

A OFENSA REFLEXA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL COMO JURISPRUDÊNCIA AUTO DEFENSIVA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF)

Laura Campolina Monti¹

Tamírames de Almeida Damásio Soares²

RESUMO:

A presente dissertação é o resumo de pesquisa motivada pela indignação pessoal das autoras que, nos últimos anos, constataram que se tornou frequente o não conhecimento pelo Supremo Tribunal Federal (STF) de Recurso Extraordinário (REExt) interposto, sob o argumento de que teria ocorrido mera ofensa reflexa ou indireta à Constituição Federal.

A análise de acórdãos e decisões monocráticas proferidas pelos Ministros da Suprema Corte brasileira evidencia que, regra geral, as manifestações são reduzidas em conteúdo, apontando que o entendimento é pacífico no STF. No entanto, apesar de cada vez mais comum, o não conhecimento de REExt fundamentado na inexistência de ofensa direta ao texto constitucional não vem merecendo análise mais detida na doutrina, tampouco, em trabalhos acadêmicos.

A pesquisa se mostra relevante na medida em que, aplicado em processos com as mais diversas temáticas e especificidades, tal entendimento, se adotado sem detida análise do caso, pode impedir a efetivação do direito fundamental previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, qual seja, o direito à tutela jurisdicional, também denominado de princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

Em face desse quadro e, por entenderem que o debate acadêmico é essencial ao desenvolvimento do pensamento jurídico e à efetiva tutela das garantias constitucionais, o presente estudo pretende avaliar o alcance das decisões lacônicas sobre o tema da ofensa reflexa ou indireta à Constituição Federal, bem como a eventual aplicação desse entendimento como mecanismo de autodefesa por parte do Supremo Tribunal Federal, no sentido de reduzir o volume de processos de sua competência.

¹ Mestranda em Direito Público pela Universidade FUMEC, advogada com atuação nas áreas de Direito Civil, Direito Empresarial, Direito Tributário e Direito Administrativo.

² Mestranda em Direito Público pela Universidade FUMEC, advogada com atuação nas áreas de Direito Civil, Direito Empresarial, Direito Tributário e Direito Administrativo.

PALAVRAS-CHAVE: Ofensa reflexa à Constituição; Ofensa indireta à Constituição; Inafastabilidade do controle jurisdicional; Jurisprudência auto defensiva.

INDIRECT VIOLATION OF THE FEDERAL CONSTITUTION AS A MECHANISM OF SELF-DEFENSE USED BY THE BRAZILIAN SUPREME COURT (STF)

ABSTRACT:

This dissertation is the summary of a research motivated by the outrage of the authors' who, in the past years, noted that the Brazilian Supreme Court (STF) often does not acknowledge Extraordinary Appeals (RExt) under the allegation of a mere reflex or indirect violation of the Federal Constitution.

The analysis of appellate and monocratic decisions rendered by the Ministers of the Brazilian Supreme Court reveals that, in general, manifestations have reduced content, indicating that the understanding in the STF is pacific. Nevertheless, although more and more common, the non-acknowledgment of REExt grounded in the inexistence of direct violation of the Constitution is currently undeserving of a doctrine- or even academic work-focused analysis.

The research proves to be relevant insofar as applied in processes with the most diverse themes and specificities, such understanding, if adopted without a case-focused analysis, may hinder the effectiveness of the fundamental right protected by article 5, item XXXV, of the Federal Constitution, namely, the right to judicial relief, also referred to as principle of the non-obviation of jurisdiction.

In light of this context and due to the authors' belief that academic debate is essential for the development of legal thinking and protection of constitutional guarantees, this study aims to assess the scope of laconic decisions on the issue of reflex or indirect violation of the Federal Constitution as well as the potential application of this understanding as a mechanism of self-defense used by the Supreme Court, to reduce the volume of procedures under its jurisdiction.

KEYWORDS: Reflex violation of the Constitution; Indirect violation of the Constitution; Non-obviation of jurisdiction; Self-defensive decisions.

1. Introdução

O não conhecimento pelo Supremo Tribunal Federal (STF) de Recurso Extraordinário (REExt), sob o argumento de que teria ocorrido mera ofensa reflexa ou indireta à Constituição Federal vem se tornando cada dia mais comum. Porém, ao se considerar a diversidade de temáticas às quais tem sido aplicado esse entendimento e a reduzida fundamentação das decisões, apontando sempre que o entendimento esta consolidado no âmbito daquele tribunal, emerge a suspeita de que esteja se firmando jurisprudência auto defensiva, tendente a violar garantias fundamentais, como a da tutela jurisdicional, das quais o próprio STF deveria ser guardião.

As chamadas ofensas reflexas ou indiretas ocorreriam, em resumida definição, em casos onde a parte interessada buscaria transformar o Supremo Tribunal Federal em uma quarta instância de julgamento, o que desvirtuaria a função original daquele sodalício de realizar a interpretação eminentemente constitucional no Brasil, por demandar análise de matérias infraconstitucionais.

Em principio não haveria que se falar em critica a tal entendimento, vez que a competência para análise de legislação não constitucional, em última instância, é do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Ocorre que a orientação jurisprudencial, ora apontada como pacífica, vem sendo adotada para entender que mesmo em casos onde são apontadas violações a alguns dos mais relevantes princípios constitucionais do processo - devido processo legal, ampla defesa, direito adquirido, coisa julgada, etc. -, se a confirmação da violação depender do estudo de qualquer norma infraconstitucional, estaria impossibilitada a apreciação do Recurso Extraordinário.

O que se verifica, na prática, é um progressivo e perigoso desrespeito à Constituição Federal, potencializado pela má administração do aumento exponencial de demandas judiciais. A proteção aos princípios da legalidade, ampla defesa, contraditório, devido processo legal, dentre outros, enquanto normas inerentes a uma Constituição democrática, não pode ser relativizada ou impedida de forma genérica, apriorística ou carente de fundamentação específica, sob pena de resultar em negativa de prestação jurisdicional, destarte, perpetrada pelo órgão com a incumbência de zelar pela Carta Magna.

A relevância dos bens jurídicos em questão não deve ser relativizada em razão do elevado número de demandas judiciais que têm chegado aos tribunais superiores. A expectativa de uma decisão de fundo sobre temas que podem representar ofensa constitucional é parte indissociável da face democrática do Estado de Direito brasileiro, vez que o jurisdicionado aguarda um pronunciamento voltado para a solução dos seus conflitos, sendo certo que as garantias elencadas no art. 5º da Constituição Federal não podem ser analisadas de forma desassociada do princípio da máxima efetividade³.

Em face desse quadro, o que se pretende é estabelecer um breve panorama do contexto e aplicação da teoria da ofensa reflexa ou indireta à Constituição, verificando se o que se tem construído, na prática, consiste em jurisprudência autodefensiva do STF, tendente a propagar verdadeira negativa de prestação jurisdicional.

2. A Natureza Jurídica do Supremo Tribunal Federal (STF)

O Estado brasileiro ostenta a previsão de três poderes harmônicos e independentes coexistindo entre si, nos termos do art. 2º da Constituição Federal de 1988. Historicamente, com exceção da Constituição Imperial de 1824⁴, na qual foram expressamente previstos quatro poderes políticos harmônicos, e da Constituição Polaca de 1937⁵, todos os textos constitucionais brasileiros incluíram dispositivos que asseguraram uma divisão tríplice do Poder.

Em que pese a teoria da divisão dos Poderes ser comumente atribuída a Montesquieu, responsável pela sistematização da mesma, sua origem remonta aos

³ “O princípio da máxima efetividade da norma constitucional “orienta os aplicadores da Lei Maior para que interpretem suas normas em ordem a otimizar-lhes a eficácia, sem alterar o seu conteúdo” (MENDES et al, 2008, p. 118).

⁴ BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824. In: Presidência da Republica. Rio de Janeiro, 1824. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em 21 fev. 2014: “Art. 9 A Divisão, e harmonia dos Poderes Políticos é o principio conservador dos Direitos dos Cidadãos, e o mais seguro meio de fazer efetivas as garantias que a Constituição oferece. Art. 10 Os Poderes Políticos reconhecidos pela Constituição do Império do Brazil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo e o Poder Judicial.”.

⁵ BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. In: Presidência da Republica. Rio de Janeiro, 1937. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. Acesso em 21 fev 2014: “Art 178 - São dissolvidos nesta data a Câmara dos Deputados, o Senado Federal, as Assembleias 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.”.

escritos de Aristóteles, na Grécia antiga, que defendia a necessidade de diferenciação das magistraturas, mesmo estando implementada a democracia direta.

Uma das mais conhecidas previsões a respeito da divisão dos Poderes remonta ao art.16 da Declaração de 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.”⁶.

A consequência mais relevante e evidente da concretização da ideia de separação de funções estatais é a fixação das denominadas funções típicas e funções atípicas dos poderes constituídos. As funções típicas, também conhecidas como próprias ou regulares, são as atividades essenciais e inerentes a cada um dos Poderes, ou seja, o conjunto de tarefas umbilicalmente relacionadas com a necessidade de inovar o ordenamento jurídico, no tocante ao Poder Legislativo; de dar concretude, mediante atos administrativos, políticas públicas e decisões governamentais diversas, aos comandos normativos e judiciais, no que se refere ao Poder Executivo; e julgar a correção das leis, a constitucionalidade, legalidade e legitimidade do agir administrativo, no que toca o Poder Judiciário.

As funções atípicas, também denominadas de improprias ou excepcionais, são aquelas que se apresentam como nucleares de um dos poderes, mas que são executáveis por outro em razão de explícita e excepcional previsão constitucional. Nessa categoria têm-se, por exemplo, a capacidade do Poder Executivo de editar atos legislativos originários (leis delegadas – art. 68 da Constituição Federal) e atos com força de lei (medidas provisórias – art. 62 da Constituição Federal); ainda a autorização para que o Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal presida sessão do Senado Federal onde ocorra o julgamento de processo de impeachment do Presidente da República (art. 52, § único, da Constituição Federal).

A noção central que caracteriza as funções atípicas, portanto é a excepcionalidade, em outras palavras, ou existe permissivo claro para um dos poderes agir fora da esfera de sua atividade típica, ou se estará diante de violação à Carta Magna.

O Poder Judiciário é uma das funções estatais mais relevantes para a plena realização de um Estado Democrático. Sua função típica pode ser estabelecida, de forma abreviada, como a produção de julgamentos sobre a correção do conjunto de normas e

⁶ FERREIRA, Wolgran Junqueira. Comentários à Constituição de 1988. V.1 – arts. 1º ao 43. São Paulo :: Julex Livros, 1989, p.90.

atos administrativos em geral, ou seja, a decisão sobre as mais variadas espécies de conflitos de interesse. A elaboração de atos normativos para regência de seus trabalhos e organização de seus servidores são exemplos de suas funções atípicas.

Em uma república democrática, onde há a supremacia da Constituição, tanto as disputas entre particulares quanto as que envolvem interesses públicos estão sob seu crivo para fins de deliberação definitiva. Nesse sentido, Dirley da Cunha Júnior enfatiza a supremacia da Constituição e sua efetivação através dos três poderes:

[...] 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 for 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 impostas pelo texto magno.⁷

A garantia de supremacia da Constituição em um Estado de Direito é, portanto, além de responsabilidade de todos os poderes políticos, função típica do Poder Judiciário que possui estrutura organizacional adequada para o atendimento deste mister.

O modelo brasileiro de organização judiciária encontra-se previsto no art. 92 da CF/88, que consagra o elenco de componentes do Poder Judiciário, elenco esse composto quase que exclusivamente por órgãos com funções jurisdicionais (excetuasse o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, que possui funções correccionais e administrativas).

Os demais componentes do Poder Judiciário estão previstos no art. 98 da CF/88.

A partir do art.101 da Constituição Federal têm-se a delimitação das competências específicas de cada um dos integrantes do Poder Judiciário no Brasil, quanto ao STF, objeto do presente estudo, essa previsão encontra-se nos arts. 101 a 103.

⁷ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Controle judicial das omissões do poder público. São Paulo : Saraiva, 2004, p. 52.

De modo geral, os tribunais não de ser considerados como instituições relevantes para qualquer Estado contemporâneo, na medida em que o exercício da jurisdição é meio pelo qual se efetiva a própria soberania estatal e constitucional. Em se tratando de tribunais superiores, pode-se dizer que a jurisprudência por eles produzida, na prática, serve de verdadeira bússola direcionando o entendimento adotado pelas instancias inferiores, ainda que não se esteja tratando do sistema Common Law.

O professor americano Bernard Schwartz, discorrendo sobre a realidade norte americana até 1955, sustenta que conhecer o posicionamento dos tribunais de um país é essencial para que se compreenda as instituições constitucionais do mesmo. Em outras palavras, a jurisprudência deve refletir os fundamentos constitucionais elementares de um Estado.

A experiência europeia mostra que a Constituição que não pode ser judicialmente validada contem 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 europeias 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.⁸

Têm-se, portanto, que os tribunais desempenham papel fundamental na afirmação da soberania do Estado e da supremacia da Constituição.

Já Konrad Hesse, ao tratar da realidade do Direito Constitucional na Alemanha aponta como principais funções do Tribunal Constitucional Federal: o controle dos poderes estatais e a concretização e aperfeiçoamento do Direito Constitucional.

⁸ SCHWARTZ, Bernard. Direito constitucional americano. Tradução de Carlos Neyfeld. Rio de Janeiro : Forense, 1966, p.160/1961.

Assim, é sobretudo a jurisdição constitucional pela qual o poder judiciário hoje esta intercalado no equilíbrio dos poderes [...]e que dá seu cunho não só à ordem das funções estatais, mas à ordem constitucional total. É de influencia 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 Republica 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.⁹

A Constituição Federal de 1988 trata do Supremo Tribunal Federal, conforme visto acima, nos arts. 101 a 103, não sendo equivocado apontar que a Corte é o tribunal mais relevante da estrutura judiciaria brasileira, especialmente por ser a guardiã da Constituição.

Apesar de ser o guardião do texto constitucional, a doutrina majoritária aponta que o STF, em verdade não é uma Corte Constitucional.

Cumprir destacar, no entanto, que, por ocasião dos debates que se travaram antes da instalação da Assembleia 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 europeias, tendo, contudo, prevalecido o entendimento de que se deveria prestigiar a experiência centenária do

⁹ HESSE, Konrad. Elementos de direito constitucional da Republica Federal da Alemanha. Tradução da 20ª edição alemã por Luis Afonso Heck. Porto Alegre : Sergio Antônio Fabris Editor, 1988, p.419/420.

Supremo Tribunal Federal no que concerne ao controle de 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 Excelso.¹⁰

Assim, em apertada síntese, é possível afirmar que a doutrina nacional inclina-se majoritariamente para a consideração de que o STF, em sua natureza jurídica, é um Tribunal da Federação, congregando tanto a realização do controle de constitucionalidade quanto a decisão sobre processos diversos em face da autoridade envolvida; conflitos federativos de toda ordem; causas criminais; processos que toquem no tema da preservação da soberania; dentre outras atribuições.

O Ministro Gilmar Ferreira Mendes sintetizou as circunstâncias que, em definitivo, afastam o Supremo Tribunal Federal do Brasil do conceito de Corte Constitucional, nos moldes europeus.

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.¹¹

A despeito do exposto, cabe destacar o entendimento do professor José Alfredo de Oliveira Baracho no sentido de que a função essencial do STF, 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.

¹⁰ ROCHA, Fernando Luis Ximens. "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 http://www.senado.gov.br/web/cegraf/rii/Pdf/pdf_135/r135-21.pdf, acesso em 21 de fev de 2014.

¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição...Op. Cit, p.21.

Conclui-se, dessa forma, que o STF não está amoldado a nenhum modelo típico. Não pode ser classificado como Corte Constitucional, não sendo, tampouco, Suprema Corte pura e simplesmente. Mescla elementos essenciais de cada uma das facetas enquanto órgão de cúpula do Judiciário brasileiro, exercendo o controle concentrado, difuso e de temas que, somente por força de forma constitucional de 1988, são de sua alçada.

É possível estabelecer, portanto, que o Supremo Tribunal Federal no Brasil é um órgão estatal, cuja natureza jurídica é de uma Suprema Corte híbrida, entendido como integrante da estrutura do Poder Judiciário.

3. A Efetivação da Jurisprudência Auto Defensiva como Técnica de Preservação do Supremo Tribunal Federal

Insito à distinção entre direito objetivo (enquanto conceito sinônimo de ordenamento jurídico) e direito subjetivo (enquanto permissão de cumprir o ordenamento jurídico) está o caráter de especificação, em outras palavras, o direito objetivo de um Estado é um conjunto de normas em tese que somente adquirem relevância quando aplicadas a casos concretos, seja por meio de postulações, seja por meio das lides.

A produção de uma decisão judicial, seja ela de primeira ou última instância, em um caso concreto cria um *precedente judicial específico*, ou seja, uma decisão anterior que poderá apoiar outras subsequentes, desde que os julgadores dessa sigam a linha de raciocínio materializada na primeira decisão. Em se tratando de decisão anterior na mesma instância estamos diante do denominado *precedente horizontal*, na expressão cunhada por José Rogério Cruz e Tucci, em contraposição ao *precedente vertical*, aquele produzido por tribunal superior.¹²

Mister seja exposta a referida afirmação, por mais singela e intuitiva que pareça, vez que não raro na prática forense a expressão jurisprudência aparece fazendo referência a um precedente isolado.

Os tribunais, dada a continuidade de casos com temáticas idênticas sendo julgados, aplicando a tendência de manter a integralidade de suas decisões, sob o argumento de garantir a segurança jurídica, acabam por repetir suas decisões em casos

¹² TUCCI, José Rogério Cruz e. Op. Cit., p.16

que lhes pareçam afins. A essa repetição, na prática, dá-se o nome de jurisprudência ou orientação jurisprudencial.

A jurisprudência, no entanto, apesar de decorrer da prática, pode ser oficializada ou institucionalizada por meio de expedientes como o Incidente de Uniformização, previsto do Código de Processo Civil Brasileiro. O resultado mais evidente dessa institucionalização são as *súmulas processuais*, que não possuem força vinculativa, mas apenas força persuasiva¹³ e as *súmulas vinculantes*, que obrigam todas esferas do Poder Judiciário¹⁴.

Ainda sobre a jurisprudência, é importante destacar que há hoje entendimento pacífico no sentido de ser ela fonte do Direito, sendo inegável que a evolução das decisões judiciais sobre temas controversos e polêmicos representa uma autêntica criação de novos paradigmas sobre temas jurídicos, tanto mais relevantes quanto ausentes bases legais sobre os mesmos.

A jurisprudência caminha, portanto, para a produção de enunciados, reduzidos em complexidade, que sintetizem o entendimento dos tribunais.

Ocorre que a tônica da hermenêutica jurídica atual é a preocupação com a efetividade dos direitos do homem, estabelecendo-se que a postura do julgador há de ser considerada como peça fundamental à nova aplicação do Direito. Nesse sentido, o juiz não é mais simples aplicador autônomo de regras previamente estabelecidas.

Infelizmente, a mera atitude hermenêutica não confere base para o pleno desenvolvimento das atividades judicantes, especialmente em face da falta de infraestrutura mínima para o funcionamento do Poder Judiciário. A ausência de base material compatível com a função e o volume de trabalho fomenta a consolidação de uma postura passiva frente aos problemas. Enquanto a construção teórica caminha para novas oportunidades de pensamento interpretativo, a realidade do ofício de julgar induz a restrição das tarefas dos magistrados fatigados e desprestigiados.

Talvez as consequências mais nefastas dessa apatia e falta de estrutura sejam o ganho do processo em formalismo e a perda em efetividade.

O Supremo Tribunal Federal, cuja tarefa precípua é a guarda da Constituição vem adotando, em alguns casos, o que alguns doutrinadores apontam como *interpretação retrospectiva* - conceito que pode sintetizado como sendo uma atividade judicante que não busca aplicar concretamente as regras, princípios e valores vigentes

¹³ Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 594/DF, em 1994.

¹⁴ Emenda Constitucional nº45/2004.

na Carta Magna atual, estar-se-ia diante de um discurso constitucional dissociado na realidade fática, desenvolvido em nível puramente teórico.

Em decorrência da aplicação da chamada interpretação retrospectiva, forjou-se o que se denomina jurisprudência auto defensiva do Supremo Tribunal Federal¹⁵, entendida como um conjunto de entendimentos tendentes a aplicar óbices processuais altamente restritivos ao conhecimento do Recurso Extraordinário, quando esse tratar de matérias processuais e constitucionais. Em outras palavras, a jurisprudência defensiva pode ser entendida como o conjunto de decisões judiciais que visam não à pacificação social, por meio da solução da lide, mas a redução do número de processos julgados pelo Poder Judiciário, como forma de viabilizar o seu melhor funcionamento. Pela jurisprudência defensiva, os órgãos julgadores subvertem a lógica funcional do direito e decidem não julgar.

3.1 Ofensa Reflexa ou Indireta à Constituição Federal como Espécie Destacada de Jurisprudência Auto Defensiva do Supremo Tribunal Federal

O marco inicial para uma análise científica do fenômeno da ofensa reflexa ou indireta à Constituição Federal deve ser pautado na aceitação de que existem mecanismos eficazes de proteção jurídica da atividade dos Tribunais.

[...]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 consequências 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 problema em questão (Sachprobleme), ou permitem, com ajuda de regras de demonstração, a elaboração da decisão apesar da não classificação dos fatos (Sachver Ralt)¹⁶

¹⁵ A expressão “jurisprudência auto defensiva” foi sugerida por André Batista Neves, Procurador da República em Salvador/BA e Professor de Direito Constitucional.

¹⁶ LUHMANN, Niklas. Op. Cit., p.162

A aplicação desmedida da orientação sobre a ofensa reflexa ou indireta é, sem dúvida, um exemplo dessas decisões formais de desvio a que se refere Niklas Luhmann. O maior exemplo deste fenômeno de autocontenção judicial na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é a definição que atualmente se adota para a caracterização 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 [...] ¹⁷

Para o STF, portanto, é possível afirmar que ocorreria ofensa reflexa sempre que o pedido da parte recorrente resultar, ao entender da Corte, de má interpretação ou inobservância de norma infraconstitucional.

4. Análise da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Observa-se que, em diversos julgados, o Supremo Tribunal Federal vem se recusando a apreciar os Recursos Extraordinários interpostos, sob a justificativa de que a violação aos princípios constitucionais é, na verdade, espécie de ofensa reflexa à Constituição Federal. Neste sentido, acredita-se que para ser configurada a referida violação, o Tribunal de origem deverá analisar a matéria suscitada com base em normas infraconstitucionais. Confira-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. OFENSA REFLEXA. EXECUÇÃO FISCAL. CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AOS EMBARGOS. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. PRECEDENTES. 1. Não se admite o recurso extraordinário quando os dispositivos constitucionais que nele se alega violados não estão devidamente prequestionados. Incidência das Súmulas n^os 282 e 356/STF. 2. A afronta aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, dos limites da coisa julgada e da

¹⁷ Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento n^o373.367/RJ, 1^a Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, DJU de 11/03/2005, p.38.

prestação jurisdicional, quando depende, para ser reconhecida como tal, da análise de normas infraconstitucionais, configura apenas ofensa indireta ou reflexa à Constituição da República. 3. O Plenário desta Corte, no exame do RE nº 626.468/RS, Relatora a Ministra Ellen Gracie, concluiu pela ausência de repercussão geral do tema relativo à concessão de efeito suspensivo aos embargos do devedor, dado o caráter infraconstitucional do tema. 4. Agravo regimental não provido

(STF - AI: 838524 SC, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 05/02/2013, Primeira Turma, Data de Publicação: DJE-054 DIVULG 20-03-2013 PUBLIC 21-03-2013).

Neste Agravo Regimental, o agravante alegou que houve violação aos arts. 5º, incisos LIV e LV; 150, inciso I; e 192 da Constituição Federal¹⁸, bem como que a matéria foi devidamente questionada nos tribunais inferiores.

No entanto, o STF manteve a inadmissão do recurso, sob o principal argumento de que a jurisprudência daquela Corte “está consolidada no sentido de que a afronta aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional, quando depende, para ser reconhecida como tal, da análise de normas infraconstitucionais, configura apenas ofensa indireta ou reflexa à Constituição da República, o que não enseja o reexame da matéria em recurso extraordinário”.

Destaca-se que a jurisprudência aponta que este vem sendo o comportamento reiterado adotado pelo Supremo Tribunal Federal, apesar de a função exercida, de ser o guardião máximo da Constituição.

Note-se o estudo do seguinte julgado:

SEGUNDO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CIVIL. OBRIGAÇÃO DE FAZER. CONFIGURAÇÃO DE DANOS MORAIS. AUSÊNCIA DO NECESSÁRIO PREQUESTIONAMENTO. QUESTÃO QUE DEMANDA ANÁLISE DE DISPOSITIVOS DE ÍNDOLE INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA REFLEXA AO TEXTO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. REEXAME DO CONJUNTO

FÁTICO-PROBATÓRIO JÁ CARREADO AOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 279/STF. REPERCUSSÃO GERAL NÃO EXAMINADA EM FACE DE OUTROS FUNDAMENTOS QUE OBSTAM A ADMISSÃO DO APELO EXTREMO. 1. O requisito do prequestionamento é indispensável, por isso que inviável a apreciação, em sede de recurso extraordinário, de matéria sobre a qual não se pronunciou o Tribunal de origem, incidindo o óbice da Súmula 282 do Supremo Tribunal Federal. 2. A violação indireta ou reflexa das regras constitucionais não enseja recurso extraordinário. Precedentes: AI nº 738.145/ AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro CELSO DE MELLO, DJe 25/02/2011; AI nº 482.317/AgR, Segunda Turma, Relatora a Ministra ELLEN GRACIE, DJe 15/03/2011; AI nº 646.103/AgR, Primeira Turma, Relatora a Ministra CÁRMEN LÚCIA, DJe 18/03/2011. 3. A alegação de ofensa aos postulados da legalidade, do devido processo legal, da ampla defesa, da motivação dos atos decisórios, do contraditório, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional, se ocorrente, seria indireta ou reflexa. 4. A Súmula 279/STF dispõe verbis: Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário. 5. É que o recurso extraordinário não se presta ao exame de questões que demandam revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, adstringindo-se à análise da violação direta da ordem constitucional. 6. Agravo regimental desprovido.

(STF - ARE: 659646 SP, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 05/02/2013, Primeira Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-037 DIVULG 25-02-2013 PUBLIC 26-02-2013)

A agravante alegou, em síntese, que houve o prequestionamento da matéria versada nos autos e, ainda, que houve flagrante e incontestada contrariedade à legislação constitucional.

Em julgamento do recurso, o STF entendeu que a agravante não atendeu satisfatoriamente o requisito do prequestionamento da matéria e consolidou, mais uma vez, o entendimento de que a alegação de ofensa direta à Constituição não é possível quando se tratar de princípios constitucionais. Não obstante, a Turma julgadora confirmou que para haver o necessário atendimento ao requisito do prequestionamento,

o Tribunal inferior deve ter exaurido o tema abordado, motivo pelo qual o Recurso Extraordinário foi inadmitido.

Neste mesmo sentido colhe-se este Agravo Regimental:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO. MATÉRIA COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA E JÁ JULGADA. RE 566.621 (REL. MIN. ELLEN GRACIE – TEMA 4). ACÓRDÃO RECORRIDO CONFORME O PRECEDENTE. VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL E AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. QUESTÃO INFRACONSTITUCIONAL. REPERCUSSÃO GERAL NEGADA (ARE 748.371, REL. MIN. GILMAR MENDES, TEMA 660). OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. SÚMULA 636/STF. ANÁLISE DA LEI 8.212/91, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL E DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA INDIRETA OU REFLEXA À CONSTITUIÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

(STF - RE: 699853 PR, Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Data de Julgamento: 15/10/2013, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-214 DIVULG 28-10-2013 PUBLIC 29-10-2013).

No caso em tela, o agravante alega que houve ferimento aos princípios do contraditório, ampla defesa, limites da coisa julgada, devido processo legal e, por fim, da legalidade.

Em voto, o i. ministro relator sustentou que o agravo se refere a temas cuja existência de repercussão geral foi rejeitada pela Corte, por se tratar de questão infraconstitucional, especificamente no tocante às alegações do agravante de violação aos princípios do contraditório, ampla defesa, limites da coisa julgada e devido processo legal .

Quanto à alegação de ofensa ao art. 5º, II, da Constituição Federal, em relação ao princípio da legalidade, ressaltou que incide o óbice da Súmula 636/STF: 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.

Percebe-se, pelo estudo dos julgados apontados, que o Supremo Tribunal Federal associa a ofensa aos princípios constitucionais do devido processo legal, ampla defesa, contraditório, legalidade, limites da coisa julgada, entre outros, à legislação infraconstitucional, exigindo, assim, que os tribunais inferiores realizem detida e específica análise acerca do tema suscitado, para então, ser cogitada a admissão de recurso extraordinário, sob pena de não preenchimento do requisito do prequestionamento, diante do entendimento desta corte superior de que a afronta aos princípios constitucionais mencionados configuram violação reflexa à Constituição. Observa-se:

"CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: ALEGAÇÃO DE OFENSA À C.F., art. 5º, II, XXXV, XXXVI, LIV e LV. I. - Ao Judiciário cabe, no conflito de interesses, fazer valer a vontade concreta da lei, interpretando-a. Se, em tal operação, interpreta razoavelmente ou desarrazoadamente a lei, a questão fica no campo da legalidade, incorrendo o contencioso constitucional. II. - Decisão contrária ao interesse da parte não configura negativa de prestação jurisdicional (C.F., art. 5º, XXXV). III. - A verificação, no caso concreto, da existência, ou não, do direito adquirido, situa-se no campo infraconstitucional. IV. - Alegação de ofensa ao devido processo legal: C.F., art. 5º, LIV e LV: se ofensa tivesse havido, seria ela indireta, reflexa, dado que a ofensa direta seria a normas processuais. E a ofensa a preceito constitucional que autoriza a admissão do recurso extraordinário é a ofensa direta, frontal. V.- Agravo não provido".

(STF-RE-AgR-154.158/SP, Relator Ministro Carlos Velloso, 2ª Turma, DJ 20.9.2002).

Neste voto, o i. ministro relator esclarece que o exame de eventual ofensa ao preceito constitucional indicado nas razões recursais, consagrador dos princípios da proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada (art. 5º da Lei

Maior), demanda, em primeiro plano, a interpretação das normas infraconstitucionais aplicáveis à espécie, de tal modo que, se afronta ocorresse, seria indireta, o que não atende à exigência do art. 102, III, “a”, da Lei Maior.

O referido esclarecimento não se destoa de decisão prolatada em Recurso Extraordinário, em exame de admissibilidade. Confira-se:

EMENTA DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO REVISIONAL. CONTRATO DE EMPRÉSTIMO BANCÁRIO. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL, AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA. ÂMBITO INFRACONSTITUCIONAL DO DEBATE. EVENTUAL VIOLAÇÃO REFLEXA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA NÃO VIABILIZA O MANEJO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 20.7.2012. A suposta afronta aos preceitos constitucionais indicados nas razões recursais dependeria da análise de legislação infraconstitucional, o que torna oblíqua e reflexa eventual ofensa, insuscetível, portanto, de viabilizar o conhecimento do recurso extraordinário, considerada a disposição do art. 102, III, a” , da Lei Maior. Agravo regimental conhecido e não provido.

(STF - RE: 753366 SP, Relator: Min. ROSA WEBER, Data de Julgamento: 29/10/2013, Primeira Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-226 DIVULG 14-11-2013 PUBLIC 18-11-2013)

De acordo com o exame de admissibilidade realizado no julgado em questão, o exame de eventual ofensa aos preceitos constitucionais indicados nas razões recursais, consagradores dos princípios da legalidade, da proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, bem como ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º da Lei Maior), demanda, em primeiro plano, a interpretação das normas infraconstitucionais aplicáveis à espécie, de tal modo que, se afronta ocorresse, seria indireta, o que não atende à exigência do art. 102, III, “a”, da Constituição Federal.

Pela análise da jurisprudência relacionada neste capítulo, conclui-se que o comportamento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que eventual violação a princípios constitucionais configura, em regra, tão somente ofensa reflexa à Constituição Federal.

Assim, havendo ferimento aos princípios constitucionais, a matéria deverá ser exaurida pelo Tribunal inferior, para então, poder se submeter ao STF, por meio do Recurso Extraordinário.

O exame de admissibilidade requer, no entanto, muito cuidado, pois ao estabelecer critérios amplos de não admissão de recursos, como ocorre, por exemplo, nos casos em que se constata a ofensa reflexa, a Corte Constitucional poderá deixar de apreciar recursos em que ocorre grave lesão ou violação à Constituição Federal em detrimento da restrição do acesso ao controle difuso do Tribunal.

5. Conclusão

O presente estudo buscou demonstrar a importância da função jurisdicional exercida pelo Supremo Tribunal Federal, bem como o comportamento desta Corte frente ao controle difuso exercido no Recurso Extraordinário.

Pretendeu-se também uma análise crítica de algumas das recentes decisões do Supremo que abordaram o tema da ofensa reflexa à Constituição com o objetivo de evidenciar que a análise do cabimento dos RExt tem sido feita de forma superficial, não se atentando para as especificidades do caso, o que coloca em risco direitos fundamentais (tais como a garantia do contraditório, da ampla defesa e do acesso à justiça), direitos esses cujo guardião é a própria Corte em questão.

Conforme explicitado acima, a mera alegação de ofensa reflexa ao texto constitucional não pode ser suficiente para inviabilizar o acesso à via recursal extraordinária. O entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal no sentido de que somente afrontas claras e diretas, que independam de qualquer análise de dispositivo externo à CF/88, ensejam a admissão do Recurso Extraordinário é contrário aos objetivos da própria Lei Maior, que possui os princípios como espécies normativas, pilares do Direito Brasileiro e da interpretação sistemática do ordenamento jurídico.

A Corte Constitucional em sua precípua função de guardiã da Carta Magna e intérprete do sistema normativo, a despeito do grande e crescente volume de processos

com o qual tem tido de lidar, deve ser cuidadosa ao estabelecer critérios genéricos para admissão de Recurso Extraordinário. O Supremo Tribunal Federal não pode se omitir diante de lesão a princípios constitucionais tão somente porque, de acordo com a jurisprudência, a violação representa ofensa reflexa ao texto constitucional.

Neste sentido, para fins de cabimento de Recurso Extraordinário, conclui-se como essencial a presença de contrariedade a dispositivo constitucional. Não existe previsão normativa com relação à necessidade de a ofensa constitucional ter que ser frontal e violar exclusivamente a Constituição Federal. Trata-se de uma tentativa do Supremo Tribunal Federal de minorar os impactos do sistema litigioso e reduzir sua atividade de apreciação de recursos.

No entanto, o entendimento jurisprudencial construído pela Corte não pode prevalecer sobre os princípios constitucionais e o objetivo do controle difuso de constitucionalidade, exercido no Estado Democrático de Direito.

6. Bibliografia

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988a. Disponível em: http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_29.03.2012/index.shtm. Acesso em: 16 ago. 2012.

BRASIL. Código Civil (2002). Brasília : Senado, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 21 fev. 2014.

MENDES et al, 2008, p. 118

BRASIL. Constituição Política do Império do Brazil, de 25 de março de 1824. In: Presidência da Republica. Rio de Janeiro, 1824. Disponível em http://www.planalto.gov/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em 21 fev. 2014

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. In: Presidência da Republica. Rio de Janeiro, 1937. Disponível em

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. Acesso em 21 fev 2014

FERREIRA, Wolgran Junqueira. Comentários à Constituição de 1988. V.1 – arts. 1º ao 43. São Paulo :: Julex Livros, 1989, p.90

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Controle judicial das omissões do poder público. São Paulo : Saraiva, 2004, p. 52.

ROCHA, Fernando Luis Ximens. “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 http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ri/Pdf/pdf_135/r135-21.pdf, acesso em 21 de fev de 2014.

SCHWARTZ, Bernard. Direito constitucional americano. Tradução de Carlos Neyfeld. Rio de Janeiro : Forense, 1966, p.160/1961.

MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição...Op. Cit, p.21.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Op. Cit., p.16