CONTRARIEDADE À CONSTITUIÇÃO E RECURSO EXTRAORDINÁRIO: ASPECTOS INEXPLORADOS

GILMAR FERREIRA MENDES*

1 — Introdução. 2 — Significado dos Direitos Fundamentais. 3 — O recurso extraordinário no caso da afronta provir de ato regulamentar. 4 — Decisão judicial sem base legal (ou fundada em uma falsa base legal) e recurso constitucional.

I. *Introdução*

A Constituição de 1988 introduziu mudanças significativas no modelo de controle de constitucionalidade e de proteção do direito federal, instituindo um tribunal especial para conhecer das questões básicas relativas à alegação de afronta ao direito ordinário federal.

Essa opção do constituinte tem provocado não poucas perplexidades. A própria necessidade de separação de recursos e de sua duplicação — recurso especial para o Supremo Tribunal de Justiça e recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal — tem suscitado controvérsias de relevo.

Embora a doutrina ainda não tenha contemplado a questão com a necessária atenção, é certo que se, de um lado, a transferência para o Superior Tribunal de Justiça da atribuição para conhecer das questões relativas à observância do direito federal acabou por reduzir a competência do Supremo Tribunal Federal às controvérsias de índole constitucional, não subsiste dúvida de que, por outro lado, essa alteração deu ensejo à Excelsa Corte para redimensionar o conceito de "questão constitucional".

O próprio significado do princípio da legalidade, positivado no art. 5º, II, da Constituição, terá que ser efetivamente explicitado, para que dele se extraiam relevantes conseqüências jurídicas já admitidas pela dogmática constitucional.

O princípio da legalidade, entendido aqui tanto como princípio da supremacia ou da preeminência da lei (*Vorrang des Gesetzes*), quanto como princípio da reserva legal (*Vorbehalt des Gesetzes*), contém limites não só para o Legislativo, mas também o Poder Executivo e para o Poder Judiciário.

* Procurador da República. Mestre em Direito pela UnB. Doutor em Direito pela Universidade de Münster — RFA. Professor da Universidade de Brasília.

A idéia de supremacia da Constituição, por outro lado, impõe que os órgãos aplicadores do direito não façam tábula rasa das normas constitucionais, ainda quando estiverem ocupados com a aplicação do direito ordinário. Daí porque se cogita, muitas vezes, sobre a necessidade de utilização da interpretação sistemática sob a modalidade da interpretação conforme à Constituição.

Nesse âmbito, colocam-se algumas indagações.

Uma primeira refere-se ao cabimento de recurso extraordinário contra decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça e pelos demais tribunais nas hipóteses em que se discute a legitimidade de aplicação de norma regulamentar (reserva legal).

É de se perguntar se, nesses casos, tem-se simples questão legal insuscetível de ser apreciada na via excepcional do recurso extraordinário, ou se o tema pode ter contornos constitucionais e merece, por isso, ser examinado pelo Supremo Tribunal Federal.

Ainda nessa linha de reflexão poder-se-ia questionar se a decisão judicial que se ressente de falta de fundamento legal poderia ser considerada contrária à Constituição para efeitos do art. 102, III, "a" da Constituição.

Na mesma linha de raciocínio seria, igualmente, lícito perguntar se a aplicação errônea ou equivocada do direito ordinário poderia dar ensejo a recurso extraordinário.

A questão assume maior relevância prática em face da alteração levada a efeito pela Constituição de 1988, que instituiu o Superior Tribunal de Justiça, outorgando-lhe competência para apreciar a legitimidade da aplicação do direito ordinário federal.

2. *Significado dos Direitos Fundamentais*

A Constituição brasileira de 1988, tal como já consagrado na Lei Fundamental de Bonn (1949), na Constituição portuguesa (1976) e na Constituição espanhola (1978), outorgou significado especial aos direitos fundamentais, passando inclusive a contemplá-los já no seu capítulo inicial.

Tal como os textos constitucionais referidos, a Constituição de 1988 confere eficácia vinculante imediata aos direitos fundamentais (CF, art. 5º, § 1º). Tal como verificado, igualmente, nos textos constitucionais acima mencionados (Lei Fundamental, art. 79, III; Constituição portuguesa, art. 288), a Constituição de 1988 gravou esses direitos fundamentais com a cláusula de imutabilidade ou com a garantia de eternidade, permitindo, assim, que eventual emenda constitucional tendente a abolir determinado direito tenha a sua inconstitucionalidade declarada pelo Poder Judiciário.

Os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos essenciais da ordem constitucional objetiva.

Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados[1].

Como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais — tanto aqueles que não asseguram, primariamente, um direito subjetivo,

[1] Hesse, Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 16ª ed., Heidelberg, 1988, p. 112; Krebs, Walter, Freiheitsschutz durch Grundrechte, in: JURA, 1988, p. 617 (619).

quanto aqueloutros, concebidos como garantias individuais — formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático.

É verdade consabida, desde que Jellinek desenvolveu a sua Teoria dos quatros *Status*,[2] que os direitos fundamentais cumprem diferentes funções na ordem jurídica.

Na sua concepção tradicional, os direitos fundamentais são direitos de defesa (*Abwehrrechte*), destinados a proteger determinadas posições subjetivas contra a intervenção do Poder Público, seja pelo (a) não-impedimento da prática de determinado ato, seja pela (b) não-intervenção em situações subjetivas ou pela não eliminação de posições jurídicas.[3]

Nessa dimensão, os direitos fundamentais contêm disposições definidoras de uma competência negativa do Poder Público (*negative Kompetenzbestimmung*), que fica obrigado, assim, a respeitar o núcleo de liberdade constitucionalmente assegurado.[4]

Outras normas consagram direitos a prestações de índole positiva (*Leistungsrechte*), que tanto podem referir-se a prestações fáticas de índole positiva (*faktische positive Handlungen*), quanto a prestações normativas de índole positiva (*normative Handlungen*).[5]

Como observado, enquanto direitos de defesa, os direitos fundamentais asseguram a esfera de liberdade individual contra interferências ilegítimas do Poder Público, provenham elas do Executivo, do Legislativo ou, mesmo, do Judiciário.

Se o Estado viola esse princípio, então dispõe o indivíduo da correspondente pretensão que pode consistir, fundamentalmente, em uma:
(1) pretensão de abstenção (*Unterlassungsanspruch*);
(2) pretensão de revogação (*Aufhebungsanspruch*), ou ainda, em uma;
(3) pretenção de anulação (*Beseitigungsanspruch*)[6].

Assinale-se, ainda, que tal como outras ordens constitucionais, a Constituição brasileira consagra como princípio básico o postulado da legalidade segundo o qual "ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" (CF, art. 5º, II).

Tal como já assinalado, o princípio da legalidade contempla, entre nós, tanto a idéia de supremacia da lei (*Vorrang des Gesetzes*), quanto a de *reserva legal* (*Vorbehalt des Gesetzes*).[7]

O princípio da reserva legal explicita as matérias que devem ser disciplinadas diretamente pela lei. Este princípio, na sua dimensão negativa, afirma a inadmissibilidade de utilização de qualquer outra fonte de direito diferente da lei. Na sua dimensão positiva, admite-se que apenas a lei pode estabelecer eventuais limitações ou restrições.[8]

[2] Jellinek, G., *Sistema dei Diritti Pubblici Subiettivi*, trad. ital., Milão, 1912, p. 244. Sobre a crítica da Teoria de Jellinek, Cf. Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main, 1986, p. 243 s.
[3] Cf. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, cit., p. 174; Ver, também, Canotilho, J.J. Gomes, *Direito Constitucional*, 5ª ed., Coimbra, 1992, p. 548.
[4] Cf., Hesse, Grundzüge, cit., p. 118.
[5] Alexy, *Theorie de Grudrechte*, 1988, p. 179; Ver, também, Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 549.
[6] Cf. Battis/Gusy, *Einführung in das Staatsrecht*, 3ª edição, Heidelberg, 1991, p. 330.
[7] Cf., sobre o assunto, Xavier, Alberto, *Os Princípios da legalidade e da tipicidade da tributação*, São Paulo, 1978, p. 13 s.
[8] Cf. Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 799.

Por seu turno, o princípio da supremacia ou da preeminência da lei submete a administração e os tribunais ao regime da lei, impondo tanto a exigência de aplicação da lei (*dimensão positiva*), quanto a proibição de desrespeito ou de violação da lei (*dimensão negativa*).[9]

A propósito, são elucidativas as lições de Canotilho:

"Em termos práticos, a articulação de suas dimensões aponta: (i) para a exigência da aplicação da lei pela administração e pelos tribunais (cfr. CRP, arts. 206º, 266º/2), pois o cumprimento concretizador das normas legais não fica à disposição do juiz (a não ser que as "julgue" inconstitucionais) ou dos órgãos e agentes da administração (mesmo na hipótese de serem inconstitucionais); (ii) a proibição de a administração e os tribunais actuarem ou decidirem contra lei, dado que esta constitui um limite ("função limite", princípio da legalidade negativa") que impede não só as violações ostensivas das normas legais, mas também os "desvios" ou "fraudes" à lei através da via interpretativa; (iii) nulidade ou anulabilidade dos actos da administração e das medidas judiciais ilegais; (iiii) inadmissibilidade da "rejeição" por parte dos órgãos e agentes da administração (mas já não por parte dos juízes), de leis por motivo de inconstitucionalidade. Neste sentido pôde um autor afirmar recentemente que o princípio da legalidade era um "verdadeiro polícia da ordem jurídica" (J. Chevallier)".[10]

Para a defesa dos direitos individuais, coloca a ordem constitucional à disposição do indivíduo uma série de instrumentos.

Além de garantir o direito à proteção judiciária e instituir alguns instrumentos especiais com o escopo de tornar mais precisa ou expedita essa proteção, como é o caso, entre nós, do mandado de segurança e do *habeas corpus*, consagram muitas ordens constitucionais a possibilidade de utilização de um recurso especial, o recurso constitucional contra decisões judiciais ou mesmo contra atos de outros poderes.

Entre nós, a eventual censura das decisões contrárias à Constituição realiza-se mediante a utilização do recurso extraordinário, hoje disciplinado no art. 102, III, da Constituição.

3. *O recurso extraordinário no caso da afronta provir de ato regulamentar*

A Constituição Federal de 1988 estabelece ser admissível recurso extraordinário quando a decisão recorrida contrariar dispositivo desta Constituição, declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal ou julgar válida lei ou ato do governo local contestado em face do texto constitucional.

assim, ao contrário do que se verifica em outras ordens constitucionais, que limitam, muitas vezes, o recurso constitucional aos casos de afronta aos direitos fundamentais, optou o constituinte brasileiro por admitir o cabimento do recurso extraordinário contra qualquer decisão que, em única ou última instância, contrariar a Constituição.

Portanto, a admissibilidade do recurso constitucional não está limitada em teses a determinados parâmetros constitucionais, como é o caso da *Verfassungsbesch-*

[9] Canotilho, *Direito Constitucional*, 1991, p. 796-797.
[10] Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 797.

werde na Alemanha (Lei Fundamental, art. 93, nº 4a), destinada, basicamente, à defesa dos direitos fundamentais.

Assinale-se, porém, que, mesmo nos sistemas que admitem o recurso constitucional apenas com base na alegação de ofensa aos direitos fundamentais, surgem mecanismos ou técnicas que acabam por estabelecer uma ponte entre os direitos fundamentais e todo o sistema constitucional, reconhecendo-se que a lei ou o ato normativo que afronta determinada disposição do direito constitucional objetivo ofende, *ipso jure*, os direitos individuais, seja no que se refere à liberdade de ação, seja no que diz respeito ao princípio da reserva legal.

A Corte Constitucional alemã apreciou pela primeira vez a questão no chamado *"Elfes-Urteil"*, de 16.01.1957, deixando assente que uma norma jurídica lesa a liberdade de ação (*Handlungsfreiheit*) se contraria disposições ou princípios constitucionais, tanto no que se refere ao aspecto formal, quanto no que diz respeito ao aspecto material.[11]

No referido julgado explicitou a Corte Constitucional alemã orientação que seria repetida e aperfeiçoada em decisões posteriores:

"De tudo o que se afirmou, resulta que uma norma jurídica somente pode restringir, eficazmente, o âmbito da liberdade individual (Allgemeine Handlungsfreiheit) se corresponder às exigências estabelecidas pela ordem constitucional. Do prisma processual, significa dizer: todos podem sustentar, na via do recurso constitucional, que uma lei que estabelece restrição à liberdade individual não integra a ordem constitucional, porque afronta, formal ou materialmente, disposições ou princípios constitucionais; (...) (LF, art. 2º, I).[12]

Tal como assinalado, essa decisão permitiu que o Bundesverfassungsgericht apreciasse, na via excepcional da Verfassungsbeschwerde (recurso constitucional), a alegação de afronta não apenas aos direitos fundamentais, mas a qualquer norma ou princípio constitucional.

É que, como observa Hans-Jürgen Papier, qualquer inconstitucionalidade de lei restritiva de direito configura, também, afronta aos direitos fundamentais:

"O significado nos direitos fundamentais nos termos da Lei Fundamental não se limita mais exclusivamente a garantir a legalidade (Gesetzmässigkeit) das restrições impostas à liberdade individual pelo Executivo e pelo Judiciário. Mediante a vinculação do Poder Legislativo aos direitos fundamentais não se suprime, mas se reforça e se completa a função de proteção dos direitos fundamentais. Administração e Justiça necessitam para a intervenção nos direitos fundamentais de uma dupla autorização: além da autorização legal (Gesetzliche Ermächtigung) para a intervenção, deve-se exigir também uma autorização constitucional para a limitação dos direitos fundamentais. Se os direitos fundamentais da Lei Fundamental não se exaurem na legalidade do segundo e do terceiro Poder, surge, ao lado da reserva legal, a idéia de uma reserva da Constituição. Então afigura-se lícito admitir que, de uma perspectiva jurídico-material, os direitos fundamentais protegem contra restrições ilegais ou contra limitações sem fundamento legal levadas a efeitos pelo Poder Executivo ou pelo Poder Judiciário. A legalidade da restrição ao direito de liberdade é uma condição

[11] *BVerfGE* 6, 32(36 s.; 41).
[12] *BVerfGE* 6, 32(33).

de sua constitucionalidade; a violação à lei constitui uma afronta aos próprios direitos fundamentais (Die Gesetzmässigkeit des Freiheitseingriffs ist eine Bedingung seiner Verfassunmässigkeit, sein Gesetzesverstoss ist auf jeden Fall Grundrechtsvestoss)".[13]

Orientação semelhante é enfatizada por Klaus Schlaich, ressaltando que também a incompatibilidade entre as normas regulamentares e a lei formal enseja a interposição de recurso constitucional sob alegação de afronta a um direito fundamental, pelo menos ao direito geral de liberdade.[14]

Tal como enunciado por Pestalozza,[15] configura-se hipóteses de afronta ao direito geral de liberdade (Lei Fundamental, art. 2º, I) ou a outra garantia constitucional expressa:

— a não observância pelo regulamento dos limites estabelecidos em lei (Lei Fundamental, art. 80, I);[16]

— a lei promulgada com inobservância das regras constitucionais de competência;[17]

— a lei estabelece restrições incompatíveis com o princípio da proporcionalidade.[18]

Embora essa orientação pudesse suscitar alguma dúvida, especialmente no que se refere à conversão da relação lei/regulamento numa questão constitucional, é certo que tal entendimento parece ser o único adequado a evitar a flexibilização do princípio da legalidade, tanto sob a forma de postulado da supremacia da lei, quanto sob a modalidade de princípio da reserva legal.

Do contrário, restaria praticamente esvaziado o significado do princípio da legalidade, enquanto princípio constitucional em relação à atividade regulamentar do Executivo. De fato, a Corte Constitucional estaria impedida de conhecer eventual alegação de afronta, sob o argumento da falta uma ofensa direta à Constituição.

Especialmente no que diz respeito aos direitos individuais, não há como deixar de reconhecer que a legalidade da restrição aos direitos de liberdade é uma condição de sua constitucionalidade.

Não há dúvida, igualmente, de que esse entendimento aplica-se integralmente ao nosso modelo constitucional, que consagra não apenas a legalidade como princípio fundamental (art. 5º, II), mas exige também que os regulamentos observem os limites estabelecidos pela lei (CF, art. 84, IV).

4. *Decisão judicial sem base legal (ou fundada em uma falsa base legal) e recurso constitucional*

Problema igualmente relevante coloca-se em relação às decisões de única ou de

[13] Papier, 'Spezifisches Verfassungsrecht" und "Einfaches Recht" als Argumentationsformal des Bundesverfassungsgerichts, in: *Bundesverfassungsgericht un Gundgesetz*, vol. I, p. 432 (433-434).
[14] Schlaich, Klaus, *Das Bundesverfassungsgericht*, Munique, 1985, p. 108.
[15] Pestalozza, Christian, *Verfassungsprozessrecht*, 2ª ed., Munique, 1982, pp. 105-106.
[16] *BVerfGE* 41, 88 (116); 42, 374(385).
[17] *BVerfGE* 38, 288 (298 s.); 40, 56(60), 42, 20(27).
[18] *BVerfGE* 38, 288(298).

última instância que, por falta de fundamento legal, acabam por lesar relevantes princípios da ordem constitucional.

Uma decisão judicial que, sem fundamento legal, afete situação individual revela-se igualmente contrária à ordem constitucional, pelo menos ao direito subsidiário da liberdade de ação (*"Auffanggrundrecht"*).[19]

Se admite, como expressamente estabelecido na Constituição, que os direitos fundamentais vinculam todos os poderes e que a decisão judicial deve observar a Constituição e a lei, não é difícil compreender que a decisão judicial que se revele desprovida de base legal afronta algum direito individual específico, pelo menos o princípio da legalidade.

A propósito, assinalou a Corte Constitucional alemã:

"Na interpretação do direito ordinário, especialmente dos conceitos gerais indeterminados (*Generalkalausel*), devem os tribunais levar em conta os parâmetros fixados na Lei Fundamental. Se o tribunal não observa esses parâmetros, então ele acaba por ferir a norma fundamental que deixou de observar; nesse caso, o julgado deve ser cassado no processo de recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) (*BVerfGE* 7, 198(207); 12, 113(124); 13, 318(325)."

Não há dúvida de que essa orientação prepara algumas dificuldades, podendo converter a Corte Constitucional em autêntico Tribunal de revisão. É que, se a lei deve ser aferida em face de toda a Constituição, as decisões hão de ter a sua legitimidade verificada em face da Constituição e de toda a ordem jurídica. Se se admitisse que toda decisão contrária ao direito ordinário é uma decisão inconstitucional, ter-se-ia de acolher, igualmente, todo e qualquer recurso constitucional interposto contra decisão judicial ilegal[21].

Enquanto essa orientação prevalece em relação às leis inconstitucionais, não se adota o mesmo entendimento no que concerne às decisões judiciais.

Por essa razão, procura o Tribunal formular um critério que limita a impugnação das decisões judiciais mediante recurso constitucional. Sua admissibilidade dependeria, fundamentalmente, da demonstração de que, na interpretação e aplicação do direito, o Juiz desconsiderou por completo ou essencialmente a influência dos direitos fundamentais, que a decisão se revela grosseira e manifestamente arbitrária na interpretação e aplicação do direito ordinário ou, ainda, que se ultrapassaram os limites da construção jurisprudencial.[22] Não raras vezes, observa a Corte Constitucional que determina decisão judicial afigura-se insustentável, porque assente numa interpretação objetivamente arbitrária da norma legal (*Sie beruht vielmehr auf schlechthin unhaltbarer und damit objektiv willkürlicher Auslegung der angewendeten Norm*).[23]

Assim, uma decisão que, v.g., amplia o sentido de um texto normativo penal para abranger uma dada conduta é considerada inconstitucional, por afrontar o princípio do *nullum crimen nulla poena sine lege* (LF, art. 103, II).

[19] Schlaich *Bundesverfassungsgericht*, p. 108;
[20] *BVerfGE* 18, 85 (92 s.); Cf., também, Zuck, Rüdiger, *Das Recht der Verfassungsbeschwerde*, 2ª ed., Munique, 1988, p. 220.
[21] Schlaich, *Das Bundesverfassungsgericht*, p. 109.
[22] Cf., sobre o assunto, Schlaich, *Das Bundesverfassungsgericht*, p. 109.
[23] *BVerfGE* 64, 389(394).

Essa concepção da Corte Constitucional levou à formulação de uma teoria sobre os graus ou sobre a intensidade da restrição imposta aos direitos fundamentais (*Stufentheorie*), que admite uma aferição de constitucionalidade tanto mais intensa quanto maior for o grau de intervenção no âmbito de proteção dos direitos fundamentais.[24]

Embora o modelo de controle de constitucionalidade exercido pelo *Bundesverfassungsgericht* revele especificidades decorrentes sobretudo do sistema concentrado, é certo que a idéia de que a não-observância do direito ordinário pode configurar uma afronta ao próprio direito constitucional tem aplicação também entre nós.

Essa conclusão revela-se tanto mais plausível se se considera que, tal como a Administração, o Poder Judiciário está vinculado à Constituição e às leis (CF, art. 5º, 1º).

[24] Zuck, Rüdiger, *Das Recht der Verfassungsbeschwerde*, p. 221.