

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

Hugo Filardi

*Mestrando em Direito Processual Civil.
Advogado.*

1. INTRODUÇÃO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. POSIÇÃO DO STF A SER ANALISADA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. JUÍZO DE VIABILIDADE E RECURSOS DE FUNDAMENTAÇÃO VINCULADA.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE DIREITO PROCESSUAL

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5.1. Inafastabilidade da Tutela Jurisdicional

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

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

¹⁸ Greco, Leonardo. “Garantias Fundamentais do Processo: o processo justo *in Juris Poiesis*”, Revista da Universidade Estácio de Sá, nº. 06, ano 07, Rio de Janeiro, 2004, páginas 3 e 4.

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

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

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

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

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

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

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

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

5.2. Motivação das decisões judiciais

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

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

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

Como a Constituição da República Federativa do Brasil é fundada justamente nonexo entre soberania popular e direitos humanos, não mais devemos assistir inertes à prolação de decisões que por sua frágil fundamentação, não podem ser questionadas. O Juiz Deus morreu, deixando aberto o espaço para o aparecimento do Juiz cidadão, sempre atento aos reais anseios populares e consciente de sua responsabilidade social.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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