

QUESTÕES CONSTITUCIONAIS NA ORDEM PROCESSUAL: ENTRE A REPERCUSSÃO GERAL E A TUTELA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS INDIVIDUAIS

CONSTITUTIONAL ISSUES IN THE BRAZILIAN CONSTITUTIONAL SYSTEM BETWEEN GENERAL REPERCUSSION AND THE PROTECTION OF FUNDAMENTAL INDIVIDUAL RIGHTS

Leonardo Martins^{1,2}

Resumo: O art. 102, §3º CF, inserido pelo constituinte derivado em 2004, instituiu filtro aparentemente qualitativo a ser aplicado pelo STF em sede de juízo extraordinário de admissibilidade de Recursos Extraordinários. O propósito é, em suma, viabilizar a fundamentação pela Corte do descarte de Recursos Extraordinários, cujas “questões constitucionais” não tenham “repercussão geral”, com vistas à garantia de sua capacidade funcional ameaçada por uma sobrecarga de recursos a serem julgados. Como tais entendidos, são os recursos que não tenham relevância social, política, econômica ou até jurídica. Passados 14 anos desde sua inserção no texto constitucional não se logrou definir e adequadamente classificar o novo instituto processual-constitucional com fortes implicações jurídico-materiais. A discussão enfoca o conceito de “repercussões gerais” que foi ainda apenas insatisfatoriamente, mas de certo modo concretizado. Por sua vez, sobre o conceito de “questões constitucionais”, que

representa o pressuposto daquele, não existe nenhum estudo específico. O presente estudo visa a suprir essa lacuna. Como método, valeu-se do chamado princípio distributivo cunhado no direito germânico. Em seu inventário de fontes, consta um vasto material comparativo relativo especialmente à lida jurisprudencial com o problema correlato na Alemanha, além da crítica à delimitação entre o chamado direito constitucional “específico” e o direito infraconstitucional. Partindo da hipótese segundo a qual, a despeito do teor do art. 102, 3º CF, seria dever do juiz natural das questões constitucionais reconhecê-las *ex officio*, o estudo conclui por sua confirmação. Como resultado, apresenta critérios de orientação para o delineamento conceitual e prático das “questões constitucionais”.

Palavras-chave: Constitucionalização do direito. Admissibilidade do recurso extraordinário. Vínculo judicial aos direitos fundamentais individuais.

¹ Doutor em Direito Constitucional; Professor do PPG em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte; Avenida Senador Salgado Filho, 3000, Candelária, 59064-741, Natal, Rio Grande do Norte, Brasil; <https://orcid.org/0000-0002-1188-8194>; leonardomartins1@yahoo.de

² Por leituras críticas de partes ou de todo o manuscrito agradeço à MSc. Carmen Sylvia Alves de Vasconcelos e ao MSc. Jone Fagner Rafael Maciel, além de aos colegas, Professor Dr. Dimitri Dimoulis e Prof. Dr. Lucas Catib de Laurentiis. Despiciendo lembrar que todas insuficiências do artigo são de minha exclusiva responsabilidade.

Abstract: Art. 102, §3º of the Brazilian Federal Constitution was enacted by a constitutional amendment in 2004 and established an qualitative filter to be applied by the Supreme Court in a kind of extraordinary judgment concerning the admissibility of Extraordinary Appeals. The purpose is to enable the Court to justify the dismissal of Extraordinary Appeals whose “constitutional issues” do not have “general repercussion” in a move to secure that Court’s functional capacity. As such, the aforementioned filter generally applies to cases that do not have social, political, economic or even legal relevance. There is not yet a definition or adequately classification of that concepts. . On the one hand, the specialized discussion has focused on the concept of “general repercussions” whose meaning, nevertheless, has been only unsatisfactorily clarified. On the other hand, there is no study to systematize the role of the concept of “constitutional questions”, which is a presupposition to the provision of “general repercussion”. The present study aims to fill this gap. The bibliographical sources used span vast comparative literature regarding a related problem in Germany as well as the criticism concerning the legal-scientific investigation of the delimitation between the so-called “specific” constitutional law and infra-constitutional law. The study confirms the hypothesis that, although the content of art. 102, §3º of the Brazilian Constitution, it would be the duty of the competent judge to recognize these issues *ex officio*. As a result, the study presents criteria of orientation on the conceptual and practical delineation of the “constitutional questions”.

Keywords: Constitutionalization of law. Admissibility of extraordinary appeals. Judicial review and the protection of individual rights.

Recebido em 4 de dezembro de 2018
Avaliado em 31 de dezembro de 2018 (AVALIADOR A)
Avaliado em 28 de fevereiro de 2019 (AVALIADOR B)
Aceito em 13 de junho de 2019

Introdução

Há 14 anos o constituinte derivado inseriu o §3º no art. 102 da CF. Trata-se de um dispositivo que visa à garantia da capacidade funcional do STF cada vez mais ameaçada por um número exacerbado de Recursos Extraordinários interpostos contra decisões de todos os órgãos de segunda instância da Justiça estadual e federal, dos tribunais superiores das Justiças especiais e do STJ.³

O presente trabalho ocupa-se da sistematização da discussão em torno da repercussão geral das questões constitucionais a serem demonstradas pela parte recorrente segundo o dispositivo retro mencionado. Busca-se investigar seu impacto na tutela de direitos fundamentais individuais a partir do conceito ainda não esclarecido na literatura especializada das “questões constitucionais”, tendo em vista, especialmente, seu uso pelo (competente) órgão de poder constituído que é o STF.

Entre os objetivos específicos do presente estudo encontram-se, primeiro, esclarecer o sentido constitucional e o alcance da norma inserida pelo constituinte derivado do art. 102, §3º CF. Em segundo lugar, pressupondo-se a constitucionalidade da PEC que a inseriu no texto

³ Cada um deles é um potencial *iudex a quo* no caso do cabimento de Recurso Extraordinário segundo o art. 102 III CF, cujas quatro alíneas, se e quando aplicadas consequentemente, provocam um conhecimento que extrapola os limites da jurisdição constitucional existentes em um típico sistema concentrado de controle de constitucionalidade de normas, incluindo sua interpretação e aplicação judicial. Uma tão panorâmica quanto por vezes mais detalhada diferenciação entre os dois sistemas, incluindo o peculiar papel do RE nessa diferenciação, oferecem Dimoulis e Lunardi (2017, p. 44 e s., 51 e ss.; 63 e ss., 88-90 e 273-279).

constitucional, pretende-se investigar suas condições e a partir delas desenvolver critérios para uma correta interpretação e aplicação da norma.

Tais objetivos devem ser perseguidos com um específico método jurídico-constitucional. Partindo-se da teoria de um amplo e substancial (material e formal) vínculo de todos os órgãos pertinentes às três funções estatais constitucionais (legislativa, governamental-administrativa e jurisdicional) ao direito constitucional, distribui-se o ônus da argumentação entre vinculados e sujeitos ativos das normas jusfundamentais de *modo não igualitário*. Pode-se sintetizá-lo na seguinte fórmula: é a restrição das liberdades, mas não seu exercício, o que se submete ao ônus argumentativo da justificação constitucional.⁴ Consequência dessa opção metodológica é o descarte de supostos métodos ou técnicas de ponderação⁵ para a interpretação e aplicação de parâmetros normativos constitucionais e de todas as demais normas jurídicas, que são potenciais objetos de controle de constitucionalidade em face daqueles.

Da consequente aplicação do método sucintamente descrito decorre o estabelecimento das seguintes centrais hipóteses de trabalho:

O Estado constitucional democrático de direito tem como pedra angular, conforme explicita o aludido princípio da distribuição do ônus argumentativo, o indivíduo, incluindo-se essencialmente sua dignidade e liberdade. Por isso, o conceito de “questões constitucionais” do art. 102, §3º CF apenas poderia ser coerente e consistentemente interpretado quando entendido como dever de construir o direito constitucional *objetivo*⁶ que cabe aos órgãos competentes para a jurisdição constitucional

Isso implicaria que o dever da parte recorrente de demonstrar as repercussões gerais das questões constitucionais discutidas em *seu* caso teria de ser interpretado restritivamente. No sentido de tal interpretação restritiva, o referido dever seria alocado no rol de deveres gerais destinados às funções essenciais à Administração da Justiça (mais próximos, portanto, da teoria processualista dos pressupostos formais, eventualmente saneáveis no curso do processo), com especial consideração das muito significativas peculiaridades da matéria. Isso significa que não se eximiria o STF de seu dever apriorístico de delimitar a intensidade de seu exame constitucional em face dos demais poderes e dos demais órgãos jurisdicionais. Ao mesmo tempo, os abusos do Recurso Extraordinário com fins protelatórios ou seu uso por partes e seus representantes que, por desconhecerem as

⁴ Sobre esse que se convencionou chamar de “princípio distributivo” concebido originariamente por Schmitt (1970, p. 126 e s. e 156 e s.), cf., no vernáculo, Martins (2012, p. 29 e s.).

⁵ Representativo de todos os autores que compõem uma das escolas teóricas mais influentes na discussão pátria, v. apenas Silva (2016).

⁶ O adjetivo (par dicotômico do direito subjetivo avocável por seus titulares) refere-se à totalidade de um ordenamento jurídico que; a depender das fontes reconhecidas pelo respectivo sistema jurídico nacional, pode e nos sistemas das democracias ocidentais normalmente abrange o direito posto, consuetudinário e até a jurisprudência que interpreta e aplica a legislação; fecha possíveis lacunas sistêmicas, dando consistência a todo o sistema. Na cultura e sistema jurídico-constitucionais alemães, enfatiza-se, nesse sentido, o papel do Tribunal Constitucional Federal na construção do direito constitucional objetivo. Cf. Schlaich e Koriath (2015, p. 24 e 197) e, no vernáculo, a exposição de Martins (2016b, p. 23 e ss.). Em sentido semelhante, cf. também Medina (2017, p. 120).

funções e o alcance do direito constitucional, encaram-no como uma espécie de “última cartada”, poderiam ser correta e conseqüentemente combatidos por intermédio de precedentes decisões de inadmissibilidade. Dessa maneira, contribuir-se-ia, negativa ou inversamente (definição de matérias que não contenham problemas constitucionais), para a construção do chamado direito constitucional objetivo, desestimulando-se, de modo compatível com o princípio do Estado de direito e da ordem constitucional vigente, os referidos abusos do RE.

O enfrentamento do problema e o exame da referida hipótese de trabalho ocorrerão em três etapas:

O primeiro tópico ocupa-se dos pressupostos genéticos da inserção normativa do §3º ao art. 102 CF que trata, em seus três incisos e parágrafos, exaustivamente, das competências originárias e recursais do STF.

O segundo tópico busca desvendar a recepção, pela ciência jurídico-constitucional brasileira, do novel instituto constitucional-processual com implicações jurídico-materiais. A novidade impactou tanto a jurisprudência do STF em termos quantitativos com uma sensível diminuição do número de Recursos Extraordinários conhecidos quanto deixou muitas dúvidas que vão muito além de uma preocupação de política constitucional, de *constitutione ferenda* ou mesmo de preocupações justeóricas, democrático-teóricas ou teórico-constitucionais, portanto. Com efeito, também de *constitutione lata* há diversas dúvidas que ainda estão longe de serem esclarecidas.

Finalmente, no terceiro e sistemático tópico, será construída uma proposta que se inspira em institutos e situações jurídico-constitucionais *mutatis mutandis* paralelas, pertinentes a um ordenamento jurídico estrangeiro (alemão), mas que, coerentemente com a presente opção metodológica, mesmo se conseqüentemente seguida, não dispensa, em termos de fundamentação, um rigoroso *recurso* às normas constitucionais da CFB.⁷

1 Ônus de arguição e demonstração do recorrente no juízo de admissibilidade do RE: “repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso” (art. 102, §3º da CF)

O teor do art. 102, §3º da CF não deixa margem a dúvidas: trata-se, em conformidade com a presente epígrafe, de um duplo ônus do recorrente no recurso extraordinário ao STF.

Em primeiro lugar, implicitamente, a parte recorrente tem de *arguir*, tempestiva e concomitantemente ao cumprimento dos demais pressupostos gerais e específicos do Recurso Extraordinário, a “repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso” se quiser ter seu recurso conhecido pelo STF. De *constitutione ferenda*, isso pode ser tudo, menos óbvio. Se a comunidade político-jurídica brasileira e o constituinte derivado – que inseriu a novidade na EC 45/2004 a ser brevemente revisitada – tivessem levado totalmente a sério o papel do STF como “guardião da

⁷ Quando se tratar de parâmetros materiais jusfundamentais como na maioria dos casos, v. sua teoria geral em Dimoulis e Martins (2018).

Constituição”, vale dizer, em face de *todos* os órgãos dos três poderes, não teriam relativizado tanto as máximas *jura novit curia* e da *mihi factum dabo tibi jus*.⁸ Sabidamente, os fatos já são apresentados na primeira instância e a apreciação sobre sua instrução probatória deve ser concluída, o mais tardar, na primeira instância recursal.

Se a citada clássica presunção de que o juiz conhece o direito ainda tiver vigência,⁹ o STF deve ser defensor da Constituição também em face de possíveis violações perpetradas no exercício das competências e atribuições da *função estatal jurisdicional* por seus órgãos. Em nosso sistema de controle de normas quanto à constitucionalidade, cabe a ela não apenas a resolução de lides entre particulares ou entre esses e o Estado, mas também o zelo pela ordem constitucional vigente, o que abrange o controle de constitucionalidade *ex officio*.

Em segundo lugar, a parte tem de *demonstrar* a repercussão geral das mesmas “questões constitucionais” para evitar uma decisão pela inadmissibilidade do recurso.¹⁰ Para demonstrar a repercussão geral, a parte teria de conhecer a fundo o direito constitucional, de tal modo a ser apta a reconhecer a presença de, pelo menos, uma questão constitucional, em nova relativização da máxima latina anteriormente citada. De resto, trata-se de um pressuposto empírico especialmente não comprovável, tendo em vista os indicadores de qualidade da formação jurídica brasileira.¹¹

Para entender o impacto dessa obrigação da parte no controle de constitucionalidade, procedem-se aqui quatro passos. Após uma breve panorâmica sobre a mencionada gênese (1.1), tenta-se verificar se há uma linha jurisprudencial da interpretação e aplicação do dispositivo em

⁸ Embora por vezes tratados por alguns isoladamente e a despeito da proeminência semântica do primeiro, são duas máximas interdependentes. No âmbito do direito processual civil, tem-se a mais clara exceção de aplicabilidade aos casos relativos a direitos subjetivos estritamente disponíveis que carecem, por sua natureza, de específica provocação. Normalmente, liga-se sua origem ao direito romano, mas não há unanimidade a respeito. Cf. a bem documentada exposição de Lima (2016). Trata-se, em todo caso, de duas máximas-chave, especialmente em âmbito de jurisdição constitucional. Cf., por exemplo, a interessante análise linguística de seu uso no Tribunal Supremo Espanhol por Salido *et al.* (2015).

⁹ Há alguns autores, como Nunes e Delfino (2014), que indicam uma suposta obsolescência dos referidos brocardos latinos. Porém, trata-se de abordagens parciais com notória intenção de defender a importância da advocacia, o que não está em questão aqui: não implica desvalorização das garantias processuais à ampla defesa e ao contraditório e das prerrogativas a elas atinentes a consolidação do dever constitucional dos órgãos judiciais de conhecerem as questões jurídico-constitucionais, reconhecendo-as de plano quando surgirem no *iter* procedimental sob sua presidência, independentemente de provocação específica que obviamente não é vedada.

¹⁰ Tanto quanto observável, a literatura jurídico-processual especializada parece pressupor como autoevidente o conceito de “questões constitucionais” e não vê também mais problemas no ônus que deve carregar o recorrente de demonstrar a “repercussão geral” de tais questões, cuja natureza e alcance pressupõem-se sem mais. Cf., por muitos: Oliveira (2015). De tão irrelevante para alguns autores, o conceito sequer aparece em título de obra monográfica a respeito: cf. Marinoni e Mitidiero (2008). A tendência é realizar uma interpretação funcionalista do instituto, tendo em vista, além da garantia da capacidade funcional do STF, a uniformização da jurisprudência federal como um todo. Nesse sentido, cf. Marinoni (2016, p. 306-308). Por sua vez, Medina (2017, p. 122) defende, de modo original, uma função aparentemente favorável ao recorrente: a demonstração da repercussão geral teria o condão de fazer superar eventuais vícios ligados à admissibilidade do RE. Contudo, como se demonstrará, a objetivação do controle e a valorização do precedente judicial não bastam para verificarem-se os novos vínculos aos poderes constituídos, incluindo o Judiciário, que decorrem do novo §3º ao art. 102 da CF.

¹¹ Cf. as constatações do INEP sobre dados coletados com o ENADE 2015: Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (2015, p. 84-85). Dos terríveis diagnósticos, os dois últimos destacam-se por seu impacto direto na formação de futuros juizes: “apelo ao senso comum em detrimento do repertório técnico disponível para a solução das questões propostas, assim como o recurso às convicções pessoais para justificar a recusa ao tratamento de determinados temas” e “não aderência ao pedido pelo enunciado” que sugeriria, segundo o estudo em pauta do INEP, “uma fragilidade de formação que é anterior ao curso de graduação e que não foi superada pelo estudante.” (INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS EDUCACIONAIS ANÍSIO TEIXEIRA, 2015, p. 85).

tela pelo próprio STF (1.2). Na sequência, faz-se uma síntese do impacto da promulgação do novo estatuto processual civil na interpretação e no uso desse “regime da repercussão geral”, como a lei o chama (1.3), para, ao cabo, questionar-se se há uma crítica jurídico-doutrinária a respeito e, em caso afirmativo, se ela é suficiente (1.4).

1.1 Gênese: Emenda Constitucional 45/2004: “Reforma do Judiciário”

A Emenda Constitucional 45, promulgada em dezembro de 2004, teve como principal ensejo a percepção político-constitucional geral da necessidade de se reformar o Poder Judiciário, assegurando, entre outros, seu “controle externo” ou “controle social”. Fizeram parte do pacote aprovado pelo constituinte derivado a criação do CNJ e as inovações no processo constitucional, tanto em sede de controle abstrato quanto em sede de controle concreto-incidental. Em razão do recorte temático e dos objetivos de pesquisa perseguidos no presente artigo, destaques merecem algumas das inovações como a criação da súmula vinculante e, especialmente, do ora discutido ônus de arguição e demonstração da parte recorrente em sede de juízo de admissibilidade do Recurso Extraordinário.

O inserido § 3º do art. 102 da CF teve por escopo declarado contribuir decisivamente para desafogar o STF de uma carga de trabalho não mais realisticamente resolvível. Alguns autores¹² referem os números colhidos no sítio eletrônico do STF que são deveras alarmantes. Segundo eles, davam entrada no STF “no início dos anos 2000” anualmente entre 30.000 e 55.000 Recursos Extraordinários. Trata-se, indubitavelmente, de números exorbitantes que são aptos a comprometer significativamente a capacidade funcional da Corte responsável por “guardar” a CF conforme o solene teor de seu art. 102, *caput* da mesma CF.

O diagnóstico da situação da sobrecarga era corroborado pela verificação de que causas atinentes a meros inconformismos das partes sucumbentes, sem nenhuma relevância constitucional e, como tais, de plano identificáveis, engrossavam as estatísticas.¹³ Acresça-se o fato de ter o constituinte derivado inserido um direito fundamental no catálogo do art. 5º, mais especificamente, a garantia constitucional do novo inciso LXXVIII à duração razoável do processo, para se concluir que a intenção *prima facie* fora mesmo trazer mais racionalidade ao processo como um todo e ao processo constitucional do qual o Recurso Extraordinário é partícipe, em especial.

Tratou-se, assim, de ser criado um filtro idôneo a descartar Recursos Extraordinários que não tivessem por objeto questões de natureza constitucional. Não obstante, questionável é

¹² Como, por exemplo, Dimoulis e Lunardi (2017, p. 273).

¹³ Também por conta de tais dados empiricamente demonstráveis, sustenta-se que o instituto em tela seja sucedâneo da antiga “arguição de relevância” prevista na legislação processual, todavia, “com sinal trocado”, pois esta visava a avaliar, positivamente, se a questão teria relevância diante do interesse público, ao passo que aquela veio para descartar, negativamente, portanto, os recursos extraordinários que não encerram uma questão relevante. Cf. com referências: Esteves e Santana (2016, p. 171-172). A função de filtro, cuja criação pelo constituinte derivado brasileiro estaria seguindo uma tendência mundial, é sem dúvida a mais destacada. Cf., entre muitos, recentemente: Wambier e Dantas (2016, p. 458) e a seguir, no texto.

o meio implícito na redação do dispositivo do art. 102, §3º CF para se buscar a realização desse propósito. Com efeito, ao invés de esclarecer que apenas questões constitucionais podem figurar como objetos de Recursos Extraordinários admissíveis, presentes os demais pressupostos processuais a serem verificados pelo STF, o constituinte optou por infligir aos recorrentes o ônus de demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso. Assim, deixou implícito, a *contrario sensu*, que há questões constitucionais sem repercussão geral e que, tendo essa qualidade, não precisariam ou mesmo não deveriam¹⁴ ser admitidas a julgamento (conhecidas) pelo STF.

Por outro lado, o constituinte derivado preocupou-se em estabelecer uma salvaguarda ao estipular o quórum qualificado de dois terços do Plenário da Corte necessários para se descartar um Recurso Extraordinário por não ter repercussão geral no sentido do art. 102, §3º da CF. Essa reserva de plenário combinada com uma maioria tão bem qualificada visa a garantir que haja mais consenso ou quiçá, idealmente, até unanimidade quando do descarte de um Recurso Extraordinário. Busca-se também, desse modo, impedir que uma aparente grave violação de direitos constitucionais de um grande número de pessoas deixe de ser examinada por conta de uma decisão pela inadmissibilidade tomada por poucos membros da Corte ou por apenas uma das turmas.¹⁵ Como devem concorrer oito votos de um quórum de 11 para descartar um Recurso Extraordinário já na fase do julgamento de seu rito especial de admissibilidade, fortalece-se, de fato, um pouco a tarefa de proteção contra lesões a direitos fundamentais individuais. Contudo, não se esclarece por essa via, primeiro, se a lesão de um único direito fundamental poderia ser, de plano, descartada como não dotada de “repercussão geral”. Em segundo lugar, não elide o fato de um *potencial equívoco* de maioria mais bem qualificada ou até de uma unanimidade continuar sendo um *equívoco*, implicando potencial não reforma de decisão violadora especialmente de direitos fundamentais do recorrente no acórdão do tribunal *a quo*.

Por fim, a introdução da repercussão geral teve também como finalidade positivar, com pequenas variações, a obrigação de se realizar o chamado prequestionamento das questões

¹⁴ Em geral, não se esclarece qual órgão seria o juiz natural de tais questões constitucionais “simples”, sem repercussão geral. A tendência parece ser confiar na divisão de tarefas entre STJ e STF em sede dos recursos especial e extraordinário. Questões constitucionais são consideradas simples questões federais, deduzíveis das alegações das partes submetidas ao contraditório. Nesse sentido, cf. Medina (2017, p. 120): no Recurso Especial a questão seria “simples”, pois não se exigiria a transcendência para além dos interesses das partes, ao contrário do RE que teria de cumprir esse requisito qualificador da discussão. Em sentido muito semelhante, cf. Mancuso (2010, p. 189).

¹⁵ Cf. por todos, com referências descritivas ao procedimento decisório previsto no R.I. do STF do chamado “Plenário Virtual” e um enfoque supostamente empírico-qualitativo: Filpo e Barbutto (2016, p. 266-267). No entanto, no que tange à abordagem dos autores ora citados, chama a atenção sua avaliação quanto ao efeito das abstenções de votação por parte de alguns dos 11 legitimados explicitada na seguinte passagem: “Isso significa que, havendo a abstenção reiterada por parte dos ministros, a tendência é de que mais recursos venham a superar o filtro da repercussão geral, sem que tenham sido efetivamente objeto de exame ou manifestação sobre a relevância da questão constitucional neles versada.” (FILPO; BARBUTO, 2016, p. 267). Na sequência, derivam de sua constatação das muitas abstenções que o filtro não tem cumprido o escopo de descartar recursos, secundarizando notoriamente o aspecto aqui relevante que é a salvaguarda contra o (potencialmente equivocado, para dizê-lo eufemisticamente) não exame de violações de direitos fundamentais individuais. Para reduzi-lo à fórmula da proporcionalidade de intervenções estatais em direitos fundamentais individuais: o propósito lícito perseguido da garantia da capacidade funcional do STF é alcançável com o “preço” do descarte *qualitativo* de recursos extraordinários cujas questões constitucionais discutidas não tenham repercussão geral. Já por princípio: não se pode focar apenas no alcance ou não do propósito sem considerar o custo (o referido “preço”) da medida adotada para os atingidos titulares de direitos fundamentais possivelmente violados.

constitucionais arguidas pelas partes que, desde a aprovação das antigas súmulas do STF 282 e 356, implicavam um ônus semelhante das partes processuais. Elas deveriam, segundo as mencionadas súmulas, o mais tardar junto à segunda instância, provocar o competente órgão jurisdicional a responder a um pedido quanto à constitucionalidade de norma abstrata.¹⁶ Deveriam fazê-lo por intermédio de pedidos formulados, por exemplo, ao cabo das razões ou contrarrazões do recurso de apelação e por intermédio da oposição de Embargos de Declaração (Súmula 356), caso o Tribunal não respondesse à questão a despeito do pedido específico.¹⁷

1.2 Interpretação e aplicação pelo STF

A intenção do constituinte foi, assim, atender a uma justa demanda da comunidade jurídica e política em geral de assegurar a capacidade funcional do STF junto a um instrumento processual supostamente ou de fato – indevidamente utilizado. Liberar capacidade funcional para a apreciação de demandas de mais nítida natureza constitucional, tais como o são as ações do controle abstrato, é um escopo cuja legitimidade ninguém seriamente põe em xeque. As estatísticas dos Recursos Extraordinários admitidos a julgamento revelam uma queda paulatina e significativa, principalmente a partir de 2007, quando a Corte começou a examinar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas nos casos com base na regulamentação dada pela Lei 11.418 de 2006. Essa lei inseriu os art. 543-A e 543-B ao CPC/1973. Por sua vez, pela Emenda 21 ao Regimento Interno do STF, deu-se nova redação ao seu art. 322 com mera reprodução da tergiversação em torno da hipótese em que estaria presente uma repercussão geral de questão constitucional. De fato, nele encontra-se o seguinte teor: “O Tribunal recusará recurso extraordinário cuja questão constitucional não oferecer repercussão geral, nos termos deste capítulo.” Em seu parágrafo único, define as hipóteses em que haveria repercussão geral como segue: “Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões que, relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, ultrapassem os interesses subjetivos das partes.” Trata-se de mais um caso de ponto de entrada para a autocriação pelo STF no processo constitucional, uma vez que a legislação ordinária

¹⁶ Contudo, segundo o teor da súmula 282, aprovada em Sessão Plenária do STF de 13/12/1963 e referente à interpretação do então vigente art. 101, III da Constituição Federal dos Estados Unidos do Brasil de 1946 (que com pouco significativas diferenças redacionais é praticamente idêntico ao vigente art. 102 III CF), seria “inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a *questão federal* suscitada” (grifo nosso). Mesmo que se parta de um conceito amplo de questão federal, que seja gênero do qual seriam espécies as questões constitucionais e as questões do resto do direito federal, essa redação da súmula é reveladora do princípio constitucional que a ensejou. Trata-se mais do princípio federativo, no âmbito da interpretação e aplicação do direito federal em última instância reservada ao STF, do que do obrigatório controle de constitucionalidade de todos os atos normativos e decisões administrativas ou judiciais em face do parâmetro normativo constitucional. No ulterior desenvolvimento jurisprudencial supremo não se fortaleceu o princípio federativo, muito menos os parâmetros para o controle judicial de constitucionalidade de todo o direito, incluindo, obviamente, o mais relevante que, no federalismo brasileiro, historicamente muito subdesenvolvido, é o direito federal.

¹⁷ Isso implica frequentemente subterfúgios incompatíveis, entre outras, com a garantia constitucional ao juiz natural que, quando utilizados sistematicamente, compõem o que se convencionou alcunhar de “jurisprudência defensiva”. Em relação ao STJ, cf. Vaughn (2016).

revogada, em seu art. 543-A, e a atualmente vigente, como se verá a seguir, também apenas fizeram chancelar essa permissibilidade de autocriação.¹⁸

Todavia, não se põe em dúvida a eficácia *quantitativa* do filtro. Mas, como se trata de uma restrição promovida pelo constituinte derivado, cujo controle em face do art. 60, § 4º, IV CF pode ser aqui, por enquanto,¹⁹ deixado de lado, relevante torna-se saber se não há problemas na sua interpretação e aplicação pelo STF. Esse Tribunal é o “guardião”; não “o senhor” da Constituição.²⁰ Ou seja, como poder constituído, é o primeiro vinculado ao sistema normativo constitucional e, assim, o primeiro poder àquele submetido. Declarações provenientes, por vezes, até mesmo de membros da Corte, segundo as quais o direito constitucional seria o que tais membros dizem que ele é, são declarações eivadas de meras autoproclamações de poder e, assim, como arbítrio ou decisionismo judicial, diretamente inconstitucionais.²¹

Passados 14 anos desde a introdução do mecanismo de filtro, obrigatória tornou-se a realização de um balanço empírico sobre seu uso explícito na interpretação e aplicação casuística pelo STF. Porém, a análise dos dados sobre matérias com ou sem repercussão geral não revela, tendo em vista a classificação segundo esse binômio, sequer um mínimo sistema. Às vezes, praticamente as mesmas questões frequentam ambas as colunas.²² Portanto, não contribui para a criação e consolidação de uma dogmática que tenha efeitos estabilizadores dentro do Estado Constitucional.

¹⁸ Sobre o conceito, com aprofundamento teórico e reflexão sobre suas consequências jurídico-dogmáticas, v. Dimoulis e Lunardi (2017, p. 227-228).

¹⁹ Cf. adiante, subtópico 2.1.

²⁰ Um trocadilho recorrente na discussão germânica sobre o Tribunal Constitucional Federal alemão. Cf. Hillgruber e Goos (2004, p. 5-8) e Jestaedt (2010).

²¹ A discussão sobre o ativismo judicial no Brasil é predominantemente restrita à questão da legitimidade (democrática, entre outras) das decisões judiciais (cf., entre muitos, os influentes estudos representativos dessa abordagem dominante de Binenbojm (2014). Contudo, o ativismo judiciário poderia e deveria ser tratado jurídico-dogmaticamente: o STF como qualquer órgão de poder constituído também é vinculado às decisões do constituinte. Por mais óbvio que isso soe, é preciso reiterá-lo por frequentemente escapar à percepção geral. Uma preocupação mais próxima da dogmática pode revelar, conforme o demonstraram Dimoulis e Lunardi (2016), com precisas análises casuísticas que, às vezes, a postura do STF teria de ser mais bem definida como “passivista”. Em outra contribuição, os mesmos autores (cf. Dimoulis e Lunardi, 2017) falaram também em “passivismo”. Em princípio, não dependerá, portanto, a avaliação sobre a correção e constitucionalidade da atuação da Corte de sua atuação mais ou menos intensa, mas dos dados normativos (parâmetros e objetos de controle) pertinentes ao caso submetido ao seu julgamento.

²² Em seu estudo, com pretensões empírico-qualitativas, concluído há aproximadamente dois anos, Filpo e Barbutto (2016) elencam entre as “perplexidades constatadas pela pesquisa empírica” (FILPO; BARBUTO, 2016, p. 275), primeiro, a anteriormente aludida – por eles equivocadamente considerada – *equiparação* entre abstinência e voto favorável ao conhecimento do Recurso Extraordinário. Como já criticado, perpetrar tal equiparação implica desconsiderar que o regime inserido pelo dispositivo constitucional em comento, contrariamente ao modelo pré-constitucional da arguição de relevância, determina a *fundamentação* do *descarte* (não da admissão do recurso), considerando-se a admissão ordinária, presentes os pressupostos e condições gerais dos recursos, como regra e aquele como exceção. Logo, a abstenção poderia ser considerada nem formal nem materialmente um *voto pela* (avaliação de presença da) “repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso”. No mais, constataram, nesse ponto, de modo correto, uma postura de “possível pragmatismo [...] em duplo sentido” (FILPO; BARBUTO, 2016, p. 277): verificada a absoluta falta de critério objetivo para a classificação das matérias constitucionais quanto à sua repercussão geral, segundo eles o STF tanto conheceria de matérias sem repercussão geral (assumindo “ônus de proferir decisões em casos polêmicos”) quanto o seu oposto de não conhecer matérias constitucionais de notória repercussão geral. Detalhes sobre a arguição de relevância podem ser depreendidos da exposição de Dantas (2008, p. 28-29) para quem a não adoção terminológica daquele instituto pré-constitucional implica deixar de considerar a possibilidade de uma questão constitucional ser irrelevante. Em que medida há de se distinguir materialmente entre relevância e repercussão geral não resta claro no texto citado. As subclassificações entre questões constitucionais diretas, indiretas, mistas etc. (DANTAS, 2008, p. 166) também não são elucidativas.

1.3 Impacto da normatização pelo novo estatuto legal processual civil

A configuração infraconstitucional do processo constitucional do qual faz parte o Recurso Extraordinário, ao contrário das ações do controle abstrato que têm leis especiais, foi confiada, desde o CPC de 1973, ao estatuto legal geral processual civil codificado. O CPC em vigor, Lei 13.105, de 2015, derogado pela Lei 13.256, de 2016, introduziu, no plano recursal geral, o chamado incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 976 – 987). No plano recursal extraordinário, tem vigência o regime específico da repercussão geral.

Entre os dispositivos especificamente pertinentes à repercussão geral (art. 1.035 s. CPC), a lei determina, no seu art. 1.035, § 5º, que, uma vez reconhecida a repercussão geral do Recurso Extraordinário, o relator determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos que versem sobre a questão. A intenção do legislador processual foi dar maior efetividade à intenção constitucional positivada pela EC 45. Novamente, aqui também vale que trazer racionalidade ao processo, garantir a capacidade funcional do STF e uniformizar a jurisprudência implicam, indubitavelmente, fomentar a segurança jurídica e a garantia de tratamento igual de todos perante a lei. No entanto, persistem as dúvidas sobre a efetividade da tutela jurisdicional em face da possibilidade de lesão de direito fundamental do recorrente individual, sobretudo.

No mais, a nova legislação reitera, em seu art. 1.035, § 1º, o mesmo vago conceito da repercussão geral encontrado na lei revogada e no RI-STF: “Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo.” O § 2º, exemplo de tautologia legislativa, reproduz o ônus de demonstração já existente no texto constitucional, sem nada a ele acrescentar. De resto, define como primeiro critério objetivo, no inc. I do § 3º do mesmo dispositivo, algo que reforça a discricionariedade judicial em detrimento de rígidos parâmetros abstratos definíveis pela instância legislativa: “Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar acórdão que: I - contrarie súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal.”

Apesar de se propugnar, na doutrina, que as decisões do Plenário devam ser seguidas pelas turmas e nas decisões monocráticas e, nesse contexto, falar-se em “efeito *erga omnes* indireto”,²³ tendo em vista as previsões do código dos chamados “juízos de retratação” (art. 1.030, II; V, c; art. 1.041 § 1º CPC), o art. 1.035, § 11 CPC não deixa nenhuma margem a dúvidas. Segundo ele: “a súmula da decisão sobre a repercussão geral [...] valerá como acórdão”. Assim, não vale sequer como súmula vinculante, que teria de ser aprovada à parte. Certo é que a coisa julgada recairia aqui sobre uma tese consolidada a impedir ou não o conhecimento de Recursos Extraordinários, mas não sobre o mérito dos mesmos que poderiam ter por objeto (mas não apenas!)²⁴ a impugnação de norma em tese.

²³ Cf. Dimoulis e Lunardi (2017, p. 278).

²⁴ O objeto pode ser apenas a interpretação e aplicação de norma em tese compatível com a CF como se demonstrará adiante, no terceiro tópico, à luz do direito comparado alemão.

Não obstante, deve ser saudada essa parcimônia do legislador processual ao não ter abstratizado, sem mais, os efeitos da conclusão de tal juízo extraordinário de admissibilidade. Isso porque, nos casos em que os objetos (indiretos) dos Recursos Extraordinários forem exclusivamente normas abstratas, haverá não apenas um problema de lógica processual na dicotomia *conhecimento* do recurso x *juízo* do seu mérito.²⁵ Também poderia haver em tais casos um problema de constitucionalidade em face do art. 52, X c.c. art. 102, III *b* da CF. Pelo primeiro dispositivo mencionado confiou-se ao Senado Federal a competência privativa para suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF. Já o segundo apresenta como condição de cabimento do Recurso Extraordinário que seu objeto (seu mérito, portanto) seja um possível descarte de lei federal pelo tribunal *a quo* com fundamento em suposto vício de inconstitucionalidade da norma, tal como por aquela interpretada. Uma eficácia *erga omnes* da coisa julgada sobre um juízo negativo de admissibilidade implicaria aqui, na prática, corroborar o descarte normativo pelo tribunal *a quo*, tornando-o correspondente a uma decisão de mérito definitiva do STF, já que (ou principalmente porque) o “mérito” aqui é exclusivamente jurídico, relativo à qualificação de uma “questão constitucional” como dotada de “repercussão geral”. É o que decorre não por último também do teor do art. 1.035, *caput* do CPC: “O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo.” (grifo nosso).

Em outras palavras: em não se reconhecendo a presença da repercussão geral, tem-se uma decisão definitiva, ainda que formalmente não de mérito, cujos efeitos, no entanto, se transcendem os limites subjetivos da lide, implicariam *contornar* a competência privativa do Senado prevista no art. 52, X CF, uma vez que, na prática, independentemente do efeito vinculante, o STF poderia estar chancelando o veredito de inconstitucionalidade do *tribunal a quo*, com efeitos gerais.

1.4 Crítica?

Os poucos posicionamentos críticos existentes são bastante comedidos quando confrontados com a eloquência dos filtros com intenções qualitativas que são o art. 102, §3º CF e a referida legislação infraconstitucional. A maior parte das manifestações até aqui reproduzem acriticamente as vantagens, de fato em parte existentes, do novel instituto, quando se pensa

²⁵ Esse problema estará sempre presente no chamado regime especial da repercussão geral porque nele acaba ocorrendo certo sincretismo entre os exames de admissibilidade e mérito do RE pelo STF. No mais, certo é que o objeto *direto* do RE será sempre o acordão do *iudex a quo*. Porém, em se adotando a tese da transcendência ou abstrativização dos efeitos do provimento de um RE, às vezes adotada pelo STF, por exemplo, na Reclamação 4.335, às vezes não (cf. referências e discussão por Dimoulis e Lunardi, 2017, p. 178 e s.), tem-se, nos casos em que se trata de uma inconstitucionalidade de lei, quase um controle abstrato, tal qual suscitados pelos quatro conhecidos instrumentos (ADI, ADC, ADPF e AIO). Nesse caso, a semi-impropriedade lógica recai sobre o que seria o especial pedido do RE, seu objeto indireto ou a causa primeira de pedir: declarar a nulidade da norma, mas não sobre a reforma do acordão impugnado. Ainda que isso pressuponha o provimento do RE para reformar o acordão, tal reforma formal por si não tem necessariamente o condão de representar a substituição de uma prestação jurisdicional por outra em razão da lide, além de não declarar nula ou anular a norma em si.

nos propósitos capitaneados pela garantia da capacidade funcional do STF diante da sobrecarga de recursos sem repercussão geral. Fomentam-se, igualmente, a coerência e a uniformização da jurisprudência; indicia-se a imprescindível segurança jurídica. Os recursos sem repercussão geral e, pior, sem qualquer questão constitucional, sempre chegaram à sua apreciação. A causa disso certamente é uma cultura de litigância e inconformismo e da ausência de jurisprudências realmente pacíficas que apenas podem ser aquelas que observem o vínculo judicial à ordem constitucional vigente, ou seja, à lei e ao seu parâmetro último de validade que é a CF.

Paradoxalmente, talvez seja justamente por causa dessa cultura da litigância que a opinião pública especializada e a pesquisa jurídica tenham permanecido até hoje relativamente passivas diante desse instrumento processual que abre uma discricionariedade praticamente incontrolável ao STF no juízo de admissibilidade de Recursos Extraordinários. No labirinto dos recursos ordinários, legal ou apenas regimentalmente previstos, o inconformismo difuso de partes pontualmente sucumbentes reverte-se em uma pífia qualidade da prestação jurisdicional definitiva que, muitas vezes, tende a representar, para valer-se aqui de um clichê meio às avessas, uma Justiça que tarda e falha.²⁶ Isso gera um cansaço difuso que clama não pela racionalidade jurídico-dogmática, mas pela mão da autoridade máxima do Poder Judiciário. Anestesiadas, a opinião pública especializada e a pesquisa jurídica permanecem inertes, ou – quando muito – reativas, na tentativa de catalogar, firmar estatísticas, em uma busca deslocada por previsibilidade de decisões.²⁷

Se isso já representa uma mazela pouco suportável em geral, em termos até de qualidade de um tipo de serviço público, que se dirá sobre possíveis violações de direitos fundamentais sistematicamente não conhecidas pelo guardião da CF?

2 Conceitos de repercussão geral e questões constitucionais entre direito constitucional material e processual

Dadas suas naturezas jurídicas peculiares, os conceitos de *repercussão geral* e de *questões constitucionais* encontram-se na interface entre o direito constitucional material e processual constitucional.²⁸

²⁶ Já uma análise superficial dos relatórios elaborados pelo CNJ revela uma preocupação que é legítima, mas insuficiente, porque restrita ao aspecto quantitativo, em detrimento do aspecto qualitativo da prestação jurisdicional. As metas estabelecidas por aquele órgão cujos parciais alcances foram relatados, por exemplo, no seu último relatório (cf. Conselho Nacional de Justiça, 2018) são compatíveis com o presente diagnóstico: enquanto o termo “quantidade” aparece 11 vezes, no contexto do estabelecimento e apreciação do cumprimento de metas, o termo “qualidade” aparece no preâmbulo de modo tão apenas retórico, como mera promessa genérica e sem nenhum indicativo do que faria de uma decisão judicial uma prestação jurisdicional de qualidade. Isso aliado aos dados trazidos à nota 11 sobre a péssima qualidade da formação jurídica oferecida pelos cursos de direito aprovados pelo MEC não trazem esperança de substancial melhora da qualidade da prestação jurisdicional em curto e médio prazos. Para uma melhora em longo prazo, deve haver uma substancial conscientização sobre o problema, parte do qual é tratada no presente artigo.

²⁷ Não há vácuo sistêmico: em não cumprindo o sistema jurídico seu precípua escopo de assegurar a convergência de expectativas, outro sistema social toma seu lugar, especialmente o sistema político ou econômico. Cf. Luhmann (1993).

²⁸ Ao tratarem do “regime de repercussão geral”, os autores admitem-no tacitamente. Cf., por exemplo: Mancuso (2010, p. 185): “pré-requisito genérico de admissibilidade do RE”, não se reduzindo à técnica processual, não se confundindo com o

Isso é derivado, primeiro, da tentativa de introdução de um filtro em razão da matéria no juízo de admissibilidade para se alcançar uma redução do conhecimento de lides pelo STF. Não se fala, nesse contexto, em nenhum elemento ao menos próximo do que seria uma das clássicas condições da ação (tratadas na nova codificação processual civil como pressupostos da ação: art. 17 c.c. art. 130, II e III CPC) como o interesse processual de agir, nas ações do controle abstrato tratadas sob a égide da figura da “pertinência temática”. Não há nenhum indício de algum tipo de relevo dado à sucumbência no sentido processual. Com a desconsideração da sucumbência processual conflui o desprestígio da dimensão do RE como mecanismo de proteção de *direitos* (constitucionais, fundamentais) *individuais*.

Em segundo lugar, não obstante o ora arguido, a sucumbência continua sendo, obviamente, o pressuposto processual para essa condição ou pressuposto de *quase mérito*.²⁹ Interessante que, como aludido, a nova legislação processual civil codificada retirou a “possibilidade jurídica do pedido” (art. 17 CPC) do rol de elementos a serem examinados a partir de 2016 como pressupostos processuais, não mais como condições de uma ação como na lei processual civil revogada. Segundo a nova ordem jurídico-processual, a impossibilidade jurídica do pedido deve ser deduzida apenas após a análise de mérito. Fica difícil compatibilizar, em uma primeira interpretação sistemática, essa novidade ao nível dos pressupostos das ações em geral com a condição especial infligida ao recorrente no Recurso Extraordinário. Com efeito, muito mais grave, em tese, do que rechaçar uma ação promovida junto a um juízo singular antes da apreciação de seu mérito por conter a petição inicial um pedido juridicamente impossível é não enfrentar o mérito de um Recurso Extraordinário por não ter a parte cumprido aquilo que, em verdade (*de constitutione ferenda*) deveria caber a todos os órgãos judiciais, especialmente ao STF como guarda maior da CF.

No direito alemão, a Reclamação Constitucional tem também como uma de suas condições especiais o ônus do Reclamante de *afirmar*, segundo o dispositivo legal a seguir citado, ou *apresentar* substancialmente, segundo a literatura especializada e jurisprudência do TCF, a violação de um de seus direitos fundamentais.³⁰ Contudo, a diferença é que não se trata de um ônus de arguição de violação do que se alcunha direito constitucional objetivo, mas apenas da demonstração da presença de uma lesão própria, direta e atual, tendo em vista o caráter subsidiário da Reclamação Constitucional alemã em relação ao dever de todo órgão jurisdicional de conhecer *ex officio* uma violação de direito fundamental individual. Não é filtro centrado na exclusão de matérias ou questões potencialmente constitucionais que não tenham “repercussão geral”. Com efeito, o ônus de

mérito do RE, mas entendido no contexto de um “tema jurídico” (MANCUSO, 2010, p. 188).

²⁹ Embora pouco tematizada pela literatura especializada, na ausência aqui de um reexame obrigatório, a sucumbência continua sendo pressuposto especificamente processual do RE. Se a já mencionada proposta de Medina (2017, p. 122) abarcaria também a hipótese de ausência da sucumbência, o que descolaria o RE totalmente de sua índole jurídico-recursal para transformá-lo em pedido de parecer do STF sobre palpitantes questões jurídico-constitucionais, não restou claro. Não obstante, a proposta pensada até suas últimas consequências conduziria a essa praticamente indefensável consequência.

³⁰ § 90, I BVerfGG (Lei Orgânica do TCF). Cf. a respeito: Martins (2018b, p. 28 e s.).

demonstração da “repercussão geral” das “questões constitucionais” deixa em aberto – e *contrario* – a possibilidade de haver questões constitucionais “sem repercussão geral”.

Como visto no último subtópico, a discussão sobre ambas as figuras se situa entre os termos do conformismo perante as classificações supremo-jurisprudenciais e a crítica ainda não devida ou pelo menos ainda não suficientemente fundamentada. Precisa ser, então, um pouco aprofundado o debate com as incongruências e insuficiências da discussão atual. O enfoque recai sobre a dicotomia “repercussão geral”/“direito (fundamental) individual” e sobre qual seria o papel de uma dogmática do conceito constitucional de questões constitucionais.

2.1 Repercussão geral versus suspeita de violação de direito fundamental individual

Prima vista, a expressão “repercussão geral” remete o intérprete à objetivação de direitos. No caso, como se trata de sua correlação com a expressão “questões constitucionais” tem-se uma objetivação de direitos fundamentais. A bidimensionalidade dos direitos fundamentais³¹ é questão justeórica e também jurídico-dogmática das mais relevantes para a compreensão do movimento de constitucionalização do direito perpetrado na ordem jurídico-constitucional alemã. Não tem como ser aqui descortinada. Deve bastar uma referência ao fato de que teorias que enfatizem a dimensão jurídico-objetiva em detrimento da dimensão subjetiva tendem a se tornar mais suspeitas de comprometimento político-ideológico do que teorias que partam da liberdade individual e do princípio de sua proeminência em face da chamada *raison d’Etat*.³²

O princípio da prevalência da liberdade sedimenta-se sobre uma ordem jurídico-constitucional que, conforme aludido na introdução ao presente estudo, impõe ao Estado o ônus argumentativo de justificar suas intervenções nas liberdades individuais e coletivas; não, pelo contrário, aos indivíduos o dever apriorístico de justificar o modo de exercício de suas liberdades que encontram limites nos vários ramos do direito objetivo.³³

A inovação do constituinte derivado parece mesmo promover a inversão de tal ônus argumentativo e a consequente violação do princípio distributivo. Questionável é se também a Constituição Federal consagrou esse princípio distributivo e quais seriam as consequências para um possível controle de constitucionalidade, em face do parâmetro do art. 60, §4º, IV da CF, do art. 1º da PEC 45/2004 que redundou na inserção do dispositivo constitucional em comento. Teria tido já o referido dispositivo da PEC o condão de representar uma “tendência” a “abolir direito individual” vedada pelo art. 60, §4º, IV da CF? Qual direito seria esse?

³¹ Cf. por muitos: Dimoulis e Martins (2018, p. 137 e ss.).

³² Risco que foi implicitamente abordado já no clássico artigo de Böckenförde (1976) sobre as teorias dos direitos fundamentais. V. sua aplicação ao caso da classificação dogmática da função social da propriedade por Martins (2016a).

³³ Novamente, um caso de aplicação do chamado “princípio distributivo”: cf. Martins (2012, p. 29).

Não se pode, sem mais, nem se pretende aqui abraçar a tese da inconstitucionalidade do art. 1º da PEC. Isso seria um objeto com complexidade e abrangência suficientes à justificativa de um estudo específico. Extrapola, portanto, os limites da presente exposição. A par das dificuldades em se reconhecer a obrigatória tendência a abolir direito fundamental e sua individuação – que pode não estar presente em se arguindo de maneira genericamente indisciplinada a violação ou a possibilidade de se abolirem todos os direitos fundamentais –, não há como se ignorar que, a depender do entendimento e uso dessa malfadada (*de constitutione ferenda*) figura, já as suspeitas de violação de direitos fundamentais individuais poderiam ser, de plano, indevidamente, descartadas.

A questão é: mesmo em se admitindo a constitucionalidade da PEC³⁴ e, portanto, a vigência formal do art. 102, §3º da CF como parâmetro normativo-processual para a admissibilidade do Recurso Extraordinário, pode-se admitir, em tese, ou mesmo em face de uma interpretação sistemática de todo o texto constitucional, a possibilidade de o STF não conhecer de uma violação de direito fundamental individual em sede de Recurso Extraordinário porque a parte não cumpriu seu ônus de arguição e de demonstração tempestivamente, no mérito (da questão constitucional)?

O problema não se colocaria, pelo menos não com essa contundência, se houvesse outros mecanismos processuais paralelos ou subsidiários que garantissem a apreciação, ainda que por outra Corte, de uma violação a direito fundamental individual. Contudo, tais mecanismos não há.

2.2 Ausência de uma dogmática jurídica para o conceito constitucional de questões constitucionais e suas consequências

Também segundo a organização judiciária brasileira não há outra Corte além do próprio STF que seja competente e, destarte, também responsável (poder-dever) para suspender, definitivamente, os efeitos de uma inconstitucionalidade sofrida pelo indivíduo com efeitos *inter partes*. Novamente, o ecleitismo/sincretismo ou absenteísmo metodológico e o sincretismo entre as duas tradições de controle de normas cada vez mais típicos da cultura jurídica brasileira³⁵ causam problemas de muito difícil solução. Uma solução bastante satisfatória seria a de política constitucional com a aprovação

³⁴ Sem embargo da competência exclusiva do STF para o descarte abstrato de todas as espécies normativas, incluindo-se o descarte de “Emendas à Constituição” no sentido do art. 59 I CF, quando em seu objeto houver norma vedada pelo art. 60, §4º da CF em sua aplicação conjunta (de seus incisos) com as normas constitucionais afetadas no sentido das vedações materiais.

³⁵ Há mais de uma década, essa desvantajosa característica da cultura jurídica brasileira foi levantada especialmente por Silva (2005), para quem “o sincretismo metodológico” impediria “que se avance na discussão acerca da tarefa da interpretação constitucional.” (SILVA, 2005, p. 135). Cf. a respeito, entretanto, a tão contundente quanto procedente crítica de Laurentiis (2017, p. 45), segundo a qual a teoria dos princípios, por suas influências, também padeceria do mesmo mal. Com mais ou menos rigor, o problema vem sendo cada vez mais percebido e as críticas têm sido exaradas a partir de variadas perspectivas teóricas. Nesse sentido, enfatizam-se os riscos para a jurisdição constitucional, especialmente sob a égide do STF, de um uso descontextualizado da cultura dos precedentes judiciais. Nesse sentido, cf., por exemplo, Ramires (2009, p. 58-65). Por outro lado, defendem-se as supostas vantagens de uma “commonização” do direito pátrio em uma “leitura integrativa das tradições de civil e common law” (Cf. Costa e Lima, 2016). Até mesmo processualistas renomados, como Mancuso (2016), já anunciam – e em título de obra voltada também ao ensino do Direito – a suposta existência de um sistema: um “sistema brasileiro de precedentes”.

de uma nova reforma constitucional que, de modo consequente, optasse pela base em uma das duas tradições, evitando certa esquizofrenia sistêmica, em que se encontra há 14 anos o processo constitucional brasileiro.

A referida esquizofrenia pode ser demonstrada na configuração do que deveria ser, segundo alguns,³⁶ um processo objetivo. Processo objetivo não é sinônimo de controle abstrato, como se costuma entender,³⁷ mas um processo encontrado em países que adotaram o sistema concentrado puro, cujo principal expoente na atualidade é o sistema alemão.³⁸ Nele, não há partes, nem mesmo no modo abstrato do controle de constitucionalidade de normas.

Não obstante, o problema maior reside na ausência de uma consistente dogmática para o conceito constitucional de “questões constitucionais” inserido pelo constituinte derivado. Como onerar a parte com a obrigação de demonstrar a repercussão geral se e quando não houver clareza sequer sobre o que faz uma questão jurídica *ser* uma questão constitucional? Especialmente em tempos de (irresponsáveis) odes à constitucionalização de todo o ordenamento jurídico,³⁹ a norma em apreço parece mesmo perder totalmente seu objeto e até seu sentido.

A análise da classificação pelo STF feita anteriormente revela que a Corte nunca se preocupou com tal delimitação. Sobra apenas a repercussão geral, traduzida de modo pouco profícuo, porque vago e redundante, em repercussão social, política, econômica e até jurídica.⁴⁰ Aliás, se essa conceituação e classificação levianas do conceito de repercussão servirem para alguma coisa, então apenas para mostrar o seguinte: não se trata sequer da necessária e difícil delimitação entre os direitos constitucional e infraconstitucional, mas da total falta de contornos da delimitação de competências jurídicas em face de outros sistemas sociais em geral. *Anything goes* na classificação do STF. Em outras palavras, aparentemente passa no juízo de admissibilidade qualquer matéria sobre a qual a Corte ou, na maioria das vezes, seus membros individualmente considerados queiram debruçar-se. Isso é a “*Stunde Null*” da dogmática jurídica⁴¹ e, por consequência, do princípio do Estado de direito que

³⁶ Cf. com amplas referências ao debate Dimoulis e Lunardi (2017, p. 206-239).

³⁷ Cf. a fundamentação da crítica em Martins (2010). A postura mais comum na discussão pátria é sustentar acriticamente que o instituto da repercussão geral promoveu uma “objetivação” do controle concreto que assumiria algumas das feições do controle abstrato. Nesse sentido, cf. Paiva (2008, p. 58 e ss.).

³⁸ Cf. por todos: Schlaich e Koriath (2015, p. 7-8).

³⁹ Os riscos implícitos no processo de constitucionalização como rompimento de todas as fronteiras normativas entre direito constitucional e infraconstitucional foram, ao final do último século, sistematizados por Bumke e Schuppert (2000, p. 72 e ss.). No vernáculo, alertaram para tais riscos, de modo menos e mais intenso, respectivamente: Silva (2005) e Martins (2012, p. 85-87).

⁴⁰ Como se verá oportunamente, o legislador processual civil também positivou a locução no art. 1035, §1º CPC. Embora se perceba sua problemática vagueza, as possíveis consequências em geral não causaram espécie, na esperança de que “a doutrina saberá dar sua contribuição para a gradativa sedimentação conceitual do que se deva entender por ‘repercussão geral das questões constitucionais’ [...]” (MANCUSO, 2010, p. 191). Em sentido muito semelhante cf. também Gomes Júnior (2006, p. 284-285). Alguns autores pretendem resolver o problema com sua própria casuística como, por exemplo, Wambier (2008, p. 297-298).

⁴¹ “Hora zero” em alusão ao *Nullpunkt der Dogmatik* (“ponto zero da dogmática”): expressão emprestada de Poscher (2003, p. 81 e s.), em contundente crítica à teoria dos princípios e seu suposto método da ponderação. No presente contexto, denota uma muito temerária situação de absoluta ausência de quaisquer estruturas, critérios ou parâmetros jurídico-dogmáticos.

preconiza a previsibilidade de todas as decisões estatais, quanto mais a previsibilidade das decisões da Corte suprema que deve fazer as vezes de “guardiã” da Constituição Federal brasileira.⁴²

2.3 Conclusão intermediária

Diante de tal quadro desolador, justifica-se o recurso hermenêutico a direito constitucional comparado que seja próximo das raízes do constitucionalismo brasileiro, mas não fruto de uma tendência contemporânea de amear experiências aqui e acolá de sistemas, na essência, incompatíveis entre si.⁴³

Em face de tal demanda, a ordem constitucional que se oferece como parâmetro comparativo é a alemã.

Primeiro, porque se trata de um sistema de controle de constitucionalidade de normas pertencente à família de fontes de direito da chamada *civil law*, na qual o direito posto é parâmetro para decisões judiciais. Isso se reconhece sem embargo da grande relevância que se dá à jurisprudência em geral, ao papel do desenvolvimento judicial do direito (*richterliche Rechtsfortbildung*)⁴⁴ e da autoridade “natural” que a jurisprudência do TCF conquistou ao longo de suas quase sete décadas de, em geral, coerente e consistente jurisprudência.⁴⁵

Em segundo lugar, graças a essa autoridade doméstica, o TCF e toda a literatura (doutrina) jurídico-constitucional germânicas exportaram teorias, dogmáticas e métodos hermenêuticos para

⁴² Diante da imprescindível missão da dogmática jurídica na garantia da previsibilidade como principal concretização do princípio do Estado de direito, uma alternativa hermenêutica decididamente propugnada por Marinoni (2016, p. 306-308) é reconhecer força normativa aos precedentes judiciais que indubitavelmente, em sua forma original da tradição de séculos da *common law*, assegura previsibilidade. Contudo, em sua transposição ao sistema brasileiro, resta esclarecer em que medida o constituinte reformador de fato optou pela mudança do sistema de fontes do direito e se jurídico-culturalmente o Judiciário, as funções essenciais à Administração da Justiça e as ciências jurídicas estão preparados para tal transformação. Partindo do eloquente indício de que nem mesmo dentro do próprio STF há consensos decisórios mínimos, agravados pelo sistema de deliberação do *seriatum*, não colegiado, pode-se concluir que ambas as condições não estão presentes. Cf. a seguir, no texto. De resto, como um estudo sobre o STF (com levantamentos qualitativos e quantitativos) relativamente recente estudo revelou (cf. Ferreira *et al.*, 2014, p. 70-87), entre outros, à luz da análise de 7 decisões sobre recursos extraordinários por aquela Corte, que nelas faltou até mesmo coerência entre ementas e respectivos acórdãos. Tanto menos poder-se-ia, como aqui se entende, esperar da mesma Corte a construção de um muito complexo sistema de precedentes na jurisprudência.

⁴³ Cf. explicação e referência da nota anterior.

⁴⁴ Sempre compreendido dentro de estritos limites “jurídico-constitucionais” que, se ultrapassados, implicam violação de direito constitucional específico, cuja verificação cabe exclusivamente ao TCF. Schlaich e Koriath (2015) encerram seu curso de direito processual constitucional por eles significativamente intitulado de “Tribunal Constitucional Federal: posição, processo, decisões”, após terem consistentemente criticado “uma difundida tendência a enxergar direito legal e direito judicial como modalidades reciprocamente complementares em linha de produção no processo de criação do direito” (SCHLAICH; KORIATH, 2015, p. 366), com uma penúltima seção sobre a relação do TCF com o legislador (SCHLAICH; KORIATH, 2015, p. 371-386), cujo último subtópico recebeu, igualmente, nomes muito reveladores: “4. Perigos decorrentes da compensação de déficits decisórios parlamentares pelo Tribunal Constitucional Federal” (SCHLAICH; KORIATH, 2015, p. 381-382), seguida de uma sucinta seção final mencionada na nota a seguir.

⁴⁵ Autoridade sempre atestada mesmo pelos críticos. Cf., por exemplo: Schönberger (2011) e Lepsius (2011). Cf. Schlaich e Koriath (2015, p. 383-386) que encerram a obra com o tópico: “IV. A autoridade do Tribunal Constitucional Federal”. A despeito do reconhecimento dessa autoridade, nunca deixou de ser revisitada criticamente, inclusive para denunciar certo comodismo da ciência juspublicista. Nesse sentido, fala-se em *Verfassungsgerichtspositivismus* (positivismo jurisdicional constitucional, ou “de tribunal constitucional”), chegando Schlink (1989) a cunhar o conceito de *Bundesverfassungsgerichtspositivismus* (positivismo do Tribunal Constitucional Federal).

muitos países em quase todos os continentes, incluindo uma forte tomada de influência direta ou indireta sobre a jurisprudência do STF.⁴⁶

3 Sistematização e proposta jurídico-dogmática para as “questões constitucionais” do art. 102, §3º da CF à luz da dogmática alemã do “direito constitucional específico”

Direito “comparado” é ramo ou disciplina jurídica de legitimidade questionada ultimamente. Questionamentos foram apresentados por autores que suspeitam de ausência de um mínimo de rigor metodológico no seu uso.⁴⁷

Por vezes, prefere-se falar,⁴⁸ em direito “estrangeiro” ao invés de direito “comparado”, quando não se contrapõem, paralelamente, figuras e normas de dois sistemas jurídicos distintos. Sem ter como ser essa questão aqui aprofundada, pode-se contornar a apontada dificuldade terminológica com um singelo reconhecimento. Quando se fazem referências a normas ou figuras do direito estrangeiro, pelo menos por quem esteja lidando seriamente com o direito pátrio, a intenção é sempre buscar elementos para a chamada interpretação sistemático-comparativa.⁴⁹ Salvo em casos excepcionais, não se trata, destarte, de direito estrangeiro, mas se pressupõe, ao contrário, uma comparação entre dois sistemas com a finalidade de se interpretar as normas positivadas do direito pátrio. Portanto, objeto de estudo não deixa de ser a norma nacional a ser interpretada.

Se isso não puder ser considerado um objeto legítimo ou autônomo de uma disciplina juscomparativa, então o debate é inócuo, uma vez que, assim entendido, seria carente de finalidade prática. Com efeito, não há nada mais infrutífero do que uma contraposição de normas que não tenham por finalidade responder a um específico problema jurídico-dogmático *nacional*. Trata-se, portanto, de uma opção jusmetodológica. A celeuma terminológica é apenas uma questão secundária de classificação de disciplina acadêmica.

3.1 “Direito constitucional específico”: construção e justificativa de um problemático conceito

Na discussão alemã, as propostas para a necessária delimitação entre o direito constitucional e o direito infraconstitucional respondem pela alcunha comum de “direito constitucional específico”. Essa figura nunca ficou isenta de críticas. Mas sua necessidade impõe-se com a opção do constituinte alemão por um sistema concentrado de controle de normas combinado com o princípio da “prevalência da lei” (legalidade), “segundo o qual a atuação da Administração e dos tribunais não

⁴⁶ Para alguns autores como Maia (2009, p. 239), tal influência hodierna remonta ao constitucionalismo germânico do sec. XIX.

⁴⁷ Cf. de modo ao mesmo tempo sucinto e rico em referências: Dimoulis (2016).

⁴⁸ Cf. Dimoulis (2016, p. 78 e s.).

⁴⁹ Brugger e Leal (2007).

pode chocar-se contra a lei.”⁵⁰ Para se conhecer os pressupostos e as condições históricas tanto da figura quanto de sua crítica e se investigar as condições e possível conveniência de sua aplicação para a interpretação do art. 102, §3º da CF, apresentam-se seu advento e desenvolvimento, ainda que de modo bastante panorâmico:

A conhecida gênese do controle judicial de constitucionalidade na decisão da *US-Supreme “Court Marbury versus Madison”* passou por uma adaptação em sua recepção nos sistemas político-jurídicos da *civil law*. Desde fins do Século XVIII, vem crescendo, com as conhecidas interrupções, especialmente as provocadas pelas duas Grandes Guerras Mundiais, a preocupação em se proteger a Constituição como norma suprema vinculante de todos os poderes constituídos.⁵¹ A questão da competência para esse controle quase nunca saiu de pauta, tamanhos os inconformismos com a possibilidade de um órgão jurisdicional poder funcionar como legislador negativo.⁵²

Essa questão animou o muito qualificado debate promovido por grandes juristas de língua germânica da República de Weimar. Do intenso debate entre *Carl Schmitt* e *Hans Kelsen*⁵³ emprestamos aqui apenas a famosa, já aludida epígrafe do “guardião da Constituição”, correspondente ao título de conhecida obra do próprio *Schmitt*.⁵⁴ Em tese, esse guardião poderia ser o próprio Parlamento,⁵⁵ mas o constituinte alemão da *Grundgesetz*, de 1949, e o brasileiro, de 1988, optaram pelo controle judicial.

3.1.1 Jurisdição constitucional entre as alternativas do sistema isolado (concentrado) ou integrado (difuso) de controle de normas

Há, contudo, uma diferença que deve ser aprofundada adiante (sob 3.1.3): lá se tem a competência concentrada em uma única Corte. Aqui, confia-se a competência de descarte normativo, apesar das várias tentativas de concentração desde a EC 45/2004, a todo juiz togado, mesmo que tais decisões produzam efeitos apenas *inter partes*.

⁵⁰ Kingreen e Poscher (2017, p. 361) que prosseguem: “Portanto, violações da lei teriam de ser qualificadas como violações de direitos fundamentais”, o que fulminaria a “missão dos outros tribunais federais supremos de serem última instância em suas áreas jurídicas, reservado o especial controle jurídico-constitucional [pelo TCF]”. O problema extrapola os limites do direito processual constitucional sendo de interesse também da teoria geral dos direitos fundamentais: cf. por muitos: Sachs (2017, p. 180).

⁵¹ Incluindo, especialmente, o Poder Judiciário e os órgãos judiciais competentes para o controle judicial de constitucionalidade. A opção do constituinte brasileiro e de vários outros pelo controle judicial é, de fato, apenas uma opção que não pode ser considerada obrigatória ou óbvia. Cf. a muito consistente análise do surgimento do controle em pauta na História constitucional por Dimoulis e Lunardi (2017, p. 39-79) com especial apreciação crítica da mencionada, muito conhecida decisão da *U.S.-Supreme Court* (DIMOULIS; LUNARDI, 2017, p. 51-62).

⁵² Na discussão pátria, impõe-se, todavia, cada vez mais, não apenas uma abordagem resignada, como também entusiasta do que teria sido no pós-guerra a transição de um “paradigma legalista” obsoleto para a aurora paradigmática do neoconstitucionalismo, uma alcunha de corrente justeórica das mais ambivalentes. Representativos das posturas radicalmente opostas encontram-se: do lado do referido entusiasmo, Barroso (2007); e, por outro lado, cético, Dimoulis (2011) que, em seu ora referido artigo, respondeu àquele de maneira séria e contundentemente crítica, restando até hoje (outubro de 2018) – tanto quanto observável – inconvenientemente omitida uma réplica que seria muito salutar ao debate.

⁵³ Cf. Kelsen (1931, p. 40 e ss. e 47).

⁵⁴ Cf. Schmitt (1931).

⁵⁵ O próprio Schmitt (1931) admitiu-o em seu célebre escrito, ainda que considerando o Presidente do Reich, por seu papel de guardar a neutralidade, a melhor opção. Semelhantemente, com ênfase na crítica à artificial contraposição entre Estado legal do séc. XIX e Estado constitucional do Séc. XX, cf. Dimoulis (2011, p. 186 e ss.).

O Tribunal Constitucional Federal alemão cresceu, tornando-se forte e titular de grande reputação junto à opinião pública alemã há décadas.⁵⁶ Para muitos, trata-se da Corte constitucional mais bem-sucedida do mundo.⁵⁷ Conceitos de entonação crítica como *Richterstaat* (Estado Judicial) aparecem vez ou outra na discussão,⁵⁸ mas sem o fundamentalismo conhecido na doutrina pátria em torno do conceito de ativismo judicial que divide os espíritos em aquiescentes e críticos combativos.⁵⁹

A razão da maior disputa em torno desse conceito no Brasil é simples: quando um tribunal que tem a pretensão de ser uma Corte constitucional não dispõe de uma linha jurisprudencial consistentemente construída ao longo do tempo, o debate desloca-se das construções jurídico-dogmáticas e centra-se nas opções políticas ou até político-partidárias da Corte e/ou dos seus membros individualmente considerados.⁶⁰

A questão subdivide-se em duas perguntas objetivas:

Como interpretar os parâmetros normativos constitucionais que são vinculantes e supremos no Estado Constitucional?

Como identificar uma questão constitucional como tal, especialmente em tempos de retórica da constitucionalização de toda a ordem jurídica, em que tudo se torna direito constitucional e em que o papel do direito infraconstitucional, notadamente do direito civil, torna-se uma incógnita?

No aniversário de 60 anos da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, quatro jovens, reconhecidos constitucionalistas alemães – Jestaedt, Lepsius, Möllers e Schönberger – publicaram um balanço crítico, como revela o subtítulo da obra intitulada “O Tribunal Sem Limites”.⁶¹ Para efeitos da presente investigação, interessa apenas o conceito desenvolvido por Lepsius do “Poder Determinador de Parâmetros” no qual, segundo ele, teria se tornado o TCF.

Sem dificuldades, poder-se-ia responder a questão, “quem determina parâmetros constitucionais?”, como sendo o constituinte. Porém, a resposta espontânea e em si correta escamoteia o fato de se tratar de parâmetros muito lapidares, abstratos. O conceito de poder determinador de parâmetros refere-se à construção por aquela Corte de textos que representam verdadeiras premissas

⁵⁶ Cf. com amplas referências: Martins (2018, p. 1-5).

⁵⁷ Cf. representativo com amplas referências: Jestaedt (2011).

⁵⁸ Tanto quanto observável recebeu a última manifestação monográfica de Rüthers (2014) o acurado título: “A revolução secreta do Estado de direito para o Estado Judicial”. Antes, porém, uma crítica contundente no contexto da constitucionalização do ordenamento jurídico foi expressa por Schuppert e Bumke (2000, p. 79-82), com uso, entretanto da expressão, “Estado Jurisdicional” no título do tópico que fecha a obra: “No caminho do Estado Jurisdicional?”.

⁵⁹ Trata-se de um tema que, com razão, desperta um incessante interesse dos pesquisadores do Direito em geral. Para além das abordagens mais engajadas, comum àquelas com mínimo de séria intenção científica é a busca de se investigar – ora com mais, ora com menos rigor – as por eles afirmadas várias facetas ou dimensões do ativismo. Vão nesse sentido, por exemplo, as abordagens de Ramos (2010), Fellet (2011) e Campos (2014). Mais recentemente, cf. as abordagens mais críticas, feitas em duas publicações, de Arguelhes e Ribeiro (2016 e 2018). Cf., semelhante ao ora realizado, ou seja, com mais referências a todo o espectro de recipientes do conceito de ativismo, “desde o entusiasmo até a rejeição”: Dimoulis e Lunardi (2016).

⁶⁰ Isso se reflete na forma como foi recepcionado o instituto do *amicus curiae* no Brasil: na muito pertinente expressão de Medina (2010, p. 47-74): “amigo da Corte ou da parte?”. Cf. também a discussão de Dimoulis e Lunardi (2017, p. 215-217) e a incisiva crítica da atuação partidária dos *amicus curiae* na ADI 3.510 (“pesquisas em células-tronco”) de Martins (2014, p. 117 e 122-131).

⁶¹ Cf. Jestaedt *et al.* (2011).

maiores no processo de subsunção dos fatos àqueles que representariam uma espécie de norma intermediária, limitada, todavia, pelo respectivo teor do dispositivo constitucional.⁶²

Com efeito, algumas normas, tais como a do Art. 2 I da *Grundgesetz* – GG (“Lei Fundamental” como foi alcunhada, por razões históricas, a Constituição alemã, a seguir, apenas “GG”),⁶³ segundo a qual “todos podem livremente desenvolver sua personalidade”,⁶⁴ ou do Art. 5 I GG, segundo a qual “todos podem expressar sua opinião por palavra, escrito ou imagem”,⁶⁵ **são normas, de fato, carecedoras de exegese** do seu sentido, de interpretação. Nesse contexto, o TCF faz o seu – tal qual por muitos considerado – bom trabalho. Mas LEPSIUS enxerga nisso um risco de engessamento provocado pelos textos da lavra eminente e substancialmente colegiada de um dos Senados (turmas) do TCF que, na maioria das vezes, aparecem sob o ponto de articulação “C.I”.⁶⁶

Independentemente do risco apontado por LEPSIUS, o fato é que se trata de um problema que somente tem quem construiu uma dogmática orientadora dos trabalhos analíticos e de aprofundamento da ciência jurídico-constitucional. Uma rápida consulta de várias obras, voltadas tanto ao ensino quanto à pesquisa dos direitos fundamentais em espécie, explicita-o. Além de uma teoria geral, de uma dogmática geral, há dogmáticas específicas⁶⁷ para cada direito fundamental, todas marcadas fundamentalmente pela jurisprudência do TCF.⁶⁸

O TCF não é órgão de cúpula da atividade jurisdicional estatal, tal qual o é o STF. Não decide sobre recursos, mas sempre na qualidade de órgão jurisdicional – e constitucional equidistante dos demais órgãos constitucionais – de única instância.⁶⁹ Todas as suas decisões são irrecorríveis. Na engenharia institucional do constituinte alemão, ele deve restringir-se em face da competência que cabe ao legislador para dar forma jurídico-normativa à política. Isso ele faz, em primeiro lugar, no âmbito da competência para o controle abstrato de normas. A natureza de processo estritamente objetivo (sem lide, sem contraditório) foi suficientemente assegurada pelo constituinte, que confiou a competência para propor o controle abstrato apenas a órgãos constitucionais (Governo Federal, governos estaduais) ou parte de um deles (¼ dos membros da Câmara Federal).⁷⁰

⁶² Cf. Lepsius (2011, p. 159, e 212 e ss.).

⁶³ Era para ser o estatuto provisório do Estado formado pelas zonas de ocupação norte-americana, britânica e francesa até que os alemães orientais desistissem de seu próprio Estado, quando passariam a integrar então um só Estado alemão. O estatuto provisório foi tão minuciosamente concretizado pelo TCF alemão e as ciências jurídicas que o acompanharam nessas quase sete décadas que foi adotado como a Constituição da Alemanha reunificada pós 3 de outubro de 1990. Cf. Wesel (2004).

⁶⁴ Cf. a introdução a esse direito fundamental e as decisões do TCF concretizadoras dele em: Martins (2016b, p. 49-174)

⁶⁵ Cf. *mutatis mutandis*: Martins (2018c, p. 91-137).

⁶⁶ Sobre a articulada estrutura de uma decisão do TCF, v. Martins (2016a, p. 29-34).

⁶⁷ Cf. Kingreen e Poscher (2017, p. 30-33).

⁶⁸ Em relação a sete dos mais clássicos e complexos direitos fundamentais de liberdade, v. Martins (2018c, p. 25 e ss., 91 e ss., 139 e ss., 149 e ss., 181 e ss., 222 e ss. e 243 e ss.).

⁶⁹ Cf. Martins (2018b, p. 26).

⁷⁰ No último caso, assegurando a oportunidade de a minoria no Parlamento ensejar uma decisão contramajoritária pelo TCF, desde que o TCF verifique a violação de norma constitucional. Não há de se falar em “legitimidade ativa”, interesse processual, pertinência temática ou quaisquer outros institutos das ações do controle abstrato brasileiro que, na substância, revidam o caráter objetivo do processo. Tendo em vista o extenso rol de legitimados ativos do art. 103 CF, questionável é o reconhecimento de alguma espécie de processo constitucional objetivo no sistema processual constitucional brasileiro. Sobre esse tipo de processo, v. em detalhes a exposição de Dimoulis e Lunardi (2017, p. 206-239) e a crítica conceitual de Martins (2010, p. 249-270).

3.1.2 Controle abstrato de normas

Como retro verificado, trata-se de conseqüente processo objetivo: não há lide judicial, mas apenas uma competência de proposição que cabe tão somente ao Governo Federal, um dos governos estaduais ou a, pelo menos, ¼ dos membros da Câmara Federal. Causa da proposição é a mera dúvida daqueles órgãos ou da minoria parlamentar quanto à constitucionalidade de atos normativos federais e estaduais. A exigência de mera dúvida marca a diferença para o controle concreto a ser ensejado por órgão judicante monocrático ou colegiado e para a subsidiariedade da Reclamação Constitucional, embora os três instrumentos devam ser compreendidos como elementos de um sistema processual constitucional objetivo.⁷¹

Também o elencado muito restrito rol dos legitimados para propô-lo, apenas três órgãos constitucionais, revela a decidida intenção do constituinte da *Grundgesetz* em evitar, formalmente ao menos, qualquer partidarização ou politização do processo do controle abstrato, embora na prática haja disputas entre bancadas parlamentares. O controle abstrato é entendido por alguns como “arma da oposição política”⁷²

3.1.3 Controle concreto de normas

Muito mais interessante em termos comparativos – com vistas à interpretação do art. 102, §3º da CF – são as relações da Corte com as instâncias ordinárias da Justiça Comum e das Justiças Especializadas (as assim chamadas *Fachgerichte*).⁷³ Segundo o Art. 100 I GG: “se um tribunal considerar uma lei inconstitucional, de cuja validade dependa a decisão, deve ser o procedimento suspenso e, [...] quando se tratar da violação desta *Grundgesetz*, deve-se buscar a decisão [sobre a validade da lei] do Tribunal Constitucional Federal.”

Essa é a norma que, por excelência, distingue o sistema concentrado do sistema difuso do controle de constitucionalidade de normas. Trata-se de uma norma que implica aquilo que, no discurso jurídico-comparativo perpetrado por constitucionalistas processualistas alemães, tem sido chamado de “jurisdição constitucional *isolada*” (concentrada) em oposição à “jurisdição constitucional *integrada*” (difusa).⁷⁴

⁷¹ Cf. Schlaich e Koriath (2015, p. 93 e s. e 98 e s.).

⁷² Cf. Heuen (2012, p. 199) e Koriath e Schlaich (2015, p. 94). Não obstante, as disputas em torno da validade ou não dos respectivos objetos do controle dão-se na arena jurídico-constitucional, ou seja, há um constante esforço de fundamentação jurídico-dogmática. Entre os processos de controle abstrato mais controvertidos da história do TCF, certamente encontram-se as duas decisões sobre a constitucionalidade do sancionamento penal do aborto: a primeira dos anos 1970 e a segunda pós-reunificação dos anos 1990. A respeito, v. Martins (2016b, p. 176 e ss. e 181 e ss.). Mesmo nelas, as argumentações dos pareceres referenciados na decisão e ela própria seguem o método lógico dedutivo da subsunção.

⁷³ Também chamadas no início da jurisprudência do TCF de “tribunais instanciais”. A relação é marcada por estrita separação de competência em razão da matéria. Cf. Schaich e Koriath (2015, p. 16 e s.).

⁷⁴ Cf. Jestaedt (2011).

Isolada ou não, i.e., “integrada” ou não à jurisdição comum, uma jurisdição constitucional será a depender da opção pelo monopólio ou não por uma Corte da competência para o descarte de normas declaradas inconstitucionais. Isso ocorre sem prejuízo da prévia competência (poder-dever) para o exame de constitucionalidade de cada norma sobre a qual recaia uma suspeita de inconstitucionalidade. Essa prévia competência é confiada, também no sistema que adotou a jurisdição constitucional isolada ou concentrada, a todo juiz togado, por conta de sua condição de representar poder constituído jurisdicional e, destarte, corresponsável pela defesa da ordem jurídico-constitucional como um todo.⁷⁵

Assim, também nesse procedimento chamado de *controle concreto* controla-se, em verdade, a norma abstrata quanto à sua constitucionalidade. Tendo em vista que apenas a *competência de descarte* da norma é reservada ao TCF, mas não a competência para o seu *exame* que – como aludido – cabe a todo juiz togado, não basta uma mera dúvida judicial quanto à constitucionalidade.⁷⁶ Deve estar presente a *convicção judicial*, a ser demonstrada por intermédio de uma representação redigida pelo próprio juiz do feito ou por tribunal, da segunda instância até as instâncias federais, superiores.⁷⁷ Essa convicção judicial é a primeira condição do controle concreto de normas.

Para se evitar uma sobrecarga não caracterizada pela premência de proteção da ordem jurídico-constitucional, a segunda condição da representação judicial é a *prejudicialidade da questão constitucional*. A solução da lide deve depender do prequestionamento da constitucionalidade de norma que seja a causa de pedir de uma das partes processuais. Expressando-o mais especificamente: a solução da lide deve depender da confirmação da validade da referida norma.⁷⁸

3.1.4 Reclamação Constitucional contra Decisão Judicial e/ou contra Ato Normativo

Não obstante, é na Reclamação Constitucional, também uma espécie de remédio constitucional da competência originária do TCF, que pode ser ajuizada apenas por titular de direito fundamental, que se revela, em sua plenitude, o problema da determinação da densidade do exame pelo TCF, quando seu objeto for uma decisão judicial.⁷⁹

Com efeito, uma Reclamação pode ser ajuizada diretamente contra ato normativo, até mesmo contra uma Emenda Constitucional, desde que presentes suas condições e seus pressupostos que não têm como ser analisados agora.⁸⁰

Não obstante, a Reclamação Constitucional que aqui especialmente interessa é aquela movida contra uma decisão judicial. Seu objeto direto é sempre uma decisão judicial que possa, em

⁷⁵ Cf. Martins (2018b, p. 15). Como se verá no próximo tópico, isso permite a fundamentação do caráter subsidiário da Reclamação Constitucional.

⁷⁶ Que basta como retro exposto ao cabimento do controle abstrato.

⁷⁷ Cf. Martins (2018b, p. 18-19).

⁷⁸ Cf. Martins (2018b, p. 19-21).

⁷⁹ Cf. Schlaich e Koriath (2015, p. 145-150) e Martins (2018b, p. 26-27).

⁸⁰ V. Schlaich e Koriath (2015, p. 155, 181-184).

tese, ter violado a Constituição. É o que ocorre ou por não se ter, na decisão judicial, descartado norma incompatível com o parâmetro constitucional, ou por nela ter-se interpretado e aplicado de modo inconstitucional uma norma que em si seja compatível com a Constituição.⁸¹

3.1.5 Constitucionalização do direito infraconstitucional e seus riscos versus direito constitucional específico

É, sobretudo, graças à atividade jurisdicional do TCF desenvolvida no julgamento de Reclamações Constitucionais contra Decisão Judicial que, desde a Decisão *Lüth*,⁸² iniciou-se o fenômeno da constitucionalização, como dimensão jurídico-material do problema aqui tratado. Ao contrário do irrefletido entusiasmo de muitos,⁸³ a constitucionalização não implica apenas chances, mas também riscos. Riscos existem não apenas à autonomia do direito privado: também à própria estrutura hierarquicamente escalonada do sistema jurídico que torna possível o controle jurídico-racional de constitucionalidade de atos do Legislativo resta ameaçada.⁸⁴ Isso porque, uma vez levada a termo, uma constitucionalização “total” simplesmente acabaria com qualquer diferença entre direito ordinário (infraconstitucional) e seu parâmetro de validade, o direito constitucional objetivo. A constitucionalização total tem por última consequência a confusão entre legislação e jurisdição, na medida em que o recurso constante a princípios ou valores constitucionais retira o objeto das interposições legislativas configuradoras de soluções de colisões entre direitos individuais e coletivos que, em face de uma Constituição analítica como a CF, sempre encontrarão respaldo, ainda que indireto, em alguma norma constitucional.

Portanto, não se trata aqui de um valor em si – a ser tenazmente defendido – como entende boa parte de sua recepção na discussão pátria.

A *dimensão institucional-orgânico-processual* do problema refere-se à definição de até aonde vai a competência do TCF para revisar decisões judiciais e onde começa a competência do juiz natural de questões jurídico-ordinárias (“*einfaches Recht*”).⁸⁵ Tendo em vista que qualquer ilegalidade de atos administrativos ou decisões judiciais indiretamente também violam a Constituição, vem à pauta um problema incontornável, de solução impostergável.⁸⁶

Para resolver essa dimensão do problema, garantindo-se a capacidade funcional do TCF e dos tribunais competentes em razão da matéria jurídico-infraconstitucional (Justiça Comum, [três] Justiças Especiais-Administrativas e Justiça Trabalhista) e contrapor-se a uma constitucionalização irracional de todo o ordenamento jurídico, buscou-se delimitar o âmbito específico do direito

⁸¹ Cf. Schlaich e Koriath (2015, p. 155-157).

⁸² BVerfGE 7, 198. Trata-se indubitavelmente da mais conhecida e referenciada no Brasil decisão do TCF alemão, publicada já no ano 1958. Principais excertos, introdução e anotações podem ser consultados em Martins (2018c, p. 91 e ss., 95-104).

⁸³ Cf. por todos: Barroso (2007).

⁸⁴ Cf. Martins (2012, p. 85-88).

⁸⁵ Cf. Kingreen e Poscher (2017, p. 361-364).

⁸⁶ Cf. Kingreen e Poscher (2017, p. 361).

constitucional objetivo em face dos ramos jurídico-ordinários. Nesse sentido, foram desenvolvidas quatro fórmulas.

Segundo a chamada “fórmula de Heck”, nome do juiz relator em processo no TCF que se ocupou pela primeira vez do assunto: “apenas no caso da violação de ‘direito constitucional específico’ pelos tribunais poderá o TCF intervir pela via [do julgamento] de Reclamações Constitucionais.”⁸⁷ A fórmula faz, em verdade, apenas reconhecer a aludida segunda dimensão do problema. Todavia, ela não apresenta critérios concretos para sua solução. Limita-se a afirmar que o TCF **não pretende substituir, reformar os trabalhos dos demais tribunais, mas apenas completá-lo.**⁸⁸

Já segundo a lapidar fórmula de Schumann tem-se: “a decisão judicial impugnada parte de uma consequência jurídica que o legislador ordinário não poderia ter promulgado como norma”.⁸⁹ Essa fórmula é profícua na medida em que esclarece que os limites do direito constitucional material, especificamente aqueles impostos pelas normas definidoras de direitos fundamentais, determinados ao legislador, também valem para os órgãos que aplicam as normas promulgadas pelo mesmo legislador. Contudo, ela é insuficiente, pois o Judiciário, como com razão discorreram Pieroth e Schlink (2013, p. 323),⁹⁰ é mais cerceado constitucionalmente do que o Poder Legislativo. Com efeito, o Art. 20 III GG não deixa margem a dúvidas: “A legislação é vinculada à ordem constitucional; o Poder Executivo e o Judiciário são vinculados à lei e ao direito”.⁹¹

Contudo, sem embargo da óbvia prevalência ou império da lei no Estado de direito e vinculatividade *negativa* do juiz a ela (proibições de fazer), com esse singelo reconhecimento não se resolve o problema do risco de se considerar violações da lei como violações de direito fundamental, esgarçando todos os limites do direito constitucional específico. Por isso, faz-se também a seguinte leitura *positiva* da mesma fórmula: “a interpretação do tribunal que decide e a consequência jurídica da qual ele parte são de certo modo novamente imaginadas de tal sorte a [conceber] que a própria lei expressamente tivesse ordenado a aplicada consequência jurídica”.⁹² Como o foco recai sobre a atividade de interpretação do direito infraconstitucional e a busca de separar seus erros de interpretação que tenham repercussão *constitucional* daqueles que não o tenham, “o juiz que interpreta [o direito infraconstitucional] erroneamente pode, destarte, chegar a uma conclusão que o legislador poderia ter prescrito”⁹³ por não ser inconstitucional. Nesse caso, a interpretação incorreta seria irrelevante do ponto de vista da proteção de direito fundamental. Se, porém, a lei assim imaginada

⁸⁷ Anunciada na decisão do TCF publicada em: BVerfGE 18, 85 (92). Cf. Kingreen e Poscher (2017, p. 361-362).

⁸⁸ Cf. Kingreen e Poscher (2017, p. 361-362).

⁸⁹ Schumann (1963, p. 207). Defendem, de resto, a fórmula, entre outros: Koriath (2001, p. 81) e Jestaedt (2001, p. 1321). Com abundantes referências, cf. Schlaich e Koriath (2015, p. 221 e s.).

⁹⁰ Essa posição foi mantida por Kingreen e Poscher (2017, p. 362) que prosseguem a obra citada, no entanto, não mais com seus iniciadores *Bodo Pieroth e Bernhard Schlink*.

⁹¹ Papel desempenhado dogmaticamente pelo art. 5º, §1º c.c. art. 5º, II CF, pois o juiz aplica direito no sentido do primeiro dispositivo constitucional trazido à pauta; não pode determinar a particular (titular do respectivo direito fundamental) qualquer tipo de obrigação que não tenha fundamento em lei.

⁹² Schlaich e Koriath (2015, p. 221 e s.).

⁹³ Schlaich e Koriath (2015, p. 222).

fosse inconstitucional por causa de uma violação de direito fundamental, então deveria ser a decisão judicial suspensa por causa da mesma violação. Da hipotética *violação em tese*, pois perpetrada por *norma abstrata*, deduzir-se-ia que a *interpretação concreta*, porque pautada na necessidade de resolução de uma lide, também fosse violadora, assim como positivamente de uma hipotética não violação pelo legislador decorreria a constitucionalidade da interpretação pelo juiz.

Não obstante, se essa leitura positiva da fórmula tem o condão de concretizar o frágil, pouco profícuo critério para separação entre jurisdição constitucional e comum no controle de decisões judiciais, deve-se duvidar. Primeiro, merece anuência a posição dos citados autores que trouxeram à pauta a diferença quanto às margens discricionárias do Legislativo e Judiciário,⁹⁴ sendo a primeira margem do legislador essencialmente mais ampla. Em segundo lugar, o tipo e o modo de intervenção estatal das duas funções estatais em direitos fundamentais e a concretização de seus respectivos vínculos às normas jusfundamentais são muito distintos entre si. Ao contrário da anuência referida, a fórmula de *Schumann* tende a nivelar ambos os vínculos. Trata-se, portanto, de uma leitura jurídico-funcional de uma distribuição racional da tutela jurisdicional de direitos subjetivos ordinários (pelo veículo das garantias constitucionais processuais) e/ou fundamentais materiais⁹⁵ entre a jurisdição constitucional e a jurisdição comum que não é compatível com a principal medida jurídico-material que é o vínculo específico do Judiciário aos direitos fundamentais.⁹⁶

Mais recentemente, o TCF tem identificado o direito constitucional específico atingido “quando, na interpretação e aplicação do direito infraconstitucional, tenha sido essencialmente ignorada a influência dos direitos fundamentais.”⁹⁷ Ou seja, exige-se que o juiz do feito examine, exaustiva e independentemente de provocação específica, uma hipótese de violação de direito fundamental nas normas decisórias da lide, no sentido da já aludida prejudicialidade. No mais, deve aplicar a si mesmo uma espécie de *autocontenção* ao interpretar e aplicar norma que, abstratamente, seja compatível com a *Grundgesetz*.

Esse dever que decorre de seu vínculo específico aos direitos fundamentais (Art. 1 III, 3ª variante GG) será violado, cabendo seu amplo controle pelo TCF, porque presente a característica da

⁹⁴ Cf. Martins (2012, p. 95-97 e 100-102) e Dimoulis e Martins (2018, p. 132).

⁹⁵ Adota-se aqui a fundamentalidade formal como critério definidor dos direitos fundamentais. Cf. Dimoulis e Martins (2018, p. 53).

⁹⁶ Com base no direito constitucional positivo alemão, o lastro do Art. 1 III GG com a menção expressa ao Poder Judiciário como poder vinculado a todos os direitos fundamentais (“a seguir elencados”), ao lado do Legislativo e Executivo, além do referido, no texto, teor do Art. 20 III GG, a situação jurídico-constitucional é bastante clara. Por sua vez, também no direito constitucional positivo brasileiro, a vontade do constituinte de vincular todos os órgãos dos três poderes é inequívoca, lastreada no art. 5º, §1º da CF. Em geral, cf. Martins (2012, p. 100-115) e, especificamente sobre a interpretação do art. 5º, §1º CF: Martins (2018a). Cf., porém, de modo assaz divergente da maioria dos autores e equivocadamente, Kenntner (2005, p. 13) que opera com a fórmula de *Schumann* na delimitação do controle pelo TCF do fundamento da decisão judicial. Ele o faz, ainda que não se refira à norma abstrata em si aprovada pelo Parlamento, mas ao chamado “direito judicial”. Assim, ele refere-se à construção de princípios construídos judicialmente com força normativa de fato como parâmetros decisórios, admissíveis em caso de lacunas legislativas, desde que não sejam *contra legem* ou não extrapolem os limites impostos pelo sentido, especialmente pelo teor de normas abstratas aplicáveis.

⁹⁷ BVerfGE 89, 276 (285). Cf. referência a essa e a outras decisões do TCF alemão de Kingreen e Poscher (2017, p. 363 e s.).

especificidade da figura do direito constitucional específico, quando presente pelo menos uma das seguintes condições.

Primeiro, estará presente uma causa de abertura ao exame jurisdicional constitucional pelo TCF quando o juiz do feito simplesmente ignorar que se trata de um caso de norma infraconstitucional para cuja interpretação tenha de ser trazida à apreciação a norma jusfundamental. Em outras palavras, a norma constitucional relevante para a interpretação de norma central para a solução da lide passou despercebida pelo juiz, pois ele não reconheceu que direitos fundamentais teriam de exercer um papel na correspondente interpretação e aplicação ou que seria um caso de ponderação em sentido amplo entre áreas de proteção colidentes.⁹⁸ O juiz ou tribunal não perceberam sequer que, por assim dizer, já estariam se movimentando no âmbito dos direitos fundamentais. Isso faz com que “os direitos fundamentais não tenham entrado [...] no processo decisório.”⁹⁹ Fala-se, nesse contexto, em um déficit de consideração ou absoluta (inconstitucional) incoerência da aplicação ou ponderação de direitos fundamentais. Qualquer das duas aqui referidas alternativas representa uma violação do dever de autocontenção judicial hermenêutica em face da vigência de direito fundamental e incoerência do cabimento do exame pelo TCF por causa da presença do direito constitucional específico.¹⁰⁰

Em segundo lugar, o juiz ou tribunal terá atingido e, potencialmente, violado direito constitucional específico, quando sua decisão se basear em uma interpretação e aplicação do direito infraconstitucional na qual tenha ocorrido uma “fundamentalmente errônea compreensão” da “influência dos direitos fundamentais ou, em geral, do direito constitucional”, presente mais especificamente quando a norma constitucional for “aplicada de modo *por princípio* errado”¹⁰¹ (grifo nosso). A expressão mais enfatizada e discutida na literatura alemã especializada aqui é o núcleo da locução adverbial anterior, “por princípio” (*grundsätzlich*).¹⁰² Com ela, busca-se opor ao exame do TCF certos limites, pois o antônimo de qualidade de exame “por princípio” permitido ao TCF seria um exame “em detalhes”. Ou seja, o equívoco deve ser imediatamente aferível. O TCF não examinaria, destarte, “se os tribunais concretizaram os direitos fundamentais total e completamente em todos os detalhes e desejabilidade”.¹⁰³ Trata-se de uma aplicação errada do direito constitucional pelo juiz do feito, implícita em sua interpretação ou aplicação do direito infraconstitucional baseada em um “entendimento por princípio errado do significado de um direito fundamental, especialmente da

⁹⁸ Cf. Schlaich e Koriath (2015, p. 208). A ponderação *lato sensu* não equivale a sopesamento. Trata-se de um conceito marcado significativamente por Schlink (1976). As divergências e problemas terminológicos mais graves na discussão atual, inclusive germânica, como bem demonstrou De Laurentiis (2017, p. 221-225) surgem junto a interpretação e aplicação do subcritério da necessidade. Para aprofundamento, v. Dimoulis e Martins (2018, p. 245-255).

⁹⁹ Cf. Dimoulis e Martins (2018, p. 245-255).

¹⁰⁰ Cf., por exemplo, – referência também citada em Schlaich e Koriath (2015, p. 208) – a seguinte constatação sobre a revisão de decisão judicial em sede do julgamento do mérito de uma Reclamação Constitucional contra Decisão Judicial: BVerfGE 95, 28 (37): “A decisão do Tribunal Estadual do Trabalho não permite reconhecer que [ele] estivesse consciente do efeito de sua decisão sobre a liberdade de imprensa da reclamante. Não faltou tão somente uma menção expressa ao Art. 5 I 2 GG. Também segundo seu sentido, o Tribunal Estadual do Trabalho não se ocupou do direito fundamental”.

¹⁰¹ Kingreen e Poscher (2017, p. 363).

¹⁰² Cf. Schlaich e Koriath (2015, p. 209): “A palavrinha ‘*grundsätzlich*’ já é agora o ovo de Colombo para a questão da extensão do exame do TCF em face dos tribunais.”

¹⁰³ Schlaich e Koriath (2015, p. 209).

extensão de sua área de proteção”.¹⁰⁴ O erro de apreciação pelo órgão judicante pode recair não apenas sobre a consideração da extensão da área de proteção de um direito fundamental, mas também dos pressupostos (fáticos ou normativos a depender da categoria de direito fundamental)¹⁰⁵ da presença de uma intervenção estatal, das condições normativas destinadas à justificação da intervenção estatal, especialmente aquelas relativas à sua proporcionalidade e, finalmente, do propósito de proteção de um dever (estatal) de tutela jusfundamental.¹⁰⁶

A aplicação de tais critérios idealizados para a concretização da delimitação de competência entre o TCF e demais órgãos jurisdicionais carece de uma avaliação sempre muito cuidadosa, junto à qual ainda faltam suficientes linhas gerais reconhecidas pelos operadores. De modo programático, o TCF baseia-se no critério da “*intensidade* da afetação do direito fundamental”, segundo mais uma fórmula: “quanto mais profundamente uma decisão judicial reduzir uma liberdade jusfundamental e seu exercício, ‘mais detalhado tem de ser o exame jurisdicional-constitucional’”.¹⁰⁷ Mas, isso é, por sua vez, igualmente passível de avaliações subjetivas, potencialmente contingentes, contraditórias entre si. Contudo, nesse contexto, o TCF desenvolveu uma profícua casuística. Sempre partiu da presença de uma maior intensidade nas intervenções judiciais-penais e naquelas que recaírem nas áreas de proteção de direitos fundamentais em geral mais ameaçados por intervenções estatais, tais como de direitos de comunicação social, da liberdade artística e do direito ao poder familiar no caso de intervenções implícitas na separação de pais e filhos.¹⁰⁸

Finalmente, fala-se em vedação de arbítrio com base no parâmetro do direito fundamental à igualdade do Art. 3 I GG.¹⁰⁹ Essa condição estará presente quando, ao aplicar o direito infraconstitucional, uma decisão judicial for tão arbitrária a ponto de violar o princípio geral da igualdade, que é também um direito fundamental individualmente oponível pelo indivíduo em face de todos os poderes constituídos, entrando, destarte, no âmbito do direito constitucional específico. O arbítrio judicial poderá estar presente junto à configuração do processo, à verificação e apreciação dos fatos e/ou à interpretação e aplicação do direito infraconstitucional.¹¹⁰

Todas essas fórmulas e conceitos que buscam concretizar tão detalhadamente a característica “específico” da expressão direito constitucional específico, de tal sorte a assegurar suficiente certeza

¹⁰⁴ Schlaich e Koriath (2015, p. 208).

¹⁰⁵ A respeito, v. Dimoulis e Martins (2018, p. 71 e s., 82 e s. e 177-180).

¹⁰⁶ Cf. Kingreen e Poscher (2017, p. 363).

¹⁰⁷ Cf. Kingreen e Poscher (2017, p. 363).

¹⁰⁸ Cf. Schlaich e Koriath (2015, p. 214-220) e Kingreen e Poscher (2017, p. 364).

¹⁰⁹ Em que pese sua atualidade, essa fórmula da vedação de arbítrio é bastante criticada na literatura jurídica especializada. Em tópico intitulado “Decisões judiciais objetivamente insustentáveis e, por isso, arbitrárias” Schlaich e Koriath (2015, p. 210-212) assim sintetizam a fórmula: “A Reclamação Constitucional será aqui fundamentada, embora esteja presente em verdade apenas uma violação do direito infraconstitucional; o Art. 3 I GG é inserido como parâmetro de exame.” (SCHLAICH; KORIATH, 2015, p. 211).

¹¹⁰ Cf. Kingreen e Poscher (2017, p. 364) falam, plasticamente, na violação por uma decisão judicial do “profissionalismo que se pode igualmente exigir de cada juiz” que, sendo “tão drástica”, levaria o TCF a atestar seu caráter arbitrário e, então, violador do direito constitucional específico representado pelo parâmetro do chamado princípio, mandamento ou direito fundamental de igualdade do Art. 3 I GG. Sobre as muitas peculiaridades dessa norma da *Grundgesetz*, tal qual interpretada e aplicada pelo TCF alemão: Martins (2016b, p. 221-223).

e segurança no seu uso, não o fazem na extensão a que se propõem. Todas foram criticadas com mais ou menos procedência e contundência. Como uma solução “redonda” não se encontra no horizonte, sugere-se a aplicação paralela de todas elas e seus respectivos conceitos centrais: “o que um [conceito] não compreender, pode revelar-se como carecedor de revisão sob outro [conceito].” Na sequência da passagem citada, sentenciam-se: “em última instância vale que o TCF revisa o que ele quer revisar e não revisa o que ele não quer revisar.”¹¹¹

Essa muita direta e contundente crítica deve-se às peculiaridades do sistema de controle de normas alemão, mas não pode ser confundida com a irrestrita discricionariedade formal que tem a *U.S. Supreme Court* junto à apreciação dos assim chamados *Writs of Certiorari* (“*Review on a writ of certiorari is not a matter of right, but of judicial discretion*”),¹¹² embora algumas semelhanças, como precipuamente a ênfase do significado da Reclamação Constitucional para a construção do direito constitucional *objetivo*, não possam ser negadas. Porém, trata-se aqui de requisitos legalmente prescritos que tornam a admissão da Reclamação Constitucional obrigatória, enquanto lá se trata de uma praxe processual e uma totalmente livre discricionariedade exercida em – ou submetida apenas à – responsabilidade judicial.¹¹³

3.2 Fundamentação e configuração do dever de conhecimento pelo STF de questões constitucionais: exame de constitucionalidade do art. 1.035 do CPC

Saber quais entre os descritos elementos da dogmática alemã do direito constitucional específico poderiam ser úteis à interpretação do conceito de questões constitucionais do vigente §3º do Art. 102 CF, obviamente em seu contexto normativo, não é tarefa das mais simples. As dificuldades presentes no direito constitucional alemão de delimitação entre direito constitucional “específico” e direito infraconstitucional estão também presentes, mas com muito mais gravidade, no direito pátrio. Aqui, o entusiasmo pueril e irresponsável pela eficácia horizontal dos direitos fundamentais e a constitucionalização de todo o direito impede, praticamente, o reconhecimento sequer da existência do problema. Isso denota a referida maior gravidade: se o problema já se revela de difícilíssima solução em um contexto jurídico nacional que o discute há seis décadas desde o caso *Lüth*, muito mais longe se está de uma solução satisfatória no contexto nacional em que ele é solenemente ignorado.¹¹⁴

¹¹¹ Kingreen e Poscher (2017, p. 362).

¹¹² apud Gehle (2005, p. 1253).

¹¹³ Cf. Gehle (2005, p. 1255). Segundo o autor, o processo do *writ of certiorari* seria um exemplo a ser observado, caso se queira modificar os pressupostos legais do processo de admissão da Reclamação Constitucional no sentido de torná-lo um processo, cuja “ênfase seja [toda] posta no esclarecimento e desenvolvimento do direito constitucional e [que] dê à proteção jurídica individual um valor menor.” De modo sintético: propugna-se, aqui, por dar-se ênfase ao papel objetivo da Reclamação Constitucional em detrimento de seu original papel jurídico-subjetivo de proteção de direitos fundamentais oponíveis contra intervenções estatais. Bastante crítico a respeito: Schlink (1984, p. 93).

¹¹⁴ Trata-se de uma ignorância programática. A despeito de existência de estudos comparativos críticos [cf. entre outras, especialmente, a precisa abordagem do debate sobre a relação do direito constitucional com institutos de direito privado tão caros, como o instituto da propriedade, por Rodrigues Júnior (2012, p. 82-88) e a exposição monográfica do mesmo autor – de grande fôlego – que, em seus capítulos sexto e sétimo, propõe uma muito esclarecedora delimitação negativa e positiva

A novidade inserida pela EC 45 apenas explicita o problema a quem não se recusa a enxergá-lo, mas absolutamente não o resolve. Ele não se apresenta àqueles que, de fato, não se preocupam ou não percebem a interdependência entre a delimitação do alcance do conceito de questão constitucional e a defesa da ordem constitucional vigente. Ou seja: há um grande déficit na percepção e diagnóstico do problema em tela que denota mais uma grave ignorância da discussão pátria. Além do risco para a ordem constitucional vigente que a constitucionalização implica, ignora-se também o *papel constitucional* da jurisdição *constitucional*.¹¹⁵

Ele agrava-se ainda mais quando se traz à pauta a garantia constitucional da abertura da via jurisdicional em caso de “lesão” ou “ameaça de lesão” a direito inserido no art. 5º, XXXV CF. Como o juiz natural de questões constitucionais é, em princípio, qualquer juiz togado que, na qualidade de titular de poder constituído, também é vinculado à CF e, portanto, aos direitos fundamentais, tem-se que uma lesão de direito fundamental pode ocorrer, originariamente, uma vez perpetrada por qualquer órgão do chamado terceiro poder, da primeira instância ao STF.

Por isso, um órgão jurisdicional pode em tese violar a CF não apenas quando não denegar aplicação à norma inconstitucional, mas também quando desempenhar sua função, que lhe foi confiada pela ordem constitucional vigente, ao arrepio da obrigatória incidência das normas jusfundamentais sobre a interpretação do direito infraconstitucional. A repercussão prática dessa incidência, a que genericamente se alcunha de constitucionalização do ordenamento jurídico, em termos de vínculo é a seguinte: observá-lo significa, concretamente, praticar *autocontenção judicial* desde a primeira instância. Ao contrário do que é em geral defendido na discussão pátria, não se outorga ao juiz o poder de ponderar, sem rígidos critérios metodológicos, princípios jurídicos supostamente válidos, mas muitas vezes apenas inventados *ad hoc* ou sedimentados em frágil jurisprudência de tribunais superiores. A incidência dos direitos fundamentais sobre a interpretação do direito infraconstitucional, incluindo todos os ramos do direito público e também privado, não libera o juiz de seu vínculo imediato à lei em sentido formal e material. A autocontenção refere-se justamente à necessidade de o juiz observar os limites positivos e negativos decorrentes dos parâmetros constitucionais jusfundamentais no desempenho de sua precípua função de interpretar e aplicar parâmetros normativos infraconstitucionais que, por sua vez, imediatamente configuram e delimitam sua concreta competência.

Ocorre que, no sistema difuso de controle de normas quanto à sua constitucionalidade, todos os juízes, ao deterem a competência de descarte, também estão exercendo jurisdição

do conceito: Rodrigues Júnior (2017, p. 307-411)], parece que não se quer sair de uma zona de conforto jurídico-intelectual que prefere a lida com o constitucionalismo simbólico, com suas inócuas fórmulas retóricas, a uma sistematização rigorosa, jurídico-dogmática e metodologicamente orientada. Despiciendo especificar as consequências subsumíveis sob uma possível epígrafe da erosão da força normativa da Constituição, notadamente dos próprios direitos fundamentais.

¹¹⁵ Isso parece apenas um jogo de palavras relativamente redundante, mas não é: a jurisdição constitucional, quando entendida apenas como cúpula do Poder Judiciário, não desenvolve seu especial papel institucional de órgão constitucional competente para dirimir questões constitucionais objetivas. Sobre o duplo papel no TCF alemão, no vernáculo, com amplas referências: Martins (2018b, p. 2).

constitucional. Nesse caso, o guardião-mor da CF, o STF, funciona como se fosse uma Corte de *super-revisão*, ou seja, como se fosse apenas uma instância a mais a revisar a interpretação e aplicação do direito federal que cabe ao STJ em sede de recurso especial.¹¹⁶ Consequentemente, é muito mais difícil fundamentar a exclusão de apreciação pelo STF de alegações de supostas inconstitucionalidades implícitas em decisões judiciais dos demais tribunais, apresentadas em Recursos Extraordinários, do que no caso da admissibilidade e no processo de admissão da Reclamação Constitucional perante o TCF alemão. Especialmente, ao contrário do TCF alemão, o STF é competente também para a revisão das (potenciais) revisões judiciais da interpretação e aplicação de direito federal infraconstitucional conforme o teor inequívoco do permissivo constitucional do RE inserido pelo constituinte derivado de 2004 como alínea “d” ao art. 102, III da CF. No caso dessa alínea, ao contrário das três primeiras, o *parâmetro* normativo jurídico-material deve ser “lei federal”, mas não normas da CF.

Assim, como restará demonstrado, fundamenta-se o dever de conhecimento pelo STF de *todas* as questões constitucionais (3.2.2) na sua competência final e definitiva para apreciar violações de normas constitucionais decorrente do art. 102, III CF também e, no caso, especialmente aquelas que forem perpetradas por órgãos jurisdicionais; não pelo legislador. Nesse contexto deve ser investigada, primeiro, a constitucionalidade do art. 1.035 do CPC em face dos parâmetros constitucionais aplicáveis, em seguida especificamente nomeados (3.2.1). Por fim, a configuração do dever de conhecimento das questões constitucionais não pode prescindir de critérios instrumentais, metodológica e dogmaticamente procedentes, para a verificação, em cada caso, da presença de uma “questão constitucional” (3.2.3).

3.2.1 Interpretação e controle de constitucionalidade do art. 1.035 do CPC em face do art. 102, §3º c.c. art. 5º, XXXV, LIII-LV da CF

As garantias constitucionais processuais da inafastabilidade da – ou ao acesso à – via jurisdicional (art. 5º, XXXV CF), ao juiz natural (art. 5º, LIII CF), ao devido processo legal (art. 5º, LIV CF) e à ampla defesa e ao contraditório (art. 5º, LV CF) não asseguram, isolada ou em aplicação combinada, aos seus titulares, ao contrário do que muitos defendem¹¹⁷ e do que o teor do último

¹¹⁶ A falta de monopólio da competência de descarte de normas por apenas uma Corte implica uma desdiferenciação institucional orgânica que tem imediata repercussão na construção (ou sua omissão) – ou em seu modo – do direito constitucional *objetivo* com seus específicos pressupostos jurídico-dogmáticos. A típica concorrência entre os intérpretes judiciais da Constituição fica muito longe de alcançar o vago desiderato de uma “sociedade aberta” (HÄBERLE, 1997). Pelo contrário, impede o desenvolvimento de um órgão de referência que, como se verifica ainda hoje, permanece limitado ao poder formal de dar a última palavra implícita em sua revisão das revisões judiciais anteriores (frequente e sabidamente também de decisões do STJ) da interpretação e aplicação ordinárias do direito federal.

¹¹⁷ Cf. por todos: Dantas (2018, p. 55-56). Alega-se que a previsão dos TJs e TRFs no texto constitucional implicaria essa garantia. Porém, ela pertence à parte orgânica da CF (direito objetivo). Consequentemente, não assegura nenhuma posição jurídico-subjetiva sedimentada e (não) garantida, inclusive, contra PEC pelo art. 60, §4º, IV da CF. Portanto, uma EC que modificasse toda a estrutura da Justiça Comum estadual e federal não poderia ser descartada com fulcro no art. 60, §4º, IV da CF.

dispositivo mencionado poderia incorretamente induzir a pensar,¹¹⁸ uma estrutura judicial dividida sequer em duas instâncias. O chamado duplo grau de jurisdição, ou seja, a regra de abertura a pelo menos uma instância recursal, não foi contemplado constitucionalmente.

Isso porque se trata de uma categoria de direito fundamental cuja área de proteção tem marca ou cunho normativo.¹¹⁹ Não se protege um comportamento ou um status jurídico em face do qual seriam *prima facie* subtraídas as possibilidades de restrições (intervenções na área de proteção) perpetradas normativa ou apenas faticamente pelo Estado, mas se determina a composição de um arcabouço de normas configuradoras do processo, das instituições e organizações a ele pertinentes confiadas à ampla discricionariedade legislativa. Em suma, como no caso dos direitos fundamentais a institutos jurídicos, o exercício do direito não correspondente a um comportamento humano natural, mas depende da sua especificação normativa.¹²⁰

Sem embargo, garante-se por eles, de modo isolado ou em sua aplicação combinada, pelo menos a abertura de uma oportunidade para as questões constitucionais atinentes a uma lide cível ou penal (em tese também à jurisdição voluntária) serem *efetivamente* conhecidas por seu juiz natural. Independentemente de ter sido adotado no Brasil um sistema não concentrado de controle de normas ou uma jurisdição constitucional *integrada*; não isolada, como ocorreu no sistema comparado alemão; pelo menos um órgão deve enfrentar o mérito de uma questão constitucional seriamente apresentada, no mais tardar, pela parte sucumbente perante um dos órgãos jurisdicionais mencionados no art. 102, III CF. Nesse estágio e em face dessa questão especial, o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório adquirem contornos especiais. Assim, também a lei processual que criar embaraços que, na prática, acarretem a inviabilização e conseqüente negação da jurisdição constitucional específica que, mesmo no sistema “integrado” (“difuso”), pode ser da competência do STF, no caso exercendo, materialmente falando, jurisdição originária,¹²¹ equivale a uma lei excludente no sentido da vedação do art. 5º, XXXV CF. Poder-se-ia até mesmo investigar, alhures e ou em geral, se uma omissão legislativa que ensejasse uma lacuna poderia, em tese, violar o art. 5º, XXXV CF. Dado seu teor de vedação de ato comissivo do legislador, a extensão da proibição à omissão não

¹¹⁸ O art. 5º, LV CF garante “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, [...] o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (grifo nosso). Como se trata de uma garantia constitucional processual, mas não de um direito fundamental material de marca comportamental – sobre a diferença, v. Dimoulis e Martins (2018, p. 62 e ss. e 82) – fica a critério do legislador processual a configuração, no caso, da ampla defesa com “meios” e “recursos” (de resto, usado em sentido lato, ao lado dos “meios”) a ela inerentes, ou seja, na medida de sua previsão pelo legislador. Trata-se também, como se verá logo em seguida no texto, de um caso de configuração de direito fundamental em nível infraconstitucional; não de intervenção estatal em direito fundamental a ser justificada constitucionalmente. Cf. em geral, a exposição monográfica sobre a configuração de direitos fundamentais de Bumke (2009) e a exposição conceitual jurídico-dogmática de Dimoulis e Martins (2018, p. 177-180).

¹¹⁹ Cf. novamente: Dimoulis e Martins (2018, p. 177-180).

¹²⁰ Sobre as conseqüências para a interpretação do direito constitucional de família, especificamente nos efeitos do art. 226 CF oponíveis em face do legislador, v. Martins (2013).

¹²¹ A Conseqüência lógica de se considerar encerrada a jurisdição sobre a subsunção de fatos ao direito infraconstitucional, devidamente acompanhada da instrução probatória, e de se falar seriamente em processo objetivo seria reconhecer que se trata, então, de *jurisdição originária*. Nesse sentido, representam os óbices normativo-processuais intervenções estatal-legislativas no direito fundamental ao juiz natural de questões constitucionais por excelência, o STF.

é cogente. Para a solução do presente caso, isso se torna irrelevante diante do presente objeto do controle, o art. 1.035 do CPC.

O art. 1.035, *caput* do CPC determina o não conhecimento pelo STF de Recurso Extraordinário na hipótese de “a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo.” Sobre tais termos, que deveriam ser critérios concretizáveis diante de casos concretos, primeiro o §1º traz, geral e materialmente, apenas aquela inócua já anteriormente referida tradução, segundo a qual se trataria de questões “relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo,” O não conhecimento é firmado, ainda segundo o mesmo art. 1.035, *caput* do CPC, em “decisão irrecorrível”. Já político-legislativamente falando, isso causa estranheza, pois tal determinação de irrecorribilidade é um elemento estranho em seu contexto normativo. Com efeito, esse é marcado justamente por um sistema processual que prevê recursos legais e regimentais (internos aos tribunais) para o caso de sucumbências processuais as mais insignificantes, comparadas à seriedade do caráter definitivo da decisão judicial em questão. Mas, como expressamente aludido, nesse ponto tem-se apenas um argumento de política do direito ou legislativa.¹²²

Por sua vez, o §3º do mesmo art. 1.035 CPC trouxe, originalmente, em seus incisos, três causas formais para o reconhecimento da repercussão geral de questões identificáveis no acórdão impugnado. O inc. II foi revogado pela reforma de 2016; o inc. III traz, de modo redundante, apenas uma repetição do permissivo constitucional do art. 102 III “b” da CF. Resta o inc. I que não faz nada além de prestigiar a “súmula ou jurisprudência dominante no STF” *contrariadas* no acórdão impugnado.

De modo igualmente inútil, porque já definido *ipsis litteris* pelo Art. 102, §3º da CF, o § 2º do dispositivo processual em comento reitera o ônus de arguição e demonstração que cabe à parte recorrente. Os §§ 4º ao 9º fixam regras procedimentais. O §10 – que determinava a consequência jurídica para o descumprimento do prazo de 1 ano para julgamento de Recurso Extraordinário com repercussão geral reconhecida, prescrito no §9º – foi impertinentemente revogado pela reforma de 2016.¹²³ Por sua vez, o derradeiro §11 tem um significado à parte, pois confere à súmula da decisão sobre a repercussão geral o status de um acórdão irrecorrível segundo a regra do *caput*.

Ao contrário do que ocorre com a defesa por jurisdicionados de interesses e direitos subjetivos de índole infraconstitucional, a *irrecorribilidade* prescrita no dispositivo processual civil em apreço como um todo tem o condão de violar as garantias constitucionais anteriormente mencionadas.

¹²² É muito temerário que a política do direito ou legislativa (*Rechtspolitik*) seja talvez uma das mais ilustres desconhecidas nas ciências jurídicas e políticas brasileiras. Talvez a *Revista de Informação Legislativa – RiL* seja o periódico que mais próximo chega de contemplar contribuições científicas sobre a política do direito. No entanto, trata-se de um veículo editado pelo Senado Federal, não por uma IES. As pesquisas nas ciências jurídicas e políticas brasileiras não se ocupam suficientemente da *Rechtspolitik*.

¹²³ Críticos a respeito: Dimoulis e Lunardi (2017, p. 278 e ss.).

Primeiro, porque se trata de uma autorização legal para, em caráter definitivo, não ser julgado o mérito de um recurso, no qual possa até haver questões constitucionais, mas supostamente destituídas de repercussão geral. Trata-se, enfim, de questões correspondentes a interesses que não extrapolam os *limites subjetivos* da lide. Porém, a menção à lei (“nos termos da lei”) pelo próprio parâmetro específico do art. 102, §3º da CF não contempla tal autorização legal, usurpada pelo legislador processual civil. Não está presente, portanto, uma reserva legal qualificada¹²⁴ autorizadora de tais drásticos, definitivos obstáculos definidos em lei para a admissão do Recurso Extraordinário, tal qual tradicionalmente configurado.

Pelo contrário, ao mencionar a lei, o dispositivo constitucional o faz no contexto procedimental do cumprimento pela parte recorrente de seu ônus de arguição e demonstração das tais repercussões gerais. Ele não define nada em relação à consequência jurídica (sanção) do não cumprimento que vá além da fundamentação de um juízo de inadmissibilidade de um recurso, pertinente, portanto, apenas ao seu conhecimento, mas não à possibilidade de, a partir de tal desconhecimento, amadurecerem-se, na prática, diante da irrecorribilidade, todos os elementos de coisa julgada material, para matérias constitucionais supostamente destituídas de repercussão geral e, como tais, em face de seus conteúdos, vale dizer, de seus méritos não mais discutíveis.

Assim, em segundo lugar, essa inconstitucionalidade que, originalmente, é formal, com as aludidas repercussões materiais, pode ser constatada no bojo do exame da constitucionalidade material em face das garantias constitucionais introdutoriamente mencionadas.

Tais inconstitucionalidades materiais em face dos parâmetros das normas constitucionais em epígrafe devem ser, em apertadíssima síntese, a seguir demonstradas. Antes, porém, necessário se faz pesquisar o especial sistema em si de admissibilidade determinado no art. 102, §3º da CF, ou seja, das possíveis balizas para a decisão do STF, independentemente do cumprimento do ônus de arguição e demonstração da repercussão pela parte processual, analisado no próximo tópico.

Nesse sentido, apesar das formulações do art. 1.035 CPC no sentido de que o STF devesse verificar a presença de características que denotem o extrapolamento dos interesses subjetivos da lide, o que apenas aparentemente o aproxima da verificação pelo TCF alemão do “significado jurídico-constitucional por princípio” do Art. 93 a II a BVerfGG, em verdade o dispositivo constitucional do Art. 102, §3º autoriza que os 11 membros do Plenário do STF busquem causas da *inadmissibilidade*. A reserva de plenário de dois terços dos membros da Corte para a recusa do recurso não contesta, mas, ao contrário, confirma esse reconhecimento.

Aparentemente, o cumprimento do ônus de arguição e demonstração pela parte recorrente deveria cumprir uma função semelhante ao dever do Reclamante da Reclamação Constitucional alemã de compartilhar a abordagem e o entendimento dos tribunais competentes em razão das matérias cíveis, penais, trabalhistas, administrativas, sociais ou financeiro-tributárias a respeito do direito

¹²⁴ Sobre o conceito, v. Dimoulis e Martins (2018, p. 180).

constitucional aplicável. Isso porque, mesmo no sistema de controle concentrado, todos eles são corresponsáveis pela defesa da ordem constitucional vigente e vinculados diretamente a todos direitos fundamentais. Todavia, o tribunal deve admitir a Reclamação Constitucional, como visto, em processo admissional prévio à admissão definitiva por um dos Senados ou uma das Câmaras, quando estiverem presentes uma das seguintes condições. A primeira é uma condição que contempla o significado jurídico-objetivo da Reclamação Constitucional, enquanto a segunda condição, que permanece fiel às suas origens, é impor, em face de seus destinatários (incluindo o Judiciário), os direitos fundamentais e direitos iguais a fundamentais, todos individuais, que lhe servem de parâmetros.

Por sua vez, a proposta do constituinte derivado de 2004, implícita no teor do art. 102, §3º CF, embora inspirado do *Writ of Certiorari* anglo-saxão como por vezes afirmado, dele também se distancia por não estabelecer – de modo suficientemente claro como lá – *não* se tratar de uma questão de direito, mas de discricionariedade judicial.¹²⁵ Mas não poderia mesmo tê-lo feito. Tivesse-o feito, incorreria em inconstitucionalidade diante do Art. 60, §4º, IV CF. Os direitos e garantias individuais foram expressamente resguardados das Propostas de Emenda Constitucional tendentes a aboli-los. Em que pese o caráter indeterminado da assaz leviana, conceitual-constitucionalmente falando, escolhida locução, “tendente a abolir”, – entendendo-se uma abolição como a existência de direitos fundamentais não necessariamente expressamente revogados, mas de eficácia material tendente a zero – seria o caso de uma norma constitucional que importasse sem reparos o *Writ of Certiorari*. Desse modo, a hipotética inserida norma constitucional teria permitido o não conhecimento definitivo de possíveis violações de direitos fundamentais ser descartada na qualidade de uma norma tendente a abolir, quando não diretamente direitos fundamentais materiais, ao menos as garantias constitucionais processuais epigrafadas. Com bons motivos, portanto, o constituinte derivado não foi tão imprevidente. Isso porque, de um lado, não confiou ao STF a livre escolha dos casos que pretenda julgar envolvendo questões constitucionais por ele como tais livremente reconhecidas. Por outro lado, estipulou apenas uma reserva legal simples, mas restrita ao procedimento da arguição e demonstração pelo recorrente das questões constitucionais, deixando de predeterminar condições positivas ou, *expressamente*,¹²⁶ negativas para tanto.

Assim, a configuração legislativa dessa outorga de ampla competência pelo art. 102, §3º CF deve ser materialmente medida com base nas garantias processuais constitucionais. O art. 1.035 CPC viola a garantia da inafastabilidade da – ou ao acesso à – via jurisdicional prevista no art. 5º, XXXV CF. Na medida em que esse parâmetro constitucional jusfundamental determine, expressamente, ao legislador não excluir da apreciação do Judiciário não somente a lesão, mas até mesmo já a ameaça de lesão *a direito*, o legislador processual realiza uma configuração infraconstitucional do art. 102, §3º

¹²⁵ Cf. Gehle (2005, p. 1255).

¹²⁶ Pois, segundo a interpretação sistemático-teleológica retro praticada, até em razão do propósito da Emenda Constitucional de garantia da capacidade funcional diante da sobrecarga apresentada por um número exagerado de Recursos Extraordinários, trata-se de se buscarem razões para o descarte do Recurso Extraordinário interposto.

CF incompatível com esse parâmetro. Sobretudo porque como garantia constitucional de natureza processual assegura mecanismos processuais para que se resista a intervenções não apenas do poder público, mas no caso até de particulares, pois objeto da garantia de acesso à via jurisdicional não são apenas direitos fundamentais que seriam, em face de uma categoria de direito individual, justamente de direitos fundamentais correspondentes a questões constitucionais, desconstituídos.

Ao contrário da sistemática alemã da Reclamação Constitucional, remédio constitucional da competência originária do TCF, ao Recurso Extraordinário não foi confiado um papel jurídico-objetivo, ao lado do jurídico-subjetivo. Dificulta ainda mais a situação a já demonstrada total ausência de esforços de elaboração de critérios sobre a delimitação entre questões jurídicas constitucionais e ordinárias. Como não há efetiva garantia de que uma afirmada violação de direito fundamental individual em sua qualidade de questão constitucional potencialmente sem repercussão geral no sentido da inserida norma constitucional e das normas processuais cíveis será ao menos uma única vez conhecida e materialmente apreciada, o art. 5º, XXXV CF resta, portanto, violado.

No mais, o art. 1.035 CPC viola também a garantia ao juiz natural prevista no art. 5º, LIII CF em sua acepção positiva, ou seja, viola a garantia de que uma questão constitucional, no caso, aqui também uma afirmada violação de direito fundamental individual, seja processada, julgada e decidida (“sentenciada”) “pela autoridade (jurisdicional) competente”. Como revelam as muito ocorrentes chicanas da falta de enfrentamento de afirmadas violações constitucionais por muitos tribunais a despeito de embargos declaratórios opostos,¹²⁷ cabe ao STF, formalmente em última instância, mas, no mérito, na qualidade de juiz natural de questões constitucionais por excelência, processar, julgar e decidir sobre tal alegação. Um juízo prévio de admissibilidade, como o previsto no art. 102, §3º CF e regulamentado no dispositivo em comento, tem o condão de excluir o juiz natural especialmente se o tribunal *a quo* ou juízo de primeira instância, todos em tese juízes naturais de questões constitucionais, não o tiverem feito. Uma configuração compatível com a ordem constitucional vigente, feita pelo legislador processual, teria de esclarecer plenamente quem seria, no caso, o juiz natural em vez de prescrever a irrecorribilidade que notoriamente persegue apenas o escopo da redução de sobrecarga da Corte. Portanto, especialmente a irrecorribilidade de um acórdão, súmula da decisão de admissibilidade prévia, retira do jurisdicionado seu juiz natural para a avaliação de violações de seus direitos fundamentais individuais.

¹²⁷ Que levou o legislador do novo CPC, em seu art. 1026, a prever medidas que previnam o abuso pelas partes processuais que tenham a intenção de protelar inevitáveis efeitos a elas adversos da coisa julgada, tais como multas e, no §4º do mesmo dispositivo, a limitação de no máximo 2 embargos declaratórios (apenas uma oportunidade de opor embargos à decisão sobre embargados opostos anteriormente). Não obstante a salutar nova regulamentação, a própria existência dessa espécie de recurso significa uma grave mazela do sistema jurisdicional-processual brasileiro. Já em tese, não se poderia admitir a possibilidade de uma decisão judicial ser marcada pela presença de um de seus dois primeiros permissivos previstos no art. 1022 CPC, obscuridade ou contradição (inc. I) e “omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento” (inc. II). Por sua vez, para os compreensíveis, mas de plano como tais identificáveis erros materiais (inc. III), deveria ser previsto um procedimento *ex officio* ou a requerimento muito mais simples do que um recurso em sentido processual estrito.

Por fim, o dispositivo processual em tela viola também a garantia ao devido processo legal do art. 5º, LIV CF, assim como à ampla defesa e ao contraditório do art. 5º, LV CF por razões semelhantes às da violação do juiz natural.

Primeiro, a ampla garantia do devido processo legal, que abrange o direito à sua conclusão com uma prestação jurisdicional esclarecedora de situações jurídicas envolvendo “liberdade” e “bens” dos titulares, ou seja, todos seus legítimos interesses jurídicos, incluindo obviamente seus direitos fundamentais, pode restar comprometida pela cláusula da irrecorribilidade. Certo é que o “devido” processo “legal” o é na medida de sua configuração legislativa e, como visto, não implica a obrigatoriedade do duplo grau de jurisdição. Contudo, ele pode ser em tese excluído, assim como no caso do juiz natural, quando não se assegura, nas regras processuais ordinárias, um processo que efetivamente possibilite a discussão e julgamento da afirmada violação de direito fundamental que pode ocorrer, por exemplo, apenas na decisão de última instância judicial, pelo *iudex a quo*, portanto.¹²⁸

Independentemente da opção do legislador ordinário por um sistema recursal ou sua ausência completa, pela regra do art. 1.035 CPC também não se asseguram aos ligantes o contraditório e a ampla defesa, pois eles pressupõem o acesso e a efetiva oitiva dos argumentos de mérito jurídico, no caso, jurídico-constitucional, a serem apresentados pela parte recorrente, não a partir da busca de uma perspectiva social e/ou *judicial estruturante* (demonstração da repercussão geral), mas tão somente da perspectiva da proteção do direito fundamental individual. O dever de demonstração, tal qual “regulamentado” pelo art. 1.035 CPC, ignora totalmente essa perspectiva individual. Logo, viola também o art. 5º, LIV e LV CF.

De resto, subsidiariamente poderia ser trazido à pauta o parâmetro mais geral do art. 1º, *caput* c.c. 93, IX CF. Com efeito, a regulamentação legislativa processual tem aparentemente o condão de violar o princípio do Estado de direito em sua acepção de previsibilidade de decisões judiciais a ser construída com o dever de fundamentação material de toda espécie de decisão judicial.¹²⁹ Como falta espaço nos limites da presente exposição para uma devida discussão dessa hipótese de violação, ela deve ser deixada em aberto para ser retomada, eventualmente, em outra oportunidade.

3.2.2 Necessária reconstrução jurídico-dogmática do conceito de repercussão geral

Diante do exposto no tópico anterior, especialmente tendo em vista a ora verificada inconstitucionalidade da lei processual regulamentadora, o conceito de repercussão geral deve ser redimensionado e reconstruído jurídico-dogmaticamente. O objetivo é viabilizar a unidade *de*

¹²⁸ Cite-se, como exemplo, o caso de uma violação de direito fundamental perpetrada pela interpretação e aplicação de norma infraconstitucional pelo STJ em sede de julgamento pelo provimento de um Recurso Especial. Até o julgamento do anterior Recurso de Apelação, o vício interpretativo e aplicativo de direito infraconstitucional poderia não ter ocorrido.

¹²⁹ É muito preocupante que o dispositivo da nova lei processual civil do art. 11 CPC tenha sido saudado como um avanço ao prever, ordinariamente, o que a CF assegura como princípio jurídico-objetivo do Estado de direito, do qual decorrem posições jusfundamentais individuais.

constitutione lata, embora *de constitutione ferenda* recomendável seja proceder a uma emenda que altere ou suprima a locução “a parte deverá” e a trazida à pauta “repercussão geral”.

A tarefa que se coloca é fazer uma leitura do conceito que o torne compatível com as garantias processuais constitucionais retro interpretadas, com o princípio do Estado de direito e com o vínculo do Poder Judiciário aos direitos fundamentais.

Ponto de partida é a definição da “repercussão geral” a ser demonstrada pela parte recorrente no RE como um ônus de arguição e demonstração. Mais uma vez vale a pena um recurso ao direito alemão. Embora não haja lá uma figura com tamanho potencial de restrição do acesso ao juiz natural exclusivo ou “isolado” de questões constitucionais, muito *mutatis mutandis*, o reclamante no processo da Reclamação Constitucional (especial – mas não exclusivamente – em sua modalidade contra Decisão Judicial) deve, segundo o § 90 I BVerfGG, arguir substancialmente ter tido um direito fundamental seu violado por um órgão estatal pertencente a qualquer dos três poderes de modo *atual, direto e imediato*. Dessa forma, estarão presentes a principal condição para o cabimento desse remédio constitucional da competência originária do TCF¹³⁰ e o específico interesse processual de agir se, primeiro, uma possibilidade de lesão de direito fundamental não puder ser de plano excluída. Uma segunda condição estará presente quando a lesão estiver *já e ainda* em curso (lesão *atual*), for *imediate*, no sentido de ser autoexecutável, e ser *própria*, vedada qualquer forma de ação popular ou de classe ou civil pública no sistema jurídico alemão.¹³¹

No entanto, tais condições são bem compreendidas desde que consideradas em seu contexto normativo-constitucional. Trata-se da vigência do princípio da subsidiariedade da Reclamação Constitucional para a tutela de direitos fundamentais. Boa parte desse princípio da subsidiariedade tem respaldo jurídico-positivo no Art. 90 II 1 BVerfGG, que determina o esgotamento da via jurisdicional antes do ajuizamento de uma Reclamação Constitucional, desde que “contra a violação seja admissível a via jurisdicional”.¹³² Os demais juízes e tribunais competentes em razão das diversas matérias jurídicas infraconstitucionais devem, primeiro, submeter à apreciação do TCF normas decisivas das lides que considerem inconstitucionais e “autoconter-se” em sua atividade de interpretar e aplicar o direito infraconstitucional no sentido antes descrito. Há, portanto, uma divisão de tarefas entre o TCF e os demais tribunais no exame de constitucionalidade de normas abstratas e na interpretação e aplicação do direito infraconstitucional à luz do direito constitucional, notadamente dos direitos fundamentais.

De resto, o legislador processual criou, em 1993, um processo admissional à parte que aparentemente poderia ser, no entanto apenas em tese, comparado com o regime de repercussão geral brasileiro. De fato, com a inserção na Lei orgânica do TCF (BVerfGG) dos §§ 93a ao 93d

¹³⁰ Pelo qual, ao contrário do RE, o TCF pode realizar o controle abstrato de modo definitivo, vinculante e com eficácia *erga omnes*.

¹³¹ Cf. Martins (2018b, p. 29).

¹³² Cf. Schlaich e Koriath (2015, p. 173-174).

BVerfGG, dispositivos que regulamentam o procedimento admissional extraordinário autorizado pelo constituinte, o TCF é obrigado a admitir a Reclamação Constitucional toda vez que ela for indicada para a proteção de direitos individuais ou tiver um significado central para o direito constitucional objetivo (§§ 93a II, alíneas “a” e “b”). A intenção fundamental do legislador da Lei Orgânica do TCF é a mesma do legislador processual civil brasileiro: garantir a capacidade funcional da Corte constantemente ameaçada com a sobrecarga de processos. Contudo, a obrigação positiva de admissão, uma vez presentes seus pressupostos a serem verificados pelo exame admissional exclusivo do TCF, já representa por si uma significativa diferença em relação ao chamado regime da repercussão geral. Lastreado em uma jurisprudência que revela um desenvolvimento paulatino em termos de concretização jurídico-dogmática de todos os direitos fundamentais, que pode ser considerada consistente, o exame admissional não se baseia no vácuo jurisprudencial, no qual se baseia o regime da repercussão geral.¹³³ Tem, pelo contrário, um *efeito didático* de descartar como inadmitidas aquelas reclamações junto às quais não se verifica, de plano, uma violação de direito fundamental individual ou que não seja relevante para a construção da dimensão objetiva dos direitos fundamentais como contribuição à construção do direito constitucional objetivo.¹³⁴

Não obstante esse “quê” de repercussão geral, há no regime da Reclamação Constitucional alemã uma *interpendência* entre seus significados jurídico-objetivo e subjetivo. Tanto o aludido Art. 93a II BVerfGG; que determina a admissão da Reclamação Constitucional presentes, pelo menos, uma de suas condições, que são o significado jurídico-constitucional por princípio ou ser indicada para a imposição de direitos fundamentais e outros direitos constitucionais; quanto o Art. 90 II 2 BVerfGG, que prevê uma decisão prévia pelo deferimento do pedido da Reclamação, contemplam-na com variações conceituais. Contribuir para a construção do direito constitucional objetivo implica a prevenção de novas violações de direitos fundamentais individuais (aspecto didático) pelo legislador, pela Administração Pública e, especialmente, pelos demais tribunais.¹³⁵ Ser obrigado a admitir uma Reclamação Constitucional, quando isso for indicado para imposição de direitos constitucionais (Art. 93a II “b” BVerfGG), ou poder decidir (caso de discricionariedade do TCF) liminarmente por sua procedência, quando houver a possibilidade de um “prejuízo vultoso e inevitável” (Art. 90 II 2, 2ª variante BVerfGG), ambos podem indiretamente contribuir para se prevenirem novos casos de violações individuais de vulto e, assim, indiretamente também para o direito constitucional objetivo.¹³⁶

¹³³ Fala-se aqui em “vácuo” por não apresentar a jurisprudência do STF uma linha coesa identificável, como ocorre também no uso do instituto da súmula vinculante, pois seu pressuposto normativo constitucional prescrito pelo art. 103-A *caput* CF de reiteradas decisões foi por vezes ignorado. A respeito, v. a crítica, ainda que muito discreta (não apenas a súmula vinculante 11 não atendeu seu pressuposto constitucional), de Dimoulis e Lunardi (2017, p. 292).

¹³⁴ Cf. amplas referências à literatura germânica especializada: Schlaich e Koriöth (2015, p. 173-174): “Ao lado de um ‘efeito de cassação casuístico’, ela teria um ‘efeito educacional geral’ (*Zweigert*). Assim, ela seria, igualmente, um ‘específico meio de proteção judicial do direito constitucional objetivo’ (destaques no original citado).

¹³⁵ Esse efeito didático é muito enfatizado por processualistas constitucionalistas germânicos, além do citado Schlaich e Koriöth (2015, p. 173-174), entre outros por: Sachs (2010, p. 138), Hillgruber e Goos (2004, p. 33) e Sperlich (2005, p. 1142).

¹³⁶ Algo que não se confunde com a propugnada, especialmente por Marinoni (2016), vinculatividade ao precedente judicial que, de resto, não encontra respaldo no direito constitucional positivo: não se trata de vínculo a precedentes ou a “motivos determinantes”, mas de um bom trabalho jurídico-hermenêutico e dogmático prestado por uma Corte constitucional

Caso se insistisse na comparação pautada no escopo da garantia da capacidade funcional, poder-se-ia dizer que, no caso brasileiro, haveria um complemento relevante ao identificar a sobrecarga ao processamento de recursos extraordinários menos importantes, menos impactantes social, econômica, política ou até juridicamente. Isso que é sugerido pela já criticada como inócua interpretação da figura criada pelo constituinte, que mais tarde encontraria respaldo no texto positivado no examinado dispositivo processual, não serve para fundamentar uma decisão pela não admissão da Reclamação Constitucional.¹³⁷ No mais, qualquer indício de semelhança entre os dois sistemas termina aqui. É também exatamente nesse ponto em que a interpretação do art. 102, §3º CF deveria sofrer uma guinada de sentido “sobre a direção”.

A direção vigente antes da Emenda Constitucional 45 era aquela que conectava, no juízo de admissibilidade do RE, o STF com os tribunais *a quo* em torno da figura do prequestionamento da matéria como condição prévia ao conhecimento do RE, fixada nas muito conhecidas súmulas 282 e 356 do STF. Fazia sentido semântico porque trafegava sobre a correta direção, porém com sentido inadvertidamente trocado: tratava-se de suscitar, previamente, o exame de constitucionalidade pelo tribunal *a quo* para oportunizar o saneamento da inconstitucionalidade no contexto do sistema “integrado” ou para, então, configurar a inconstitucionalidade no dispositivo (acórdão) do tribunal *a quo* a ser, apenas então impugnado em sede de RE.¹³⁸ O sentido era trocado por conta das citadas súmulas 282 e 356¹³⁹ que ainda predeterminam a necessidade de o recorrente opor embargos de declaração em caso de omissão (por vezes reiterada) do enfrentamento da questão constitucional pelo tribunal *a quo*.

que conquista aderência espontânea não apenas dos demais órgãos judiciais, mas da ciência jurídico-constitucional que a acompanha criticamente, não obstante a contundente crítica de SCHLINK (1989) que foi, contudo, endereçada mais a seus colegas juspublicistas do que ao TCF. Até em razão do *ethos* profissional, a ciência jurídico-constitucional germânica acompanha criticamente a produção jurídico-dogmática do TCF, mas para Schlink (1989) de modo ainda muito tímido.

¹³⁷ Alguns processualistas valem-se da figura do “significado geral” para buscar uma aproximação com a condição recursal extraordinária da repercussão geral. Nesse sentido, cf. Mancuso (2010, p. 180): “significação fundamental (*Zulassung*)” e Assis (2017, p. 841): “É similar o filtro [da repercussão geral] hoje vigente no direito alemão para o recorrente alcançar [...] o *Bundesgerichtshof* (BGH), [...] equiparável ao STJ. Após a reforma de 2002, a admissibilidade da *Zulassungsrevision* assenta na proclamação, pelo tribunal *a quo*, da importância fundamental da causa ou *grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache*”. O problema da falsa equiparação dos institutos não devidamente contextualizados reside menos na referência ao correspondente guardião da lei federal (STJ/BGH) ao invés do guardião da CF propriamente dita (STF/TCF), pois, de fato, tanto na *Grundgesetz* (GG) quanto na Lei Orgânica do TCF (BVerfGG), foi inserida a figura do “significado geral”. Trata-se, entretanto, segundo o § 93a II BVerfGG, de pressupostos no bojo de um procedimento especial de admissão (*Annahmeverfahren*) que, quando presentes, independentemente de qualquer arguição por recorrente, “obrigam à admissão. Uma discricionariedade do Tribunal não existe” (SCHLAICH; KORIOTH, 2015, p. 187). Quase sete décadas de coerente/consistente desenvolvimento jurisprudencial, acompanhado pela pesquisa especializada e parte integrante dos cursos universitários de direito, fizeram com que o “significado geral” ganhasse rigorosos contornos jurídico-dogmáticos não presentes no tratamento jurisprudencial ou doutrinário da repercussão geral no sentido do art. 102, §3º CF, sem olvidar que, reitere-se, não se trata lá de nenhum um ônus de arguição, mas de pressupostos para a admissão de um procedimento da competência originária do TCF.

¹³⁸ Cf., por exemplo, aproximadamente nesse sentido: Marinoni (2017, p. 1030).

¹³⁹ Por sua vez, a subsidiariedade da Reclamação Constitucional alemã tem por escopo confiar, primeiro, à competência (poder-dever) de exame de qualquer juiz togado que é vinculado diretamente a todos os direitos fundamentais. A figura recursal dos embargos de declaração nunca encontraria respaldo na ordem jurídico-processual constitucional alemã porque ela relativiza possíveis prevaricações judiciais ou incapacidades técnicas intoleráveis. Em face do princípio do Estado de direito e do vínculo do Judiciário à lei e à CF, é *de lege ferenda* absolutamente impertinente a existência de tal recurso judicial.

Com a interpretação dada ao art. 102, §3º CF pelo STF, contudo, perdeu-se também a direção, ao transferir completamente o ônus de demonstração do que deveria ser conhecido *ex officio* à parte recorrente, independentemente da presença ou do resultado do prequestionamento pelo tribunal *a quo*.¹⁴⁰

Assim, o dever de a parte demonstrar a repercussão geral poderia ser reconstruído, semelhantemente ao ônus de demonstração do reclamante na Reclamação Constitucional alemã contra Decisão Judicial, em seu sentido ultra estrito. Em tal sentido, o dever em tela corresponde à obrigação, tanto quanto exigível, ou seja, desde que a violação não tenha surgido justamente na última instância, de a parte demonstrar que apresentou *oportunamente* sua convicção a respeito da violação de direito fundamental. A violação pode ter sido perpetrada, por exemplo, originalmente pela Administração Pública ou pelo legislador, representando, destarte, uma questão constitucional que em regra e por excelência interessa a todos. Em se tratando de específica violação judicial, deve apresentar a aludida convicção específica desde a primeira instância ou desde o momento em que se iniciou a lesão específica por órgão jurisdicional. Nesse sentido ultra estrito, – caso de interpretação conforme a Constituição do dispositivo constitucional inserido – a parte desempenharia o mais lúdimo papel de função essencial à Administração da Justiça ao viabilizar e facilitar a apreciação da questão jurídico-constitucional por seu(s) juiz(es) natural(is). O teor pouco taxativo do inserido dispositivo constitucional em tela permite essa interpretação que, em face dos vários questionamentos já enfrentados junto a uma primeira interpretação extensiva da competência do STF, que lhe abre uma ampla margem discricionária para admitir a julgamento apenas supostas questões constitucionais com suposta maior relevância social, política ou econômica, é, ao contrário daquela, *ainda* compatível com os parâmetros constitucionais discutidos.¹⁴¹

¹⁴⁰ Daí também a impropriedade na anteriormente citada comparação entre a repercussão geral do art. 102, §3º e o “significado geral” como pressuposto positivo a ser apreciado exclusivamente pelo TCF da admissão de uma Reclamação Constitucional.

¹⁴¹ Sobre o fundamento e correto uso da interpretação conforme a Constituição: Martins (2018b, p. 70 ss.) e vários exemplos de sua cuidadosa e dogmaticamente rigorosa (não) aplicação na jurisprudência do TCF alemão: Martins (2016b, p. 165-167, 206-220, 251 e 285) e Martins (2018c, p. 41, 63, 67, 76-82, 208 e 217). Em síntese: o TCF apenas aplica essa “variante de dispositivo” (cf. Schlaich e Koriath, 2015, p. 317-324) desde que presente uma rígida condição, qual seja, que o teor do dispositivo impugnado permita pelo menos duas diferentes interpretações. Nas passagens de nove decisões do TCF retrocitadas por Martins (2016b, 2018c), nas quais uma interpretação conforme a Constituição fora cogitada no exame pela própria Corte, apenas em quatro o TCF de fato perpetrou-a. Nas outras cinco, descartou tal variante com sentenças do tipo: “Uma interpretação conforme a Constituição está aqui fora de questão” (MARTINS, 2016b, p. 165), seguidas de uma específica fundamentação. Ao contrário desse *modus operandi* da Corte que a criou, o STF aplica-a de modo leviano. A despeito de se ater ao seu escopo original concebido por aquela Corte estrangeira de prestar sempre que possível (que um vago teor normativo o permita!) deferência à decisão do legislador, faz uso da aqui entendida como modulação de efeito da declaração de inconstitucionalidade para contornar claras decisões legislativas. O risco de uso indevido já foi verificado e amplamente discutido na literatura especializada germânica. Cf. de modo inequívoco por todos: Michael e Morlok (2017, p. 80): “Os limites entre interpretação conforme a Constituição e descarte normativo devem ser buscados à luz do princípio democrático”. Portanto, em face de teores normativos inequívocos, cabe a declaração de nulidade ou anulabilidade que dá oportunidade ao legislador de ele mesmo – em consonância com sua função constitucional – aperfeiçoar em nova legislação a situação jurídica, tornando-a compatível com a Constituição. De modo igualmente muito claro, sustentam Kingreen e Poscher (2017, p. 3): “Quando os parâmetros jusfundamentais exigirem uma completamente nova definição [do conteúdo normativo] do dispositivo, esse tem de ser rechaçado como inconstitucional, permanecendo reservado ao legislador [decidir] se ele quer substituir a regra inconstitucional por uma [que seja] compatível com a Constituição.” No seu mau uso pelo STF, a Corte faz legislação (não tão) velada (assim).

Uma vez cumprido pela parte o ônus de arguição e demonstração nesse sentido ultraestrito procedimental, ao STF caberia verificar se a presença de uma “questão constitucional” poderia ser excluída de plano por ser impossível.

3.2.3 Verificação da presença de uma “questão constitucional”

Do retro exposto decorre, de um lado, que esse ônus de arguição e demonstração não deve ser muito elevado. Sua medida deve ser instrumental em face do apresentado escopo do art. 102, §3º da CF. Mais importante é que, independentemente desse ônus da parte bastante suavizado, o ponto de ênfase de todo o filtro recaia sobre um aspecto jurídico-objetivo da definição sobre o que seja “questão constitucional”. Não tão relevante é o aspecto jurídico-subjetivo processual da demonstração de um tipo específico de interesse processual de agir supostamente objetivado como, de fato, sugere o termo “repercussão geral”. Por outro lado, a partir das preliminares às razões do Recurso Extraordinário – nas quais o recorrente precipuamente deve descrever o objeto impugnado, o qual necessariamente deve ser um ato de um órgão estatal pertinente a quaisquer das três funções estatais – o STF poderia/deveria negar seguimento, de plano, desde que presentes, entre outras, uma das seguintes condições:

Antes de tudo, o STF deve negar seguimento ao RE se o ato nele impugnado for exclusivamente ato de particular, caso em que uma lesão a direito fundamental é impossível e no qual, portanto, não está presente uma questão constitucional, pelo menos não uma potencial violação de direito fundamental. Como o RE não é cabível, ao contrário do caso da ação popular ou da ação civil pública, para discutir outras questões constitucionais que não sejam direitos fundamentais e/ou seus limites constitucionais,¹⁴² o STF deve, em tais casos, negar de plano seguimento ao RE.

No mais, há de se diferenciar a potencial verificação pelo STF da ausência de questão constitucional a partir das apresentadas razões preliminares do RE em razão da proveniência do ato estatal, cuja violação de direito fundamental afirma-se.

Em se tratando do controle de atos normativos provenientes do legislador formal ou da Administração Pública, não haverá questão constitucional se da exposição das razões não se puder vislumbrar, já em tese, a possibilidade de ter ocorrido uma intervenção estatal ou omissão relevante em face de um direito fundamental do recorrente. Controle de normas quanto à sua constitucionalidade apenas é possível se os elementos centrais do controle que são a nomeação e a interpretação do parâmetro normativo constitucional e do objeto do controle (normas infraconstitucionais) forem

¹⁴² Interposto por órgão do MPE ou MPF, por exemplo, ou pela parte que indiretamente sofre os efeitos mediatos de irradiação dos direitos fundamentais sobre o direito infraconstitucional, o interesse processual de agir corresponde a potenciais legítimas hipóteses de limites aos direitos fundamentais. Contudo, nunca dirá respeito apenas a questões jurídico-objetivas, como regras de competência, ou normativo-abstratas que não guardem nenhuma relação com um parâmetro normativo material de direito fundamental como pode ocorrer nas ações civil pública e popular. Uma possível exceção seriam os REs, nos quais tanto o recorrente quanto o recorrido sejam órgãos estatais.

devidamente apresentadas. Nesse sentido, a omissão por parte do *iudex a quo* de uma possível, quiçá muito plausível interpretação conforme a Constituição, pode levar ao juízo negativo de admissibilidade do RE, embora possa haver um significado geral (didático) da matéria para a construção do direito constitucional objetivo. Aqui, esse significado geral, embora não expressamente abarcado pelo art. 102, §3º CF, poderia indiciar a presença da repercussão geral de uma *questão* a qual, entendida a partir do viés da proteção jurídica individual, *não seria constitucional*. Ocorre que no sistema brasileiro não há, ao contrário do alemão, causas impeditivas do conhecimento pelo STF, que é como visto Corte de super-revisão, mas não, como o TCF, o juiz natural exclusivo de questões constitucionais. Aqui se trata de uma discricionariedade permitida por não denotar em princípio exclusão de proteção individual. Isso vale mesmo que não seja dado provimento ao RE, uma vez que o não conhecimento, irrecorrível como visto, tem praticamente o mesmo efeito em termos de coisa julgada.

Nesse contexto, há de se verificar se – e em que medida – o STF está adstrito ao pedido e às razões expostas na preliminar do RE, o que deveria ter sido, mas não foi esclarecido pela novel legislação processual. Quanto ao vínculo ao pedido, ele é discutível. Tendo em vista a pretendida mutação do STF em Corte Constitucional, ou seja, deve-se perguntar se o sistema normativo já o permite, isso teria de ser investigado, mas em face dos limites da presente exposição pode ser deixado em aberto. No que tange às razões, pode-se com certeza responder negativamente essa questão. Não há vínculo, em nenhum *locus* do sistema processual originário e recursal, a razões apresentadas pelas partes. Conectada a essa questão, está a obrigatoriedade que aparece no art. 489, §1º, IV CPC de se responder a todos os supostos fundamentos apresentados pelas partes, especificamente por seus representantes titulares de *ius postulandi*. *De lege ferenda*, esse dispositivo é absolutamente impertinente. Especialmente em face do insuficiente nível teórico, técnico-jurídico e científico de muitos operadores do direito, egressos de instituições de ensino superior jurídico de níveis variados, “funções essenciais à [Administração da] Justiça” (que são, segundo o art. 127-135 CF), é absolutamente contraproducente, incompatível com o escopo de se assegurar a capacidade funcional aos órgãos jurisdicionais, uma verdadeira impertinência, que os órgãos judicantes sejam obrigados a responder a alegações sem sentidos jurídicos inteligíveis ou, absolutamente, equivocadas. Pelo menos ao âmbito desse especial juízo de admissibilidade, essa regra geral pode deixar de ser aplicada (*lex specialis*).

Muito mais complexa será a tarefa quando se tratar não do controle de norma em tese, mas de sua interpretação e aplicação pelos juízos e tribunais competentes em razão da matéria infraconstitucional. A tarefa é muito complexa porque não se construiu, no direito constitucional brasileiro, considerando-se as produções doutrinárias e jurisprudenciais, uma abrangente dogmática jurídica dos direitos fundamentais. Todavia, nada impede que sejam aplicados, no controle das interpretações e aplicações judiciais de normas infraconstitucionais, os já apresentados critérios jurídico-dogmáticos desenvolvidos no direito comparado alemão que serão, ao final do presente tópico, sintetizados e trazidos a um sistema.

Assim e não obstante o defendido recurso ao direito comparado, a verificação concreta – a despeito de tentativas de definições legais – do que deva ser uma questão constitucional é, portanto, ônus exclusivo da jurisdição constitucional nacional, confiada precípua, mas não exclusivamente, ao STF. Assim, chamada ao fórum e à demanda hermenêutica é também a ciência jurídico-constitucional.¹⁴³

Sem embargo de iniciativas nacionais e latino-americanas de construções teóricas próprias,¹⁴⁴ deve-se chegar a um consenso mínimo sobre os pressupostos jurídico-dogmáticos da precisa identificação de uma questão constitucional. Nesse contexto, não ajuda o diálogo com o sistema de *common law*. Faltam a tradição e a cultura jurídicas centenárias que sustentam aquele sistema.

Por isso, a verificação de uma questão constitucional pode, em síntese, pautar-se nos seguintes critérios:

- a) Exegese teórico-dogmática do parâmetro normativo constitucional: Como se tratará sempre de um direito fundamental (e/ou de seus limites),¹⁴⁵ deve-se investigar a partir das demandas de interpretação e implícitas no objeto do exame: i. seu tipo e categoria em todos os seus detalhes; ii. a titularidade do mesmo direito fundamental e a capacidade para exercê-lo; iii. seus eventuais efeitos horizontais e, quando o caso, as peculiaridades do vínculo vertical de cada um dos três poderes; iv. suas potenciais dimensões objetivas, mais especificamente, se e em que medida dele decorre um dever estatal de proteção;¹⁴⁶
- b) Exegese concreta jurídico-dogmática e sistemática do mesmo parâmetro normativo constitucional: i. delimitação da incidência de determinada norma definidora de direito fundamental em face de outras com elas concorrentes ou colidentes; ii. investigação do alcance da proteção específica, especialmente dos conteúdos e específicos efeitos tutelados, formas de exercício do direito fundamental etc.; iii. identificação das principais hipóteses de intervenção como preparação da subsunção a ser feita na sequência; iv. investigação dos limites normativo-constitucionais previstos ao direito fundamental, sua classificação e sistematização; e v. descrição das condições de uma

¹⁴³ Que deve desempenhar seu papel de acompanhamento crítico desse objeto de estudos privilegiado que são as decisões do STF. Qualquer tipo de reverência à autoridade ou ao poder do STF é estranho à sua natureza.

¹⁴⁴ Como, por exemplo, da proposta de promover “sentenças judiciais estruturais”. Cf., por exemplo: Osuna (2015, p. 112-115).

¹⁴⁵ Mas, independentemente das razões e interesses processuais apresentados, o STF deve partir sempre da exegese dos direitos fundamentais; não de seus limites, que podem/devem ser trazidos após aqueles à tela (cf. anteriormente: “princípio distributivo”) e sua especial aplicação em Martins (2014).

¹⁴⁶ Cf. as bases teórico-gerais, correspondentemente a cada item, respectivamente: Dimoulis e Martins (2018, p. 61 e ss., 83 e ss., 113 e ss. e 137 e ss.).

aplicação constitucionalmente justificada dos limites constitucionais, especialmente mediante a interpretação e aplicação do critério da proporcionalidade.¹⁴⁷

- c) Exegese dos atos normativos aplicados pelo *iudex a quo*, subsunção aos parâmetros concretos extraídos da norma-parâmetro jusfundamental.¹⁴⁸
- d) Consequente distinção entre o controle das normas aplicadas em si, de um lado, e de seu modo de interpretação e aplicação pelo Judiciário, de outro.¹⁴⁹
- e) Revisão das interpretações e aplicações do direito infraconstitucional pelo *iudex a quo*, tendo em vista os chamados efeitos de irradiação dos direitos fundamentais, o vínculo específico do Judiciário aos direitos fundamentais; realização dos mesmos passos dados no controle abstrato também aqui, no controle da norma concretizada implícita no acórdão do tribunal *a quo*.

Tais critérios não precisam ser aplicados exhaustivamente. Em larga medida, eles adiantam um exame de mérito. Todavia, é mesmo de um exame prévio (e provisório) de mérito que se trata no juízo extraordinário de admissibilidade do RE previsto no art. 102, §3º CF.

Considerações finais

A hipótese do presente trabalho levantada à guisa de introdução resta comprovada. Ela pode ser subdividida em três sub-hipóteses:

Primeiro, o conceito de “questões constitucionais” do art. 102, §3º CF apenas pode ser consistentemente interpretado se entendido como dever dos órgãos competentes para a jurisdição constitucional de construir o direito constitucional *objetivo*. Esse reconhecimento decorre, sobretudo, do princípio distributivo como critério metodológico central para a apreciação de afirmadas violações de direitos fundamentais individuais. Todas as intervenções estatais são submetidas ao ônus de justificação constitucional pelo Estado.

Como segunda sub-hipótese comprovada tem-se que o dever da parte recorrente de demonstrar as repercussões gerais das questões constitucionais discutidas em *seu* caso deve, necessariamente, ser interpretado restritivamente, como pressuposto formal, eventualmente saneável no curso do processo, considerando-se as peculiaridades da matéria.

A terceira sub-hipótese comprovada é que não se exime, em absoluto, o STF de seu dever apriorístico de delimitar a intensidade de seu exame constitucional em face dos demais poderes e

¹⁴⁷ Igualmente, cf. Dimoulis e Martins (2018, p. 157 e ss., 160 e ss., 166 e ss., 177 e ss., 195-197 e 227-255. Esquemáticamente: Dimoulis e Martins (2018, p. 281 e ss.). Exemplo de aplicação: p. 287 e ss.

¹⁴⁸ Cf. Dimoulis e Martins (2018, p. 287 e ss).

¹⁴⁹ Cf. em relação a esse e ao próximo critério os precisos e na discussão comparada bem documentados aprofundamentos teóricos dessa crucial distinção por Oliveira (2013, p. 317-325). No mais, cf. a problematização e aplicação em face do parâmetro do direito fundamental à liberdade de reunião do art. 5º, XVI CF em: Martins (2017, p. 440-444 e 476-481).

dos demais órgãos jurisdicionais. Os abusos na interposição do RE podem e devem ser enfrentados pela via da publicação paulatina de precedentes, consistentes decisões de inadmissibilidade (“efeito didático” da jurisprudência constitucional).

Referências

- ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Criatura e/ou Criador: transformações do STF sob a Constituição de 1988. *Revista Direito-GV*, v. 12-2, 2016.
- ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Ministrocrazia. O Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. *Novos Estudos CEBRAP*, v. 37, n. 1, p. 13-32, 2018.
- ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. São Paulo: Thomson Reuters; Revista dos Tribunais, 2017.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista eletrônica sobre a reforma do Estado*, n. 9, p. 1-41, 2007.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation. In: BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Recht, Staat, Freiheit*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1976.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório metas nacionais do Poder Judiciário 2017*. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/05/e2b3f547f615250a8a2b85011f1ae489.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2018.
- BRUGGER, Winfried LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Os direitos fundamentais nas modernas constituições: análise comparativa entre as constituições alemã, norte-americana e brasileira. *Revista do Direito*, n. 28, p. 113-130. Disponível em: <http://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/viewFile/184/143,2007>. Acesso em: 11 nov. 2018.
- BUMKE, Christian. *Ausgestaltung von Grundrechten. Grundlagen und Grundzüge einer Dogmatik der Grundrechtsausgestaltung unter besonderer Berücksichtigung der Vertragsfreiheit*. Mohr Siebeck: Tübingen, 2009.
- BUMKE, Christian; SCHUPPERT, Gunnar Folke. *Konstitutionalisierung der Rechtsordnung. Überlegungen zum Verhältnis von verfassungsrechtlicher Ausstrahlungswirkung und Eigenständigkeit des “einfachen” Rechts*. Mohr Siebeck: Tübingen, 2000.
- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- COSTA, Marcelo Cacinotti; LIMA, Vinícius de Melo. O Novo CPC e o Sistema de Precedentes (commonlização). In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 25., 2016. *Anais [...]* Brasília, DF, 2016. Seção Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça II. p. 64-84. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/2j5326sb/NAS18nm6BR2Ih26Q.pdf> Acesso: 13 nov. 2018.
- DANTAS, Bruno. *Repercussão Geral: perspectiva histórica, dogmática e de direito comparado: questões processuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Direito processual constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

DIMOULIS, Dimitri. Crítica ao neoconstitucionalismo. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*, v. 1, n. 22, p. 179-204, 2011.

DIMOULIS, Dimitri. Objetivos e métodos do direito comparado e peculiaridades do direito constitucional comparado. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, v. 35, p. 77-88, 2016.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. A tendência passivista do Supremo Tribunal Federal. In: FALCÃO, Joaquim; WERNEK, Diego; RECONDO, Felipe (org.). *O Supremo em 2015*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2016. v. 1, p. 301-304.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. *Curso de processo constitucional*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. Democraticidade ou juridicidade? Reflexões sobre o passivismo do STF e o futuro do controle judicial de constitucionalidade. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (org.). *A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2017. p. 197-223.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 6. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2018.

ESTEVES, João Luiz Martins; SANTANA, Lucas Ferreira. O Instituto da Repercussão Geral no Recurso Extraordinário e o Novo Código De Processo Civil. *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 11, n. 1, p. 163-182, jan./abr. 2016

FELLET, André Luiz Fernandes *et al.* (org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Jus Podivm, 2011.

FERREIRA, Carolina C.; LOPES, Marina J.; LANGENEGGER, Natalia. Ementas como reflexo do acórdão. In: DIMOULIS, Dimitri; CUNHA, Luciana Gross; RAMOS, Luciana de Oliveira (org.). *O Supremo Tribunal Federal para além das ações diretas de inconstitucionalidade*. São Paulo: Direito GV, 2014. p. 65-87.

FILPO, Klever Paulo Leal; BARBUTO, Renata Campbell. *Revista de Política Judiciária, Gestão e Administração da Justiça*, v. 2, n. 1, p. 257-279, jan./jun. 2016.

GEHLE, Burkhard. Vorbemerkungen zu §§ 93a ff.; §93a [Annahme zur Entscheidung]. In: UMBA-CH, Dieter C.; CLEMENS, Thomas; DOLLINGER, Franz-Wilhelm. *Bundesverfassungsgerichtsgesetz: Mitarbeiterkommentar und Handbuch*. Heidelberg: C.F. Müller, 2005. p. 1241-1276

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. A Repercussão Geral da Questão Constitucional no Recurso Extraordinário – EC 45. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (coord.). *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e Assuntos Afins*. São Paulo: RT, 2006. p. 263-316.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1997.

HENRÍQUEZ SALIDO, Maria do Carmo *et al.* El principio procesal iura novit curia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. *Revista de Lengua i Dret, Journal of Language and Law*, v. 64, p. 1-15, 2015.

HILLGRUBER, Christian; GOOS, Christoph. *Verfassungsprozessrecht*. 2. ed. Heidelberg: Müller, 2004.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS EDUCACIONAIS ANÍSIO TEIXEIRA. *Relatório síntese de área – Direito*. Rio de Janeiro: INEP, 2015. Disponível em: http://download.inep.gov.br/educacao_superior/enade/relatorio_sintese/2015/direito.pdf. Acesso em: 11 nov. 2018.

JESTAEDT, Matthias *et al.* (org.). *Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht*. Frankfurt: Suhrkamp, 2011.

JESTAEDT, Matthias. Herr und Hüter der Verfassung als Akteure des Verfassungswandels. Betrachtungen aus Anlass von 60 Jahren Grundgesetz. In: NEUHAUS, Helmut (org.). *60 Jahre Bundesrepublik Deutschland*. Erlanger Forschungen: Erlangen 2010. p. 35-100.

JESTAEDT, Matthias. Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit. *Deutsche Verwaltungsblätter – DVBl*, p. 1309-1322, 2001.

KELSEN, Hans. *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?* Berlin: Rotschild, 1931.

KENNTNER, Markus. Das Bundesverfassungsgericht, die Kontrolle fachgerichtlicher Entscheidungen und die Verwaltungsgerichtsbarkeit. In: UMBACH, Dieter C.; CLEMENS, Thomas; DOLLINGER, Franz-Wilhelm. *Bundesverfassungsgerichtsgesetz: Mitarbeiterkommentar und Handbuch*. Heidelberg: C.F. Müller, 2005. p. 9-27.

KINGREEN, Thorsten; POSCHER, Ralf. *Grundrechte*. Staatsrecht II. 33. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2017.

KORIOTH, Stefan. Bundesverfassungsgericht und Rechtsprechung (“Fachgerichte”). In: BADURA, Peter; DREIER, Horst. *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*. Vol. I. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001. p. 55-81.

LAURENTIIS, Lucas Catib de. *A proporcionalidade no direito constitucional: origem, modelos e reconstrução dogmática*. São Paulo: Malheiros, 2017.

LEPSIUS, Oliver. Die maßstabsetzende Gewalt. In: JESTAEDT, M. *et al.* (org.). *Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht*. Frankfurt: Suhrkamp, 2011. p. 159-279.

LIMA, Thadeu A. G. Iura novit curia no processo civil brasileiro: dos primórdios ao novo CPC. *Revista de Processo – RePro*, v. 251, p. 127-160, jan. 2016.

LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993.

MAIA, Paulo Sávio Peixoto. A influência do constitucionalismo alemão do século XIX na categoria “direitos fundamentais”. Formalização do direito público e neutralização do Rechtsstaat. *Revista de Informação Legislativa – RiL*, ano 46, n. 182, p. 227-243, abr./jun. 2009.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Sistema Brasileiro de Precedentes: natureza, eficácia, operacionalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais – Thomson Reuters, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de Constitucionalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais – Thomson Reuters, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARTINS, Leonardo. A retórica do processo constitucional objetivo no Brasil: breves considerações de *constitutione ferenda*. In: NOVELINO, Marcelo (org.). *Leituras complementares de direito constitucional: controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional*. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010. p. 249-270.

MARTINS, Leonardo. Aplicação imediata dos direitos fundamentais: Comentário ao art. 5º, §1º da CF. In: MORAES, Alexandre de *et al.* *Constituição Federal comentada*. Rio de Janeiro: Forense, 2018a. p. 337-342.

MARTINS, Leonardo. *Bioética à luz da liberdade científica: estudo de caso baseado na decisão do STF sobre a constitucionalidade da lei de biossegurança e no direito comparado alemão [com um ensaio de Bernhard Schlink: “Questões atuais da proteção da vida pré-natal”]*. São Paulo: Atlas, 2014.

MARTINS, Leonardo. Direito fundamental à liberdade de reunião e controle de constitucionalidade de leis penais e de sua interpretação e aplicação: contribuição para o direito de reunião como sub-ramo autônomo do direito administrativo. *Espaço Jurídico Journal of Law*, v. 18, n. 2, p. 433-490, maio/ago. 2017.

MARTINS, Leonardo. *Direito processual constitucional alemão*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Indaiatuba: Foco, 2018b.

MARTINS, Leonardo. “Eigentum verpflichtet” auf Portugiesisch. Was kann die brasilianische Verfassungsrechtswissenschaft vom angewandten Art. 14 Absatz 2 Grundgesetz lernen? In: PLÖSE, M. *et al.* “Wörter reden wir eigentlich?” *Festgabe für Rosemarie Will*. Berlin: Humanistische Union, 2016a. p. 445-461.

MARTINS, Leonardo. *Liberdade e Estado constitucional: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2012.

MARTINS, Leonardo. Reconhecimento da união estável homoafetiva como direito fundamental pela Justiça constitucional. *Revista Direito UnB*, v. 1, n. 1, p. 1-35, jan./jun. 2013.

MARTINS, Leonardo. *Tribunal Constitucional Federal Alemão: Decisões anotadas sobre direitos fundamentais*. Vol. 2: Liberdade de consciência e crença; liberdades de expressão e de comunicação social; liberdades artística e científica. São Paulo: Konrad-Adenauer-Stiftung – KAS, 2018c.

MARTINS, Leonardo. *Tribunal Constitucional Federal alemão: decisões anotadas sobre direitos fundamentais*. Vol. 1: Dignidade humana, livre desenvolvimento da personalidade, direito fundamental à vida e à integridade física, igualdade. São Paulo: Konrad-Adenauer-Stiftung – KAS, 2016b.

MEDINA, Damares. *Amicus curiae. Amigo da corte ou da parte?* São Paulo: Saraiva, 2010.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento, repercussão geral da questão constitucional, relevância da questão federal: admissibilidade, processamento e julgamento dos recursos extraordinário e especial*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais – Thomson e Reuters, 2017.

MICHAEL, Lothar; MORLOK, Martin. *Grundrechte*. 6. ed. Baden-Baden: Nomos, 2017.

NUNES, Dierle; DELFINO, Lúcio. Novo CPC, o “caballo de Tróya” *iura novit curia* e o papel do juiz. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 22, n. 87, p. 205-210, jul./set. 2014.

OLIVEIRA, Fernanda Alvim de. Dos Recursos para o Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça. In: THEODORO JÚNIOR, Humberto; OLIVEIRA, Fernanda Alvim Ribeiro; REZENDE, Ester Camila Gomes (coord.). *Primeiras Lições sobre o Novo Direito Processual Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 790-805.

OLIVEIRA, Renata Camilo de. *Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik: Beitrag zu einem liberalen Grundrechtsverständnis im demokratischen Rechtsstaat*. Duncker & Humblot: Berlin, 2013.

OSUNA, Néstor. Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia. In: BAZÁN, Víctor (org.). *Justicia constitucional y derechos fundamentales. v. 5: La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales*. Bogotá: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2015.

PAIVA, Clarissa Teixeira. A repercussão geral dos recursos extraordinários e a objetivação do controle concreto de constitucionalidade. *Revista da AGU*, Brasília, DF, v. 17, jul./set. 2008. Disponível em: <https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/323>. Acesso em: 11 nov. 2018.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte. Staatsrecht II*. 29. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2013.

POSCHER, Ralf. *Grundrechte als Abwehrrechte. Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003.

RAMIRES, Maurício. *A invocação de precedente judicial como fundamentação de decisão judicial: uma crítica ao sincretismo improvisado entre civil e common law no Brasil e uma proposta para sua superação hermenêutica*. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2009.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. *Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da Constituição e dos direitos fundamentais*. Tese (Livre-Docência) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. Propriedade e função social: exame crítico de um caso de “constitucionalização” do direito civil. In: VERA-CRUZ PINTO, Eduardo *et al.* (org.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. Vol. 3 – Direito constitucional e Justiça constitucional. p. 61-90.

RÜTHERS, Bernd. *Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat. Verfassung und Methoden*. 2. ed. Mohr Siebeck: Tübingen 2014.

SACHS, Michael. *Verfassungsprozessrecht*. 3. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010.

SACHS, Michael. *Verfassungsrecht II – Grundrechte*. 3. ed. Berlin: Springer, 2017.

SCHLAICH, Klaus; KORIOTH, Stefan. *Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen*. 10. ed. München: Beck, 2015.

SCHLINK, Bernhard. *Abwägung im Verfassungsrecht*. Duncker & Humblot: Berlin, 1976.

SCHLINK, Bernhard. Die Entthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit. *Der Staat*, v. 28, p. 161-172, 1989.

SCHLINK, Bernhard. Zugangshürden im Verfassungsbeschwerdeverfahren. *Neue Juristische Wochenschrift – NJW*, p. 89-95, 1984.

SCHMITT, Carl. *Die Hüter der Verfassung*. Berlin: Duncker & Humblot, 1931.

SCHMITT, Carl. *Verfassungslehre*. 5. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1970.

SCHUMANN, Ekkehard. *Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde gegen richterliche Entscheidungen*. Berlin: Duncker & Humblot, 1963.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005: 115-143.

SILVA, Virgílio Afonso da. O STF precisa de Iolau. Resposta às objeções de Marcelo Neves ao sopesamento e à otimização. *Direito UnB*, v. 2-1, p. 98-118, 2016.

SPERLICH, Peter. § 90 [Aktivlegitimation]. Absatz 2. In: UMBACH, Dieter C.; CLEMENS, Thomas; DOLLINGER, Franz-Wilhelm. *Bundesverfassungsgerichtsgesetz: Mitarbeiterkommentar und Handbuch*. Heidelberg: C.F. Müller, 2005. p. 1141-1161.

VAUGHN, Gustavo Fávero. A jurisprudência defensiva no STJ à luz dos princípios do acesso à justiça e da celeridade processual. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais – Thomson e Reuters, v. 254, p. 339-373, 2016.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a Nova Função dos Tribunais Superiores no Direito Brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais – Thomson e Reuters, 2016.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e Ação Rescisória*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

WESEL, Uwe. *Der Gang nach Karlsruhe. Das Bundesverfassungsgericht in der Geschichte der Bundesrepublik*. München: Karl Blessing Verlag, 2004.