

DO CABIMENTO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO POR VIOLAÇÃO A PRINCÍPIO: aplicação do neoconstitucionalismo e neoprocessualismo na teoria dos recursos

*Isan Almeida Lima. Professor de Direito Processual Civil da UNYAHNA- IESUS. Professor de Direito Constitucional e Administrativo em cursos preparatórios para concurso público. Advogado sócio da Lima e Lima Advogados Associados, Pós graduado Lato-senso em Direito do Estado pela Faculdade Baiana de Direito/Jus Podivm,.

1. INTRODUÇÃO 2.NEOCONSTITUCIONALISMO E NEOPROCESSUALISMO 3. DO CABIMENTO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO POR VIOLAÇÃO A PRINCÍPIO

1. INTRODUÇÃO

Há vetusto entendimento no âmbito do Supremo Tribunal Federal de que só cabe Recurso Extraordinário por violação direta à Constituição. Compreende-se por violação não reflexa aquela que para análise da questão constitucional não dependa da interpretação pelo STF de matéria infraconstitucional.

Todavia, essa mesma jurisprudência enquadra a alegação de violação a princípios constitucionais como sendo uma forma de violação indireta, em regra (*rectius* quase a totalidade dos casos), concluindo pelo não conhecimento do recurso excepcional^{1 2}.

¹ Diversos julgados do STF decidem com base neste fundamento:

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. CADERNETA DE POUPANÇA. CISÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. ALEGADA OFENSA AO ART. 5º, II, XXXVI, LIV E LV, DA CF. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 e 356 DO STF. INCIDÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO[...] II - O Tribunal entende não ser cabível a interposição de RE por contrariedade ao art. 5º, II, da Constituição Federal, quando a verificação da ofensa envolva a reapreciação de interpretação dada a normas infraconstitucionais pelo Tribunal a quo (Súmula 636 do STF). III - A orientação desta Corte, por meio de remansosa jurisprudência, é a de que a alegada violação ao art. 5º, LIV e LV, da Constituição, pode configurar, em regra, situação de ofensa reflexa ao texto constitucional, por demandar a análise de legislação processual ordinária, o que inviabiliza o conhecimento do recurso extraordinário. [...]. V - Agravo regimental improvido.” Processo AI 749925 AgR / SP , STF, relator Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, julgamento: 15.09.2009.

“E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO - ALEGADA VIOLAÇÃO A PRECEITOS INSCRITOS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - AUSÊNCIA DE OFENSA DIRETA À CONSTITUIÇÃO - CONTENCIOSO DE MERA LEGALIDADE - RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO. - As alegações de desrespeito aos postulados da legalidade, do devido processo legal, da plenitude de defesa e da motivação dos atos decisórios, por dependerem de

Data venia, não é consentâneo com os ditames do neoconstitucionalismo³ e do neoprocessualismo⁴ esta posição.

2.NEOCONSTITUCIONALISMO E NEOPROCESSUALISMO

Através da contribuição dos pós-positivistas Ronald Dworkin(2002) e Robert Alexy(1993), impulsionou-se a reaproximação da ética com o Direito. Superando as doutrinas positivistas, estes doutrinadores defenderam a inclusão de um novo tipo de norma no ordenamento jurídico, as chamadas normas princípio, que juntamente com as normas regras regulariam as condutas.

Aquelas, porém, gozam de um regime hermenêutico diferenciado, uma vez que veiculam mandados de otimização que devem ser realizados na maior medida possível de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas existentes no caso concreto. Justamente, por isso, não se submetem ao sistema clássico do regime de validez(fórmula do tudo-ou-nada – ou a norma é válida e deve ser aplicada ou a norma é inválida e deve ser expungida do ordenamento).

Ao revés, como veiculam fins, mas sem determinar os meios pelos quais serão realizados, a depender do caso concreto, quando em confronto com outros princípios de maior peso, podem ter sua aplicabilidade mitigada com base na máxima da ponderação de interesses(princípio da proporcionalidade). Este raciocínio não impede que em outro caso, seja atribuído pesos diversos aos mesmo princípios. Por isso, em todos os casos os princípios continuam ilesos

exame prévio e necessário da legislação comum, podem configurar, quando muito, situações caracterizadoras de ofensa meramente reflexa ao texto da Constituição, o que não basta, só por si, para viabilizar o acesso à via recursal extraordinária. Precedentes. - O procedimento hermenêutico do Tribunal de jurisdição inferior - quando examina o quadro normativo positivado pelo Estado e dele extrai, para resolução do litígio, a interpretação dos diversos diplomas de natureza infraconstitucional que o compõem - não transgride, diretamente, o princípio da legalidade. Precedentes." Processo RE 197825 / SP, relator Min. Marco Aurélio, 2ª turma, julgamento 14.03.2006.

² Neste mesmo sentido ainda, o enunciado da súmula da jurisprudência do STF 636: "Não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida".

³ Para um aprofundamento acerca do neoconstitucionalismo, cf. Isan Almeida Lima(2010) e Luiz Roberto Barroso(2005).

⁴ Sobre o tema cf. Eduardo Cambi(2007) e Luiz Guilherme Marinoni(2008)

no campo da validade.

A Constituição Federal passou a assumir o centro do sistema normativo, “irradiando sua luz” a todos os outros diplomas que a partir de então devem ser interpretados conforme a carta magna. Sempre deve-se fazer o raciocínio da interpretação conforme a constituição. Assim, houve uma ampliação dos instrumentos para garantir a integridade da carta magna, através dos controles concentrados e difuso de constitucionalidade.

Os princípios constitucionais deixaram de ser meras exortações políticas ou normas programáticas para gozarem de força normativa e aplicabilidade imediata.

O neoprocessualismo é aplicação do neoconstitucionalismo dentro do processo, ou seja, a revisão dos institutos de direito processual sob a ótica constitucional. Para isso é necessário ter uma postura arrojada, mas indispensável para que se garantam os direitos fundamentais.

3. DO CABIMENTO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO POR VIOLAÇÃO A PRINCÍPIO

Ao se concluir que, em regra, a alegação de violação à princípio não enseja a admissibilidade do Recurso Extraordinário, a um só tempo, está se negando sua força normativa, quanto a aplicação da técnica da interpretação conforme.

O STF, como guardião da constituição, é o órgão competente para apreciar e dar a última palavra acerca do conteúdo constitucional. Portanto, ainda que haja a alegada violação reflexa, a corte superior deve apreciar os fundamentos do recurso para que analise se foi dada interpretação conforme a Constituição, impedindo que seus dispositivos sejam vulnerados.

Ademais, o art. 102, III, alínea “a”, da CF, jamais mencionou o requisito da violação direta, constando nele apenas o cabimento do recurso extraordinário quando houver contrariedade à dispositivo da Constituição. O direito ao recurso

extraordinário é um direito fundamental, uma vez que através deste, permite-se a participação e a consistência do modelo difuso de controle de constitucionalidade, permitindo a uniformização da interpretação das normas a partir da carta maior.

Além disso, garante a defesa de outros direitos fundamentais, como devido processo legal, legalidade, ampla defesa e contraditório. Qualquer interpretação constitucional que envolva direitos fundamentais, deve ser no sentido de lhe atribuir a máxima efetividade. Quando o constituinte não restringe, não cabe ao intérprete restringir, sob pena de violar o princípio da máxima efetividade.

Estreitamente vinculado ao princípio da força normativa da Constituição, em relação ao qual configura um subprincípio, o cânone hermenêutico-constitucional da *máxima efetividade* orienta os aplicadores da Lei Maior para que interpretem as suas normas em ordem a otimizar-lhe a eficácia, sem alterar o seu conteúdo.

De igual modo, veicula um apelo aos realizadores da Constituição para que em toda situação hermenêutica, sobretudo em sede de direitos fundamentais, procurem densificar os seus preceitos, sabidamente abertos e predispostos a interpretações expansivas. (MENDES;COELHO;BRANCO, 2008, p.118)

A interpretação dada pelo STF, determinando que apenas as ofensas diretas possam ser apreciadas, atribui ao dispositivo apenas uma eficácia mínima, sob pena de perder vigência⁵.

Ainda que se trate de ofensa reflexa, que necessite do exame da legislação infraconstitucional, esquece-se o STF, em muitas situações, de que este se encontra no topo da pirâmide do controle de constitucionalidade difuso. Qualquer juiz ou tribunal pode analisar a legislação comparativamente a Lei Maior, e dar entendimento consentâneo com os seus dizeres. Ao restringir o cabimento do recurso extraordinário a questões constitucionais típicas, ele está excluindo de sua apreciação uma série de direitos fundamentais que só se viabilizam diante de situações concretas e apreciação até mesmo da legislação

⁵ José Emílio Medauar Ommati (2006, p.192) conclui de forma idêntica, mas com base no modelo constitucional adotado pelo Brasil. "Contudo, tal entendimento vulnera a Constituição de 1988 e o próprio paradigma do Estado Democrático de Direito, pois deixa alguns dispositivos constitucionais sem a devida proteção por parte do STF, além de ferir o modelo de controle de constitucionalidade estabelecido pela Constituição de 1988."

infraconstitucional, como ampla defesa, contraditório e devido processo legal(por exemplo, aplicado ao direito probatório) ou o direito adquirido(que precisa observar os requisitos da legislação infraconstitucional) (OMMATI, 2006, p.196-197).

A interpretação equivocada do pretório excelso conduz ainda ao cometimento de injustiças. A mera alegação de violação à princípio já põe na mesma “vala comum” da violação reflexa, não discernindo os casos de aplicação direta de princípio⁶.

A interpretação atribuída pela corte tem enorme conotação política e de administração judiciária. Inúmeros são os recursos extraordinários que diuturnamente alegam violação a princípios (especialmente, devido processo legal, ampla defesa e contraditório). Caso o STF tivesse que se deter na análise de cada um deles, isto impediria os trabalhos da corte. No sentido de tornar o recurso extraordinário realmente excepcional, já foram feitas várias reformas, de modo a permitira racionalização do trâmite no STF(repercussão geral e julgamento de recursos repetitivos, súmula vinculante, etc.). Todavia, a impossibilidade técnica e de recursos humanos não podem ser usadas como desculpa para que se vulnere a Constituição.

Até mesmo por isso, é clara a contradição do Supremo que, em alguns casos reconhece que mesmo havendo necessidade de exame da matéria legal,

⁶ Torna-se interessante contar um caso o qual o autor desta obra participou como advogado. Ajuizado embargos de terceiro para desonerar bem penhorado em execução, juntou-se nesta oportunidade cópia do mandado de penhora e avaliação. As partes se manifestaram, sem qualquer impugnação ao documento, inclusive citando inúmeras vezes seu conteúdo. O mesmo foi feito pelo juiz de primeiro grau que prolatou sentença de improcedência. No entanto, quando do julgamento do recurso, o relator suscitou de ofício falta de documento essencial(qual seja, o mandado de penhora e avaliação), uma vez que, sob a sua ótica, a cópia juntada aos autos estava ilegível e não conheceu do recurso. A decisão do tribunal violou a um só tempo o princípio do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório (decidiu sob questão sem ter dado as partes previamente o poder de influência sobre o conteúdo da decisão), proporcionalidade (a legislação expressamente determina que o julgador em primeiro grau possibilite a parte a juntada do documento; ao fazê-lo apenas em segundo grau, sem que ninguém , até aquele momento houvesse suscitado, agiu de forma desproporcional e irrazoável), entre outros. Todavia, o Recurso Extraordinário não foi sequer conhecido, por entender o pretório excelso, com base na súmula 636, que a mera alegação de violação a princípio caracteriza, quando muito, ofensa reflexa a Carta Maior. Desta sorte, vulnera-se absurdamente a Constituição.

conhece de alegações de violação a princípio para provê-lo⁷. Ressalte-se que, não se questiona a correção da conclusão desta decisão apontada aqui como paradigma. O que se problematiza é a contradição com as conclusões anteriores, bem como a aplicação apenas excepcional do raciocínio em alguns casos escolhidos pelo tribunal.

Qualquer hipótese de raciocínio contrário importará necessariamente em violação do direito fundamental de acesso a ordem jurídica justa, célere e efetiva.

4 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Traduzido por Ernesto Garzón Valdés Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1993.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Teresina: Jus Navigandi, ano 9, n. 851, out. 2005. Disponível <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>> . Acesso em 19 de Março de 2009.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. Vitória: Panóptica, ano 1, n.6, 2007. Disponível em < <http://www.panoptica.org>> Acesso em 11 de Setembro de 2008.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

LIMA, Isan Almeida. *Neoconstitucionalismo e a nova hermenêutica dos princípios e direitos fundamentais* . Teresina: Jus Navigandi, ano 14, n. 2503,

⁷ “EMENTA: I. Recurso extraordinário: prequestionamento: Súmula 356. O Supremo Tribunal tem reafirmado a sua jurisprudência - já assentada na Súm. 356 -, no sentido de que, reagitada a questão constitucional não enfrentada pelo acórdão, mediante embargos de declaração, se tem por prequestionada a matéria, para viabilizar o recurso extraordinário, ainda que se recuse o Tribunal a quo a manifestar-se a respeito (v.g., RE 210638, 1ª T, 14.04.98, Pertence, DJ 19.6.98; RE 208639, 2ª T, 6.4.99, Jobim, DJ 4.2.00, RTJ 172/273; RE 219934, PI, 14.06.00, Gallotti, DJ 16.2.01). II. Contraditório e ampla defesa: art. 5º, LV, da Constituição: conteúdo mínimo. 1. A garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa tem o conteúdo mínimo: a decisão que o desconhece viola diretamente o art 5º, LV, da Constituição, ainda que se pretenda conforme à lei estadual.” Processo RE266397-2/PR, 1ª turma, relator Min. Sepúlveda Pertence, j. 09.03.2004, DJ 07.05.2004.

maio.2010. Disponível <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=14737>>. Acesso em 11 de Maio de 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*, 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008.

OMMATI, José Emílio Medauar. Ofensa reflexa à CF: *ofensa direta à CF*. In: NERY JR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins. São Paulo: RT, 2006.