não é permitido por meio de interpretação da Constituição Federal que o Supremo Tribunal Federal singelamente se confunda em legislador constituinte e passe a alterar competências constitucionalmente postas à sua atribuição.

Ora, se o art. 102 do Texto Maior atual e a própria história constitucional brasileira indicam que o controle difuso que lhe alcança por meio do Recurso Extraordinário é sua tarefa por excelência, é indispensável afastar a sanha por afugentamento do controle difuso em

---

<sup>449</sup> Para uma ampla justificação da ocorrência e do acerto desta tese, colacionando inclusive vários exemplos recentes, afirma Fredie Didier: “Nada impede, porém, que o controle de constitucionalidade seja difuso, mas abstrato: a análise da constitucionalidade é feita em tese, embora por qualquer órgão judicial. Obviamente, porque tomada em controle difuso, a decisão não ficará acobertada pela coisa julgada e será eficaz apenas *inter partes*. Mas a análise é feita em tese, vinculando o tribunal a adotar o mesmo posicionamento em outras oportunidades”. Cf. DIDIER JÚNIOR, Fredie. “Transformações do Recurso Extraordinário”. In.: BAHIA, Saulo José Casali; BRITO, Edvaldo; DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.). **Reforma do judiciário**: de acordo com a EC n. 45/2004. São Paulo : Saraiva, 2006, p. 120/121.

<sup>450</sup> Com a criação da Emenda Regimental nº 20, de 16 de outubro de 2006, por sugestão do Ministro Cezar Peluso, o Supremo Tribunal Federal alterou o art. 131 de seu Regimento Interno, passando a admitir que as sustentações orais de casos julgados com envolvimento de centenas de processos tidos por idênticos seja limitada a todos os causídicos em 30 minutos: “Os ministros do Supremo Tribunal Federal deram mais um passo em busca da racionalização de seus trabalhos. Uma emenda regimental foi aprovada para que nos julgamentos de processos idênticos — em temas que às vezes somam milhares de casos — haja limite de tempo para a sustentação oral das partes. [...] O sistema é o mesmo que já se adota nas situações de *amicus curiae* e litisconsórcio. Ou seja: em vez de julgar casos, serão julgados temas.” – ERDELYI, Maria Fernanda. “O tema sobre o caso”. In: **Consultor jurídico**. Matéria de 17 out. 2006. Disponível em <[http://conjur.estadao.com.br/static/text/49331\\_1](http://conjur.estadao.com.br/static/text/49331_1)>. Acesso em 20 fev. 2007, 23: 53 horas.

<sup>451</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie. “Transformações...”. *Op. Cit.*, p. 129, grifos do autor.

detrimento do controle concentrado por ações diretas, sob pena que o Supremo Tribunal Federal passe à discricção absoluta sobre o que julgar, quando e como, sem qualquer controle mútuo derivado do art. 2º da Constituição vigente.

A ausência de condições materiais para enfrentar o binômio qualidade da decisão/tempo para a decisão faz com que o Supremo Tribunal Federal, por óbvio, se distancie de ser um Tribunal modelo em termos de produção. Mas é falacioso afirmar que os Ministros componentes e seus auxiliares não se esmeram em resolver a avalanche de casos, dado que são notórios os resultados quantitativos da produção judicante, normalmente enunciados a cada início de novo Ano Judiciário.

Contudo, a preocupação reinante é que, para além da quantidade de decisões, o que se espera da cúpula do Poder Judiciário é *qualidade nas decisões*, envolvendo conhecimento jurídico, exame acurado do caso concreto e deliberações baseadas na axiologia da Constituição Federal de 1988, o que somente será possível com uma estrutura dimensionada, adequada às necessidades decorrentes da Constituição.

Há de ser afastado, pois, o entendimento – hoje, infelizmente, predominante – que a solução do problema passa pela restrição cada dia mais crescente de acesso ao Supremo Tribunal Federal, com maiores e mais amplos óbices sendo criados por lei, pela Constituição ou mesmo pela jurisprudência da Corte, em franco prejuízo aos direitos subjetivos dos cidadãos nacionais.

Um mal (a pleora de processos e recursos) não pode – nem deve – ser combatido com outras mazelas (redução de direitos fundamentais por meio de interpretações passíveis de críticas), sob pena de fazer-se tábula rasa do constitucionalismo moderno e das disposições constitucionais de 1988 estampadas nos arts. 1º, 3º e 5º.

Passe-se, pois, ao estudo pontual das hipóteses mais comuns de aparente ofensa reflexa, para fins de sua desmistificação e – esperada – conseqüente mudança de entendimento.

#### ***4.3.3.1 Súmula 636 do Supremo Tribunal Federal: a revisão de ofensa à legalidade***

A orientação sobre os limites dos decretos constituírem, sempre, hipóteses de inconstitucionalidade meramente reflexa ou indireta, veio se contemporizando ao longo do tempo, sendo temperada a firmeza do entendimento na sucessiva jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, passou-se a entender mais atualmente da seguinte forma:

Estão sujeitos ao controle de constitucionalidade concentrado os atos normativos, expressões da função normativa, cujas espécies compreendem a função regulamentar (do Executivo), a função regimental (do Judiciário) e a função legislativa (do Legislativo). *Os decretos que veiculam ato normativo também devem sujeitar-se ao controle de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal.*<sup>452</sup>

Ato regulamentar não está sujeito ao controle de constitucionalidade, dado que, se vai ele além do conteúdo da lei, pratica ilegalidade e não inconstitucionalidade. *Somente na hipótese de não existir lei que preceda o ato regulamentar, é que poderia este ser acoimado de inconstitucional, assim sujeito ao controle de constitucionalidade. Precedentes do STF.*<sup>453</sup>

A ponderabilidade da tese do requerente é segura. Decretos existem para assegurar a fiel execução das leis (artigo 84-IV da CF/88). A Emenda Constitucional nº 8, de 1995 - que alterou o inciso XI e alínea a do inciso XII do artigo 21 da CF - é expressa ao dizer que compete à União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei. *Não havendo lei anterior que possa ser regulamentada, qualquer disposição sobre o assunto tende a ser adotada em lei formal. O decreto seria nulo, não por ilegalidade, mas por inconstitucionalidade, já que supriu a lei onde a Constituição a exige.*<sup>454</sup>

Tais precedentes denotam que houve uma nítida evolução no entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a relação entre lei, decreto e Constituição, na medida em que se passou a afirmar que são coisas totalmente distintas o transbordamento da lei pelo decreto e, por exemplo, a disciplina de um tema que deveria ser realizada por meio de lei formal e material ser realizada por meio de decreto.

Na última hipótese acima, está-se diante, sem dúvida, de uma verdadeira ofensa direta à Constituição Federal, autorizando o controle concentrado dos decretos citados e, por via de consequência, também o controle difuso de constitucionalidade.

Na realidade, tomando por algo certo que o surgimento da idéia da ofensa reflexa adveio do controle concentrado dos decretos regulamentares, o mesmo raciocínio acabou sendo transposto para a lei: quando a lei simplesmente regulamenta a Constituição Federal, o vício, normalmente, situa-se no plano infraconstitucional.

Vai-se, aí, de encontro a toda a concepção do constitucionalismo moderno, o qual tem a Constituição Federal como o ponto nuclear do sistema jurídico:

<sup>452</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2950/RJ**, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 09/02/2007, p. 16, com grifos não constantes do original.

<sup>453</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3383/DF**, Rel. Min. Carlos Velloso, DJU de 03/06/2005, p. 49, com grifos não constantes do original.

<sup>454</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1435/DF**, Rel. Min. Francisco Rezek, DJU de 06/08/1999, p. 05, com grifos não constantes do original.

Vislumbrando-se a Constituição enquanto norma e, mais ainda, enquanto norma suprema da ordem jurídica, fundamento de legitimidade de todas as demais regras que integram o sistema jurídico, pode-se atribuir um papel de ordenação material e formal ao pacto fundamental em relação a toda ordem infraconstitucional, impondo a leitura desta a parte daquele.<sup>455</sup>

De fato, não é cientificamente viável afirmar que após a Constituição Federal de 1988 todos os problemas normativos brasileiros são questões constitucionais apenas pelo fato de sua previsão estar contida, em especial, no art. 5º, II, segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Porém, também não é crível que a quase totalidade dos casos que desafogam no Supremo Tribunal Federal pretenda de forma única subverter as funções da Corte Suprema, revendo o que foi decidido de forma correta pelas instâncias anteriores.

As alegações de ofensa ao princípio da legalidade são tão numerosas que o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula nº 636, com o seguinte teor: “*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*”.

Comentando tal entendimento sumular, Roberto Rosas afirma:

O recurso extraordinário é cabível por contrariedade a dispositivo constitucional, de forma direta. Se a invocação do princípio da legalidade (CF, art. 5º, II) demanda exame da lei ordinária para justificar esse princípio, então, não há matéria a ser examinada no recurso extraordinário.<sup>456</sup>

Tal entendimento sumulado tem como precedentes julgados compreendendo o período de 1992 a 2001, sendo que sua aprovação se deu na Sessão Plenária de 24/09/2003, com as publicações regimentais regularmente realizadas.

Ocorre que, apreciando o inteiro teor dos arestos que compuseram o precedente, analisados em ordem cronológica, pode-se constatar o seguinte.

No Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 142.384, relator o Ministro Carlos Velloso, a recorrente – como consta do relatório do voto – afirmou que o Recurso Extraordinário estava sendo interposto alegando violação da legalidade porque *inexistia lei que mandasse aplicar o índice IPC de 70,28% em janeiro de 1989 aos débitos oriundos de decisão judicial*, os

<sup>455</sup> SHCIER, Paulo Ricardo. *Op. Cit.*, p. 84.

<sup>456</sup> ROSAS, Roberto. **Direito sumular**: comentários às súmulas do supremo tribunal federal e do superior tribunal de justiça. 12. ed. rev. e atual. São Paulo : Malheiros, 2004, p. 317.

quais eram e são regidos pela Lei nº 6.899/81; o Relator, no seu voto, afirmou não haver tal ofensa porque “a questão decidida é puramente de interpretação de normas infraconstitucionais”.

No Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 134.736, relator o Ministro Sepúlveda Pertence, o recorrente era um banco que havia ajuizado Ação de Busca e Apreensão para recuperar de terceiros mercadorias que forma alienadas pelo réu mesmo vinculadas como garantias pignoratícias a contrato de financiamento; mesmo vencendo na primeira instância, na segunda foi exigido que o contrato fosse registrado para valer contra terceiros, *tendo sido interposto o Recurso Extraordinário justamente porque a alegação era de inexistência de tal obrigatoriedade do registro na lei de regência*.

O acórdão recorrido haveria de ser mantido, segundo o Ministro Relator, pois “a douta Turma Julgadora, ao reformar a sentença monocrática, o fez discorrendo sobre os fundamentos legais que a amparam”. O problema, aí, segundo S. Exa., é que a lógica ingênua do agravante na espécie resultaria em que se “transformaria *todas* as questões jurídicas em questões constitucionais, baralhando as competências repartidas entre o Supremo Tribunal e os Tribunais Superiores e comprometendo a autonomia das Cortes estaduais”.

No Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 157.990, relator o Ministro Marco Aurélio, versando a matéria de fundo uma vez mais sobre índices de correção monetária aplicáveis para a plena recomposição financeira em época de inflação galopante; a ementa é significativa:

Difícilmente constata-se em provimento judicial violência ao princípio constitucional da legalidade. Os julgamentos decorrem de tarefa interpretativa, não sendo crível que se admita a existência de lei em certo sentido e se conclua de forma diametralmente oposta. Embora não se possa alçar a dogma a jurisprudência segundo a qual a violação a Carta, suficiente a impulsionar o recurso extraordinário deve ser frontal e direta, descabe transferir ao Supremo Tribunal Federal a apreciação de recurso em que e asseverado o desrespeito a legislação federal. Tal exame dar-se-á caso a caso, apenas sendo possível conhecer do extraordinário quando a transgressão a lei salte aos olhos, não ficando a hipótese no campo da simples interpretação.

Nas razões do voto, em que pese tenha feito a análise de todos os pressupostos recursais formais, no mérito, a controvérsia foi entendida como estritamente vinculada ao ângulo infraconstitucional.

No Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 210.533, relator o Ministro Maurício Corrêa, tratou-se de Recurso de Revista interposto perante o Tribunal Superior do

Trabalho e que teve seguimento negado, segundo o recorrente, porque não foram apreciadas questões de suma importância constantes nas razões recursais, as quais poderiam alterar o entendimento acaso apreciadas.

Alegou-se *negativa de prestação jurisdicional*, conforme consta do próprio relatório do acórdão que embasou a súmula. Sustentou-se que negar prestação jurisdicional ocorre quando a Constituição Federal afirma que nenhuma lesão ou ameaça a direito pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário, bem como que a decisão do agravo regimental (o qual confirmou o trancamento do Recurso de Revista) não foi fundamentado, pois nem demonstrou os motivos que nortearam o convencimento.

Afirmou, por fim, que “A simples definição da existência ou não da negativa de prestação jurisdicional não é matéria de cabimento de recurso e sim de aferição do respeito à garantia constitucional em questão”.

Ocorre que o Relator entendeu que, em que pese a matéria esteja prevista no Texto Constitucional, “está disciplinada na lei ordinária, impondo-se inicialmente o seu exame para posterior apreciação de afronta ao texto da Lei Maior, o que demonstra o caráter indireto da alegada ofensa, inviável nesta instância extraordinária”.

No Recurso Extraordinário nº 231.085, relator o Ministro Moreira Alves, a ementa sintetiza caso concreto onde servidora pública entendeu que estava sendo lesada por força da forma como, na lei de regência, estava sendo ressarcida no seu 13º Salário, diante – novamente – da instabilidade inflacionária vivida no país:

Dedução da antecipação do décimo terceiro salário. URV. Art. 24 da Lei 8.880/94. - O que pretende a recorrente, com a alegação de ofensa ao princípio da legalidade, é que a interpretação dada pelo acórdão recorrido ao artigo 24 da Lei 8.088/94 seja tida como errônea. Ora, saber se a interpretação de uma norma infraconstitucional está certa, ou não - e, no caso, o STJ, ao julgar o recurso especial, já decidiu no sentido afirmativo -, pressupõe, evidentemente, o exame prévio dessa norma, o que implica dizer que a alegação de ofensa ao princípio constitucional da legalidade é indireta ou reflexa, não dando margem, assim, ao cabimento do recurso extraordinário. - Por outro lado, essa interpretação não conduz à redução do 13º salário com violação ao princípio da irredutibilidade do salário, até porque a dedução, com base nela, do adiantamento correspondente a 6/12 avos da gratificação natalina não é superior a 50% do valor global desta (12/12 avos) em URV, como bem demonstrou o aresto recorrido.

Nesse caso, o Relator afirmou que não compete ao Supremo Tribunal Federal rever a interpretação das normas infraconstitucionais feita pelo Superior Tribunal de Justiça (o qual entendeu, inclusive, que era correta a decisão de segunda instância). Fundamentou, mesmo após

afirmar que a legalidade teria sido apenas indiretamente violada, o motivo porque entendia correta a decisão recorrida, adentrando no problema – ainda que para concordar com o aresto recorrido.

Por fim, no Agravo Regimental em Recurso Extraordinário 266.041, relator o Ministro Celso de Mello, tratou-se de recurso interposto pela Caixa Econômica Federal (CEF), no qual, através de “petição padronizada”, não foram infirmados todos os fundamentos jurídicos da decisão agravada.

A matéria de fundo eram os índices de atualização aplicáveis ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), sendo que a decisão contrária à CEF foi objeto de recurso onde seus advogados alegaram que a pleora de decisões judiciais acolhendo índices de correção diversos dos que a mesma entendia corretos configuravam circunstâncias onde os juízes exerciam verdadeiro poder normativo, devendo o Supremo Tribunal Federal rejeitar tal prática.

O relator entendeu incensurável a sua decisão monocrática, justo porque já afirmara que a ofensa alegada, se existente, seria apenas indireta ou reflexa, posto que a interpretação legislativa se exaure num contencioso de mera legalidade, não havendo qualquer transgressão ao princípio da legalidade quando a decisão interpreta para solucionar o caso concreto.

Quais as conclusões mais relevantes do levantamento das decisões que serviram de precedentes e embasaram a Súmula 636 do Supremo Tribunal Federal?

- a) *todas* as decisões foram tomadas por unanimidade de votos, em ambas as Turmas do Tribunal e em épocas distintas, o que já denota a ausência absoluta de debate sobre os problemas envolvidas nos casos concretos, bem como que a avaliação da ofensa se tornou tarefa isolada dos relatores, sem qualquer controle do colegiado;
- b) dos seis precedentes envolvidos, um não se referiu nem mesmo à questão da legalidade, posto que o pedido se enfocou na negativa de prestação jurisdicional, mas o relator, em seu voto condutor, enveredou pela alegação de que o problema era processual, não havendo ofensa direta mas apenas indireta à Constituição;
- c) do conjunto analisado, duas das decisões foram pautadas sobre caso concreto onde a alegação foi de *inexistência de obrigação legal para realização de atos tidos como obrigatórios*, ou seja, a violação a um dever sem base constitucional, ainda que materializado por normas infraconstitucionais;

- d) na decisão relatada pelo Ministro Marco Aurélio restou evidenciada a idéia que o Supremo Tribunal Federal tem como sinônimos ofensa reflexa com ofensa expressa ou evidente no acórdão recorrido, eis que se exigiu que a mesma “salte aos olhos”, bem como que é difícil a alegada ofensa à legalidade configurar situação real de violação constitucional;
- e) dos seis julgados, os dois últimos, mais recentes, denotam que, de fato, houve uma tentativa de reexaminar todo o problema por meio da alegação de ofensa à legalidade, sendo sintomático verificar que num dos casos o recorrente foi o Poder Público, por meio da CEF.

A avaliação específica de cada um dos precedentes formadores da Súmula 636 revela o que seu texto já indica: *há uma nítida pressuposição de que alegada ofensa ao princípio da legalidade e, por extensão, aos demais princípios constitucionais fundamentais, tal violação será tida, antecipadamente e na dúvida, como uma ofensa meramente reflexa ou indireta, não se conhecendo do Recurso Extraordinário.*

Sintomático que a redação dada à Súmula tenha os seguintes elementos: “quando a sua verificação *pressuponha* rever a interpretação dada” e “interpretação dada a normas infraconstitucionais *pela decisão recorrida*”.

A realidade demonstra que, se houver risco mínimo de resvalar o problema para o campo da discrepância de interpretação da norma infraconstitucional, a atuação do Supremo Tribunal Federal é pela ofensa ser tida como reflexa ou indireta.

Despreza-se que o conflito de interpretações de normas infraconstitucionais, visto sobre o ângulo do papel relevante e singular da Corte Suprema, significa, em verdade, aferir qual *a base constitucional* da correção da tese vencedora.

Assim não procedendo, *qualquer interpretação adotada pelos Tribunais Superiores no Brasil seria imune ao controle do Supremo, posto que blindadas pela condição de geratrizes tão somente de ofensas reflexas ou indiretas!*

Da mesma forma, analisar apenas o quanto contido nas decisões recorridas, apesar de técnica tida idealmente como compatível com a função de tribunal das questões jurídicas e não de fato, relega a segundo plano que, em um sem número de decisões, *o que se pretende é uma simples verificação pelo Supremo Tribunal Federal de fatos contidos no processo, de ocorrências materializadas e não consideradas pelas instâncias ordinárias.*

Pode-se visualizar, de logo, que a aplicação reiterada e generalizada da orientação sobre a ofensa reflexa é dotada de uma apenas aparente pacificidade.

Como a Corte Suprema terminou por assentar seu entendimento, ao que parece a doutrina não se preocupou de problematizar o tema, deixando o caminho aberto para a sedimentação dessa corrente de jurisprudência defensiva. Isso porque os recorrentes, quando não colhidos por multas decorrentes de conduta processual pautada na procrastinação, esbarravam no trânsito em julgado por exaurimento de instância, ou seja, pelo encerramento de recursos previstos no ordenamento jurídico do Estado.

Não se pode, porém, pretender afirmar a inexistência de casos de real ofensa meramente indireta ou reflexa. Exemplo claro se mostra quando há alegação de ofensa ao devido processo legal por impossibilidade de uso do Mandado de Segurança e, no seio da discussão, a perspectiva é justamente de rever o objeto tratado no *writ*.

São situações distintas: uma é a criação de impedimentos para o uso do Mandado de Segurança, como o retardo de distribuição ou a negativa de prioridade na sua tramitação. Em tais hipóteses, poder-se-ia sustentar a ofensa direta; contudo, quando o *mandamus* foi impetrado, analisado e, ao final, negado em face de questões infraconstitucionais, pretender afirmar que houve negativa de vigência da Lei 1.533/51 seria violar apenas lateralmente o art. 5º, II e LIV.

Reafirme-se, porém, que as situações concretamente configuradoras de ofensa reflexa, em verdade, são exceções, e não a regra geral.

A maciça incidência da orientação jurisprudencial no período posterior à Constituição Federal de 1988 se deve ao seu uso como filtro amplíssimo de demandas deliberadas como não-constitucionais, mas que carregam em seu bojo alegações plausíveis, fundamentadas e indicativas de verdadeiras violações ao Texto Maior passíveis de correção pelo Supremo Tribunal Federal.

Relevante para a questão da legalidade em face da ofensa reflexa é identificar, precisamente, qual o papel da lei na alegada violação constitucional, distinguindo a *necessidade de sua revisão* das hipóteses de *obrigação de sua verificação*.

Explica-se: o Supremo Tribunal Federal aplica a orientação sobre a ofensa reflexa sob o fundamento que, em tais casos, o que a parte recorrente pretende é a revisão da questão legal em primeiro plano para, somente após, indiretamente, atingir a norma constitucional.

Ocorre que essa pressuposição é inverídica acaso aplicada de forma genérica e apriorística: isso porque em toda apreciação eficiente dos casos é imprescindível conhecer o

problema, afastando as pré-compreensões e atingir o grau mais completo de coleta de dados daquele problema específico que está sendo enfrentado.

Logo, sendo a lei um meio-termo para a alegada ofensa ser compreendida como uma verdadeira ofensa à Constituição Federal (com o respeito devido, significativa parcela dos casos pesquisados), o conhecimento dos termos da lei não a coloca como elemento que necessite ser revisto, mas sim levado em consideração para o correto julgamento do caso concreto.

A tarefa de alteração das pré-compreensões pelo Supremo Tribunal Federal é árdua na medida em que a jurisprudência defensiva aplicada busca impedir que o Tribunal se torne disfuncional, paralisado pelo número gigante de recursos que ali chegam todos os dias.

Não se pode, porém, desistir.

A abertura para o debate de idéias pode gerar resultados democraticamente surpreendentes em médio espaço de tempo, gerando alterações profundas no cotidiano da Corte Suprema tão-somente por mudança do viés interpretativo hoje reinante.

O maior de todos os problemas em hipóteses como as alegadas violações reflexas ao princípio da legalidade é a discricionariedade ampla dos julgadores, posto que não se consegue divisar por quais motivos, em casos ainda mais flagrantes de violência à Constituição Federal, aplica-se a orientação e, em outros, notadamente nos de controle concentrado, a recíproca não é verdadeira.

A conclusão que parece ser mais lógica é a tentativa de diminuir, por meio de uma jurisprudência autodefensiva, o volume de trabalho decorrente do exercício do controle difuso.

Pelo exposto, pode-se sustentar que não configuram hipóteses de ofensa reflexa ou indireta (mesmo contra a atual orientação do Supremo Tribunal Federal):

- a) *a exigência de peça processual sem base normativa*: nesse caso, há uma verdadeira criação judicial de obrigação sem base normativa para tanto, estampando-se usurpação das competências típicas do Poder Legislativo, na justa medida em que, se o ato de formação de um instrumento de agravo, por exemplo, há de ser fixado com base no cumprimento das peças elencadas no diploma processual, qualquer interpretação que majore o número usual de peças a serem carreadas representa um prejuízo à parte recorrente, uma surpresa indevida para a mesma e, portanto, uma afronta direta e frontal ao princípio da legalidade;

- b) *o uso de espécie normativa diversa para tratar de casos de reserva legal*: também configura hipótese de violação sempre direta, posto representar a típica usurpação de competência de um dos poderes, normalmente do Legislativo, eis que o usual é que decretos, portarias, instruções normativas e atos normativos assemelhados tomem indevidamente o lugar da lei formal e material ou só material, quando possível. Também é hipótese destas o uso de Medida Provisória ou de Lei Delegada versando sobre os limites explícitos de seus usos constantes dos arts. 62, § 1º e 68, § 1º da Constituição Federal de 1988;
- c) *a aplicação de norma ou princípio quando o mesmo não se pode aplicar*: deve-se entender que em tais casos o raciocínio lógico do juízo está orientado de forma antagônica com o espírito do princípio da legalidade, já que aplicar errado um preceito é formular juízo falacioso, desconforme o direito objetivo e, portanto, diretamente ofensivo à Constituição Federal; o Supremo Tribunal Federal reconhece ontem<sup>457</sup> e hoje<sup>458</sup> que “a aplicação de norma ou princípio a situação por eles não alcançada vale por contrariá-los”;
- d) *as hipóteses onde a interpretação da norma infraconstitucional é pressuposto lógico para o julgamento do Recurso Extraordinário*: eis o reconhecimento do próprio Supremo Tribunal Federal em sua mais recente jurisprudência essa situação como na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.566/DF<sup>459</sup> que não é mesmo possível dissociar a realidade do caso concreto e a realidade dos fatos da questão jurídica que vem sendo tratada. A situação em comento se materializa quando, para ter domínio sobre o tema constitucional em debate, se faz necessário verificar em que termos está posta a lei indigitada. Digno de nota é que, ao contrário do pensamento atual, essa tarefa é a mais comum na pletera de processos afastados de análise pela aplicação generalizada da orientação.

---

<sup>457</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 226.462/SC**, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 25/05/2001, p. 19.

<sup>458</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 253.019/SC**, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 19/06/2006, p. 45.

<sup>459</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3566/DF**, Rel. Orig. Min. Joaquim Barbosa; Rel. para acórdão Min. Cezar Peluso, julgamento em 15/02/2007 noticiado no Informativo nº 456, Brasília : período de 12 a 23/02/2007: “O Tribunal, por maioria, julgou parcialmente procedente pedido formulado em ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador-Geral da República contra dispositivos da Lei 7.727/89 e do Regimento Interno do TRF da 3ª Região, que dispõem sobre eleição para cargos diretos. Preliminarmente, o Tribunal, por maioria, afastou a alegação de se estar diante de ofensa meramente reflexa à Constituição Federal, com base na orientação fixada pela Corte no sentido de ser imprescindível, para verificar se houve violação à reserva de iniciativa de que trata o art. 93 da CF, saber como o estatuto da magistratura em vigor disciplina a questão” (grifos não constantes do original).

A situação referida no último item acima veio bem retratada na seguinte decisão do Supremo Tribunal Federal:

[...] Recurso extraordinário: inconstitucionalidade reflexa ou mediata e direito local. Como é da jurisprudência iterativa, não cabe o RE, *a*, por alegação de ofensa mediata ou reflexa à Constituição, decorrente da violação da norma infraconstitucional interposta; mas o bordão não tem pertinência aos casos em que o julgamento do RE pressupõe a interpretação da lei ordinária, seja ela federal ou local: são as hipóteses do controle da constitucionalidade das leis e da solução do conflito de leis no tempo, que pressupõem o entendimento e a determinação do alcance das normas legais cuja validade ou aplicabilidade se cuide de determinar.<sup>460</sup>

No voto condutor o Ministro Sepúlveda Pertence adentrou na questão constitucional e entendeu pelo conhecimento do Recurso Extraordinário e, ao final, pelo provimento, reconhecendo que ofensa constitucional teria ocorrido.

Após as ponderações e votos dos demais Ministros, o relator retomou a palavra em voto-explicação, afirmando que a decisão sobre a ofensa reflexa era um “bordão que repetimos algumas centenas de vezes a cada dia”, aduzindo, porém, que o seu alcance era limitado.

Quais os limites? Referiu-se “aos recursos extraordinários, pela letra ‘a’, em que se alega que determinada decisão, ou certo ato público ou privado contraria a Constituição, porque, primeiro, violou a lei e, por fazê-lo, ofendeu a Constituição”.

Ressaltou, porém: “Há duas situações, pelo menos, em que, *data venia*, não é possível exercer a nossa função de ‘*guarda da Constituição*’ sem primeiro interpretar a lei local”, tratando da segunda sob o prisma da proteção ao art. 5º, XXXVI<sup>461</sup> e concluindo que a primeira – afeta à análise deste momento - é a que ocorre no exercício do controle de constitucionalidade, o qual somente deve ser realizado após detida análise da legislação em apreço, eis que “não se declara inconstitucional ou constitucional uma lei sem entendê-la”.

No caso concreto examinado, prevaleceu o exame do mérito do Recurso Extraordinário, superando-se a divergência aberta pelo Ministro Marco Aurélio Mello sobre o não conhecimento do apelo extremo em face de ofensa reflexa.

A argumentação é bastante repr