

Capítulo 4. Crítica à fórmula adotada. O recurso extraordinário como mecanismo de proteção aos direitos fundamentais

Os projetos de lei que visam a regulamentar a repercussão geral como mecanismo de filtragem para a admissibilidade do recurso extraordinário repetiram a fórmula adotada no regime constitucional anterior, equiparando tal exigência (antes se falava em relevância) à demonstração de que a matéria debatida envolva interesse público, ou, em outras palavras, que ela transcenda o interesse meramente privado³⁴⁶.

Há, no entanto, uma crítica a ser feita ao modelo adotado. Para compreendê-la, é preciso assinalar, previamente, a presença daquilo que se conhece como “constitucionalização do direito”, transformação ocorrida a partir da segunda metade do século XX, que hoje já leva alguns autores a proclamar um novo paradigma, dito neoconstitucionalista³⁴⁷. Neste panorama teórico, a proteção aos direitos fundamentais é trazida para o centro das preocupações do direito constitucional. Os Tribunais Constitucionais, como guardiões da Constituição, passam a ter, também, destacado papel na proteção aos direitos fundamentais

³⁴⁶ Cf. o Parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania sobre o PLS 12/06, no qual fica clara esta intenção: “(...) exigir a repercussão geral do recurso extraordinário sempre pareceu um excelente mecanismo para a criação de um filtro recursal, de modo que sobre casos repetitivos ou de somenos importância, como brigas de vizinhos ou acidentes de trânsito, podendo dedicar-se a questões que possuem efetiva e ampla repercussão no tecido social brasileiro, seja por um vetor político, econômico ou social”. Diário do Senado Federal, 02 de fev. de 2006, p. 2812.

³⁴⁷ O assunto requer uma profundidade de análise muito maior do que a que é possível fazer aqui. Como referências, consultar CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003; SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2003 e, em português, BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 240: 01-67, abr./jun. 2005; BARCELOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 240: 83-103, abr./jun. 2005; SILVA, Alexandre Garrido da. “Filosofia do Direito, Racionalidade Prática e Neoconstitucionalismo: A Contribuição Teórica De Robert Alexy”, *mimeo*.

consagrados naqueles textos³⁴⁸. E, no exercício desta relevante função, o modelo difuso-concreto de controle de constitucionalidade revela-se insubstituível³⁴⁹.

Em boa parte da Europa existem mecanismos jurídicos específicos para a proteção aos direitos fundamentais³⁵⁰. Os Tribunais Constitucionais europeus, por exemplo, seguindo a fórmula idealizada por Kelsen, exerciam o controle de constitucionalidade apenas de leis em tese, ou seja, por meio do controle abstrato. Com o passar do tempo, acabaram por introduzir formas de controle concreto, sem que isso importasse no fim da forma concentrada. Hoje esta possibilidade existe quase que na totalidade dos países europeus que possuem Tribunais Constitucionais, mesmo na Áustria, berço do modelo abstrato, que começou a analisar recursos individuais (casos concretos) em 1975³⁵¹.

Em pouco tempo, o julgamento de recursos impetrados diretamente pelos cidadãos, justamente devido à amplitude da sua legitimidade ativa, tornou-se a principal atividade dos Tribunais Constitucionais europeus. É o que acontece, por exemplo, na Alemanha³⁵², país no qual os recursos constitucionais (*verfassungsbeschwerde*) respondem por aproximadamente 97% de todas as

³⁴⁸ Como confirma a afirmativa de Canotilho de que “A justiça constitucional é hoje também um **amparo** para a defesa de direitos fundamentais, possibilitando-se aos cidadãos, em certos termos e dentro de certos limites, o direito de recurso aos tribunais constitucionais, a fim de defenderem, de forma autónoma, os direitos fundamentais violados ou ameaçados (a justiça constitucional no sentido de ‘jurisdição da liberdade’)” (grifos no original, nota de rodapé omitida). CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. cit., pp. 887-888.

³⁴⁹ Neste sentido, BONAVIDES, Paulo. Op. cit. (“O controle por via de exceção é de sua natureza o mais apto a prover a defesa do cidadão contra os atos normativos do Poder, porquanto em toda demanda que suscite controvérsia constitucional sobre lesão de direitos individuais estará sempre aberta uma via recursal à parte ofendida”, p. 325); TAVARES, André Ramos. *Tribunal e Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 1998, pp. 87-94 (“em assegurando-se o acesso do cidadão, por exemplo, em casos que envolvam direitos fundamentais, assegura-se maior democraticidade do instituto do controle de constitucionalidade e, por conseqüência, adquire o Tribunal uma maior legitimidade sob esta perspectiva, especialmente aos olhos do cidadão comum”, p. 87); MORO, Sérgio Fernando. *Jurisdição Constitucional como Democracia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. (“No Brasil, (...) procurou-se fortalecer o controle abstrato/concentrado, que é menos democrático e oferece maiores riscos na defesa da Constituição. O fortalecimento do controle difuso/incidental é mais apropriado e inverteria tal tendência”, p. 312).

³⁵⁰ Há bons exemplos também na América Latina, onde se destaca a Ação de Tutela prevista na Constituição colombiana. V., a respeito, MUÑOZ, Eduardo Cifuentes, “La jurisdicción Constitucional en Colombia”, in BELAUNDE, García Domingo, SEGADO, Francisco Fernández (coord.). *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*. Madrid: Dykinson, 1997.

³⁵¹ Cf. FAVOREU, Louis. Op. cit., p. 50.

³⁵² Sobre o recurso constitucional alemão, v. HÄBERLE, Peter. “El recurso de amparo en el sistema germano-federal de jurisdicción constitucional”, in BELAUNDE, García Domingo, SEGADO, Francisco Fernández (coord.). Op. cit., LIMBACH, JUTTA. “Función y significado del recurso constitucional en Alemania”, in Cuestiones Constitucionales, nº 3, jul-dez. de 2000, pp. 67-89.

causas julgadas pela corte³⁵³. Como afirma uma ex-presidente do Tribunal Constitucional, “*el recurso constitucional convierte a los ciudadanos y ciudadanas en guardianes de la Ley Fundamental*”³⁵⁴. No mesmo sentido, Peter Häberle considera que esta competência, que democratiza o acesso ao Tribunal Constitucional, o transforma em um “tribunal cidadão”³⁵⁵.

O exemplo espanhol é idêntico, com o recurso de amparo respondendo pela grande maioria das causas decididas pelo Tribunal Constitucional³⁵⁶. No ano de 2003, por exemplo, de um total de 7878 julgamentos, 7721 referiam-se a tais recursos³⁵⁷.

A trajetória do controle de constitucionalidade europeu, portanto, parece indicar que a presença de mecanismos que possibilitem ao cidadão comum ter acesso ao Tribunal Constitucional é extremamente positiva no sentido de ampliar a proteção aos direitos fundamentais assegurados aos cidadãos pelo texto constitucional³⁵⁸. Isto leva, por exemplo, Friedrich Müller, renomado constitucionalista alemão, a propor, em artigo recente, a introdução de um similar ao “recurso constitucional” germânico no ordenamento brasileiro, a fim de sanar a deficiência existente na proteção aos direitos fundamentais³⁵⁹.

Mas, em que pesem as vantagens de haver uma ação específica para a proteção dos direitos fundamentais, parece que o recurso extraordinário pode cumprir esta função com razoável eficiência. É o que destaca, por exemplo, André

³⁵³ Cf. LIMBACH, Jutta. cit., p. 68.

³⁵⁴ Idem, ibidem.

³⁵⁵ HÄBERLE, Peter. “El recurso de amparo en el sistema germano-federal de jurisdicción constitucional”, in BELAUNDE, García Domingo, SEGADO, Francisco Fernández (coord.). *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*. Madrid: Dykinson, 1997, pp. 225-282.

³⁵⁶ V. SEGADO, Francisco Fernández, “La Jurisdicción Constitucional en España”, in BELAUNDE, García Domingo, SEGADO, Francisco Fernández (coord.). *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*. Madrid: Dykinson, 1997, pp. 625-709; BURRIEZA, Ángela Figueruelo. “El Recurso de Amparo en Cuanto Tutela Reforzada de Los Derechos Fundamentales” in RUIZ, Miguel López (org.). *Garantías Jurisdiccionales para la Defensa de Los Derechos Humanos en Iberoamérica*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1992, pp. 233-252; LUÑO, Antonio E. Perez. *Los Derechos Fundamentales*. 6ª ed. Madrid: Tecnos, 1995, pp. 88-93.

³⁵⁷ Dados disponíveis em <http://www.tribunalconstitucional.es/naturaleza.htm>, acesso em 01/06/2005.

³⁵⁸ Cabe ressaltar que Louis Favoreu apresenta-se mais reticente com o crescimento do exame dos casos concretos em tribunais como o alemão e o espanhol (a eles o autor acrescenta o italiano). Nas palavras do eminente constitucionalista francês: “*o exemplo italiano aconselha prudência quanto à introdução de outras formas de controle pelos Tribunais; os exemplos alemão e espanhol caminham na mesma direção, no que se refere ao recurso individual*”. Cf. FAVOREU, Louis. ob. cit., p. 39.

³⁵⁹ MÜLLER, Friedrich. “Dez Propostas para a Reforma do Judiciário na República Federativa do Brasil”, in *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, vol. 1, nº 3, 2005.

Ramos Tavares, quando afirma, ao analisar a função e a importância do recurso extraordinário:

Ao se conferir ao particular, portanto, uma prerrogativa – praticamente um *munus* público – dele se faz depender o desencadeamento de um controle de legitimidade constitucional das leis em geral, para a tutela de todos os direitos constitucionais, especialmente os direitos fundamentais. Há uma subjetivação do sistema, ou, se se quiser, uma humanização, considerando-se mesmo que o Direito está posto não para atender aos problemas abstratamente colocados. O Direito está a serviço do indivíduo, do Homem, e o controle concreto é aquele que mais bem representa esta idéia.³⁶⁰

Voltando para o exemplo europeu, é oportuno lembrar que o recurso constitucional (na Alemanha) e o recurso de amparo (na Espanha) são mais semelhantes ao recurso extraordinário do que possa parecer. Isto porque, são exatamente o que seus nomes sugerem: recursos. Não são ações autônomas e, em ambos os casos, é preciso que as instâncias ordinárias já tenham sido esgotadas para que sejam admitidos nos respectivos tribunais constitucionais.

Há a diferença evidente de que seu objeto é a proteção tão-somente dos direitos fundamentais elencados em seções específicas do texto constitucional, enquanto o nosso recurso extraordinário tutela qualquer violação à Constituição, mas isto não impede que o recurso extraordinário faça as vezes de porta de acesso à jurisdição do STF no sentido de proteger direitos fundamentais dos cidadãos, como já ocorreu diversas vezes³⁶¹.

É neste ponto que a inclusão de um filtro de admissibilidade como a repercussão geral pode descaracterizar o STF, por ignorar sua função de guardião das liberdades fundamentais. O conceito de repercussão geral que a equipara ao interesse público não parece satisfatório porque não abrange, *prima facie*, a defesa dos direitos fundamentais dos cidadãos, como já salientava Evandro Lins e Silva na década de 1970³⁶². Esta crítica tem por base uma das funções da jurisdição

³⁶⁰ TAVARES, André Ramos. “Perfil Constitucional do Recurso Extraordinário”. Op. cit., p. 9.

³⁶¹ Como exemplos dos muitos e casos em que o recurso extraordinário prestou-se à garantia de direitos fundamentais, v. RE 393175-RS (assegurando o fornecimento gratuito de medicamentos psiquiátricos, Informativo STF nº 414), RE 407688-SP (assegurando a impenhorabilidade do bem de família de fiador, Informativos STF nº 415 e 416), RE 436996-SP (garantindo o direito à educação infantil em creches, Informativo STF nº 407).

³⁶² Cf. item 3.1.1, supra, e LINS E SILVA, Evandro. “O Recurso Extraordinário e a Relevância da Questão Federal”, cit., p. 45.

constitucional, que nem sempre é realçada pela doutrina e jurisprudência pátrias: o papel do STF como protetor dos direitos fundamentais³⁶³.

Mas talvez não seja necessário alterar o texto da regulamentação proposta para conciliar a tarefa de proteger direitos fundamentais com a filtragem recursal que será feita por meio da repercussão geral. Basta que se reconheça que, sempre que estiver em jogo um direito fundamental, a questão constitucional envolvida irá transcender os interesses das partes envolvidas, no mínimo, indiretamente. Isto porque, mesmo que aquela decisão afete apenas os litigantes adversos, de forma mediata estar-se-á construindo um *standard*, um padrão, que deverá ser aplicado a casos semelhantes. No entanto, casos que envolvem direitos fundamentais nem sempre podem ser facilmente generalizados³⁶⁴.

A “derrotabilidade” (*defeasibility*) dos direitos fundamentais é uma característica que expressa bem o argumento acima colocado. Significa dizer que, antes de sua aplicação, é impossível prever-se exaustivamente as exceções que poderão ocorrer na análise do caso concreto³⁶⁵. Mas, para que isto seja possível, é preciso que a avenida para a revisão do julgamento pelo órgão jurisdicional encarregado, em última instância, de proteger os valores previstos na Constituição, permaneça aberta.

Um exemplo recente pode ser utilizado para ilustrar o argumento acima. No julgamento do RE 393175-RS, o STF reconheceu o direito de dois irmãos portadores de esquizofrenia paranóide e de doença maniaco-depressiva crônica de receberem gratuitamente os medicamentos necessários para o tratamento de tais

³⁶³ Reconhecer este papel não significa afirmar que o STF o vem desempenhando de maneira satisfatória. Cf., criticamente, MORO, Sérgio Fernando. Op. cit., pp. -. Realçando a necessidade de se indagar se a jurisdição constitucional brasileira aproxima-se de um modelo afirmativo de direitos, v. VIEIRA, José Ribas, CAMARGO, Margarida Lacombe. “Em Vista de um Conceito de Jurisdição Constitucional”, in *Direito, Estado e Sociedade*, nº 15.

³⁶⁴ Nos Estados Unidos, a Suprema Corte pode, ao analisar uma petição de *certiorari*, emitir uma decisão sumária de mérito, confirmando ou reformando a decisão recorrida, sem a necessidade de ouvir detalhadamente os argumentos das partes envolvidas. Uma das hipóteses em que isto ocorre é quando se está diante de erros crassos (*egregious*) (v. Parte I, item 3.2). No entanto, a enorme crítica existente contra a utilização deste expediente, aliada à dificuldade de disciplinar procedimento semelhante no Brasil, faz com que solução parecida teria poucas chances de sucesso.

³⁶⁵ Depois de destacar que “los derechos fundamentales suelen expresarse a través de condicionales derrotables”, Alfonso Figuroa afirma que “la derrotabilidad de una norma puede definirse como la exclusión de su consecuencia jurídica como resultado de la ocurrencia en el momento t_2 de una excepción no contemplada en el antecedente total de la norma en t_1 .” FIGUEROA, Alfonso García. “La Incidencia de la Derrotabilidad de los Principios Iusfundamentales sobre el Concepto de Derecho”, in *Diritto e Questioni Pubbliche*, nº 3, 2003, p. 197. Disponível em <www.dirittoequationipubbliche.org>, acesso em 31.01.06.

doenças. No acórdão em questão, dados peculiares como a condição financeira e o histórico médico dos recorrentes, que já haviam inclusive tentado o suicídio, foram levados em consideração antes de se reconhecer o direito de ambos a receber os medicamentos pretendidos, o que foi feito com base nos artigos 5º, *caput*, e 196 da Constituição Federal. Cabe destacar que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul havia negado tal direito, sob a alegação de que não havia comprovação do risco de vida iminente.

De acordo com este acórdão, é possível afirmar que a matéria constitucional decidida (distribuição gratuita de medicamentos) possui repercussão geral, tal como definida nos projetos de lei que se propuseram a regulamentar a matéria? A resposta parece ser negativa, já que a decisão somente afetará os dois irmãos que se encontravam no pólo ativo da ação. Em outros casos, nos quais a situação fática seja diferente, a regra que determina o fornecimento gratuito de medicamentos pode não prevalecer. Desta maneira, dificilmente a decisão proferida no mérito deste recurso extraordinário poderá ser entendida como o posicionamento consolidado do STF acerca de fornecimento de gratuito de medicamentos porque, para reconhecer este direito, diversas considerações de ordem fática tiveram de ser levadas em consideração. No entanto, pode-se inferir da fundamentação do acórdão que a comprovação do risco de vida iminente servirá como um *standard* para a concessão de benefícios semelhantes³⁶⁶.

No caso analisado, não parece ser possível aplicar o raciocínio de que a repercussão geral deve sempre implicar a aplicação do entendimento esposado pelo STF acerca do mérito da questão constitucional envolvida a um grande número de casos semelhantes³⁶⁷. Mas, por envolver um direito fundamental assegurado pela Constituição brasileira, a decisão sobre a matéria será sempre

³⁶⁶ Como consta da ementa do referido recurso, “o fornecimento gratuito de medicamentos, pelo Estado, exige que o remédio seja excepcional e indispensável à vida do paciente”.

³⁶⁷ Veja-se, por exemplo, a crítica de Oscar Vilhena Vieira à expressão adotada: “Entendo, no entanto, que o texto pode ser aperfeiçoado, com uma pequena alteração de sua redação. Sugerimos, nesse sentido, que a expressão ‘repercussão geral’ seja substituída por ‘relevância’. A expressão ‘repercussão geral’ certamente favorecerá os recursos extraordinários interpostos pelo Poder Público em detrimento daqueles interpostos pelos indivíduos. A repercussão geral pode ser um dos elementos constitutivos da relevância, afinal podemos ter uma questão pífia de repercussão geral e outra extremamente relevante, que tenha repercussão mais limitada. Entendo que o STF tem a autoridade jurídica e moral para fazer a escolha dos casos que julgar relevantes.” (grifos no original). VIEIRA, Oscar Vilhena. “Que Reforma?”, cit., pp. 202-203.

juridicamente relevante, mesmo que sirva apenas para fixar determinados padrões a serem seguidos em decisões futuras.

A necessidade de uma alteração radical no sistema de funcionamento do recurso extraordinário é inegável, e os dados exibidos no item 2.4 não deixam dúvidas acerca deste fato. No entanto, é preciso distinguir duas das causas que levaram a este quadro: de um lado, existe uso abusivo do recurso extraordinário como ferramenta para protelar a formação da coisa julgada³⁶⁸. Mas, por outro lado, é preciso reconhecer que há freqüentes violações a direitos fundamentais, e que o STF deve, sim, estar a postos para corrigir estes desvios.

O que se pretende evitar, com a crítica realizada, é que se faça confusão entre a repercussão geral e aplicação da mesma decisão a um grande número de causas. Isto importaria dizer que todas as questões constitucionais decididas pelo STF teriam efeito vinculante³⁶⁹, o que nem sempre é verdade. A impossibilidade de aplicar diretamente um determinado entendimento a diversos outros recursos que versem sobre a mesma controvérsia constitucional não significa que aquela

³⁶⁸ V., por exemplo, GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel, ob. cit., p. 1: “Os abusos por parte dos litigantes são freqüentes, como é de conhecimento daqueles que acompanham os casos sob análise tanto do Supremo Tribunal Federal como do Superior Tribunal de Justiça, o que reforça os argumentos quanto à necessidade de ser adotado um critério que limite o tipo de feito ou interesse que devam ser julgados pelos tribunais superiores.”

³⁶⁹ Para uma defesa do efeito vinculante, v. PERTENCE, José Paulo Sepúlveda. “Jurisdição Constitucional, Decisões Judiciais Vinculantes e Direitos Fundamentais”, in SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. Neste artigo o Ministro do STF debate o efeito vinculante de decisões do STF, defendendo ser este um aspecto positivo para a efetivação dos direitos fundamentais com a seguinte argumentação: “Estou certo de que ele (o efeito vinculante) realiza a justiça possível; a justiça material é apenas uma meta. O importante é caminhar para ela, consciente de que tudo será alcançado. Existe o possível, a justiça possível e, sobretudo, a justiça equânime. O efeito vinculante teve o grande valor de realizar a isonomia, às vezes contra o cidadão, muitas vezes a favor do cidadão desarmado, desinformado de seus direitos e sem capacidade para postular perante uma jurisdição cara e, sobretudo, demorada. Certo é que, muitas vezes e em certas conjunturas, o controle difuso amplo parece ser mais democrático, mas é ilusório porque, no final das contas, apenas vai expor o usuário a uma das duas possibilidades: ou a correr por anos as vias da jurisdição ordinária até chegar à solução já prevista, e já imposta *erga omnes*, ou, o que é pior, ficar pelo caminho entre uma perda de prazo na preclusão de um recurso, enfim, entre acidentes processuais”. Esta consideração, mesmo se aceita, não parece capaz de enfraquecer a objeção colocada ao instituto da repercussão geral. O argumento formulado pelo ministro só parece fazer sentido quando dirigido a causas repetidas (envolvam elas ou não direitos fundamentais), nas quais, não obstante haver firme posicionamento do STF em um determinado sentido, nada impede que tribunais inferiores julguem de maneira distinta. Nossa crítica à repercussão geral como mecanismo de filtragem dos recursos extraordinários baseia-se no fato de que ela poderá excluir do STF a possibilidade de julgar uma demanda não repetitiva (inérita) na qual esteja envolvido algum direito fundamental do recorrente pelo fato de aquela causa não afetar diretamente um elevado número de pessoas. Para uma crítica ao efeito vinculante, v. CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Op. cit., pp. 410-415.

discussão seja desprovida de relevância, e nem que a decisão de mérito de uma das causas não possuirá repercussão geral.