

O § 66 da Lei do *Bundesverfassungsgericht*, que disciplina o conflito entre órgãos, prevê que o Tribunal pode proceder à reunião de processos, bem como, eventualmente, determinar o seu desmembramento. Essa disposição, que expressa um princípio de economia processual, pode ser aplicada a outros processos<sup>105</sup>. E, igualmente, admissível a reunião de processos de natureza diversa que envolvam a mesma questão ou questões prejudiciais<sup>106</sup>. É possível, assim, a reunião de um processo de conflitos entre órgãos e de um processo de controle abstrato de normas que se refiram à mesma disposição legal<sup>107</sup>.

As decisões do *Bundesverfassungsgericht* fazem coisa julgada formal e material<sup>108</sup>. O § 31, n. 1, da Lei do *Bundesverfassungsgericht* prevê, ademais, que as decisões proferidas pelo Tribunal "vinculam os órgãos constitucionais da União e dos Estados, bem como todos os Tribunais e autoridades"<sup>109</sup>. Com fundamento no art. 94, II, da Lei Fundamental, prevê o § 31, n. 2, da Lei do *Bundesverfassungsgericht* que têm eficácia *erga omnes* as decisões proferidas nos processos de controle de normas, inclusive no *processo de verificação de normas*, que permite ao Tribunal verificar, a requerimento de outro Tribunal, se determinada regra de direito internacional público integra o direito federal (Lei Fundamental, art. 100, II), e no processo de qualificação de normas, relativo à subsistência da lei como direito federal (Lei Fundamental, art. 126; Lei do *Bundesverfassungsgericht*, § 13, n. 14, § 86-89), no processo de recurso constitucional contra a lei, ou contra decisão judicial fundada em lei inconstitucional.

Todos os processos perante o *Bundesverfassungsgericht* são gratuitos (Lei do *Bundesverfassungsgericht*, § 34, n. 1). No caso de *recursos constitucionais* manifestamente aventuroiros, pode o Tribunal aplicar uma multa ao litigante temerário (§ 34, n. 1 e 5, da Lei do *Bundesverfassungsgericht*)<sup>110</sup>.

## II — SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

### 1. Considerações preliminares

No sistema de controle de constitucionalidade brasileiro qualquer juiz ou Tribunal pode declarar a inconstitucionalidade de uma lei que tenha de ser

105. Cf. *BVerfGE* 12, 205 (223); 51, 384 (385); ver, também, Ulsamer, in Maunz, dentre outros, *BVerfGG*, § 66, n. 5.

106. Cf. *BVerfGE* 12, 205 (223); 51, 384 (385); ver, também, Ulsamer, in Maunz, dentre outros, *BVerfGG*, § 66, n. 6.

107. *BVerfGE* 12, 205 (223); 51, 384 (385).

108. *BVerfGE* 4, 31 (38 e s.); *BVerfGE* 20, 56 (86 e s.); *BVerfGE* 33, 199 (203).

109. Sobre o significado controvertido do "efeito vinculante", cf. K. Vogel, *Rechtskraft und Gesetzeskraft*, in *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, v. 1, p. 568 (572); Sachs, *Die Bindung des Bundesverfassungsgerichts an seine Entscheidungen*, p. 7 e 66 e s.; Stern, *Staatsrecht der Bundesrepublik*, v. 2, p. 1037.

110. *BVerfGE* 54, 39 (42).

aplicada a um caso concreto. Essa lei não deixa, todavia, de integrar o ordenamento jurídico, configurando a declaração de inconstitucionalidade, na prática, simples recusa de aplicação. A decisão tem, por isso, significado apenas no processo em que foi proferida. Em 1934, houve por bem o constituinte instituir o instituto da *suspensão da execução da lei pelo Senado*, no caso de declaração de inconstitucionalidade incidental pelo Supremo Tribunal Federal, conferindo-se eficácia *erga omnes* à decisão do Tribunal. Exceção feita à Constituição de 1937, todas as Cartas Magnas posteriores mantiveram o instituto da suspensão de execução da lei pelo Senado Federal (CF de 1988, art. 52, X).

A possibilidade de decisões contraditórias, e mesmo a ameaça de uma tendência anárquica dentro do sistema<sup>111</sup>, é minimizada pelo *recurso extraordinário* (art. 102, III, a, b e c, da Constituição), que permite ao Supremo Tribunal Federal uniformizar a interpretação em matéria constitucional.

Em 1965, foi introduzido o controle abstrato de normas, outorgando-se ao Procurador-Geral da República o poder de arguir a inconstitucionalidade de leis federais ou estaduais incompatíveis com a Constituição<sup>112</sup>. A Carta de 1988 ampliou significativamente o direito da propositura do controle abstrato, incorporando entre os entes legitimados diferentes órgãos constitucionais da União e dos Estados, partidos políticos com representação no Congresso Nacional e organizações sociais como as confederações sindicais e as entidades de classe de âmbito nacional.

A combinação desses dois sistemas outorga ao Supremo Tribunal Federal uma peculiar posição tanto como órgão de revisão de última instância, que concentra suas atividades no controle das questões constitucionais discutidas nos diversos processos, quanto como Tribunal Constitucional, que dispõe de competência para aferir a constitucionalidade direta das leis estaduais e federais no processo de controle abstrato de normas.

### 2. Instituição

O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze membros, nomeados pelo Presidente da República, após a aprovação pela maioria absoluta do Senado Federal. Na Constituição de 1988 foram discutidas diferentes propostas para alteração no processo de nomeação de Ministros<sup>113</sup>. Preservou-se, a final, o modelo já consagrado na história constitucional republicana<sup>114</sup>.

111. Cf., a propósito, Bryde, *Verfassungsentwicklung, Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, p. 99.

112. Emenda Constitucional n. 16, de 12-12-1965.

113. Cf., a propósito, Assembleia Nacional Constituinte, *Emendas oferecidas à Comissão de Organização dos Poderes e Sistemas de Governo*, p. 213, 308, 327 e 342.

114. Constituição Provisória (Dec. n. 510, de 22-6-1890, art. 47; Constituição de 1891, art. 56).

O art. 101 da Constituição exige que os Ministros sejam escolhidos dentre cidadãos de notório saber jurídico e reputação ilibada, com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade. A Constituição assegura aos Ministros do Supremo Tribunal Federal, como aos demais juízes, as garantias da irredutibilidade de vencimentos, da vitaliciedade e da inamovibilidade; a aposentadoria compulsória há de se dar ao completar-se o septuagésimo ano de vida (art. 93, VI).

Embora não exista mandato para o exercício da função de Ministro do Supremo Tribunal Federal, o prazo médio de permanência no cargo não é superior a oito anos<sup>115</sup>. A diferença entre os períodos de exercício efetivo é bastante acentuada, como demonstra pesquisa relativa ao período 1946-1987. Alguns Ministros permaneceram no cargo por mais de vinte anos; outros, não mais do que dez meses<sup>116</sup>. O curto período de exercício permite que um mesmo Presidente da República, durante seu mandato, nomeie até dois Ministros para uma mesma vaga.

Assinale-se que o art. 101 da Constituição de 1988, que impede a nomeação de pessoas que já tenham completado sessenta e cinco anos para o cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal, não garante o exercício efetivo mínimo de pelo menos cinco anos, porquanto razões diversas poderão ensejar o afastamento antes de completado o quinquênio.

O Supremo Tribunal Federal atua tanto em plenário como em Turmas. Alguns processos devem ser decididos pelo Pleno (a decisão sobre a constitucionalidade de leis, concessão de medida liminar na ação direta de inconstitucionalidade, processo-crime contra o Presidente da República, Ministros, parlamentares; os conflitos entre a União e os Estados ou entre Estado e organizações internacionais e a União ou Estados-Membros, o Distrito Federal, os Territórios) (RISTF, art. 59).

A Constituição de 1967/69 outorgava força de lei ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (art. 119, § 3º). Nos termos dessa disposição, deveria o Regimento Interno conter regras sobre a competência do Pleno, a organização e a competência das Turmas e regras processuais sobre a decisão referente à competência originária ou recursal. Em 16 de março de 1967 foi editado o Regimento, que continha regras sobre organização e processo. Em virtude da revisão da Constituição de 1967/69, levada a efeito pela Emenda Constitucional n. 7, de 1977, tornou-se obrigatória uma completa revisão do Regimento Interno (27-10-1980)<sup>117</sup>.

115. Oscar Corrêa, O Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional do Brasil, p. 70-71.

116. Cf., a propósito, Oscar Corrêa, O Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional do Brasil, p. 71.

117. Regimento Interno publicado no *DOU*, 27 out. 1980.

A Constituição de 1988 não autoriza o Supremo Tribunal Federal a editar normas regimentais sobre processo e decisão. Deve-se admitir, todavia, que até a promulgação das novas leis processuais continuavam a ter aplicação os preceitos constantes do Regimento com base inclusive no princípio da continuidade da ordem jurídica<sup>118</sup>.

Com exceção do Presidente do Tribunal, cada Ministro integra, formalmente, uma Turma. As Turmas têm competências idênticas e os processos não são distribuídos, originariamente, a uma ou a outra Turma, mas a determinado Ministro-Relator, que, por sua vez, pertence à Primeira ou à Segunda Turma (RISTF, art. 66). O Presidente de cada Turma é escolhido pelo critério de antiguidade (RISTF, art. 4º, § 4º).

O Tribunal Pleno dispõe de *quorum* para deliberação se presentes oito dos onze Ministros. Para decisão sobre a constitucionalidade das leis (declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade), exige-se sempre uma maioria de seis votos (RISTF, art. 173 c/c o art. 174).

Também no Supremo Tribunal Federal existe a possibilidade de excluir-se um Ministro em caso de impedimento ou de suspeição. Os fundamentos para recusa constam do Código de Processo Civil ou do Código de Processo Penal (RISTF, art. 277; CPP, art. 134; CPC, arts. 95 e 96).

Acentue-se, porém, que em 1985 o Supremo Tribunal Federal houve por bem deixar assente que, em princípio, revela-se inadmissível a recusa de Ministro no processo de controle abstrato de normas<sup>119</sup>.

Desde o começo de sua história republicana consolidou-se no Supremo Tribunal Federal a prática<sup>120</sup> de permitir que eventuais opiniões divergentes constassem de *voto vencido* (RISTF, art. 135). Esse *voto*, mencionado expressamente na parte dispositiva da decisão, é publicado como parte integrante do acórdão<sup>121</sup>.

O Regimento Interno (art. 40) prevê a possibilidade de convocação de Ministro do antigo Tribunal Federal de Recursos, hoje Superior Tribunal de Justiça, em caso de necessidade de substituição, a fim de que se assegure o *quorum* exigido para decisão do Pleno<sup>122</sup>.

118. A Lei n. 8.038, de 28-5-1990, disciplinou alguns aspectos do processo perante o Supremo Tribunal Federal e perante o Superior Tribunal de Justiça. Referido diploma não disciplina, de forma completa, o processo no Supremo Tribunal Federal, de modo que subsistem íntegras muitas das disposições regimentais.

119. Cf. Embargos na Rp. 1.092, Relator: Ministro Djaci Falcão, *RTJ* n. 117, p. 921 (944).

120. Cf. HC 18.178, de 27-9-1926, *RF* n. 47, p. 771.

121. Cf., também, *infra*, Título II, Capítulo I, II, 1.

122. Esta disposição é de duvidosa constitucionalidade, porquanto altera a composição do Tribunal sem apoio expresso ou implícito da ordem constitucional.

O Presidente do Supremo Tribunal Federal é eleito diretamente pelos seus pares para um mandato de dois anos (RISTF, art. 12). A reeleição é expressamente vedada. São eleitos tradicionalmente para os cargos de Presidente e Vice-Presidente do Tribunal os dois Ministros mais antigos que ainda não os exerceram<sup>123</sup>.

Tal como o disposto no § 13 do Regimento Interno da Corte Constitucional Alemã, o art. 251, I, do RISTF prevê que cada Ministro do Tribunal Federal pode dispor de dois assessores.

O significado político do Supremo Tribunal Federal torna-se evidente quando se considera que ele tem a iniciativa exclusiva do projeto de lei sobre o Estatuto da Magistratura, que deve fixar as linhas básicas da Organização da Judicatura Nacional.

A Constituição reconhece ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça dos Estados o direito de iniciativa de leis sobre a composição dos Tribunais, a mudança da organização judiciária, a criação e supressão de cargos, fixação de vencimentos de seus membros e dos membros dos Tribunais inferiores, bem como dos seus serviços auxiliares (arts. 96 e 99).

A autonomia administrativa do Supremo Tribunal Federal e dos demais Tribunais foi assegurada. Esta abrange não só a eleição dos órgãos diretivos, como também a possibilidade de editar regimento interno que discipline a competência e o funcionamento dos órgãos jurisdicionais e administrativos em consonância com as disposições constantes nas leis processuais (CF, art. 96).

A autonomia financeira é assegurada, igualmente, mediante o reconhecimento do direito do Supremo Tribunal Federal e dos demais Tribunais Superiores de formular proposta orçamentária (CF, art. 99, § 1º). O art. 168 da Constituição estabelece, ainda, que os recursos previstos na lei de orçamento para o Legislativo, para o Judiciário e para o Ministério Público devem estar à disposição dos respectivos órgãos até o vigésimo dia de cada mês.

### 3. História

No modelo consagrado pela Constituição de 1824, exercia o Imperador não apenas a função de Chefe do Poder Executivo (art. 112), mas também o Poder Moderador (art. 98). Essa função deveria ser a chave de toda a organi-

123. Oscar Corrêa, *O Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional do Brasil*, p. 70.

zação política, cumprindo-lhe assegurar a independência, o equilíbrio e a harmonia entre os Poderes (art. 98)<sup>124</sup>.

O Supremo Tribunal, instituído em janeiro de 1829 e formado por dezesseis Ministros (Lei de 18-9-1828), tinha competência limitada, que se restringia, fundamentalmente, ao conhecimento dos recursos de revista e à competência para julgar os conflitos de jurisdição e as ações penais contra os ocupantes de determinados cargos públicos (art. 164)<sup>125</sup>.

O Tribunal jamais fez uso da competência para proferir decisões com eficácia *erga omnes*, que lhe outorgava a faculdade de interpretar, de forma autêntica, o direito civil, comercial e penal (Dec. Legislativo n. 2.684, de 23-10-1875, e Dec. n. 2.142, de 10-3-1876)<sup>126</sup>.

A Proclamação da República em 1889 foi decisiva para a introdução do controle de constitucionalidade no Brasil. A chamada Constituição Provisória, de 22 de junho de 1890 (Dec. n. 510), estabeleceu que o Supremo Tribunal Federal deveria ser composto por quinze Ministros, escolhidos dentre os Juizes Federais mais antigos e cidadãos de notório conhecimento jurídico e reputação ilibada, que fossem elegíveis para o Senado (art. 55). Os Ministros do Supremo Tribunal Federal seriam nomeados pelo Presidente da República após a confirmação do Senado Federal (art. 47, § 12). O Supremo Tribunal Federal da República somente foi instituído em 28 de fevereiro de 1891<sup>127</sup>.

A primeira Constituição Republicana, de 24 de fevereiro de 1891, introduziu uma nova concepção do Poder Judiciário. A influência da doutrina constitucional americana contribuiu para que se outorgasse ao Supremo Tribunal Federal a função de guardião da Constituição e da ordem federativa, reconhecendo-se-lhe a competência para aferir a constitucionalidade da aplicação do direito através de um recurso especial (Constituição de 1891, art. 59, n. 3, §

124. Souza, *Verfassungsentwicklung in Brasilien*, *JöR* 7 (1958), p. 353 (358).

125. Cf. Justino Magno Araújo, *O Poder Judiciário a partir da Independência*, *Justitia* n. 81 (1973), p. 259 (277); Aliomar Baleeiro, *O Supremo Tribunal Federal*, *RF* n. 242 (1973), p. 5 (7). O art. 164 da Constituição do império consagrava, *verbis*:

“Art. 164. A este Tribunal compete:

I — Conceder, ou denegar Revistas nas Causas e pela maneira, que a Lei determinar.

II — Conhecer dos delitos e erros de ofício, que cometerem os seus Ministros, os das Relações, os Emprégados do Corpo Diplomático, e os Presidentes das Províncias.

III — Conhecer e decidir sobre os conflitos de jurisdição, e competências das Relações das Províncias”.

126. J. Néri da Silveira, *O Supremo Tribunal Federal e a interpretação jurídica com eficácia normativa*, *Arquivos do Ministério da Justiça* n. 159 (1981), p. 7 (16).

127. Cf., a propósito, Leda Boechat Rodrigues, *História do STF*, v. 1, p. 7 e s.

1º, a e b)<sup>128</sup>. Foi-lhe confiada, também, competência para decisão de causas e conflitos entre a União e os Estados ou entre Estados-Membros (Constituição de 1891, art. 59, § 1º, c).

Pressuposto inarredável do controle judicial era a efetiva ou pretensa lesão a determinado direito<sup>129</sup>. A possibilidade de utilização da ação direta de inconstitucionalidade não foi cogitada. Tal orientação expressava a idéia de que a sua adoção contribuiria para a abertura de conflitos entre poderes<sup>130</sup>.

Na Comissão Constitucional da Assembléa Constituinte de 1891 foram discutidas duas propostas que outorgavam competência ao Supremo Tribunal Federal para conhecer diretamente de questões atinentes à violação de princípios fundamentais da Constituição Federal pelo legislador estadual<sup>131</sup>.

Embora não tenham merecido maior atenção por parte da doutrina, esses projetos, que previam uma ação direta da União contra a lei estadual inconstitucional, hão de ser considerados como propostas embrionárias da *representação interventiva* e, posteriormente, do controle abstrato de normas no direito brasileiro<sup>132</sup>.

128. CF de 1891, art. 59, n. 3, § 1º, a e b;

"Ao Supremo Tribunal Federal compete:

(...)

3. Rever os processos findos, nos termos do art. 81.

§ 1º Das sentenças das justiças dos Estados em última instância haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

a) quando se questionar sobre a validade ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do tribunal do Estado for contra ela;

b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas".

129. Rui Barbosa, Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo, p. 98.

130. Rui Barbosa, Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo, p. 98.

131. Projetos de João Pinheiro e Julio de Castilhos, in *Armaes do Congresso Constituinte da República*, 2. ed., Rio de Janeiro, 1924, p. 432. Cf., também, Ernesto Leme, *A intervenção federal nos Estados*, 2. ed., São Paulo, 1930, p. 90. A proposta de João Pinheiro acrescentava ao art. 62 o parágrafo único, com a seguinte redação: "A inobservância de uma ou mais das regras do artigo anterior, reconhecida e declarada pelo Supremo Tribunal, importará na suspensão da disposição constitucional que a contiver, até a definitiva decisão do Congresso". Mais abrangente, ainda, era o projeto de Julio de Castilhos: "Quando quaesquer leis de um dos Estados infringirem qualquer principio cardeal da Constituição, ao Governô da União caberá suspender a respectiva execução na parte relativa a infração, competindo ao Supremo Tribunal a decisão final do conflito" (*Armaes do Congresso Constituinte da República*, p. 492).

132. Cf., Mendes, *Controle de constitucionalidade*, p. 174-5. Ver, também, *infra*, Título II, Capítulo II, III, 1, 1.1 e 1.2.

Peculiar significado foi atribuído ao *habeas corpus* como instrumento de proteção jurídica contra qualquer ato arbitrário do Poder Público (Constituição de 1891, art. 73, §§ 1º e 2º). Esse remédio jurídico, que, no seu sentido clássico, destinava-se à proteção do direito de ir e vir<sup>133</sup>, foi utilizado, no Brasil, para proteger outros direitos individuais que estivessem vinculados, de forma direta ou indireta, à liberdade pessoal<sup>134</sup>. Esse desenvolvimento foi denominado "doutrina brasileira do *habeas corpus*"<sup>135</sup>.

As decisões proferidas em alguns processos de *habeas corpus* contribuíram para que o Supremo Tribunal Federal se visse envolvido em sérias crises, já no começo de sua judicatura. Em 1893, ele declarou, em processo de *habeas corpus*, a inconstitucionalidade do Código Penal da Marinha. Embora o Governo tenha dado cumprimento à decisão, houve por bem reagir a essa orientação do Tribunal, indicando, para duas vagas existentes, um médico e um general, deixando de prover outras vagas<sup>136</sup>. Ainda no curso do primeiro mandato, deixou o Presidente da República Floriano Peixoto de dar execução a algumas decisões do Tribunal<sup>137</sup>.

A Emenda Constitucional de 1926 mudou as disposições sobre o processo de *habeas corpus*, restringindo o seu âmbito de aplicação à proteção do direito de ir e vir contra perigo iminente de violência por meio de prisão ou constrangimento ilegal<sup>138</sup>.

A chamada Revolução de 1930 pôs termo à Primeira República e derrogou a Constituição de 1891<sup>139</sup>. As funções legislativas e executivas foram confiadas temporariamente ao Governo Provisório (Dec. n. 19.398, de 11-11-1930). O número de Ministros do Supremo Tribunal Federal foi reduzido de quinze para onze, dividindo-se o Tribunal em duas Turmas formadas por cinco Ministros (Dec. de 3-2-1931). Ainda nesse período foi decretada a aposen-

133. José de Castro Nunes, *Do mandado de segurança*, p. 24.

134. Cf., a propósito, Fix-Zamudio, *Die Verfassungskontrolle in Lateinamerika*, in Horn e Weber, *Richterliche Verfassungskontrolle in Lateinamerika*, Spanien und Portugal, p. 129 (142).

135. Fix-Zamudio, *Die Verfassungskontrolle in Lateinamerika*, in Horn e Weber, *Richterliche Verfassungskontrolle in Lateinamerika*, Spanien und Portugal, p. 129 (142); Nunes, *Do mandado de segurança*, p. 23 e s.

136. Leda Boechat Rodrigues, *História do Supremo Tribunal Federal*, v. 1, p. 42 e 46.

137. Miguel Seabra Fagundes, *A função política do Supremo Tribunal Federal*, RDA n. 134 (1978), p. 1 (6).

138. Art. 72, § 22, segundo a redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926 (cf. Adriano Campanhole, *Constituição do Brasil*, São Paulo, 1984):

"Dar-se-á o *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência por meio de prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção".

139. Cf., a propósito, Souza, *Verfassungsentwicklung in Brasilien*, *JöR* 7 (1958), p. 353 (362).

tadoria compulsória de seis Ministros (Dec. n. 19.711, de 18-2-1931)<sup>140</sup>. A Constituição de 1934, que estabeleceu os fundamentos de uma nova ordem democrática, concebeu o Supremo Tribunal Federal com onze membros.

A chamada "representação interventiva", destinada ao controle da constitucionalidade da intervenção federal, foi introduzida na Constituição de 1934 (art. 12, § 2º). Essa ação destinava-se à constatação de eventual afronta através de ação ou omissão contra os princípios fundamentais da ordem federativa (art. 12, § 2º c/c o art. 7º, I, a a h)<sup>141</sup>.

Como as decisões do Supremo Tribunal Federal que declaravam a inconstitucionalidade de uma lei, no controle incidental, não tinham eficácia *erga*

140. Cf., também, Aliomar Baleeiro, O Supremo Tribunal Federal, *RF* n. 242 (1973), p. 5 (7). Decreto n. 19.711, de 18-2-1931:

"Decreto n. 19.711, de 18 de fevereiro de 1931

Aposenta ministros do Supremo Tribunal Federal

O Chefe do Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil:

Considerando que o Decreto n. 19.656, de 3 de fevereiro de 1931, reduziu o número de ministros do Supremo Tribunal Federal (artigo 1º):

Considerando que imperiosas razões de ordem pública reclamam o afastamento de ministros que se incompatibilizaram com as suas funções por motivo de moléstia, idade avançada, ou outros de natureza relevante;

Decreta:

Art. 1º São aposentados, com as vantagens que lhes assegura a legislação vigente, dispensado o exame de sanidade, os ministros Godofredo Cunha, Edmundo Mumiz Barreto, Antonio C. Pires de Albuquerque, Pedro Alfonso Mibieli, Pedro Santos e Geminiano de França.

Art. 2º Revogam-se as disposições em contrário.

Rio de Janeiro, 18 de fevereiro de 1931; 110ª da Independência e 43ª da República.

Getúlio Vargas

Oswaldo Aranha".

141. CF de 1934, art. 7º, I, a a h:

"Compete privativamente aos Estados:

I — decretar a Constituição e as leis por que se devam reger, respeitados os seguintes princípios:

- a) forma republicana representativa;
- b) independência e coordenação de poderes;
- c) temporariedade das funções eletivas, limitada aos mesmos prazos dos cargos federais correspondentes, e proibida a reeleição de Governadores e Prefeitos para o período imediato;
- d) autonomia dos Municípios;
- e) garantias do Poder Judiciário e do Ministério Público locais;
- f) prestação de contas da administração;
- g) possibilidade de reforma constitucional e competência do Poder Legislativo para decretá-la;
- h) representação das profissões".

*omnes*, outorgou-se ao Senado Federal o poder de *suspender a aplicação da lei* (CF de 1934, art. 90, IV). A *suspensão de execução*, ainda hoje adotada (Constituição de 1988, art. 52, X), foi considerada, então, a forma mais adequada para conferir eficácia *erga omnes* às declarações de inconstitucionalidade<sup>142</sup>. Foi rejeitada proposta que reconhecia a nulidade da lei após uma segunda decisão confirmatória da inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal<sup>143</sup>.

Afigura-se relevante observar que, na Constituinte de 1934, foi apresentado projeto de instituição de uma Corte Constitucional, inspirada no modelo austríaco. Na fundamentação da proposta referia-se diretamente ao *Referat* de Kelsen sobre a essência e o desenvolvimento da jurisdição constitucional (*Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*)<sup>144</sup>. Segundo esse projeto, a Corte Constitucional seria composta por nove membros escolhidos pelo Supremo Tribunal Federal (2), pelo Parlamento Nacional (2), pelo Presidente da República (2) e pela Ordem dos Advogados do Brasil (3). Deveriam ser eleitos, igualmente, nove suplentes. Esse projeto confiava à Corte Constitucional o monopólio de censura das leis federais e estaduais. Assim, deveriam juízes ou Tribunais, em caso de inconstitucionalidade de uma lei, suspender os processos a eles afetos e submeter a questão à Corte. Essa proposta previa, igualmente, a instituição de uma ação popular de inconstitucionalidade<sup>145</sup>, o que destaca ainda mais a influência direta de

142. Esse instituto deveria eliminar a falta de eficácia *erga omnes* das decisões do STF no controle incidental de normas. Tal inovação não correspondia, porém, ao desenvolvimento da jurisdição constitucional, como demonstram as disposições sobre a eficácia *erga omnes* das decisões da Corte Constitucional austríaca (Constituição, 1920, art. 140, VI) e sobre a força de lei das decisões do *Reichsgericht* com base no art. 13, II, da Constituição de Weimar (Lei de 8-4-1920, art. 3º, II).

143. Projeto do constituinte Godofredo Vianna, de 16-12-1933, in Alencar, A competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos declarados inconstitucionais, *RIL* n. 57, 1978, p. 223 (234-235):

Ao texto do art. 57 acrescente-se:

"§ 4º Sempre que o Supremo Tribunal declarar, em mais de um arresto, a inconstitucionalidade de uma lei, esta será considerada como inexistente. O Procurador-Geral da República mandará publicar a decisão no órgão oficial da União e no do Estado, a fim de que comece a obrigar nos prazos estabelecidos pela lei civil".

144. Projeto do Deputado Nilo Alvarenga, de 20-12-1933, in *Armas da Assembléia Nacional Constituinte*, Rio de Janeiro, 1935, p. 33-5.

145. Projeto do Deputado Nilo Alvarenga, de 20-12-1933, in *Armas da Assembléia Nacional Constituinte*, Rio de Janeiro, 1935, v. 3, p. 513 e s. São os seguintes os termos da proposição:

"Art. Compete à Corte de Justiça Constitucional, originária e privativamente, conhecer da arguição, suscitada por qualquer parte interessada ou pelo Ministério Público, em qualquer feito e perante qualquer juiz ou tribunal, de conflito de uma lei ou disposição de lei federal, ou de

uma constituição ou lei estadual ou alguma de suas disposições, com a Constituição Federal, ou de uma lei estadual ou alguma de suas disposições, com a respectiva constituição estadual.

§ 1º Levantada a preliminar de inconstitucionalidade, o juiz ou tribunal sobrestará no prosseguimento da causa, depois de assegurar, quando necessário, a eficácia do direito reclamado, até que o tribunal se pronuncie.

§ 2º O juiz ou tribunal mandará prosseguir o feito se a alegação de inconstitucionalidade for manifestamente improcedente ou protelatória, cabendo desta decisão carta testemunhável para a Corte de Justiça Internacional que, a requerimento da parte, poderá mandar sustar o andamento do processo, até o seu pronunciamento.

Art. Qualquer pessoa de direito público ou privado, individual ou coletivamente, ainda mesmo quando não tenha interesse direto, poderá pedir originariamente à Corte de Justiça Constitucional a declaração da nulidade, no todo ou em parte, de uma lei ou de qualquer ato, deliberação ou regulamento, emanado do Poder Executivo, manifestamente contrários aos direitos e garantias estabelecidos por esta Constituição.

§ 1º A Corte só poderá conhecer do pedido, depois de informada, no prazo máximo de 30 dias, pelo poder do qual emanou a lei, o ato, deliberação ou regulamento.

§ 2º A lei ordinária determinará a forma rápida pela qual se processará o pedido.

§ 3º A sentença anulatória da Corte de Justiça Constitucional invalidará e tornará inexecutível para todos, em parte ou no todo, a lei, ato, deliberação ou regulamento por ela atin-gida e produzirá estes efeitos na data de sua publicação.

Art. A Corte de Justiça Constitucional terá sua sede na Capital da República e compor-se-á de nove ministros, brasileiros natos, de notável saber jurídico e ilibada reputação, dois dos quais serão indicados pelo Supremo Tribunal Federal, dois pela Assembléia Nacional, dois pelo Presidente da República e três pelo Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros entre as mais notáveis expressões culturais e morais de sua classe, especializados em direito público e constitucional.

§ 1º Igual número de suplentes será simultaneamente indicado pelos poderes e pelo ins-tituto acima indicados.

Art. Os ministros da Corte de Justiça Constitucional exercerão as funções que lhes são atribuídas por esta Constituição pelo prazo de três anos, podendo ser renovadas as suas indica-ções e nomeações.

§ 1º Os ministros não poderão ser destituídos de suas funções antes de findo o prazo para o qual forem nomeados e terão os mesmos vencimentos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Art. A Corte de Justiça Constitucional organizará seu regimento interno e Secretaria, cujos funcionários serão de sua nomeação e terão vencimentos equiparados aos da Secretaria do Supremo Tribunal Federal.

(...)

#### Justificação

Os mais belos e generosos princípios de direito público, consagrados nos textos constitu-cionais, de nada valerão, sem as necessárias garantias de sua efetividade. Estas garantias são dadas pelo controle da constitucionalidade das leis.

Nos Estados Unidos, onde esta atribuição é conferida à Justiça comum, o controle é falho, imperfeito e incompleto. Por isso que à Justiça comum só cabe decidir das questões entre partes, os efeitos de suas decisões se restringem ao caso *sub iudice*. A lei anulada para o litigante conti-nua a vigorar em toda sua plenitude para a coletividade.

Por isso é imprescindível criar a jurisdição constitucional cometendo-a a um tribunal espe-cial, com a função de exercer este controle, anulando as leis e atos inconstitucionais, *erga omnes*.

Mas não basta a criação de tribunal com esta competência. É necessário, ainda, assegurar a todos os indivíduos a sua proteção por meio de recursos fáceis e rápidos e baratos. É preciso que

Kelsen<sup>146</sup>. O projeto foi rejeitado sem maiores discussões pela Assembléia Constituinte.

A Constituição de 1934 foi derrogada por ato do então Presidente da República, em 1937. Em 10 de novembro desse mesmo ano foi editada uma nova Constituição, que deveria ser aprovada mediante decisão plebiscitária (art. 80). Tal plebiscito jamais se realizou. A Constituição de 1937, conhecida como "Constituição Polaca", por ter sido desenvolvida com base na Consti-tuição polonesa do regime do General Pilsudski<sup>147</sup>, traz uma ruptura com a história constitucional do Brasil. Do seu preâmbulo constava, v.g., que ela haveria de conter meios extraordinários para combater, de forma efetiva, o Comunismo<sup>148</sup>.

todo cidadão ferido em seu direito disponha de meio seguro para o restabelecimento imediato deste direito.

É esta a única maneira pela qual poderão ser evitadas, de um lado, as grandes injustiças de que foram vítimas, na primeira República, milhares de brasileiros, por abusos do poder, e de outro lado, as enormes sangrias que sofreu o Tesouro, que ainda hoje suporta a economia públi-ca, resultantes de pesadas indenizações a cujos pagamentos a Nação foi condenada.

É preciso advertir com Gaston Jéze: "Para serem eficazes, os meios de defender as liberda-des individuais devem ser fáceis, rápidos, baratos. Se a defesa é complicada, se é lenta e custosa, sua eficácia diminui ou desaparece mesmo praticamente. São armas enferrujadas para serem arrumadas na coleção das curiosidades constitucionais".

A Corte de Justiça Constitucional, com estas atribuições e competências, será o único aparelho eficaz de garantias constitucionais, do qual a República não poderá prescindir, para assegurar a defesa de todos os direitos e liberdades de seus cidadãos".

146. Kelsen, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, *WVStZ/RZ* 5 (1929), p. 30 (74).

147. Loewenstein, *Verfassungslehre*, p. 63.

148. Cf. Adriano Campanhole, *Constituições do Brasil*, p. 418:

"O Presidente da República dos Estados Unidos do Brasil:

Atendendo às legítimas aspirações do povo brasileiro à paz política e social, profunda-mente perturbada por conhecidos fatores de desordem, resultantes da crescente agravação dos dissídios partidários, que uma notória propaganda demagógica procura desnaturar em luta de classes e da extremação de conflitos ideológicos, tendentes, pelo seu desenvolvimento natural, a resolver-se em termos de violência, colocando a Nação sob a funesta iminência de guerra civil;

Atendendo ao estado de apreensão criado no país pela infiltração comunista, que se torna dia a dia mais extensa e profunda, exigindo remédios de caráter radical e permanente;

Atendendo a que, sob as instituições anteriores, não dispunha o Estado de meios normais de preservação e defesa da paz, da segurança e bem-estar do povo;

Com o apoio das Forças Armadas e cedendo às inspirações da opinião nacional, uma e outra, justificadamente apreensivas diante dos perigos que ameaçam a nossa unidade e da rapi-dez com que se vem processando a decomposição das nossas instituições civis e políticas:

Resolve assegurar à nação a sua unidade, o respeito à sua honra e à sua independência, e ao povo brasileiro, sob um regime de paz política e social, as condições necessárias à sua seguran-ça, ao seu bem-estar e à sua prosperidade,

Decretando a seguinte Constituição, que se cumprirá desde hoje em todo país: (...)"

O *status*, a organização e as competências do Supremo Tribunal Federal não sofreram modificações substanciais no novo modelo constitucional. O Presidente da República reivindicou, porém, a atribuição para nomear o Presidente do Supremo Tribunal Federal, o que acabou por ocorrer regularmente até 1945<sup>149</sup>.

Na Constituição de 1937 criou-se a possibilidade de suspender, mediante ato legislativo, decisão judicial que declarasse a inconstitucionalidade do ato normativo. Isso deveria ocorrer através de resolução do Parlamento Nacional, aprovada por uma maioria qualificada de dois terços dos votos (art. 96). Esse instituto deveria cumprir dupla função: *confirmar a validade da lei e cassar a decisão judicial questionada*<sup>150</sup>. A lei *confirmada* ganhava, assim, a força de uma Emenda Constitucional<sup>151</sup>.

A necessidade desse instituto foi justificada com o caráter pretensamente "antidemocrático" da jurisdição, que acabava por permitir a utilização do controle de normas como instrumento aristocrático de preservação do poder ou como expressão de um *Poder Moderador*<sup>152</sup>. Deveria ser criada so-

149. Aliomar Baleeiro, O Supremo Tribunal Federal, *RF* n. 242 (1973), p. 5 (11).

150. Nunes, Teoria e prática do Poder Judiciário, p. 593, n. 25.

151. Celso Bastos, *Curso de direito constitucional*, p. 63.

152. Francisco Campos, *Diretrizes constitucionais do novo Estado brasileiro*, *RF* n. 73, p. 229 (248). Cf. a seguinte passagem, *verbis*:

"Não me parece essencial ao Poder Judiciário a prerrogativa de declarar a inconstitucionalidade das leis ou de recusar-lhes a execução com fundamento na sua incompatibilidade com a carta constitucional. Para que se pudesse considerar como essencial essa prerrogativa, seria indispensável que sem ela não se pudesse conceber a existência do Poder Judiciário.

Ora, tal prerrogativa não é um atributo que se encontre reconhecido universalmente ao poder judiciário. Ao contrário, é um atributo do poder judiciário do tipo americano, e mesmo nos Estados Unidos seriamente combatido com os melhores fundamentos.

A constituição americana é, como se sabe, obra de um pequeno número de grandes legislistas. A supremacia do poder judiciário, mediante a prerrogativa que lhe foi atribuída de guarda supremo da Constituição, foi um arranjo ou uma construção imaginada por legislistas.

Os legislistas são, por natureza, conservadores, e a perspectiva de mudanças, inovações ou experiências sempre os intimida. Os interesses criados constituem o centro das suas preocupações. Nos arranjos ou nas combinações dos mecanismos de governo, de processo ou de justiça, o que domina o seu espírito não é o lado dinâmico, liberal ou progressista, mas o estático, o das garantias que assegurem a permanência do *status quo*, a duração do adquirido, a estabilidade das situações consolidadas, a conservação dos interesses criados. O mundo dos legislistas não é o do futuro, mas o do passado, o mundo dos arquetipos ou das formuladas em que se cristalizou a experiência do passado.

Os legislistas que formularam a teoria da Constituição americana não constituíam exceção aos caracteres que definem em todo o mundo a família dos legislistas. A implantação de instituições eminentemente dinâmicas como são as instituições democráticas despertou no seu espírito o temor de elas viessem a constituir fonte de desassossego ou de mudanças na ordem de coisas estabelecida. Cumpria tutelar os poderes de origem popular, sujeitos às injunções da opinião

pública, criando um superpoder, de caráter permanente e sem nenhuma dependência para com os movimentos de opinião, de maneira que os órgãos representativos não fossem compelidos pelas pressões populares a entrar no caminho das inovações ou das reivindicações democráticas, que sempre se fazem, como é natural, à custa dos interesses criados. Ora, os juizes, não só pela formação especial do seu espírito, como pela situação privilegiada que lhe era assegurada na Constituição, tenderiam, naturalmente, a manter a ordem de cousas estabelecida, procurando, de boa-fé, interpretar a Constituição no sentido da concepção do mundo próprio à sua família espiritual, isto é, de acordo com o princípio, que informa toda filosofia conservadora, de que a ordem de cousas vigente em um dado momento é a ordem natural e eterna.

O mecanismo de controle judicial, inventado pelos legislistas americanos, correspondia, inteiramente, aos motivos, conscientes ou obscuros, que os inspiravam. O caráter dinâmico das instituições democráticas se achava coarctado por uma poderosa força de inibição, tanto mais poderosa quanto idealizada por uma hábil propaganda, que conseguiu criar no público a convicção de que a peça teria por função proteger o povo contra os abusos do poder.

A verdade, porém, é que o mecanismo de controle judicial da constitucionalidade das leis tinha por fim exclusivo a proteção dos interesses criados ou da ordem de cousas estabelecida contra as veleidades de iniciativa dos poderes representativos no sentido de favorecer as aspirações populares ou de alterar, na direção democrática, as relações de poder existentes no País ao tempo da promulgação da Constituição.

A ideologia conservadora encontrou, assim, no poder judiciário, o instrumento destinado a moderar ou imbrir os ímpetos democráticos da Nação. A Constituição passava, por um processo metafísico, a incorporar a filosofia dos juizes. Essa filosofia, que se confundia com a Constituição, tornava-se, assim, filosofia obrigatória no País. Só era constitucional a concepção do mundo dos juizes, os seus pontos de vista preconcebidos em relação à sociedade, aos direitos individuais e aos interesses da Nação. Por este artifício, a política de uma democracia, a qual, como toda política democrática, é eminentemente ativa e dinâmica, era transferida dos órgãos de delegação popular para um cenáculo de notáveis, que uma série de prerrogativas e de privilégios tornava independente, senão impermeável às mudanças operadas no sentimento público ou na concepção da vida dos seus contemporâneos.

Completando o processo, seguramente ingênuo e de boa-fé, de dissimulação do papel conferido ao Poder Judiciário, a teoria procurou atenuar a sua importância, declarando que o julgamento dos tribunais pressupõe uma provocação e um litígio, isto é, que o supremo intérprete da Constituição não tem a faculdade de interpretá-la em abstrato. Como observa, porém, Lord Birkenhead, quando o tribunal, decidindo um litígio, declara a lei inconstitucional, o que ele decide, em última análise, é o caso da lei, privando-a de toda autoridade.

Ora, a Constituição tem por conteúdo os grandes poderes do governo destinados a ser exercidos para grandes fins públicos. Atribuir a um Tribunal a faculdade de declarar o que é constitucional é, de modo indireto, atribuir-lhe o poder de formular nos termos que lhe parecerem mais convenientes ou adequados à própria Constituição. Trata-se, no caso, de confiar a um órgão que se não origina do povo, e que não se encontra sujeito à sua opinião, o mais eminente dos poderes, porque, precisamente, o poder que define os grandes poderes do governo e os grandes fins públicos a que se destina o governo. O controle judicial da constitucionalidade das leis é, sem dúvida nenhuma, um processo destinado a transferir do povo para o Poder Judiciário o controle do governo, controle tanto mais obscuro quanto insusceptível de inteligibilidade pública, graças à aparelhagem técnica e dialética que o torna inacessível à compreensão comum. A supremacia do judiciário não é, pois, como procura fazer acreditar uma ingênua doutrina que atribui ao método jurídico um caráter puramente lógico e objetivo, uma supremacia aparente. É, ao contrário, uma supremacia política, porque a função de interpretar, que reduzida na de formular a Constituição, é a mais alta ou a mais eminente das funções políticas.

O controle judicial da constitucionalidade das leis, ao invés de constituir uma proteção do povo, era um expediente sabiamente engenhado para o fim de impedir ou moderar as reivindica-

bretudo em virtude da *abertura* das normas constitucionais uma instância especial, que estivesse em condições de corrigir eventuais desvios da Constituição populares, ou colocar sob o controle dos interesses criados ou da filosofia conservadora dos beneficiários da ordem estabelecida a evolução das instituições democráticas, privando-as das virtualidades dinâmicas que lhes são inerentes.

É, como se vê, uma sobrevivência do poder moderador da monarquia, um resíduo monárquico que se enquistou nas instituições democráticas com o fim de embaraçar os seus movimentos naturalmente orientados no sentido das inovações, das experiências e de uma concepção criadora e liberal da vida, exatamente o oposto da filosofia própria aos interesses criados, que postulam a conservação, a permanência, a continuidade, a duração das situações adquiridas.

A propósito da idealização de que o controle judicial foi objeto nos Estados Unidos, Allen Smith, falecido Professor de ciência política na Universidade de Washington, escreve no seu livro póstumo "The growth and decadence of constitutional government":

"Não há, provavelmente, outro exemplo, em toda a história da evolução constitucional, em que a opinião haja sido tão iludida quanto à verdadeira natureza de um arranjo ou de um artifício político. A razão ostensiva de atribuir o poder de veto aos tribunais era a de prover um meio de tornar efetivas as limitações constitucionais; o objetivo real era, porém, o de concentrar o poder político na Suprema Corte dos Estados Unidos, e, mediante a função que lhe era conferida de interpretação final, transformar a constituição no baluarte do conservantismo".

Eis aí como, em instituições democráticas, o povo, ao invés de controlar, passa a ser controlado por um poder em cuja formação não participou e cujos processos de controle, duplamente dissimulados, porque exercidos sob as modestas aparências de um litígio de direito comum e envolvidos em uma técnica somente acessível a especialistas, escapam ao registro crítico da opinião popular.

A modificação introduzida pela Constituição de 10 de novembro teve por fim repor na Nação o controle do governo, submetendo-o ao juízo do povo, ao qual deve ficar livre a opção quando se tratar de pôr em movimento o mecanismo constitucional no sentido de serem realizados os grandes fins de governo, fins de ordem pública e geral, em relação aos quais o pronunciamento definitivo não pode deixar de caber ao povo. É a passagem do governo dos cenáculos para o governo do povo.

A faculdade de interpretar final e conclusivamente a Constituição, só se justificaria atribuí-la em regime democrático ao Poder Judiciário se o método jurídico fosse de natureza puramente lógica ou dedutiva. A função judiciária seria, então, puramente lógica ou dedutiva. A função judiciária seria, então, puramente passiva, a interpretação limitando-se apenas a tornar explícito o conteúdo da lei.

Tais postulados são, porém, hipóteses contrárias à realidade. Nem o método jurídico é puramente lógico, nem o pensamento jurídico puramente objetivo. A interpretação, por sua vez, longe de ser passiva e neutra, é um processo de criação ou de elaboração ativa. Quando a lei a ser interpretada é a Constituição, a generalidade, a amplitude, a compreensão da matéria abre um vasto campo à contribuição do intérprete que, embora animado da maior boa-fé, não pode deixar de verter em termos da sua filosofia pessoal ou da sua concepção da vida problemas do maior interesse vital para todo o mundo e em torno de cuja expressão, por mais precisa que seja, não pode deixar de existir um halo de indeterminação propício às opções do temperamento, do caráter ou da vontade.

Nestas condições, atribuir a supremacia ao judiciário é atribuí-la à filosofia dos juizes. Em se tratando de interesses nacionais, dos grandes poderes do governo e dos grandes fins públicos a que o governo se destina, é, certamente, mais democrático senão mais acertado, preferir à filosofia e à opção dos juizes a opção e a filosofia da Nação".

tuição<sup>153</sup>. A faculdade confiada ao Parlamento de suspender decisões judiciais acabou por ser exercida diretamente pelo ditador mediante a edição de decretos-leis (Constituição de 1937, art. 180)<sup>154</sup>. Confirmada a constitucionalidade da lei, passava o Supremo Tribunal Federal a reconhecer *ipso jure* a sua validade<sup>155</sup>.

153. Francisco Campos, Diretrizes constitucionais do novo Estado brasileiro, RF n. 73, p. 229 (249).

154. Cf., a propósito, Decreto-Lei n. 1.564, de 5-9-1939, com o seguinte teor:

"Decreto-Lei n. 1.564 — de 5 de setembro de 1939

*Confirma os textos de lei, decretados pela União, que sujeitaram ao imposto de renda os vencimentos pagos pelos cofres públicos estaduais e municipais.*

O Presidente da República, usando da atribuição que lhe confere o artigo 180 da Constituição, e para os efeitos do artigo 96, parágrafo único;

Considerando que o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da incidência do imposto de renda, decretado pela União no uso de sua competência privativa, sobre os vencimentos pagos pelos cofres públicos estaduais e municipais;

Considerando que essa decisão judiciária não consulta o interesse nacional e o princípio da divisão equitativa de ônus no imposto,

Decreta:

Artigo único. São confirmados os textos de lei, decretados pela União, que sujeitaram ao imposto de renda os vencimentos pagos pelos cofres públicos estaduais e municipais; ficando sem efeito as decisões do Supremo Tribunal Federal e de quaisquer outros tribunais e juizes que tenham declarado a inconstitucionalidade desses mesmos textos.

Rio de Janeiro, 5 de setembro de 1939; 118ª da Independência e 51ª da República.

Getúlio Vargas

Francisco Campos

A. de Souza Costa".

155. É interessante, a propósito, registrar voto do Ministro Carlos Maximiliano, quando se discutiu, no Mandado de Segurança n. 623, a eficácia da decisão confirmatória baixada pelo Presidente da República em relação às questões ainda não apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal:

"A Constituição de 1891 incorporou o Brasil ao sistema democrático americano — o do governo de leis em vez de governo de homens; entre nós, como nos Estados Unidos e na República Argentina, a cúpula do regime achava-se na Corte Suprema; por isto, os grandes presidentes da terra de Jefferson, nas cerimônias solenes, davam a frente aos juizes do pretório excelso, em repulcana e belíssima homenagem à soberania da Justiça. Os tribunais reviam e anulavam, aliás com discreta reserva, as leis e atos contrários ao espírito do código fundamental.

O Chile constituía notória exceção, porque se inclinara para a onipotência parlamentar; a francesa, porém evoluiu no sentido generalizado no continente: naquela república, a reforma constitucional de 1925 investiu o Judiciário da prerrogativa outorgada pelo estatuto norte-americano, 'o mais perfeito do mundo', segundo o conceito de Barbalho dos Andes, o hábil comentarista do novo código básico, o professor Guerra, morto tragicamente em Valparaíso na semana em que eu visitava aquela encantadora cidade de verão.

Notável coincidência, no mesmo ano de 1925, famoso aresto do Tribunal Supremo da Alemanha (*Reichsgericht*), em 4 de novembro proclamou a autoridade da magistratura para de-

clarar inválidos, por inconstitucionais, diplomas legislativos; assim foi decidido, apesar de não haver na Constituição de Weimar preceito expresso a tal respeito. Manifestou-se na terra de Frederico, à semelhança do que ocorrera, sobre o mesmo assunto, na pátria de Washington, a ação criadora da jurisprudência.

O estatuto brasileiro de 1937, no art. 96, transferiu, em tal esfera, a supremacia ao Legislativo, quando provocado pelo Presidente; julgada inconstitucional, uma lei, posterior decreto atua e prevalece como vitoriosos embargos infringentes ao aresto supremo. De tal prerrogativa do Parlamento usou o Sr. Presidente da República, escudado no art. 180 da Constituição, a propósito da incidência de imposto federal sobre os proventos de funcionários locais, porque, sobrepondo a lei a interesse ou rivalidade individual ou de classe, os membros do pretório mais alto haviam declarado os serviços, e, conseqüentemente, os servidores dos Estados, isentos de tributos que eles, Ministros togados, pagam, na média de cinco contos de réis anuais, sem recalcitrar nem discutir.

Qual a diretriz futura a predominar nos pretórios, em face da resolução presidencial? Não posso recorrer ao apoio precioso do Direito Comparado; porque a providência constitucional brasileira, consistente em reformar sentenças por meio de decretos *não encontra similar ou paradigma em país nenhum do orbe terráqueo*. Recorro a outra fonte: os precedentes, em casos análogos. Vigorante o sistema generalizado na América, embora o Judiciário apenas decidisse em espécie e a sentença final só obrigasse no caso em apreço, Presidente e Congresso, em obediência ao princípio da harmonia dos poderes, dali por diante se abstinham de agir ou deliberar contra as conclusões do aresto supremo. Pela mesma razão, agora, atribuída à Legislativa a antiga preeminência da Corte excelsa, esta não mais conhecerá de igual inconstitucionalidade. Seria, aliás, irrisório estar a proferir acordãos platônicos, arrestos por lei destituídos de executabilidade. Preverá no alto pretório o inelutável, embora murmurando os seus membros o — e pur si muove, de Gallieu. Em conclusão: pelo menos no meu conceito, o desagradável incidente para o qual confluiram, durante uma quinzena, as vistas sobressaltadas dos juristas nacionais, está definitivamente encerrado.

No tocante à hipótese em apreço, eu julgo prejudicados os dois recursos; porque o Decreto-lei n. 1.564, de 5 de setembro de 1939, posterior à sentença concessiva do mandado de segurança, explicitamente a tornou sem efeito" (RF n. 82, p. 298 (300)).

É bem verdade que o novo instituto não colheu manifestações unânimes de repulsa. Cândido Mota Filho, por exemplo, saudava a inovação:

"A subordinação do julgado sobre a inconstitucionalidade da lei à deliberação do Parlamento coloca o problema da elaboração democrática da vida legislativa em seus verdadeiros termos, impedindo, em nosso meio, a continuação de um preceito artificioso, sem realidade histórica para nós e que, hoje, os próprios americanos, por muitos de seus representantes doutíssimos, reconhecem despido de caráter de universalidade e só explicável em países que não possuem o sentido orgânico do direito administrativo. Leone, em sua *Teoria de la política*, mostra com surpreendente clareza como a tendência para controlar a constitucionalidade das leis é um campo aberto para a política, porque a Constituição, em si mesma, é uma lei *sui generis*, de feição nitidamente política, que distribui poderes e competências fundamentais" (Cândido Motta Filho, A evolução do controle da constitucionalidade das leis no Brasil, RF n. 86, p. 277).

No mesmo sentido, pronunciaram-se Alfredo Buzaid (*Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 1958, p. 32) e Genésio de Almeida Moura (Inconstitucionalidade das leis, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, n. 37, p. 161).

Embora a doutrina brasileira não tenha logrado explicitar a origem ou a fonte de inspiração imediata desse instituto, é certo que ele não estava previsto, nem implicitamente, na Constituição polonesa de 23-4-1935, uma vez que esse texto nem sequer previa o controle de constitucionalidade.

Parece mais correto concluir que esse instituto possui referências na própria experiência

constitucional norte-americana. É o que se lê na seguinte passagem da obra de Karl Loewenstein sobre o direito constitucional americano, especialmente sobre a prática da correção de decisões judiciais mediante ato legislativo ou até mesmo mediante emenda constitucional:

"Um outro mecanismo de limitação do poder da Corte Suprema assenta-se na possibilidade de nulificação dos efeitos da decisão mediante lei de caráter corretivo (*Korrigierendes Gesetz*). Trata-se apenas de casos em que o Congresso manifesta divergência com interpretação conferida à norma pela Corte Suprema. Esse mecanismo não se aplica às hipóteses de declaração de inconstitucionalidade de índole formal ou material. Nesses casos, apenas uma reforma constitucional pode mostrar-se apta a resolver o conflito, como já ocorreu após a declaração de inconstitucionalidade da lei de imposto de renda (*Bundeseinkommensteuer*) (Pollock v. Farmers' Loan & Trust Co., 158 U.S. 601, 1898) através da promulgação da XVI Emenda (1913). Esses casos são raros, uma vez que o Congresso apenas consegue utilizar-se do poder de emenda contra decisão da Suprema Corte em hipóteses de inequívoco relevo. A correção de decisões judiciais mediante lei superveniente é, todavia, frequente, podendo-se falar de um permanente jogo de xadrez entre Congresso e Suprema Corte, no qual aquele logra dar sempre o xeque-mate" (Loewenstein, *Verfassungsrecht und Verfassungspraxis der Vereinigten Staaten*, 1959, p. 429).

De fato, a Emenda XVI à Constituição americana foi conseqüência direta da decisão da Suprema Corte no caso Pollock v. Farmers' Loan & Trust Co., 157 U.S., 429 (1895); 158 U.S. 601 (1895), como anotado por Edward Corwin:

"A ratificação desta emenda foi conseqüência direta da decisão de 1895, pela qual uma Corte Suprema muito dividida julgou inconstitucional a tentativa do Congresso, do ano anterior, de tributar uniformemente os rendimentos em todos os Estados Unidos. Um imposto de renda derivado da propriedade, declarou a Corte, era 'imposto indireto' que o Congresso, de acordo com os termos do Artigo I, Seção 3, e Seção 9, cláusula 4, só podia lançar obedecendo a regra da proporcionalidade, segundo a população" (Edward S. Corwin, *A Constituição norte-americana*, Rio de Janeiro, 1986, p. 336).

Contudo, como bem observa Loewenstein, não se cuidou propriamente de "rejeição" da decisão da Corte Suprema (o que representaria a supressão da independência do Poder Judiciário), mas de posterior reforma constitucional, resguardando-se íntegra a decisão da Corte Suprema.

Em verdade, a exigência de Emenda Constitucional apontada por Loewenstein para que a Suprema Corte, em decisão posterior, venha a fixar entendimento diverso, configurando-se novo precedente, subsiste até nossos dias.

Em 1989, relativamente ao caso *Texas v. Johnson*, em que se apreciava o episódio de queima da bandeira nacional, deu-se a tentativa de cassar decisão da Corte Suprema pela edição de lei pelo Congresso. Posteriormente, o próprio diploma congressual veio a ser impugnado pela Suprema Corte. Empreendeu-se então o oferecimento de Emenda Constitucional — sem que se lograsse aprovação — como possibilidade única de vir a superar-se a orientação da Corte. Ilustra o fato a seguinte passagem de Akhil Reed Amar:

"... When announced, the decision was greeted by a hailstorm of protest, including a congressional statute designed to evade, if not eviscerate, its holding. When the Court struck down that statute by the same 5-4 vote (with none of the original dissenters willing to back down in the name of stare decisis), leading members of Congress proposed a constitutional amendment to overrule the Court and came within thirty-four votes of the necessary two-thirds in the House and within nine votes in the Senate" (The case of the Missing Amendments: R. A. V. v. City of St. Paul, *Harvard Law Review*, vol. 106, November 1992, Number 1, p. 124).

"... Quando anunciada, a decisão foi recebida por uma tempestade de protestos, incluindo-se uma lei do Congresso elaborada para evitar, senão esvaziar, seu conteúdo. Quando a Corte fulminou tal diploma pela mesma maioria de 5 a 4 (sem que qualquer dos originariamente vencidos tentasse retificar seu voto em nome do *stare decisis*), líderes do Congresso propuseram uma emenda constitucional para desautorizar a Corte e não obtiveram mais de trinta e quatro votos dos necessários dois terços da Câmara e nove votos no Senado."

O regime autocrático fundado na Constituição de 1937 teve seu termo com a eleição de uma Constituinte (Lei Constitucional n. 13, de 12-11-1945). A nova Constituição democrática entrou em vigor em 18 de setembro de 1946.

A Constituição de 1946 fixou em onze o número de membros do Supremo Tribunal Federal. Assegurou-se a possibilidade de elevar esse número mediante proposta do próprio Tribunal (art. 98). O constituinte de 1946 não introduziu mudança significativa no controle incidental de normas. A declaração de inconstitucionalidade de uma lei pelo Supremo Tribunal — tal como a de outros Tribunais — não tinha eficácia *erga omnes*. Por isso, manteve-se o instituto da *suspensão da execução* da lei pelo Senado em caso de pronúncia de inconstitucionalidade de lei pelo Supremo Tribunal Federal (art. 64). A Constituição de 1946 emprestou nova conformação à *representação interventiva*, que, como já mencionado, foi introduzida na ordem constitucional brasileira pela Constituição de 1934. O Procurador-Geral da República, que era responsável pela representação judicial dos interesses da União (art. 126), tinha a faculdade de instaurar os processos para aferição da constitucionalidade de leis estaduais (art. 89)<sup>156</sup>.

Em caso de ofensa a um *princípio sensível*<sup>157</sup>, poder-se-ia decretar a intervenção, desde que o Supremo Tribunal Federal tivesse declarado a inconstitucionalidade da medida.

Assinale-se que a questão poderia assumir outros contornos nos Estados Unidos se a Constituição americana contivesse disposição com força de cláusula pétrea, pois, nesse caso, eventual revisão, nessa parte, acabaria por marcar uma ruptura da própria ordem constitucional. Embora a Constituição americana contenha cláusula que impõe a representação paritária dos Estados no Senado Federal (art. 5º), nada obsta, segundo o entendimento dominante, a eliminação desse preceito (Karl Loewenstein, *Teoria de la Constitución*, trad. Alfredo Gallego Anabitarte, 2. ed., Barcelona, Ed. Ariel, 1976, p. 190).

De qualquer forma, pode-se afirmar, com relativa segurança, que não só toda fundamentação doutrinária, mas também a própria conformação conferida ao instituto previsto no art. 96, parágrafo único, parecem indicar que a sua origem histórica reside mesmo na prática política-jurídica norte-americana.

É de observar, porém, que, como assinalado, diferentemente da práxis desenvolvida nos Estados Unidos, a fórmula consagrada pela Carta de 1937 não apenas permitia a constitucionalização de normas consideradas até então inconstitucionais, como também ensejava a cassação da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

A possibilidade de alteração do texto constitucional para permitir que determinada conduta ou norma, considerada inconstitucional, passasse a ser compatível com a Constituição não apresenta maiores novidades. A cassação da decisão judicial com eficácia retroativa e a preservação da lei inconstitucional outorgam ao modelo de 1937 uma configuração peculiar e, provavelmente, sem paradigma no direito comparado.

156. Cf., a propósito, *infra*, Título II, Capítulo II, III, 1, 1.2.

157. Constituição de 1946: art. 7º, VII: a) forma republicana representativa; b) independência e harmonia dos poderes; c) temporariedade das funções eletivas, limitada a duração destas e das funções federais correspondentes; d) proibição da reeleição de governadores e prefeitos para o período imediato; e) autonomia municipal; f) prestação de contas da administração; g) garantias do Poder Judiciário.

Essa ação direta desempenhou importante papel como instrumento de concretização dos *princípios sensíveis* no direito constitucional estadual. Algumas importantes controvérsias foram decididas já em 1947<sup>158</sup>.

O movimento militar de abril de 1964 rompeu com a ordem constitucional de 1946. O Ato Institucional n. 1, de 10 de abril de 1964, determinou a preservação da Constituição de 1946 com as alterações introduzidas por aquele ato (art. 1º).

No âmbito da ampla reforma do Judiciário, consagrou-se o controle abstrato de normas perante o Supremo Tribunal Federal (Emenda Constitucional n. 16, de 1965). Esse modelo de controle apresentava estrutura processual semelhante à da *representação interventiva*, tendo sido o direito de propositura confiado, igualmente, ao Procurador-Geral da República<sup>159</sup>.

Imediatamente após a tomada do poder pelos militares deu-se início à resistência jurídica dos atingidos pelas medidas do novo regime. O Governo Militar destituiu alguns Governadores de Estado que integravam a oposição. Em novembro de 1964, o Supremo Tribunal Federal deferiu ordem de *habeas corpus* em favor de um Governador de Estado que havia sido preso pelo Governo Militar<sup>160</sup>. Em 23 novembro de 1964 foi concedido *habeas corpus* em favor do Governador de Goiás, assegurando-lhe o direito de exercer os seus misteres políticos<sup>161</sup>. Em 26 de novembro daquele ano, três dias após, decretou-se a intervenção federal naquele Estado, com a destituição do mais alto mandatário. Transformava-se, assim, a decisão do Supremo Tribunal Federal em maculatura<sup>162</sup>.

O Ato Institucional n. 2, de 5 de novembro de 1965, introduziu uma profunda reforma na ordem constitucional então vigente, com a previsão da eleição indireta para Presidente e a abolição dos partidos políticos existentes. O número de Ministros do Supremo Tribunal Federal foi elevado de onze para dezesseis, tendo sido suspensas as garantias da Magistratura (art. 14)<sup>163</sup>.

158. Rp. 94, de 17-7-1947, *AJ* n. 85, p. 34; Rp. 95, de 30-7-1947, *AJ* n. 85, p. 70; Rp. 93, de 16-7-1947, *AJ* n. 85, p. 3. Cf., a propósito, *infra*, Título II, Capítulo II, III, 1.

159. Cf., a propósito, *infra*, Título II, Capítulo II, III, 2, 2.2.

160. Osvaldo T. Valle, *O Supremo Tribunal Federal e a instabilidade político-institucional*, p. 61 e s.

161. HC 41.296, Relator: Gonçalves de Oliveira, *RTJ* n. 33, p. 590. Cf., também, Osvaldo T. Valle, *O Supremo Tribunal Federal e a instabilidade político-institucional*, p. 85 e s.

162. Cf., a propósito, Osvaldo T. Valle, *O Supremo Tribunal Federal e a instabilidade político-institucional*, p. 93.

163. Essa disposição outorgava ao Presidente da República, após a audiência do Conselho de Segurança Nacional, a faculdade de remover ou colocar em disponibilidade os juizes que revelassem incompatibilidade com os objetivos da Revolução.

A Constituição de janeiro de 1967 derogou essas medidas excepcionais. Pouco tempo depois seria editado novo ato institucional. O Ato Institucional n. 5, de 13 de dezembro de 1968, outorgava ao Presidente poderes ditatoriais e suspendia, uma vez mais, as garantias da magistratura.

Com base nesse ato foi decretada a aposentadoria, em 16 de janeiro de 1969, de três Ministros do Supremo Tribunal Federal<sup>164</sup>. Em 1º de fevereiro de 1969, editou o Governo novo ato, que reduzia para onze o número de Ministros do Supremo Tribunal Federal. Com a cassação de três Ministros, teve o Supremo Tribunal Federal seu peso político reduzido<sup>165</sup>.

Em 1985 foi convocada Assembleia Constituinte. Anteriormente, confiou o Governo à "Comissão Afonso Arinos" a tarefa de elaboração de um Projeto de Constituição<sup>166</sup>. Essa comissão apresentou proposta com quatrocentos e trinta artigos, publicada no *Diário Oficial da União* de 26 de setembro de 1986.

Esse projeto, que consagrava a forma parlamentar de governo, outorgava ao Supremo Tribunal Federal, enquanto Corte Suprema, ampla competência originária e recursal (art. 272). Na Assembleia Constituinte foi contemplada, porém, a idéia de instituição de uma Corte Constitucional<sup>167</sup>.

A nova Constituição do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, acabou por consagrar *solução de compromisso*, que ampliava a competência originária do Tribunal, em relação aos novos remédios constitucionais e ao controle abstrato de normas e restringir a sua competência recursal<sup>168</sup>.

#### 4. Competência

A discussão na Constituinte sobre a instituição de uma Corte Constitucional, que deveria ocupar-se, fundamentalmente, do controle de constitucionalidade<sup>169</sup>, acabou por permitir que o Supremo Tribunal Federal não só mantivesse a sua competência tradicional, com algumas restrições, bem como adquirisse novas e significativas atribuições.

164. Cf., a propósito, Corrêa, *O Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional do Brasil*, p. 17.

165. Oswaldo T. Valle, *O Supremo Tribunal Federal e a instabilidade político-institucional*, p. 166.

166. Decreto n. 91.450, de 18-7-1986.

167. Oscar Corrêa, *O 160º aniversário do STF e o novo texto constitucional*, *Arquivos do Ministério da Justiça* n. 173, p. 67 (70).

168. O recurso extraordinário, adequado anteriormente para impugnar casos de ofensa ao direito federal mediante decisão de última instância, limita-se agora às hipóteses de arguição de inconstitucionalidade (CF, art. 102, III, *a, b e c*).

169. Oscar Corrêa, *O 160º aniversário do STF e o novo texto constitucional*, *Arquivos do Ministério da Justiça* n. 173, 1988, p. 67 (70).

A Constituição de 1988 ampliou significativamente a competência originária do Supremo Tribunal Federal, sobretudo em relação ao controle abstrato de normas e ao controle da omissão do legislador.

O processo de controle abstrato de normas, destinado à aferição da compatibilidade do direito estadual ou federal com a Constituição, pode ser instaurado a pedido do Presidente da República, da Mesa do Senado Federal, da Mesa da Câmara dos Deputados, da Mesa da Assembleia Legislativa Estadual, mediante requerimento de Governador de Estado, do Procurador-Geral da República, do Conselho da Ordem dos Advogados, de partidos políticos com representação no Congresso Nacional e mediante requerimento de confederações sindicais ou de entidades de classe de âmbito nacional<sup>170</sup>. O Tribunal pode conceder medida cautelar destinada a suspender a execução da lei impugnada no processo de ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 102, I, *p*)<sup>171</sup>.

A Constituição de 1988 preservou a *representação interventiva*, destinada à aferição da compatibilidade de direito estadual com os chamados *princípios sensíveis*<sup>172</sup> (art. 34, VII, *c/c* o art. 36, III). Esse processo constitui pressuposto da intervenção federal, que, nos termos do art. 36, III e § 1º, da Constituição, há de ser executada pelo Presidente da República. Tradicionalmente, é o Supremo Tribunal Federal competente para conhecer as causas e conflitos entre a União e os Estados, entre a União e o Distrito Federal ou entre os Estados entre si (art. 102, I, *f*). Tal como outros países da América Latina, não dispõe a ordem jurídica brasileira de instrumento único para defesa de direitos subjetivos públicos<sup>173</sup>. A Constituição consagra o *habeas corpus* como instrumento processual destinado a proteger o indivíduo contra atos arbitrários do Poder Público que impliquem restrições ao direito de ir e vir (art. 5º, LXVIII). Ao lado do *habeas corpus*, dispõe a ordem jurídica brasileira, desde

170. Essa ação era conhecida, originariamente, como representação de inconstitucionalidade.

171. O Tribunal justificou sua competência para conceder medidas cautelares no controle abstrato de normas como decorrência de uma atribuição imaneente ou como expressão da natureza das coisas. A discussão encetada a propósito dessa prática (cf. Rp. 933, Relator: Ministro Thompson Flores, *RJL* 76:342 e s.) foi determinante para que o legislador constitucional incorporasse essa competência no Texto Magno (Emenda n. 7, de 1977, art. 119, I, *p*). A Constituição de 1988 preservou a atribuição no catálogo de competências do Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, *p*).

172. A Constituição de 1988 introduziu modificações nos chamados "princípios sensíveis". Em vez da longa enumeração constante da Constituição de 1967/69, limitou-se o constituinte a enunciar expressamente os seguintes princípios: *a*) forma republicana, sistema representativo e regime democrático; *b*) direitos da pessoa humana; *c*) autonomia municipal; *d*) prestação de contas da administração pública, direta e indireta (CF, art. 34, VII, *a a d*).

173. Única exceção pode ser verificada no México, onde o "recurso de amparo" permitiu, sob a aparência de unidade, o desenvolvimento de diferentes institutos (cf., a propósito, Zamudio, *Das Problem der Verfassungskontrolle*, *JöR* n. 25 (1976), p. 649 (663)).

1934, do mandato de segurança, destinado, hodiernamente, a garantir direito líquido e certo não protegido por *habeas data* ou *habeas corpus* (CF, art. 5º, LXIX, a)<sup>174</sup>. O mandato de segurança pode ser, igualmente, utilizado por partido político com representação no Congresso Nacional, organização sindical, entidade de classe ou associação em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses dos seus membros (*mandado de segurança coletivo*).

O Tribunal ampliou o âmbito de aplicação do mandato de segurança (CF, art. 5º, LXX, a e b), entendendo que esse instrumento, destinado, originariamente, à defesa dos direitos subjetivos públicos, seria, igualmente, adequado para solução dos conflitos de competência entre órgãos estatais. Segundo essa jurisprudência, o mandato de segurança mostra-se adequado para defesa dos direitos funcionais de "natureza política"<sup>175</sup>. O significado desse instrumento para resolução de conflitos entre órgãos é, todavia, limitado, uma vez que o Supremo Tribunal Federal dispôs de competência para julgar o mandato de segurança apenas contra determinados órgãos ou autoridades (CF, art. 102, I, d).

A Constituição de 1988 criou, ao lado do *habeas data*, que se destina à garantia do *direito de autodeterminação sobre informações*<sup>176</sup> (art. 5º, LXXII), o mandato de injunção, remédio especial que pode ser utilizado contra a omissão de órgão com poder normativo que impeça o exercício de direito constitucionalmente assegurado (art. 5º, LXXI).

O Supremo Tribunal Federal é competente para julgar os processos de *habeas corpus* contra atos do Presidente da República, do Vice-Presidente, do Procurador-Geral da República e de outros titulares de cargos cujos atos estejam submetidos diretamente à sua jurisdição (art. 102, I, i). O Tribunal é competente, também, para julgar o mandato de segurança e o *habeas data* contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, contra atos do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República, bem como contra ato do próprio Tribunal (art. 102, I,

174. Cf., a propósito, Fix-Zamudio, Das Problem der Verfassungskontrolle, *JöR* n. 25 (1976), p. 652 (672), e Die Verfassungskontrolle in Lateinamerika, in Horn e Weber, *Richterliche Verfassungskontrolle in Lateinamerika*, Spanien und Portugal, p. 129 (159).

175. Cf. RE 74.836, Relator: Ministro Rodrigues Alckmin, *RTJ* n. 69, p. 475-81; MS 20.257, Relator: Ministro Moreira Alves, *RTJ* n. 99, p. 1031-40.

176. Embora formulado de maneira pouco clara, é certo que o *habeas data* destina-se a proteger aspecto autônomo do direito de personalidade, o chamado direito de autodeterminação sobre informações — *Recht auf informationelle Selbstbestimmung* —, que assegura a cada indivíduo o poder de decidir quando e em que medida informações de índole pessoal podem ser fornecidas ou utilizadas por terceiros (cf., sobre o assunto, no direito alemão, Pteroth e Schlink, *Grundrechte* — *Staatsrecht II*, p. 97).

c). Da mesma forma, é da competência do Tribunal o mandato de injunção dirigido contra omissão do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados e do Senado Federal ou das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores ou do próprio Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, q).

O Supremo Tribunal Federal é competente, igualmente, para conhecer e julgar recurso ordinário contra as decisões definitivas de outros Tribunais, em processos de *habeas corpus*, *habeas data*, mandato de segurança e mandato de injunção, se a ação for julgada improcedente (art. 102, II, a).

Até a entrada em vigor da Constituição de 1988 era o recurso extraordinário — também quanto ao critério de quantidade — o mais importante processo da competência do Supremo Tribunal Federal<sup>177</sup>. Esse remédio excepcional, desenvolvido segundo o modelo do *writ of error americano*<sup>178</sup> e introduzido na ordem constitucional brasileira através da Constituição de 1891, pode ser interposto pela parte vencida<sup>179</sup>, no caso de ofensa direta à Constituição, declaração de inconstitucionalidade de tratado ou lei federal ou declaração de constitucionalidade de lei estadual expressamente impugnada em face da Constituição Federal (CF, art. 102, III, a, b e c). A Constituição de 1988 reduziu o âmbito de aplicação do recurso extraordinário<sup>180</sup>, confiando ao Superior Tribunal de Justiça a decisão sobre os casos de colisão direta entre o direito estadual e o direito federal ordinário.

Particular atenção dedicou o constituinte à chamada "omissão do legislador". Ao lado do mandato de injunção, previsto no art. 5º, LXXI, c/c o art. 102, I, q, introduziu a Constituição, no art. 103, § 2º, o processo de controle abstrato da omissão. Tal como o controle abstrato de normas, pode o controle abstrato da omissão ser instaurado pelo Presidente da República, pela Mesa da Câmara dos Deputados, Senado Federal, Mesa de uma Assembleia Legislativa, Governador do Estado, Procurador-Geral da República, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representa-

177. Apenas em 1986 foram interpostos 4.124 recursos extraordinários (cf., a propósito, Oscar Corrêa, *O Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional do Brasil*, p. 38-9).

178. O *writ of error* foi substituído no direito americano pelo *appeal* (cf., a propósito, W. Haller, *Supreme Court and Politik in den USA*, p. 105).

179. O recurso extraordinário, assim como outros recursos, pode ser proposto também pelo terceiro prejudicado (CPC, art. 499).

180. Essa alteração não trouxe qualquer mudança positiva no número de recursos extraordinários propostos. Enquanto em 1988, ainda sob a vigência da Constituição de 1967/69, foram propostos 2.342 recursos extraordinários, em 1989, já sob o império da Constituição de 1988, foram distribuídos 3.060 recursos dessa índole. Essa tendência acentuou-se nos anos seguintes: 1990 — 10.833 recursos extraordinários; 1991, 10.247 (cf. dados dos Relatórios do STF).

ção no Congresso Nacional, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional<sup>181</sup>.

O Supremo Tribunal Federal tem outras atribuições relevantes, como o conhecimento e julgamento das ações penais movidas contra o Presidente da República, Vice-Presidente, membros do Congresso Nacional, Ministros de Estado e contra o Procurador-Geral da República (art. 102, I, b), a decisão dos conflitos de competência entre Tribunais Superiores ou entre estes e qualquer outro Tribunal (art. 102, I, o), a decisão sobre conflitos entre Estados estrangeiros e Organizações Internacionais e a União e Estado (art. 102, I, e), e o processo de extradição (art. 102, I, g).

## 5. Processos

A Constituição de 1967/69 conferiu ao Supremo Tribunal Federal autêntica *autonomia processual*, autorizando o Regimento da Corte a fixar as disposições essenciais sobre o processo (art. 119, § 3º)<sup>182</sup>. Essa cláusula não foi incorporada à Constituição de 1988, passando o processo, perante a Excelsa Corte, também a ser disciplinado em lei. Todavia, enquanto não sobrevier a nova legislação, continuarão em vigor as disposições regimentais referidas.

O Regimento do Supremo Tribunal Federal disciplina, nos seus trezentos e sessenta e nove artigos, não só a organização do Tribunal, mas também cada um dos processos de sua competência.

A obrigação de fazer-se representar por advogado constitui regra geral. Uma única exceção é prevista no art. 189, I, do RISTF, no caso do *habeas corpus*, que pode ser impetrado por qualquer interessado em favor de terceiro. Nessa hipótese, pode, todavia, o relator, designar advogado, que se incumbirá da defesa dos interesses do paciente (RISTF, art. 191, I). Partes perante o Supremo Tribunal Federal são os recorridos e os recorridos, nos processos em que o Tribunal atua como instância de apelação ou de revisão; nos casos de competência originária, são partes o autor e o réu, uma vez que a maioria

181. Essa disposição foi desenvolvida segundo modelo do art. 283 da Constituição portuguesa:

"A requerimento do Presidente da República, do Provedor de Justiça ou, com fundamento em violação de direitos das regiões autónomas, dos presidentes das assembleias legislativas regionais, o Tribunal Constitucional aprecia e verifica o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais. (...)

(2) Quando o Tribunal Constitucional verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão, dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente".

182. Cf., a propósito, *supra*, Título II, Capítulo I, II, 2.

dos processos são concebidos como *processos contraditórios*. Nos processos de mandado de segurança e de *habeas corpus*, requerem-se as chamadas *instituições* às autoridades cujos atos ou omissões estejam sendo questionados (RISTF, arts. 203 e 191).

O art. 52 do RISTF assegura ao Procurador-Geral da República, em casos relevantes, um *direito de manifestação*. Essa faculdade foi reconhecida expressamente na Constituição de 1988 (art. 103, § 1º).

No controle abstrato de normas, no qual existe autor, mas inexistente parte adversa<sup>183</sup>, assegura-se também ao órgão que promulgou a lei, editou o ato normativo ou participou da sua elaboração o *direito de manifestação* (RISTF, art. 170).

O Procurador-Geral da República dispõe de uma peculiar posição processual no controle abstrato de normas. Ele detém legitimidade para instaurar o processo de controle (CF, art. 103, VI) e, também naqueles processos que foram instaurados por sua iniciativa, dispõe ele do *direito de manifestação* (art. 103, § 1º).

O art. 103, § 3º, da Constituição determina a citação do Advogado-Geral da União no processo de controle abstrato de normas<sup>184</sup>, que deverá defender a constitucionalidade da lei ou do ato normativo impugnado. É difícil identificar a *ratio* dessa disposição. Uma interpretação gramatical poderia levar à conclusão de que o Advogado-Geral da União está compelido a defender a constitucionalidade da lei mesmo naqueles casos em que o controle abstrato de normas foi instaurado a pedido do Presidente da República. Essa interpretação poderia legitimar o entendimento de que o Advogado-Geral da União está obrigado a defender a constitucionalidade da lei questionada mesmo nos casos de manifesta inconstitucionalidade. Evidentemente, essa conduta deveria de convertê-lo em um *advogado da inconstitucionalidade*<sup>185</sup>.

Essas conseqüências absurdas estão a demonstrar que a única interpretação compatível com a Constituição é aquela que vislumbra, na cláusula mencionada, apenas um *direito de manifestação*. A obrigação do Advogado-Geral da União de defender, em qualquer hipótese, o ato inconstitucional não

183. Rp. 1.016, Relator: Ministro Moreira Alves, RTJ n. 95, p. 993 (999); AR 878, Relator: Ministro Rafael Mayer, RTJ n. 94, p. 49 (58); Rp. 1.405, Relator: Ministro Moreira Alves, RTJ n. 127, p. 394.

184. A Constituição de 1988 pôs termo à chamada *dupla função* do Procurador-Geral da República, instituindo a Advocacia-Geral da União para representar judicialmente os interesses do Poder Central e prestar assessoria jurídica ao Poder Executivo (art. 131). Esse órgão será dirigido pelo Advogado-Geral da União, nomeado pelo Presidente da República (cf., a propósito, *infra*, Título III, Capítulo III, II, 2, 2.2).

185. Cf., a propósito, Gilmar Ferreira Mendes, *Controle de constitucionalidade*, p. 261.

encontra apoio na Constituição e viola o *princípio da fidelidade constitucional* enquanto postulado constitucional imanescente<sup>186</sup>.

Nos termos do art. 5º, LV, da Constituição e do art. 124 c/c o art. 154, II, do Regimento Interno, deve o Tribunal decidir em audiência pública, salvo nos casos em que a defesa da intimidade ou de interesse social torne imperativo o sigilo. A distribuição dos processos entre os dez juízes — o Presidente não é contemplado na distribuição — realiza-se em audiência pública, mediante sorteio (arts. 166 e 167 do RISTF), definindo-se, de início, o relator do processo (art. 168 do RISTF). Somente haverá de cogitar-se de nova distribuição de processo se o Ministro ficar impedido por um período superior a trinta dias.

O Regimento Interno atribui peculiar importância ao relator. Ele deve zelar pela direção do processo, submeter as questões preliminares ao Pleno, a uma das Turmas ou ao Presidente e deferir providências cautelares, *ad referendum* do Pleno ou da Turma (art. 21 do RISTF).

As decisões no processo de controle abstrato fazem coisa julgada e são dotadas de eficácia *erga omnes* (RISTF, art. 175 c/c o art. 178)<sup>187</sup>. Ao contrário, as decisões que, num caso concreto, declaram incidentalmente a inconstitucionalidade de uma lei têm eficácia exclusivamente *inter partes*. Desde 1934 existe, como referido<sup>188</sup>, a possibilidade de outorgar-se *força de lei* a essas decisões mediante a *suspensão de execução* pelo Senado Federal. Essa fórmula, que se afigura hoje obsoleta, sobretudo em razão do peculiar significado atribuído ao controle abstrato de normas, foi preservada pela Constituição de 1988 (art. 52, X). Assim, deve o Tribunal, após o trânsito em julgado da decisão, informar o Senado Federal sobre a declaração de inconstitucionalidade, a fim de que se suspenda a execução da lei<sup>189</sup>.

A decisão que o Supremo Tribunal Federal profere na chamada *repreensão interventiva* limita-se a constatar, nos termos do art. 36, III e § 1º, c/c o § 3º, da Constituição, que, através da providência questionada, o Estado-Membro feriu *princípio sensível* da ordem federativa. A invalidade do ato não

186. Schenke. *Die Verfassungsgesamtzeue*, p. 19 e s. O Supremo Tribunal Federal vem entendendo que o Advogado-Geral da União exerce, na espécie, função de curador da constitucionalidade, de modo que não lhe seria lícito abster-se de proceder à defesa do ato impugnado (ADIn 96, Relator: Ministro Moreira Alves, RTJ n. 131, p. 470 (473); ADIn 72, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, RTJ n. 131, p. 958 e s.).

187. Cf., a propósito, *infra*, Título IV, Capítulo III, II, 1.

188. Cf., a propósito, *supra*, Título II, Capítulo I, II, 3.

189. Segundo a orientação dominante, o Senado Federal não está obrigado a suspender imediatamente a lei que teve a inconstitucionalidade declarada (cf. MS 16.512, de 25-5-1966, RTJ n. 38, p. 1 e s.; ver também Paulo Brossard, O senado e as leis inconstitucionais, *RIL* n. 50, p. 1 (62)).

é declarada expressamente<sup>190</sup>. Se a ação for julgada procedente, deve o Supremo Tribunal Federal comunicar ao Presidente da República, a fim de que possa decidir sobre a execução do processo interventivo (CF, art. 36, § 1º; RISTF, art. 175).

Para os processos no Supremo Tribunal Federal são estabelecidas custas. São gratuitos, todavia, as ações de *habeas corpus* e de *habeas data* (CF, art. 5º, LXXVII), os recursos dos acusados nos processos criminais, bem como os processos de controle abstrato de normas (RISTF, art. 61, § 1º, I).

190. A decisão proferida na *representação interventiva* apresenta semelhança com as decisões proferidas pelo *Bundesverfassungsgericht* nos processos de conflito entre órgãos e nas controvérsias federativas, nas quais limita-se o Tribunal a constatar a inconstitucionalidade (*Feststellungsurteil*).