A PRÁTICA DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

LUIZ OCTAVIO GALLOTTI*

"Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição." Foi com essas palavras que a Carta de 1988, no *caput* de seu art. 102, resumiu a missão atribuída à nossa Corte Suprema. E, para servir a tanta ênfase, criou um novo órgão — o Superior Tribunal de Justiça, instalado em 7 de abril de 1989 — com a tarefa principal de assegurar a vigência e a uniformidade da aplicação da lei federal ordinária, o que antes tocava ao Supremo Tribunal, cumulativamente com o *munus* do controle constitucional.

Fora desse campo (o controle de constitucionalidade), perdurou a competência originária do Supremo, como decorrência de qualificação dos órgãos ou pessoas presentes em determinadas causas, seja no pólo passivo, seja no pólo ativo da relação processual: são as ações penais, os pedidos de *habeas-corpus*, os mandados de segurança (e agora o *habeas-data* e o mandado de injunção), os litígios com Estados estrangeiros ou entre a União e os estados da Federação, os conflitos de competência, para exemplificar. Nesse rol, convém destacar uma interessante competência acrescida: a dirigida ao julgamento das causas de interesse dos membros da magistratura (letra *n* do art. 102, I).[1]

Importa, igualmente, realçar — pela quantidade de feitos a ocupar o Tribunal, além da missão precípua que lhe destinou a Constituição — a competência remanescente para o julgamento de *habeas-corpus* contra todos os atos

* Ministro do Supremo Tribunal Federal.

[1] Embora tratando a letra *n* de ação, pode deslocar-se, para o Supremo Tribunal, o julgamento de recurso, quando sobrevier a situação ali prevista.

Os interesses considerados suscetíveis de comprometer mais da metade dos membros do Tribunal não são os gerais da magistratura, mas os impedimentos previstos na lei processual ou os personalíssimos, que acarretam suspeição. Assim ficou assentado na Ação Originária Especial n. 8 (Sessão Plenária de 13.9.89), quando também se definiu que o *quorum* necessário para aferir a maioria dos membros impedidos ou suspeitos é computado no órgão competente para o julgamento da causa (Câmara ou Seção, por exemplo), e não em razão do número total dos membros do Tribunal (*DJ*, 23.2.90, p. 1.235).

de Tribunais estaduais, que não sejam denegatórios de outro *habeas-corpus*. Só nesta última hipótese, a competência é do Superior Tribunal de Justiça.[2]

No tocante aos recursos ordinários — independentemente da condição de versarem, ou não, matéria constitucional —, passam a caber de todas as decisões denegatórias de *habeas-corpus* e mandado de segurança, proferidas, em instância única, pelos Tribunais Superiores. E às decisões denegatórias são equiparadas, para esse fim, as que, por algum motivo, não chegam a conhecer do pedido.

No âmbito do controle de constitucionalidade, a competência do Supremo Tribunal já era e continua a ser desempenhada nos moldes de um sistema, provavelmente o mais completo e abrangente de que possa dar notícia o direito comparado, porque combina, esse nosso sistema brasileiro:

a) de um lado, o chamado *controle difuso*, tradicionalmente praticado, em cada caso concreto, por qualquer juiz ou tribunal (inclusive o Supremo), na declaração incidental de inconstitucionalidade. Neste caso, a generalização da eficácia da decisão fica a depender de providência do Senado Federal, segundo o (art. 52, X, da Constituição);

b) de outro lado, o *controle concentrado*, ou seja, aquele exercido em abstrato, no julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade (art. 102, I, *a* e *p*, da Constituição). Nessa hipótese, a suspensão da eficácia da norma não está sujeita à manifestação do Senado.

O recurso extraordinário é, de seu turno, o instrumento natural do controle difuso, no âmbito do Supremo Tribunal, pois as questões relativas à aplicação da lei ordinária foram relegadas, como se viu, ao campo do recurso especial, interponível para o Superior Tribunal de Justiça.

[2] Esse item (o *habeas-corpus*) é certamente um dos pontos salientes, provavelmente o mais saliente, a merecer as atenções de uma futura reforma constitucional.

A atribuição da competência originária para o julgamento de *habeas-corpus* (art. 102, I, *i*, da Constituição), quando o coator seja tribunal diretamente sujeito à sua jurisdição — e esta categoria compreende, além dos Tribunais Superiores, todos os regionais federais, bem como os estaduais de Justiça, de Alçada e de Justiça Militar — ocupa hoje, em média, quase duas horas do tempo das sessões de cada uma das Turmas. Foram em número de 549 os pedidos de *habeas-corpus* julgados, no primeiro semestre de 1991, pelo Supremo Tribunal. Consiste, assim, em considerável desvio da missão precípua de controle constitucional.

Provoca, além disso, indesejável resultado, quanto à uniformidade da aplicação de lei ordinária, penal e processual penal.

Figure-se que a interpretação do Superior Tribunal de Justiça (firmada em *habeas-corpus* ou no julgamento de recurso especial), quando contrária ao acusado, poderá ser objeto de reexame, pelo Supremo Tribunal, em *habeas-corpus*. O mesmo não sucede, contudo, com a decisão favorável ao réu, quando a atuação do Ministério está restrita ao uso do recurso extraordinário, limitado, necessariamente, ao exame de matéria constitucional. Persistirá, assim, a divergência na aplicação do direito federal.

Para o exercício do controle abstrato, a ação direta de inconstitucionalidade é o meio processual utilizável. Assim passou a ser chamada a velha representação de inconstitucionalidade, que tivera origem restrita ao caráter interventivo nos estados da Federação (parágrafo único do art. 8º da Constituição de 1946) e viera a dominar todo o campo da legislação estadual, e mais a federal, a partir da Emenda n. 16, de 1965.

A grande novidade introduzida nesse campo, pela Carta de 1988, não foi, portanto, substancial. Residiu na ampliação da legitimidade ativa, para a propositura da ação.

Antes adstrita ao procurador-geral da República, essa legitimidade é hoje compartilhada, pelo chefe do Ministério Público Federal, com o presidente da República e os governadores; as Mesas do Senado, da Câmara e das Assembléias Legislativas; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; os partidos políticos com representação no Congresso Nacional; as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional (art. 103, itens I a IX).[3]

A delimitação de alguns conceitos, sobretudo os relativos ao inciso IX do art. 103 ("confederação sindical ou entidade de classe"), tem exigido o esforço de balizagem do Tribunal, no sentido de precisar, por exemplo, se a simples Federação, porém de âmbito nacional, está compreendida entre as organizações sindicais ou demais entes legitimados ao exercício da ação (resposta a princípio positiva, hoje predominantemente negativa, na jurisprudência do Supremo Tribunal). Mas esforço notadamente delicado, para esculpir um significado de "classe" ("entidade de classe"), que estritamente não se restrinja ao de categoria profissional ou econômica, porém seja capaz de excluir a simples reunião de indivíduos, congregados por interesses meramente episódicos ou contingentes.[4]

Outra limitação, que vem sendo cotidianamente demarcada pelo Supremo Tribunal, diz respeito ao que se convencionou chamar de relação de "pertinên-

[3] É a seguinte a distribuição das 560 ações diretas ajuizadas, até 7.8.91, perante o Supremo Tribunal Federal, segundo a qualificação do requerente: governador de estado, 193 (35%); Confederação ou entidade de classe, 135 (24%); procurador-geral da República, 128 (23%); partido político, 75 (13%); Conselho Federal da OAB, 16 (3%); Mesa da Assembléia, 7 (1%); outras (não-qualificadas), 5 (1%).

[4] Assim foi considerado no julgamento da ADIn n. 34, movida pela Associação dos Empregados da Caeeb (*DJ*, 28.4.89, p. 6.293).

Também a legitimidade ativa da Associação Brasileira de Conselhos e Tribunais de Contas dos Municípios (Abraccom) foi negada no exame preliminar da ADIn n. 67 (questão de ordem), sob o fundamento de que, no conceito de entidade de classe, não se inclui a associação de órgãos públicos, destituídos da personalidade jurídica, com servidores públicos, de diferentes categorias (*DJ*, 15.6.90).

Da ADIn n. 61, não se conheceu, em sessão de 29.8.90 (*DO*, 28.9.90, p. 10.222), porque a requerente, Associação Brasileira de Defesa do Cidadão (Abradec), voltada à finalidade altruística de promoção e defesa de aspirações cívicas de toda a cidadania, não correspondia a nenhum grupo social diferenciado. Frisou-se, na mesma oportunidade, a exigência de algum "coeficiente de representatividade" do grupo ou categoria, em função dos quais foi constituída a entidade.

cia" entre o objeto da norma impugnada e a finalidade do órgão ou entidade proponente da ação.

Dado o caráter abstrato da ação direta, é evidente que não se pode exigir interesse jurídico ou processual concreto, para a sua propositura. Mas até o bom senso está a clamar pela satisfação do pressuposto de algum vínculo, de ordem lógica, a explicar o ingresso do requerente em juízo. É na necessidade do estabelecimento desse vínculo que reside a qualificação, pela pertinência.[5]

Dessa restrição, estão a salvo, na enumeração do art. 103, pela generalidade das aspirações que necessariamente representam, os partidos políticos com representação no Congresso Nacional (atualmente em número de 18), bem como o procurador-geral da República e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Os dois últimos (PGR e OAB), além de singularmente designados pelo rol da Constituição, também por sua relevante função institucional de defesa da sociedade e da ordem jurídica.

A identificação do que se possa ou deva tomar como ato normativo, suscetível de ataque pela via da ação direta, vem sendo outra das questões prejudiciais que ainda entretêm o Tribunal. Ainda recentemente, decidiu-se que, como tal, não se podia enquadrar certo item das instruções para o preenchimento da declaração do imposto sobre a renda, a caracterizar simples medida de execução da lei: capaz, quando muito, de traduzir uma ilegalidade. Não a inconstitucionalidade, que é o domínio próprio da ação direta. A princípio, portanto, só o regulamento autônomo, como fonte primária na Constituição, pode ser atacado pela ação direta.

Questionou-se, igualmente, o cabimento da ação contra medida provisória ainda não convertida em lei (art. 62 da Constituição). Mas foi ele admitido pela maioria, tendo em vista o efeito imediato da medida, enquanto pendente o processo destinado à sua aprovação.

Resta, pendente de julgamento, outro grave tema preliminar: o do cabimento, ou não, do controle abstrato das leis anteriores à Constituição. Até o advento da nova Carta, a nossa jurisprudência veio entendendo que, sendo o caso de revogação (não, propriamente, de declaração de inconstitucionalidade), só o controle incidental tornava-se possível. Posta em reexame, a confirmação dessa assertiva pende do prosseguimento de algumas assentadas, interrompidas por pedidos de vista.

Enquanto, laboriosamente, vão-se desbastando esses temas prejudiciais, o Tribunal, normalmente reunido em três sessões plenárias de julgamento, semanais (duas extraordinárias), defronta-se com o exame das questões de mé-

[5] Apreciando essa questão, entre outras, na assentada de 14.2.90, o Tribunal admitiu a pertinência entre a finalidade da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e a impugnação de normas legais que vinculavam, aos dos juízes, os vencimentos de servidores integrantes de outras carreiras (ADIn n. 138, *DJ*, 6.11.90, p. 13.058).

rito, postas nas ações diretas, seja ainda em fase de apreciação de medida cautelar, ou já, então, de decisão definitiva.

São em número de 560 as ajuizadas até o princípio de agosto de 1991, das quais 401 com pedido de liminar. A maioria delas se ocupa de vários — por vezes numerosos — dispositivos, de diversos textos legais. Em uma delas (ADIn n. 282) são 142 os dispositivos atacados; outra quase abarca uma centena (são 99 os impugnados na ADIn n. 185).

Mas, independentemente desse multiplicador, importa comparar, singelamente, essa quantidade de ações (560), a qual, ao se aproximar o fim do terceiro ano de vigência da Constituição, já está perto do quádruplo das apresentadas, em 40 anos (cerca de 150 apenas), à Corte Constitucional da República Federal da Alemanha, um dos modelos inspiradores do nosso legislador constituinte.

É certo que há, na estatística do Supremo Tribunal do Brasil, um elemento tipicamente sazonal: o da promulgação, em setembro ou outubro de 1989, das Constituições de 24 estados.

Mas, há pensar, ainda assim, na vultosa quantidade de inconstitucionalidades argüidas, sendo que, em muito boa parte — é impossível negar —, com visos de procedência (confira-se a proporção de cautelares deferidas pelo Plenário).

Tal ordem de grandeza instiga-nos a perquirir os motivos dessa freqüência de atritos com a Constituição Federal, muitos dos quais não se podem deixar de reputar deliberados ou conscientes.

Parece inevitável concluir que, no afã de aceder a interesses corporativos ou de prodigalizar benefícios, alguns até desejáveis, muitos órgãos legislativos não hesitam em desafiar as vedações e limites estabelecidos na Constituição, especialmente nas matérias relativas ao regime do pessoal do serviço público.

O mesmo se pode afirmar da atividade do Poder Executivo no uso (ou no abuso) de sua competência regulamentar, ou na iniciativa do processo da elaboração legislativa.

Imbuídos, com fervor, do prestígio das novas técnicas da administração ou da economia (que ambicionam resultados mais eficazes do que os proporcionados pelo culto do direito), órgãos e entidades governamentais, de todos os níveis da Federação, habituaram-se a subestimar mandamentos constitucionais, cegos pelo escopo de conquistar, a curto prazo, tudo quanto julgam necessário à satisfação do bem público, sem ponderar, a médio ou longo prazos, o significado dessas práticas, como ruptura do processo de nosso desenvolvimento político e social.

Eis, então, o fenômeno que já foi denominado "inconstitucionalidade útil", obediente à presunção de que, no demorado percurso das instâncias judiciárias

(e apenas para os que a elas foi dado recorrer), sobrevirá o reconhecimento do direito, depois de ultrapassada a emergência ou crise financeira, que se tivera, por objetivo imediato, debelar.

O ingrediente novo, nesse quadro, foi o já comentado elastecimento da legitimidade para o aforamento da ação direta de inconstitucionalidade, somado à faculdade do requerimento de medida cautelar, expedientes que já têm logrado obstar, em poucos dias (quando não, até horas), a consumação da prática inconstitucional. Confira-se o caso da taxa de conservação rodoviária, cuja cobrança pôde ser suspensa, antes mesmo da edição do decreto regulamentar, que viria a tornar exeqüível a exigência fiscal (ADIn n. 477, Sessões de 27.2.91 e 5.6.91).

À vulgarização desse pronto meio processual é justo, assim, creditar uma esperança de reabilitação, pelos poderes públicos, do respeito à Constituição, em benefício do aprimoramento da ordem jurídica e da redução das demandas que atualmente povoam os Juízos de primeiro grau e os Tribunais de Apelação.

É certo que a consecução dessa ambiciosa aspiração não se torna possível sem a imposição de um elevado sacrifício, ao Supremo Tribunal e seus juízes.

Eram esses 11 magistrados, individualmente considerados, os verdadeiros pacientes, até pouco tempo, da tão celebrada "crise do Supremo Tribunal". A partir da nova Constituição, o que se verifica é não somente (e como outrora) a ultrapassagem da capacidade de trabalho de cada um deles, mas sobretudo o congestionamento, como um todo, do próprio Colegiado, cuja pauta, de um ano para cá, parece tornar-se inesgotável, por maiores que sejam o número e a duração das sessões plenas convocadas.[6]

Há, por outro lado, o justificado prognóstico de que volte a crescer a quantidade de recursos extraordinários, fundados em alegação de contrariedade de dispositivo da Constituição (art. 102, III, *a*, desta).

[6] Entre as questões de mérito, a serem enfrentadas pelo Supremo Tribunal, talvez a mais relevante seja a concernente à definição dos princípios a cuja observância estão jungidas as Constituições e as leis dos estados, de acordo com o art. 25 (*caput*) da Carta de 1988 que, abandonando o critério analítico adotado pelo art. 13 da Constituição de 1967 (nove incisos), retornou à síntese prevalecente no regime de 1946, ao estabelecer: "Art. 25. Os estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição."

Entre esses princípios obrigatórios, inscrevem-se, seguramente, os enumerados nas quatro alíneas do art. 34 (ou seja, os capazes de autorizar a intervenção federal nos estados), bem como no art. 60 (ou seja, aqueles que nem por emenda constitucional poderão ser abolidos).

Mas, no desenvolvimento da aplicação prática dessas regras, controvérsias de peso estão surgindo, a partir da delimitação do que se possa distinguir como verdadeiro princípio ou simples norma da Constituição Federal. E a culminar no detalhamento das conseqüências de cada princípio: para saber, por exemplo, se é inerente, ao de separação de poderes, a exclusividade de iniciativa dada, ao Poder Executivo ou ao Judiciário, no processo legislativo pertinente a determinadas matérias.

Fazem-no prever o estilo analítico da nova Constituição e a aparente permanência, ao menos residual, da disposição das partes, a travestir, em questões constitucionais, controvérsias verdadeiramente restritas à interpretação de lei ordinária, senão ao exame dos fatos.

Tornara-se comum, por exemplo, que uma simples ação de indenização de dano material, por acidente de trânsito, decidida com base na prova e na aplicação do Código Civil, fosse motivo da interposição de recurso extraordinário, por violação do art. 153 da Constituição de 1967: se vitorioso o autor, recorria o réu, com base no § 2º daquele artigo, sustentando que se achava coagido a cumprir obrigação, sem que a tal se sentisse obrigado pela lei; se vitorioso o réu, recorria o autor, com base no § 4º, alegando falta de prestação jurisdicional positiva, que se julgava com o direito de obter.

Houve até o caso de quem, uma vez condenado a ressarcir dano causado por filho menor na direção de automóvel, recorreu extraordinariamente, alegando ofensa à sua própria liberdade de locomoção (art. 153, § 2º), por não ser possível obrigá-lo a ficar constantemente cativo à vigilância do veículo.

À parte esses exemplos caricaturais, era facilmente compreensível o vezo da interposição do recurso extraordinário, no regime da antiga Constituição.

Litigantes, advogados, a própria classe política freqüentemente se queixavam da necessidade da existência de um recurso dirigido a algum tribunal alheio às contingências locais (um tribunal da União) e dotado de espaço mais amplo de atuação, capaz, em suma, de cobrir toda a matéria de direito federal, sem as limitações que vinham sendo estabelecidas, pelo Supremo Tribunal, ao cabimento do recurso extraordinário, no uso da faculdade estabelecida pelo § 1º do art. 119 da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda nº 7, de 1977.[7]

Uma vez criado, porém, o Superior Tribunal de Justiça, precisamente para atender àquela aspiração, não mais parece justificar-se a proliferação dos recursos extraordinários, sob as falsas vestes de questão constitucional, com sério prejuízo para a fluência dos canais judiciários, pois se é previsível que não chegarão a ser apreciados, no mérito, esses recursos representam, de toda sorte,

[7] Se, no futuro distante, algum arqueólogo do direito, ou mesmo — quem sabe — desde já algum "brasilianista" vierem, porventura, a debruçar-se sobre a análise das petições de recurso extraordinário, redigidas a partir da promulgação da Emenda Constitucional n. 7 (13.4.77), serão surpreendidos e instigados a perquirir, porque, em dado período da história jurídica brasileira, o direito constitucional teria passado, abruptamente, a abarcar todo o campo da ciência jurídica, desvanecendo-se os demais ramos do direito, e todas as questões (desde as mais simples relações de direito privado entre particulares) passaram a ser tratadas, pelas partes vencidas nas instâncias ordinárias, sob a luz de remotos princípios constitucionais. Tudo — sabemos nós — no compreensível afã de fugir aos então chamados "óbices regimentais" ao cabimento do recurso extraordinário, aos quais só eram imunes as questões constitucionais.

considerável esforço de delibação, tanto no Tribunal de origem, como na Corte de destino.[8]

É com essa compreensão da classe dos advogados, cujo indispensável papel na administração da Justiça foi tão bem realçado pela Constituição (art. 133), que se deve contar, para a recondução do recurso extraordinário ao seu verdadeiro leito, mediante o uso, também adequado, do recurso especial (para cujo julgamento se criou o novo Tribunal — o STJ), e a fim de que se possa esperar, do Supremo Tribunal, a plena realização do desígnio realçado pelos legisladores constituintes, ao insculpirem, na Carta Política de 1988 (art. 102), as palavras com as quais iniciei este estudo: "Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição."

[8] Foram em número de 6.856 os recursos extraordinários julgados no primeiro semestre de 1991. Mas a estatística não é, no caso, significativa. Aparece mascarada pela avassaladora repetição de três questões tributárias, em verdade já solucionadas pela Corte (sobretarifa do FNT; encargos financeiros sobre câmbio e aquisição de passagens para o exterior, e empréstimo compulsório sobre a aquisição de veículos).