

Francisco Neves da Cunha

**RESTRIÇÕES AO CONTROLE DIFUSO DA
CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS E AO
PODER GERAL DE CAUTELA DO JUDICIÁRIO
NO BRASIL**

**BRASÍLIA-DF
2005**

FRANCISCO NEVES DA CUNHA

**RESTRICÇÕES AO CONTROLE DIFUSO DA
CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS E AO
PODER GERAL DE CAUTELA DO JUDICIÁRIO
NO BRASIL**

**Dissertação submetida à Universidade
Católica de Brasília para a obtenção do
título de Mestre em Direito.**

**Orientador: Professor Doutor Manoel
Moacir Costa Macêdo**

**Brasília – DF
2005**

TERMO DE APROVAÇÃO

Dissertação defendida, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, e aprovada em 31 de agosto de 2005, pela banca examinadora constituída por:

Prof. Dr. Manoel Moacir Costa Macedo
Orientador

Prof. Dr. Antônio de Moura Borges
Examinador Interno

Prof. Dr. José Rossini Campos do Couto Corrêa
Examinador Externo

À minha esposa Zuleica pelo amor, o carinho silencioso, paciente e perene apoio.

A meus filhos, Luciana, Marcelo e André, fontes inesgotáveis de inspiração para minha vida e futuro. que souberam compreender minha ausência para que eu pudesse chegar a esse resultado.

Aos meus pais Antonio Modesto da Cunha e Robélia Neves da Cunha, pela vida que me deram e pelo apoio com que nunca faltaram.

A minha neta Maria Antônia, último rebento deste jardim familiar, que representa a minha esperança no futuro.

AGRADECIMENTOS

Meus sinceros agradecimentos ao Professor Doutor Manoel Moacir Costa Macedo, mestre experiente e orientador percuciente, sempre disponível na pesquisa e desenvolvimento deste trabalho.

Ao Professor José Rossini Campos do Couto Corrêa, figura maior de educador, pela disponibilidade e boa vontade demonstradas nas orientações e sugestões de conclusão do estudo.

A Izabel Cristina Rodrigues Costa, José Francisco de Paula Freitas Portela e Alex Sandro Alencar da Silva, pelos trabalhos de digitação, pesquisa, sugestões e correção dos textos, colaborando com presteza e paciência.

À Divina Providência, que sempre preencheu todas as nossas necessidades, nossa eterna confiança, esperança e gratidão.

Ao sofrido povo brasileiro, que tem fome e sede de justiça, ofereço este trabalho.

RESUMO

A presente dissertação tem por tema as restrições impostas ao exercício do controle difuso da constitucionalidade no Brasil, em especial no período pós-88 e as conseqüências institucionais, a paralisação sofrida pelo controle difuso de constitucionalidade, sobretudo das leis que interessam diretamente ao Poder Executivo Federal e impliquem reformulação da despesa para a Administração Pública. Dentre o inúmeros exemplos da diminuição do controle difuso, contam-se as ações referentes a privatizações, ao funcionalismo público, às reformas da previdência e tributária. Sobretudo, após a edição da Lei nº 9.494/97 e ainda mais depois do julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade 4-6/97, pelo Supremo Tribunal Federal, que perquiria da sua constitucionalidade, os juízes de hierarquia menor, em especial na área da Justiça Federal e Fazenda Pública, ficaram jurídica e politicamente, tolhidos de exercer o seu poder geral de tutela. Assim, conceder liminares e antecipações de tutela e até sentenças, embora sujeitas fossem ao duplo grau de jurisdição, tornou-se proibitivo em face dos inúmeros institutos e recursos criados pelo Executivo, até por medidas provisórias. Este tradicional modo de controle da constitucionalidade das leis e atos normativos do poder público é consagrado pelo ordenamento jurídico brasileiro como um dos pilares do estado democrático de direito. A liberação das poupanças confiscadas, no Plano Collor, pelo Poder Judiciário Federal de Primeira Instância, através do controle difuso da constitucionalidade da lei, é o exemplo mais flagrante da necessidade do seu exercício pleno, livre de peias concentradoras e castradoras do seu exercício.

ABSTRACT

This dissertation has by central theme the restrictions who were imposed to exercitation of diffuse control of constitutionality in Brazil, specially in period after of 1988, and institutional consequences, the stop suffered by the diffuse control, principally on laws directly linked to Executive Power which have implications with the reformulation of costs in Public Administration. Among several examples that show the decrease of diffuse control there are the process about privatizations of public enterprises, servants, and the reformulation of tributary and social security systems. After the publication of law nr. 9.494/97 and the decision of the Declaratory Action of Constitutionality nr. 4-6/97 by the Supreme Federal Court whose subject was the consideration about the constitutionality of verdicts by the judges of first jurisdiction degree, in Federal Justice, specially on processes against Public financials. So, in the political and jurisdictional senses, judges were considered forbidden to decide using, in these cases, their *general power of caution*. So, is not possible for judges of 1st Instance neither the concession of provisional measures nor the preliminary decision, as much as to give proffer sentences against State, same when efficacy of this decisions is dependent of appreciation by 2nd degree of Jurisdiction because several institutes and appellations were created by Executive Power using the *provisory act*. This traditional form of constitutional control of laws and normative acts of State is considerate as the structure of the legal democratic state. The diffuse control of constitutionality of laws by Judges of first Instance of Judicial Power become the most demonstrative example of the necessity of its full actuation and free exercise, without concentration.

SUMÁRIO

LISTA DE ABREVIATURAS.....	12
INTRODUÇÃO.....	13
I. TEMA	14
II. JUSTIFICATIVA	17
III. OBJETIVO GERAL.....	26
IV. OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	27
V. HIPÓTESES	28
VI. IDENTIFICAÇÃO DO REFERENCIAL TEÓRICO	29
VII. METODOLOGIA E ABORDAGEM DA PESQUISA.....	29
PRIMEIRA PARTE – O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	31
CAPÍTULO I - Evolução Histórico-doutrinária do Controle de Constitucionalidade das Leis no Estado de Direito e os Sistemas de Controle de Constitucionalidade	31
1.1 O CONTROLE POLÍTICO DE CONSTITUCIONALIDADE	47
1.2 O CONTROLE JUDICIAL OU JURISDICIONAL DA CONSTITUCIONALIDADE	51
1.2.1 O CONTROLE JURISDICIONAL DIFUSO DA CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS CONSOANTE O PARADIGMA NORTE-AMERICANO.....	52
1.2.2. O CONTROLE JURISDICIONAL CONCENTRADO.....	62
CAPÍTULO II - O CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS NO BRASIL.....	65
2.1 A CONSTITUIÇÃO DE 1824 E O ATO ADICIONAL DE 1831	65
2.2 A CONSTITUIÇÃO DE 1891, A REFORMA DE 1926 E A IMPLANTAÇÃO DO CONTROLE JURISDICIONAL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE.....	66

2.3 A CONSTITUIÇÃO DE 1934	68
2.5 A CONSTITUIÇÃO DE 1946 E A REDEMOCRATIZAÇÃO DO BRASIL	74
2.6 A CONSTITUIÇÃO DE 1967 E A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 1/69.....	77
2.7 A CONSTITUIÇÃO DE 1988	78
SEGUNDA PARTE – RESTRIÇÕES AO CONTROLE DIFUSO DA CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS E AO PODER GERAL DE TUTELA DO JUDICIÁRIO NO BRASIL.....	85
CAPÍTULO I - A CRIAÇÃO DO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE : A Ação Direta de Inconstitucionalidade - (ADIn), a Ação Direta de Constitucionalidade – ADC, a Arguição de Descumprimento de Preceitos Fundamentais - A.D.P.F. e as Restrições sobre o Controle Difuso da Constitucionalidade das Leis.....	85
CAPÍTULO II. ANTECEDENTES DA QUESTÃO E A REFORMA DO PODER JUDICIÁRIO	103
CONCLUSÃO.....	121
REFERÊNCIAS	132
A N E X O I – Constituição Federal de 1988 – artigos 101 a 103	138
A N E X O II – Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964	144
A N E X O III - Lei nº 5.021, de 09 de junho de 1966.....	147
A N E X O IV – Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992.....	149
A N E X O V – Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993	151
A N E X O VI – Lei 8.952, de 13 de dezembro de 1994	155
A N E X O VII – Lei 9.494, de 10 de setembro de 1997	163
ANEXO VIII – Lei 9.882, de 03 de dezembro de 1999.....	166
A N E X O IX – Lei 10.444, de 07 de maio de 2002	170

A N E X O X – Decisão – Ação Civil Pública 1026ad/91 (91.0028770) 176

A N E X O XI – Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 04 - DF 182

A N E X O XIV – Caso Marbury x Madison 184

LISTA DE ABREVIATURAS

ADC – Ação Direta de Constitucionalidade

ADIn - Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

AI – Ato Institucional

CF – Constituição Federal

CPC – Código de Processo Civil

CPMF - Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

EC – Emenda Constitucional

EUA – Estados Unidos da América

FHC – Fernando Henrique Cardoso

PT – Partido dos Trabalhadores

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

INTRODUÇÃO

As sucessivas Reformas e Planos Econômicos, como o Plano Collor I, II, Plano Verão I, II, Plano Bresser, Plano Cruzado e Plano Real, nos governos sucessivos à instalação da Nova República de 1985 a 1990 e até hoje encontrou, da parte do Judiciário, em contrapartida, como é do seu mister constitucional, a imediata defesa dos jurisdicionados prejudicados e dos consumidores.

Por outro lado, contra as sentenças, liminares e antecipações de tutela expedidas pelo Poder Judiciário, protetivas contra as arbitrariedades cometidas nos planos e reformas governamentais ao invés dos recursos normais, apelação e agravo de instrumento, em especial a Administração Pública de interesse do Poder Executivo, bombardeou-a com a expedição de incontáveis medidas provisórias, legislando inconstitucionalmente inclusive sobre direito processual civil. Com sua maioria no Parlamento, outrossim, tem editado uma série de outras restrições ao pleno exercício da ação do Judiciário, no que diz respeito ao controle difuso da constitucionalidade. Citaríamos dois entraves: 1) Emenda Constitucional nº 3/93, que instituiu a Ação Direta de Constitucionalidade - ADC¹ 2) Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, total desvirtuamento da previsão constitucional original do § 1º do Art. 102 da Constituição Federal de 1988, consoante exemplo de anterior e natimorto projeto de lei da Deputada Federal Sandra Starling, que deveria incidir sobre o processo legislativo e não sobre a ação do Judiciário como um todo; 3) As reprises sucessivas do recurso de suspensão da segurança²; 4) O incidente de inconstitucionalidade, em fase de tramitação como proposta de emenda constitucional da Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira - CPMF; 5) A Lei 9.494/97; 6) a ADC 4-6/96; 7) O julgamento do 11,98%. Cita-se, por fim, a tradicional reclamação advocatária pré-existente.

¹ BRASIL, Lei 9.882/99, de 03 de dezembro de 1999, regula o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>

²BRASIL, Lei 4.348/64, de 26 de junho de 1964, modificada pela Lei 8.437, de 30/06/1992 e MP 2.180-35, de 24/08/2001, estabelece normas processuais relativas a mandado de segurança. Disponível em : <<http://www.planalto.gov.br>>

Deste quadro, resultam as seguintes indagações: é constitucional impor restrições ao controle difuso de constitucionalidade das leis, que tem a precípua finalidade de reparar prontamente os danos inflingidos aos direitos dos cidadãos em geral, como no caso do confisco das popanças, no Plano Collor, dos funcionários, dos assalariados em geral, dos aposentados, tal qual prevê a Carta Magna, em vários artigos, inclusive como cláusulas pétreas, imutáveis, não sujeitas à modificação por emendas constitucionais e muito menos por leis infraconstitucionais?

Quais problemas é possível prever-se e quais as conseqüências sócio-político-jurídicas que, a curto, médio e longo prazos advirão para estado democrático de direito, o sistema jurídico brasileiro e as instituições em geral, em face das restrições ora postas ao exercício pleno, do controle difuso da constitucionalidade, pelo Judiciário no Brasil?

Este trabalho vai procurar responder estes problemas, buscando indicar a contradição dos caminhos empreendidos pelo governo Federal e sua colisão frontal com os postulados democráticos inseridos na Constituição, mostrando os desvios percorridos e os caminhos de correção dos desvios.

Para a consecução dos seus fins, focalizará o problema à luz do constitucionalismo, tendo por metodologia a concepção filosófica e jurídica de Hans Kelsen, da Norma Constitucional Suprema, na qual todas as demais normas tem que se fundamentar e a qual nenhuma delas pode contradizer. É a teoria da Constituição. Serão estudadas a legislação constitucional e infraconstitucional, a jurisprudência, a doutrina brasileiras, e o direito comparado. A indicação dos caminhos a serem seguidos, tendo primado do estado de direito democrático como meta maior do presente trabalho, tudo á luz do estatuto constitucional de 1988.

I. TEMA

O tema da presente dissertação refere-se ao controle da constitucionalidade das leis e o estado democrático de direito e as restrições ao controle difuso e ao poder geral de cautela do Judiciário no Brasil.

Como já referido, o tema enfoca a enorme paralisação do controle difuso da constitucionalidade das leis sofrido pelo Poder Judiciário, sobretudo no período pós-88.

Este tema situa-se no âmbito do controle da constitucionalidade das leis, mais especificamente na sua forma difusa. Este controle é exercido pelos membros do Poder Judiciário, realçado o procedido pela magistratura de primeira instância, pela sua imediatidade, *vis a vis* das restrições legais e constitucionais que ora se lhe impõem, a começar pela Ação Direta de Constitucionalidade.

Sendo o controle de constitucionalidade exercido, no País, também pela forma concentrada, incursionar-se-á igualmente por essa área, mesmo porque a explicação maior da restrição ao controle difuso tem em vista, justamente ampliar politicamente o espectro daquele controle em detrimento do último.

A incursão mais demorada do estudo sobre o controle difuso da constitucionalidade é necessária e se realiza à luz das restrições exercidas normativamente sobre tal tipo de controle de constitucionalidade. Isto implica, inclusive, por outro lado, em uma perda maior de poder dos escalões hierarquicamente inferiores para os de situação superior. Assim, a tese poderá dedicar-se com mais profundidade e exaustão sobre o problema em causa.

Este trabalho, embora se assente substancialmente no campo da ciência jurídica, necessitará de incursões no âmbito de ciência política, da filosofia, da sociologia e da economia para sua complementação. Entrementes, o quadro de indagações desenvolver-se-á no limite do direito positivo instalado em nosso ordenamento jurídico, à luz dos preceitos insculpidos no texto constitucional de 1988.

Assim, no presente trabalho, o tema é desdobrado em duas partes principais. Na primeira parte, disserta-se sobre o controle de constitucionalidade das leis em geral e estado democrático de direito. Em seu capítulo 1, incursiona-se sobre a evolução histórico-doutrinária do Controle de Constitucionalidade das Leis no Estado de Direito.

O capítulo 2 da primeira parte dedica-se a analisar os vários tipos de sistemas de controle de constitucionalidade das leis. Assim, são referidos o sistema de controle político de constitucionalidade, o sistema de controle judicial ou jurisdicional, o controle jurisdicional difuso da constitucionalidade das leis, no seu paradigma fundador, o sistema dos Estados Unidos da América, enfim, o Controle Jurisdicional Concentrado, a partir de sua matriz criadora, a Constituição Austríaca de 1920.

No capítulo 3, discorre-se sobre o controle da constitucionalidade das leis no Brasil, como país autônomo desde a primeira Constituição de 1824, onde ao invés do tema, tratava-se do Poder Moderador exercido pelo próprio Imperador. A partir da Constituição Republicana de 1891, então, segue-se o controle da constitucionalidade, aos moldes puros do sistema americano, onde só existirá, fundamentalmente, o controle difuso, a ser exercido por todos os membros do Poder Judiciário, em especial, nas lições do fundador da República, o insuperável jurista e homem público, Rui Barbosa. A seguir seguem-se as análises do controle de constitucionalidade nas Constituições de 1934, de 1937, de 1946, de 1967 e Emenda Constitucional nº 1/96, até se chegar à atual Constituição de 1988.

Na segunda parte da dissertação, discorre-se sobre as restrições ao controle difuso da constitucionalidade das leis e o poder geral de cautela do Judiciário no Brasil. No capítulo 1 desta parte, vai-se buscar as origens da criação do controle concentrado da constitucionalidade, fala-se sobre a criação da Ação Direta de Inconstitucionalidade pela EC/16/1965, ainda no texto de 1946.

O capítulo 2 disserta sobre a ação direta de constitucionalidade – ADC, sobre arguição de descumprimento de preceito fundamental e sobre as demais restrições impostas ao controle difuso da constitucionalidade das leis.

Em conclusão, analisam-se as conseqüência da quase supressão do controle difuso e os caminhos para onde levará o novo sistema .

II. JUSTIFICATIVA

A motivação inicial do presente trabalho foi a constatação das medidas tomadas, na vigência do texto constitucional de 1988, através de emendas constitucionais, leis ordinárias e medidas provisórias, visando a restringir a ação do Poder Judiciário no exercício do controle difuso de constitucionalidade das leis e atos normativos editados, manifestada sobretudo na conjuntura da vigência dos conhecidos planos econômicos de todos os governos pós-redemocratização. Relevam-se, por sua magnitude, os dois períodos do Governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso, sobretudo em face do plano de privatização de grandes empresas estatais, da desregulamentação do serviço público e das reformas em geral, a exemplo da previdência social, tributária e do poder judiciário, em especial. Entretanto, já no Governo Sarney – 1985 a 1990 - mas especialmente no Governo Collor – 1990 a 1992, foram extremamente marcantes as medidas provisórias estabelecendo os planos econômicos, trazendo em seu bojo restrições inconstitucionais ao exercício do poder geral de cautela do Judiciário para a proteção dos cidadãos.

O controle difuso da constitucionalidade das leis e dos atos normativos na história constitucional brasileira é a tradição maior no regime republicano brasileiro, introduzido em nosso ordenamento jurídico pela Constituição de 1891, na instalação da República, consoante os moldes daquele exercido nos Estados Unidos da América pelo Poder Judiciário.

Neste sistema, tendo por base a tríplice repartição dos poderes e as atribuições que a Constituição outorga a cada um deles, compete aos membros do Poder Judiciário exercer o controle de constitucionalidade *in concreto*, em cada caso, incidentalmente, das leis e dos atos normativos do Poder Público .

No *ancien régime*, na Monarquia Parlamentar que se desenvolveu no Império do Brasil, cabia à figura do Monarca, consoante as regras da Constituição de 1824 e modificações posteriores, através do chamado poder moderador, dar a última palavra nas disputas surgidas em torno de matéria constitucional.

Dentro do espírito de praticidade que sempre caracterizou o padrão de comportamento dos fundadores e consolidadores da democracia americana, o sistema de controle difuso de constitucionalidade não se preocupa com situações abstratas, em tese, mas se exerce sempre à vista de casos reais, concretos, surgidos e levados à consideração do juiz, do membro do Poder Judiciário. Tais julgamentos reiterados dão somatório à formação dos “precedentes”, dos *leading cases*.

Como se sabe, historicamente este controle fundou-se, como é, até hoje, no princípio da supremacia da constituição, da norma constitucional, da lei maior, da lei fundamental, sobre toda e qualquer outra legislação. Ele foi dessumido, extraído, inicial e pioneiramente, no julgamento do célebre caso *Marbury x Madison*, na Suprema Corte Americana, nos albores do século XIX, em 1803.

Nele, o *Chief Justice* John Marshall, da Suprema Corte Americana, estabeleceu os fundamentos da Teoria da Supremacia da Constituição, do primado das normas constitucionais sobre toda a legislação ordinária, nas seguintes letras, resumidamente, tal como discorre Ronaldo Polletti :

Toda a construção do direito americano tem por base a noção de que o povo possui originariamente o direito de estabelecer, para o seu futuro governo, os princípios, que mais conducentes se lhe afigurem à sua utilidade. O exercício desse direito original é um insigne esforço: não pode, nem deve repetir-se freqüentemente. Os princípios, que destarte uma vez se estabeleceram, consideram-se, portanto, fundamentais. E, como a autoridade, de que eles dimanam, é suprema, e raro se exerce, esses princípios têm destino permanente. A vontade primitiva e soberana organiza o governo, assinando-lhe os diferentes ramos, as respectivas fundações. A isto pode cingir-se; ou pode estabelecer raias que eles não devam transpor. Nesta última espécie se classifica o governo dos Estados Unidos. Definiram-se e demarcaram-se os poderes da legislatura; e, para que sobre tais limites não ocorresse erro, ou deslembração, fez-se escrita a constituição. Com que fim se levaria essa estipulação a escrito, se os limites prescritos pudessem ser ultrapassados exatamente por aqueles que ela se propunha a coibir? Acabou-se a distinção entre os governos de poderes limitados e os de poderes indefinidos, se os confins, que se estabelecem não circunscreverem as pessoas, a que se impõem, e ficarem igualmente obrigados os atos permitidos e os atos defesos. Ou havemos de admitir que a constituição anula qualquer medida legislativa, que a contrarie, ou anuir em que a legislatura possa alterar por medidas ordinárias a Constituição.[...] Não há contestar o dilema. Entre as duas alternativas não se descobre meio-termo. Ou, a Constituição é uma lei superior, soberana, irreformável por meios comuns; ou se nivela com os atos da legislação usual, e, como este, é reformável ao sabor da legislatura. Se a primeira proposição é verdadeira, então o ato legislativo,

contrário à Constituição, não será lei; se é verdadeira a segunda, então as constituições escritas são absurdos esforços do povo, por limitar um poder de sua natureza ilimitável. Ora, com certeza todos os que têm formulado constituições escritas, sempre o fizeram com o intuito de assentar a lei fundamental e suprema da nação; e, conseqüentemente, a teoria de tais governos deve ser que qualquer ato da legislatura, ofensivo da Constituição, é nulo. Esta doutrina está essencialmente ligada às constituições escritas, e portanto, deve-se observar como um dos princípios fundamentais de nossa sociedade.³

Este julgamento deu nascimento à teoria do constitucionalismo. Nele estabeleceu-se a supremacia do texto constitucional originário sobre todas as demais legislações decorrentes, seja de reformas à Constituição, seja de leis complementares, seja de leis ordinárias e muito mais ainda de medidas provisórias, medida executivo-legislativa mal copiada do regime parlamentarista.

O texto escrito da Constituição - e por isto que escrito - advoga Marshall, é soberano sobre todos os demais atos legislativos que doravante proclamar a legislatura. Ela fora convocada para escrever os postulados máximos daquela sociedade, seus princípios, suas regras. Nesta ordem hierárquica os postulados maiores são cláusulas pétreas fundamentais, juntamente com os princípios constitucionais que orientam todos, a vida daquela sociedade. São eles imutáveis. Na própria Constituição estão, pois, estabelecidos os poderes e sua repartição. Suas lindes são definitivamente marcadas. Tão bem marcadas que os postulados e os princípios fundamentais impedem que a própria legislatura, o próprio Poder Legislativo derivado, não poderá modifica-los, apresentando emendas ao texto constitucional para derroga-los. Uma vez estabelecido tudo, pois tudo pode o Poder Constituinte Originário, nada do que é essencial, os postulados fundamentais e os princípios constitucionais, pode ser modificado ou revogado pelo legislador ordinário.

Nada pode contrariar a Constituição. Eis o dilema posto: ou vale a Constituição, norma superior a todos os demais, irreformável em seus postulados básicos e princípios, ou equiparar-se à lei comum, que pode sofrer a ação do legislador. Se acaso prevalece a segunda hipótese, para que ter escrito a Constituição, de que serve tanto trabalho? Ao contrário, a prevalecer os fundamentos constitucionais a seus princípios todo lei ou ato do Legislativo, do Executivo e do Judiciário, que a contrarie é muito e deve ser proclamado pelo Poder Judiciário.

³ POLETTI, Ronaldo. **Controle da Constitucionalidade das Leis**. Rio de Janeiro: Ed Forense, 1998. p. 33-34

A respeito do constitucionalismo, merece citação o seguinte trecho da obra do insigne Ministro do Supremo Tribunal Federal, Carlos Ayres de Brito, intitulada “Teoria da Constituição” *verbis*:

3.5.1.2. Essa particularidade que tem a Constituição de operar, formal e materialmente, como lei das leis é, no fundo, a mais importante das limitações impostas ao Estado, pois as leis de que a Constituição é a lei suprema são as leis emanadas do Estado, ou por ele recepcionadas. Logo, o reconhecimento da existência de uma lei que nasce para governar as outras leis, perpetuamente, é a própria base lógica da elaboração do conceito formal de Constituição. O único cientificamente prestante. É, enfim, a garantia de que as outras irrestritas limitações impostas ao Poder Público, pela Constituição originária, têm que permanecer como irrestritas limitações; isto é, não podem pelo Poder Público mesmo ser legislativamente supressas, ou sequer atenuadas.

3.5.1.3. Reconheçamos, então, que o Magno Texto só é realmente magno por cumprir esse papel de dizer o que seja, ou o que não seja, uma norma de aplicação dele próprio. O que pertence, ou o que não pertence, ao Ordenamento Jurídico por ele inaugurado. Quais sejam, ou não sejam, os atos de jurídica manifestação das três funções básicas do Estado por ele instituídas: a função legislativa, a função executiva e a função jurisdicional. Pois somente assim é que uma Constituição tem a força de ditar o seu próprio regime jurídico. Tem a condição material objetiva de se autoqualificar ou se autônominar como Constituição.

3.5.1.4. Ao contrário, sinta-se que não é exclusivo da Constituição o mister de conferir direitos, atribuir competências, estruturar órgãos, impor deveres, prescrever finalidades e outros espaços de ocupação normativa. Mesmo em se tratando de imputar deveres ao Estado e conceder direitos contra o Estado, ainda assim não se cuida de matérias privativamente constitucional. Tudo isto fica ao dispor de muitos outros atos que a própria Constituição menciona como veículo de normas jurídicas gerais. Não é por aí que a discriminação entre ela, Constituição, e os demais espécimes jurídico-positivos pode ocorrer.⁴

Foi, por fim, tal sistema consagrado no ordenamento jurídico americano, pela repetição de demais outros julgamentos, pelo mesmo fundamento da supremacia da constituição e adotado na doutrina do constitucionalismo. O controle difuso da constitucionalidade vigeu no Brasil, portanto, desde os primórdios da República e exerceu-se escoteiramente, por toda a República Velha. Após a Revolução de 1930, na Constituição de 1934, aparece o controle concentrado, por primeira vez, por influência do constitucionalismo europeu, mais precisamente das idéias de Hans Kelsen, inserido na Constituição Austríaca de 1927, para fins de decretação de intervenção federal em Estado da Federação, conforme lição do mesmo autor.

⁴ BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 122 - 123

Na Constituição ditatorial do Estado Novo – 1937 a 1945- não se tratou do tema, pois o mesmo interessa ao estado democrático de direito, repudiado pelo texto da cognominada “polaca”, pois foi cópia da Constituição Polonesa do começo do século passado.

A Constituição da redemocratização de 1946, manteve o tradicional controle difuso da constitucionalidade em seu texto original. Entrementes, com o advento do movimento armado de 1964, foi introduzido na constituição vigente, pela Emenda Constitucional nº 16/65, o controle concentrado de constitucionalidade, a ser exercido em caráter abstrato, em tese, pelo Supremo Tribunal Federal, por arguição exclusiva do chefe do parquet federal. A exclusividade da arguição pelo Procurador-Geral da República, também concentracionista, é o primeiro passo no exame do controle concentrado da lei.

Desde então, passou a existir, em nosso ordenamento, que não diria misto de controle de constitucionalidade de lei, mas convivência, um com o outro, lado a lado: o tradicional controle difuso de constitucionalidade, exercido por todos os membros do judiciário e o controle concentrado exercido pelo órgão de cúpula do poder, o Supremo Tribunal Federal, pela arguição exclusiva na época, do chefe do Ministério Público Federal, indicado pelo chefe do governo de exceção de então, naquilo que lhe interessasse. Veja-se o caráter totalmente político e não democrático dessa criação legislativa.

A Constituição de 1988 manteve o sistema vigente, que não é misto, mas binário, por que não se misturam, nem se confundem no seu exercício, embora haja interferência e preponderância final do controle concentrado, quando exercido. A pretexto de mais democrático, abriu-se a arguição da inconstitucionalidade, na Constituição de 1988, em um leque de pelo menos nove entidades legitimadas conforme prescrição do art. 103⁵ da Constituição Federal de 1988.

⁵ “Art. 103. Podem propor a ação de inconstitucionalidade: I – o Presidente da República; II – a Mesa do Senado Federal; III – a Mesa da Câmara dos Deputados; IV – a Mesa da Assembléia Legislativa; V – o Governador de Estado; VI – o Procurador-Geral da República; VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII – partido político com representação no Congresso Nacional; IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.”

No início da chamada nova república – 1985 a 1990, a pretexto de ingovernabilidade, em face da novel Constituição, pela gama de direitos garantidos no texto constitucional, acoimou-se a carta de 1988 de parlamentarista, imprópria para o exercício do sistema presidencialista, regime escolhido pelo plebiscito popular de 1993 (art, 3º da Atos e Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal). Começaram, por isso então, os cortes dos indigitados excessos da Constituição.

Entrementes, a *contrario sensu*, do que mais se aproveitou o Poder Executivo para vencer a alegada ingovernabilidade foi justamente do instituto do regime parlamentarista denominado Medida Provisória, conforme estabelece o artigo 62 da Constituição Federal de 1988⁶, trasladado da Constituição Parlamentarista Italiana, para o texto pátrio.

O uso do instituto tem sido abusivo, desde os primórdios até nossos dias, inclusive, como o *placet* do Poder Legislativo e da cúpula do Poder Judiciário. Com a Emenda Constitucional nº 32/01 regulou-se a expedição de medidas provisórias, após muitos reclamos e muitos desastres legislativos, como referidos. Não parou por aí, entretanto, a alegação.

Não satisfeito com a enorme quantidade de recursos existentes na lei processual brasileira, para haver a apreciação de matérias examinadas no controle difuso, pelas instâncias inferiores a exemplo do recurso de agravo, reclamação, apelação, recurso especial e recurso extraordinário, só para indicar os principais, o Poder Executivo, nesse contexto, intentou a criação de novos recursos para barrar a apreciação pelos graus inferiores do judiciário, da constitucionalidade de suas leis, planos econômicos, sobretudo.

Embora já existindo o controle concentrado das leis sob a forma da ação direta de inconstitucionalidade - ADIn⁷, seja por ação, seja por omissão⁸, o Poder Executivo buscou aprovar, outra forma de controle concentrado de leis, denominada ação declaratória de constitucionalidade - ADC consoante, Emenda nº 3/93 de 1993. Por todos os motivos,

⁶ “ Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.”

⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. art. 102, I, § 1º. Disponível em : <<http://planalto.gov.br>

⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** art. 102, § 2º. Disponível em : <<http://planalto.gov.br>

desnecessária a medida, sobretudo, porque, todas as leis sancionadas são, em princípio, por presunção legal, constitucionais, sendo um *bis in idem* ilógico, declará-las constitucionais. Em sentido inverso, já existe a ação própria para acoimar-lhe a inconstitucionalidade, a ADIn, acima referida, no controle concentrado, e as decisões de cada membro do Poder Judiciário no controle difuso.

Sutil e capciosa a instituição de declaração de constitucionalidade - ADC, em caráter concentrado, pela suprema corte, teve o intuito único e exclusivo impedir, inibir e engessar o controle difuso da constitucionalidade pelos escalões inferiores do Judiciário.

Com efeito, se todos os membros do Poder Judiciário, ou cada juiz em particular, poderia declarar tácita ou explicitamente a inconstitucionalidade de lei, eles ficaram, desde então, impedidos de fazê-lo, uma vez que a Suprema Corte se antecipará e declarará a constitucionalidade da lei, medida provisória ou ato normativo do Executivo, impedindo as instâncias inferiores de exercer o controle difuso, declarando-a inconstitucional, seja o caso.

Não bastasse o instrumento da Ação Declaratória de Constitucionalidade, também a mesma Emenda Constitucional 3/93, em seu § 1º, introduziu a argüição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, que será apreciada pelo STF, na forma de lei.

Tal lei veio a lume em 03/12/99, sob nº 9.882/99. Deu ela novo direcionamento à *mens legislatoris* que havia sido revelada no projeto de lei referido através da lavra da Deputada Federal Sandra Starling, que não vingou e se destinava a regular o processo legislativo e não o procedimento judicial, muito menos de restrição ao controle difuso de constitucionalidade.

O recurso da argüição de descumprimento de preceito fundamental ainda não mereceu do Supremo Tribunal Federal a apreciação suficiente para realçá-lo à sua função precípua, conforme artigo do eminente ex-presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Carlos Mário da Silva Veloso, na seguinte consideração:

O outro meio eficaz” de sanar a lesividade:

O § 1º do art. 4º da Lei 9.882/99 estabelece que “não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade”.

O Supremo Tribunal Federal deverá, ao construir a doutrina de arguição de descumprimento de preceito fundamental, debruçar-se sobre essa disposição legal. É que, praticamente, sempre existirá, no controle concentrado ou difuso, a possibilidade de utilização de ação ou recurso a fim de sanar lesão a preceito constitucional fundamental. Então, se o Supremo Tribunal Federal der interpretação literal, rigorosa, ao § 1º do art. 4ª da Lei 9.882/99, a arguição será, tal qual está ocorrendo com o mandado de injunção, posta de lado. De outro lado, o Supremo Tribunal Federal, na construção da doutrina dessa arguição, deverá proceder com cautela, sob pena de consagrar, por exemplo, a ação direta de inconstitucionalidade de ato normativo municipal em face da Constituição Federal, inclusive dos atos anteriores a esta. E isto o constituinte não quis nem seria suportável pelo Supremo Tribunal, dado que temos mais de cinco mil municípios.⁹

Outro recurso que merece especial atenção é a chamada suspensão de segurança. Por ter sido o recurso mais usado para travar o controle difuso da constitucionalidade das leis, a suspensão de segurança, forte, após a edição da medida provisória 2180, agora em sua 35/36ª reedição, que veio dar novo alento às existentes Leis 4348/64 e 8437/92.

O poder de restrição imposto por esse recursos ao controle difuso da constitucionalidade é de tal monta, sobretudo no seu novo figurino baseado na cadeia repetitiva de suspensões que levam a questão até à suprema corte, acaso não consiga reverter o quadro no tribunal de apelação ou no Superior Tribunal de Justiça. O art. 1º § 4º da Lei 8.437¹⁰, com redação formulada pela medida provisória 2.180-35, dá idéia do efeito concentrador dos recursos, embora anunciado de forma concisa:

§ 4º Se do julgamento do agravo de que trata o § 3º resultar a manutenção ou o restabelecimento da decisão que se pretende suspender, caberá novo pedido de suspensão ao Presidente do Tribunal competente para conhecer de eventual recurso especial ou extraordinário.¹¹

Merece citação também a Lei 9494/97, nascida de conversão de medida provisória, instrumento que procurou cercear a ação do judiciário no âmbito das ações civis

⁹ VELOSO, Carlos Mário da Silva. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. **O Magistrado**, Brasília, 01, p.23, 2001.

¹⁰ Vide Anexo IV

¹¹ BRASIL. **Lei 8.437** de 30 de junho de 1992, regula a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público e dá outras providências. Disponível em : <http://www.planalto.gov.br> (Anexo IV)

públicas e ação popular, como ficou decidido no julgamento da ação declaratória de constitucionalidade 4/96, onde se declarou a sua constitucionalidade para fazer restringir as prescrições do art. 16 da lei de ação civil pública e do art. 18 da lei de ação popular.

O intuito de todo esse arsenal foi o de avocar para o STF toda a matéria sujeita ao controle difuso, paralisando-o, restringindo-o, afunilando-o, não lhe respeitando a sua vez do controle.

Bom ressaltar, repetindo, desde já, que o grande volume de matéria apreciada então, o foi conjuntamente, em face dos desacertos de vários planos econômicos sucessivos e reformas várias, que causaram lesões gravíssimas aos jurisdicionados e consumidores em geral. Recorrendo grande parte deles ao Poder Judiciário de 1ª Instância, dele obteve o pronto atendimento em sua defesa, contra o governo, que, na quase totalidade dos casos, conforme preceito do capítulo dos direitos e garantias constitucionais do inciso XXXV do art. 5º da CF/88.

Daí a contra-reação governamental. Por várias vezes, ainda, tentou o executivo, aprovar o recurso do incidente de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade para mais uma vez, concentrar na cúpula política do Judiciário a apreciação da matéria, aprioristicamente. Uma das últimas reprises foi o encaminhamento da emenda constitucional da CPMF, que, de modo disfarçado, introduziu a advocatória.

Trata-se, realmente, de nova advocatória, da forma mais refinada de concentração e desrespeito ao juiz natural, usada na época dos governos de exceção, pelo denominado “pacote de abril”, que deu nova redação dada ao artigo 119, inciso I, letra O, da EC nº 07 de 1977, à EC 1-69, notadamente e a apreciação imediata pelo judiciário (pelo juiz natural) das ameaças e das lesões dos direitos e garantias individuais (inciso XXXV do art. 5º da CF/88).

A Constituição de 1988, entretantes, refuta tal expediente, porque é princípio fundamental da carta o estado democrático de direito (art. 1º), e garantia individual do cidadão o princípio do juiz natural (art. 5º XXXVII).

III. OBJETIVO GERAL

O objetivo geral deste trabalho é analisar as soluções legislativas e judiciais, sobretudo neste momento da discutida reforma do judiciário, que deveria centrar-se, em rever a enorme quantidade de recursos processuais existentes, para poder melhor tratar da preservação dos preceitos fundamentais da Constituição Federal, quais sejam, o estado democrático de direito, a separação e independência dos poderes, a organização e funcionamento plenos do Poder Judiciário, em especial do seu poder de controle difuso da constitucionalidade da leis e da federação conforme a tradição brasileira, nos moldes da herança americana. Assim acontecendo, estar-se-á assegurando, o aprofundamento da ação democratizadora do Poder Judiciário, no julgamento das questões, especialmente aquelas de relevo para a Nação e estar-se-á evitando a concentração do poder em poucas mãos.

Por deveras, na ordem natural e hierárquica do exame dos recursos, não será outro órgão, senão a corte suprema do país, quem irá dar a última e definitiva palavra sobre a matéria em conflito no controle difuso. Somente após descentralizada e pelas instâncias do Poder Judiciário, é que estes conflitos receberão o veredicto final e operante, no recurso extraordinário, pelo Supremo Tribunal Federal.

Ter-se-á evitado, assim, um controle direto, concentrado, de poucas mãos, sujeito às influências políticas. Veja-se, como exemplo, o recente julgamento da questão da contribuição dos inativos para a previdência social.

Estivesse a questão nas mãos dos juízes naturais, de primeira instância, como foi resolvido o problema do confisco da poupança popular, no Plano Cruzado – 1990 a 1992, do governo Collor, a decisão teria sido solucionada de modo aberto e democrático, diferentemente do que aconteceu.

Com efeito, os juízes prolatadores do controle difuso, que ademais, envolve todo o quadro do Judiciário, desde sua base até a Suprema Corte, concursados, menos infensos à ação política dos ocupantes momentâneos do Poder Executivo em especial.

Procurar-se-á, neste trabalho, portanto, indicar as soluções legislativas e judiciais para o problema que se coloca, das restrições ao exercício do controle difuso da

constitucionalidade, aí incluído o poder geral de cautela do judiciário, contra o aprofundamento e a presença, quase exclusiva, do controle concentrado da constitucionalidade.

A perspectiva deste trabalho é verificar, o funcionamento pleno do estado de direito democrático, através da descentralização e democratização do poder de decisão, sobretudo em questões de relevante magnitude, como referido, as dos financiamento da Previdência Social, do confisco das poupanças do plano cruzado.

IV. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

a) Analisar os limites dos dois controles de constitucionalidade existentes no atual sistema brasileiro: o controle difuso ou concreto de constitucionalidade e o controle concentrado ou abstrato;

b) Mostrar o funcionamento do controle difuso da constitucionalidade, desde a sua instituição na república, analisando a sua tradição no estado de direito;

c) Analisar o funcionamento do sistema binário ou misto de controle de constitucionalidade vigente, após a introdução do controle concentrado, com a Emenda Constitucional 16/65, mantido pelo texto constitucional de 1988, ampliado e democratizado, no seu exercício, que pode e deve ser respeitado sempre e efetivamente somar-se ao tradicional controle difuso, e não servindo de instrumento de choque e restrição ao último.

d) Identificar as causas da imposição das restrições cada vez maiores ao controle difuso da constitucionalidade, em favor da concentração do controle essencialmente no órgão de cúpula do Judiciário, sobretudo no atinente às magnas questões de interesse da União, em especial.

V. HIPÓTESES

Existe a possibilidade de corrigir as restrições que se põem ao exercício do tradicional controle difuso da constitucionalidade no Brasil, no intuito de preservar e aperfeiçoar o estado democrático de direito.

A primeira indicação é manter o funcionamento do atual sistema binário ou misto de controle da constitucionalidade, procurando um efetivo e equilibrado funcionamento de ambos os controles, eliminando-se as restrições impostas ao controle difuso, permitindo a atuação de cada qual, conforme surjam, espontaneamente as arguições de cada um.

O controle difuso é da tradição republicana brasileira, consoante a herança americana, em princípio, mais democrático, no sentido da participação de todos os membros do Poder Judiciário, descentralizado, e não concentrado na cúpula das instituições políticas nacionais.

A implantação de um exclusivo controle concentrado, encontra óbice, carece de possibilidade no ambiente constitucional brasileiro, sobretudo em face da atual organização político-constitucional do Estado, que se assenta no estado democrático de direito como pedra angular e fundamental.

A exclusividade do controle concentrado demais disso, consoante se verifica no funcionamento das instituições europeias atuais exigiria um regime parlamentar de governo, inclusive com a criação de corte constitucional. Entrementes, a implantação definitiva do regime presidencialista de governo no Brasil afastou de vez essa possibilidade, o que tornou mais consolidado e próprio, ainda, para o sistema, o tradicional controle de constitucionalidade difuso.

Naquela parte do mundo, onde se optou pelo modelo exclusivo do controle concentrado da constitucionalidade, este funciona atrelado ao regime parlamentarista de governo, em grande parte dos casos, sendo político o controle da constitucionalidade, exercido *a priori* e não *a posteriori*, como é próprio do controle judicial difuso das leis.

Essas providências são necessárias e imprescindíveis tendo-se sempre em vista, a preservação e o aprofundamento do estado de direito democrático, o seu aperfeiçoamento e transformação constante, consoante as novas realidades que vão surgindo.

VI. IDENTIFICAÇÃO DO REFERENCIAL TEÓRICO

Buscar-se-á cotejar os sistemas de controle difuso da constitucionalidade com o do controle concentrado da constitucionalidade das leis, basicamente os sistemas americano, nosso modelo clássico tradicional, e o modelo clássico europeu da constituição austríaca de 1920, as obras de inspiração kelseniana.¹² servem de referencial para o mister, pois todo o trabalho do Mestre de Viena apóia-se na Teoria do Constitucionalismo.

Analisar-se-ão, nos dois sistemas, suas vantagens e desvantagens para o funcionamento e aperfeiçoamento da democracia, *vis-à-vis* de nossas instituições e de nossa organização constitucional. A opção exclusiva pelo segundo modelo simplesmente necessitaria de uma ampla reforma constitucional, para não dizer de uma Constituição, o que não é possível dentro dos parâmetros constitucionais atuais do Brasil. O controle difuso da constitucionalidade terá como ponto de partida a defesa clássica do sistema sustentada por John Marshall no caso *Marbury x Madison*.

A análise dos doutrinadores clássicos dos dois sistemas, suas colocações iniciais e a evolução dos modelos nos vários países, servirá, outrossim, pois, de referencial teórico para o presente estudo.

VII. METODOLOGIA E ABORDAGEM DA PESQUISA

A metodologia jurídica, diversas das demais, assenta-se fundamentalmente na atual normativa constitucional, como ponto de partida. A dissertação inicia-se pelo exame histórico da situação anterior a 1988, a estabelecida na atual Constituição e as modificações aí

¹² A Teoria Pura do Direito e a Teoria Geral do Direito e do Estado de Hans Kelsen

introduzidas, decorrentes de emendas, leis ordinárias e medidas provisórias que levaram ao atual quadro restritivo ao controle difuso.

A seguir buscar-se-á a análise comparativa com outros países, em especial com o direito americano, nosso modelo primitivo, e o europeu, que serviu de modelo ao controle concentrado da constitucionalidade, a partir da experiência austríaca de 1920. Utilizar-se-á, no mister, o método da teoria do constitucionalismo tal como expresso na teoria pura do direito constitucional americano decorrente da doutrina de Marshall.

Procurar-se-á, outrossim, na empreitada, entre a manutenção do tradicional controle difuso, do binário ou misto, e do exclusivo controle concentrado, depurar aquele modelo que mais preserve e desenvolva o fundamental princípio do estado de direito democrático, em que a democracia é a finalidade última, embora não haja incompatibilidade na perpetuação dos dois modelos consoante decorre do texto constitucional brasileiro. A doutrina e a experiência histórico-política de cada país, de cada modelo, terá grande peso na definição do melhor modelo a ser adotado para o ambiente cultural brasileiro.

PRIMEIRA PARTE – O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

CAPÍTULO I - Evolução Histórico-doutrinária do Controle de Constitucionalidade das Leis no Estado de Direito e os Sistemas de Controle de Constitucionalidade

O controle da constitucionalidade das leis tem lugar nos sistemas onde a ordem jurídica é encabeçada por uma lei superior e onde há um critério de maior rigidez para a modificação do texto constitucional, diverso daquele usado para as leis infraconstitucionais. Esta é a dogmática e a metodologia do direito positivo moderno. Apóia-se essencialmente no movimento denominado constitucionalismo em que a Constituição é colocada como norma fundamental básica de todo o ordenamento jurídico, cuja mudança só pode existir dentro de parâmetros onde as normas não podem ser contrariadas pelas leis infraconstitucionais. No dizer de Bobbio:

A ordem jurídica de cada Estado constitui um sistema lógico, composto de elementos que se articulam harmoniosamente. Não se amolda à idéia de sistema a possibilidade de uma mesma situação jurídica estar sujeita à incidência de normas distintas, contrastantes entre si. Justamente ao revés, no ordenamento jurídico não podem coexistir normas incompatíveis. O direito não tolera *antinomias*¹³.

Um dos critérios comumente utilizados para evitar as antinomias, solucionando o conflito entre normas, é o critério hierárquico: a norma superior prevalece sobre a inferior. Assim, pois, se a Constituição e uma lei ordinária divergirem, é a Constituição que prevalece¹⁴

¹³ BOBBIO, Noberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: Universidade de Brasília. 1990, p. 81.

¹⁴ BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**, 4ª Ed. São Paulo: Saraiva.

Tais assertivas, que são a própria tradução do constitucionalismo, teve seu ápice nos tempos modernos e foi atingido com a obra de Hans Kelsen, retrocitada, cujo sistema é elaborado a partir de uma norma hipotética fundamental que apóia as sucessivas constituições até validar a atual, e cujas regras não admitem contrariedade pelas normas dela derivadas em legislação infraconstitucional. Tal posição nasceu do movimento denominado constitucionalismo, encabeçado pelo sistema implantado nos Estados Unidos da América, quando de sua independência política da Inglaterra, bem como pelos ideais libertários da Revolução Francesa de 1789.

O constitucionalismo buscava consagrar em uma carta suprema, os princípios e regras maiores que iriam governar determinada sociedade e, nela, orientar a edição e o conteúdo de suas leis. Assim, nos Estados Unidos da América editou-se uma Constituição de 14 artigos em 1787. Na França, o movimento revolucionário de 1789 editou a *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*.

Entrementes, foi nos Estados Unidos da América que se delineou histórica, política e sociologicamente um clima para o desenvolvimento da doutrina do constitucionalismo e sua conseqüente teoria do controle da constitucionalidade das leis, sobretudo aquele exercido pelos juizes, que se denominou jurisdicional ou judicial.

Dados os fatores propícios existentes então, juntamente com o próprio desenvolvimento e fortalecimento do estado norte-americano, nasceu e desenvolveu-se a doutrina do controle da constitucionalidade das leis, exercido pelo Judiciário, tendo por base justamente a supremacia da constituição sobre todas as demais leis provindas da atividade precípua legiferante das câmaras do Poder Legislativo.

O controle da conformidade das leis em face da constituição nasceu, originariamente, sob a forma e o aspecto difuso, como, aliás, era costumeiramente exercido pelos juizes nas colônias inglesas da América.

O contexto histórico-político dos anos que se seguiram à aprovação e à edição da constituição da Filadélfia de 1787 e da implantação e desenvolvimento dos Estados Unidos e

de suas instituições governamentais, especialmente da suprema corte, órgão de cúpula do Poder Judiciário, permitiu a consagração e o aprimoramento do controle jurisdicional da constitucionalidade das leis pela forma difusa.

Foi o que decorreu do deslinde do célebre caso *Marbury x Madison*, magistralmente relatado pelo *chief-justice* Marshall, da suprema corte americana, com apoio na constituição americana e na sua supremacia da sobre as leis produzidas pelo Legislativo e sobre os atos do Executivo.

A repercussão da doutrina do controle difuso das leis, então, estabelecida, com respaldo no texto constitucional americano foi tão importante na consolidação do estado americano, na consagração do estado de direito e da democracia naquele país, vigente até nossos dias, sem sofrer grandes modificações, embora tenha a própria constituição sofrido várias emendas.

O funcionamento sistemático do controle difuso de constitucionalidade das leis no sistema americano influenciou muitas nações, mas sobretudo aquelas do continente americano.

No Brasil, após a implantação a república, em 1889, um século após a independência e a consolidação da república nos Estados Unidos, o Brasil também adotou o sistema americano, sua experiência vitoriosa, com a introdução, na organização constitucional brasileira, do controle difuso da constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário. Portanto, o controle jurisdicional difuso, consoante o modelo americano, foi a primeira experiência brasileira no que concerne ao controle da constitucionalidade das leis.

Sua adoção teve como fonte inspiradora o gênio jurídico e político do maior jurisconsulto brasileiro, Ruy Barbosa, também seduzido pelo modelo federativo da nação norte-americana. Neste sentido, Mauro Santayana, em artigo publicado no *Correio Braziliense* em 2003, escreve que:

...Gilberto Freyre, em meticuloso trabalho de pesquisa intitulado *ordem e progresso*,¹⁵ faz importante viagem à transição entre o Império e a República, inquirindo a memória e os sentimentos de quase duas centenas de brasileiros de todas as classes sociais que, nascidos entre 1850 e 1900, haviam assistido às transformações sociais e políticas naquele período. Partindo das reminiscências, o mestre pernambucano pôde nos mostrar o sentimento coletivo do povo brasileiro nas transformações que conduziram à revolução institucional no Estado.

A República nasce empurrada pelas reivindicações sociais, despertadas pela luta abolicionista e a paulatina adoção do trabalho assalariado. Na vanguarda dos intelectuais daquele tempo, a República era vista como o caminho para a realização da democracia e do socialismo. Contra essa tendência de esquerda conseqüente articula-se estranha e nunca declarada aliança entre os senhores rurais e os militares conservadores, entre a Igreja reacionária e o pensamento positivista. A república talvez tenha sido a grande oportunidade histórica de justiça social, perdida pela força de circunstâncias que poderiam ter sido domadas pela organização política do povo...¹⁶

Ninguém melhor que Gilberto Freyre, em seus clássicos *Casa Grande & Senzala*, *Sobrados & Mocambos*, em que retrata sociológica e politicamente a sociedade da época da transição do Império, do regime monarquista, para o regime republicano. Impulsionados pela libertação da mão-de-obra cativa na área rural, e habilmente manejados pela batuta de experientes homens políticos de formação positivista, como Benjamim Constant, Ruy Barbosa, dentre outros, as instituições governamentais não puderam se sustentar nas mãos de um Monarca e teve o seu poder diluído na forma republicana. Os barões da terra que sustentavam a economia cafeeira dos fins do Império tiraram o apoio ao Imperador, ante o novo quadro que se lhes apresentava da falta da mão-de-obra escrava e da necessidade da contratação de mão-de-obra assalariada, exercendo o seu poder de influência no mando dos cargos do novo regime instalado com a República.

Também merece atenção para a compreensão do contexto histórico, político e sociológico em que se deu a passagem para a República, a obra de Joaquim Nabuco “Um estadista do Império”¹⁷ em que o grande político narra, desde a vida, o meio social e econômico no Engenho Massangana em Pernambuco, até sua vida nos afazeres de Estado no governo monárquico.

¹⁵ FREIRE, Gilberto. **Casa Grande & Senzala: Introdução à história da sociedade patriarcal no Brasil**. Rio de Janeiro. Editora Record. 2000.

¹⁶ SANTAYANA Mauro. A República e os sem-terra. **Correio Braziliense**. Disponível em <<http://www.correioweb.com.br>> acesso em 03 de julho de 2003.

¹⁷ NABUCO, Joaquim. **Um estadista do império**. Rio de Janeiro: Topbooks, 1997.

Inspirava o maior jurisconsulto brasileiro, como, ademais, influenciava aquela centena de brasileiros referidos pelo emérito autor de Casa Grande & Senzala, sobretudo a feição de democracia que, àquela época, no mundo, esmerava-se na instituição republicana americana, que tinha uma constituição escrita por base e o Poder Judiciário por seu intérprete final. A suprema corte, portanto, deveria ser, consoante o modelo americano, o carro-chefe condutor do estado de direito democrático, também no Brasil, com a participação de cada um e de todos os membros do Poder Judiciário.

Este foi, pois, o ideal político-jurídico que orientou os Constituintes de 1891, na instalação da república, ao adotar o controle jurisdicional difuso da constitucionalidade das leis, como instrumento para fazer valer e alcançar a democracia baseada no direito.

O controle da constitucionalidade das leis, portanto, como reza seu próprio enunciado, tem por pressuposto a existência de uma Constituição. No dizer de H. Mark Roelfs¹⁸, a Constituição que aqui se refere não é simplesmente um documento. Só pode ser, como na concepção aristotélica, uma idéia ou conjunto de idéias que fundam um sistema político e uma sociedade em geral e que, pela sua simples presença, qualifica uma sociedade e o seu sistema político como uma entidade coesa.

Este conjunto de princípios fundamentais, mesmo não sistematizados, básicos da organização de um estado, a que denominamos Constituição desenvolveu-se, através da história, como forma de controle do poder absolutista dos governantes, geralmente encarnado nas pessoas dos reis, que se confundiam com a própria figura do estado.

Portanto, a função essencial da constituição, a de maior expressividade histórica e de profundidade social, é, por certo, a de impor limites ao poder político do estado, permitindo assim as liberdades dos indivíduos. As constituições de nosso tempo buscam preestabelecer as regras do jogo político, visando ao bom e democrático funcionamento das instituições político-governamentais. Como se percebe, há um consenso tácito de que as regras constitucionais representam os maiores valores normativos em cada sistema jurídico-político. Desse pressuposto

¹⁸ GILLMAN, Howard. *The Constitution Besieged, The Rise and Demise of Lochner Era*, Duke University Press, 1939, p. 19.

decorre, como se verifica, a necessidade de que nenhum poder do Estado, pode deixar de respeitar as regras e princípios fixados pela Constituição.

A tal respeito, leciona o eminente Ministro Carlos Ayres Britto, do Supremo Tribunal Federal brasileiro :

A Constituição melhor realiza a idéia do justo por si mesmo na medida em que pode dizer:

I – que ações o estado não pode praticar perante os indivíduos e os cidadãos (postulado advindo do pensamento liberal e que, ao lado dos mecanismos realizadores do princípio da Separação dos Poderes, tem por objeto impedir os abusos do poder político);

II – que ações o Estado tem que praticar perante o poder econômico. (postulado oriundo do pensamento social-democrata, para não deixar que o mercado passe de motor da História a mentor dessa mesma História).¹⁹

E acrescenta o mesmo autor em “Teoria da Constitucionalidade” a propósito da limitação, pela Constituição, dos poderes políticos do estado, ao mesmo tempo em que também serve de barreira ao poder econômico, que serão os “inimigos fidalgos” do justo racional: limitar a ambos significa fragilizar quem mais fragiliza aquele ideal de justiça. Combater os que mais combatem o justo por si mesmo.

O controle da constitucionalidade das leis pois, tem por base o princípio da supremacia da Constituição, que existe nos sistemas onde a Constituição é rígida. Rigidez constitucional é o trâmite de maior dificuldade imposto para alteração da constituição do que aquele estabelecido para a alteração das leis em geral.

A Constituição brasileira é considerada rígida justamente pelo processo e exigências especiais, diversos e mais rigorosos que os da aprovação de leis infraconstitucionais, consoante estabelecido no seu art. 60.²⁰

¹⁹ BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense. 2003. p. 89

²⁰ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I – de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II – do Presidente da República; III – de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus

A Constituição, apesar de rígida, não impede que seja submetida a reforma. Ela prevê através do processo legislativo de emendas constitucionais, exigindo somente um quorum qualificado para sua aprovação em dois turnos de votação nas duas casas do Congresso, conforme § 2º do art. 60 da Constituição. Como referido nos incisos I, II e III do referido artigo, indica, outrossim, para isso, quem pode apresentar emendas e o *quorum* para sua apresentação.

O § 1º estabelece que em certas ocasiões e circunstâncias não poderá ser emendada, tais quais na época de intervenção federal, estado de defesa e estado de sítio, justamente para evitarem a falta de independência e liberdade dos congressistas em face das pressões exercidas naquele momento. A emenda à Constituição não sofre intervenção do Executivo e por isso é promulgada pelas Mesas das duas Casas do Congresso como se rebrotasse da “soca” do Poder Constituinte, para usar uma linguagem própria dos cultivos.²¹

Pode-se dizer que o parágrafo seguinte do art. 60 da Constituição Federal, o seu § 4º, é a mais importante norma da Constituição, a pedra angular do texto, pois vem a prescrever aquilo que dá garantia de imutabilidade aos seus postulados e princípios, qual seja assim denominada cláusula pétrea.

Por ela fica assentado que não se deliberará sobre proposta que tenha em vista abolir a federação, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação das funções dos poderes em Legislativo, Executivo e o Judiciário e sobre os direitos e garantias individuais. Esses postulados e os princípios deles decorrentes não podem ser derogados por emenda do constituinte derivado. Tais normas fincadas pelo constituinte originário o foram para serem eternas enquanto dure aquela ordem constitucional posta. No dizer de Carlos Ayres de Brito, não se admite qualquer espécie de “constitucídio”, seja de parte daqueles golpeadores assumidos explícitos, seja de parte de golpeadores enrustidos, isto é, daqueles defensores da interpretação “*light*” ou abrandada das cláusulas pétreas, que acaso o tornaria a salvo de uma “quartelada”, de

membros. § 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio. § 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros. § 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem. § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: a forma federativa de Estado I. o voto direto, secreto, universal e periódico; II. a separação dos Poderes; III. os direitos e garantias individuais.

²¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Art. 60 § 3º. Brasília: Senado Federal, 2003

um golpe militar. A supressão pura e simples de uma cláusula pétrea seria, por si mesmo, um golpe.²²

Consoante Zélio Maia da Rocha:

há que se estabelecer a relação existente entre supremacia do texto constitucional e rigidez constitucional. Diversos autores referem-se à matéria de forma superficial afirmando que supremacia da constituição reside em sua rigidez, entretanto, mister se faz saber o que significa tal expressão a fim de não ficarmos com afirmativas evasivas.²³

A rigidez constitucional não se confunde com supremacia da Constituição. Constituição rígida é aquela onde há distinção hierárquica entre ela e as demais normas infraconstitucionais, e havendo tal distinção, o texto constitucional deve ser colocado em posição de superioridade. Logo, pela rigidez constitucional, as demais normas são posicionadas em grau inferior, devendo aquelas infraconstitucionais respeitar os princípios traçados pela constituição, sob pena de vício de inconstitucionalidade.

Normalmente as constituições escritas são presumidamente rígidas, enquanto as consuetudinárias seriam de caráter mais flexível, pois podem ser alteradas a nível de lei ordinária, não havendo estabelecido nenhum processo formal diverso para modificar-se as leis fundamentais.

Como refere Ronaldo Poletti, entretanto, no terreno dos fatos “a rigidez e a flexibilidade, tal como as qualidades consuetudinária e escrita, encontram uma refutação a seus próprios conceitos”. Exemplo disso são “*a constituição britânica, consuetudinária – flexível e a constituição brasileira, escrita – rígida, que é reformada constantemente.*”²⁴

Supremacia da constituição, por outro lado, significa a existência de uma hierarquia na ordem jurídica, onde a norma superior, da Constituição, sempre deve prevalecer sobre a norma ordinária, quando houver conflito entre elas. Assim preleciona Canotilho:

²² BRITO, Carlos Ayres, op.cit. p. 84.

²³ ROCHA Zélio Maia da. **Direito Constitucional. O Controle de Constitucionalidade nos Concursos Públicos.** Brasília: Vestcon. 1998.

²⁴ POLETTI, Ronaldo. **Constitucionalidade das Leis.** Rio de Janeiro: Forense. 1998. p. 112.

A constituição é, pois, o parâmetro para a elaboração normativa de todos os demais atos estatais. Há, assim, em razão da rigidez constitucional, um princípio de que nenhuma outra norma ordinária poderá mudar o seu texto. Ao contrário, havendo conflito de superlegalidade material ou superlegalidade formal da constituição deverá ser declarada a inconstitucionalidade de norma infraconstitucional.²⁵

Tratando do mesmo tema Maia ensina que “*para defender a supremacia da norma constitucional contra a inconstitucional, a própria constituição estabelece um conjunto de técnicas especiais, que a teoria do Direito Constitucional denomina controle de constitucionalidade das leis.*” (MAIA, 1998, p. 37)

Alguns povos, no tempo de Atenas e Esparta, na Grécia, e em Roma, em algum momento de suas existências como Estado ou Cidades-Estados, viveram experiências de organizações diversas daquelas estritamente absolutistas, em geral, monocráticas.

Cada Estado tinha conotações próprias e diversas daquelas hoje concebidas. Não se pode creditá-las com o conceito moderno de democracia, pois a própria existência da escravidão, aliada a um sistema social desigualitário impedia o seu atingimento.

Exemplificativamente, sob forma de *res publica*, fosse por atuação direta, ou por forma representativa, existiram, nesses Estados, ensaios de organização constitucional, tal como hoje.

Roma teve até o seu Senado da República. - *Senatus Populusque Romanorum*, que representava o povo romano dentro das restrições referidas. Também, em Atenas, os cidadãos reuniam-se para as deliberações do estado na ágora. Ambos os Estados da Grécia e de Roma, tinham normas próprias reitoras de suas organizações.

A Constituição, como concebe a moderna doutrina do Constitucionalismo, somente veio a lume após a manifestação dos iluministas franceses que se abeberaram nas instituições inglesas e nas concepções de seus tratadistas. Assim, na Inglaterra, as obras de

²⁵ CANOTILHO, J.J.Gomes, **Direito Constitucional**. Portugal: Almedina, 1993, p. 956.

Hobbes, como o *O Leviatã*²⁶ e *O Tratado do Governo Civil* de John Locke, mas principalmente o próprio funcionamento das instituições políticas inglesas – do Parlamento, em especial – serviram de inspiração para os escritos de Montesquieu²⁷ – *O Espírito das Leis*²⁸ –, de Jean Jacques Rousseau, *Le Contrat Social*²⁹, e de Voltaire François Marie Arouet, *Lettres Anglaises*³⁰. As transformações políticas que se processavam na Inglaterra, com pelo menos um século de antecedência àquelas do continente europeu, dada à sua privilegiada condição natural de ilha, tem como paradigmas a preponderância do parlamento sobre o rei e leis como o *Bill of Rights*, muito impressionaram os pensadores franceses.

Sobretudo essa supremacia do parlamento à vontade do rei, que tinha o poder de lhe impor obediência às leis, que se foram agrupando e formando aquele conjunto de normas que hoje podemos denominar constituição inglesa, ainda que não escrita. Já bem antes, o rei João-sem-Terra teve que se submeter à Magna carta, por imposição da assembléia dos barões feudais, arremedo nascente de parlamento, surgido no seio da aristocracia, para controlar a vontade absoluta do rei.

A Magna Carta, assim considerada a primeira constituição, impunha ao monarca o respeito às suas normas, quais sejam de restrição à imposição de tributos. O rei não poderia cobrar tributo, sem que fosse antes aprovado pelo grupo de nobres reunidos naquela assembléia, naquele sodalício. Daí, o princípio tributário, *nullum tributum sine praevia lege*. Todas essas idéias desembocaram na grande Revolução Francesa de 1789, que não tolerou mais o absolutismo dos reis, caracterizado no “l’Etat c’est moi” de Luis XIV, e depôs seu neto, Luís XVI, levando-o e a sua mulher, Marie Antoinette, dentre outros integrantes da nobreza, à guilhotina.

Os revolucionários de 1789 editaram o texto da Constituição escrita francesa, sintetizada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que não fez mais que espelhar-

²⁶ HOBBS, Thomaz. **O Leviatã: forma e poder de uma república eclesiástica e civil**. Tradução e prefácio: Manuel Sanches Sarto. México: Fundo de Cultura Econômica. 1940

²⁷ MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis : as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes**. Tradução: Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva. 2000.

²⁸ ROUSSEAU, Jean Jacques. **O Contrato Social** Tradução: Antonio de Pádua Danesi. São Paulo : Martins Fonte. 2001

²⁹ VOLTAIRE. **Cartas Filosóficas**. Tradução: Renata Maria Parreira Cordeiro. São Paulo: Landy. 2001

se no *Bill of Rights* da Inglaterra de 1688, e também na recém enunciada Constituição do Estados Unidos da América do Norte, proclamada pelos constituintes de Filadélfia em 1787, ao se constituírem em uma união das 13 colônias inglesas. Ao se independizarem da Inglaterra e formarem uma nação soberana, os Estados Unidos da América, os constituintes da Filadélfia conceberam um estado em que fossem garantidos os direitos dos cidadãos sobre os poderes governamentais. Enquanto, na Inglaterra, todo poder se concentrava no Parlamento, que ditava normas de conduta e podia modificá-las ao seu talante, os Estados Unidos da América, ao contrário, refutavam os poderes absolutos de uma assembléia legiferante principalmente por terem seus cidadãos sentido na pele os desmandos do parlamento inglês. O poder maior foi fixado pelos constituintes americanos numa constituição sintética, de forma escrita, que garantia em seu texto as liberdades dos cidadãos, sobretudo, em face do estado, dos legisladores e dos administradores públicos.

Como intérprete maior da constituição foi designado o corpo de juízes, assim referido como o poder judiciário dos Estados Unidos da América, que seguiu a tripartição de poderes enunciada por Montesquieu em seu *O Espírito das Leis*. A separação clássica dos poderes em Executivo, Legislativo e Judiciário, apareceu, portanto, pela primeira vez assim elaborada, no texto constitucional dos Estados Unidos da América do Norte, em 1787. Cabia, pois, ao judiciário, aos juízes, interpretar aquele texto onde estavam estabelecidas e guardadas as liberdades dos cidadãos. Portanto, no dizer do célebre Chief Justice Hughes, da Suprema Corte Americana, a lei, “a Constituição é aquilo que os juízes dizem que é.” Daí, o poder judiciário ter ficado como o centro do poder nos Estados Unidos, como o Parlamento na Inglaterra.

Na França, terra de Montesquieu, entretanto, por razões históricas e ideológicas, onde os reis tinham em suas mãos a distribuição da justiça, não se conferiu a primazia de poder ao judiciário, que aliás, ao menos foi mantido como um poder à parte. Reconheceram-se os poderes legislativo e executivo. Entretanto, o judiciário, como está, ainda, hoje, explícito na constituição francesa de 1958, é um apêndice do poder, assim denominado autoridade judiciária.

As constituições da França e dos Estados Unidos da América, deram ao mundo, sob os auspícios dos ideais iluministas franceses, espelhados nos seus correlatos ingleses, a idéia de que só seria democrática a nação, que tivesse um governo fundado em bases constitucionais.

Razão por quê todas as monarquias da época, para fugir à lógica absolutista, recorreram aos diversos textos constitucionais. Quem pôde, em face do seu adiantamento, teve textos constitucionais escritos promulgados por assembléias eleitas. Entretanto, em face ainda do autoritarismo reinante e para dar a feição de democracia, muitos textos constitucionais foram outorgados pelo monarca reinante, quase sempre com a dissolução da assembléia constituinte eleita. Exemplo disso foi a Constituição Brasileira de 1824, outorgada pelo Imperador Pedro I. Muito embora eleita a assembléia constituinte, foi dissolvida por ele por não concordar com o espírito libertário dos constituintes que impunham restrições ao poder do rei. Não se podia dizer, portanto, que o país não tivesse um texto constitucional. Tinha-o, inclusive escrito, promulgado pelo próprio rei. Este exemplo foi seguido por muitas monarquias para escapar da marca absolutista. Portanto, editado o texto constitucional, segundo ele, deveriam ser baixadas as normas secundárias, as leis. Entretanto, a maioria delas não foi respeitada, porque a elaboração das leis não obedecia aos parâmetros determinados pelo texto constitucional. Quase sempre, também porque a constituição era apenas uma ficção, outorgada, tão-só para dar àquele estado a feição de democracia, como referido, em face da sua outorga pelo poder absolutista do rei.

Na América do Norte, onde *ab initio*, repudiou-se o regime monárquico, em face do absolutismo que representava para aqueles cidadãos, organizou-se o novo estado, adotando-se a forma republicana de governo e o sistema presidencialista. Nas 13 colônias inglesas reunidas em federação, desde o início do funcionamento dos Estados Unidos da América do Norte, como já era costume dos juízes de cada colônia, firmou-se o direito de o poder judiciário examinar e controlar a constitucionalidade das leis elaboradas no parlamento. Como a constituição era o texto maior e a garantia suprema dos direitos desses cidadãos em face do estado e de cada um dos seus pares, em decisão do *Chief -Justice* Marshall, foi elaborada a doutrina de controle de constitucionalidade das leis, no célebre caso *Marbury versus Madison*.

Colocada a premissa inicial de existência de uma Constituição, a partir dela, acontecerá o controle da constitucionalidade das leis em face do referido e estatuído na lei fundamental. Portanto, o grande mérito da lei fundamental, assim chamada constituição, é cortar a crista do absolutismo, submetendo a atuação de todos, especialmente dos que exercem o poder, seja legislativo, judiciário e do próprio rei, tradicionalmente senhor de barão e cutelo, do

poder executivo, portanto, da própria administração do estado, a certos princípios, a certas normas. Todos, portanto, são servos da lei maior.

Mesmo dentro da filosofia do contrato social³¹, os membros daquela comunidade norte americana traçam normas gerais, princípios, que os obrigam a todos, que vinculam nobres e plebeus, autoridades e cidadãos comuns, inclusive o próprio estado, encarnado tradicionalmente na figura do rei.

Portanto, os princípios basilares de convivência, de organização daquela sociedade, designadas essas regras principais como constituição, como lei fundamental ou carta magna, tem-se como corolário máximo de existência dessa diretriz, que todas as demais normatizações infraconstitucionais a serem baixadas leis *stricto sensu* terão que seguir os parâmetros definidos no texto maior, sob pena de serem inválidas a pretexto de inconstitucionais. Nesta perspectiva o jurista italiano Mauro Capelletti assim discorre:

na verdade, tem sido próprio de todos os tempos a ânsia dos homens de criar ou descobrir uma ‘hierarquia’ das leis e de garanti-las. É a própria ânsia – ou um seu aspecto – de sair do contingente de ‘fazer para o tempo’, de vencer, em suma, o humano destino de perene transformação e de morte; as leis mudam, mas permanece a Lei; permanecem os Valores Fundamentais. E uma lei é injusta, porque viola aqueles eternos valores ...

E “daí essa fascinante experiência de ruptura de esquemas novos e antigos, consistente – no plano dos órgãos – na atribuição a uma ou a todas as cortes judiciárias de um determinado ordenamento, do poder de controle da atividade de legislador à luz da Constituição, e – no plano dos atos – na configuração da sentença como instrumento e ocasião de controle da lei.”³²

Trata-se de estabelecer uma lei superior a todos, como lei maior, como norma suprema a que nenhuma lei possa contrariar. Além de estabelecer essa supremacia de uma lei fundamental, cuida-se também de implantar uma metodologia que garanta essa ordem legal, que faça valer controles de invalidação sobre aquelas leis que se afastam da diretriz original. E esta

³¹ ROUSSEAU, Jean Jacques. op. cit.

³² CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial da constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2 ed. , Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 11.

consagração tanto veio a luz com a constituição da lei magna, que se chamou Constituição Americana de 1787, e a metodologia de controle sobre o sistema instalado iniciou-se pela sua aplicação prática, com a doutrina contida na decisão do Chief-Justice John Marshall, no referido caso Madison x Marbury. Ficou, assim, reconhecida a superioridade da lei fundamental, aplicada por via do método difuso a ser exercido, em cada caso, concretamente, por todos os membros do poder judiciário, a terminar o seu exame pelo Corte Suprema.

Tudo isso, sem perder de vista, que a própria Lei Fundamental não proíbe a sua adaptação à modernidade. Sobretudo em face da mutabilidade natural dos tempos e dos costumes, embora permaneçam os valores fundamentais, a própria Constituição estabelece as regras formais e materiais para a sua modificação, reforma ou revisão através das emendas constitucionais.

Desse contexto histórico-evolutivo, decantou-se o princípio elementar da supremacia da Constituição sobre as demais leis subseqüentes. Com efeito, onde há direito, há hierarquia das normas jurídicas. Nesse escalonamento, a norma constitucional é a de mais alto valor, quer porque ela é o próprio pacto que o grupo acerta para reger a convivência política, quer porque a idéia de sistema legal sempre pressupõe um fundamento que valide todo o ordenamento jurídico e esse valor fundante só poderia mesmo ser a Constituição, a lei das leis. Essa autoridade suprema da constituição traz implícito outro princípio: o da rigidez previsto para a elaboração das leis ordinárias e de alteração e reforma da própria Constituição.

O princípio da supremacia da Constituição conduz-nos, necessariamente, então, a um sistema de verificação de conformidade entre os atos normativos em geral e o texto constitucional. No cotidiano, entretanto, as leis ordinárias deverão pautar-se pelo princípio superior estabelecido como premissa da vontade geral da sociedade, expressa pelos constituintes originários no texto constitucional supremo.

Para o jurista pátrio pernambucano, Pinto Ferreira, o princípio da *supremacia constitucional* é o “alicerce em que se assenta o edifício do moderno direito político”³³ e hoje adotado em todas as democracias, republicanas ou monárquicas

Tal princípio surgiu com o chamado *Constitucionalismo*, movimento político-jurídico advindo da promulgação da primeira constituição orgânica do mundo, como referido retro, a Constituição dos EUA, de 1787, que resultou da Convenção da Filadélfia. Sintética e objetiva, a Constituição norte-americana é em grande parte a consagração das doutrinas iluministas de John Locke, J.J. Rousseau, Montesquieu, mas bastante aprimorada pelo *system of checks and balances*, de Alexander Hamilton e James Madison, no *The Federalist*.³⁴

O pressuposto da supremacia da Constituição sobre todas as demais normas jurídicas – o que nos conduz à idéia de sistema legal, conjunto harmônico das regras de Direito que regem determinadas sociedades – exige então mecanismos jurídico-políticos visando a evitar que normas jurídicas sejam aprovadas ou se mantenham no sistema em desacordo com a Constituição. O conjunto desses mecanismos de defesa da intangibilidade da constituição, é que se denomina controle de constitucionalidade.

O controle ou fiscalização de constitucionalidade em sentido amplo, é a mera verificação de compatibilidade dos atos infraconstitucionais, lei, decreto, medida provisória, ato administrativo, normativo ou concreto, atos judiciais e até contrato e declarações unilaterais de vontade entre particulares, segundo Slaibi Filho³⁵ com o texto constitucional. Ato jurídico máximo, do qual todos os outros derivam. No sentido estrito, o controle resume-se à avaliação de conformidade entre uma lei ou um ato normativo genérico e abstrato e a Constituição.

Inconstitucionalidade é, portanto, o vício de que padecem as leis que provenham de órgão que a Constituição não considere competente, ou que não tenham sido elaboradas de acordo com o processo nela prescrito ou contenham normas opostas às constitucionalmente consagradas. Nessa

³³ FERREIRA, Pinto. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo. Saraiva. 1978. p. 99

³⁴ HAMILTON, Alexander e Madison, James e J.Jay. **The Federalist paper**. Harmondsworth, Penguin. USA. Books, 1961.

³⁵ SLAIBI FILHO, Nagib. **A constitucionalização do direito: a constituição como locus da hermenêutica jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2003. p 43

definição, podem-se detectar a inconstitucionalidade por três formas de vícios: a) a orgânica, por vício da incompetência; b) a formal, por vício do desrespeito ao processo legislativo e c) a material, por vício de conteúdo por ofensa às regras máximas.

Outrossim, costuma-se diferenciar a inconstitucionalidade conforme ocorra por ação ou omissão. Tradicionalmente, reconhecia-se a inconstitucionalidade por ação, cujos exemplos estão demonstrados na ocorrência dos vícios citados acima. Hoje, no texto constitucional brasileiro, acrescentou-se, também, a inconstitucionalidade por omissão, na forma do previsto no § 2º do art. 103 da Constituição Federal de 1988, onde se lê:

Art. 103 ...

§ 2.º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias...

A inconstitucionalidade por omissão ocorre, portanto, quando não tornados efetivas normas legislativas ou procedimentos administrativos necessários para a plena aplicação de normas constitucionalmente previstas. Muitas normas constitucionais não são de aplicação direta, necessitando de uma lei ou ato administrativo posterior para torná-la factível.

Daí que, caracterizam a inconstitucionalidade por omissão a não elaboração das providências legislativas ou administrativas para a plenificação do mandamento constitucional.

Na jurisprudência da Suprema Corte Brasileira, tanto a omissão total, como a parcial do legislador são reconhecidas como inconstitucionalidade por omissão.

Os sistemas de controle de constitucionalidade são classificados, pelos seguintes critérios: 1) quanto ao momento em que é exercido; 2) quanto ao órgão controlador e 3) quanto à natureza do controle exercido. Em relação ao momento em que exercido, o controle pode ser preventivo ou *a priori* e repressivo, sucessivo ou *a posteriori*.

De conformidade com o órgão que o exerça, o controle de constitucionalidade pode ser político, feito por órgão político-parlamentar, com a intervenção da corte constitucional, ou judicial, exercido por órgãos de natureza jurisdicional.

Consoante a sua natureza, o controle pode ser abstrato, exercido em tese, e concreto ou incidental. O controle abstrato caracteriza o sistema judicial concentrado, por via de ação direta: com efeito *erga omnes*. O controle incidental encarna o sistema judicial difuso, exercido por via de exceção, em cada caso concreto.

Da constatação fática de vários sistemas, bem como até por questão de lógica jurídica, pode-se aferir que, normalmente, o controle político da constitucionalidade casa-se com aquele exercido *a priori* ou preventivamente, tendo natureza abstrata concentrada.

Por outro lado, o controle judicial ou jurisdicional, é exercido *a posteriori* ou repressivamente, podendo sê-lo difuso, concentrado ou misto. Embora interesse mais de perto este estudo o controle judicial ou jurisdicional da constitucionalidade das leis, isto é, aquele exercido por órgãos de natureza judicial. É necessário também abordar o controle de constitucionalidade das leis de modo geral, focalizando o controle político, isto é, aquele exercido por órgãos políticos, para complementar a inteireza do tema enfocado.

A adoção de um ou outro sistema condiz com a evolução histórico-política de cada Estado. A união dos controles judiciais, difuso e concentrado dá origem ao chamado controle jurisdicional ou judicial misto de constitucionalidade.

1.1 O CONTROLE POLÍTICO DE CONSTITUCIONALIDADE

Controle político de constitucionalidade é aquele em que a verificação do exame da constitucionalidade das leis é confiado a um órgão de natureza política, como o Poder Legislativo ou a um órgão especialmente criado para o mister.

Em princípio, o controle político é exercido *a priori*, em tese e *erga omnes*. De fato, exercido geralmente no momento da elaboração legislativa, na sua fase final, antes de ir à

sanção do Executivo, portanto, antes da publicação da lei, não atingiu ainda os casos concretos, por isso que exercido em caráter abstrato, podendo ser dirigido eficazmente contra todos.

Como exemplo de controle de constitucionalidade político, podemos citar o sistema francês. É um tipo propriamente jurisdicional de controle de constitucionalidade das leis, admitindo, ao invés, apenas um tipo de controle de caráter puramente político, ou seja:

sempre foi tenazmente imposta nas Constituições francesas, embora concebidas como Constituições rígidas e não flexíveis.³⁶ Todas as vezes em que, nas constituições francesas, se quer inserir um controle de conformidade substancial das leis ordinárias em relação à norma constitucional, este controle foi confiado, de fato, a um órgão de natureza, decididamente, não-judiciária. Assim aconteceu nas constituições dos dois Napoleões, isto é, a do ano VIII (13 de dezembro de 1799), a qual, nos artigos 25-28, confiava o controle ao *Sénat Conservateur*, e a de 12 de janeiro de 1852, a qual, nos artigos 25-28, confiava o controle ao *Sénat*; e, igualmente, aconteceu na Constituição da IV República, de 27 de outubro de 1946, que confiava ao *Comité Constitutionnel* um muito limitado poder de controle preventivo – isto é, exercitável apenas antes da promulgação – da legitimidade constitucional das leis. Nem muitíssimo diversa pode, enfim, ser considerada a solução adotada na Constituição da V República, de 4 de outubro de 1958, e até agora em vigor, que confia o controle de constitucionalidade sempre apenas em via preventiva, ao *Conséil Constitutionnel*.³⁷

O sistema de controle de constitucionalidade, como ocorre com todos os modos de agir de cada cultura, é especialmente marcado e condicionado pelo contexto histórico – sociológico de cada país.

Na França percebe-se bem essa característica, o por quê da escolha do controle político e não judicial da constitucionalidade das leis. Vêm-se seus antecedentes na organização da *ancien regime* nos governos absolutistas que marcaram a atividade política daquele país. A justiça, sob os reinados absolutistas era exercida por mandatários dos reis, que a aplicavam segundo suas próprias diretrizes. Era venal no sentido literal da palavra. A distribuição de justiça era atividade paga, remunerada e aplicada consoante o talante dos nobres que a exerciam. Portanto, com a Revolução, aquelas injustiças praticadas e represadas no anseio popular foram extravasadas. Confiou-se absolutamente à Assembléia Popular o seu exercício, além da tarefa

³⁶ COLLIARD, Claude-Albert. **Libertes Publiques**. 5ªed. Paris: Dalloz. 1989, p 35.

³⁷ ABRAHAM, Henry J. **The Judicial Process: an introductory analysis of the courts of the united states, England and France**. New York: Oxford University Press, 1962, p. 263

específica de fazer as leis. Por isso, os juízes não poderiam sequer interpretar as leis, mas aplicá-las tal e qual continham nos textos legislativos aprovados pela assembleia do povo. Razão pela qual só quem provoca o controle de constitucionalidade na França até hoje é a Assembleia do Povo, que delega tal poder ao *Conséil Constitutionnel*, antes da sua sanção. Aos juízes cabe simplesmente aplicar a lei sancionada, sem poder recusar a sua efetividade tal qual vem determinada nos textos de lei.

Às razões históricas da solução tradicionalmente adotada na França acrescentam-se as razões ideológicas, de resto, estreitamente ligadas às primeiras. Basta pensar em Montesquieu e na doutrina da separação dos poderes, doutrina que, em sua mais rígida formulação, foi não erradamente, considerada absolutamente incompatível com toda possibilidade de interferência dos juízes na esfera do poder legislativo, visto, além disto – especialmente por força dos desenvolvimentos rousseauianos daquela doutrina – como a direta manifestação da soberania popular. Daí, aquela “hostilidade que na França [...] sempre se nutriu contra a idéia de que os atos dos órgãos superiores, e sobretudo das Assembleias parlamentares, representativas da soberania nacional, fossem submetidos a controle” por parte dos juizes...³⁸

Bastam incursões à célebre obra do Barão de Montesquieu e Sécondat, e ao Controle Social, de Jean Jacque Rousseau, para se aferirem as razões ideológicas que afastaram também o controle judicial na questão da validade e constitucionalidade das leis, especialmente no momento de sua aplicação aos casos concretos pelos juízes, que deveriam se restringir aos *bouches de la lois* – boca da lei, tão só.

No *Espirit des Lois*, Montesquieu não admite interferência de um poder sobre outro, estabelecendo a rígida separação dos poderes, enquanto seria intolerável, na doutrina rousseauiana a interferência de órgãos de inferior hierarquia nas decisões da assembleia popular soberana.

...Naturalmente, na solução que prevaleceu, na França, também razões práticas se unem àquelas, históricas e ideológicas, há pouco consideradas. Certo é que as instituições jurídicas tendem, necessariamente, adequar-se às urgentes e mutáveis exigências da vida prática, às vezes, na verdade, com defasagens de excessiva antecipação ou, mais freqüentemente, de excessivo atraso, em relação ao evoluir daquelas exigências. Evidentemente, a exigência prática prevalente, sentida na história

³⁸ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 98

francesa de mais de um século e meio até hoje, foi a de assegurar, especialmente mediante o glorioso instituto do *conseil d'Etat*, uma tutela contra as ilegalidades e os abusos do poder executivo, e também, especialmente através da *Cour de Cassation*, contra as ilegalidades do poder judiciário, antes que a de assegurar uma tutela contra os excessos do poder legislativo. E, até, quando, com a Constituição de 1958, se quis por um fortíssimo limite aos poderes do Parlamento, isto se fez aumentando os poderes do Executivo e sobretudo os do Chefe de Estado, antes que os do Judiciário.³⁹

Ainda que razões de ordem prática fossem alegadas no estabelecimento do controle político da constitucionalidade das leis, vê-se no fundo, sempre a aversão prática à idéia de submeter aos juízes o controle das práticas ilegais até do parlamento. Prefere-se, como na reforma da Constituição da quinta República, aumentar-se o poder do executivo a outorgar ao judiciário o exame de ilegalidades. É forte naquele País o preconceito histórico de repúdio aos juízes, que, sequer, são lá considerados como um dos Poderes do Estado conforme previa Montesquieu. São apenas tratados na Constituição Francesa, como uma autoridade judiciária vinculada ao poder executivo, que compartilha a qualidade de poder apenas com o legislativo.⁴⁰

Com efeito, prevê o texto da atual constituição francesa a existência de um Conselho Constitucional, que se pronunciará, quando argüido por órgãos políticos, sobre a constitucionalidade de lei aprovada pelo Poder Legislativo. O momento de sua pronúnciação é aquele imediatamente anterior à fase de publicação do ato legislativo, sanção do Presidente da República, portanto, *a priori* ou preventivo. Se for proclamada a sua inconstitucionalidade, este parecer será acatado pelo Executivo que, então, vetará a matéria; ao revés, se o parecer do Conselho Constitucional for pela constitucionalidade da lei, esta será sancionada e publicada. Não é admitida, posteriormente, qualquer argüição de inconstitucionalidade da lei perante os órgãos judiciais.

Bem verdade que, como acentua Mauro Cappelletti, cada país adota o sistema que lhe impôs a sua história. Mais do que vontade livre de cada eleitor ou constituinte, esta marca registrada é aplicada pelos acontecimentos históricos que marcaram aquele povo, aquela nação

³⁹ CAPPELLETTI, *op. cit.*, p. 96-9.

⁴⁰ FRANÇA. Constituição Francesa, art. 64. **Journal Officiel de la République Française**. Paris. 1119. p. 217. 1995.

1.2 O CONTROLE JUDICIAL OU JURISDICIONAL DA CONSTITUCIONALIDADE

Controle judicial ou controle jurisdicional, *judicial review* ou *control jurisdiccional* é aquele em que o controle da constitucionalidade das leis é confiado aos órgãos judiciários, ao Poder Judiciário e aos juízes. Neste sistema, o controle da constitucionalidade das leis é exercido posteriormente à sua publicação. Pode ser procedido por dois métodos: o difuso ou concreto, e o concentrado ou abstrato.

O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis é exercido, pois, de modo especial, nos Estados Unidos da América, país que o instituiu, pelo método difuso. Inclusive, em razão de ter sido posto em prática o sistema norte-americano de *judicial review of the constitutionality of legislation*, tem-se que com a Constituição norte-americana iniciou-se a época do constitucionalismo, com a concepção da *supremacy of the Constitution* em relação às leis ordinárias. A Constituição norte-americana representou, em síntese, o modelo das assim chamadas Constituições rígidas, contrapostas às constituições flexíveis, ou seja, o arquétipo daquelas Constituições que não podem ser mudadas ou derogadas, através de leis ordinárias, mas eventualmente, apenas através de procedimentos especiais de revisão constitucional.

A *judicial review* desenvolveu-se sobremodo fundada na doutrina do *Chief-Justice Marshall*, de 1803, prolatada no famoso caso *Marbury x Madison*, que proclamou o princípio da supremacia da norma constitucional, já também sustentada nos escritos de Hamilton e Madison, concentrados no *The Federalist*.⁴¹ Nessa obra, consagrou-se o *Checks and Balances System*, sustentáculo do princípio do controle da constitucionalidade das leis, ou seja do *judicial review*.⁴²

Portanto, a primeira manifestação concreta de controle de constitucionalidade surgiu nos Estados Unidos do Norte, em 1803, por meio da via jurisprudencial. Como referido, trata-se da demanda judicial entre *Marbury* e *Madison*. Na discussão judicial desse caso, o Juiz Presidente da Suprema Corte teve oportunidade de afirmar a supremacia da Constituição pelo reconhecimento do direito-dever do Poder Judiciário de verificar, no curso da atividade

⁴¹. HAMILTON, Alexander e Madison, James e J.Jay. **The Federalist paper**. Harmondsworth, Penguin. USA. Books, 1961.

⁴² CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p.46.

jurisdicional, a conformidade de uma norma perante a Constituição. Em havendo contrariedade entre a norma infraconstitucional e a própria Lei Magna, o juiz deve então aplicar a norma superior, ou seja, a regra de Constituição, por ser o fundamento de validade de todo o sistema legal; e ser a expressão político-jurídica do pacto de convivência de uma sociedade política.

A validade de uma norma jurídica fica assim condicionada à sua conformidade com o texto constitucional. Entre os norte-americanos, esse sistema de controle de constitucionalidade, é denominado *judicial review*.

1.2.1 O CONTROLE JURISDICIONAL DIFUSO DA CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS CONSOANTE O PARADIGMA NORTE-AMERICANO

O controle da constitucionalidade nos Estados Unidos da América faz-se em obediência à norma do art. 3º, Seção II e art. 6º da Constituição da Filadélfia, judicialmente, pelos órgãos do Poder Judiciário, isto é, por todos os Juízes e Cortes, Federais e Estaduais, até a Suprema corte Americana, conforme art. 3º, Seção II, da Constituição dos Estados Unidos.⁴³

Os juízes norte-americanos deverão considerar inválidas ou sem efeito a lei que contiver disposição contrária à Constituição Federal consoante art. 6º, da Constituição dos Estados Unidos.⁴⁴

⁴³ Seção 2 A competência do Poder Judiciário se estenderá a todos os casos de aplicação da Lei e da Equidade ocorridos sob a presente Constituição, as leis dos Estados Unidos, e os tratados concluídos ou que se concluírem sob sua autoridade; a todos os casos que afetem os embaixadores, outros ministros e cônsules; a todas as questões do almirantado e de jurisdição marítima; às controvérsias em que os Estados Unidos sejam parte; às controvérsias entre dois ou mais Estados, entre um Estado e cidadãos de outro Estado, entre cidadãos de diferentes Estados, entre cidadãos do mesmo Estado reivindicando terras em virtude de concessões feitas por outros Estados, enfim, entre um Estado, ou os seus cidadãos, e potências, cidadãos, ou súditos estrangeiros. Em todas as questões relativas a embaixadores, outros ministros e cônsules, e naquelas em que se achar envolvido um Estado, a Suprema Corte exercerá jurisdição originária. Nos demais casos supracitados, a Suprema Corte terá jurisdição em grau de recurso, pronunciando-se tanto sobre os fatos como sobre o direito, observando as exceções e normas que o Congresso estabelecer. O julgamento de todos os crimes, exceto em casos de impeachment, será feito por júri, tendo lugar o julgamento no mesmo Estado em que houverem ocorrido os crimes; e, se não houverem ocorrido em nenhum dos Estados, o julgamento terá lugar na localidade que o Congresso designar por lei.

⁴⁴ ARTIGO VI. Todas as dividas e compromissos contraídos antes da adoção desta Constituição serão tão válidos contra os Estados Unidos sob o regime desta Constituição, como o eram durante a Confederação. Esta Constituição e

Portanto, além de judicial, o controle é difuso, e exercido por via de exceção, em cada caso concreto. Tal poder pertence, pois, aos órgãos judiciários que o exercitam incidentalmente, na ocasião da decisão das causas de sua competência. Em relação ao momento em que é exercido, ele é repressivo ou feito *a posteriori*.

Além de estar latente no texto constitucional da Filadélfia, de 1787, o mecanismo de controle judicial difuso, de constitucionalidade das leis, foi explicitado com muita clareza na famosa sentença de 1803 do *Chief Justice* John Marshall no caso *Marbury versus Madison*., como segue:

A Constituição Federal norte-americana de 1787, dispunha, ao invés, expressamente, no art. VI, cláusula 2^a, que: *'this Constitution (...) shall be the supreme Law of the Land; and the judges in every State shall be bound thereby (...)'*. Este texto, na interpretação que dele se impôs especialmente por mérito de John Marshall, foi de importância fundamental e de profundo caráter inovador: ele fixou, por um lado, aquilo que foi chamado, precisamente, de a supremacia da Constituição, e impôs, por outro lado, o poder e o dever dos juizes de negar aplicação às leis contrárias à Constituição mesma. É famosa, a este respeito, a sentença da *Supreme Court* (redigida por seu *Chief Justice*, John Marshall) na causa *Marbury versus Madison* de 1803, na qual a alternativa entre Constituições rígidas e Constituições flexíveis e a necessidade de uma escolha entre uma e outra das duas soluções encontram-se enunciadas com insuperável clareza. É de todo evidente – diz-se com precisão naquela sentença – que ou a constituição prepondera sobre os atos legislativos que com ela contratam ou o poder legislativo pode mudar a Constituição através de lei ordinária. Não há meio termo entre estas duas alternativas. Ou a Constituição é uma lei fundamental, superior e não mutável pelos meios ordinários, ou ela é colocada no mesmo nível dos atos legislativos ordinários e, como estes, pode ser alterada ao gosto do poder legislativo. Se é correta a primeira alternativa, então é preciso concluir que um ato legislativo contrário à Constituição não é lei; se é correta, ao contrário, a segunda alternativa, então quer dizer que as Constituições escritas outra coisa não são que absurdas tentativas de limitar um poder que é, por sua natureza, ilimitável.⁴⁵

No paradigma norte-americano, portanto, instituído pela Constituição da Filadélfia, de 1787, ela própria estabelecia no seu art. VI, cláusula 2^a, que seria a Lei Suprema da

as leis complementares e todos os tratados já celebrados ou por celebrar sob a autoridade dos Estados Unidos constituirão a lei suprema do país; os juizes de todos os Estados serão sujeitos a ela, ficando sem efeito qualquer disposição em contrário na Constituição ou nas leis de qualquer dos Estados. Os Senadores e Representantes acima mencionados, os membros das legislaturas dos diversos Estados, e todos os funcionários do Poder Executivo e do Judiciário, tanto dos Estados Unidos como dos diferentes Estados, obrigam-se-ão por juramento ou declaração a defender esta Constituição. Nenhum requisito religioso poderá ser erigido como condição para a nomeação para cargo público.

⁴⁵ CAPPELLETTI, op. cit. p. 47-8

terra americana, e que todos os juizes nos Estados Federados estavam adstritos à sua aplicação. Quer dizer, que além do seu caráter de supremacia sobre toda e qualquer lei que originasse do Parlamento, também o corpo de juizes americanos estavam no dever de rejeitar aplicação às leis que contrariassem os seus ditames.

O dilema imposto por Marshall em sua célebre sentença não tem escolha: ou vale a Constituição e o parlamento também é obrigado a observar as suas normas, ou os parlamentares podem escrever leis contrárias ao texto constitucional e é vão o intuito da constituição escrita de limitar e submeter a si todos os Poderes, em especial o Legislativo.

A opção do *Chief Justice* Marshall, com a proclamação da supremacia da Constituição sobre as outras leis e com o conseqüente poder dos juizes de não aplicar as leis inconstitucionais, certamente representou então, repito, uma grande e importante inovação. E se é verdadeiro que hoje quase todas as Constituições modernas do mundo ‘ocidental’ tendem, já, a afirmar o seu caráter de Constituições rígidas e não mais flexíveis, é também verdadeiro, no entanto, que este movimento, de importância fundamental e de alcance universal, foi efetivamente, iniciado pela Constituição norte-americana de 1787 e pela corajosa jurisprudência que a aplicou.

E, no entanto, afirmei e pretendo demonstrar agora que a sedutora tese acima exposta, de James Grant, não é (nem, presumivelmente, tem a pretensão de ser) historicamente de todo correta. De fato, embora não expressa e conscientemente configurada como ‘supremacia da Constituição’ em relação às leis ordinárias, existiu, no entanto, também em outros e mais antigos sistemas jurídicos, uma espécie de *supremacia de uma dada lei ou de um dado corpo de leis* – que, em terminologia moderna, poderemos, exatamente, chamar de leis ‘constitucionais’ ou ‘fundamentais’, *Grundgesetze* – em relação às outras leis que, sempre em terminologia moderna, podemos chamar de leis ‘ordinárias’... (Grifos originais.)⁴⁶

Daí, o mérito maior, tanto da Constituição de 1787 da Filadélfia, como da doutrina e jurisprudência interpretada e estabelecida pela sentença de Marshall, como os fundadores da moderna teoria da supremacia da Constituição sobre as demais leis infra-constitucionais, submetendo e limitando os poderes do Estado à sua obediência. Consagrou-se, ademais, no contexto do mundo ocidental o conceito de Constituição rígida, como texto supremo, que pode ser modificada sim, mas não naquilo que têm de essencial em suas cláusulas pétreas, ao mesmo tempo em que estabelece os procedimentos exigidos para a reforma da parte que pode

⁴⁶ CAPPELLETTI, *op. cit.*, p. 49.

sofrer modificação com o passar dos tempos e as necessidades novas surgidas. Na lição de Mauro Cappelletti, assim se desenvolve:

a função de todos os juízes é a de interpretar as leis. A fim de aplicá-las aos casos concretos de vez em vez submetidos a seus julgamentos;

uma das regras mais óbvias da interpretação das leis é aquela segundo a qual, quando duas disposições legislativas estejam em contraste entre si, o juiz deve aplicar a prevalente;

tratando-se de disposições de igual força normativa, a prevalente será indicada pelos usuais, tradicionais critérios *'lex posterior derogat legi priori'*, *'lex specialis derogat legi generali'*, etc.;

mas, evidentemente, estes critérios não valem mais – e vale, ao contrário, em seu lugar, o óbvio critério *'lex superior derogat legi inferiori'* – quando o contraste seja entre disposições de diversas força normativa: a norma constitucional, quando a Constituição seja *'rígida'* e não *'flexível'*, prevalece sempre sobre a norma ordinária contrastante, do mesmo modo como a lei ordinária prevalece, na Itália assim como França, sobre o regulamento, ou seja, na terminologia alemã, as *Gesetze* prevalecem sobre as *Verordnungen*.

Logo, conclui-se que qualquer juiz, encontrando-se no dever de decidir um caso em que seja *'relevante'* uma norma legislativa ordinária contrastante com a norma constitucional, deve não aplicar a primeira e aplicar, ao invés, a segunda.⁴⁷

Mais uma vez, o grande jurista italiano, sucessor de Francisco Carnelutti, em sua cátedra, ressalta o poder – dever, a obrigação do juiz de aplicar a norma superior, isto é, a norma constitucional, quando ocorra o conflito com a regra infra-constitucional, exercendo a *judicial review*.

Este dever decorre, como ressaltado, da imposição do princípio da supremacia da constituição consagrado pela doutrina e jurisprudência americana decorrente da elaboração de Jonh Marshall em Madison x Marbury⁴⁸, com assento no texto da Constituição de Filadélfia. Esta doutrina repercutiu com estrépito e influenciou a partir de então, toda elaboração constitucional e jurídica no mundo ocidental, em especial nas nascentes nações do continente e na Europa. Hoje, em face da hegemonia econômica e política e militar dos Estado Unidos da América essa

⁴⁷ CAPPELLETTI. op. cit. 49

⁴⁸ vide Anexo XIV

influência atinge até os países do extremo da Ásia, como o Japão⁴⁹, além de ex-colônias inglesas como o Canadá, a Austrália e a Índia.⁵⁰

Sendo os Estados Unidos um país de tradição de *Common law*, em que o *Judicial review* exercido por todo o poder judiciário, através do método difuso, nele vale, de fato, isto quer dizer que:

o fundamental princípio do *stare decisis* (precedentes), por força do qual ‘*a decision by the highest court in any jurisdiction is binding on all lower courts in the same jurisdiction*’. O resultado final do princípio do vínculo aos precedentes é que, embora também nas Cortes (estaduais e federais) norte-americanas possam surgir divergências quanto à constitucionalidade de uma determinada lei, através do sistema das impugnações a questão de constitucionalidade poderá acabar, porém, por ser decidida pelos órgãos judiciários superiores e, em particular, pela *Supreme Court* cuja decisão será, daquele momento em diante, vinculatória para todos os órgãos judiciários. Em outras palavras, o princípio do *stare decisis* opera de modo tal que o julgamento de inconstitucionalidade da lei acaba, indiretamente, por assumir uma verdadeira eficácia *erga omnes* e não se limita então a trazer consigo o puro e simples efeito da não aplicação da lei a um caso concreto com possibilidade, no entanto, de que em outros casos a lei seja, ao invés, de novo aplicada. Uma vez não aplicada pela *Supreme Court* por inconstitucionalidade, uma lei americana, embora permanecendo ‘on the books’, é tornada ‘a dead law’, uma lei morta, conquanto pareça que não tenham faltado alguns casos, de resto excepcionalíssimos, de revivescimento de uma tal lei por causa de uma ‘mudança de rota’ daquela Corte.

Da aplicação dos precedentes então, no sistema americano, resulta, quase naturalmente, a força vinculante das decisões da suprema corte americana. A aplicação dos *stare decisis* importa por assumir uma eficácia *erga omnes*, a tal ponto que a lei declarada inconstitucional não será de novo aplicada aos novos casos, embora reste descansando nos livros como “lei morta”.

... Vê-se, deste modo, como aquele simples e claro raciocínio, que, como disse, fora já limpidamente formulado por Hamilton no *Federalista* e que, depois, esteve na base da sentença de 1803, no caso *Marbury versus Madison*, tenha vindo, na realidade, a operar em um plano enormemente mais vasto e comprometedor do que aquele que, à primeira

⁴⁹ KIYOMIYA, Shirô. Verfassungsgerichtsbarkeit in Japan, in Max-Planck-Institut, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart, cit. p. 328, 336; Kazuhiro Hayashida, **Constitutional Court and Supreme Court of Japan, in Die moderne Demokratie und ihr Recht**. Festschrift für Gerhard Leibholz zum 65. Geburtstag, II, Tübingen, Mohr, 1966, p. 422s.

⁵⁰ McWHINNEY, Edward. **Constitutional Review in the Common wealth**, in Max-Planck-Institut Für Ausländisches Öffentliches Recht Und Völkerrecht, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart. Länderberichte und Rechtsvergleichung, Herausgegeben von Hermann Mosler, Köln-Berlin, Heymanns, 1962, p. 75

vista, se podia imaginar. Na verdade, aquele raciocínio inclinava-se, aparentemente, a resolver o problema da inconstitucionalidade das leis no terreno da pura e simples interpretação das próprias leis: já que – dizia-se – a lei constitucional é ‘mais forte’ do que a lei ordinária, o juiz, devendo decidir um caso em que seria relevante uma lei que ele julgue contrária à norma constitucional, deve ‘interpretar o direito’ no sentido de dar a prevalência à norma constitucional, e não, àquela inconstitucional. Portanto: não *invasão* do juiz na esfera do poder legislativo, mas, antes, pura e simples *não aplicação* da lei naquele dado caso concreto. Mas eis, ao invés, que, mediante o instrumento do *stare decisis*, aquela ‘mera não aplicação’, limitada ao caso concreto e não vinculatória para os outros juízes e para os outros casos, acaba, ao contrário, por agigantar os próprios efeitos, tornando-se, em síntese, uma verdadeira *eliminação*, final e definitiva, válida para sempre e para quaisquer outros casos, da lei inconstitucional: acaba, em suma, por tornar-se uma verdadeira *anulação da lei*, além disso, com efeito, em geral, retroativo.⁵¹

Sem invadir a esfera própria de outro poder, no caso, do Legislativo, o juiz constitucional, que, ademais, são do sistema de controle difuso da constitucionalidade, pelo fato de deixar de aplicar a lei considerada inconstitucional, acaba por decidir em espectros de efeitos maiores que tal o proporcionado pelo princípio da supremacia da lei constitucional. Neste caso, ele torna “lei morta” aquela que contraria a determinação da norma constitucional.

Assim, muito embora o método americano seja o de controle difuso, que pertence aos juízes, inferiores e superiores, estaduais e federais, é também verdadeiro, no entanto, que praticamente a última palavra acaba por competir às cortes superiores e, definitivamente, à *Supreme Court* federal, através do sistema de impugnações pelo menos no que concerne à conformidade com a Constituição Federal, cujas decisões, por força da regra do *stare decisis*, são, portanto, vinculatórias para todos os outros juízes e não apenas no caso concreto em que a questão tenha surgido”.⁵²

A teoria da supremacia da constituição nasceu e foi desenvolvida nos Estados Unidos, portanto, pela suprema corte americana que esteve presente em todos os momentos da evolução político-institucional daquele país, a partir de sua independência política.

⁵¹ CAPPELLETTI, *op. cit.*, p. 80-2.

⁵² CAPPELLETTI, *op. cit.*, p. 85-6.

Os constituintes da Filadélfia, em 1787, ao elaborarem a constituição, acabaram por proporcionar o duplo objetivo de formar a união das colônias inglesas da América, constituindo um estado soberano, libertando-se do jugo da Inglaterra, e também implantando um sistema de governo democrático, assim resumido por Abraham Lincoln: “Um governo do povo, para o povo e pelo povo.”⁵³ A constituição era a expressão suprema da vontade do povo americano. Para interpretá-la, previram, no art. 3º do seu estatuto fundamental, uma organização jurisdicional, composta de uma Corte Suprema e tribunais inferiores para dirimir quaisquer ofensas aos direitos nela inscritos, expressados em seu artigo III.⁵⁴

A Seção I do art. III da Constituição Americana estabelece a competência dos órgãos do Poder Judiciário, a começar pela Corte Suprema até o último dos juízes criados pelo Congresso.

Seção II. A competência do Poder Judiciário se estenderá a todos os casos, de direito e equidade, surgidos sob esta Constituição, sob as leis dos Estados Unidos e os tratados celebrados ou que se celebrarem sob sua autoridade; a todos os casos que atinjam embaixadores, outros ministros e cônsules; a todos os casos de almirantado e jurisdição marítima. Às controvérsias em que os Estados Unidos sejam parte; às controvérsias entre dois ou mais Estados; entre um Estado e cidadãos de outros Estados; entre cidadãos de Estados diferentes; entre cidadãos do mesmo Estado reclamando terras em virtude de concessões feitas por outros Estados e entre um Estado ou cidadão deste e os Estados, cidadãos ou súditos estrangeiros.

Em todos os casos concernentes a embaixadores, outros ministros e cônsules e naqueles em que um Estado for parte, a Corte Suprema terá jurisdição originária. Nos demais casos supracitados, a Corte Suprema terá jurisdição em grau de recurso, podendo rever tanto as questões de direito como as de fato, com as exceções e de acordo com as regras estabelecidas pelo Congresso.

O julgamento de todos os crimes, salvo nos casos de *impeachment*, será feito pelo júri; e tal julgamento se fará no Estado em que houverem sido cometidos os ditos crimes; se, porém, o crime não houver ocorrido em nenhum dos Estados, o julgamento será no lugar ou lugares que o Congresso designar por lei ... [Sem grifos no autor].⁵⁵

⁵³ Discurso em homenagem aos heróis da Guerra Civil mortos na Batalha de Gettysburg – 1863.

⁵⁴ Art. III da Constituição dos Estados Unidos: Seção I. O Poder Judiciário dos Estados Unidos será exercido por uma Corte Suprema e pelos tribunais inferiores que o Congresso periodicamente criar e estabelecer. Os juízes, tanto os da Corte Suprema como os dos tribunais inferiores, conservarão seus cargos enquanto tiverem bom desempenho e receberão nas datas fixadas remuneração pelos seus serviços, que não poderá ser diminuída durante a permanência em suas funções.

⁵⁵ MEADOR, Daniel John. **Os tribunais nos Estados Unidos**. Brasília : Serviço de Divulgação e Relações Culturais dos Estados Unidos da América (USIS), 1996, p. 97-8.

A Seção II do mesmo artigo especifica a competência dos juízes e a competência originária e recursal da Corte Suprema, inclusive a competência do júri para todos os crimes. Determina, outrossim, a competência territorial do lugar da ocorrência dos crimes, e no caso de não haver ocorrido em nenhum Estado, será o Congresso quem estabelecerá por lei, o foro do julgamento.

Guardião máximo da Constituição Americana, a Corte Suprema e, por decorrência, os demais tribunais, é que dizem o que é a Constituição, a Lei Suprema da Nação. Tal é a clássica frase do *Justice Hughes*, Charles Evans: “*Vivemos sob uma Constituição, mas a Constituição é aquilo que os juízes dizem que é. Quem decide, em última instância, sobre o significado das palavras da Constituição, é a Suprema Corte.*”⁵⁶

Daí, pode-se dizer que a história do controle da constitucionalidade das leis, da interpretação constitucional americana, confunde-se com a da Suprema Corte. Efetivamente, o controle da constitucionalidade das leis já era prenunciado no texto constitucional dos Estados Unidos de 1787, embora não expressamente estabelecido. Com efeito, consoante estabelecido no art. 6º da Constituição⁵⁷, nenhuma lei estatutária (*Statue law*) é válida ou tem efeito se contiver disposição contrária à Constituição. Outrossim, o citado art. 3º, Seção II, da Constituição estabelecia o *Judicial review*, o princípio da apreciação judicial de todas as causas do direito e de equidade que nascessem da Constituição e das leis dos Estados Unidos e que a Constituição e as leis editadas em virtude de representarem a Lei Suprema do País. Outrossim, o controle da constitucionalidade decorre do próprio sistema americano de limitações e compensações, *check and balances system*, consoante rol elaborado por John Adams em carta a John

⁵⁶ POLLETTI, Ronaldo. **Controle da constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro : Forense, 2000, p. 42.

⁵⁷ “Article VI:

All Debts contracted and Engagements entered into, before the Adoption of this Constitution, shall be as valid against the United States under this Constitution, as under the Confederation.

This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding.

The Senators and Representatives before mentioned, and the Members of the several State Legislatures, and all executive and judicial Officers, both of the United States and of the several States, shall be bound by Oath or Affirmation, to support the Constitution; but no religious Test shall ever be required as a Qualification to any Office or public Trust under the United States.”

Taylor, citado por João Barbalho em comentário ao art. 15 da Constituição Federal de 1891: “... *Poder Judiciário contrabalança a autoridade do Legislativo, do Executivo e das autoridades dos Estados ...*”⁵⁸

Cada Poder atua na esfera que lhe é própria. Entretanto, quando o Judiciário, ao decidir qual a lei a ser aplicada no caso concreto, encontrar a vontade do Poder Legislativo em conflito com a vontade do povo, expressa na Constituição, haverá de reconhecer que o poder delegado à Legislatura excedeu-se. Por conseguinte, é nula aquela lei e é dever do tribunal tornar efetivo o mandamento constitucional, recusando execução ao ato legislativo, afastando-o.

Entretanto, somente em 1803, com a decisão do *Chief Justice* John Marshall, no caso citado *Marbury versus Madison*, é que foi pela primeira vez expressamente declarado o controle da constitucionalidade das leis, confirmada a teoria da supremacia constitucional, e, por conseguinte, o *Judicial review*.

A verdadeira jurisprudência, fundada nas idéias de Marshall, porém, somente iria prevalecer depois do aresto famoso do *Chief Justice*. Nunca é demais repetir que a função do controle da constitucionalidade das leis pelo Judiciário é, até, vedada em alguns países. Nos Estados Unidos da América ela estava, apenas, latente no texto Constitucional para aflorar na notável decisão de Marshall.

O caso *Marbury versus Madison* firmou a doutrina de controle difuso de constitucionalidade, no Judiciário da América do Norte e pode ser resumido no comentário do juriconsulto brasileiro Rui Barbosa à obra doutrinária do *Judicial review* americano, em que destaca a parte do trabalho de John Marshall, que tem como ponto fulcral o dilema insuperável :

Ou havemos de admitir que a Constituição anula qualquer medida legislativa, que a contrarie, ou anuir em que a legislatura possa alterar por medidas ordinárias a Constituição. Não há contestar o dilema. Entre as duas alternativas não se descobre meio-termo. Ou, a constituição é uma lei superior, soberana, irreformável por meios comuns; ou se nivela com os atos da legislação usual, e, como estes, é reformável ao saber da legislatura. Se a primeira proposição é verdadeira, então o ato legislativo, contrário à Constituição, não será lei. Se é verdadeira a Segunda, então as constituições escritas são absurdos esforços do povo, por limitar um poder de sua natureza ilimitável. Ora, com certeza todos os que têm formulado constituições escritas, sempre o fizeram

⁵⁸POLLETTI, Ronaldo. **Controle da constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro : Forense, 2000, p. 30.

com o intuito de assentar a lei fundamental e suprema da nação; e, conseguintemente, a teoria de tais governos deve ser que qualquer ato da legislatura, ofensivo da constituição, é nulo. Esta doutrina está essencialmente ligada às constituições escritas, e portanto, deve-se observar como um dos princípios fundamentais de nossa sociedade.”⁵⁹

Com efeito, ocorrendo contradição entre a lei elaborada pelo Legislativo e o texto constitucional, deve prevalecer a Constituição, que se fez escrita “para que sobre tais limites não ocorresse erro ou deslembração, fez-se escrita a constituição.”⁶⁰

Com que fim se estipularia essa estipulação a escrito, se os limites prescritos pudessem ser ultrapassados exatamente por aqueles, que ela se propunha a coibir? Acabou-se a distinção entre os governos de poderes limitados e os de poderes indefinidos, se os confins, que se estabelecem, não circunscreverem as pessoas, a que se impõem, e ficarem igualmente obrigados os atos permitidos e os atos defesos.⁶¹

A evolução da doutrina do *Judicial review* confunde-se com a própria história da Corte Americana. Dificuldades tiveram que ser superadas para a implantação e consolidação da doutrina do controle. Basta dizer que até a guerra civil americana de 1860 somente duas vezes foi declarada a inconstitucionalidade das leis. Em 1803, no caso inaugural *Marbury x Madison* e, em 1857, no *Dred Scott case*. De 1803 a 1900, somente 26 casos ocorreram. Até há pouco tempo, somente 79 julgados haviam ocorrido. O papel da Suprema Corte como intérprete da Constituição assentou-se também na marcante figura de seus juízes, dentre os quais podemos citar além de *Marshall Story*, Taney, sucessor de Marshall, Holmes, Brandeis, Hughes e Cardozo.

Os precedentes da Suprema Corte impuseram-se, nessa sua longa história. Teve períodos conservadores até o advento do *New Deal*, de Roosevelt. Houve decisões reacionárias, como a de 1895, declarando inconstitucional o imposto de renda. Mas no seu enfrentamento com os problemas sociais, políticos, econômicos e internacionais, como os quais se viu a cabo, a Suprema Corte tem-se posicionado pela evolução histórica. A defesa da intervenção federal em favor dos direitos civis e as recentes decisões do juiz Warren contra a discriminação racial e a relativa aos documentos secretos, em 1971, revelam isso. O enfrentamento de Roosevelt com a

⁵⁹ BARBOSA Rui, **Atos Inconstitucionais**. Campinas, SP: Russel. 2003. p. 43-45

⁶⁰ POLETTI, op. cit., p. 39

⁶¹ POLETTI, op. cit., p. 40.

Corte Suprema, quando da implantação do programa *New Deal* para superação da grande depressão de 1929, foi decisivo para a ocorrência de uma postura menos conservadora e mais atenta à evolução dos fatos na Corte Suprema. Daí, suas novas decisões e precedentes encarando os novos tempos.

1.2.2. O CONTROLE JURISDICIONAL CONCENTRADO

O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis pelo método concentrado nasceu já no século XX, na Áustria, na Constituição de 1920/9, concebida pelo gênio de Hans Kelsen, pai da Teoria Pura do Direito.

É sempre exercido de *in abstracto*, em tese, válida a decisão *erga omnes*. A tarefa é confiada a uma Corte Constitucional, apenas, e não a todos os membros do Poder Judiciário, como ocorre no método difuso. Desde então, este método de controle jurisdicional da constitucionalidade das leis tem sido adotado por diversos países no mundo em especial na Europa.

Sobretudo após a 2ª Grande Guerra, a Europa, seguiu o controle concentrado, onde é exercido pelas cortes constitucionais, em geral, em países de governo parlamentarista. Assim ocorreu na Itália, na Alemanha, na Espanha e em Portugal dentre outros, cada qual com suas particularidade. Pode ser judicial ou político. No primeiro caso, no judicial, ele é exercido a *posteriori*. Sendo político ele é feito antes da publicação da lei.

Na França, por exemplo, onde há o controle político ele é exercido pelos parlamentos que o apresentam ao *Conséil Constitutionnel* para ser dirimido, antes da sanção da lei pelo Poder Executivo.

Nos países que adotam o controle judicial da constitucionalidade o controle concentrado é exercido após a publicação e vigência da lei. A competência para a arguição junto à Corte Constitucional varia de país a país.

No Brasil, o controle concentrado de constitucionalidade foi pela primeira vez, usado para fins de intervenção da União em Estado federado. Na Constituição de 1934, por influência da Constituição Austríaca de 1920. A Constituição de 1946, entretanto, manteve-se fiel ao método tradicional do controle difuso. Entretanto, em 1965, por influência do governo militar instalado em 1964, foi introduzido o controle concentrado em nosso sistema constitucional pela Emenda 16/65.

Era de caráter restrito, sendo a sua iniciativa confiada unicamente ao Procurador-Geral da República, órgão de escolha do Chefe do Governo, revelando o regime de exceção da época. Era um instrumento poderoso nas mãos dos militares, através do Procurador-Geral da República, com ele enfrentava-se, no campo jurídico qualquer desvio na condução dos destinos do país por qualquer membro do Judiciário que pudesse, em controle difuso, julgar contrariamente aos interesses dos senhores do poder do momento. Outrossim, com ele, controlavam-se as leis impertinentes à ideologia instalada no poder.

Pari passu com a introdução na Constituição de 1946, do instrumento do controle concentrado da constitucionalidade das leis, o governo militar tratou de subtrair do Supremo Tribunal Federal as vozes discordantes do regime, pela aposentadoria compulsória dos Ministros indesejáveis, ao mesmo tempo em que, aritmeticamente, aumentou o número dos membros da Corte Suprema brasileira, de onze para dezesseis membros, preenchendo as vagas com aliados do regime. Assim poderia sempre ter, ao final, maioria nas decisões da cúpula do Poder Judiciário. Para isso, o poder revolucionário instalado, que tudo podia sobre a Constituição, usou de seus atos institucionais, que durou todo o regime de exceção até 1978, quando foram revogados os Atos Institucionais e os demais complementares.

Com base no Ato Institucional nº 2 de 27/10/1965, fora aumentado para dezesseis os Ministros do Supremo Tribunal Federal. Foram aposentados compulsoriamente os Ministros contrários ao regime. Juntamente com os novos nomeados nas vagas antigas e nas novas cinco vagas criadas, o governo militar sempre foi vencedor em questões de maior interesse para o regime. Novamente o número foi reduzido para onze Ministros pelo Ato Institucional nº 6, de 1/2/1969, número adotado pela EC 1/69.

O controle concentrado de constitucionalidade das leis revelou-se então, como de fato é, instrumento hábil e rápido de controle de poder. Viesse o desvio da parte dos membros do Poder Legislativo, em especial, pela edição de lei, ou até emendas contrárias à vontade do governo militar, o instrumento era imediatamente exercido pela única autoridade competente para manejá-lo, o Procurador-Geral da República, nomeado *ad nutum* pelo Presidente da República de regime militar instalado, consoante texto da EC/1-69.⁶²

Existisse a conduta indesejada da mão de um membro do poder judiciário, e ela encontrava na contramão a decisão do Supremo.

⁶² CAVALCANTI, Themistocles Brandão. Coleção Constituições Brasileiras. Brasília: Senado Federal, 1999.

CAPÍTULO II - O CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS NO BRASIL

2.1 A CONSTITUIÇÃO DE 1824 E O ATO ADICIONAL DE 1831

Independente de Portugal, ao Brasil foi outorgada sua primeira Constituição, a de 1824, pelo herdeiro do trono português, D. Pedro I. Com forte controle político do imperador, aos moldes das monarquias européias da época, as mais conservadoras, não havia condições, em tais circunstâncias, de florescer um controle constitucional das leis por órgão jurisdicional. O controle político, do sistema, estava concentrado nas mãos do monarca. A Constituição outorgada atribuía o chamado Poder Moderador, a quem era conferida a coordenação dos três Poderes do Estado. Atribuía-se, *pro forma*, como era costume na época, a guarda da Constituição ao Legislativo, monarquia parlamentarista que era o regime. Tudo isso *soi disant*, a começar pela Constituição, que foi outorgada pelo imperador, com a dissolução da Assembléia Constituinte eleita. O mesmo se diga da guarda da Constituição pelo Legislativo. De concreto mesmo, somente o poder do monarca, que de fato reinava e governava, pela sua vontade. A Constituição apenas existia para justificar a continuação do absolutismo real, sob o manto da chamada monarquia constitucional. Nas palavras do estadista Joaquim Nabuco, tem-se que:

Antes de tudo, o reinado é do imperador. Decerto, ele não governa diretamente e por si mesmo, cinge-se à constituição e às formas do sistema parlamentar, mas como ele só é árbitro da voz de cada partido e de cada estadista e como está em suas mãos o fazer e desfazer os ministros, o poder é praticamente dele. A investidura dos Gabinetes era certa, o seu título precário, enquanto agradassem ao monarca. Em tais condições só havia um meio de governar, a conformidade com ele. Opor-se a ele, aos seus planos, à sua política, era renunciar ao poder.⁶³

No Império as novas idéias da República Americana estavam em choque, inclusive com a forma de governo: aqui, Monarquia; lá República. Não interessava ao Poder introduzir os novos conceitos de governo. O poder era do Imperador, que o exercia como fiel da

⁶³ NABUCO, Joaquim. **Um estadista do Império**. Rio de Janeiro: Topbooks . 1997, p. 7.

balança, com o poder moderador. O resquício de absolutismo era claro e ressaltava do comentário do Nabuco, ele, também, integrante da elite governante. Somente o fator econômico da abolição da escravatura, que interferiu nos alicerces da economia agrícola de então foi capaz de cessar o apoio da aristocracia rural ao Chefe da Monarquia, para caminhar no sentido da implantação do novo regime republicano.

Capitaneados pelos próceres da República, em especial Rui Barbosa e Benjamim Constant, o novo governo inspirou-se nos ideários positivistas de Auguste Comte e no modelo da grande democracia do momento: a dos Estados Unidos da América. Foi por aí que inspirou-se a concepção da Constituição de 1891, em especial, na adoção da Tripartição dos Poderes, dando ao Judiciário o retrato e a organização daquele praticado na América do Norte.

2.2 A CONSTITUIÇÃO DE 1891, A REFORMA DE 1926 E A IMPLANTAÇÃO DO CONTROLE JURISDICIONAL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

Com a implantação da República em 1899, o seu ideário era seguir o modelo americano do *Judicial control*, que também adotara a república, a federação, a tripartição dos poderes e o presidencialismo, tal qual nos Estados Unidos da América. Então, igualmente, adotou-se na primeira Constituição Republicana, de 1891, o modelo norte-americano de controle jurisdicional das leis e atos administrativos. A esse respeito, leciona Bandeira de Mello:

Com a promulgação da Constituição de 1891, o Direito Constitucional Pátrio acolheu, no seu próprio corpo, a doutrina norte-americana do controle de constitucionalidade, pelo Judiciário, de atos dos Poderes Legislativo e Executivo.

Aliás, já constava na Constituição Provisória de 1890 (art. 58, parágrafo 1º, letras (a e b), ao regular a competência do Supremo Tribunal Federal. Outrossim, no Decreto 848, desse mesmo ano, que organizou a Justiça Federal, cujo art. 3º fixava o princípio de que, na guarda e aplicação da Constituição Federal, a magistratura federal só interviria na espécie e por provocação da parte. E, no art. 9º, letras a e b, o Decreto 848 regulava a competência do Supremo Tribunal Federal a respeito da declaração de inconstitucionalidade.⁶⁴

⁶⁴ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **A teoria das constituições rígidas**. São Paulo: Bushatsky, 1980 p. 156

A princípio o *Judicial control* exerceu-se timidamente, a despeito de que se tenha adotado a jurisdição única, ou seja, a do controle administrativo pela justiça comum, suprimindo-se o contencioso administrativo.

A princípio, não obstante os claros preceitos referidos, houve, por parte do Poder Judiciário, dúvida quanto ao exercício de relevante atribuição, e timidez na sua utilização, em aceitando-a. Isso só se tornou pacífico, após os trabalhos de Ruy, ao mostrar à conclusão, o alcance dos seus dispositivos, em reconhecendo essa prerrogativa do Poder Judiciário .

Daí haver os próprios Poderes, Legislativo e Executivo, ao decretar aquele e ao sancionar este, a Lei Federal 221, de 1894, afirmado, de forma categórica, no seu art. 13, parágrafo 10, que os juízes e os tribunais federais processariam e julgariam as causas fundadas em lesão de direitos individuais, por ato ou decisão das autoridades administrativas da União; e que eles apreciariam a validade das leis e regulamentos, e deixariam de aplicar, aos casos ocorrentes, as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição.⁶⁵

A jurisprudência evoluiu lentamente no exame dos elementos internos do ato administrativo. A verificação da existência e da legalidade dos motivos da prova e da legitimidade dos fins colimados pela Administração foi proclamado pelo Supremo Tribunal Federal décadas mais tarde, como escreve Bandeira de Mello:

Aí se exigiu, entretanto, fosse manifesta a inconstitucionalidade dos atos impugnados, tendo em vista que, segundo a jurisprudência dos tribunais americanos, se presumia a sua constitucionalidade, e só se declarava a inconstitucionalidade se necessária para o julgamento do feito.

A sentença que julgasse, em definitivo, texto legal, obrigava não só as partes litigantes, como a Administração Pública, e o seu desrespeito por esta acarretaria responsabilidade civil e criminal da autoridade que tivesse tal comportamento, conforme, em completando o parágrafo 10, preceituavam, respectivamente, os parágrafos 11 e 12 da Lei Federal 221, de 20/11/1894. Assim as sentenças judiciais passariam em julgado e obrigariam as partes e a administração, mas em relação ao caso concreto, objeto de discussão; e a violação do julgado, por parte da autoridade administrativa, acarretaria a sua responsabilidade civil e criminal.⁶⁶

A apreciação do mérito, interdita o Judiciário, que relaciona com a conveniência ou oportunidade da medida, não o merecimento por outros aspectos que possam configurar uma aplicação falsa e viciosa ou errônea da lei ou regulamento, que se enquadra, de

⁶⁵ BANDEIRA DE MELLO. op. cit. p. 157

⁶⁶ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **A teoria das constituições rígidas**. São Paulo: Bushatsky, 1980 p. 156 e 157

um modo geral, na ilegalidade, por indevida aplicação do direito vigente, só veio ocorrer em acórdão do Supremo Tribunal Federal em 20 de dezembro de 1944.⁶⁷

A Constituição de 1891 sofreu reforma em 1926. E esta, ainda melhor explicitou dita competência do Poder Judiciário. Reproduziu a letra a do art. 60, e transplantou como parágrafo 1º do art. 60 o art. 59, da Constituição de 1891, modificado. E a sua antiga letra b ficou desdobrada em duas: a e b.

Então, nesse § 1º, do art. 60, dispôs-se caber, das sentenças dos Juízes e tribunais dos Estados federados, em última instância, recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionasse sobre a vigência ou a validade das leis federais em face da Constituição, e a decisão do Tribunal do estado federado lhes negasse aplicação; ou b) quando se contestasse a validade de leis ou de atos dos governos dos Estados federados, em face da constituição ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado federado considerasse válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.⁶⁸

Assim, adotou-se, inicialmente, tal qual o sistema de controle judicial americano, o método difuso, exercido por via de exceção, em cada caso concreto, *a posteriori*. Todos os órgãos do Poder Judiciário estavam autorizados, então, a proceder o controle judicial da constitucionalidade, juízes e tribunais federais e estaduais, como no sistema americano, inclusive através de impugnações, de instância a instância, a matéria poderia chegar à Corte Suprema brasileira.

Conforme regra do sistema difuso, a declaração de inconstitucionalidade manifestada em cada caso concreto não teria efeito *erga omnes* e vincularia somente as partes. Mas, também, conforme referido, obrigaria a Administração Pública, acarretando o seu desrespeito, responsabilidade civil e criminal do ente público.

2.3 A CONSTITUIÇÃO DE 1934

A segunda constituição republicana, de 1934, editada após a Revolução de 30 e sob seus ideais, acrescentou, quanto ao tema do controle da constitucionalidade, em seu art. 179,

⁶⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Acórdão em RDA 3/69**. *Em decisão posterior, o Supremo reafirmou que o Poder Judiciário pode apreciar a realidade e a legitimidade dos motivos em que se inspira o ato discricionário da Administração (RDA 36/78 e 42/227), e nesse sentido se firmou a jurisprudência brasileira, das cortes federais e estaduais (TFR, RT 241/694; TJSP, RT 206/114, 217/130, 237/175, 254/247, 298/170; TASP, RDA 55/172, 58/56 e RT 287/692).*

⁶⁸ BANDEIRA DE MELLO. op cit. p. 156 e 157

por temor do conservadorismo dos membros do Judiciário, ainda provenientes da República Velha, que a declaração de inconstitucionalidade devesse ser feita por maioria de votos dos juízes. Isto suscitou uma controvérsia: a de que os juízes singulares teriam, portanto, em face da determinação constitucional, perdido a competência de declarar a inconstitucionalidade das leis incidentalmente. Tal questão foi logo vencida, sobretudo em vista do seu despropósito *vis a vis* do exemplo do modelo norte-americano, do próprio caráter do método difuso. Outrossim, consoante Bandeira de Mello:

Outra novidade da Constituição de 1934, provocada igualmente pelo temor ao conservadorismo dos juízes do Supremo Tribunal Federal, mascarada pela teoria do ‘pesos e contrapesos’, era a que dava ao Senado a atribuição de velar pela Constituição e de colaborar na feitura de aplicação das leis, supervisionando ‘com a sua experiência’ os poderes da República art. 88. No rastro da novidade, o art. 88, item III concede ao Senado ‘propor ao Poder Executivo, mediante reclamação fundamentada dos interessados, a revogação de atos das autoridades administrativas, quando praticados contra a lei ou eivados de abuso de poder’. Trata-se, à evidência, de mera proposta do Poder Legislativo que podia ser aceita ou não pelo Executivo, que se quis forte.

Nos itens II e IV do mesmo art. 88 é-lhe outorgada, ainda, competência para suspender, no todo ou em parte, respectivamente, regulamentos ilegais ou qualquer lei, ato ou deliberação quando declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário. Aqui o poder do Senado é efetivo, embora *ex vi* do art. 96, a Corte devesse solicitar ao Senado o ato de suspensão da lei, por intermédio do Procurador-Geral da República.⁶⁹

Na Constituição de 1934, atribuições próprias de um Poder estão postas nas mãos de outro Poder, a pretexto de interpretação da doutrina americana do *checks and balances system*. Atribuições propriamente jurisdicionais, como a suspensão efetiva pelo Senado, da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal é um superafetação de entendimento vesgo do sistema referido. Mais uma vez os pudores do *Civil Law* levou o constituinte de 1934 a não ser direto e efetivo como na determinação própria do sistema *Common Law*. Por que não se ter adotado pura e simplesmente, a medida pelo próprio Poder Judiciário, como aliás, em 2004, definitivamente, é preconizada e estabelecida, na emenda constitucional 45/2004 da chamada Reforma do Judiciário. Com efeito, a efetiva adoção do *stare decisis*, do precedente, tornando obrigatória, por súmula vinculante, teria tornado desnecessário, em 1934, o recurso ao Poder Legislativo, ao Senado Federal numa complicação própria do caráter Continental – herdada por esta ex-colônia de Portugal. O obsoleto instrumento da suspensão pelo Senado da lei ou ato

⁶⁹ BANDEIRA DE MELLO, *op. cit.*, p. 156 e 157.

declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, entretanto, ainda persiste pelas Constituições de 46, 67/69 e 88. Em 1970, o STF começou a debater se deveria ou não comunicar a declaração de inconstitucionalidade ao Senado e em 1977, firmou posição, quanto à dispensabilidade de intervenção do Senado Federal. Passou-se, então, a atribuir eficácia geral à decisão de inconstitucionalidade em controle abstrato de constitucionalidade, procedendo-se à redução teleológica do disposto no art. 42, VII, da Constituição de 1967/69, consoante Parecer do Ministro Moreira Alves.⁷⁰

Apesar de combatida por alguns, como uma *capitis diminutio* ao Judiciário, mas a pretexto de seguir-se o *check and balance system* americano, a atribuição ao Senado da função de suspender a execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, trazia uma medida de ordem prática ao sistema difuso transplantado para um país não pertencente ao *Common law*, de tradições jurídicas românicas, como o brasileiro. Explica-se a providência: nos países vinculados à *Civil law*, não existe a obrigatoriedade do *stare decisis*, com a submissão dos órgãos da justiça à jurisprudência da Suprema Corte. Tal a respeitável opinião de Ana Valderez Ayres, conforme artigo publicado na Revista de Informação Legislativa do Senado Federal.⁷¹

Ronaldo Polletti entende, por outro lado, que essa atribuição ao Senado Federal surgiu de influências européias do modelo da Constituição Austríaca de 1920, consagrada pelo projeto de Hans Kelsen, como se segue:

Na verdade, suspender a execução de lei julgada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo, nada mais é do que estender *erga omnes* os efeitos de uma decisão judicial *incidenter tantum*, que alcança originariamente, tão-somente, as partes do processo. Ora, tal extensão dada a uma decisão judicial tem evidentemente, um caráter político, sobretudo tratando-se de suspender a execução de lei inconstitucional, mas, sem dúvida, se aproxima mais da função jurisdicional do Estado, a qual, como se sabe, não é exercida com exclusividade pelo Judiciário, do que da função legislativa. Aliás, a Constituição fala em suspender a execução, não em suspender a vigência. A lei continua em vigor, porque outra lei não a revogou, simplesmente não produzirá mais efeitos, estará sem eficácia, pois o Supremo Tribunal a declarou inconstitucional ao examinar a exceção oposta por uma parte num determinado processo, e o Senado, em face daquela decisão *inter partes*, suspendeu a sua execução, estendendo o julgado *erga omnes*, dando-lhe, é certo, um caráter normativo, porém não legislativo.

⁷⁰ MOREIRA ALVES. Parecer em **processo administrativo nº 4477-72**, p. 3123/3124

⁷¹ AYRES, Ana Valery, **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Senado Federal. 1078. p. 57

Se coubesse ao Senado revogar ou suspender a vigência da lei, então se poderia concluir que sua competência, no caso, seria legislativa. Mas o Senado suspende a execução, dando extensão maior à decisão do Supremo e isto é exercer a jurisdição. Além do mais, a origem histórico-constitucional da atribuição em tela esteve em propor se situasse ela no Conselho Federal, órgão a desempenhar a função de Poder Moderador, na concepção de Alberto Torres, de maneira a realizar a harmonia entre os Poderes.⁷²

Notam-se aí as características de cada sistema. No *Common law* é automática a adoção pelos juízes dos precedentes, os *stare decisis*. *Roma locuta causa finita*: falou a Suprema Corte e todo o corpo de juízes segue a nova diretriz.

No sistema do *Civil law* ou continental, tal obediência não se aplica. Daí a necessidade da medida da suspensão de execução da lei pelo Senado Federal, como adotada, desde então, afetando a interpretação vesga do sistema insular.

Outra questão marcante da Constituição de 1934 foi a introdução, no Brasil, do controle direto e concentrado da constitucionalidade das leis, quando se atribuiu ao Procurador-Geral da República, o poder de patrocinar a ação direta de inconstitucionalidade, como preliminar de intervenção federal no Estado-membro. Esta providência foi completada na Constituição de 1988, consoante descreve Sacha Calmon Navarro Coelho:

a) em primeiro lugar, o evento marca o início do controle direto e concentrado da constitucionalidade das leis no Brasil, processo que irá se completar em 1988, com a independência do Procurador-Geral perante o Presidente da República, com a atribuição de outros órgãos da capacidade processual de arguição e com o alargamento das hipóteses em que se torna possível a arguição de inconstitucionalidade; b) em segundo lugar, há que mencionar a conotação de controle dos Estados-Membros pela União Federal que a novidade expressou, na esteira da Revolução de 30. Em 1934, portanto, mantém-se o controle difuso da constitucionalidade das leis e inicia-se o controle concentrado, ficando intacta a idéia de que o órgão de controle jurídico é o Supremo Tribunal Federal, cúpula do Poder Judiciário. Este poder será brevemente abalado pela Carta outorgada de 37, de caráter autoritário, a chamada 'polaca'.⁷³

⁷² POLETTI, Ronaldo. **Controle da constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 150-1.

⁷³ COELHO, Sacha Calmon Navarro. **O controle da constitucionalidade das leis e do poder de tributar na Constituição de 1988**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 163.

Em uma e outra situação, tanto em 1934, por influência da Revolução de 1930, com em 1965 – Emenda Constitucional nº 16/65 – por força da Revolução de 1964, introduz-se o controle direto da constitucionalidade, através do órgão do Ministério Público, de nomeação direta do Chefe do Executivo. Isto significa, nada mais nada menos, uma medida de concentração de poder. Como se acentua em várias ocasiões neste estudo, o controle da constitucionalidade em tese, por via direta junto ao órgão de cúpula do Judiciário é uma medida de força do comando revolucionário da ocasião.

Para eliminar imediatamente a manifestação democrática do corpo do Judiciário, em livre exame dos casos concretos, superpõe-se o controle direto da constitucionalidade das leis em detrimento e em desfavor do tradicional controle difuso.

Isto vai ocorrer, na história do nosso País, em todos os momentos revolucionários, quando se estabelecem regimes de exceção ou sob a influência dos movimentos golpistas ou de força.

2.4 A CONSTITUIÇÃO DE 1937 E O ESTADO NOVO

A Constituição polaca de 1937, no dizer de L. Roberto Barroso, com apoio no constitucionalista Raul Machado Horta⁷⁴, não teve caráter de Constituição, pois ditatorialmente outorgada, não foi sequer submetida ao plebiscito previsto em seu art. 187. Ademais, suprimiu a Justiça Federal de Primeira Instância. Mantendo, embora, formalmente a competência do STF para declarar a inconstitucionalidade das leis, em seu art. 96, parágrafo único, prescrevia que, a juízo do Presidente da República, acaso fosse a lei declarada inconstitucional considerada de relevante interesse para o “bem-estar do povo” ou para a “defesa de interesse nacional de alta monta”, poderia o Chefe do Executivo submetê-la ao exame confirmatório do Congresso nacional. Confirmada a lei por dois terços de votos de cada uma das Casas Legislativas, ficava sem efeito a decisão da Suprema Corte declaratória da inconstitucionalidade da lei. Ora, é sabido que o Poder Legislativo, nessa época, jamais foi convocado a reunir-se, tendo o ditador legislado todo o tempo por decretos-leis. Sobre esta época, diz Barroso:

⁷⁴ HORTA, Raul Machado. **A autonomia de Estado-Membro no direito constitucional brasileiro**. Belo Horizonte: UFMG. p. 221

Era mais amplo o arsenal ditatorial. O art. 177, que teve sua eficácia indefinidamente prorrogada, permitia a aposentadoria e reforma de qualquer funcionário civil ou militar, por juízo discricionário do Governo. O Estado de emergência, declarado pelo art. 186, suspendendo direitos e garantias individuais, só foi revogado após a deposição do Presidente, pela Lei n. 16, de 30 de novembro de 1945.

De parte isto, os partidos políticos foram extintos e o único mecanismo de ação ideológica operante era o Departamento de Imprensa e Propaganda (DIP). Estabeleceu-se a censura aos meios de comunicação, instituiu-se a pena de morte e proibiram-se as greves. Criou-se o Tribunal de Segurança Nacional, colegiado de exceção manipulado para a intimidação de adversários.

Remonta a este período a introdução da tortura como instrumento de repressão política. Simboliza esta época obscura a entregada Olga Benário, mulher de Luiz Carlos Prestes, à Gestapo nazista, vindo a mulher do líder comunista a ser morta em um campo de concentração. Sobre este episódio, veja-se o candente relato de Fernando de Moraes (Olga, 1985). Para um instigante retrato literário da perseguição política no Estado Novo, confira-se a obra clássica de Graciliano Ramos, Memórias do cárcere.⁷⁵

O autoritarismo foi a nódoa marcante da carta outorgada de 1937. Não bastassem os atos ditatoriais praticados o tempo todo cita-se a decisão do Supremo Tribunal de Justiça, revogada pura e simplesmente pelo Executivo.

O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da Lei do Imposto de Renda sobre os vencimentos pagos pelos cofres públicos, estaduais e municipais, na forma do art. 96 da Nova Carta de 1937. Entretanto, com os poderes de exceção que lhe outorgava a Carta, sobretudo e porque jamais se reuniria o Parlamento para apreciar a decisão da Suprema Corte, “o Presidente da República, pelo Decreto-Lei 1564, de 5 de setembro de 1939, considerando que a decisão não consultava o interesse nacional e o princípio da divisão equitativa do ônus do imposto, cassou-a rispidamente.”⁷⁶

Pelo seu caráter estritamente autoritário, tendo como última instância, o próprio chefe do Executivo, não merece maiores incursões sobre o tema tratado, a Constituição do Estado Novo de 1937.

⁷⁵ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas, limites e possibilidades de Constituição brasileira**. Rio de Janeiro. Renovar. 1992 p.21, rodapé.

⁷⁶ NEQUETE, Lenine. **O Poder Judiciário no Brasil a partir da Independência – II República**. Brasília: Cidade Gráfica e Editora Ltda, 2000. p. 84

2.5 A CONSTITUIÇÃO DE 1946 E A REDEMOCRATIZAÇÃO DO BRASIL

Com a redemocratização do País, foi promulgada a constituição de 17/11/1946 que conservou a competência do Supremo Tribunal Federal para julgamento, em grau de recurso extraordinário, das causas decididas em única ou última instância por outros tribunais e Juízes; como segue:

- a) quando a decisão fosse contrária a dispositivo da Constituição ou a letra de tratado ou lei federal;
- b) quando se questionasse sobre a validade de lei federal em face da Constituição e a decisão recorrida negasse aplicação à lei impugnada;
- c) quando se contestasse a validade de lei ou ato de Governo local em face da Constituição ou de lei federal, e a decisão recorrida julgasse válida a lei ou o ato.

Restabeleceu, outrossim, o pleno poder do Judiciário sem supervisão do Senado quanto à declaração da inconstitucionalidade de leis, mantendo, entretanto, a competência da câmara alta para a suspensão das leis declaradas inconstitucionais. Portanto, o controle jurisdicional difuso da constitucionalidade das leis foi mantido como regra geral.

Entrementes, em 1965, instala-se definitivamente o controle concentrado, abstrato, da constitucionalidade das leis, com a Emenda Constitucional nº 16, de 26/11/65, sem suprimir o sistema anterior de controle difuso. Passou-se, pois, à convivência dos dois sistemas, difuso e concentrado, persistente até hoje.

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, assim relata o panorama jurídico do texto de 1946:

Destarte, em face da Constituição de 1946, com a alteração objeto da Emenda nº 16, de 26/11/65, o controle da constitucionalidade se apresentou sob quádruplo aspecto. Três deles se referiam ao controle de alcance restrito ao caso *sub judice*, dois originários da Constituição de 1891, e o outro da Constituição de 1934. Já o quarto foi fruto de inovação da própria Constituição de 1946, após a Emenda nº 16, de 26/11/65, em que o

controle da constitucionalidade se estendeu a ato normativo dos outros dois poderes, tanto federal como estadual, pelo qual a declaração pelo Judiciário de inconstitucionalidade aparece com alcance *erga omnes*, feita, portanto, em tese.⁷⁷

Mistura-se, definitivamente, no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, o tradicional controle difuso acrescido agora do controle concentrado. Este último passa a ser exercitado, portanto, consoante quatro modalidades, conforme segue:

- a) declaração de inconstitucionalidade por Juiz singular ou qualquer Tribunal, como prejudicial, em ação proposta contra quem a argúi como Réu, portanto, como exceção, de ato jurídico do Legislativo ou do Executivo, em que contesta a ação, ou mesmo em ação como Autor, proposta contra terceiro, em que alega essa preliminar para, com base nela, afirmar o seu direito;
- b) declaração de inconstitucionalidade, como objeto principal de ação como fundamento do pedido, objeto precípua de ação proposta contra Entidade Pública ou seus prepostos ou delegados, como fundamento do pedido, contra ato material ou jurídico já praticado ou na iminência de o ser, e, em caráter não só repressivo como preventivo, através dos remédios judiciais, denominados *habeas corpus* e mandado de segurança, por lesão ao seu direito de locomoção ou de qualquer outro direito líquido e certo, e, outrossim, em ação popular proposta na qualidade de cidadão, sem qualquer direito subjetivo, no resguardo do patrimônio público, por constitucionalmente lhe ter sido atribuída essa competência, a fim de conseguir a observância do direito subjetivo;
- c) declaração de inconstitucionalidade de texto constitucional do Estado federado, ao se organizar, ou de lei ordinária, que viole os princípios constitucionais da União, enunciados na Constituição Federal, e, tão-somente, pelo Supremo Tribunal Federal, em virtude de promoção da Procuradoria Geral da República, declaração na espécie, mas com reflexos *erga omnes*, efetivados através de ato do Congresso Nacional, em suspendendo os efeitos desse ato jurídico, a fim de evitar a execução do decreto de intervenção federal, e isso seja o bastante para conseguir o respeito ao princípio constitucional da União, violado segundo essa decisão do Supremo Tribunal Federal.

Neste caso específico da letra “c”, a suspensão pelo Senado Federal do texto constitucional ou da lei declarada inconstitucional, pelo Supremo tem a função precípua de evitar a execução da intervenção federal, obtendo-se, assim a obediência ao princípio constitucional violado, sem maiores arranhaduras no contexto fático-político que a medida pudesse suscitar.

⁷⁷ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **A teoria das constituições rígidas**. 2 ed. São Paulo : Bushatsky, 1980. p. 3-4.

Entretanto, como se verá adiante, o instituto da suspensão pelo outro poder, se perpetuará nas Constituições seguintes dentro de uma concepção ultrapassada do mecanismo de “freios e contrapesos”, própria do sistema de separação de poderes.

d) declaração, em tese, de inconstitucionalidade de ato jurídico normativo, federal ou estadual, e com alcance *erga omnes*, e, tão-somente, pelo Supremo Tribunal Federal, em virtude de propositura de ação nesse sentido pelo Procurador-Geral da República, como representante da União, na defesa do bem comum, seja por provocação de terceiro, como seu substituto legal, ou por ‘moto próprio’.

Nas duas primeiras hipóteses, a declaração de inconstitucionalidade de lei ou decreto, suscitada na ação, decorria de decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, e podia acarretar a suspensão de sua execução pelo Senado Federal, se provocado por aquele, em lhe comunicando sua decisão definitiva.⁷⁸

As duas primeira formas são exercidas em caráter difuso, *incidenter tantum*, nos casos concretos, *inter partes*. Cabe a todos os membros do Poder Judiciário. É o tradicional controle difuso da constitucionalidade. A solução definitiva, sempre, em um ou outro método, é da competência do Supremo Tribunal Federal. Nessas hipóteses, será dada em recurso extraordinário, em recurso especial, ou através de remédios judiciais, tais como referidos, o *habeas corpus*, o mandado de segurança e a ação popular.

Já na terceira hipótese, a suspensão do texto legal estadual cabia ao Congresso Nacional. E, na última, a nosso ver, a suspensão do ato normativo defluía da própria decisão judicial.

A atividade do Senado Federal ou do Congresso Nacional se caracteriza como o exercício complementar da declaração de inconstitucionalidade pelo Judiciário, dado o seu alcance em tese, o seu efeito *erga omnes*, e não somente na espécie *sub judice*. Assim sendo, completamente inútil seria e será a intervenção de outro órgão do Poder Legislativo, através do Senado Federal...⁷⁹

⁷⁸ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **A teoria das constituições rígidas**. 2ª ed. São Paulo : Bushatsky, 1980. p. 3-4.

⁷⁹ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. op.cit. p. 3-4.

2.6 A CONSTITUIÇÃO DE 1967 E A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 1/69

Referente ao controle da constitucionalidade das leis e atos administrativos, tanto o texto constitucional de 1967, quanto a Emenda nº 1/69, não mudaram substancialmente, ao nível de teoria constitucional, excluídos, entretanto, da apreciação do Poder Judiciário, os atos baixados através dos chamados Atos Institucionais. Consoante descreve Sacha Calmon Navarro Coelho:

... no plano do controle da constitucionalidade das leis, a EC-1/69 à Constituição de 1967 não altera muito o panorama. Examinando-se como que amalgamadas, o texto de 67 com o da Emenda nº 1 e de outras emendas – e foram muitas – pode-se dizer que, praticamente, as disposições de 46 foram mantidas. Merecem menção algumas mudanças:

- a) supressão da competência originária dos Tribunais de Justiça para o controle de leis e atos municipais em conflito com as constituições estaduais;
- b) transferência do Legislativo para o Presidente da República da competência para suspender ato ou lei declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal;
- c) inclusão de medida cautelar nas representações oferecidas pelo Procurador-Geral da República para paralisar a eficácia do ato ou lei impugnada ...⁸⁰

No âmbito da Constituição de 1967 é da EC 1/69, destaca-se a consagração do poder ditatorial. Além da prevalência dos atos institucionais sobre a própria Constituição, com relevância para o Ato Institucional nº 5 – AI 5, de 13/12/1969, manteve o sistema da Constituição de 46, mas grandemente modificado pela Emenda Constitucional 16/65 que introduzia definitivamente o controle direto de constitucionalidade.

Ainda assim, as medidas citadas por Sacha Calmon Navarro Coelho nas letras “b” e “c” indicam uma maior concentração de poderes nas mãos do chefe do Executivo, delegado maior do sistema de exceção implantado. Não mais se delega a atribuição da suspensão do ato ou da lei declarada inconstitucional para o Senado, para o Legislativo, mas transfere-se agora, a incumbência à sede do poder militar, o Executivo, no auge da existência do regime excepcional.

⁸⁰ COELHO, *op. cit.*, p. 173

Outrossim, além de continuar a iniciativa da argüição do controle de constitucionalidade exclusivamente nas mãos do Procuradoria Geral da República, órgão de confiança do Presidente da República, intenta-se agilizar a sua ação através da medida cautelar destinada a atacar a lei ou o ato visado.

Como ressalta Luís Roberto Barroso, “... A Constituição teve vigência meramente nominal em grande número de seus preceitos. Com efeito, ressalvada sua parte orgânica, jamais se tornou efetivo o amplo elenco de direitos e garantias individuais, paralisados pela vigência indefinida do AI nº 5 ...”⁸¹.

Enfim, com a queda da ditadura implantada em 1964, e advento da redemocratização introduzida pela Constituição de 1988, o Brasil pode marcar seu retorno definitivo ao estado de direito.

2.7 A CONSTITUIÇÃO DE 1988

Na atual disposição do texto de 1988, convive o sistema difuso com o sistema concentrado de controle da constitucionalidade das leis. O primeiro exercido por todos os membros do Poder Judiciário, por todos os juízes, através de medidas tradicionais, como o mandado de segurança, o *habeas corpus*, a ação popular e por argüição da parte ou iniciativa *ex officio* do juiz no caso concreto, *incidentes tamtum*, em qualquer ação. Essas decisões que não tem caráter definitivo, só, por fim, serão apreciadas em caráter definitivo através de recurso extraordinário pelo Supremo Tribunal Federal, órgão máximo do Poder Judiciário, a quem compete, precipuamente a guarda da Constituição, nos termos do art. 102 da Constituição. É o que estabelece o mesmo art. 102, III, quanto à competência de julgamento do Supremo Tribunal Federal.⁸² A decisão da Corte Suprema tem efeitos *ex tunc* e *inter partes*. O efeito

⁸¹ COELHO, *op. cit.*, p. 173.

⁸² compete julgar: mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.

erga omnes fica a depender do Senado Federal, ao suspender a execução da lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF.⁸³

Mais uma vez no caso da Constituição Federal de 1988, se depara com o obsoleto instituto da suspensão por um outro Poder, o Legislativo através do Senado Federal- da execução da lei declarada inconstitucional pelo STF. A sentença, como é entendimento da doutrina nacional apenas declara, *inter partes*, a inconstitucionalidade da lei, pois nulo é o ato inconstitucional, e lhe nega aplicação ao caso concreto. No ensinamento de Rui Barbosa, “a lei, porém, permanece em vigor para os outros casos a que se refira e deve ser aplicada a esses casos pelos tribunais, na medida em que estes não afastem também a sua aplicação num caso concreto.”⁸⁴ Certo que na época de Rui Barbosa não havia ainda o controle concentrado de constitucionalidade, devendo a assertiva ser vista em tal contexto. Entrementes, hoje, o preceito do art. 52, X, da Constituição de 1988 não mais se justifica. Com efeito se no controle concentrado, abstrato, da constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal, tem poderes para suspender a lei declarada inconstitucional, ele próprio, por que não ter esse mesmo poder quando exerce a solução definitiva do controle difuso, declarando a inconstitucionalidade da lei, em Recurso Extraordinário, se tal decisão só pode ser tomada pelo Plenário da Corte, conforme preceitua o art. 97 da Constituição⁸⁵: A opinião geral é favorável à incumbência pela própria da Suprem Corte, também no controle difuso, que, de *lege ferenda*, fosse conferido efeito *erga omnes* ao julgado, tão logo publicada no Diário Oficial a decisão definitiva. Sustentam essa corrente os eméritos Professor e Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes,⁸⁶ e o Professor e Juiz Federal do Rio de Janeiro, Ricardo Ribeiro Campos.⁸⁷

Embora o Brasil não seja um país de *Common law*, e tenha aprovado na chamada Reforma do Judiciário, o efeito vinculante em Súmula de Jurisprudência, a ser baixado pela Suprema Corte, na praxis judiciária, as decisões do STF têm sido acatadas como precedentes vinculativos, como verdadeiros *stare decisis*. Tal é o sistema difuso, *in concreto*, válido *inter partes*, por via de exceção

⁸³ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Art. 52, X. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 23.07.2004.

⁸⁴ BARBOSA Rui. **Os Atos Inconstitucionais**. Campinas, SP: Russel. 2003. p. 83

⁸⁵ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em <<http://planalto.gov.br>>. Acesso em 26.07.2004.

⁸⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. **Revista Justiça e Cidadania**. Outubro 2004. p. 42/45

⁸⁷ CAMPOS, Ricardo Ribeiro. Leis Inconstitucionais ainda constitucionais, **Revista Direito Federal da Associação dos Juizes Federais do Brasil**, 2003. p 259/286.

exercido por todos os juízes no Brasil, embora tradicionalmente não existisse obrigatoriedade vinculante com os precedentes da Suprema Corte, como é o caso dos Estados Unidos.

O sistema de controle da constitucionalidade, *in abstracto*, em tese, válido *erga omnes*, por via de ação, exerce-se portanto, hoje, no Brasil, concomitantemente com o sistema difuso, coexistindo em nosso sistema de controle judicial da constitucionalidade das leis, os dois, consoante art. 102- I e §1º e 2, art 103 § 1º, § 2º e §3º da CF/88, com a nova redação da EC/45, verbis:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

§ 1.º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

V- o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

§ 1º - O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal.

§ 2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

§ 3º - Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado.⁸⁸

O art. 102, I, “a”, da Constituição Federal de 1988⁸⁹ dá competência precípua ao Supremo Tribunal Federal para processar e julgar, originariamente a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal. Este dispositivo consagra, pois, no sistema brasileiro, o controle concentrado da constitucionalidade de lei.

O art. 103 da Carta Magna estabelece o rol de pessoas ou entidades que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade, a começar pelo Presidente da República, não sendo mais monopólio do Procurador-Geral da República, que era demissível *ad nutum* pelo chefe do executivo, consoante as cartas de 1967 e 1969. Pela EC/45 também foi estendido o mesmo rol à ação declaratória de constitucionalidade, revogado, portanto o § 4º do art. 103 da CF/88. Outrossim foi acrescentado aos itens IV e V do mesmo artigo, respectivamente “ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal” e “ou do Distrito Federal”.

A ação de inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional também é consagrada no texto constitucional, conforme § 2º do art. 103 da CF/88.

Também as decisões definitivas de mérito em Ação direta de inconstitucionalidade e Ação declaratória de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e têm efeito vinculante,

⁸⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso em 22 de abril de 2005.

⁸⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso em 22 de abril de 2005.

relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, conforme prescreve a letra do § 2º do art. 102 da Constituição Federal de 1988.⁹⁰

Por último o art. 102, §1º da CF/88 prevê a arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente da Constituição, que será apreciado pelo STF, na forma da lei, recentemente aprovada.

Merece transcrição o texto de José Afonso da Silva, que participou intensamente, como assessor parlamentar, na elaboração da Constituição de 1988, nos seguintes termos:

À vista da Constituição vigente, temos a inconstitucionalidade por ação ou por omissão, e o controle de constitucionalidade é o jurisdicional combinando os critérios difuso e concentrado, este de competência do Supremo Tribunal Federal. Portanto, temos o exercício do controle por via de exceção e por ação direta de inconstitucionalidade. De acordo com o controle por exceção, qualquer interessado poderá suscitar a questão de inconstitucionalidade, em qualquer processo, seja de que natureza for, qualquer que seja o juízo. A ação direta de inconstitucionalidade compreende três modalidades: **1.** Interventiva, que pode ser federal por proposta exclusiva do Procurador-Geral da República e de competência do Supremo Tribunal Federal (arts. 34, III, 102, I, **a**, e 129, IV), ou estadual por proposta do Procurador-Geral da Justiça do Estado (arts. 35, IV, 129, IV e 125, § 2º); interventivas, porque destinadas a promover a intervenção federal em Estado ou do Estado em município, conforme o caso; **2.** A genérica: **a)** de competência do Supremo Tribunal Federal, destinada a obter a decretação de inconstitucionalidade, em tese, de lei ou ato normativo, federal ou estadual, sem outro objetivo senão o de expurgar da ordem jurídica a incompatibilidade vertical; é a ação que visa exclusivamente a defesa do princípio da supremacia constitucional (arts. 102, I, **a**, e 103, incisos e § 3º); **b)** de competência do Tribunal de Justiça em cada Estado, visando à declaração de inconstitucionalidade, em tese, de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual (art. 125, § 2º), dependendo da previsão nesta; **3.** A supridora de omissão: **a)** do legislador, que deixa de criar lei necessária à eficácia e aplicabilidade de normas constitucionais, especialmente nos casos em que a lei é requerida pela Constituição; **b)** do administrador, que não adote as providências necessárias para tornar efetiva norma constitucional.⁹¹

No excerto, o prestigiado autor explica as modalidades de controle de constitucionalidade difuso e concentrado, elastecendo as formas da última espécie consagradas no texto de 1988.

⁹⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso em 22 de abril de 2005.

⁹¹ SILVA, José Afonso da Silva. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros. 2003.

O controle de constitucionalidade abstrato, em tese, por via de ação direta de inconstitucionalidade, inicia-se pela mais antiga e primeira forma prevista já no texto constitucional de 1934, qual seja aquela proposta para fins de intervenção da União nos Estados Federado ou dos Estados nos Municípios. Como visto, a medida seria uma forma de defesa da Federação, ante a ocorrência de perigo de conturbação, de separação de Unidade Federativa, à vista do exemplo histórico concreto do Estado de São Paulo na Revolução de 1932. A Constituição Austríaca de 1920/29, embora não por tais razões, mas por outras próprias do seu contexto sócio-político, serviu de base para a inauguração do controle direto interventivo no Brasil.

Daí, passou-se, pela já falada EC 16/65⁹², aprovada nos estertores da Carta de 46, ao controle genérico da constitucionalidade por via direta, também como meio político de concentração de poder nas mãos do poder central, quando aconteceu a implantação do regime militar em abril de 1964. Por referência à intervenção federal nas unidades federativas, foi estabelecida aquela dos Estados nos Municípios.⁹³

Por fim, merecem destaque, no exercício do controle da constitucionalidade das leis, no Brasil, as ações, as medidas e os recursos que podem ser usados, sobretudo para fins de controle difuso. Além dos tradicionais *habeas corpus*, mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, criaram-se na Constituição Federal de 1988, o *habeas-data* e o mandado de injunção.

O artigo 5º, inciso LXXI da CF/88 prevê quanto ao Mandado de Injunção: *LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.*⁹⁴

Conforme Alexandre de Moraes:

⁹² BALEEIRO, Aliomar e SOBRINHO Lima Sobrinho. **Constituições Brasileiras**. volume V. Brasília: Senado Federal. 1999

⁹³ BRASIL. **Constituição Federal do Brasil de 1988**. art. 125, §2º da CF 88. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 15.03.2005. art. 125, §2º da CF/88.

⁹⁴ BRASIL. **Constituição Federal do Brasil de 1988**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 15.03.2005.

O mandado de injunção consiste em uma ação constitucional de caráter civil e de procedimento especial, que visa suprir uma omissão do Poder Público, no intuito de viabilizar o exercício de um direito, uma liberdade ou uma prerrogativa prevista na Constituição Federal. Juntamente com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, visa ao combate à síndrome de inefetividade⁹⁵ das normas constitucionais.⁹⁶

Segundo ainda, nas palavras de Canotilho:

Resta perguntar como o mandado de injunção ou a ação constitucional de defesa perante omissões normativas é um passo significativo no contexto da jurisdição constitucional das liberdades. Se um mandado de injunção puder, mesmo modestamente, limitar a arrogante discricionariedade dos órgãos normativos, que ficam calados quando a sua obrigação jurídico-constitucional era vazar em moldes normativos regras atuativas de direitos e liberdades constitucionais; se, por outro lado, através de uma vigilância judicial que não extravase da função judicial, se conseguir chegar a uma proteção jurídica sem lacunas; se, através de pressões jurídicas e políticas, se começar a destruir o ‘rochedo de bronze’ de incensurabilidade do silêncio, então o mandado de injunção logrará os seus objetivos.⁹⁷

⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal – **Mandado de Injunção 107** (foi o primeiro a ser analisado pelo Supremo Tribunal Federal_ - Rel. Min Moreira Alves, Diário da Justiça, Seção I, 21 set. 1990, p. 9.782

⁹⁶ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas. 2004. p.180

⁹⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes. **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 367.

**SEGUNDA PARTE – RESTRIÇÕES AO CONTROLE DIFUSO DA
CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS E AO PODER GERAL DE TUTELA
DO JUDICIÁRIO NO BRASIL**

**CAPÍTULO I - A CRIAÇÃO DO CONTROLE CONCENTRADO DE
CONSTITUCIONALIDADE : A Ação Direta de Inconstitucionalidade -
(ADIn), a Ação Direta de Constitucionalidade – ADC, a Arguição de
Descumprimento de Preceitos Fundamentais - A.D.P.F. e as Restrições sobre o
Controle Difuso da Constitucionalidade das Leis**

Enquanto o controle da constitucionalidade das leis no sistema americano nasceu e se desenvolveu pelo método judicial difuso, concreto, por via de exceção, mantendo-se até hoje, tal qual lá está, no Brasil, por motivos de índole político-histórico-jurídico, cuja análise adiante se fará, a evolução do controle foi diferente, embora adotado no nascimento da República o molde americano, conservadas, as diferentes características do sistema da *common law* e da *civil law*, sobretudo no tocante ao paradigma do *stare decisis*.

O princípio da supremacia da constituição, pressuposto essencial do controle da constitucionalidade das leis, continua a servir de fundamento, seja para o sistema difuso, seja para o concentrado, concebido mais tarde pela Constituição Austríaca de 1920.

Nos Estados Unidos, muitas emendas se agregaram ao texto constitucional da Filadélfia de 1787. No entanto, não foi necessário agregar outros sistema de constitucionalidade além daquele do controle difuso. O controle originário de constitucionalidade continua o mesmo, até os dias atuais.

No Brasil, o controle difuso de constitucionalidade das leis foi encampado pela Constituição Republicana de 1891 ao consagrar o art. 58, 41º, letras “a” e “b” e arts. 3º e 9º, letras “a” e “b”, todos do Decreto 848/1890⁹⁸. Adotou-se, então, por consequência, o princípio da supremacia da Constituição, tendo este sendo substituído pelo poder moderador da Constituição Imperial de 1824. Outrossim, o estado unitário deu lugar ao estado federal.

Todavia, o costume do unitarismo e da concentração de poder nas mãos do monarca, tradicional no *ancien régime*, não foi superado com as novas regras constitucionais, a despeito das advertências de Ruy Barbosa, um dos líderes da República. Em seu censo crítico sobre a nova ordem, ele, lembrava:

Não somos uma federação de povos até ontem separados e reunidos na véspera. Ao contrário, nós proviemos de uma anterior união...

Propagou-se, então, um apetite desordenado e doentio de federalismo, cuja expansão sem a devida correção seria a perversão e a ruína da reforma federativa...

Ontem, nós nada tínhamos de federação. Hoje, não há federação que nos satisfaça.⁹⁹

... na prática político-institucional houve a transferência do comando de mãos do monarca e de seus áulicos para as mãos dos Presidentes do Estados (Províncias). As oligarquias regionais passaram do unitarismo imperial, comandado pela Corte do Rio de Janeiro, para o federalismo republicano, mantidos intactos os poderes. O Presidente da República era ante os governadores, um *primus inter pares*.

Nasceu na República Velha também a política dos coronéis. O regime fundiário concentrador fazia dos coronéis, donos das terras, dos rebanhos e das pessoas. Além dos currais de gado, havia os currais eleitorais...¹⁰⁰

A grande inteligência de Rui Barbosa, um dos idealizadores do regime republicano, quem praticamente transplantou o modelo jurídico americano para o Brasil, porque via nele o maior exemplo de democracia então reinante, previa para os anos futuros da República Velha, o prolongamento, a perpetuação das práticas idiossincráticas, centrados no poder fundiário concentrador. Por outro lado, invectivava o federalismo desmandado, em que se constituiu a

⁹⁸ COELHO, Sacha Calmon Navarro. **O controle da constitucionalidade das leis e do poder de tributar na constituição de 1988**. 3ª ed. , Belo Horizonte : Del Rey, 1999. p. 155.

⁹⁹ COELHO, Sacha Calmon Navarro. *op. cit.* p. 154.

¹⁰⁰ COELHO, Sacha Calmon Navarro. *op. cit.*, p. 154.

política dos governadores, denominados então de Presidentes das Províncias, como se cada unidade federada tivesse se constituído em um país independente.

Por outro lado, do ponto de vista estritamente jurídico da teoria constitucional, sendo o Brasil um país de tradição românica, a prática do controle difuso não dispunha de uma técnica comum aos países da *Common law*, ou seja o sistema de precedentes, do *stare decisis*.

Assim, enquanto nos Estados Unidos, país da *Common law*, “uma vez não aplicada pela *Supreme Court* por inconstitucionalidade, uma lei americana, embora permanecendo *on the books*, é tornada a *dead law*, uma lei morta”¹⁰¹, no Brasil, país do sistema da *Civil law*, à falta do sistema de precedentes, do *stare decisis*, operante de modo vinculativo a eficácia *erga omnes*, o controle difuso de constitucionalidade pouco efeito teve, se é que não resultasse em insucesso onde adotado. Esta é a opinião do jurista italiano Mauro Cappelletti, que assim vê o problema nos países do sistema continental que o adotaram:

... uma mesma lei poderia não ser aplicada, porque julgada inconstitucional por alguns juizes, enquanto poderia, ao invés, ser aplicada, porque não julgada em contraste com a Constituição, por outros. Demais, poderia acontecer que o mesmo órgão judiciário que, ontem, não tinha aplicado uma determinada lei, ao contrário, a aplique hoje, tendo mudado de opinião sobre o problema de sua legitimidade constitucional. Poderiam, certamente, formar-se verdadeiros ‘contrastes de tendências’ entre órgãos judiciários de tipo diverso – que se manifestam, por exemplo, em perigosos contrastes entre os órgãos da justiça ordinária e os da justiça administrativa, – ou entre órgãos judiciários de diverso grau: por exemplo, uma maior inclinação dos órgãos judiciários inferiores,¹⁰² compostos usualmente de juizes mais jovens e, portanto, menos ligados a um certo passado, a declarar a inconstitucionalidade de leis que os juizes superiores (e mais velhos) tendem, ao contrário, a julgar válidas, como, exatamente, se verificou com notoriedade na Itália, no período de 1948-1956, e como, pelo que leio, continua a se verificar, de maneira impressionante, no Japão. A consequência, extremamente perigosa, de tudo isto, poderia ser uma grave situação de conflito entre órgãos e de incerteza do direito, situação perniciosa quer para os indivíduos como para a coletividade e o Estado. Tampouco a não aplicação, mesmos reiterada, de uma lei por parte do órgão supremo da justiça poderia impedir o comportamento contrário de qualquer outro órgão do ordenamento judiciário nem, muito menos, uma mudança de opinião do órgão supremo.¹⁰³

¹⁰¹ CAPPELLETTI, *op. cit.*, p. 81-2.

¹⁰² CAPPELLETTI, *op.cit.*, p. 77-8.

¹⁰³ CAPPELLETTI, *op.citi.*,p.77-8.

Em um primeiro momento a situação deveras ocorreu em nosso País, havendo, inclusive, Rui Barbosa, em suas intervenções como advogado, defendido, junto à Suprema Corte Brasileira, tolhida e presa às práticas aos costumes do antigo poder moderador do Império, o uso dos seus remédios jurídicos e dos seus poderes, como intérprete máxima da Constituição da República. Esgrimiou, então, contra as forças atávicas de um poder executivo ainda com ares imperial, com toda a maestria, o instituto do *habeas-corpus* na defesa dos militares que empreenderam a chamada Revolta da Armada, em 1892, contra o governo do Presidente Floriano Peixoto, do que restou, inclusive, farpas, até para ele o advogado dos revoltosos, tendo que se exilar na Inglaterra.

Nos tempos atuais, sobretudo após a Constituição de 1946 e de 1988, na verdade, no Brasil, pelo menos – embora o exemplo trazido por Mauro Cappelletti seja o do Japão - , em que pese integrar-se tradicionalmente ao sistema da *civil law*, onde não há obrigatoriedade do precedente, a maioria dos juízes e tribunais de inferiores instâncias segue cada vez mais e num crescendo, as jurisprudências dos tribunais superiores e sobretudo do Supremo Tribunal Federal. Casos esporádicos de divergência ocorrem, mesmo porque o julgamento é feito em cada caso concreto, validamente só para as partes. Da parte do judiciário, portanto, não existe esse teimosia sistemática. Mesmo porque, a palavra definitiva sobre a matéria, ainda que temporariamente, possa haver discordância, caberá sempre à Suprema Corte, em grau de recurso extraordinário, no controle difuso. Portanto, mesmo que as leis julgadas inconstitucionais continuem válidas, podendo ser repetidas sua aplicação, esta não será definitiva. O bom senso tem levado a quase unanimidade dos juízes a decidir, na prática, de acordo com o atendimento emanado do Supremo Tribunal Federal. A necessidade de uma prestação de justiça mais efetiva, prática, célere e específica tem levado os juízes de instância inferiores a decidirem de acordo com a jurisprudência dos Tribunais Superiores e da Corte Suprema. Porém, com o passar do tempo, após o pronunciamento das Cortes Superiores o assunto se harmoniza em sua jurisprudência repetitiva. Acalmam-se e acertam-se, então, as decisões de todas as instâncias. A culpa deve ser imputada ao tempo que decorre até o pronunciamento definitivo, quando o assunto é novo.

Continua Cappelletti mostrando que:

Ulteriores inconvenientes do método ‘difuso’ de controle, porque concretizado em ordenamentos jurídicos que não acolhem o princípio do *stare decisis*, são os que derivam da necessidade de que, mesmo depois de uma primeira não aplicação ou de uma série de não aplicações de uma determinada lei por parte das Cortes, qualquer

sujeito interessado na não aplicação da mesma lei proponha, por sua vez, um novo caso em juízo. O exemplo típico é oferecido por um colega japonês – o Japão é, exatamente, um dos países onde o inconveniente está se manifestando mais seriamente: Tício instaura um procedimento, argüindo a inconstitucionalidade de uma lei em matéria tributária e obtém a não aplicação dela no caso concreto; mas – continua o nosso ilustre autor – *‘according to the individual – effect theory, the law per se remains in force and binding on taxation offices’*; com a consequência de que, para obter a não aplicação da lei, isto é, para obter o mesmo tratamento de Tício, qualquer sujeito interessado deverá, por sua vez, instaurar um novo processo...¹⁰⁴

No Brasil, este comportamento de obediências e conformação à jurisprudência dos Tribunais Superiores e principalmente da Corte Suprema, tem sido observado pelos juízes. Ao contrário, o governo, o Poder Executivo, entretanto apesar de jurisprudências dos Tribunais, agarra-se à teimosia procrastinatória de recorrer sempre. E afinal, ousa querer atribuir a culpa a demora da solução final dos litígios ao Poder Judiciário, atribuindo-lhe lentidão, falta de solução dos processos já solucionados em mais de uma instância. Esta tática tem sido usada para levar o poder judiciário ao descrédito e - verdade seja dita e repisada - fazer desacreditar as decisões dos juízes de instâncias inferiores. Acusa-os pela grande imprensa, sobretudo, aquela que recebe as gordas verbas de propaganda governamental, de instituírem as assim chamadas “indústrias de liminares”.

Mas pergunta-se. a que outro engenho e arte, deverá o cidadão recorrer se não às “indústria de liminares” que lhes assegura a Constituição, no Art. 5º, XXXV, vilipendiado nos seus direitos pelo governo, através da inconstitucional indústria de medidas provisórias? Nem são leis ainda e já carregam enorme carga de ilegalidades e inconstitucionalidades quais as que lhes tem sido atribuídas pelos autores em busca de cidadania? Que atitude deve tomar o Poder Judiciária? Senão, autorizado pela Constituição colar-se em defesa da cidadania ante a ameaça ou o desrespeito do direito dos concidadãos?

O Executivo cansou-se de usar a inconstitucionalmente da indústria de medidas provisórias, de editá-las politicamente, em número cada vez maior, substituindo-se ao Poder Legislativo, invadindo esfera própria deste Poder, sem que o órgão máximo do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal coloca-se um fim à essa voracidade legiferante, editada a pretexto de urgência.

¹⁰⁴ CAPPELLETTI, *op. cit.*, p. 77-8.

Assim, à falta do sistema dos precedentes, do *stare decisis*, por não conseguir obter o julgamento *erga omnes*, tal o inconveniente do método difuso para os países de tradição romanística, é que começou-se a adotar o controle concentrado, a partir do exemplo da Constituição Austríaca de 1920/29. Daí a referência ao capítulo anterior de, na Constituição Federal de 1934, tentar-se obter o efeito *erga omnes*, em pleno método difuso, pela atribuição ao Senado Federal da competência de suspender a execução de lei julgada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, o que seria então influência direta do sistema austríaco-europeu.

A tentativa poderia ser também viabilizada pela própria instituição, por um modo indireto de sistema vinculante de precedentes ou *stare decisis*. Pois, na prática, o resultado final da suspensão da execução da lei pelo Senado Federal seria o mesmo: atribuição de efeito *erga omnes* a cada caso concreto, julgado pelo método difuso, quando sobre ele se pronunciasse o Supremo Tribunal Federal em recurso extraordinário.

Por fim, o Brasil acabou por adotar também o método concentrado de controle da constitucionalidade das leis pela via de ação direta ou principal, na Constituição de 1946 pela Emenda 16, de 1965, encampada pelo texto de 1988.

Esse fato ocorreu com grande parte dos sistemas constitucionais europeus, a partir da fórmula da constituição austríaca de 1920 no pós-guerra, como os sistemas alemão e italiano, este último a partir de 1956, com a instalação das cortes constitucionais e o abandono do método difuso nesses países.

O Brasil adotou desde então, portanto, dois métodos de controle de constitucionalidade das leis, o controle concentrado e o tradicional controle difuso, ambos exercidos pelo Poder Judiciário. Embora o método difuso continue a funcionar sem a vinculação obrigatória dos precedentes, salvo os casos expressos de efeitos e súmulas vinculantes diversamente do sistema da *common law*, sempre se observou e, hoje com maior frequência e constância, pelas instâncias inferiores, a adoção da jurisprudência dos Tribunais Superiores e da

Suprema Corte. É o que tem reconhecido o constitucionalista e tributarista, Sacha Calmon Navarro Coelho¹⁰⁵.

O funcionamento dos dois modelos, no Brasil, um incorporado a experiência norte-americana e outro a europeia, embora tenha trazido vantagens ao funcionamento de todo o sistema, no que, aliás, não ocorre contradição, está a merecer, na verdade, mudança de trajetória visando a aprimorar o estado democrático de direito e princípios fundamentais da Constituição Federal. À guisa de aperfeiçoar o sistema, entretanto, o Executivo, inclusive, via “Reforma do Judiciário”¹⁰⁶, conduzida e comandada no Legislativo, por emendas constitucionais tem desvirtuado o problema, conduzindo-o para outras finalidades, em especial restringir a independência do Judiciário e a liberdade de julgar dos juízes. Foi o que se observou desde o início da “Reforma do Judiciário” empreendida no primeiro período de governo do ex-presidente Fernando Henrique Cardoso de 1995 a 1999. Em consequência esta reforma introduziu, medidas que só gerarão retrocessos e não aperfeiçoamentos no controle de constitucionalidade de leis, em especial por estar visando restringir, sobretudo, o controle difuso, a ação dos juízes e tribunais de

¹⁰⁵ a) De um lado, já que no sistema difuso os efeitos do julgado operam entre as partes, se quer estendê-los a outras partes que estejam discutindo idêntica *quaestio juris*, mediante a adoção da súmula vinculante, versão mais complexa do *stare decisis*, o que, em princípio, não agride a índole do sistema, embora sua origem esteja no *common law*. b) De outro lado, o efeito *erga omnes*, típico das decisões do sistema concentrado, como vigente na Europa, supriria naturalmente a falta deste, nas decisões tomadas no sistema difuso. Curiosamente a jurisprudência e a doutrina, menos na ação direta declaratória de constitucionalidade, tendem a *negar efeito vinculante às decisões de controle concentrado*. c) De sobredobro, no processo difuso, basta haver uma decisão interpartes declarando a inconstitucionalidade de dada lei, para que o Estado, com o apoio do STJ, promova ações rescisórias, como se fora um *recurso baseado na uniformização da jurisprudência*, com espeque no princípio da igualdade, mas com ofensa à segurança jurídica, visando a *desconstituir* os julgados transitados em julgado com a tese de que a lei envolvida era inconstitucional. d) Por último, mas não menos importante, restou arraigado o dogma de que as decisões da Suprema Corte, quer as pronunciadas no sistema difuso, quer as prolatadas no sistema concentrado – o que é grave – possuem sempre efeito *ex tunc*. A combinação desse efeito com a possibilidade de rescisórias, mesmo sem ofensa a literal disposição de lei, como predicado no CPC, é simplesmente devastadora para a segurança jurídica dos jurisdicionados, sem falar na *inutilização do processo difuso de controle de constitucionalidade*, sendo preferível a adoção do modelo concentrado de controle em plenitude, ou seja, incorporando a técnica do controle da lei específica discutida numa lide mediante *exceção de inconstitucionalidade*, com a remessa da exceção para a Corte Suprema e a suspensão do efeito até o pronunciamento desta última. Provisoriedade por provisoriedade, a exceção é melhor que a *difusão da competência*, vez que, de todo modo, ter-se-ia que esperar a palavra última e final da Corte máxima sobre todos os casos. É que as decisões entre partes, estão a gerar, como já dito, a *desconstituição de todas as decisões tribunalícias ou monocráticas*, em sentido contrário (mediante o tal ‘recurso rescisório’, em voga no Brasil, a esta altura de 1999).(Grifos originais.) p. 203-4

¹⁰⁶ “Reforma do Poder Judiciário” – entre aspas – maneira irônica de tratar a reforma que está sendo conduzida segundo os interesses do Poder Executivo, com fins de restringir a independência e liberdade do Poder Judiciário, em afronta à cláusula pétrea do art. 2º da Constituição: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, Legislativo, Executivo, Judiciário.

inferior instância. Pasmese. O atual governo criou até, no âmbito do Ministério da Justiça, inconstitucionalmente, um órgão chamado Secretaria de Reforma do Poder Judiciário. Ora pelo que estabelece a Constituição da República esta iniciativa e prerrogativa incumbe somente ao Poder Judiciário.

A Reforma do Poder Judiciário significou a concentração de poder na cúpula do Judiciário, própria dos regimes ditatoriais, vista em nossa história exatamente naqueles momentos de exceção e dos regimes duros por que passou a República em especial.

Elas estão a constranger a atuação do Poder Judiciário, as instâncias inferiores, no controle difuso, a pretexto de existência de excesso de decisões díspares, que geram questões repetitivas nas instâncias superiores. Mas para que são as instâncias superiores senão também para unificar a jurisprudência, na medida que os recursos sobem àquelas.

E, então, pergunta-se: para que foi adotado, no direito constitucional brasileiro, também o controle concentrado, com a ADIn senão para evitar a repetição de decisões díspares, senão para unificar a jurisprudência? Se o Executivo pretende obter, de imediato, uma decisão uniforme, com força vinculante, válida *erga omnes*, já teria ao seu dispor o recurso ao controle concentrado através da ADIn .

Entretanto, para amordaçar a voz da magistratura no exercício do controle difuso, instituiu a Ação Declaratória de Constitucionalidade, através da EC – 3-93, e outras medidas dela derivadas. É o que se verá no próximo capítulo.

Em 1993, foram criados a Ação Declaratória de Constitucionalidade, EC 3/93, art. 101-I, “a” e art. 103 e a Arguição de Relevância de Descumprimento de Preceito Fundamental , Lei 9.882/99, esta última a pretexto de regulamentar o § 1º do art. 102 da CF/88, notadamente cerceadores da ação do Judiciário no poder difuso de controle da constitucionalidade. Foi esse o propósito primeiro de todo esse arsenal criado, a partir da EC 3-93 – Ação Declaratória de Constitucionalidade.

Para todos efeitos e por presunção, toda lei editada é, em princípio, originariamente constitucional. Não sendo necessária nenhuma declaração redundante para dizer que é constitucional.

Entrementes, o governo FHC adotou também, especial estratégia diabólica, na acepção da expressão bíblica, para silenciar a voz dos juízes no controle difuso. Para suprimir o poder geral de cautela dos magistrados, sobretudo de instâncias inferiores, que concediam liminares contra os atos do governo e declarava a inconstitucionalidade das medidas provisórias, produzidas em série pela chamada “indústria de medidas provisórias”, o governo fez aprovar o controle de constitucionalidade, como referido. Com esta prática tautológica e pleonástica, astuciosamente, imobilizou o controle difuso de constitucionalidade.

Com efeito na medida em que declara constitucional uma lei, em ação declaratória de constitucionalidade, junto ao STF, o juiz de inferior instância fica impedido de pronunciar a sua inconstitucionalidade.

Tal prática visou atingir diretamente o controle difuso da constitucionalidade exercido por todos os juízes. Assim, quando o Executivo pretende salvar uma medida provisória, lei ou ato normativo do anátema da inconstitucionalidade manejada por um juiz no controle difuso, socorre-se do Supremo Tribunal Federal, da declaração de sua constitucionalidade, para vê-la a salvo e poder impor sua vontade neste controle concentrado na cúpula do Judiciário, que apesar de judicial tem sido, na maioria das vezes, mais político.

Em seguida, editou a Lei 9.494/97, que resultou da conversão da Medida Provisória 1570/97, e pretendeu restringir inicialmente, além da concessão de liminares e antecipação de tutela, também, o âmbito de competência do julgamento da ação civil pública. O próximo passo era a declaração de sua constitucionalidade pela Suprema Corte, o que logo ocorreu, com a propositura da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 4-DF/97, na forma de medida cautelar.

O Poder Executivo idealizou, ainda, a criação do incidente de inconstitucionalidade sob o pretexto de “completar o complexo sistema de controle de

constitucionalidade brasileiro e de solucionar, de logo, controvérsias ensejadoras de um sem-número de demandas. Deste modo, “se evitaria, segundo ele, prejuízo às partes e à própria segurança jurídica do país”.¹⁰⁷ Indiretamente, porém, isto já é feito via incidente de reclamação, que chama o julgamento de qualquer ação para o âmbito das cortes superiores, em especial o Supremo Tribunal Federal. Com a consagração de muitos institutos na chamada Reforma do Judiciário, tornou-se ainda mais freqüente o uso do incidente de reclamação.

Segundo palavras do professor Souza Prudente:

... Sabe-se, porém, que esse argumento falacioso não consegue esconder a verdadeira intenção de engessar e amordaçar o Judiciário brasileiro, em suas bases, sob o comando prepotente das cúpulas do Poder, em manifesto prejuízo à segurança dos cidadãos e da sociedade como um todo.¹⁰⁸

Com idênticas táticas, o Governo Collor 1990-1992 promoveu, pela lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992, o assalto à poupança popular, no bloqueio dos cruzados:

com a determinação inconstitucional de que "não será cabível medida liminar contra atos do poder público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal (art. 1º, caput), que "não será cabível, no Juízo de primeiro grau, medida cautelar inominada ou a sua liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária de tribunal" (art. 1º, § 1º) e que "não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação" (art. 1º, § 3º), em acintosa afronta à garantia fundamental do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição cidadã da República Federativa do Brasil,¹⁰⁹ que estabelece: "A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito."¹¹⁰

Não, fosse, na época, a corajosa investida dos juízes federais na liberação dos cruzados, o prejuízo ao País teria sido de monta incalculável. É que, ainda dispunham da faculdade de conceder liminares – maldosamente infiltradas na imprensa com o cognome de “indústria de liminares” – porque ainda não haviam sido editadas a Lei 9.494/97, nem a pleonástica Ação de Declaração de Constitucionalidade, combinação maldita que fulminou o

¹⁰⁷ PRUDENTE, Antônio Souza. **Incidente de inconstitucionalidade e desvario do poder**. www.rejufe.com.br/incident.htm. 30.01.2001.

¹⁰⁸ PRUDENTE, Antônio Souza. op.cit

¹⁰⁹ PRUDENTE, Antônio Souza. op.cit

¹¹⁰ BRASIL. **Constituição Federal do Brasil**. Capítulo I do Título II. Art. 5º, inciso XXXV. www.planalto.gov.br

controle difuso da constitucionalidade, “calando a voz dos juizes brasileiros, ainda existentes em Berlim.”¹¹¹

As assertivas da lei são tão contundentes que ressaí por demais evidente a ofensa aos direitos e garantias individuais estabelecidas no Capítulo I do Título II da Constituição Federal, art. 5º incisos XXXV suso citado, que desmerece maiores comentários da ofensa abusiva e obtusa ao princípio geral de cautela judicial e acesso à jurisdição, tradicional em nosso direito e em todos os sistemas democráticos no mundo, como segue:

... O pretendido incidente de inconstitucionalidade, constante do substitutivo apresentado pelo Deputado Jairo Carneiro, ao Projeto de Emenda Constitucional nº 96/92 (Reforma do Poder Judiciário), já fora levado à apreciação do Senado Federal, sem sucesso, na redação da Emenda nº 2- PLEN, de 29 de janeiro de 1997, nestas letras: "Suscitada, em determinado processo, questão relevante sobre a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição, em caso de controvérsia relevante entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública, que acarrete grave insegurança jurídica, o Supremo Tribunal Federal, a requerimento dos órgãos ou entes referidos no caput do art. 103, poderá processar o incidente e determinar a suspensão do processo, a fim de proferir decisão com efeito vinculante, exclusivamente sobre a matéria constitucional" (o destaque em negrito não é do original).

“O prefalado incidente exuma os cadáveres normativos da ditadura militar, sob a rubrica, agora, da arguição de relevância da questão constitucional, o que era, na ordem jurídica anterior à Constituição de 1988, arguição de relevância da questão federal, e da insolente advocatória, determinando-se a paralisação dos processos nas instâncias de origem, até que o Supremo Tribunal Federal decida, com efeito vinculante, a relevante matéria constitucional...”¹¹²

Atualmente, os sucessivos governos tem usado por sua Advocacia Geral da União, o instituto de Reclamação, que usualmente tem sido aceito, para fazer as vezes de advocatória. E qual é a consequência natural dessa castração das instâncias inferiores no exercício do controle difuso da constitucionalidade, desconforme aos princípios de independência e soberania de todo o corpo do Poder Judiciário?

Eis a resposta:

A exacerbada concentração de poder na cúpula do judiciário, como pretende o infeliz incidente de inconstitucionalidade, aniquila a figura do juiz natural, no controle difuso de constitucionalidade, abandonando a Justiça na mira arbitrária dos príncipes do dia,

¹¹¹ Referência histórica ao Moleiro Prussiano que à investida desapropriatória do Rei Frederico II da Prússia, respondeu: “Ainda temos juizes em Berlim”, numa alusão ao poder geral de cautela dos juizes, imagine-se, já naqueles tempos de monarcas absolutos.

¹¹² PRUDENTE, Antônio Souza. op. cit.

que se presumem os únicos representantes da soberania do povo e, por isso, aptos a abusarem do poder, para concretização do flagelo e da ruína dos valores democráticos.

Neste passo, parece-nos acertada a posição defendida pelo então Presidente da Suprema Corte Ministro Carlos Mário S. Veloso na fala de que "a Magistratura não pode anular-se como poder político e nem deixar-se subjugar pelos que pretendem impor-lhe o vínculo da dominação institucional, convertendo e degradando o Poder Judiciário à condição de instância desqualificada de submissão, reduzida, de maneira inaceitável, em seu disponível grau de independência e liberdade..."¹¹³(não há grifos do autor)

Mais uma vez o então Presidente do Supremo Tribunal Federal ressalta os princípios da independência e liberdade de decidir dos Magistrados, neste termos:

... a reforma do Poder Judiciário, embora essencial e indispensável, não pode conduzir à criação de mecanismos que busquem, a partir de formulações interpretativas subordinantes, fixadas por órgãos que se situam na cúpula da estrutura judiciária, imobilizar o poder inovador da jurisprudência, gerando, a partir de verdadeira hermenêutica de submissão, uma grave interdição ao direito de o magistrado refletir de maneira crítica e de decidir em regime de liberdade, segundo convicções fundadas em exegese criteriosa do sistema normativo e com observância responsável dos limites fixados pelo ordenamento positivo...¹¹⁴

É a crítica às súmulas vinculantes, embora já as haja estabelecidas pelas ADINs e ADCs, mais estas agora instituídas pela Reforma do Judiciário hodiernamente promovida, a pretexto de acabar com a lentidão do Judiciário. Ora, sequer a Ordem dos Advogados – OAB foi a favor dela. Sequer o próprio Executivo que quis restringir o poder de julgar dos juízes foi a favor das mesmas pela palavra do seu autorizado Ministro da Justiça, Márcio Thomaz Bastos. Vale aqui lembrar até a figura do “feitiço contra o feiticeiro” . Tanto fizeram por atar, restringir e manietar os juízes que a medida defendida e sugerida no bojo da Reforma do Judiciário, acabará por prejudicar o próprio Governo se não for bem manipulada. Com efeito ela obrigará não só os órgãos de instância inferior do Judiciário, mas, inclusive, toda a Administração Pública, aliás, esta mesma a maior causadora da infundável série de litígios procrastinatórios e intermináveis, apesar de decisões em várias instâncias, em face da teimosia do recurso infinito dos governantes. Cada um que entra não quer pagar e assumir seus compromissos e os passados acumulados de outro governo usam da Justiça para postergar às próximas administrações suas dívidas, empurrando-as com intermináveis recursos judiciais. Isto sim,

¹¹³ PRUDENTE, Antônio Souza. op. cit

¹¹⁴ PRUDENTE, Antônio Souza. op. cit.

atrapalha o Judiciário e faz encalhar os processos, haja vista ocuparem os feitos governamentais (União, Estados e Municípios, suas Autarquias, Fundações e Entidades da Administração Indireta) mais de 80% do total de feitos de que se abarrotam as instâncias superiores, ou seja:

No que concerne às duas providências legislativas citadas, de *lege lata*, sobretudo à Ação Direta de Constitucionalidade (EC-3/93) e à ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental (Lei 9882/99), elas já provocaram um engessamento, um endurecimento, uma paralisação do sistema de controle difuso, como se verá aqui adiante.

Além das disfunções normais que ocorrem no sistema, o estado tem também usado de outros expedientes, nas ações que lhe são afetas, mais de 80% daquelas que tramitam nas instâncias superiores, que estão praticamente a inviabilizar o controle difuso.¹¹⁵

Como referido, sobre todo o ambiente de construção do controle difuso de constitucionalidade, ainda mais uma frente legal foi aberta contra o poder de decisão dos juízes, que foi a Lei 9.494/97. Inicialmente declarada inconstitucional pela maioria dos juízes, foi, por fim declarada vencedora pelo uso da Ação Declaratória de Constitucionalidade. Esta emenda EC 3/93 foi aprovada com claro e evidente caráter de reprimir e, se possível extinguir, no que interessava ao Poder Executivo, o controle difuso democrático exercido por todo o corpo do Poder Judiciário, com é da tradição republicana, mantida pela Constituição Federal de 1988.

Por conseguinte, é assente no sistema constitucional pátrio o princípio, ou a presunção da constitucionalidade de todas as leis editadas pelos órgãos competentes, podendo ser declarada a sua inconstitucionalidade, seja no controle difuso, seja no controle concentrado. Mas por outro lado, qual o intuito de se declarar constitucional, tautologicamente, redundantemente, uma lei que, por presunção já o é? É, no mínimo, desnecessário e desarrazoado. Confrange até um dos princípios constitucionais hoje mais aplicados, o da razoabilidade. Simplesmente com o intuito político de impedir o funcionamento do controle difuso naquela matéria, restringir a manifestação de cada juiz sobre a sua inconstitucionalidade.

Na medida em que a Suprema Corte declare constitucional uma tal lei, ficam, *ipso facto*, os juízes, o corpo da judicatura de inferior instância, impedidos de declará-la inconstitucional no controle difuso no julgamento do caso concreto, individual.

¹¹⁵ PRUDENTE, Antônio Souza. **Incidente de inconstitucionalidade e desvario do poder.** www.rejufe.com.br/incident.htm. 30.01.2001.

Disto decorre a inconstitucionalidade da EC 3/93 – Declaratória de Constitucionalidade – na medida em que ela fere de morte um dos pilares, molas mestras do sistema constitucional brasileiro de controle de constitucionalidade, que é o controle difuso, concreto, exercido por cada membro do Poder Judiciário nos casos individuais, submetidos ao seu pleno conhecimento e julgamento. Nisto restringe o poder de decidir do juiz, dado pelo ordenamento jurídico – constitucional brasileiro.

Daí a estratégia do Poder Executivo de concentrar sua ação contra o poder difuso de controle de constitucionalidade manejando habilmente a ação declaratória de constitucionalidade, introduzida pela EC/03-93.

Com base, pois, nesse instrumento constitucional foi proposta pelo Presidente da República, Mesa do Senado Federal e Mesa da Câmara dos Deputados, ação que tomou o nº 4, ação declaratória de constitucionalidade da Lei 9.494/97, sendo decidida da seguinte forma pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, conforme Ementa seguinte:

Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 4-DF

(Medida Cautelar)

(Tribunal Pleno)

Relator: O Sr. Ministro Sydney Sanches

Requerentes: Presidente da República, Mesa do Senado Federal e Mesa da Câmara dos Deputados

Ação direta de constitucionalidade do art. 1º da Lei nº 9.494, de 10.9.1997, que disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública. Medida cautelar: cabimento e espécie, na ADC. Requisitos para sua concessão.

1. Dispõe o art. 1º da Lei 9.494, de 10.9.1997:

Art. 1º Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil, o disposto no art. 5º e seu parágrafo único e art. 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992.

2. Algumas instâncias ordinárias da Justiça Federal têm deferido tutela antecipada contra a Fazenda Pública, argumentando com a inconstitucionalidade de tal norma. Outras instâncias igualmente ordinárias e até uma Superior – o STJ – a têm indeferido, reputando constitucional o dispositivo em questão.
3. Diante desse quadro, é admissível Ação Direta de Constitucionalidade, de que trata a 2ª parte do inciso I do art. 102 da CF, para que o Supremo Tribunal Federal dirima a controvérsia sobre a questão prejudicial constitucional.

Precedente: ADC nº 1. Art. 265, IV, do Código de Processo Civil.

4. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações Declaratórias de Constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzem eficácia contra todos e até efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo, nos termos do art. 102, § 2º, da CF.
5. Em Ação dessa natureza, pode a Corte conceder medida cautelar que assegure, temporariamente, tal força e eficácia à futura decisão de mérito.

E assim é, mesmo sem expressa previsão constitucional de medida cautelar na ADC, pois o poder de acautelar é imanente ao de julgar.

Precedente do STF: RTJ-76/342.

6. Há plausibilidade jurídica na arguição de constitucionalidade, constante da inicial (*fumus boni iuris*).

Precedente: ADIMC – 1.576-1.

7. Está igualmente atendido o requisito do *periculum in mora*, em face da alta conveniência da Administração Pública, pressionada por liminares que, apesar do disposto na norma impugnada, determinam a incorporação imediata de acréscimos de vencimentos na folha de pagamento de grande número de servidores e até o pagamento imediato de diferenças atrasadas. É tudo sem o precatório exigido pelo art. 100 da Constituição Federal, e, ainda, sob as ameaças noticiadas na inicial e demonstradas com os documentos que a instruíram.
8. Medida cautelar deferida, em parte, por maioria de votos, para se suspender *ex nunc*, e com efeito vinculante, até o julgamento final da ação, a concessão de tutela antecipada contra Fazenda Pública, que tenha por pressuposto a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do art. 1º da lei nº 9.494, de 10.09.97,

sustando-se, igualmente *ex nunc*, os efeitos futuros das decisões já proferidas nesse sentido.¹¹⁶

Tanto a Ação Direta de Inconstitucionalidade como a Ação Declaratória de Constitucionalidade estão previstas no art. 102 da CF¹¹⁷. Outrossim, no seu art. 103¹¹⁸ tem-se a competência para propositura das ações referidas.

Por sua vez, a A.D.P.F - Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental está prevista no § 1º do art. 102 da CF¹¹⁹. Também a Ação de Inconstitucionalidade por omissão consta do § 2º¹²⁰ do art. 103.

A matéria aqui tratada pelos Arts. 102 e 103 da CF/88 é regulamentada pela Lei 9868/99, cujo artigo 1º sintetiza a matéria tratada *in verbis*: Art. 1o Esta Lei dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.¹²¹

¹¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Revista Trimestral de Jurisprudência** Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 4-DF – 169 p.383-384

¹¹⁷ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

¹¹⁸ Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) V o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

¹¹⁹ § 1.º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. (Transformado em § 1º pela Emenda Constitucional nº 3, de 17/03/93)

¹²⁰ § 2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

¹²¹ BRASIL. **Lei nº 9.882/92**. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 23.04.2005. (Vide anexo VIII)

Outrossim, o Parágrafo 1º do art. 102 da CF/88 foi regulado pela Lei Federal nº 9882/1999. Dispõe o diploma legal sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, cujo artigo 1º estabelece:

“Art. 1º A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será posposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

Parágrafo único. Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental:

I – quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição;

II – (VETADO)”

Sobre a A.D.P.F, arguição de descumprimento de preceito fundamental – par.I do art. 102 da Constituição - referida nesta monografia (às fls. 22) merece outrossim, acrescentar mais ainda do mesmo artigo, algumas palavras do ex-Presidente do STF, Ministro Carlos Mário Veloso:

Dominado o processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental pelo princípio da subsidiaridade, não será ela admitida quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADPF 03, Relator o Ministro Sydney Sanches, reconheceu a aplicabilidade do princípio. Há os que sustentam que esse outro meio eficaz deverá ser buscado no controle concentrado, apenas. Vale dizer, com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a ação declaratória de constitucionalidade. Esse parece ser o entendimento de Gilmar Ferreira Mendes, que leciona : “Assim, tendo em vista o caráter acentuadamente objetivo da arguição de descumprimento, o juízo de subsidiaridade há de ter em vista, especialmente, os demais processos objetivos já consolidados no sistema constitucional”. E mais adiante observa que, “assim, tendo em vista o perfil objetivo da arguição de descumprimento, com legitimação diversa, dificilmente poder-se-á vislumbrar uma autêntica relação de subsidiariedade entre o novel instituto e as formas ordinárias ou convencionais de controle de constitucionalidade dos sistema difuso, expressas, fundamentalmente, no uso do recurso extraordinários.”¹²²

O Supremo Tribunal Federal, entretanto, no julgamento da ADPF 03, Relator o Ministro Sydney Sanches, decidiu no sentido de que outro meio eficaz de sanar a lesividade poderia ser buscado no controle difuso, vale dizer, em qualquer ação ou recurso, inclusive o recurso extraordinário, ou em quaisquer meios judiciais eficazes para se sanar a lesividade.

¹²² MENDES, Gilmar Ferreira. Arguição de descumprimento de preceito fundamental, demonstração de inexistência de outro meio eficaz. **Revista Jurídica Virtual**, nº13, junho/2000

A questão, ao que penso, não está solucionada em definitivo e o Supremo Tribunal Federal certamente voltará ao tema, devendo considerar, repito as palavras ditas anteriormente, que praticamente, sempre existirá, no controle difuso, ações e recursos que poderiam ser utilizados a fim de sanar a lesividade. Para que serviria, então a argüição de descumprimento de preceito fundamental?

A argüição de descumprimento de preceito fundamental da Constituição está na linha do notável florescimento da jurisdição constitucional, fortalecendo o controle de constitucionalidade concentrado. O Supremo Tribunal Federal deverá construir a sua doutrina. Intérprete maior e soberano da Constituição, haverá de fazer doutrina que torne eficaz a medida, como forma de proteger e garantir a Constituição.¹²³

¹²³ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. A Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. **O Magistrado**. Março/2001

CAPÍTULO II. ANTECEDENTES DA QUESTÃO E A REFORMA DO PODER JUDICIÁRIO

O tema em estudo releva a importante questão da celeridade da decisão dos feitos judiciais, ou seja, acabar com a lentidão da tramitação dos processos no Judiciário. A massa de feitos que avassala a Justiça hodiernamente foi propiciada com a abertura total do acesso ao Judiciário, consagrado como das maiores garantias estabelecidas na Constituição Federal de 1988, art. 5º, XXXV¹²⁴, e pela criação dos Juizados Especiais de Pequenas Causas Estaduais e Federais, art. 98-I. De outro lado, o aparelho judicial, o reduzido número de juízes e funcionários do Judiciário não aumentou em proporção razoável a atender a avassaladora procura por Justiça.

Assim, os juristas empreenderam modificações nas leis processuais brasileiras, especialmente, no Código de Processo Civil, a fim de combater a morosidade e tornar mais célere a prestação jurisdicional, sobretudo superando a gama de recursos sobre recursos que existem em nosso sistema.

A principal delas foi sem dúvida, a criação do instituto de processo civil da antecipação da tutela introduzido no art. 273 do Código de Processo Civil, para justamente superar, ultrapassar antigas leis que engessaram a tramitação dos processos, em especial daqueles onde havia interesse em participação dos governos federais, estaduais, municipais ou dos seus órgãos e sobretudo agora, depois da CF 88. Pela sua revogação automática e aplicação do dispositivo da antecipação da tutela, os juízes poderiam prestar de pronto a tutela judicial, resolvendo o litígio, antecipadamente, nestas exatas letras: Art. 273. O juiz poderá, a requerimento

¹²⁴ BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 26.04.2005.

da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se começa da verossimilhança da alegação.¹²⁵

Estava lançada a descoberta da quadratura do círculo para o combate, com efetividade e eficácia, contra a morosidade e a lentidão do processamento dos feitos no Judiciário.

O artigo doutrinário de J.E. Carreira Alvin trata da importância da tutela antecipada e da evolução das alterações do Direito Processual Civil, como segue:

Com o propósito de agilizar a prestação jurisdicional, o Código de Processo Civil sofreu alterações de maior importância, que, bem compreendidas e aplicadas, virão a atender plenamente aos reclamos dos jurisdicionados, mantendo-nos na vanguarda das modernas legislações processuais. Essas alterações, no entanto, só terão êxito assegurado, se houver, de um lado, postulações responsáveis, e, de outro, o exercício de uma jurisdição igualmente responsável. Sim, porque as modernas conquistas processuais, ante a ausência de informações sobre a fisionomia dos novos institutos, são, muitas vezes, deturpadas, na prática, em decorrência de sua má utilização pelos advogados das partes, quando não permanecem no papel, por não encontrarem juízes dispostos a aplicá-los. O processo cautelar constitui disso um flagrante exemplo.¹²⁶

A primeira decisão do juiz no processo já iria resolver o litígio. Ele começaria o processo com a antecipação da tutela, uma verdadeira sentença, que é, normalmente, o último ato jurisdicional.

Lógico que tais efeitos da tutela só serão concedidos desde que cuidadosamente cercados das garantias, cautelas e seguranças. A primeira delas é a presença de prova inequívoca. Teria de existir, já no ajuizamento da ação, a prova incontestável do fato e do direito alegado, acompanhando a petição inicial, seja documental, pericial ou outra prova incontestada desde que o juiz, indubitavelmente convença-se da verossimilhança da alegação, isto é, de serem verdadeiras as alegações.

Somente esta primeira condição basta? Não. A antecipação de tutela é cercada ainda de outras cautelas:

¹²⁵ BRASIL. Código de Processo Civil. **Lei. 5869** de 11.01.1973, alterado pela Lei 10.444/2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 26.04.2005.

¹²⁶ ALVIM, J.E. Carreira. Tutela Antecipada e “verossimilhança da alegação”. **Justilex**. Brasília. Janeiro de 2005

I. haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (*periculum in mora*); ou

II. fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.¹²⁷

Isto quer dizer, que basta um ou outro: ou que haja *periculum in mora*, fundado receio de dano irreparável, ou, então fique caracterizado o abuso de direito, o manifesto propósito protelatório da defesa, do réu.

Param por aí as exigências da antecipação da tutela? Ainda não. Exige-se ainda um terceiro e um quarto requisito:

§1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões de seu convencimento.¹²⁸

A *antecipação de tutela*, enquanto fenômeno processual, ensejou entre nós, num primeiro passo, o julgamento antecipado da lide, logo após o encerramento da fase postulatória – com o que se sepultaram as provas procrastinatórias – e, agora, num passo de gigante, antecipa *intio litis* a própria tutela jurisdicional, com o que diminuirá o número das defesas infundadas, também imbuídas de propósito meramente protelatório. (grifos do autor).¹²⁹

Não bastasse a prescrição constitucional do inciso IX do art. 93, de que “*todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade,...*” e a lei ainda repisa que, “*na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará de modo claro e precisos as razões do seu conhecimento. §2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado*”.¹³⁰

Isto é, haja condições, no futuro, a qualquer momento de ser cassado o provimento antecipado, de voltar tudo ao *statu quo ante*. Não se pode, portanto, antecipar a tutela na forma do art. 273 do CPC, sem estar ela cercada de todas essas precauções e fundamentos. Ainda mais, ela poderá ser revogada a qualquer momento, na forma do estabelecido no § 4º, ante

¹²⁷ BRASIL. Código de Processo Civil. **Lei. 5869** de 11.01.1973, alterado pela Lei 10.444/2002. Art. 273.

Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 25.04.2005.

¹²⁸ BRASIL. **Código de Processo Civil**. Art. 273. §1º. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 30.04.2005. (Anexo)

¹²⁹ ALVIM, J.E. Carreira. Tutela Antecipada e “verossimilhança da alegação”. **Justilex**. Brasília. Janeiro de 2005.

¹³⁰ BRASIL. **Código de Processo Civil**. art. 273. § 2º

a possibilidade estabelecida no § 2º do mesmo artigo. Somam-se a essas cautelas também aquelas do processo de execução do art. 585¹³¹ consoante preceito do § 3º do art. 273¹³². Isto é serão observadas as estritas cautelas ali preceituadas.

As palavras de J.E. Carreira Alvim destacam o resultado do processo cautelar e tutelas de urgência:

O processo cautelar, ao longo de mais de três décadas, produziu excelentes resultados, mostrando-se o instrumento adequado para dar resposta às prestações jurisdicionais de urgência, fora dos estreitos limites do mandado de segurança. Além disso, mostrou-se fecundo de experiência o que permitiu aos Tribunais traçar-lhe perfil mais ou menos definido, inclusive no campo da tutela satisfativa. Foram essas experiência colhidas na prática diuturna dos tribunais que permitiram o florescimento das idéias de *antecipação de tutela* fora dos lindes estritamente cautelares, afinal consagradas pela reforma processual.¹³³

Portanto, jamais se pode invecivar o procedimento de antecipação da tutela. Embora adiantando a prestação jurisdicional, em nenhum momento no procedimento em cautela se descure de todas e possíveis cautelas para proteger o direito de defesa da parte ré *ex ad versa*, como se viu das letras da lei e da sua dissecação suso apontada.

Como a concessão do provimento jurisdicional não é mais uma graça do Estado, mas um direito da parte, devem juízes e tribunais estar preparados para o exercício da nobre missão de outorgar tutela na forma da nova lei, não devendo o termo *poderá* ser

¹³¹ Art. 585. São títulos executivos extrajudiciais: I - a letra de câmbio, a nota promissória, a duplicata, a debênture e o cheque; II - a escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor; o documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas; o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores; III - os contratos de hipoteca, de penhor, de anticrese e de caução, bem como de seguro de vida e de acidentes pessoais de que resulte morte ou incapacidade; IV - o crédito decorrente de foro, laudêmio, aluguel ou renda de imóvel, bem como encargo de condomínio desde que comprovado por contrato escrito; V - o crédito de serventário de justiça, de perito, de intérprete, ou de tradutor, quando as custas, emolumentos ou honorários forem aprovados por decisão judicial; VI - a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública da União, Estado, Distrito Federal, Território e Município, correspondente aos créditos inscritos na forma da lei; VII - todos os demais títulos, a que, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva § 1º A propositura de qualquer ação relativa ao débito constante do título executivo não inibe o credor de promover-lhe a execução.

§ 2º Não dependem de homologação pelo Supremo Tribunal Federal, para serem executados, os títulos executivos extrajudiciais, oriundos de país estrangeiro. O título, para ter eficácia executiva, há de satisfazer aos requisitos de formação exigidos pela lei do lugar de sua celebração e indicar o Brasil como o lugar de cumprimento da obrigação.

¹³² § 3º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A. (Redação dada pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)

¹³³ ALVIM, J.E. Carreira. Tutela Antecipada e “verossimilhança da alegação”. **Justilex**. Brasília. Janeiro de 2005

entendido como um passaporte para a omissão, deixando para a sentença o que, deva ser, desde logo, antecipado.¹³⁴

O mesmo será observado na aplicação do preceito coativo antecipatório do art. 461 e segs do CPC, que pudesse indicar existência de brecha ou falha em desrespeito ao direito amplo, geral e restrita da parte contrária, em obediência mesmo ao *due process of law substantive or procedural*, na forma estabelecida nos incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição da República.

E tal, pois, foi o modo de acelerar de modo dinâmico a prestação jurisdicional que os estudiosos do direito encontraram para baixar a Lei 8.952/94 (Anexo VI). A respeito escreveu J.E. Carreira Alvim, *verbis*:

Estas considerações não têm outra finalidade que a de despertar a atenção dos doutos para um tema da maior importância e atualidade no atual momento de evolução do direito processual civil, e do qual depende a concretização de dois princípios, quase *sobreprincípios*, do direito processual, quais sejam os princípios da efetividade e da instrumentalidade do processo, dos quais depende a solução para o crônico problema da morosidade da justiça. (grifos do autor)¹³⁵

Entretanto, o Poder Executivo fez aprovar a Lei 9.494/97 que veio a inaugurar o retrocesso, retirando toda uma celeridade dinâmica que se inaugurou com a antecipação de tutela do art. 273 e 461 do CPC.

E por que tamanha violência processual se o governo tinha já, ao seu dispor, para corrigir eventuais excesso, uma quantidade de recursos à instância imediatamente superior, dentre os quais destacamos:

1. o agravo de instrumento com efeito suspensivo liminar ou com antecipação de tutela, total ou parcial da pretensão recursal. Art. 525 – III do CPC – redação da Lei 10.352/2001.
2. o recurso da suspensão de segurança, este sim, que com as recentes escaladas que o governo lhe atribuiu, constitui-se, hoje, em um super instrumento de exclusiva utilização dos órgãos públicos, um verdadeiro abuso jurídico contra o direito dos

¹³⁴ ALVIM, J.E. Carreira. Tutela Antecipada e “verossimilhança da alegação”. **Justilex**. Brasília. Janeiro de 2005.

¹³⁵ ALVIM, JE. Carreira. op. cit. p. 27

particulares. É o próprio inchaço da prepotência do Leviatã em cima dos cidadãos, a que se refere Hobbes.¹³⁶

Somente para se dar uma idéia do que seja a S.S – Suspensão de Segurança, inaugurado pela Lei 4.348 de 26 de junho de 1964 (Anexo II), editada nos pruridos da instalação do Regime Ditatorial de 1964 e revigorada pela Lei 8.437/92 (Anexo IV) com caráter de disfarce, para esconder o sentido draconiano da medida:

4º) quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada (exclusividade governamental) e para evitar lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, o presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução de liminar e da sentença, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de 10 (dez) dias, contados da publicação do ato.

No mesmo intuito, de preponderância da força governamental contra o particular foi acrescentado a este texto pela MP 2.180-35/2001 o § 1º que dispõe: §1º Indeferido o pedido de suspensão ou provido o agravo a que se refere o caput, caberá novo pedido de suspensão ao Presidente do Tribunal competente para conhecer de eventual recurso especial (STF) ou Extraordinário (STF).¹³⁷

Isto é, embora perdedor nas instâncias inferiores, o governo poderá sempre repristinar seus recursos chegando até a Corte Suprema para derrubar de pronto, decisão liminar ou, pasme-se até, sentença de juízes e tribunais sem o devido tramite processual. É a própria instalação da ditadura legal.

Não bastasse isso, ainda acrescenta o § 2º do artigo 4º nestes termos, repetindo-se quase toda a Lei 8.437 de 30/06/1992: “Aplicam-se à suspensão de segurança de que trata esta lei, as disposições dos §§ 5º a 8º do art. 4º da Lei 8.437 de 20/06/1992.”¹³⁸

É o retrocesso em matéria de rapidez e celeridade inauguradas pelos art. 273 e 461 do Código de Processo Civil, antecipação de tutela e medidas assecuratórias do seu

¹³⁶ HOBBS, Thomaz. **O Leviatã: forma e poder de uma república eclesiástica e civil**. Tradução e prefácio: Manuel Sanches Sarto. México: Fundo de Cultura Econômica. 1940

¹³⁷ BRASIL. **Lei nº 4.348/64**, estabelece normas processuais relativas a mandado de segurança. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 27.04.2005. Anexo II

¹³⁸ BRASIL. **Lei nº 4.348/64**, estabelece normas processuais relativas a mandado de segurança. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 27.04.2005. Anexo II

cumprimento inauguradas pelas Leis 8.952/94¹³⁹ (Anexo VI), Lei 8.078/90¹⁴⁰ Código de Defesa do Consumidor – CDC, Lei 8.884/94¹⁴¹ – CADE, Lei 8.069/90¹⁴² – Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA e Lei 10.444/2002¹⁴³.

Toda essas medidas antecipatórias e assecuratórias da tutela jurisdicional foram liquidadas pela Lei 9.494/97¹⁴⁴ (Anexo VII) e essas outras referidas, sepultando a pretendida celeridade processual, que poria senão fim, pelo menos, melhoraria a dinâmica a rapidez de tramitação dos feitos, pondo termo à lentidão na solução dos feitos judiciais.

Mesmo ante tais dificuldades para aplicar a antecipação de tutela, verificou-se no exemplo as razões do espírito criativo dos juízes que ainda procuram diminuir a difícil situação criada pela Lei 9.494/97, e a sua respectiva ADC-4-6/97. Trata-se de substituição de mandado de segurança, que deveria ser impetrado perante Tribunal Federal da 1ª Região – Brasília-DF, por ação ordinária no juízo federal de 1º grau do Ceará. Ação Direta de Constitucionalidade 4/97. Efeito Vinculante.

Deferimento de tutela antecipando a inscrição de candidata, residente em Fortaleza, para inscrição ao concurso de Juiz Federal do TRF da 1ª Região (DF) que alega não ter dois anos de prática forense hoje, mas que terá quando da posse, se vier a ser aprovada.

O mérito, bem se vê, é razoável, mormente para fins de antecipação da tutela, além de poder ser revertida, caso a candidata ao final não seja aprovada.

O grande problema é competencial ou seja, saber se a Autora poderia ajuizar esta ação ordinária em 1º grau, contra a UNIÃO, ao invés de Mandado de Segurança que deveria impetrar perante o próprio TRF da 1ª Região (o competente).

¹³⁹ BRASIL. **Lei. 8.952/94**. Altera dispositivos do Código de Processo Civil sobre o processo de conhecimento e o processo cautelar. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 28.04.2005. (Anexo VI)

¹⁴⁰ BRASIL. **Lei. 8.078/90**. Dispõe sobre os direitos do consumidor. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 28.04.2005.

¹⁴¹ BRASIL. **Lei 8.884/94**. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 28.04.2005.

¹⁴² BRASIL. **Lei. 8.069/90**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br> Acesso em 28.04.2005.

¹⁴³ BRASIL. **Lei 10.444/2002**. Altera o Código de Processo Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 28.04.2005. (Anexo XI)

¹⁴⁴ BRASIL. **Lei. 9.494/97**. Disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, altera a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 27.04.2005. (Anexo VII)

Vejam como abordei o tema à luz da ADC-04 e recente posição do STF dizendo que ainda não julgou o parágrafo 1º da Lei 8.437 e sim só os artigos (caput)

II – DA COMPETÊNCIA DESTE JUÍZO

03. Na presente ação declaratória, onde é requerida a antecipação de tutela, a autora se insurge contra exigência de edital emanado do Egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região, com referido no item 01 desta decisão.

04. É certo que, a teor do § 1º do art. 1º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992, “não será cabível, no juízo de primeiro grau, medida cautelar inominada ou a sua liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na vida de mandado de segurança, à competência originária de tribunal”, o que vale dizer, a autora estria se utilizando de ação cognitiva perante a Justiça Federal de Primeiro Grau quando deveria impetrar mandado de segurança perante o próprio Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

05. É sabido também que o art. 1º da Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997 manda aplicar à tutela antecipada, o disposto nos artigos 1º, 2º, 3º da Lei nº 8.437/92, e que a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 04, (ADC) foi acolhida, em data de 11.02.98, em fase liminar, pelo STF, por 9 a 2, considerando constitucional a Lei nº 9.494, de 10.09.97, tendo a referida ADC efeito vinculante, nos termos do § 2º do art. 102, da Constituição Federal.

06. No entanto, há dúvida se o art. 1º da Lei nº 9.494/97 abrange ou não, ao fazer alusão ao art. 1º da Lei nº 8.437/92, a seus parágrafos, e portanto ao § 1º, dispositivo enfocado neste caso. Neste sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal, verbis:

- (...) omissis

- Ademais, é de notar-se que, com relação à não observância do decidido na ADC nº 4, é controvertido – e a questão ainda não foi decidida por este Tribunal – se o art. 1º da lei nº 9.494/97 abarca ou não, ao aludir ao artigo 1º da Lei nº 437/92, seus parágrafos, e, portanto, o parágrafo primeiro que está em causa nesta reclamação, não se podendo, portanto, pretender que haja manifesto desrespeito à mencionada decisão desta Corte a evidenciar o perigo de manutenção dele.

- Agravo a que se nega provimento (RCL AgRg n.I.606-SE, Rel. Min. Moreira Alves, Boletim Informativo do STF n. 209, de 16.11.2000, p. 3, 2º col)

07. Destarte, admito por enquanto a minha competência para processar e julgar a presente demanda.¹⁴⁵

A respeito do mesmo assunto, referentemente à proibição de antecipação de tutela, conforme preceituado pelo art. 1º da Lei 9.494/97, o autor deste trabalho na condição de Juiz Federal, teve inúmeras reclamações opostas pela União, a propósito da concessão do

¹⁴⁵ MACHADO, Agapito, Juiz Federal do Ceará. Exposição apresentada à lista da Associação dos Juizes Federais do Brasil

percentual de 11,98% aos funcionários do Judiciário e Legislativo, que retardaram a concretização do benefício em pelo menos sete anos, como no exemplo da Ação Ordinária nº 97.34265-7¹⁴⁶. A reclamação da União com respaldo na Lei 9.494/97, declarada constitucional (ADC-4/97) provocou a suspensão da concessão antecipada do pleito.

A questão, entretanto, não era de declaração de inconstitucionalidade da Lei 9.494/97, mas sim de considerar ter havido um erro de cálculo na transformação da URV do período para os vencimentos dos servidores.

Nessa linha de orientação, examinando idêntica *quaestio iuris*, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região negou efeito suspensivo a agravo de instrumento interposto contra decisão antecipatória de tutela, senão vejamos:

Perceba-se que a questão, conquanto sutil, não alimenta qualquer dúvida: impedir a supressão de um valor já constante dos vencimentos – objetivo da demanda subjacente – certamente não é o mesmo que simplesmente aumentar esses vencimentos.

Por essa razão, em cognição sumária, entendo que a limitação imposta pela MP nº 1.570/97, conquanto tenha sido considerada constitucional em tese pelo Col Supremo Tribunal Federal, não se aplica ao caso. (grifei).

A medida provisória em questão restringe o exercício de direito e vai contra o próprio espírito da reforma processual, que instituiu a figura da antecipação da tutela. Ainda que essas características não sejam suficientes para, por si sós, tornar a medida provisória inválida ou inconstitucional, será suficiente para justificar a interpretação restritiva que se lhe aplicou.¹⁴⁷

Mesmo assim, foi suspensa a decisão.

Por outro lado, é bem verdade que o artigo 16 da Lei nº 7347/85, na redação que lhe imprimiu a Lei 9.494, de 10.09.1997 preceitua que a sentença civil fará coisa julgada “*erga omnes*”, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipóteses em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

Todavia, os limites da competência territorial da jurisdição do Juízo em se tratando de ações coletivas, são delineados pela natureza do interesse ou direito defendido, isto é,

¹⁴⁶ CUNHA, Francisco Neves. Sentença nº 149/98, proferida em **Ação Ordinária nº 97.34265-7**. Seção Judiciária do Distrito Federal – 16ª Vara.

¹⁴⁷ CUNHA, Francisco Neves. Op cit. p.14

em se tratando de direitos indivisíveis a competência territorial ganha a dimensão desta indivisibilidade, de modo que a decisão deverá tutelar o direito ou interesse em sua integralidade, posto que indivisível e, na dicção legal, em se tratando de direitos coletivos, a decisão terá efeitos *ultra partes*, além das partes integrantes da ação, limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência pro insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova – artigo 103, incisos I e II, da Lei nº 8.078 – Código de Proteção e Defesa do Consumidor.¹⁴⁸

Conforme Informativo 82 do Supremo Tribunal Federal em sede de Reclamação e Ação Civil Pública:

Por não vislumbrar usurpação de sua competência, (CF, art. 102, I,I) o Tribunal vencido o Min. Marco Aurélio, julgou improcedente reclamação proposta por instituição financeira contra decisão do Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, que mantivera sentença – em ação civil pública por danos provocados a interesses individuais homogêneos, ajuizada pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC – condenando o reclamante ao pagamento da diferença entre o índice de correção monetária efetivamente creditado e aquele incidente sobre os saldos existentes em janeiro de 1989, em favor de todos os poupadores de caderneta de poupança da instituição-ré (Lei. 7.347/85, art. 16: “A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*...”) Prevaleceu o entendimento de que as decisões das instâncias paulistas não declararam a coisa julgada *erga omnes*...”). Prevaleceu o entendimento de que as decisões das instâncias paulistas não declararam a inconstitucionalidade do art. 17, I, da Lei 7.730/89, que determinava a atualização dos saldos das cadernetas de poupança no mês de fevereiro de 1989, com base no rendimento acumulado da Letra Financeira do Tesouro Nacional – LFT verificado no mês de janeiro de 1989, deduzido o percentual fixo de 0,5%, como pretendia o reclamante. Precedentes citados: RCLs 337 (RTJ 133/551), 410 (RTJ 144/713) e 434 (RTJ 154/13). RCL 602-SP, rel. Min. Ilmar Galvão, 3.9.97 – GN.¹⁴⁹

No sentido da concessão da liminar a nível nacional, para todos os associados foi a decisão do autor em Ação Civil Pública nº 1026/AD/91-91.002877-0, conferindo 147,06% aos aposentados, contra o INSS.

¹⁴⁸ BRASIL. **Código de Proteção e Defesa do Consumidor**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 29.04.2005.

¹⁴⁹ MACHADO, Pedro Antonio de Oliveira. Artigos - **Da Ação Civil Pública na Justiça Federal – Foro competente e efeitos da decisão**. Disponível em www.berbert.adv.br/artigos/da_acao_civil_publica_na%20justica_federal.htm. Acesso em 29.04.2005.

Desse modo, está se a ver que a legislação que o Poder Executivo baixou, restritiva do poder geral de cautela dos juízes, além de levar ao retardamento do julgamento dos feitos, provoca o aumento de ações nas órbitas superiores principalmente no STF.

Assim, mais uma vez está provado que a lentidão, a morosidade da Justiça é provocada pelo próprio governo, por sua legislação castradora do poder geral de cautela dos juízes. Além do mais, faz aumentar a carga de processos a serem resolvidos nas instâncias superiores, com prejuízos para as atividades próprias daqueles órgãos, em especial o STF.

Deixasse o governo em pleno funcionamento a antecipação da tutela nas instâncias inferiores e não haveria tanto retardo e não se acumulariam tantos recursos nas Cortes Superiores.

Em referência a Lei 8.437/1992 (Anexo IV), época do Plano Collor I –1990 a 1992 - ainda não editada, nem a EC – 3/93, ação declaratória de constitucionalidade, nem a Lei 9.494, que é de 1997. Desse modo, e nessa ocasião, a propósito do julgamento da ADIn das Medidas Provisórias 173 e 375, assim se pronunciou o Supremo Tribunal Federal, que tinha na sua composição ainda o Ministro Paulo Brossard:

A concessão da liminar em mandado de segurança encontra assento no próprio texto constitucional. Assim, presente os requisitos necessários à liminar, os seus efeitos imediatos e imperativos não podem ser obstados.

Ocorre que a doutrina e a jurisprudência discutem importante questão sobre a disciplina das medidas liminares no mandado de segurança retirar sua força do próprio texto constitucional ou da legislação processual. As conseqüências da opção são amplas, principalmente porque no primeiro caso não será possível a edição de lei ou ato normativo impedindo a concessão de medida liminar em mandado de segurança, enquanto, pela segunda hipótese, nada obstará tal norma.

O Supremo Tribunal Federal teve oportunidade de discutir amplamente essa questão no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 223-6/DF, ajuizada contra a Medida Provisória nº 173, que proibia a concessão de liminares em ações contra o Plano Econômico Collor I.

A decisão majoritária da Suprema Corte, com base no voto do Ministro Sepúlveda Pertence, entendeu que a restrição à concessão de liminares não acarretaria automaticamente lesão ao direito do indivíduo, pois “as medidas cautelares servem, na verdade, ao processo, e não ao direito da parte”, pois “visam dar eficácia e utilidade ao instrumento que o Estado engendrou para solucionar os conflitos de interesse dos

cidadãos”. Desta forma, não se declarou a inconstitucionalidade da previsão normativa, ressaltando-se porém no voto do citado Ministro que,

“a solução estará no meneio do sistema difuso, porque nele, em cada caso concreto, nenhuma medida provisória pode subtrair ao juiz da causa, um exame da constitucionalidade, inclusive sob o prisma da razoabilidade, das restrições impostas ao poder cautelar, para, se entender abusiva essa restrição, se a entender inconstitucional, conceder a liminar, deixando de dar aplicação, no caso concreto, à medida provisória, na medida em que, em relação àquele caso, a julgue inconstitucional, porque abusiva”

Assim, apesar de não declarar a inconstitucionalidade da referida medida provisória por reconhecer que a liminar não é um direito constitucional, mas uma garantia legal do juízo, o Supremo Tribunal Federal expressamente autorizou que cada juiz, perante o caso concreto, realizasse o controle difuso de constitucionalidade, e concedesse ou não a liminar, independente da proibição da medida provisória.

Os Ministros Paulo Brossard e Celso de Mello entenderam que a medida provisória estaria eivada de inconstitucionalidade, inclusive em relação à supressão das liminares do mandado de segurança, pois que retiram sua força do próprio texto constitucional.

Posteriormente, em novo julgamento o Supremo Tribunal Federal suspendeu liminarmente diversos artigos da Medida Provisória nº 375, em face de inconstitucionalidade, afirmando que a limitação à concessão de medidas liminares pelo Poder Judiciário é incompatível com a Constituição.¹⁵⁰

Nesse julgamento, o Pleno do Pretório Excelso conclui que a vedação à concessão de liminares “obstrui o serviço da Justiça, criando obstáculos à obtenção da prestação jurisdicional e atentando contra a separação dos poderes, porque sujeita o Judiciário ao Poder Executivo.¹⁵¹

Entendemos que, presentes os requisitos ensejadores da medida liminar em sede de mandado de segurança, a concessão da medida liminar será ínsita à finalidade constitucional de proteção ao direito líquido e certo, sendo qualquer proibição por ato normativo está eivada de absoluta inconstitucionalidade, uma vez que se restringiria a eficácia do remédio constitucional, deixando desprotegido o direito líquido e certo do impetrante.

Dessa forma, na eventualidade de edição de leis ou atos normativos que proíbam ou reduzam a possibilidade de concessão de liminares em sede de mandado de segurança, poderá o juiz afastar, diffusamente, a incidência daquelas espécies normativas por inconstitucionalidade, e conceder a necessária medida.¹⁵²

O certo é que, como se depreende de todos esses episódios, com a edição de toda uma legislação fora das raias constitucionais, o governo pretendeu impedir e por fim,

¹⁵⁰ RAMOS, Elival Silva. *A inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1994.

¹⁵¹ STF – Pleno – **Adin nº 975-3** – medida liminar – Rel. Min. Carlos Velloso, Diário da Justiça, Seção I, 20 junho 1997, p. 28.467.

¹⁵² MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 172-174

demonstradamente, ao controle difuso da constitucionalidade, porque os juízes impediam a ofensa ao direito individual e iam de encontro às suas vontades políticas contrárias a Constituição, ao poder geral de tutela do judiciário, impondo à Nação leis e MPs contrárias aos interesses nacionais, como provam os inúmeros MPs, leis, e atos normativos que levaram à “privatização” e à entrega de nosso parque de telecomunicações e energético e industrial contra o que sempre se levantaram os juízes de inferior instância, dentre os quais o modesto autor desta monografia.

Há 13 anos, portanto, após a edição da carta constitucional de 1988, foi idealizada uma reforma do Poder Judiciário, iniciada pelo Projeto de Emenda Constitucional do Deputado de São Paulo do PT, Hélio Bicudo. Durante a sua tramitação o projeto inicial sofreu várias transformações. Veio a ser aprovado pela Emenda Constitucional 45/2004.

A par do pretendido controle externo do Judiciário, com a criação do Conselho Nacional da Magistratura, a reforma também redistribuiu algumas competências. Tinha, entretanto, como meta principal alcançar a celeridade na solução dos processos judiciais, sobretudo, por influência externa do capital internacional ávido de investimentos *in loco* representados pelo Fundo Monetário Internacional – FMI, com o fim de obter sua quota de participação efetiva na economia brasileira. Não queriam ser prejudicados por pendências judiciais de longa duração. A rápida solução dos feitos interessa em primeiro lugar à comunidade interna dos jurisdicionados. Este interesse não é tão intenso como deveria parecer da parte dos governantes, interessados em procrastinar, na verdade, a solução de suas pendências, o pagamento dos seus débitos para as próximas administrações. E usam a Justiça para isso. Esta verdade representa uma onda recursal dos sucessivos governos, verdadeiras *tsunamis* processuais que não se cansam de empurrar os seus débitos nessa interminável empreitada.

Os investidores externos exigem, além da estabilidade política para seus investimentos, regularidade e celeridade nas questões de cunho judicial. A chamada “Reforma do Judiciário”, entretanto, em seu texto de Emenda Constitucional, não alcançou sua meta principal, ou seja, um sistema para solução rápida dos feitos judiciais, conforme se depreende de sua leitura. Aliás, prepararam as instâncias governamentais para envio ao Congresso dos projetos de

leis que deverão imprimir celeridade aos feitos. É a própria confissão da ineficiência da referida reforma.

A aprovação inconclusa da E.C 45/ 2004, portanto, foi mais para dar uma satisfação à comunidade nacional e internacional do atraso de treze anos de tramitação legislativa do empreendimento. De prático de efetivo e imediato, entretanto, a emenda constitucional nada resolveu em termos de celeridade. Nem mesmo previsão de criação das chamadas súmulas vinculantes, a serem editadas pelo Supremo Tribunal Federal, em matérias pacificadas, evitará de pronto a acumulação de feitos repetitivos nos tribunais superiores e nas instâncias inferiores. Portanto, no essencial, a reforma aprovada nada significa de momentâneo e dinâmico para o atual estado de congestionamento dos feitos no Judiciário, que continuará como dantes, ou até mais agravado. Tudo dependerá de implementação de leis que estabeleçam um sistema processual e recursal dinâmico, desemperrado e prático, como aliás, já fora iniciado pelas várias leis processuais anteriores conseguidas pelo trabalho da comissão de juristas referida, tendo à frente o Ministro Vice Presidente do Superior Tribunal de Justiça, Sálvio Figueiredo. Refira-se mais uma vez em ordem de importância, o instituto da antecipação de tutela, art. 273 e 461 do CPC e aquelas introduzidas no processo de execução, respectivamente pelas Leis 8.953/94, 10.358/2001 e 10.444/2002.¹⁵³

Além das influências políticas dos demais outros poderes, Legislativo e Executivo, o Poder Judiciário sofreu esta Reforma pela EC 45/04, sobretudo em termos do chamado controle externo do Judiciário, que nenhum mecanismo prático e imediato trouxe para a solução do angustiante problema do congestionamento das vias judiciais e do seu conseqüente emperramento, gerador da apontada morosidade.

Cada instância judicial limitou-se a apontar o acúmulo de feitos de sua visão do universo em tramitação. Em especial os tribunais superiores e a Corte Suprema, que representaram o Judiciário na reforma, cuidaram da visão da montanha à sua frente, e nesse afã deixaram de tratar do problema da demanda por Justiça que assedia o Poder Judiciário como um

¹⁵³ BRASIL. Lei 8.953/94 - Altera dispositivos do Código de Processo Civil relativos ao processo de execução. 10.358/2001 - Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, relativos ao processo de conhecimento. 10.444/2002 - Altera o Código de Processo Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 13.04.2005. (Anexo IX)

todo, desde a primeira instância. É justamente a massa de legislação restritiva da ação dos juízes de primeira instância, somada à plethora de recursos, existentes em nossa lei processual e na jurisprudência dos tribunais, que fez acumular os feitos nas órbitas superiores.

É interessante ouvir-se a voz do representante do Judiciário sobre a questão. Falando a respeito do quadro das pendências judiciais, assim se expressou o atual Presidente da Suprema Corte Brasileira:

O presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), ministro Nélson Jobim, criticou ontem no Rio a morosidade dos tribunais brasileiros, ao afirmar que somente a Justiça federal tem uma 'taxa de congestionamento' de cerca de 80% - ou seja, de cada 100 novos processos abertos, apenas 20 recebem as decisões após 12 meses.

Uma das causas para os problemas enfrentados pela Justiça no Brasil, disse Jobim, está no excesso de casos analisados pelos tribunais superiores. Ele afirmou que no dia 9 de dezembro de 2004, por exemplo, havia em tramitação no STF 101.524 processos - 'que não significam 101.524 questões jurídicas distintas', declarou. O ministro afirmou que o tema da reforma do Judiciário não se esgotou, e que o Governo buscará agora - o que ele apóia - 'a redução do acesso aos tribunais superiores'. Ele defendeu o 'fortalecimento da Justiça nos Estados', ou seja, que um maior número de processos seja resolvido nessa instância, sem a necessidade de serem apreciados pelo STF ou pelo Superior Tribunal de Justiça.¹⁵⁴

O fortalecimento da Justiça nos Estados, significa nas instâncias inferiores, especialmente da primeira instância, seja na Justiça Estadual, seja na justiça federal.

Ora, por aí se nota que os próprios dirigentes do Poder Judiciário reconhecem que se deve munir os juízes de instância inferior de poderes para resolver as pendências judiciais, eliminando os recursos às instâncias superiores, até para desafogá-las, permitindo o acesso tão-só aos casos primordiais.

Isto quer dizer que a antecipação da tutela e a concessão de liminares, senão a solução, *initio litis*, de muitas questões, impedindo que os feitos cheguem às Cortes. Então, se querem resolver esse congestionamento, essa morosidade e lentidão, há de ser prestigiado o julgamento das instâncias inferiores, para que não subam os processos às instâncias maiores. Deste modo, estarão elas livres para se dedicar ao seus mister maior de relevância constitucional.

¹⁵⁴ JOBIM, Nelson. Jobim critica a morosidade dos tribunais. **O Globo**. Disponível em <http://www.oglobo.com.br>> Acesso em 15 de março de 2005.

As súmulas vinculantes previstas na reforma, que serão editadas gradualmente, poderão, a longo prazo, ir impedindo o acesso de processos às instâncias superiores. Por outro lado, conforme prevê em recente artigo do ilustre Professor e Desembargador Federal Antônio Souza Prudente:

Ora, considerando a postura histórica da Administração Pública no Brasil, no sentido de resistir ao cumprimento de decisões judiciais, buscando, sempre, as formas mais variadas e abusivas de protelações processuais, não será difícil visualizar as conseqüências trágicas do dispositivo constitucional em referência, no que tange ao acúmulo de reclamações perante a Suprema Corte, como resultante do reiterado descumprimento ou da indevida aplicação da súmula vinculante pelo agente da Administração Pública, culturalmente apegado a práticas burocráticas negativas e a exagerados formalismos procedimentais, que se tornarão mais graves na medida do despreparo instrutório do administrado, ao instrumentalizar, sem os cuidados necessários, seus variados pleitos administrativos, nem sempre enquadráveis nas comportas jurisprudenciais da súmula vinculante.

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal poderá estrangular-se como uma inusitada instância ordinária das inúmeras reclamações que certamente, lhe aportarão, visando anular o ato administrativo abusivo ou cassar a decisão judicial reclamada, para outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula vinculante, conforme o caso.¹⁵⁵

De forma isolada o Supremo Tribunal Federal assume o perfil de instância recursal ordinária das reclamações contra os atos da administração ou decisões judiciais que venham contrariar a inteligência jurisprudencial da súmula vinculante ou de aplicação indevida.

Cabe uma palavra final sobre a criação do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, na palavra do Ministro Maurício Corrêa, ex- Presidente do STF:

A esmagadora maioria dos juízes brasileiros posiciona-se favoravelmente à criação de um órgão de controle de suas atividades, à exceção, evidentemente, da prestação jurisdicional, pois, acaso incluída essa, estar-se-ia diante da maior heresia que se poderia perpetrar contra o sistema republicano em que se funda o Estado brasileiro. Esperava-se que a instituição desse órgão viesse em termos, afastada a participação de pessoas estranhas ao Judiciário, como é o caso dos representantes das duas Casas do Congresso Nacional, ou que o rol de suas atribuições não tivesse o elatério que tem para não retrair o que é de essência desse poder, ou que sua composição obedecesse ao critério de hierarquia, para que, por exemplo, um ministro do STF ou de Corte Superior não fosse julgado por um juiz de primeiro grau.

Quanto aos representantes do Congresso, seria o mesmo que se permitir a participação de membros de um outro poder investidos na condição de fiscais dos atos administrativos e funcionais do parlamentares que desbordassem do estrito

¹⁵⁵ PRUDENTE, Antônio Souza. Súmula Vinculante e a muralha de reclamações. **Consulex**. Brasília. 30.04.2005.

cumprimento do mandato popular. Outra questão fundamental é o risco de politização do órgão, o que poderia conduzir a uma tentativa de indução as decisões do Judiciário, fato que, se ocorrer, fará sucumbir de vez a democracia e o Estado de direito.

A concepção desse modelo de conselho leva à sociedade a vã ilusão de que será o grande xarope que sanará os males da morosidade da Justiça. Não vai ocorrer nada disso. A lentidão dos processos judiciais – fiquei rouco de dizer isso quando na presidência do STF – tem como causa precípua um amontoado de normas e procedimentos processuais perdidos na vetustez do tempo, incompatíveis e distantes da velocidade que a tecnologia passou a ditar às ações e relações humanas, além de falta de recursos para melhor equipar os serviços judiciais, a criação de varas e ampliação dos juizados especiais tanto na área da justiça comum como na federal.

O leigo, que se sente um desafeto na lentidão da Justiça, vislumbra na criação desse órgão o grande e eficaz instrumento capaz de fustigar e desferrar o juiz moroso. Inspirado, em consequência, no inconsciente coletivo de que se subsume, admite que o juiz tem privilégios que ele não tem, trabalha menos e ganha mais, tem férias e feriados que ele não tem e possui uma série de vantagens e direitos que ele não tem.

Estúpida avaliação! É preciso vestir a toga e sentir o seu peso para saber o que é a vida de um juiz. O formato desse órgão é pois, no fundo, o retrato desse inconsciente coletivo – da sociedade, do presidente Lula, que desejou afoitamente abrir os segredos da caixa-preta, e de todos o que querem promover a catarse do Judiciário.¹⁵⁶

Ainda nas palavras do Ministro Maurício Corrêa:

Não pertenço à corrente daqueles que entendem que toda a chamada ineficiência do Poder Judiciário recai sobre os magistrados. Afinal, se entre os juizes brasileiros há uma insignificante parcela que não cumpre com seus deveres, a esmagadora maioria se constitui dos que, muito mais que a rotina normal de trabalho, vai bem além dos expediente normal dos dias úteis, colados nos processos, nos finais de semana e feriados, para dar conta do recado. A criação desse órgão de controle, assim, passou a ser uma obsessão de alguns influentes assessores do Presidente da República. A referência à caixa-preta que puseram em sua boca é uma metáfora maldosa e mordaz. O Conselho Nacional de Justiça, dessa forma, seria a vingança da sociedade contra uma Justiça que não atende às necessidades mais imediatas de quem dela precisa valer-se. A morosidade de tudo, a lentidão manifesta da conclusão da causa, o rito, os prazos, os recursos, os custos, as audiências, o carimbo, o juiz, o promotor, o advogado, o serventário, enfim todos esse aparato seria debitado à conta do juiz, responsável por toda a obsolescência desse complexo disforme e jurássico, distante da realidade das transformações da tecnologia da vida moderna.

Não ponham no banco dos réus, nessa trama, os mais de 99 por cento dos juizes brasileiros honestos e trabalhadores. Coloquem os que sobram, que falharam ou falham. Mas não culpem essa maioria pelo que não presta. Levem para a Papuda, sim, a ineficiência da falta de ações quanto ao atraso de nosso sistema processual, Não deixem que os projetos em andamento, que preconizam alguma solução nesse rumo, se eternizem no Congresso Nacional. Muito mais do que a fantasia do espetáculo que

¹⁵⁶ CORRÊA, Maurício. O Conselho Nacional de Justiça. **Correio Braziliense**. Brasília. 31.10.2004.

possa produzir a abertura da caixa-preta, está a morbidez do Estado na viabilização do Judiciário. Aquele, sim, por ora, é o que deve estar no banco dos réus. Ou na UTI.¹⁵⁷

Portanto, se for prestigiada a judicatura de primeira instância, em especial o seu poder difuso de controle de constitucionalidade, o poder geral de cautela do judiciário, com ênfase para as medidas liminares e antecipatórias de tutela, derogando-se, principalmente a lei 9494/97 e outras analisadas no correr deste trabalho, que têm restringido soberbamente a atuação da judicatura de primeira instância, sobretudo, e vê-se que se estará atingindo a celeridade processual na solução dos feitos. Em especial, deve-se dar relevância às medidas introduzidas nos art. 273 e 461 do Código de Processo Civil¹⁵⁸, em a nova série de medidas que se seguirão à promulgação da Emenda Constitucional nº 45¹⁵⁹.

Além da propalada súmula vinculante para os casos repetitivos, já debatida, também será analisada a introdução da súmula impeditiva de recursos, além da redução do número considerável de recursos que tornam infundável a solução definitiva da demanda. Todas essas medidas levará, inevitavelmente à desconcentração dos feitos nas instâncias superiores, pois a maioria deles encontrará sua solução final nas instâncias inferiores da justiça, tornando, portanto, menor o caminho do seu deslinde.

Mais uma vez, portanto, pode-se ressaltar que o acerto das colocações feitas prestigia os escalões inferiores da justiça, caminho mais célere e rápido para a solução definitiva dos processos e do descongestionamento dos órgãos judiciários. Dessa maneira, estar-se-á liberando os escalões superiores do Judiciário, especialmente o Supremo Tribunal Federal e os tribunais superiores, para suas responsabilidades em matéria constitucional e do direito federal, respectivamente.

¹⁵⁷ CORRÊA, Maurício. O CNJ, o Senado Federal e a UTI. **Correio Braziliense**. Brasília. 08.05.2005.

¹⁵⁸ **Art. 273.** O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação.

Art. 461 Na ação que tenha objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

¹⁵⁹ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 05.05.2005.

CONCLUSÃO

O controle difuso da constitucionalidade das leis, tal como foi instituído, tem sido praticado nos Estados Unidos da América, tem revelada sua eficácia por séculos até hoje. A própria experiência da vida jurídica política americana tem sido a maior prova de sua eficiência e validade. Casado ao sistema de organização política federal tem-se mostrado concreto, apto a enfrentar as vicissitudes da vida constitucional jurídico-política da nação vanguardeira do mundo.

Adotado no Brasil, por influência de próceres políticos, como Ruy Barbosa, ao se instalar a República, mostrou-se uma ferramenta de engenharia jurídico-político-institucional por poder ser trabalhada dentro do complexo organizacional federalista.

Em mais de cem anos de experiência no Brasil, tem-se mostrado eficaz e útil no que concerne ao seu funcionamento no corpo do Judiciário e à sua apreciação na solução das controvérsias jurídicas enfrentadas pelos juízes brasileiros. Sobressai, sobretudo o poder geral de cautela do juiz brasileiro, como instrumento fundamental na manutenção e afirmação do estado democrático de direito. Disto, ressalta a sua imediata, rápida e pronta eficácia na defesa dos direitos e garantias individuais e na manutenção e aperfeiçoamento do sistema político-constitucional. Tornou-se indispensável e insubstituível na manutenção do complexo jurídico-institucional do país.

De fato, o controle direto da constitucionalidade é concentrado na cúpula do Judiciário, em poucas mãos, escolhidas *in pectore*, conforme a Constituição Federal de 1988, mostra-se de resposta mais rápida, sobretudo, ante os interesses governamentais, contra quem os juízes principalmente os de Fazenda Pública e da Justiça Federal - onde os Município, Estados e União têm foro privilegiado – manejam ações judiciais em defesa dos cidadãos e particulares.

Entrementes, é inegável que aquelas questões que sofram o controle difuso da constitucionalidade apresentam uma resposta mais democrática e sopesada à sociedade,

sobretudo porque, analisadas desde as instâncias inferiores sofreram um demorado exame, passando por todas as demais até a cúpula do poder.

No contexto desse raciocínio, o sistema americano confere à forma difusa de controle o seu papel singular, impar e principal. Com efeito, a discussão da matéria no âmbito da primeira instância do Poder Judiciário representa não só a garantia de um maior amadurecimento do tema, com a ampliação do debate passando por toda a hierarquia nas instâncias singulares mas também a garantia do aperfeiçoamento de um sistema mais compatível com o perfil democrático de que está historicamente impregnada a alma política americana.

A primeira Constituição Republicana do Brasil, promulgada em 1891, como visto, foi indelevelmente marcada por inspiração no constitucionalismo norte-americano. O federalismo seja a expressão mais sensível dessa marca, mas não a única. Ao inverso, também ele contribuiu para ampliar a vertente do controle da constitucionalidade, ao conferir aos Judiciários estaduais a possibilidade de apreciar a compatibilidade de normas emanadas dos membros da Federação em face da Constituição Federal de 1988. Sendo esta última, de fato e de direito, a norma suprema da nação, sua supremacia impõe-se como corolário lógico do próprio regime federativo, submetendo as demais normas à sua eficácia. Daí, pois, o conceito de constituição *rígida*, sendo ela a única a render ensejo ao controle de constitucionalidade, pela sua própria natureza.

No Brasil, os textos constitucionais que se seguiram à Constituição de 1891 mantiveram o controle de constitucionalidade, com ênfase para o exame difuso. Com a promulgação da atual Constituição da República Federativa do Brasil, em 5 de outubro de 1988, subsistem os dois sistemas de controle, difuso e concentrado, reservando-se a este último a via de ação.

O controle da constitucionalidade tanto de leis como dos atos normativos pelo Judiciário impõe-se como um imperativo da moderna democracia. No célebre sistema do *checks and balances*, exposto por Montesquieu em seu *Espírito das Leis*, o Estado de direito tem como baliza o *equilíbrio* entre as forças nele atuantes, de molde a não permitir a atuação exacerbada de

um poder em detrimento do outro. No Brasil, tradicionalmente existe a preponderância factual do Poder Executivo sobre os demais.

Entretanto, a preponderância do Executivo está mais acentuada em especial devido ao instrumento introduzido na CF/88¹⁶⁰, chamada Medida Provisória, que se propunha substituir o decreto-lei do regime de exceção. Isto fez com que o Executivo se sobreponha, não só ao Judiciário, mas também, acentuadamente ao Legislativo.

Tal fato, como previsto por muitos juristas tem levado a um impasse institucional que se acentua a cada dia que passa.

O Judiciário que foi submetido à vontade do Executivo, com sua “indústria de medidas liminares” somada ao arsenal jurídico analisado na segunda parte deste trabalho, sufocou a voz dos Juízes, sobretudo no exercício do controle difuso da constitucionalidade das leis, originárias quase sempre de medidas provisórias, principalmente.

Hoje, também o Poder Legislativo sucumbe frente ao Poder Executivo, tendo travado suas ações pelo enxame de medidas provisórias editadas. Além de roubar-lhe sua atividade fim as pautas de medidas provisórias impedem as ações normais do Poder Legislativo.

A respeito do tema escreve o historiador e cientista político Octaciano Nogueira em artigo intitulada Contrafação legal, *ut se segue*:

As tímidas reações do Congresso ao uso exacerbado das medidas provisórias mostram a fragilidade e as incongruências do ordenamento jurídico do país, sujeito a toda sorte de subterfúgios, chicanas e recursos espúrios que continuam a contaminar a legitimidade democrática, mesmo depois de restaurada pela Constituição em vigor. A culpa tem sido atribuída ao Executivo, mas não se deve esquecer a parte da responsabilidade que também cabe ao Legislativo. Em primeiro lugar, por não se utilizar da faculdade de examinar as preliminares constitucionais que justificam a edição dessas medidas: “ A deliberação de cada uma das Casas do Congresso Nacional sobre o mérito das medidas provisórias dependerá de juízo prévio sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais” (Constituição, art. 62, § 5º), isto é, a relevância e a urgência referidas nesses mesmo artigo. Em segundo lugar porque a reforma liderada pelo então presidente da Câmara, o atual governador Aécio Neves,

¹⁶⁰ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 05.05.2005.

de que resultou a Emenda Constitucional 32, de 2001, em vez de amenizar, agravou o problema. No segundo governo Fernando Henrique Cardoso, antes da entrada em vigor desse remendo, o presidente editou 103 MPs, média de 3,12 pro mês. Entre 11 de setembro de 2001 e o fim de seu mandato, o número das medias editadas alcançou 101, média de 6, 73 por mês, mais do dobro da média mensal antes da EC 31, de 2001. Emenda, como se vê, pior que o soneto.[...]

O artifício, do chamado “contrabando”¹⁶¹ como classificou o próprio líder petista, dá idéia da dimensão a que chegaram, de um lado o despreparo intelectual dos responsáveis pelo abuso, e de outro o mais comezinho desconhecimento das noções mais elementares da técnica legislativa, pela qual sucessivos governos, e o próprio Congresso, não têm demonstrado o menor apreço. Tinha razão Farias Brito, crítico impenitente da realidade brasileira, quando escreveu que éramos uma país de legisladores, “mas de legisladores feitos a murro e sopapo” que só dessa maneira sabem fazer leis. Segundo ele, “as leis se fabricam aqui, com a mesma facilidade com que se fabrica manteiga ou sabão”.

O presidente da Câmara pediu à sua assessoria jurídica parecer a fim de saber se tinha poderes para devolver ao Executivo as medidas provisórias julgada inconstitucionais e recebeu a resposta de que essa faculdade é reservada à Mesa e não ao seu presidente, individualmente.¹⁶²

Num primeiro momento, o Supremo Tribunal Federal foi acionado em face do quadro institucional criado pela edição em série das medidas provisórias. Entretanto, descartou sua regulação, entendendo que os critérios de edição de medidas provisórias, de urgência e relevância eram de economia interna do Poder Executivo.

Mesmo após regulado o contexto de edição das medidas provisórias, já após a edição da EC/32/2001, o problema institucional subsiste. Agora, inclusive, tornou-se mais grave, pois introduziu-se nele o mecanismo de paralisação da pauta dos trabalhos das casas do Congresso, enquanto não se apreciassem as medidas provisórias editadas.

Este, pois é o quadro de impasse institucional atual gerado pela edição descriteriosa das medidas provisórias aos seus pressupostos de urgência e relevância conforme art. 62 § 5º CF/88¹⁶³, sem respeito, cuja falta de exame e regulamentação cabal levaram à sufocação das ações dos juizes essencialmente no exercício do controle difuso, como referido, primeiramente, e agora, também à dever do próprio poder legiferante.

¹⁶¹ “Contrabando” - tem sido a prática generalizada pelo governo Lula, mas também já herdada do governo passado, de aproveitar as MPs que edita para introduzir nos textos matéria grosseiramente alheia ao seu objeto principal.

¹⁶² NOGUEIRA, Octaciano. Contrafação legal. **Correio Braziliense**. Brasília. 27 de abril de 2005.

¹⁶³ § 5º A deliberação de cada uma das Casas do Congresso Nacional sobre o mérito das medidas provisórias dependerá de juízo prévio sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais.

Daí, se conclui que a chamada reforma do Judiciário, finalizada pela atual EC nº 45/2004, tem a finalidade de manter amordaçada a voz dos juízes e sua liberdade de ação. Trouxe em seu bojo a propalada e controvertida figura da súmula vinculante, pela qual as decisões editadas pelo Supremo Tribunal Federal, em determinadas matérias, vinculam as instâncias inferiores e a própria Administração, desde que declaradas com este efeito. Tal passo pode ter representado uma espécie de esvaziamento do caráter democrático do controle da constitucionalidade na medida em que temas do interesse da União passam a ser apreciados somente pelo órgão de cúpula maior do Poder Judiciário, escolhido *in pectore* pelo chefe do Executivo, escapando ao controle difuso.

O controle difuso, por sua própria índole, promove o debate das idéias – pró ou contra a constitucionalidade – em que amadurecem os temas postos em juízo, propiciando o diálogo institucional. O controle difuso tem o mérito de propiciar o florescimento de idéias que facilitam o posterior julgamento e fechamento das questões pelas instâncias superiores, principalmente no Pretório-mor, via recurso extraordinário. Está aí o exemplo histórico do confisco das poupanças principalmente do governo Collor a confirmar a assertiva. A pretensão, ora concretizada na EC 45, de limitar o espectro da atuação difusa no controle da constitucionalidade, em matérias de interesse nacional, parece caminhar na contramão do princípio democrático, especialmente se tivermos em consideração a desproporção entre o número de membros que honram as hostes da Corte suprema do País, apenas onze, e os diversos estratos judiciais de que se compõe a sociedade civil brasileira.

Reduzir a forma difusa de controle poderá, a médio ou longo prazos, significar a centralização do debate constitucional precisamente em temas mais polêmicos, como sói ocorrer nas ações que discutem a constitucionalidade. É certo que a súmula, quando editada com caráter vinculante, em sede de recurso extraordinário, terá por lastro também a matéria de fundo – de que ela é incidental – a corroborar ou não o que as instâncias inferiores decidiram. Mas a extensão do julgado sumular – repercussão – a controvérsias cujo objeto mostre-se idêntico ao apreciado em recurso extraordinário ainda constitui tema aberto ao debate.

Não se deve perder de vista, contudo, que o caráter de que se reveste qualquer crítica – no sentido lato do termo – à súmula vinculante, como poderia parecer num desprevenido *coup d’oei*”, não se prende a uma simples pretensão de fazer apologia do sistema difuso de controle como forma de fortalecer a atuação das instâncias sub pretorianas nesse mister. Tal postura equivaleria a advogar a tese de que existe uma declaração de inconstitucionalidade das primeiras instâncias e do segundo grau de jurisdição do Judiciário, o que é incompatível com o dispositivo no art. 97, da Constituição Federal. Não há olvidar, por oportuno, que ao Supremo Pretório compete a guarda da lei fundamental, *ex vi* do comando constitucional insculpido no art. 102, I, *a*, da Carta Maior. Eis por que, na qualidade de *constitutionis custos*, o Supremo Tribunal Federal representa a única instância em que a própria lei – em abstrato – é posta em juízo, equivalendo o seu veredito a autêntica atuação legiferante negativa. Ao advogar o elastério da forma difusa de exame constitucional – incidental ao exame concreto – temos em tela uma expansão, por assim dizer, dos horizontes da discussão acerca da adequação do diploma questionado em face da lei-mãe, jamais pretendendo um exame puro da norma em abstrato.

Outrossim, confundindo-se o controle difuso, por sua própria natureza, com um *exame incidental* da constitucionalidade da norma questionada, o juízo monocrático não pode pronunciar-se senão pela questão material (fática e/ou jurídica) que lhe é posta à apreciação em face daquela mesma norma. Portanto, o exame da constitucionalidade da norma invecivada cingir-se-á aos limites do pedido que constitui a causa de pedir nos autos deduzida. Portanto, o juízo acerca da adequação da norma à Constituição – irrelevante a matéria sobre a qual incida – nada mais é que um exame da causa *petendi*, naqueles autos, tendo por referência a Constituição. Não se trata de exame de constitucionalidade, no sentido estrito do termo, o qual, em verdade, será levado a efeito somente no STF, se recurso extraordinário for interposto, admitido e julgado. Nem mesmo ao segundo grau de jurisdição é dado pronunciar-se acerca da matéria constitucional, mas somente à corte especial conferiu o legislador constituinte originário tal competência, conforme o suso citado art. 97. da CF¹⁶⁴.

Ora, de quanto foi exposto, é imperioso concluir que, em virtude da força vinculante da súmula – tal como previsto na EC 45 –, a sua aplicação às causas cujos pedido e

¹⁶⁴ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 25.04.2005.

causa de pedir sejam idênticos à matéria apreciada pelo STF, em sede de recurso extraordinário. Às instâncias de menor grau de jurisdição não restará, portanto, a tão-só reprodução de julgado do STF, o que – não é despidendo enfatizar – constitui fato freqüente na vida forense. Mas, com a aplicação cogente da súmula – que, precisamente por isso, é vinculante – não será suficiente examinar se à matéria fática aplica-se o direito constante do *decisum* sumular; é dizer: é necessária a absoluta identidade fática entre a hipótese *sub judice* e aquela que rendeu ensejo à súmula. Enfatize-se: é indispensável a absoluta identidade entre as causas processada e processanda quanto ao objeto, ao pedido e à causa de pedir.

A constatação da referida identidade, contudo, não poderá ser avaliada sem o concurso da atuação do supremo Pretório, que sobre isto deverá manifestar-se. Convém salientar – somente à guisa de ênfase – que este caráter vinculante do *decisum*, tal como insculpido na súmula, é de reprodução obrigatória, não ficando, portanto, à discrição do julgador examinar se à hipótese aplica-se ou não o decidido pelo STF. Tal fato, portanto, significa dizer que a Corte suprema deverá sobre isto manifestar-se sempre, em todos os casos. Esta assertiva, ao tempo em que demonstra uma redução da competência da primeira instância judicial, implica em caminhar na contramão do relevante princípio da celeridade processual, uma vez que o jurisdicionado haverá de suportar os ônus da demora processual – que já não era desprezível, antes da súmula vinculante – além de assoberbar os gabinetes da Instância-mor com feitos que serão remetidos pelos juízos singulares tão-só com a finalidade de obter provimento declaratório de identidade fática e jurídica com o processo que originou a súmula. Vê-se, pois, que a tão propalada reforma do Poder Judiciário em pouco avançou e até mesmo deixou a desejar quanto ao controle da constitucionalidade.

Por fim, acrescenta-se que não bastam boas leis, constituições e mecanismos para controlar as leis para que se chegue ao ideal da democracia pela via do direito, ao ideal do estado democrático de direito. É certo que “não existe democracia perfeita. A democracia é um ideal que deve ser sempre atingido por etapas. Quando se atinge uma etapa, vai-se em busca da seguinte. Este é um grande desafio para este País e para todas as nações do mundo.”¹⁶⁵

¹⁶⁵ MONCLAIRE, Stephane. *A Constituição desejada : as 72.719 sugestões enviadas pelos cidadãos brasileiros a Assembléia Nacional Constituinte*. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1991. p. 120

As palavras da Professora da Universidade de São Paulo – USP, Maria da Gloria Garcia, reforçam esta afirmação ao escrever que:

Ao participarem do momento constituinte do Estado, assumirem-se como fundamento e limite do poder estadual, as Constituições escritas tornam-se lugares privilegiados de justiça, a sua expressão mesma, isto é, volvem-se, à imagem dos tribunais, em "espaços simbolicamente fechados" nos quais se traça não já o destino de um homem mas de uma sociedade inteira. E, também à imagem dos tribunais, deseja-se ostensivamente que as Constituições sejam pertença de um modo separado do quotidiano, um mundo transcendente e inacessível.

Daí o movimento de sacralização da idéia de Constituição e a crença inconfessada nas suas potencialidades, no período posterior às revoluções liberais. O Brasil não ficou alheio a este movimento e partilhou dessa crença em especial com a Constituição de 1824, na qual D. Pedro I do Brasil, IV de Portugal, foi procurar inspiração para a Carta Constitucional portuguesa de 1826.

Mas estava ainda reservada à cultura ocidental a descoberta de que, só por si, a Constituição não é uma fórmula mágica que soluciona as injustiças na vida social. A coberto dela, podiam mesmo cometer-se as maiores atrocidades, com direito a ombrear as de Torquemada.

A perversão da Constituição foi levada a efeito no atual século XX, desde logo na Alemanha nazista. O Estado Constitucional permitiu na realidade um Estado de opressão, um verdadeiro antro de violência. O processo que a tal conduziu é digno do discurso kafkiano, enquanto espelha o disfuncionamento da justiça. Não, porém, ao nível dos labirínticos meios de acesso de um indivíduo a um julgamento imparcial, como no verdadeiro universo de Kafka, mas ao nível de uma descida aos infernos por parte de uma sociedade que, em busca da justiça, hipotecou a racionalidade e se perdeu em ininteligíveis meandros de conflitualidade, manipulada por mão de mestre – Hitler. Um processo por onde longinquamente, embora, ecoa a "longa e fascinante história" do poder *versus* liberdade e que, exagerando o primeiro termo, absorveu o segundo, transformando a Constituição escrita – Constituição de Weimar – numa folha de papel e os direitos individuais nela reconhecidos em palavras ocas ou sem sentido.

E a ciência do direito deu cobertura a esta evolução, permitindo a identificação do poder e da justiça com a lei em vigor ...¹⁶⁶

O controle de constitucionalidade das leis é um dos mecanismos utilizados para o crescimento e aperfeiçoamento do sistema democrático em muitos países do mundo, seja ele de controle político, seja de controle jurisdicional.

¹⁶⁶ GARCIA, Maria da Glória Ferreira Pinto Dias. *Constituição 'ex machina'*. www.ibdc.com.br/mgloria.html. 30.01.2001.

No Brasil, escolheu-se o controle jurisdicional da constitucionalidade das leis, desde a implantação da República, segundo o modelo americano, pelo método difuso, exercido por todos os membros do Poder Judiciário. O controle concentrado foi introduzido de modo efetivo em nosso sistema a partir de 1965. Hoje convivem o controle tradicional difuso e o concentrado ou direto.

Em tal contexto, cabe ao Poder Judiciário a importante tarefa de aperfeiçoamento da democracia, através do controle das leis, extirpando aquelas que agridem a Constituição e os seus princípios. Daí a relevância da independência deste poder em relação aos outros Poderes, no que toca ao seu funcionamento e à escolha dos seus membros.

A independência do Judiciário é vital para a fortificação do estado de direito. É através dela que se chega à construção da democracia. Reside aí uma relação direta entre o judiciário e a democracia. A democracia assenta-se na escolha dos dirigentes do poder. Ela se revela na eficácia da atuação do estado em diversos setores, em especial na efetividade dos direitos sociais, na educação, na previdência social, na prestação jurisdicional, por exemplo. Trata-se, portanto, de fortificar o estado de direito.

A fortificação do estado de direito passa necessariamente pela independência do Poder Judiciário, pela escolha de seus membros. Daí o realce que deve merecer, no estado democrático de direito, a escolha dos juízes das cortes superiores do País, em especial, do Supremo Tribunal Federal, que é a corte constitucional do país, o guardião da constituição. Nas palavras do Professor Stephane Monclaire:

...isto não quer dizer que o sistema de nomeação seja mau por si mesmo. Muitas vezes, há relações políticas e pessoais neste processo. É a pessoa que nomeia. Quando não se pode mudar as pessoas, em que momento deve-se mudar o sistema. As nomeações acontecem em muitos países. Mas as regras de indicação podem ser mudadas. Por exemplo, no Brasil, onde não existe um tribunal constitucional, mas onde o Supremo Tribunal Federal tem essas funções, pode-se exigir que as indicações sejam exclusivamente de profissionais competentes e independentes ...¹⁶⁷

¹⁶⁷ MONCLAIRE, Stephane. Pouvoir Judiciaire et Democratie. *Informativo da Associação dos Juizes Federais do Brasil*, Brasília, p. 6-7. março de 2001

Nesse sentido, o jurista Fábio Konder Campanato sugeriu que, também na Suprema Corte brasileira, para se evitar indicações *in pectore* do Chefe do Poder Executivo, que, à exemplo do Superior Tribunal de Justiça, fossem divididas as vagas, garantindo-se um terço para os juízes de carreira, um terço para o Ministério Público e o restante para advogados. Assim, todos os operadores do direito estariam contemplados na Suprema Corte e eliminado o aspecto meramente político da indicação do partido do presidente do momento.

O passado, este sim, deu plena razão aos juízes federais do Brasil, que cômnicos de suas responsabilidades perante o fundamento maior da Constituição, o estado democrático de direito, e para a sua preservação, lutaram bravamente contra a ilegalidade dos desmandos legislativos do Executivo. Mas, por que não dispunham de maioria legislativa, foram amordaçados pelo arsenal legislativo montado pelo governo. E aí estão até hoje, manietados, na sua ação judicial, sem poder agilizar os julgamentos, especialmente, com a aplicação da antecipação de tutela.

E a despeito de tudo, e sobretudo, são identificados como os responsáveis pela lentidão e morosidade do Judiciário, o que, na verdade, é provocado pelo próprio governo, que não quer ver julgadas com celeridade suas dívidas, com receio de não poder honrá-las. Usa, portanto, a Justiça para transferir para as administrações vindouras o seu passivo

Chegou-se, portanto, a uma confrontação real entre as necessidades do país por capitais, por investimentos, e a vontade do governo de procrastinar a soluções dos seus feitos, em especial. O governo terá agora que decidir efetivamente. De duas uma: terá de optar pela solução judicial rápida das suas questões principalmente e obter a entrada de capitais, de investimentos necessários ao crescimento do país e sua integração no contexto capitalista internacional, ou seguirá indefinidamente transferir os seus compromissos, via justiça, com o que perderá o afluxo de investimentos externos. No primeiro caso, terá que propiciar ao Poder Judiciário meios condignos e necessários ao seu real funcionamento e, portanto, mudar o seu comportamento tradicional *vis a vis* das necessidades da justiça.

Se continuar optando pelo modo tradicional de tratamento da justiça, estará levando o país ao caos, se não a curto, pelo menos a médio prazo, pois não disporá de aportes

financeiros necessários á criação de empregos, de desenvolvimento econômico e de integração do país ao contexto capitalista internacional.

Espera-se que ocorra a opção mais racional, boa para o país, para os brasileiros e, portanto, para o próprio governo: a valorização da justiça como um todo, prestigiando e fortalecendo, sobretudo, as decisões de primeira instância, pela rapidez que representam na solução dos feitos e pelo que desafogará as instâncias superiores da maioria das questões postas sub judice.

O controle difuso da constitucionalidade estará assim a postos, juntamente com o poder geral de cautela do Poder Judiciário, para cumprir essa sua missão primordial: imprimir celeridade à tramitação dos processos e, assim, garantir a segurança jurídica por todos reclamada, pois

Justiça que tarda é injustiça!

REFERÊNCIAS

- ABRAHAM, Henry J. **The Judicial Process: an introductory analysis of the courts of the united states, England and France**. New York: Oxford University Press, 1962.
- ALVIM, J.E. Carreira. Tutela Antecipada e “verossimilhança da alegação”. **Justilex** . Brasília. Janeiro de 2005
- AYRES, Ana Valery. **Informação Legislativa**. Brasília: Senado Federal. 1978.
- BALEEIRO, Aliomar e SOBRINHO Lima Sobrinho. **Constituições Brasileiras**. volume V. Brasília: Senado Federal. 1999
- BARBOSA Rui, **Os Atos Inconstitucionais**. Campinas, SP: Russel. 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas, limites e possibilidades da Constituição brasileira**. Rio de Janeiro. Renovar. 1992.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1966.
- BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro : Forense. 2003.
- CAMPOS, Ricardo Ribeiro. Leis Inconstitucionais ainda constitucionais. **Direito Federal da Associação dos Juizes Federais do Brasil**.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo. Saraiva, 1993
- CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.
- CAVALCANTI, Themistocles Brandão. Coleção Constituições Brasileiras. Brasília: Senado Federal, 1999.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro. **O controle da constitucionalidade das leis e do poder de tributar na constituição de 1988**. Belo Horizonte : Del Rey, 1999.
- COLLIARD, Claude-Albert. **Libertés publiques**. Paris: Dalloz, 1975
- COOLEY, Thomas. **Princípios gerais de direito constitucional dos Estados Unidos da América do Norte**. Tradução de Alcides Cruz. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1982.
- CORRÊA, Maurício. O Conselho Nacional de Justiça. **Correio Braziliense**. Brasília. 31.10.2004

CORRÊA, Maurício. O CNJ, o Senado Federal e a UTI. **Correio Braziliense**. Brasília. 08.05.2005.

COSTA, Flávio Dino de Castro. A nova Justiça Federal. **Folha de São Paulo**. Disponível em : <http://www.folha.com.br>. Acesso em : 27 de julho de 2001.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo : Martins Fontes, 1998.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio; DINIZ, Maria Helena; Georgakilas, Ritinha A. Stevenson. **Constituição de 1988 : legitimidade, vigência e eficácia, supremacia**. São Paulo: Atlas, 1989.

FERREIRA, Pinto. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva. 1978.

FRANÇA. Constituição Francesa. Art. 64. **Jornal Oficial da República Francesa**. nº 1119. Suplemento nº 3. Paris. 1995.

FRANCIULLI NETTO, Domingos. O esdrúxulo controle externo. **Correio Braziliense**, Disponível em : <<http://www.correioweb.com.br>> Acesso em 08 de março 2004.

GARCIA, Maria da Glória Ferreira Pinto Dias. **Constituição 'ex machina'**. Disponível em : <<http://www.ibdc.com.br/mgloria.html>. Acesso em : 30 de janeiro 2001

GENOÍNO, José. **A Reforma do Poder Judiciário. Proposta e análise sobre a reestruturação do Poder Judiciário brasileiro**. Centro de Documentação e Informação Coordenação de Publicações. Brasília, 2000.

HAMILTON, Alexandre e Madison, James e J.Jay. **The Federalist paper**. Harmondsworth, Penguin Books, USA. 1961.

HOBBS, Thomaz. **O Leviatã: forma e poder de uma república eclesiástica e civil**. Tradução e prefácio: Manuel Sanches Sarto. México: Fundo de Cultura Econômica. 1940

HORTA, Raul Machado. **A autonomia de Estado-Membro no direito constitucional brasileiro**. Belo Horizonte: UFMG.

JOBIM, Nelson. Jobim critica a morosidade dos tribunais. **O Globo**. Disponível em www.oglobo.com.br. Acesso em 15 de março de 2005.

JÚNIOR, Dyrceu Aguiar Dias Cintra. A Fiscalização do Judiciário por Órgão Externo. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, 1995.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Coimbra : Armênio Amado Editor, 1962

KIYOMIYA, Shirô. Kazuhiro Hayashida, **Constitutional Court and Supreme Court of Japan, in Die moderne Demokratie und ihr Recht. Festschrift für Gerhard Leibholz zum 65.** Japan : Max-Planck-Institut, Geburtstag, II, Tübingen, Mohr, 1966.

LEITE, Costa. Por uma Justiça mais célere. **Consulex**. Brasília-DF, 30 julho 2000.

MACHADO, Pedro Antonio de Oliveira. Artigos - **Da Ação Civil Pública na Justiça Federal – Foro competente e efeitos da decisão.** Disponível em ww.berbert.adv.br/artigos/da_acao_civil_publica_na%20justica_federal.htm. Acesso em 29.04.2005.

MACHADO, Rubens Approbato. O sentimento de um povo. **Conselho Federal – OAB**. Junho /2001.

MAIA Zélio da Rocha. **Direito Constitucional – O Controle de Constitucionalidade nos Concursos Públicos.** Brasília: Vestcon, 1998.

MARTINS, Ives Gandra da S. A Questão Judiciária. **Correio Braziliense** Brasília-DF. 19 fevereiro 98.

McWHINNEY, Edward. **Constitutional Review in the Common wealth, Max-Planck-Institut Fur Ausländisches Öffentliches Recht Und Völkerrecht, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart.** *Länderberichte und Rechtsvergleichung*, Herausgegeben von Hermann Mosler, Köln-Berlin, Heymanns, 1962, p. 75

MEADOR, Daniel John. **Os tribunais nos Estados Unidos.** Traduzido por Ellen G. Northfleet. , Brasília : Serviço de Divulgação e Relações Culturais dos Estados Unidos da América (USIS), 1996.

MELLO, José Celso de Mello. **Pelo Controle Externo do Poder Judiciário.** Brasília, nota divulgada pela Imprensa, 13 agosto 93.

MELLO, Marco Aurélio. Marco Aurélio assume e critica outros Poderes. **O Estado de S. Paulo.** São Paulo. Disponível em www.estadao.com.br. Acesso em 01 de junho de 2001.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **A teoria das constituições rígidas.** 2ª ed. São Paulo: Bushatsky, 1980.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional. O controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha.** São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. Parte II aput **Revista Justiça e Cidadania**. Outubro 2004.

MONCLAIRE, Stephane. **A Constituição desejada : as 72.719 sugestões enviadas pelos cidadãos brasileiros a Assembléia Nacional Constituinte**. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1991.

_____. Pouvoir Judiciaire et Democratie. **Informativo da Associação dos Juízes Federais do Brasil**, Brasília, p. 6-7, março de 2001.

MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis : as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes**. Tradução: Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva. 2000.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 172-174

MOREIRA, Alves. Parecer do Ministro Moreira Alves no Processo Administrativo nº 4477-72, p. 3123/3124

NABUCO, Joaquim. **Um estadista do império**. Rio de Janeiro: Topbooks, 1997.

NEGRÃO, Theotonio. **Código de Processo Civil e legislação processual em vigor**. São Paulo: Saraiva, 1995.

NEQUETE, Lenine. **O Poder Judiciário no Brasil a partir da Independência – II – República**. Brasília: Cidade Gráfica e Editora, 2000.

NOGUEIRA, Octaciano. Contrafação legal. **Correio Braziliense**. Brasília. 27 de abril de 2005.

PIMENTEL, Marcelo. Vamos criar controle externo para o Executivo, Congresso, OAB, etc. **Correio Braziliense**. Brasília. Disponível em www.correioweb.com.br. Acesso em 15 de março de 2004.

POLETTI, Ronaldo. **Controle da constitucionalidade das leis**. 2ª ed., Rio de Janeiro : Forense, 2000.

PRUDENTE, Antonio Souza. Declaratória de Constitucionalidade. **Consulex**. Brasília-DF , nº 29, p. 38-40, 1999.

_____. Súmula Vinculante e a muralha de reclamações. **Consulex**. Brasília. 30.04.2005.

_____. **Incidente de inconstitucionalidade e desvario do poder**. www.rejufe.com.br/incident.htm. 30.01.2001.

REALE, Miguel. Emaranhado de Causas e Responsabilidades. **O Estado de S. Paulo**. São Paulo. Disponível em <<http://www.estadao.com.br>> Acesso em 09 de junho de 2001.

REHNQUIST, William H. **The Supreme Court of the United States**. Its beginning & justices, 1790/1991.

RODRIGUES, Leda Boechat. **A corte suprema dos Estados Unidos e o controle da constitucionalidade das Leis**. Rio de Janeiro : Forense, 1953.

ROURE, Denise de e PASSOS, Nicanor Sena. Reforma do Poder Judiciário. **Consulex**. Brasília, março/1997.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **O Contrato Social**. Tradução: Antonio de Pádua Danesi. São Paulo : Martins Fonte. 2001

SILVA, José Afonso da Silva. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros. 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Os tribunais e a globalização. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo. Disponível em www.estadao.com.br. Acesso em 08 de novembro de 1996.

SCHMITT, Carl. **Teoria da Constituição**. Madri : Editorial Revista de Derecho Privado, 1934.

SILVEIRA, Paulo Fernando. **Freios e contrapesos (Checks and Balances)**. Belo Horizonte : Del Rey, 1999.

SLAIBI FILHO, Nagib. **A constitucionalização do direito: a constituição como lócus da hermenêutica jurídica**. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2003.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **Da democracia na América**. Porto, Portugal: RÉS, 1987.

VELOSO, Carlos Mário da Silva – A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. **O Magistrado**. Brasília. nº I, janeiro, fevereiro e março de 2001.

VERDÚ, Pablo Lucas. **Curso de Derecho Político**. Madri: Editora Tecnos, 1986.

VOLTAIRE. **Cartas Filosóficas**. Tradução: Renata Maria Parreira Cordeiro. São Paulo: Landy. 2001.

LEGISLAÇÃO

BRASIL. Constituição Federal do Brasil de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.Br/ccivil-03/Constituicao/Constiuciao.htm>. Acesso em 26 de agosto 2003.

_____. **Lei 10.444/2002**. Altera o Código de Processo Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>

_____. **Lei nº 4.348/64**, estabelece normas processuais relativas a mandado de segurança. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 14 de março de 2005.

_____. **Lei 8.884/94**. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>

_____. **Lei. 8.069/90**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>

_____. **Lei. 8.078/90**. Dispõe sobre os direitos do consumidor. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>

_____. **Lei. 8.952/94**. Altera dispositivos do Código de Processo Civil sobre o processo de conhecimento e o processo cautelar. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>

_____. **Lei. 9.494/97**. Disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, altera a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>

_____. **Lei nº 9.882/92**. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão em RDA 3/69**. Reafirma que o Poder Judiciário pode apreciar a realidade e a legitimidade dos motivos em que se inspira o ato discricionário da Administração (RDA 36/78 e 42/227), e nesse sentido se firmou a jurisprudência brasileira, das cortes federais e estaduais (TFR, RT 241/694; TJSP, RT 206/114, 217/130, 237/175, 254/247, 298/170; TASP, RDA 55/172, 58/56 e RT 287/692. Disponível em <http://www.stf.gov.br>

_____. Supremo Tribunal Federal. **Revista Trimestral de Jurisprudência** – 169 p.383-384

A N E X O I – Constituição Federal de 1988 – artigos 101 a 103

Seção II

DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993](#))

b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente- Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;

c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente; ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 23, de 1999](#))

d) o "habeas-corpus", sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o "habeas-data" contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal;

e) o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território;

f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta;

g) a extradição solicitada por Estado estrangeiro;

i) o **habeas corpus**, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância; [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 22, de 1999\)](#)

j) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados;

l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;

m) a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais;

n) a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados;

o) os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal;

p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade;

q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal;

r) as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público; [\(Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#)

II - julgar, em recurso ordinário:

a) o "habeas-corpus", o mandado de segurança, o "habeas-data" e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão;

b) o crime político;

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição;

- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. [\(Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#)

§ 1.º A argüição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. [\(Transformado em § 1º pela Emenda Constitucional nº 3, de 17/03/93\)](#)

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#)

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros. [\(Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#)

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#)

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#)

V o Governador de Estado ou do Distrito Federal; [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#)

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

§ 1º - O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal.

§ 2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

§ 3º - Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado.

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#)

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso."

Art. 103-B. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de quinze membros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e seis anos de idade, com mandato de dois anos, admitida uma recondução, sendo: [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#)

- I um Ministro do Supremo Tribunal Federal, indicado pelo respectivo tribunal;
- II um Ministro do Superior Tribunal de Justiça, indicado pelo respectivo tribunal;
- III um Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, indicado pelo respectivo tribunal;
- IV um desembargador de Tribunal de Justiça, indicado pelo Supremo Tribunal Federal;
- V um juiz estadual, indicado pelo Supremo Tribunal Federal;

VI um juiz de Tribunal Regional Federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça;

VII um juiz federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça;

VIII um juiz de Tribunal Regional do Trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho;

IX um juiz do trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho;

X um membro do Ministério Público da União, indicado pelo Procurador-Geral da República;

XI um membro do Ministério Público estadual, escolhido pelo Procurador-Geral da República dentre os nomes indicados pelo órgão competente de cada instituição estadual;

XII dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

XIII dois cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal.

§ 1º O Conselho será presidido pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, que votará em caso de empate, ficando excluído da distribuição de processos naquele tribunal.

§ 2º Os membros do Conselho serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

§ 3º Não efetuadas, no prazo legal, as indicações previstas neste artigo, caberá a escolha ao Supremo Tribunal Federal.

§ 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura:

I - zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;

II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União;

III receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da

competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa;

IV representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade;

V rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano;

VI elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário;

VII elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa.

§ 5º O Ministro do Superior Tribunal de Justiça exercerá a função de Ministro-Corregedor e ficará excluído da distribuição de processos no Tribunal, competindo-lhe, além das atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura, as seguintes:

I receber as reclamações e denúncias, de qualquer interessado, relativas aos magistrados e aos serviços judiciários;

II exercer funções executivas do Conselho, de inspeção e de correição geral;

III requisitar e designar magistrados, delegando-lhes atribuições, e requisitar servidores de juízos ou tribunais, inclusive nos Estados, Distrito Federal e Territórios.

§ 6º Junto ao Conselho oficialão o Procurador-Geral da República e o Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

§ 7º A União, inclusive no Distrito Federal e nos Territórios, criará ouvidorias de justiça, competentes para receber reclamações e denúncias de qualquer interessado contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, ou contra seus serviços auxiliares, representando diretamente ao Conselho Nacional de Justiça.

A N E X O II – Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964



Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos

LEI Nº 4.348, DE 26 DE JUNHO DE 1964.

Mensagem de veto

Estabelece normas processuais relativas a mandado de segurança.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA: Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:

Art. 1º Nos processos de mandado de segurança serão observadas as seguintes normas:

a) é de dez dias o prazo para a prestação de informações de autoridade apontada como coatora. VETADO.

b) a medida liminar somente terá eficácia pelo prazo de (90) noventa dias a contar da data da respectiva concessão, prorrogável por (30) trinta dias quando provadamente o acúmulo de processos pendentes de julgamento justificar a prorrogação.

Art. 2º Será decretada a preempção ou a caducidade da medida liminar "ex officio" ou a requerimento do Ministério Público, quando, concedida a medida, o impetrante criar obstáculo ao normal andamento do processo, deixar de promover, por mais de (3) três dias, os atos e diligências que lhe cumprirem, ou abandonar a causa por mais de (20) vinte dias.

Art. 3º Os representantes judiciais da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios ou de suas respectivas autarquias e fundações serão intimados pessoalmente pelo juiz, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, das decisões judiciais em que suas autoridades administrativas figurem como coatoras, com a entrega de cópias dos documentos nelas mencionados, para eventual suspensão da decisão e defesa do ato apontado como ilegal ou abusivo de poder. (Redação dada pela Lei nº 10.910, de 2004)

Art 4º Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, o Presidente do Tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso (VETADO) suspender, em despacho

fundamentado, a execução da liminar, e da sentença, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo no prazo de (10) dez dias, contados da publicação do ato. ([Vide Medida Provisória nº 2.180-35, de 2001](#))

Art. 5º Não será concedida a medida liminar de mandados de segurança impetrados visando à reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou à concessão de aumento ou extensão de vantagens.

Parágrafo único. Os mandados de segurança a que se refere este artigo serão executados depois de transitada em julgado a respectiva sentença.

Art. 6º ([VETADO](#))

Art. 7º O recurso voluntário ou "ex officio", interposto de decisão concessiva de mandado de segurança que importe outorga ou adição de vencimento ou ainda reclassificação funcional, terá efeito suspensivo.

Art. 8º Aos magistrados, funcionários da administração pública e aos serventuários da Justiça que descumprirem os prazos mencionados nesta lei, aplicam-se e do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União (Lei nº 1.711, de 28/10/1952).

Art. 9º Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Brasília, 26 de junho de 1964; 143º da Independência e 76º da República.

H. CASTELLO BRANCO

Milton Campos

Ernesto de Mello Baptista

Arthur da Costa e Silva

Vasco da Cunha

Octávio Bulhões

Juarez Távora

Hugo de Almeida Leme

Flávio Lacerda

Moacyr Veloso Cardoso de Oliveira

Nelson Freire Lavenère Wanderley

Raimundo Brito

Daniel Faraco

Mauro Thibau

Roberto de Oliveira Campos

Oswaldo Cordeiro de Farias

Este texto não substitui o publicado no DOU de 27.6.1964

A N E X O III - Lei n ° 5.021, de 09 de junho de 1966**Presidência da República
Subchefia para Assuntos Jurídicos****LEI Nº 5.021, DE 9 DE JUNHO DE 1966.**

Dispõe sobre o pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias asseguradas, em sentença concessiva de mandado de segurança, a servidor público civil.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA , faço saber que o CONGRESSO NACIONAL decreta e eu sanciono a seguinte lei.

Art . 1º O pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias asseguradas, em sentença concessiva de mandado de segurança, a servidor público federal, da administração direta ou autárquica, e a servidor público estadual e municipal, somente será efetuado relativamente às prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento da inicial.

§ 1º - VETADO

§ 2º Na falta de crédito, a autoridade coatora ou a repartição responsável pelo cumprimento da decisão, encaminhará, de imediato, a quem de direito, o pedido de suprimento de recursos, de acôrdo com as normas em vigor.

§ 3º A sentença que implicar em pagamento de atrasados será objeto, nessa parte, de liquidação por cálculos (artigos 906 a 908 do Código de Processo Civil), procedendo-se, em seguida, de acôrdo com o art. 204 da Constituição Federal.

§ 4º Não se concederá medida liminar para efeito de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias.

Art . 2º A autoridade administrativa ou judiciária que ordenar a execução de pagamento com violação das normas constantes do artigo anterior incorrerá nas sanções do art. 315 do Código Penal e pena acessória correspondente.

Art . 3º A autoridade que deixar de cumprir o disposto no § 2º do art. 1º incorrerá nas sanções do art. 317, § 2º do Código Penal e pena acessória correspondente.

Art . 4º Para os efeitos da presente lei, aplica-se às autarquias o procedimento disposto no art. 204 e seu parágrafo único da Constituição Federal.

Art . 5º Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Brasília, 9 de junho de 1966; 145º da Independência e 78º da República.

A N E X O IV – Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992



Presidência da República Subchefia para Assuntos Jurídicos

LEI Nº 8.437, DE 30 DE JUNHO DE 1992.

Dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:

Art. 1º Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal.

§ 1º Não será cabível, no juízo de primeiro grau, medida cautelar inominada ou a sua liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária de tribunal.

§ 2º O disposto no parágrafo anterior não se aplica aos processos de ação popular e de ação civil pública.

§ 3º Não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em qualquer parte, o objeto da ação.

§ 4º ([Vide Medida Provisória nº 2,180-35, de 24.8.2001](#))

Art. 2º No mandado de segurança coletivo e na ação civil pública, a liminar será concedida, quando cabível, após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas .

Art. 3º O recurso voluntário ou ex officio, interposto contra sentença em processo cautelar, proferida contra pessoa jurídica de direito público ou seus agentes, que importe em outorga ou adição de vencimentos ou de reclassificação funcional, terá efeito suspensivo.

Art. 4º Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder

Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

§ 1º Aplica-se o disposto neste artigo à sentença proferida em processo de ação cautelar inominada, no processo de ação popular e na ação civil pública, enquanto não transitada em julgado.

§ 2º O presidente do tribunal poderá ouvir o autor e o Ministério Público, em cinco dias. [\(Vide Medida Provisória nº 2,180-35, de 24.8.2001\)](#)

§ 3º Do despacho que conceder ou negar a suspensão, caberá agravo, no prazo de cinco dias. [\(Vide Medida Provisória nº 2,180-35, de 24.8.2001\)](#)

§ 4º [\(Vide Medida Provisória nº 2,180-35, de 24.8.2001\)](#)

§ 5º [\(Vide Medida Provisória nº 2,180-35, de 24.8.2001\)](#)

§ 6º [\(Vide Medida Provisória nº 2,180-35, de 24.8.2001\)](#)

§ 7º [\(Vide Medida Provisória nº 2,180-35, de 24.8.2001\)](#)

§ 8º [\(Vide Medida Provisória nº 2,180-35, de 24.8.2001\)](#)

§ 9º [\(Vide Medida Provisória nº 2,180-35, de 24.8.2001\)](#)

Art. 5º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 6º Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, 30 de junho de 1992; 171º da Independência e 104º da República

A N E X O V – Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993

Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993

DOU de 18.3.1993

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Art. 1º Os dispositivos da Constituição Federal abaixo enumerados passam a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 40.

.....

§ 6º As aposentadorias e pensões dos servidores públicos federais serão custeadas com recursos provenientes da União e das contribuições dos servidores, na forma da lei."

"Art. 42.

.....

§ 10 Aplica-se aos servidores a que se refere este artigo, e a seus pensionistas, o disposto no art.

40, §§ 4º,

5º e 6º.

"Art. 102.

.....

I -

.....

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

.....

.....

§ 1º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra

todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo."

"Art. 103.

.....

§ 4º A ação declaratória de constitucionalidade poderá ser proposta pelo Presidente da República, pela Mesa do Senado Federal, pela Mesa da Câmara dos Deputados ou pelo Procurador-Geral da República."

"Art. 150.

.....

§ 6º Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2º, XII, g.

§ 7º A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido."

"Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

I transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos;

II operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

III propriedade de veículos automotores.

§ 1º O imposto previsto no inciso I:

.....

.....

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

.....

.....

§ 3º À exceção dos impostos de que tratam o inciso II do caput deste artigo e o art. 153, I e II, nenhum outro tributo poderá incidir sobre operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País."

"Art. 156.

.....
 III serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar.

.....
 § 3º Em relação ao imposto previsto no inciso

III, cabe à lei complementar:

I fixar as suas alíquotas máximas;

II excluir da sua incidência exportações de serviços para o exterior."

"Art. 160.

.....
 Parágrafo único. A vedação prevista neste artigo não impede a União e os Estados de condicionarem a entrega de recursos ao pagamento de seus créditos, inclusive de suas autarquias."

"Art. 167.

.....
 IV - a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para manutenção e desenvolvimento do ensino, como determinado pelo art. 212, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem assim o disposto no § 4º deste artigo;

.....
 § 4º É permitida a vinculação de receitas próprias geradas pelos impostos a que se referem os arts. 155 e 156, e dos recursos de que tratam os arts. 157, 158 e 159, I, a e b, e II, para a prestação de garantia ou contragarantia à União e para pagamento de débitos para com esta."

Art. 2º A União poderá instituir, nos termos de lei complementar, com vigência até 31 de dezembro de 1994, imposto sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira.

§ 1º A alíquota do imposto de que trata este artigo não excederá a vinte e cinco centésimos por cento, facultado ao Poder Executivo reduzi-la ou restabelecê-la, total ou parcialmente, nas condições e limites fixados em lei.

§ 2º Ao imposto de que trata este artigo não se aplica o art. 150, III, b, e VI, nem o disposto no § 5º do art. 153 da Constituição.

§ 3º O produto da arrecadação do imposto de que trata este artigo não se encontra sujeito a qualquer modalidade de repartição com outra entidade federada.

§ 4º Do produto da arrecadação do imposto de que trata este artigo serão destinados vinte por cento para custeio de programas de habitação popular.

Art. 3º A eliminação do adicional ao imposto de renda, de competência dos Estados, decorrente desta Emenda Constitucional, somente produzirá efeitos a partir de 1º de janeiro de 1996, reduzindo-se a correspondente alíquota, pelo menos, a dois e meio por cento no exercício financeiro de 1995

Art. 4º A eliminação do imposto sobre vendas a varejo de combustíveis líquidos e gasosos, de competência dos Municípios, decorrente desta Emenda Constitucional, somente produzirá efeitos a partir de 1º de janeiro de 1996, reduzindo-se a correspondente alíquota, pelo menos, a um e meio por cento no exercício financeiro de 1995.

Art. 5º Até 31 de dezembro de 1999, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios somente poderão emitir títulos da dívida pública no montante necessário ao refinanciamento do principal devidamente atualizado de suas obrigações, representadas por essa espécie de títulos, ressalvado o disposto no art. 33, parágrafo único, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Art. 6º Revogam-se o inciso IV e o § 4º do art. 156 da Constituição Federal.

Brasília, 17 de março de 1993.

A N E X O VI – Lei 8.952, de 13 de dezembro de 1994



Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos

LEI Nº 8.952, DE 13 DE DEZEMBRO DE 1994.

Altera dispositivos do Código de Processo Civil sobre o processo de conhecimento e o processo cautelar.

O PRESIDENTE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS no exercício do cargo de **PRESIDENTE DA REPÚBLICA**

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:

Art. 1º Os dispositivos a seguir enumerados, da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, passam a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 10. O cônjuge somente necessitará do consentimento do outro para propor ações que versem sobre direitos reais imobiliários.

§ 1º Ambos os cônjuges serão necessariamente citados para as ações:

I - que versem sobre direitos reais imobiliários;

.....

§ 2º Nas ações possessórias, a participação do cônjuge do autor ou do réu somente é indispensável nos casos de composses ou de ato por ambos praticados.

.....

[Art. 18.](#) O juiz, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a indenizar à parte contrária os prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e as despesas que efetuou.

.....

§ 2º O valor da indenização será desde logo fixado pelo juiz, em quantia não superior a vinte por cento sobre o valor da causa, ou liquidado por arbitramento.

Art. 20

.....

[§ 4º](#) Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação eqüitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior.

.....

Art. 33.

[Parágrafo único.](#) O juiz poderá determinar que a parte responsável pelo pagamento dos honorários do perito deposite em juízo o valor correspondente a essa remuneração. O numerário, recolhido em depósito bancário à ordem do juízo e com correção monetária, será entregue ao perito após a apresentação do laudo, facultada a sua liberação parcial, quando necessária.

.....

[Art. 38.](#) A procuração geral para o foro, conferida por instrumento público, ou particular assinado pela parte, habilita o advogado a praticar todos os atos do processo, salvo para receber citação inicial, confessar, reconhecer a procedência do pedido,

transigir, desistir, renunciar ao direito sobre que se funda a ação, receber, dar quitação e firmar compromisso.

.....

Art. 45. O advogado poderá, a qualquer tempo, renunciar ao mandato, provando que cientificou o mandante a fim de que este nomeie substituto. Durante os dez dias seguintes, o advogado continuará a representar o mandante, desde que necessário para lhe evitar prejuízo.

Art. 46.

Parágrafo único. O juiz poderá limitar o litisconsórcio facultativo quanto ao número de litigantes, quando este comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa. O pedido de limitação interrompe o prazo para resposta, que recomeça da intimação da decisão.

.....

Art. 125.

.....

IV - tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes.

Art.162.

§ 4º Os atos meramente ordinatórios, como a juntada e a vista obrigatória, independem de despacho, devendo ser praticados de ofício pelo servidor e revistos pelo juiz quando necessários.

.....

Art. 170. É lícito o uso da taquigrafia, da estenotipia, ou de outro método idôneo, em qualquer juízo ou tribunal.

.....
Art. 172. Os atos processuais realizar-se-ão em dias úteis, das seis às vinte horas.

§ 1º Serão, todavia, concluídos depois das horas os atos iniciados antes, quando o adiamento prejudicar a diligência ou causar grave dano.

§ 2º A citação e a penhora poderão, em casos excepcionais, e mediante autorização expressa do juiz, realizar-se em domingos e feriados, ou nos dias úteis, fora do horário estabelecido neste artigo, observado o disposto no art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal.

§ 3º Quando o ato tiver que ser praticado em determinado prazo, por meio de petição, esta deverá ser apresentada no protocolo, dentro do horário de expediente, nos termos da lei de organização judiciária local.

.....
 Art. 219.

§ 1º A interrupção da prescrição retroagirá à data da propositura da ação.

§ 2º Incumbe à parte promover a citação do réu nos dez dias subseqüentes ao despacho que a ordenar, não ficando prejudicada pela demora imputável exclusivamente ao serviço judiciário.

§ 3º Não sendo citado o réu, o juiz prorrogará o prazo até o máximo de noventa dias.

.....
 Art. 239.

Parágrafo único.....

III - a nota de ciência ou certidão de que o interessado não a apôs no mandado.

.....

Art. 272. O procedimento comum é ordinário ou sumário.

Parágrafo único. O procedimento especial e o procedimento sumário regem-se pelas disposições que lhes são próprias, aplicando-se-lhes, subsidiariamente, as disposições gerais do procedimento ordinário.

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

§ 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.

§ 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

§ 3º A execução da tutela antecipada observará, no que couber, o disposto nos incisos II e III do art. 588.

§ 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 5º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento.

.....

[Art. 296.](#) Indeferida a petição inicial, o autor poderá apelar, facultado ao juiz, no prazo de quarenta e oito horas, reformar sua decisão.

Parágrafo único. Não sendo reformada a decisão, os autos serão imediatamente encaminhados ao tribunal competente.

.....

[Art. 331.](#) Se não se verificar qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes e a causa versar sobre direitos disponíveis, o juiz designará audiência de conciliação, a realizar-se no prazo máximo de trinta dias, à qual deverão comparecer as partes ou seus procuradores, habilitados a transigir.

§ 1º Obtida a conciliação, será reduzida a termo e homologada por sentença.

§ 2º Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário.

.....

[Art. 417.](#) O depoimento, datilografado ou registrado por taquigrafia, estenotipia ou outro método idôneo de documentação, será assinado pelo juiz, pelo depoente e pelos procuradores, facultando-se às partes a sua gravação.

Parágrafo único. O depoimento será passado para a versão datilográfica quando houver recurso da sentença, ou noutros casos, quando o juiz o determinar, de ofício ou a requerimento da parte.

.....

[Art. 434.](#) Quando o exame tiver por objeto a autenticidade ou a falsidade de documento, ou for de natureza médico-legal, o perito será escolhido, de preferência, entre os

técnicos dos estabelecimentos oficiais especializados. O juiz autorizará a remessa dos autos, bem como do material sujeito a exame, ao diretor do estabelecimento.

.....

Art. 460.

Parágrafo único. A sentença deve ser certa, ainda quando decida relação jurídica condicional.

Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1º A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§ 2º A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287).

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial.

.....
 Art. 800.

Parágrafo único. Interposto o recurso, a medida cautelar será requerida diretamente ao tribunal.

.....
Art. 805. A medida cautelar poderá ser substituída, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, pela prestação de caução ou outra garantia menos gravosa para o requerido, sempre que adequada e suficiente para evitar a lesão ou repará-la integralmente."

Art. 2º Ficam revogados o inciso I do art. 217 e o § 2º do art. 242, renumerando-se os incisos II a V daquele artigo e o § 3º deste, do Código de Processo Civil.

Art. 3º Esta lei entra em vigor sessenta dias após a data de sua publicação.

Brasília, 13 de dezembro de 1994; 173º da Independência e 106º da República.

INOCÊNCIO

OLIVEIRA

Alexandre de Paula Dupeyrat Martins

Este texto não substitui o publicado no D.O.U. de 14.12.1994

A N E X O VII – Lei 9.494, de 10 de setembro de 1997



Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos

LEI Nº 9.494, DE 10 DE SETEMBRO DE 1997.

Disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, altera a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e dá outras providências.

Faço saber que o **PRESIDENTE DA REPÚBLICA** adotou a [Medida Provisória nº 1.570-5, de 1997](#), que o Congresso Nacional aprovou, e eu, Antonio Carlos Magalhães, Presidente, para os efeitos do disposto no parágrafo único do art. 62 da Constituição Federal, promulgo a seguinte Lei:

Art. 1º Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e 7º da [Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964](#), no art. 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da [Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992](#).

Art. 1º-A. Estão dispensadas de depósito prévio, para interposição de recurso, as pessoas jurídicas de direito público federais, estaduais, distritais e municipais." (NR) ([Artigo incluído pela Medida provisória nº 2.180-35, de 24.8.2001](#))

Art. 1º-B. [O prazo a que se refere o caput dos arts. 730 do Código de Processo Civil](#), e 884 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, passa a ser de trinta dias" (NR) ([Artigo incluído pela Medida provisória nº 2.180-35, de 24.8.2001](#))

Art. 1º-C. Prescreverá em cinco anos o direito de obter indenização dos danos causados por agentes de pessoas jurídicas de direito público e de pessoas jurídicas de direito privado

prestadoras de serviços públicos. (NR) ([Artigo incluído pela Medida provisória nº 2.180-35, de 24.8.2001](#))

Art. 1º-D. Não serão devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções não embargadas. (NR) ([Artigo incluído pela Medida provisória nº 2.180-35, de 24.8.2001](#))

Art. 1º-E. São passíveis de revisão, pelo Presidente do Tribunal, de ofício ou a requerimento das partes, as contas elaboradas para aferir o valor dos precatórios antes de seu pagamento ao credor. (NR) ([Artigo incluído pela Medida provisória nº 2.180-35, de 24.8.2001](#))

Art. 1º-F. Os juros de mora, nas condenações impostas à Fazenda Pública para pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos, não poderão ultrapassar o percentual de seis por cento ao ano. (NR) ([Artigo incluído pela Medida provisória nº 2.180-35, de 24.8.2001](#))

Art. 2º O [art. 16 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985](#), passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.”

Art. 2º-A. A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator. ([Artigo incluído pela Medida provisória nº 2.180-35, de 24.8.2001](#))

Parágrafo único. Nas ações coletivas propostas contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e fundações, a petição inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembléia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços. (NR) ([Parágrafo incluído pela Medida provisória nº 2.180-35, de 24.8.2001](#))

Art. 2º-B. A sentença que tenha por objeto a liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive de suas autarquias e fundações, somente poderá ser executada após seu trânsito em julgado. (NR) ([Artigo incluído pela Medida provisória nº 2.180-35, de 24.8.2001](#))

Art. 3º Ficam convalidados os atos praticados com base, na Medida Provisória nº 1.570-4, de 22 de julho de 1997.

Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Congresso Nacional, 10 de setembro, de 1997; 176º da Independência e 109º da República.

Senador **ANTONIO CARLOS MAGALHÃES**

Presidente do Congresso Nacional

ANEXO VIII – Lei 9.882, de 03 de dezembro de 1999



**Presidência
Casa
Subchefia para Assuntos Jurídicos**

**República
Civil**

LEI Nº 9.882, DE 3 DE DEZEMBRO DE 1999.

[Mensagem de Veto nº 1.807](#)

Dispõe sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º A argüição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

Parágrafo único. Caberá também argüição de descumprimento de preceito fundamental:

I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição;

II – (VETADO)

Art. 2º Podem propor argüição de descumprimento de preceito fundamental:

I - os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade;

II - (VETADO)

§ 1º Na hipótese do inciso II, faculta-se ao interessado, mediante representação, solicitar a propositura de argüição de descumprimento de preceito fundamental ao Procurador-Geral da República, que, examinando os fundamentos jurídicos do pedido, decidirá do cabimento do seu ingresso em juízo.

§ 2º (VETADO)

Art. 3º A petição inicial deverá conter:

I - a indicação do preceito fundamental que se considera violado;

II - a indicação do ato questionado;

III - a prova da violação do preceito fundamental;

IV - o pedido, com suas especificações;

V - se for o caso, a comprovação da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental que se considera violado.

Parágrafo único. A petição inicial, acompanhada de instrumento de mandato, se for o caso, será apresentada em duas vias, devendo conter cópias do ato questionado e dos documentos necessários para comprovar a impugnação.

Art. 4º A petição inicial será indeferida liminarmente, pelo relator, quando não for o caso de argüição de descumprimento de preceito fundamental, faltar algum dos requisitos prescritos nesta Lei ou for inepta.

§ 1º Não será admitida argüição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.

§ 2º Da decisão de indeferimento da petição inicial caberá agravo, no prazo de cinco dias.

Art. 5º O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida liminar na argüição de descumprimento de preceito fundamental.

§ 1º Em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou ainda, em período de recesso, poderá o relator conceder a liminar, *ad referendum* do Tribunal Pleno.

§ 2º O relator poderá ouvir os órgãos ou autoridades responsáveis pelo ato questionado, bem como o Advogado-Geral da União ou o Procurador-Geral da República, no prazo comum de cinco dias.

§ 3º A liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da argüição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada.

§ 4º (VETADO)

Art. 6º Apreciado o pedido de liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias.

§ 1º Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a argüição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

§ 2º Poderão ser autorizadas, a critério do relator, sustentação oral e juntada de memoriais, por requerimento dos interessados no processo.

Art. 7º Decorrido o prazo das informações, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os ministros, e pedirá dia para julgamento.

Parágrafo único. O Ministério Público, nas argüições que não houver formulado, terá vista do processo, por cinco dias, após o decurso do prazo para informações.

Art. 8º A decisão sobre a argüição de descumprimento de preceito fundamental somente será tomada se presentes na sessão pelo menos dois terços dos Ministros.

§ 1º (VETADO)

§ 2º (VETADO)

Art. 9º (VETADO)

Art. 10. Julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental.

§ 1º O presidente do Tribunal determinará o imediato cumprimento da decisão, lavrando-se o acórdão posteriormente.

§ 2º Dentro do prazo de dez dias contado a partir do trânsito em julgado da decisão, sua parte dispositiva será publicada em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União.

§ 3º A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público.

Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Art. 12. A decisão que julgar procedente ou improcedente o pedido em arguição de descumprimento de preceito fundamental é irrecorrível, não podendo ser objeto de ação rescisória.

Art. 13. Caberá reclamação contra o descumprimento da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, na forma do seu Regimento Interno.

Art. 14. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 3 de dezembro de 1999; 178º da Independência e 111º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

José Carlos Dias

A N E X O IX – Lei 10.444, de 07 de maio de 2002



**Presidência
Casa
Subchefia para Assuntos Jurídicos**

**República
Civil**

LEI Nº 10.444, DE 7 DE MAIO DE 2002.

Altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973
- Código de Processo Civil.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Os artigos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, a seguir mencionados, passam a vigorar com as seguintes alterações:

"Art.273.

.....

§ 3o A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A.

.....

§ 6o A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

§ 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado." (NR)

"Art. 275.

I - nas causas cujo valor não exceda a 60 (sessenta) vezes o valor do salário mínimo;

.....NR)

"[Art. 280](#). No procedimento sumário não são admissíveis a ação declaratória incidental e a intervenção de terceiros, salvo a assistência, o recurso de terceiro prejudicado e a intervenção fundada em contrato de seguro."(NR)

"[Art. 287](#). Se o autor pedir que seja imposta ao réu a abstenção da prática de algum ato, tolerar alguma atividade, prestar ato ou entregar coisa, poderá requerer cominação de pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença ou da decisão antecipatória de tutela (arts. 461, § 4º, e 461-A)." (NR)

"[Art. 331](#). Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir.

.....

[§ 3o](#) Se o direito em litígio não admitir transação, ou se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável sua obtenção, o juiz poderá, desde logo, sanear o processo e ordenar a produção da prova, nos termos do § 2º." (NR)

"Art. 461.

.....

[§ 5o](#) Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas

necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

§ 6º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva." (NR)

"[Art. 588](#). A execução provisória da sentença far-se-á do mesmo modo que a definitiva, observadas as seguintes normas:

I - corre por conta e responsabilidade do exeqüente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os prejuízos que o executado venha a sofrer;

II - o levantamento de depósito em dinheiro, e a prática de atos que importem alienação de domínio ou dos quais possa resultar grave dano ao executado, dependem de caução idônea, requerida e prestada nos próprios autos da execução;

III - fica sem efeito, sobrevindo acórdão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior;

IV - eventuais prejuízos serão liquidados no mesmo processo.

§ 1º No caso do inciso III, se a sentença provisoriamente executada for modificada ou anulada apenas em parte, somente nessa parte ficará sem efeito a execução.

§ 2º A caução pode ser dispensada nos casos de crédito de natureza alimentar, até o limite de 60 (sessenta) vezes o salário mínimo, quando o exeqüente se encontrar em estado de necessidade." (NR)

"Art. 604.

[§ 1o](#) Quando a elaboração da memória do cálculo depender de dados existentes em poder do devedor ou de terceiro, o juiz, a requerimento do credor, poderá requisitá-los, fixando prazo de até 30 (trinta) dias para o cumprimento da

diligência; se os dados não forem, injustificadamente, apresentados pelo devedor, reputar-se-ão corretos os cálculos apresentados pelo credor e a resistência do terceiro será considerada desobediência.

§ 2º Poderá o juiz, antes de determinar a citação, valer-se do contador do juízo quando a memória apresentada pelo credor aparentemente exceder os limites da decisão exequenda e, ainda, nos casos de assistência judiciária. Se o credor não concordar com esse demonstrativo, far-se-á a execução pelo valor originariamente pretendido, mas a penhora terá por base o valor encontrado pelo contador."(NR)

"[Art. 621](#). O devedor de obrigação de entrega de coisa certa, constante de título executivo extrajudicial, será citado para, dentro de 10 (dez) dias, satisfazer a obrigação ou, seguro o juízo (art. 737, II), apresentar embargos.

Parágrafo único. O juiz, ao despachar a inicial, poderá fixar multa por dia de atraso no cumprimento da obrigação, ficando o respectivo valor sujeito a alteração, caso se revele insuficiente ou excessivo."(NR)

"[Art. 624](#). Se o executado entregar a coisa, lavrar-se-á o respectivo termo e dar-se-á por finda a execução, salvo se esta tiver de prosseguir para o pagamento de frutos ou ressarcimento de prejuízos."(NR)

"Art. 627.

[§ 1o](#) Não constando do título o valor da coisa, ou sendo impossível a sua avaliação, o exequente far-lhe-á a estimativa, sujeitando-se ao arbitramento judicial.

§ 2º Serão apurados em liquidação o valor da coisa e os prejuízos."(NR)

"[Art. 644](#). A sentença relativa a obrigação de fazer ou não fazer cumpre-se de acordo com o art. 461, observando-se, subsidiariamente, o disposto neste Capítulo."(NR)

"Art. 659.

.....

[§ 4º](#) A penhora de bens imóveis realizar-se-á mediante auto ou termo de penhora, cabendo ao exeqüente, sem prejuízo da imediata intimação do executado (art. 669), providenciar, para presunção absoluta de conhecimento por terceiros, o respectivo registro no ofício imobiliário, mediante apresentação de certidão de inteiro teor do ato e independentemente de mandado judicial.

§ 5º Nos casos do § 4º, quando apresentada certidão da respectiva matrícula, a penhora de imóveis, independentemente de onde se localizem, será realizada por termo nos autos, do qual será intimado o executado, pessoalmente ou na pessoa de seu advogado, e por este ato constituído depositário."(NR)

"Art. 814.

[Parágrafo único.](#) Equipara-se à prova literal da dívida líquida e certa, para efeito de concessão de arresto, a sentença, líquida ou ilíquida, pendente de recurso, condenando o devedor ao pagamento de dinheiro ou de prestação que em dinheiro possa converter-se."(NR)

Art. 2º A Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 461-A:

"[Art. 461-A.](#) Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação.

§ 1º Tratando-se de entrega de coisa determinada pelo gênero e quantidade, o credor a individualizará na petição inicial, se lhe couber a escolha; cabendo ao devedor escolher, este a entregará individualizada, no prazo fixado pelo juiz.

§ 2º Não cumprida a obrigação no prazo estabelecido, expedir-se-á em favor do credor mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel.

§ 3º Aplica-se à ação prevista neste artigo o disposto nos §§ 1º a 6º do art. 461."

(NR)

Art. 3º A [Seção III do Capítulo V do Título VIII do Livro I da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973](#), passa a denominar-se "Da Audiência Preliminar".

Art. 4º O art. 744 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, passa a integrar o Capítulo III do Título III do Livro II, vigorando seu **caput** com a seguinte redação:

"[Art. 744](#). Na execução para entrega de coisa (art. 621) é lícito ao devedor deduzir embargos de retenção por benfeitorias.

.....NR)

Art. 5º Esta Lei entra em vigor 3 (três) meses após a data de sua publicação.

Brasília, 7 de maio de 2002; 181º da Independência e 114º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

Miguel Reale Júnior

Este texto não substitui o publicado no D.O.U. de 8.5.2002

A N E X O X – Decisão – Ação Civil Pública 1026ad/91 (91.0028770)

JUSTIÇA FEDERAL

AÇÃO CIVIL PÚBLICA Nº 1026-ad/91 (91.002877-0)

AUTOR : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RÉU: INSS E UNIÃO FEDERAL

PROC^a : DEBORAH M. D. DE BRITTO PEREIRA

DECISÃO

Trata-se de Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público Federal, com respaldo no art. 129 da CF/88 e na Lei 7.347/85 contra o Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS, e a União Federal, na qualidade de litisconsorte passivo necessário, com

PEDIDO DE LIMINAR

“a fim de que os benefícios de prestação continuada sejam reajustados em números de salários mínimos ou, alternativamente, no mesmo índice adotado para o reajuste dos salários de contribuição, condenando-se o INSS, em qualquer das hipóteses ao pagamento do percentual de 147,06%, a partir de 1º de setembro de 1991, a todos os beneficiários da Previdência Social, excluídos apenas aqueles que, em pleitos idênticos, já obtiveram manifestação judicial”.

Argúi a inconstitucionalidade e ilegalidade da Portaria nº 3485, de 16.09.91, do Ministério do Trabalho e da Previdência Social que fixou “o índice de reajustamento dos benefícios de prestação continuada da Previdência Social em 54,60% quando o correto seria 147%, de acordo com os padrões constitucionais e legais pertinentes, “seja pela vinculação do benefício com o salário mínimo, seja pela vinculação do benefício ao salário de contribuição.

Sustenta o cabimento da medida liminar, pela presença dos pressupostos autorizativos, na forma do art. 12 da Lei 7347/85.

É o Relatório.

Decido.

A medida liminar, como sustenta o autor, “busca preservar um critério, abruptamente modificado por uma Portaria, sem qualquer amparo legal, não significando, enquanto persistir a lide, o reconhecimento do direito controvertido. Pelo contrário, ela vem restabelecer uma situação anterior, até que se defina, por sentença, a justeza do pedido. E a lide é proposta no mês seguinte do primeiro pagamento dos benefícios majorados com índices diferenciados, em contraste flagrante com normas constitucionais e a lei de regência. Há contemporaneidade com a primeira violação do direito. Portanto, não tem a liminar a natureza satisfativa da pretensão, senão é providência para que, “*si et quantum*” não se dirima a controvérsia, não se venha a deteriorar, ainda mais, a condição de seres humanos que dependam de tais benefícios, em flagrante desrespeito à vida e a saúde destas pessoas tão necessitadas do que lhes tenta sonegar a Previdência Social, para a qual contribuíram na expectativa de que, algum dia, a retribuição fosse compatível com um mínimo de dignidade.

Quanto ao *fumus boni iuris*, além de todos os aspectos legais e constitucionais ressaltados, suficientes ao provimento provisório, colhe-se a lição de Cândido Dinamarco:

“Mas *fumus boni iuris* expressa a probabilidade razoável e suficiente, que ao juiz compete medir em cada caso. Evitará quando possível as cautelas constritivas que discrepem do direito substancial, mas preferirá errar concedendo as cautelas do que errar negando-as em situação de riscos equilibrados, é preferível optar por soluções que não deixem o direito material sujeito sacrifício” (in “ A Instrumentalidade do Processo”, Rev. dos Tribunais, 2ª ed., São Paulo, 1990, pgs. 370/371) (grifamos).”

Relativamente ao *fumus boni iuris*, cumpre analisar os preceitos legais e constitucionais que regem a matéria, a começar pelo art. 58 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que estabelece, *verbis*:

“Art. 58. Os benefícios de prestação continuada, mantidos pela previdência social na data da promulgação da Constituição, terão seus valores revistos, a fim de que seja restabelecido o poder aquisitivo, expresso em número de salários mínimos, que tinha na data de sua concessão, obedecendo-se a esse critério de atualização até a implantação do plano de custeio e benefícios referidos no artigo seguinte”:

Outrossim, dispôs o art. 59, seguinte:

“Os projetos de lei relativos à organização da seguridade social e aos planos de custeio e de benefícios serão apresentados no prazo máximo de seis meses da promulgação da Constituição ao Congresso Nacional, que terá seis meses para apreciá-los”.

Neste intuito, foram editadas as Leis nº s 8.212 (Plano de Custeio) e 8.213 (Plano de Benefícios), da Previdência Social.

Ao tratar “Do Reajustamento do Valor dos Benefícios”, estabeleceu a lei ° 8213, de 1991, no artigo 41.

“O reajustamento dos valores de benefícios obedecerá às seguintes normas:

I – é assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real da data de sua concessão;

II – os valores dos benefícios em manutenção será reajustados, de acordo com suas respectivas datas de início, com base na variação integral do INPC, calculado pelo IBGE, nas mesmas épocas em que o salário mínimo for alterado, pelo índice de cesta básica ou substituto eventual”.

Dispôs, ainda, no artigo 154: “O Poder Executivo regulamentará esta Lei no prazo de 60 dias (sessenta) dias a partir da data de sua publicação”.

Outrossim, ao tratar da Previdência Social, a CF/88, em seu art. 201, §2º.

Estabeleceu que

É assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios definidos em lei”.

Verifica-se, no correr de todo o texto constitucional, a preocupação do legislador constituinte em assegurar o valor real, o poder aquisitivo do benefício dos aposentados.

Num sistema inflacionário em que vivemos, esta foi a preocupação maior de toda a discussão da matéria na Constituinte. Àquela época, milhares de ações, que ainda hoje tramitam, ingressaram nos tribunais brasileiros a pedir a recomposição dos proventos que haviam se defasado no correr do tempo. Nesse sentido, o Egrégio Tribunal Federal de Recursos editou a Súmula 260 para que se fizesse a recomposição dos proventos dos salários em mínimos atualizados.

Acentuando a inequívoca intenção do legislador constituinte de assegurar o valor real dos proventos cabe transcrever o testemunho de um dos constituintes, atualmente Deputado Federal, Gerson Peres, destacada da decisão sobre a mesma matéria do culto Juiz Federal da 4ª Vara da Seção Judiciária do Pará, Dr. Daniel Paes Ribeiro, publicada em “O Liberal” de 03.11.91, de Belém, *ipsis litteris*:

“Não é para menos. Sim, não é. Quando, na constituinte, inserimos na Carta regras fundamentais assegurando aos aposentados a tranquilidade de um salário real e garantindo-lhes uma velhice, uma pensão ou invalidez despreocupadas, jamais pensamos que “a emenda ficasse pior que o soneto”.

E arremata o ilustre Constituinte:

Os Constituintes de 88 não aceitam sejam distorcidas suas intenções. A norma constitucional protetora do direito dos previdenciários inativos está sendo violada. Está na hora de acabar-se com a famosa malandragem governamental de não garantir o que a Constituição determinou. O salário mínimo ficou como ponto de partida da remuneração e o valor real do salário a garantia de um direito de vida despreocupada na inatividade”.

São palavras de um Constituinte e, diga-se, de Partido que apóia o Governo.”

Em vista dos dispositivos constitucionais e legais citados, para que seja mantido o valor real da data da concessão do benefício, ele deve ser atualizado pelo mesmo índice de atualização do salário mínimo.

Ademais, atribuindo o índice de reajustamento de 147,06% aos benéficos, o mesmo do salário mínimo, em face do fator de correspondência do benéfico ao salário de contribuição, previsto genericamente, em norma Constitucional do art. 195, § 5º, e especificamente na letra do art. 2º, IV da Lei 8.213/91, nenhum dano ou déficit advirá ao INSS. Benefícios e salários de contribuição estarão reajustados, na mesma época, e com os mesmo índices (parágrafos únicos do art. 20 e § 1º do art. 29, todos da Lei 8.212/91).

Na caracterização *do periculum in mora*, merece transcrição as sábias palavras do MM. Juiz Sérgio Lazarrini, da 21ª Vara Federal do Estado de S. Paulo, em decisão mantida pelo Eg. TRF 3ª Região, lembradas pelo autor, *verbis*:

Há, de outro lado, *periculum in mora*, com risco de difícil reparação, caso não seja restabelecido, de pronto, o direito, à vista da natureza alimentar dos benefícios previdenciários, a idade e condição física de seus titulares, que não podem aguardar, outra vez, protelações e descumprimentos aos seus direitos pela afronta das disposições constitucionais e legais enfocadas. Pobre é o país que não respeita seus velhos, aposentados por idade avançada ou por doença, viúvas pensionistas, submetendo-os a constrangimentos contínuos e subtraindo-lhes o merecido ócio com um mínimo de dignidade.

Não será demais dizer, que pela idade avançada, aliada a doenças próprias da velhice, muitíssimos aposentados não terão condições de ver o desfecho da ação. Para eles, se não for concedida a antecipação cautelar, terá sido inútil a prestação jurisdicional.

Em vista do exposto, concedo a Liminar suspendendo os efeitos da Portaria nº 3485/91 do Sr. Ministro do Trabalho e Previdência Social, e determino ao INSS que, até o julgamento final da ação, pague todos os benefícios de prestação continuada devidos aos beneficiários da Previdência Social que ainda não obtiveram manifestação judicial sobre a questão, em âmbito nacional, conforme pedido na Inicial, reajustados no mês de mesmos índices e nas mesmas épocas em que for reajustado o salário-mínimo.

O Egrégio Tribunal Federal da 1ª Região, em caso idêntico, ao julgar o Pedido de Suspensão 89.01.11210-8-DF, da 3ª Vara do Distrito Federal, manteve a decisão atacada que, a nível nacional, concedeu liminar, em Ação Civil Pública, para suspender a aplicação da Portaria nº 140, de 20.06.89, do Ministério da Fazenda.

Ademais, o dano que se quer evitar, ocorre a nível nacional, sendo os beneficiários domiciliados em todo o País (art. 2º da Lei 7347/85) tendo o órgão Federal requerido – INSS atribuição de nível nacional. A causa é intentada, também, contra a União; na forma do § 2º, in fine, do art. 109 da CF/88, “as causas intentadas contra a União poderão ser aforadas ..., ainda, no Distrito Federa.” Este Juízo, é pois, foro nacional, competente, portanto, para todos os jurisdicionados do Brasil.

Pai de órgãos e Juiz de viúvas é Deus, no seu lugar Santo. (Salmos 68:5).

Citem-se os requeridos para contestarem a ação se assim o desejarem, no prazo legal, e intmem-se o Sr. Presidente do Instituto Nacional de Seguridade Social, para cumprimento desta decisão.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília-DF, em 18 de novembro de 1991.

Francisco Neves da Cunha

Juiz Federal Substituto na 2ª Vara

A N E X O XI – Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 04 - DF

Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 4-DF

(Medida Cautelar)

(Tribunal Pleno)

Relator: O Sr. Ministro Sydney Sanches

Requerentes: Presidente da República, Mesa do Senado Federal e Mesa da Câmara dos Deputados

Ação direta de constitucionalidade do art. 1º da Lei nº 9.494, de 10.9.1997, que disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública. Medida cautelar: cabimento e espécie, na ADC. Requisitos para sua concessão.

1. Dispõe o art. 1º da Lei 9.494, de 10.9.1997:

Art. 1º Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil, o disposto no art. 5º e seu parágrafo único e art. 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992.

2. Algumas instâncias ordinárias da Justiça Federal têm deferido tutela antecipada contra a Fazenda Pública, argumentando com a inconstitucionalidade de tal norma. Outras instâncias igualmente ordinárias e até uma Superior – o STJ – a têm indeferido, reputando constitucional o dispositivo em questão.

3. Diante desse quadro, é admissível Ação Direta de Constitucionalidade, de que trata a 2ª parte do inciso I do art. 102 da CF, para que o Supremo Tribunal Federal dirima a controvérsia sobre a questão prejudicial constitucional.

Precedente: ADC nº 1. Art. 265, IV, do Código de Processo Civil.

4. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações Declaratórias de Constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzem eficácia contra todos e até efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo, nos termos do art. 102, § 2º, da CF.

5. Em Ação dessa natureza, pode a Corte conceder medida cautelar que assegure, temporariamente, tal força e eficácia à futura decisão de mérito.

E assim é, mesmo sem expressa previsão constitucional de medida cautelar na ADC, pois o poder de acautelar é imanente ao de julgar.

Precedente do STF: RTJ-76/342.

6. Há plausibilidade jurídica na arguição de constitucionalidade, constante da inicial (*fumus boni iuris*).

Precedente: ADIMC – 1.576-1.

7. Está igualmente atendido o requisito do *periculum in mora*, em face da alta conveniência da Administração Pública, pressionada por liminares que, apesar do disposto na norma impugnada, determinam a incorporação imediata de acréscimos de vencimentos na folha de pagamento de grande número de servidores e até o pagamento imediato de diferenças atrasadas. É tudo sem o precatório exigido pelo art. 100 da Constituição Federal, e, ainda, sob as ameaças noticiadas na inicial e demonstradas com os documentos que a instruíram.

8. Medida cautelar deferida, em parte, por maioria de votos, para se suspender *ex nunc*, e com efeito vinculante, até o julgamento final da ação, a concessão de tutela antecipada contra Fazenda Pública, que tenha por pressuposto a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do art. 1º da lei nº 9.494, de 10.09.97, sustando-se, igualmente *ex nunc*, os efeitos futuros das decisões já proferidas nesse sentido.

A N E X O XIV – Caso Marbury x Madison

Caso Marbury X Madisonⁱ

A verdadeira jurisprudência, fundada nas idéias de Marshall, porém, somente iria prevalecer depois do aresto famoso do *Chief Justice*. Nunca é demais repetir que a função do controle da constitucionalidade das leis pelo Judiciário é, até, vedada em alguns países. Nos Estados Unidos da América ela estava, apenas, latente no texto Constitucional para aflorar na notável decisão de Marshall.

O caso Marbury v. Madison é bastante conhecido.

A situação política que emoldura o caso e a lendária decisão, pela qual foram estabelecidos, concretamente, os princípios do controle da constitucionalidade das leis, foi deveras singular, e, talvez não permitisse, ocorrendo hoje, o mesmo desdobramento ensejado pelo aresto célebre do Marshall. A rigor, ele tinha interesse pessoal direto no caso e, hoje em dia, deveria dar-se por impedido, sob pena de argüir-se a sua suspeição.

Adams era o Presidente dos Estados Unidos e seu Secretário de Estado, John Marshall. Ambos pertenciam ao Partido Federalista, que foi fragorosamente derrotado por Jefferson e seus partidários. O novo Presidente e o Congresso deveriam ser empossados meses depois, tempo suficiente para que Adams efetivasse o seu testamento político. A fórmula encontrada pelos federalistas foi a de nomear os – digamos – correligionários para os cargos do Judiciário, onde usufruiriam das conhecidas garantias de vitaliciedade e de irredutibilidade de vencimentos. Um dos beneficiados disso foi Marshall, nomeado, depois de aprovação pelo Senado, para Presidente da Suprema Corte, cargo que acumulou com o de Secretário de Estado até a véspera da posse do novo Governo. Nesse ínterim, entre a derrota eleitoral e a posse do novo Governo, Marshall procurou desincumbir-se da missão, mas não conseguiu entregar todos os títulos de nomeação, não obstante já perfeitos, inclusive assinados pelo presidente e selados com o selo do Estados Unidos. Um dos títulos não entregues nomeava William Marbury para o

cargo de Juiz de Paz, no condado de Washington, no Distrito de Columbia. Quando Jefferson assumiu, determinou a seu Secretário de Estado, James Madison, que não entregasse o título da comissão a Marbury, por entender que a nomeação era incompleta até o ato de entrega da comissão. Marbury não tomou posse do cargo, e, por isso, requereu ao Tribunal a notificação de James Madison para que apresentasse suas razões, pelas quais não lhe entregava o título de nomeação para possibilitar-lhe a posse. Tais razões poderiam embargar um eventual pedido de *writ of mandamus*. Madison silenciou e não apresentou os embargos para o que fora notificado. Marbury, então, interpôs o *mandamus*.

A Suprema Corte não julgou a causa durante dois anos, provocando grave expectativa na opinião pública. A Corte foi acusada pelos jornais de omissão, chegando-se a alvitrar o impeachment de seus juízes. O Governo, oficialmente, manifestou a opinião de que a concessão da ordem geraria uma crise entre os Poderes do Estado. A opinião generalizada era no sentido de que, se concedida, a ordem não seria cumprida pelo Executivo. A questão envolvia dificuldades técnico-jurídicas, para não falar no problema ético-político. Em termos atuais, Marshall não deveria dar-se por impedido? Ou a sua suspeição não poderia ser argüida? A decisão, em todo caso, foi política e plurívoca.

Marshall, primeiro, decidiu a causa quanto ao mérito, declarando o direito de Marbury à posse do cargo de Juiz. Com isso, tornava pública sua opinião, e a da Suprema Corte, de que Jefferson e Madison agiam ilegalmente ao não entregar o título ao nomeado. No entanto, não concedia a ordem, em face de uma preliminar. Com isso, não corria o risco de ver desrespeitada a decisão. E, por último, declarava inconstitucional a lei fundamento do *mandamus*, pois ela dava poderes à Suprema Corte para ordenar a providência impetrada, enquanto a competência originária do Tribunal havia sido fixada pela Constituição e somente por esta poderia ser ampliada.. Com isso, denegava o *mandamus*, pela preliminar de incompetência, ao mesmo tempo em que cristalizava uma doutrina incômoda para o Governo e favorável aos federalistas, que, afinal, estavam no Poder Judiciário.

A parte notável da doutrina de Marshall é a seguinte, conforme Rui a destaca, qualificando-a como deslumbrante de clareza:

“Toda a construção do direito americano tem por base a noção de que o povo possui originariamente o direito de estabelecer, para o seu futuro governo, os princípios, que mais conducentes se lhe afigurem à sua utilidade. O exercício desse direito original é um insigne esforço: não pode, nem deve repetir-se freqüentemente. Os princípios, que destarte uma

vez se estabeleceram, consideram-se, portanto, fundamentais. E, como a autoridade, de que eles dimanam, é suprema, e raro se exerce, esses princípios têm destino permanente. A vontade primitiva e soberana organiza o governo, assinando-lhe os diferentes ramos, as respectivas funções. A isto pode cingir-se; ou pode estabelecer raia que eles não devam transpor. Nesta última espécie se classifica o governo dos Estados Unidos. Definiram-se e demarcaram-se os poderes da legislatura; e, para que sobre tais limites não ocorresse erro, ou deslembração, fez-se escrita a Constituição. Com que fim se estipularia essa estipulação a escrito se os limites prescritos pudessem ser ultrapassados exatamente por aqueles, que ela se propunha a coibir? Acabou-se a distinção entre os governos de poderes limitados e os de poderes indefinidos, se os confins, que se estabelecem, não circunscreverem as pessoas, a que se impõem, e ficarem igualmente obrigados os atos permitidos e os atos defesos. Ou havemos de admitir que a Constituição anula qualquer medida legislativa, que a contrarie, ou anuir em que a legislatura possa alterar por medidas ordinárias a Constituição. Não há contestar o dilema. Entre as duas alternativas não se descobre meio-termo. Ou, a Constituição é uma lei superior, soberana, irreformável por meios comuns; ou se nivela com os atos da legislação usual, e, como estes, é reformável ao sabor da legislatura. Se a primeira proposição é verdadeira, então o ato legislativo, contrário à Constituição, não será lei; se é verdadeira a segunda, então as constituições escritas são absurdos esforços do povo, por limitar um poder de sua natureza ilimitável. Ora, com certeza todos os que têm formulado constituições escritas, sempre o fizeram com o intuito de assentar a lei fundamental e suprema da nação; e, conseqüentemente, a teoria de tais governos deve ser que qualquer ato de legislatura, ofensivo da Constituição, é nulo. Esta doutrina está essencialmente ligada às constituições escritas, e portanto, deve-se observar como um dos princípios fundamentais de nossa sociedade.”¹⁶⁸

O argumento expendido por Marshall, no sentido de que o controle decorria, necessariamente, da existência de uma Constituição escrita, foi contestado, porque documentos constitucionais escritos, posteriores à época de Marshall, vieram demonstrar que esse fato não acarreta a atribuição, às Cortes, do declarar nulos os atos contrários ao previsto na Lei Maior.¹⁶⁹

A decisão de Marshall começa, no ponto que nos interessa, por indicar a questão concernente à possibilidade de um ato legislativo contrapor-se à Constituição, bem como por salientar que o problema é interessante, mas não oferece dificuldades para ser resolvido, desde que sejam aplicados os princípios:

¹⁶⁸ BARBOSA, Rui, citando Marshall, in os Atos Inconstitucionais..., ed. Cit., os. 43-45

¹⁶⁹ C. Willoughby, op. cit., p. 9

“A questão, se uma resolução da legislatura incompatível com a Constituição pode tornar-se lei do país, é profundamente interessante para os Estados Unidos, mas, felizmente, de nenhuma dificuldade proporcional à sua magnitude. Para resolvê-la, basta o reconhecimento de certos princípios que foram longa e otimamente estabelecidos”.¹⁷⁰

Tais princípios foram adotados de forma originária pelo povo, como base para alcançar a sua felicidade e representam o fundamento, a pedra angular de toda a construção do grande edifício, do grande templo social dos Estados Unidos da América. Para realizar esta construção social, o povo fez um grande esforço, que, nem sempre pode ser repetido. Esse poder constituinte originário estabeleceu princípios fundamentais e, sob certa forma, permanentes, que, em conseqüência, não devem ficar à mercê de alterações fortuitas. Seriam, *mutatis mutandis*, limitações ao exercício da legislação:

“Que o povo tem direito originário de estabelecer para o seu futuro governo os princípios que se lhe antolharem mais concernentes a sua própria felicidade, são os alicerces sobre que se assenta todo o edifício americano.

O exercício desse direito originário representa uma grande soma de esforços; não pode, não deve ser freqüentemente repetido. Os princípios assim estabelecidos são, pois, reputados fundamentais. E, como é suprema a autoridade de onde emanam, terminam por ser permanentes.”¹⁷¹

Em seguida, Marshall explica que aquela vontade originária do povo americano, ao estabelecer os princípios fundamentais, fundou um governo limitado. É como se o grande juiz tivesse presente todos os ideais da limitação que o Leviatã estatal deve sofrer, já que não pode ser destruído. A limitação há de ser jurídica. E esta foi a Constituição que adquiriu forma escrita, visando a que as limitações não se tornassem confusas, apagadas ou duvidosas. Por isso, na esteira da visualização de Montesquieu – o poder detém o poder – a Constituição americana separou os poderes do Governo, atribuindo-os aos diversos departamentos de acordo com certos limites, justamente para que o povo, na manifestação originária de sua vontade não possa ser ultrapassado por aqueles departamentos. Corolário disso reside na limitação ao Poder Legislativo, que não pode deliberar contra aquela vontade originária, vale dizer, não pode dispor contra a Constituição:

¹⁷⁰ Decisões Constitucionais de Marshall, ed. cit.

¹⁷¹ Decisões Constitucionais de Marshall, ed. cit.

“A vontade originária e suprema organiza o governo e ensina aos diversos departamentos seus respectivos poderes. E pode contentar-se com isso ou fixar certos limites para não sejam ultrapassados por esses departamentos.

Pertence à última classe o governo dos Estados Unidos. Os poderes da legislatura são definidos e limitados; e para que esses limites não possam se tornar confusos ou apagados, a Constituição é escrita. Para que fim os poderes são limitados, e com que intuito se confia à escrita essa delimitação, se a todo tempo esses limites podem ser ultrapassados por aqueles que se quis refrear? A distinção entre um governo de limitados ou de ilimitados poderes só extingue desde que tais limites não confinem as pessoas contra uem são postos e desde que atos proibidos e atos permitidos sejam de igual obrigatoriedade. É uma proposição por demais clara para ser contestada, que a Constituição veta qualquer deliberação legislativa incompatível com ela; ou que a legislatura possa alterar a Constituição por meios ordinários.”¹⁷²

Após esta colocação dogmática, no melhor estilo da Jurisprudência, o *Chief Justice*, também na melhor tradição, intenta demonstrar a necessidade da conclusão decorrente dos princípios, através da colocação de um dilema, cujo deslinde favorece a sua conclusão. Ou a constituição é superior e não suscetível de alteração pela lei e, se esta lhe for contrária, não será lei, ou a Constituição escrita frustra-se na tentativa de limitar um poder ilimitável:

“Não há meio-termo entre estas alternativas. A Constituição ou é uma lei superior e predominante, e lei imutável pelas formas ordinárias; ou está no mesmo nível conjuntamente com as resoluções ordinárias da legislatura e, como as outras resoluções ordinárias da legislatura e, como as outras resoluções, é mutável quando a legislatura houve por bem modifica-la.

Se é verdadeira a primeira parte do dilema, então não é lei a resolução legislativa incompatível com a Constituição; se a segunda parte é verdadeira, então as constituições escritas são absurdas tentativas da parte do povo para delimitar um poder por sua natureza ilimitável.

Certamente, todos quantos fabricaram constituições escritas consideraram tais instrumentos como a lei fundamental e predominante da nação e, conseqüentemente, a teoria de todo o governo, organizado por uma constituição escrita, se resume em que é nula toda a resolução legislativa com ela incompatível.¹⁷³

¹⁷² idem

¹⁷³ idem

Essa teoria adere à idéia da Constituição escrita e deve ser aceita pelos Tribunais. E se nula for a resolução legislativa por opor-se contra a Constituição, os Tribunais não pode considera-la como lei. Compete ao Judiciário dizer, aquilo que é, ou não, lei. Se uma lei está contra a Constituição, num caso concreto deve dizer qual a norma aplicável...:

“Se nula é a resolução da legislatura inconciliável com a Constituição, deverá, a despeito de sua nulidade, vincular os tribunais e obriga-los a dar-lhe efeitos? Ou, por outros termos, posto que lei não seja, deverá constituir uma regra tão efetiva como se fosse lei? For a subverter de fato o que ficou estabelecido em teoria e pareceria, à primeira vista, absurdo bastantemente crasso para que seja defendido. Contudo terá mais acurado exame.

Enfaticamente, é a província e do dever do Poder Judiciário dizer o que é lei. Aqueles que aplicam a regra aos casos particulares devem necessariamente expor e interpretar essa regra. Se duas leis colidem um com outra, os tribunais devem julgar acerca da eficácia de cada uma delas.

Assim, se uma lei está em oposição com a Constituição; se, aplicadas elas ambas a um caso particular, o Tribunal se veja na contingência de decidir a questão em conformidade da lei, desrespeitando a lei, o Tribunal deverá determinar qual destas regras em conflito regerá o caso. Esta é a verdadeira essência do Poder Judiciário.

Se, pois, os tribunais têm por missão atender à Constituição e observa-la e se a Constituição é superior a qualquer resolução ordinária da legislatura, a Constituição, e nunca essa resolução ordinária, governará o caso a que ambas se aplicam.”¹⁷⁴

Não poderia haver outra conclusão, sob pena de um absurdo. Se o ato legislativo é nulo, por não prevalecer em face da Constituição, não pode ter repercussão prática. Equivaleria a frustrar a grande conquista política do povo americano e, por certo, da Civilização: a Constituição escrita. Como o Judiciário se estende a todas as causas decorrentes da Carta Magna, por força dela própria, não pode ele deixar de declarar a inconstitucionalidade da lei que afrontar a lei fundamental:

“Aqueles, pois, que contestam o princípio de que a Constituição deve ser tida e havida no Tribunal como lei predominante, ficam reduzidos à necessidade de sustentar que os juizes e os tribunais devem fechar os olhos para a Constituição e só fitá-los na lei.

Esta doutrina subverteria o próprio fundamento das Constituições escritas. Seria declarar que uma resolução, que é nula em face dos princípios e da teoria do nosso governo, todavia, na prática se torna inteiramente obrigatória. Seria declarar que, se a legislatura fazer o que lhe é expressamente proibido, esse ato, não obstante a proibição

¹⁷⁴ idem

expressa, é do fato eficaz. Seria, deveras, dar à legislatura uma onipotência prática e real, de um só e mesmo jato em que se diz restringir seus poderes dentro de estrito limites. Importaria tanto como prescreverem-se limites e declarar-se ao mesmo tempo que tais limites podem ser ultrapassados *ad libitum*.

A só divergência de que semelhante interpretação reduz a zero o que todos nós temos julgado ser o maior aperfeiçoamento dado às instituições políticas, uma Constituição escrita, bastaria de per si para a rejeição de tal erro na América, onde as Constituições escritas são vistas com nímio acatamento. As expressões peculiares da Constituição dos Estados Unidos ministram, porém, argumentos adicionais em favor dessa rejeição. O poder judiciário dos Estados Unidos estende-se a todas as causas oriundas da Constituição.

Poderia ter sido a intenção daqueles que outorgaram tal poder, dizer que no seu exercício a Constituição não seria atentamente estudada? Que uma causa oriunda da Constituição seria julgada sem o exame do instrumento de onde essa causa procede?

Extravagância por demais excessiva para que se sustente. Então, em tais causas a Constituição será lida e relida pelos juízes. E, se eles podem folheá-la de todo, a que parte dela lhe é vedado prestar leituras e obediência?”¹⁷⁵

Alguns exemplos de violação hipotética da Constituição, por posterior lei, são lembrados por Marshall para ilustrar a sua tese, a de que a Constituição é uma norma de governo tanto para o Judiciário, com para o Legislativo:

“Há muitas outras disposições da Constituição que servem para esclarecer o assunto.

Declara-se que nem um imposto ou direito será lançado em mercadorias exportadas de qualquer Estado. Suponha-se um imposto pago pela exportadora de algodão, tabaco ou farinha, e uma demanda proposta para a sua restituição. Deve-se em tal caso proferir julgamento? Devem os juízes ter olhos cerrados para a Constituição, e só fitos na lei? Declara a Constituição que nem um *Bill of attinder* ou nem uma lei *ex post facto* serão decretados.

Se, contudo, passa tal *bill* e se por efeito dele alguém for processado, o Tribunal deverá condenar à morte as vítimas cuja vida a Constituição se empenha em preservar?

“Ninguém, diz a Constituição, será condenado por traição, senão mediante o contesto depoimento de duas testemunhas de algum ato patente, ou mediante confissão feita em sessão pública de um tribunal.”

Aqui a linguagem da Constituição se dirige especialmente aos tribunais. Ela lhe prescreve diretamente uma inflexível regra de prova, que nunca deverá ser postergada. Se a legislatura mudasse essa regra e declarasse o depoimento de uma só testemunha, ou a confissão

¹⁷⁵ idem

extrajudicial, suficiente para a sentença condenatória, deveria o princípio constitucional ceder a primazia à resolução legislativa?

Destas, e muitas outras seleções que se poderiam fazer, mostra-se que os autores da Constituição consideram aquele instrumento como regra de governo, tanto para os tribunais, como para a legislatura.”¹⁷⁶

Além disso, os juízes juram a Constituição. Que valor teria esse juramento? Em que consiste esse compromisso? Por que tal solenidade? A conclusão só pode ser a de que o princípio básico da Constituição escrita está em que nula é a lei com ela incompatível:

“Por que manda ela, em suma, que prestem os juízes o juramento de mantê-la? Esse juramento certamente se adapta de modo especial ao seu procedimento no seu caráter oficial. Quão imoral impor-se-lhes esse compromisso, se eles tivessem por missão proceder e julgar como instrumentos, e conscientes instrumentos, da violação daquilo que juraram manter!

O juramento de ofício, assim imposto pela legislatura, é prova providíssima da opinião da legislatura, quanto ao assunto. São estas as palavras: ‘juro solenemente que distribuirei justiça com contemplação das partes e reconhecerei igual direito tanto ao pobre como ao rico; e que cumprirei fiel e imparcialmente todos os deveres que me incumbem, como... tanto quanto e permitir o melhor de minhas forças e inteligência, de acordo com a constituição e as leis do Estados Unidos.’”

Por que promete o juiz cumprir com os seus deveres de acordo com a Constituição e as leis dos Estados Unidos, se essa Constituição não forma regra alguma para o seu governo? Se é fechada para ele e não pode ser por ele estudada?

Se tal é o real estado das coisas, é pior que solene farsa. Prescrever ou prestar tal juramento, afigura-se-me um crime.

Não é de todo indigno de nota que ao declarar que será a suprema lei do país, a Constituição a si mesma se nomeia em primeiro lugar e não dá tão alta graduação às leis dos Estados Unidos em geral, mas só àqueles que se decretarem para a execução da Constituição.

Assim a fraseologia particular da Constituição dos Estados Unidos confirma e corrobora o princípio essencial a todas as constituições escritas, segundo o qual é nula qualquer lei incompatível com a Constituição; e que os tribunais, bem como s demais departamentos, são vinculados por esse instrumento.

A notificação deve ser declarada de nenhum efeito.¹⁷⁷

6. O caso *Marbury v. Madison* (1803) revela a importância do sistema americano da construção do Direito. Ele é o primeiro dos *constitucional test cases*, aquele que iniciou a longa

¹⁷⁶ idem.

¹⁷⁷ idem

história da Suprema Corte dos Estados Unidos da América na evolução do controle da constitucionalidade das leis.

Houve dificuldades para a consolidação da doutrina do controle, delineada por Marshall no célebre caso. No início, pelo menos três casos a abalaram. O primeiro, o da proposta de *impeachment* do Juiz Samuel Chase, em que Marshall quase negociou as prerrogativas. Segundo, por ocasião da declaração da constitucionalidade do Banco dos Estados Unidos, com desenvolvimento da doutrina dos poderes implícitos da União (caso *MAC Culloch v. Maryland*, 1819; e o terceiro, pela oposição de Lincoln o caso do escravo Dred Scott (v. adiante), já na época de Taney.

Outros casos notáveis têm havido e neles é possível verificar não apenas o desenvolvimento do *judicial review* e da *construction* da lei, mas também como o federalismo americano se alterou no tempo e de que maneira as liberdades públicas se concretizaram no regime americano.

Na verdade, a Suprema Corte integra, de tal maneira, o sistema de governo dos estados Unidos, que dele não pode falar sem menção ao Tribunal, uma das suas notas mais características. Toda a teoria da supremacia constitucional nasceu e foi desenvolvida por aquela Corte. A história do controle da constitucionalidade das leis confunde-se pelo sistema brasileira. Realça, ainda, o fato de aquele Tribunal haver estado presente em todos os momentos da evolução político-institucional americana, atuando de conformidade com as exigências dos grandes debates nacionais, embora possa ter ficado, eventualmente, aquém do melhor Direito, a fim de atender a determinadas situações conjunturais.

A Constituição é a lei suprema, mas quem a interpreta são os tribunais. Daí, a clássica frase de Charles Evans Hughes: “Vivemos sob uma Constituição; mas a Constituição é aquilo que os juízes dizem que é.”¹⁷⁸ Os juízes não detêm a hegemonia, mas são os intérpretes máximos da vontade constitucional. Quem decide, em última instância, sobre o significado das palavras da Constituição é a Suprema Corte. Nesta função, o Tribunal tem variado, para admitir, ou não, certas interpretações, sempre, porém, contribuindo para o desenvolvimento da supremacia da Constituição através da interpretação de seu mais alto Tribunal.

ⁱ POLETTI, Ronaldo. *Controle da constitucionalidade das leis*. 2ª ed., Rio de Janeiro : Forense, 2000. p. 31-42

¹⁷⁸ CF. Charles Evans Hughes