O CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL: DESENVOLVIMENTOS RECENTES[1]

KEITH S. ROSENN[2]
Tradução de CARLOS J. SAMPAIO COSTA[3]

I. Introdução — II. Problemas da Constituição vigente — III. Formas de controle da constitucionalidade — A. Controle Incidentur. 1. Mandado de Segurança. 2. O Mandado de Injunção. 3. Habeas Data. 4. Ação Popular. 5. Ação Civil Pública. 6. Suspensão pelo Senado. B. O Controle Principalitur. 1. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN). a dos autos. 2. Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC). a. A avocatória – ordem original de transferência dos autos. b. A Nova Avocatória- Argüição de Descumprimento a Preceito Fundamental. c. Diferenças entre a Ação Declaratória de Constitucionalidade e a Ação Direta de Inconstitucionalidade. C. Ação de Inconstitucionalidade por Omissão. — IV. A separação de poderes e a medida provisória. — V. Reformas necessárias. A. Certiorari. B. Necessidade de Precedentes Vinculantes e de Respeito Governamental pelos Pronunciamentos Judiciais. C. Proteção dos Direitos e Garantias Individuais — VI. Conclusões.

1 Este artigo é uma revisão de uma conferência proferida na Reunião Anual da Associação de Estudos Latino Americanos, em Miami, Flórida, em março de 2000. Foi publicado no Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas, vol. 7, 2000, págs. 291-319 e atualizado em janeiro de 2002.

2 Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Miami.

O autor gostaria de agradecer a George A. Billias, Professor Emérito de História Jacob & Frances Hiatt, da Universidade Clark e ao Professor Caio Tácito, antigo reitor da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, pelos comentários utilíssimos à versão anterior e a Jessica Raquel Morris, aluna do programa de Mestrado em Direito Comparado da Universidade de Miami, pela ajuda valiosa com as revisões e as sugestões com a tradução.

3 O tradutor agradece a revisão e algumas sugestões da Dra. Daniela Hernandez.

I. Introdução

O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade é extenso e complexo. A longa Constituição Federal brasileira está repleta de normas que prevêem muitos direitos individuais específicos, assim como metas econômicas e sociais de longo alcance. Entretanto, a proteção dos direitos e metas inscrita no direito positivo, até mesmo na Constituição Federal, não assegura que tais compromissos sejam respeitados pelas autoridades públicas. Diariamente, os responsáveis pela administração pública violam muitas dessas garantias constitucionais.

E é justamente porque o Brasil tem um sistema judicial acessível, que muitas violações à Constituição foram submetidas aos tribunais a procura do remédio judicial. Como no Brasil o sistema de respeito ao precedente é adotado somente em casos excepcionais, os juízes e tribunais decidem as mesmas questões reiteradas vezes. Além de consumir desnecessariamente recursos valiosos do Poder Judiciário e dos litigantes, essa prática acarreta interpretações conflitantes dos dispositivos da Constituição.

Este artigo procura explicar o intricado sistema brasileiro de controle de constitucionalidade desde a adoção da Constituição Federal em 1988 e de suas numerosas emendas. Ademais, busca analisar os sérios problemas que as alterações do texto constitucional têm criado para o sistema judicial e avaliar certas reformas do Poder Judiciário.

II. Problemas da Constituição vigente

A Constituição Federal de 1988, infelizmente elaborada pelo próprio Congresso, era um documento complexo, convoluto e repleto de pormenores, com 245 artigos e 70 disposições transitórias.[4] Hoje, a Constituição vigente é ainda mais complexa e convoluta, com 250 artigos e 83 disposições transitórias, 14 artigos não numerados, 41 emendas e muitos outros projetos de emendas em tramitação.[5] Muitas dessas

4 O Congresso Nacional do Brasil serviu de Assembléia Constituinte, de acordo com a Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985. Todos os 559 membros do Congresso, divididos em oito comissões e com a considerável participação de diversos grupos sociais, elaboraram a Constituição em um período de dezenove meses. A revisão final foi promulgada em 5 de outubro de 1988. Para uma exposição sobre os procedimentos e problemas da redação da Constituição, consultar ROSENN, Keith S., *Brazil's new constitution: an exercise in transient constitutionalism for a transitional society,* American Journal of Comparative Law, vol. 38, 1990, págs. 773, 775-777.

5 A última emenda, de número 35, foi promulgada em 20 de dezembro de 2001. Seis emendas, promulgadas em 1994, de acordo com um processo especial de revisão, foram numeradas separadamente. Minha tradução para o inglês, com anotações, da Constituição Federal Brasileira, incorporando todas as emendas até o fim do ano de 2000, foi publicada em FLANZ, GISBERT H. editor. *Constitutions of the countries of the world*, vol. 3, págs. 1-162, Dobbs Ferry, N.Y., Oceana Publications, 2001.

disposições transitórias e emendas são extensas e de grande amplitude.[6] Em vários pontos, o texto constitucional contém normas específicas que usualmente são encontradas somente em códigos e regulamentos.[7]

A Constituição Federal brasileira é uma camisa de força para a Administração. Criou sérios problemas de governabilidade.[8] O sistema representativo proporcional de lista aberta, combinado com a representação desmesurada de pequenos estados menos populosos, assim como a ausência de meios para excluir representantes de partidos eleitoralmente insignificantes, têm tornado muito difícil a formação de maiorias estáveis no Congresso.[9] Esse sistema incentiva a intervenção excessiva do Poder Executivo na forma de troca de favores para garantir votos no Legislativo.[10] O Congresso teve então de aprovar uma série de emendas constitucionais para capacitar o Governo na tarefa de pôr as finanças do país em ordem e continuar o processo de modernização.

A Constituição Federal brasileira é também dirigista, estabelecendo metas e programas ambiciosos de reforma da sociedade. Virtualmente, nada está fora do seu objetivo global. Muitas das suas disposições, entretanto, não são auto-executáveis. Algumas requerem legislação complementar para completar os elementos ausentes no texto, outras são declarações programáticas, exigindo a elaboração de legislação substantiva e regulamentação.[11] O Congresso multipartidário do Brasil, entretanto,

6 Por exemplo, o artigo 5º tem 77 incisos e 22 subincisos, garantindo uma enorme variedade de direitos individuais, assim como regulando assuntos tão diversos como a extradição, as ações judiciais, a assistência legal, os danos morais, as penas criminais, a criação de associações, os direitos autorais, as patentes, as marcas, a função social da propriedade, o ônus sobre a propriedade rural, a liberdade de informação e o júri.

7 ROSENN, Keith S., obra citada na nota 4 *supra*, pág. 778. Cfr. também: COMPARATO, Fábio Kondor, *The economic order in the Brazilian constitution of 1988,* American Journal of Comparative Law, vol. 38, 1990, págs. 753, 769-770.

8 FERREIRA, Manoel Gonçalves. *Constituição e governabilidade: Ensaio sobre a (in) governabilidade brasileira*, São Paulo, Saraiva, 1995.

9 Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, foi sancionada a lei nº 6.713, de 30 de setembro de 1993 (Lei Eleitoral), que proibia que os partidos políticos que não tinham obtido pelo menos três por cento do voto popular ocupassem cadeiras no Congresso. Infelizmente, este limite de três por cento foi invalidado pelo Supremo Tribunal Federal em 1994. FLEISCHER, David, *Beyond Collorgate: Prospects for consolidating democracy in Brazil through political reform*, em ROSENN, KEITH S. & RICHARD DOWNES editores. *Corruption and political reform in Brazil: The impact of Collor's impeachment,* págs. 53-54, Coral Gables, Univ. of Miami North-South *Center, 1999, doravante Corruption and political reform. (Traduzido por Roberto GREY como Corrupção e reforma política no Brasil: O impacto do impeachment de Collor*, Rio, Editora FGV 2000.)

10 SOUZA, Amauri, *Collor's impeachment and institutional reform in Brazil,* em *Corruption and political reform*, págs. 88-89.

11 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Fundamental aspects of the 1988 Constitution*, em DOLINGER, JACOB & KEITH S. ROSENN editores. *A panorama of Brazilian law*, Coral Gables e Rio, University of Miami North-South Center e Editora Esplanada, 1992, págs 11, 13-16. De acordo com um estudo realizado por SAULO RAMOS, Ministro da Justiça na administração Sarney, a Constituição de 1988, em seu texto original requeria a aprovação de cerca de 285 leis ordinárias

tem deixado muitas dessas normas constitucionais sem a necessária legislação complementar.

III. Formas de controle da constitucionalidade

O sistema brasileiro de controle da constitucionalidade é um dos mais amplos e complexos do mundo. Combina uma forma descentralizada e incidental de controle de um país da *Common Law*, como a dos Estados Unidos, com o sistema romano-germânico centralizado e abstrato, tal como o adotado na Alemanha e na Itália.[12] A Constituição Federal brasileira prevê ambas as formas de controle de constitucionalidade. A constitucionalidade de qualquer lei federal, estadual e municipal ou decreto pode ser determinada incidentalmente num caso concreto por qualquer juiz federal ou estadual. Entretanto, a constitucionalidade de qualquer lei ou decreto pode ser conhecida diretamente, em tese, somente pelo Supremo Tribunal Federal (STF), ou, em determinados casos envolvendo legislação estadual ou municipal, pelos Tribunais de Justiça estaduais.[13]

A. Controle Incidentur

Qualquer juízo estadual ou federal pode determinar a constitucionalidade de lei ou decreto incidentalmente, ao decidir um caso concreto. A questão constitucional pode ser argüida por qualquer das partes, por terceiro, pelo Ministério Público ou até pode ser reconhecida pelo próprio juízo *ex officio*[14].

A decisão sobre a inconstitucionalidade via controle incidental atua somente no caso concreto e atinge exclusivamente as partes litigantes. O juiz ou tribunal simplesmente se recusa a aplicar a lei ou decreto ofensivo ao caso sob seu exame, e a respectiva decisão obriga somente os litigantes. Embora a Constituição estipule que

e 41 leis complementares. "A Honra Substabelecida", *Folha de São Paulo* de 16 de setembro de 1990. Até hoje, um grande número desses diplomas legais não foram aprovados.

12 Cfr. CAPPELLETTI, Mauro. *Judicial review in the contemporary world, Indianapolis, Bobbs-Merrill,* 1971, págs. 85-86.

13 O artigo 125, § 2º. da Constituição Federal dispõe: "Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da constituição estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão". Aos Tribunais de Justiça Estaduais foi concedida competência para processar e julgar ações diretas sobre a constitucionalidade de legislação estadual ou municipal com relação à Constituição Estadual. Para o estudo do controle da constitucionalidade nas ações diretas nos Tribunais de Justiça, ver CLÈVE, CLÈMERSON MERLIN, *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito constitucional brasileiro,* São Paulo, Revista dos Tribunais, 2a. ed., 1999, págs. 391- 406.

14 CLÈVE, CLÈMERSON MERLIN. Nota 13 *supra*, pág. 98. Normalmente a questão constitucional é argüida como exceção ou como um ponto da defesa. A lei ou decreto não é atacado diretamente; ao contrário, o ataque é direcionado ao ato ou conduta baseada na lei ou decreto inconstitucional. Idem, págs. 91-92.

os tribunais somente podem declarar a inconstitucionalidade das leis pela maioria absoluta de seus membros[15], o STF decidiu que um juiz singular tem o poder de declarar a lei ou qualquer outra norma inconstitucional.[16] Os tribunais, entretanto, precisam de maioria absoluta de todos os seus membros ou da maioria absoluta de um órgão especial do próprio tribunal, para declarar uma lei inconstitucional, a não ser que o Plenário do STF já tenha declarado a lei inconstitucional.[17]

Normalmente, as sentenças dos juízos de primeiro grau que resolvem questões constitucionais podem ser recorridas até o STF. A Constituição outorga ao STF competência para "julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: (a) contrariar dispositivo desta Constituição; (b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; (c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição".[18] O STF tem jurisdição também para decidir em recurso ordinário todas as denegações de *habeas corpus,* de mandado de segurança, de *habeas data* e de mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, assim como os crimes políticos.[19]

Historicamente, a proteção judicial dos direitos constitucionais no Brasil, assim como em outros países da América Latina, tem sido ineficaz por causa da ausência de mecanismos processuais rápidos e efetivos. As ações ordinárias normalmente demoram muitos anos, em parte por causa de um sistema de recursos que permite uma grande variedade de medidas protelatórias, incluindo recursos contra decisões interlocutórias. Por isso os juristas, já há algum tempo, têm procurado remédios especiais para assegurar rápida proteção de certos direitos constitucionais.[20] Durante o século XIX, os tribunais brasileiros expandiram o conceito da ordem de *habeas corpus* muito além da concepção original que o instituto tinha e tem entre os anglo-saxões.[21] Durante o século XX, o Brasil desenvolveu uma variedade de me-

15 O artigo 97 da Constituição Federal dispõe: "Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público".

16 Prefeitura Municipal de Goiatuba v. Prefeitura Municipal de Bom Jesus de Goiás, RE 89.553-1, REV. TRIB., vol. 554, STF, 1981, pág. 253.

17 Código de Processo Civil, art. 48, modificado pela Lei nº 9.756 de 1998. Cfr. casos citados em CLÈVE, CLÈMERSON MERLIN. Nota 13 *supra*, págs. 107-108.

18 CONSTITUIÇÃO FEDERAL, art. 102, III. O recurso extraordinário é uma adaptação brasileira do mandado de erro (*writ of error*) da lei judiciária americana original de 1789 (U.S. Judiciary Act of 1789). Os casos examinados em recurso extraordinário constituem uma exceção ao princípio de que os tribunais brasileiros podem examinar temas constitucionais *sua sponte.* O STF tem decidido que não pode considerar uma questão constitucional em um recurso extraordinário a não ser que a referida questão tenha sido prequestionada nos juízos inferiores. RE 117805-PR, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Decisão de 4.5.93, DJU de 27.8.93; AGR 141816-5, Rel. Min. Moreira Alves, DJU 12.4.96; AGR 155188-8, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 5.15.98.

19 CONSTITUIÇÃO FEDERAL, art. 102, II.

20 ROSENN, Keith S., *Judicial Review in Latin America,* OHIO STATE LAW REVIEW, vol. 35, 1974, págs. 785, 791.

21 EDER, Phanor, *Habeas Corpus disembodied: The Latin American experience,* em NADEL-

canismos processuais, os quais têm facilitado o controle da constitucionalidade incidental e tornado a proteção judicial das garantias individuais mais efetiva.

1. Mandado de Segurança

Após a reforma constitucional de 1926, pela qual o *habeas corpus* voltou a ser o que era, ou seja, o mecanismo legal que ampara o direito de ir e vir, a Constituição de 1934 criou um novo instituto denominado mandado de segurança para defender qualquer direito líquido e certo não protegido pelo *habeas corpus* contra a ilegalidade ou abuso de poder das autoridades públicas.[22] O mandado de segurança, que tem um procedimento sumário e preferência entre outros processos na distribuição, combina em um único instituto, diversos tipos de *writs* da *Common Law*, tais como a *injunction*, o *mandamus*, a *prohibition*, e o *quo warranto*.[23] Não pode ser usado, entretanto, para argüir a constitucionalidade de uma lei em tese.[24]

Antes de 1988, a não aceitação da doutrina do *stare decisis*[25] e a aceitação mínima da ação coletiva (*class action*)[26] obrigavam cada uma das partes prejudicadas

MANN, KURT & JOHN HAZARD editores. *XXth century comparative and conflicts law: Legal essays in honor of Hessel E. Yntema*, Leyden, A.W. Sythoff, 1961, págs. 463, 465-469.

22 O requisito de que o direito do impetrante seja líquido e certo é exigido para assegurar que não haverá disputas quanto a fatos, já que tais disputas dificilmente poderiam ser resolvidas no âmbito do procedimento sumário do mandado de segurança. O instituto está regulado pela Lei nº 1.533 de 31 de dezembro de 1951 modificada pelas Leis 4.166, de 4 de dezembro de 1962; 4.346, de 26 de junho de 1964; 6.014, de 27 de dezembro de 1973; 6.071, de 3 de julho de 1974; e 9.259, de 9 de janeiro de 1996.

23 *"Injunction"* é uma ordem judicial cujo objetivo é proibir o réu de fazer ou deixar de fazer (*mandatory injunction*), por si ou por seus empregados, algo que prejudique indevidamente o autor. *"Mandamus"* é uma ordem judicial dirigida a uma empresa pública ou privada, a funcionário do Poder Executivo ou Judicial ou a um tribunal de instância inferior, exigindo a prática de um ato determinado com o objeto de restaurar os direitos do demandante, anteriormente violados ou negados. *"Prohibition"* é a ordem judicial dirigida a um tribunal ou juízo de instância inferior negando-lhes jurisdição para conhecer um ou vários casos. *"Quo warranto"* é um processo judicial pelo qual se procura prevenir o continuo exercício ilegal de alguma autoridade. (Nota do tradutor).

24 A Súmula nº 266 do STF dispõe: "Não cabe mandado de segurança contra lei em tese". Entretanto, uma forte corrente doutrinária, com base na jurisprudência, considera permissível o mandado de segurança contra uma lei auto-executável. MEIRELLES, HELY LOPES. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, "habeas data", ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade*, São Paulo, Malheiros, 22a. edição atualizada por ARNOLDO WALD & GILMAR FERREIRA Mendes, 2000, págs. 38 e 39; FERREIRA, Sérgio de Andrea, *O mandado de segurança e o ato legislativo*, REV. FOR., vol. 231, 1970, pág. 35. A caracterização de uma lei como auto-executável é freqüentemente um tema para debate. Vide, por exemplo, VICENTE ALENCAR v. Presidente da República, M.S. nº 21.077, Rel.: Ministro CELSO DE MELLO, R.T.J., vol. 132, STF Plenário, pág. 1.136.

25 *Stare decisis* é um instituto utilizado predominantemente nos países de direito anglo-saxão, pelo qual os juízes e tribunais se obrigam a seguir os precedentes judiciais, igualando, na prática, a jurisprudência à Constituição e às leis na hierarquia das fontes do direito. (Nota do tradutor).

26 A Lei nº 7.347 de 24 de julho de 1985 criou uma ação coletiva limitada de responsabilidade

por um ato administrativo ilegal ou por abuso de poder, a mover um mandado de segurança separado para a consecução da reparação pertinente. A Constituição de 1988 criou uma espécie de ação coletiva: o mandado de segurança coletivo. Este pode ser impetrado por qualquer partido político com representação no Congresso Nacional ou por uma organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.[27] Contudo, os cidadãos prejudicados não podem representar individualmente a coletividade de que fazem parte nem os membros da coletividade necessitam dar seu consentimento para que o mandado seja impetrado.

2. O Mandado de Injunção

O Congresso Constituinte ao redigir a Constituição de 1988 anteviu que sua própria inércia criaria problemas. Dessa forma, para estimular a si próprio e preservar os direitos constitucionais da falta de proteção durante o período em que a legislação complementar e reguladora não fosse aprovada, criou dois procedimentos constitucionais: o mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão (examinada mais adiante).

O mandado de injunção tem sido um remédio constitucional inútil. Até mesmo o seu nome é inapropriado, pois não guarda relação com as instituições anglo-americanas do "*mandamus*" ou da "*injunction*". Pode ser concedido "quando a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania".[28] Esta disposição constitucional pobremente redigida criou uma confusão considerável, e ainda tem de ser regulada. Contudo, o STF decidiu que era auto-executável e que devia ser regida pelo processo previsto para o mandado de segurança até que seja promulgada uma lei específica cujo projeto tem sido aprovado pelo Congresso. Qualquer juízo ou tribunal ao examinar um pedido de mandado de injunção tem de enfrentar o dilema de se a regra constitucional é auto-executável ou não. Se for auto-executável, o mandado de injunção tem de ser negado. Mas, se não for auto-executável, é porque sua regulamentação é necessária. Como não é função do Poder Judiciário emitir regulamentos administrativos, o mandado de injunção põe os juízes na posição desconfortável de tentar aplicar normas constitucionais que requerem legislação complementar sem que esta legislação complementar exista.[29] Por exemplo, o artigo 192 § 3° da Constituição Federal limita a taxa máxima de juros que

por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

27 CONSTITUIÇÃO FEDERAL, art. 5° LXX. O Artigo 82, IV do Código de Proteção ao Consumidor (Lei n° 8.078, de 11 de setembro de 1990) impõe um requisito similar de um ano de existência legal para que uma associação possa mover uma ação coletiva em defesa dos interesses e direitos do consumidor, dispensada a autorização da respectiva assembléia.

28 CONSTITUIÇÃO FEDERAL, art. 5°, LXXI.

29 Cfr. STRENGER, IRINEU, *Mandado de injunção*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1988, págs. 37-39.

pode ser cobrada no Brasil a 12% ao ano, em termos reais. O STF, repetidamente, tem considerado que esta disposição não é auto-aplicável e tem denegado as tentativas de implantá-la mediante o mandado de injunção.[30] Exceto em raras situações, como naquela em que o STF decidiu aplicar a legislação ordinária a um caso de indenização por perdas e danos[31], o mandado de injunção tem sido ineficaz. O STF recusou-se a substituir o legislador e o administrador, que não quiseram exercer sua competência para emitir normas, com o objetivo de não ferir o princípio constitucional da separação dos poderes. A posição do STF foi definida claramente pelo Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, que ao relatar um caso em 1990, declarou:

> "*O mandado de injunção nem autoriza o Judiciário a suprir a omissão legislativa ou regulamentar, editando o ato normativo omitido, nem, menos ainda, lhe permite ordenar, de imediato, ato concreto de satisfação do direito reclamado.*"[32]

3. Habeas Data

A Constituição Federal brasileira de 1988 inspirou-se no mecanismo processual do *habeas data* da Constituição portuguesa. Esta ação permite aos litigantes descobrir informação que o governo possui sobre eles em seus bancos de dados assim como retificar os referidos dados se os mesmos estiverem incorretos.[33] O Brasil adotou o *habeas data* como uma reação contra o abuso dos governos militares, que secretamente recolhiam e guardavam dados sobre cidadãos brasileiros sem ouvi-los e sem

30 Cfr. Carvalho Café e Alimentos, Ltda. v. Congresso Nacional, MI nº 335, Rel. Min. CELSO DE MELLO, R.D.A., vol. 200, STF, 1994, pág. 237; Companhia Teperman de Estofamentos v. Congresso Nacional, MI nº 520-6 SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, R.D.A., vol. 203, STF 1995, pág. 248.

31 Um exemplo destes casos excepcionais foi o do mandado de injunção movido em face do Congresso Nacional solicitando a adoção de legislação regulando o direito conferido pelo artigo 8º, § 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Esta disposição estabelece que: "Aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica nº S-50-GM5, de 19 de junho de 1964 e nº S- 285-GM5, será concedida reparação de natureza econômica, na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição". Inicialmente, o STF deu ao Congresso um prazo de 45 dias para passar a legislação referida. Ao observar que a medida fora ineficaz, o STF decidiu permitir aos impetrantes pleitear do Governo a indenização a que tinham direito, de acordo com a lei ordinária. Cfr. ESTÉFANO PROKOPOVICZ e outros v. Congresso Nacional, MI nº 355, R.D.A., vol. 200, STF, 1994, pág. 234 e casos ali citados.

32 MI nº 168-5-RS, D.J. 20.04.1990, pág. 3.047. Para um análise da jurisprudência do STF sobre o mandado de injunção, ver BARROSO, LUÍS ROBERTO, *O direito constitucional e a efetividade de sua normas: Limites e possibilidades da Constituição Brasileira,* Rio, Editora Renovar, 1990, págs. 171-182.

33 CONSTITUIÇÃO FEDERAL, art. 5º, LXXII. O *habeas data* é um instituto muito similar ao criado pela U.S. Freedom of Information Act.

lhes dar oportunidade de verificar a veracidade da informação. Somente em 1997 o Congresso aprovou uma lei regulando o *habeas data.*[34]

Resolvendo uma disputa doutrinária, a lei exige como pré-requisitos para impetrar o *habeas data*: (a) que o interessado tenha efetuado um requerimento específico ao órgão ou entidade depositária do registro ou banco de dados, com o objetivo de inspecionar ou retificar os dados registrados; (b) a recusa ao acesso às informações ou o decurso de mais de dez dias sem decisão; ou (c) a recusa em fazer-se a retificação ou a anotação solicitada ou, ainda, o decurso de mais de quinze dias sem decisão. Os processos de *habeas data* têm prioridade na distribuição e julgamento sobre todos os outros processos judiciais, com exceção do *habeas corpus* e do mandado de segurança. Ademais, o prazo para a decisão não poderá exceder vinte e quatro horas a contar da conclusão dos autos ao juiz. A nova instituição tem funcionado razoavelmente bem na proteção de certos aspectos da privacidade.[35]

4. Ação Popular

A Constituição de 1934 criou a ação popular, dando a todos os cidadãos privados poderes de promotores públicos para proteger a riqueza comum.[36] Originalmente, qualquer cidadão era parte legítima para propor ação com o objetivo de anular ato administrativo que causasse danos ao patrimônio público. Em 1965, entretanto, o governo militar aprovou uma lei designada a desencorajar ações populares. Esta lei definia de forma estrita os tipos de danos que podiam ser reparados pela ação popular e exigia do autor o pagamento das custas, assim como dos honorários de sucumbência, caso a ação fosse julgada improcedente. Ademais, o autor deveria pagar as custas em décuplo, se a ação fosse considerada manifestamente temerária.[37]

Adotando uma filosofia diferente, a Constituição de 1988 expandiu a ação popular para incluir não somente atos lesivos ao patrimônio público, mas também atos que causam danos à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.[38] E salvo se for comprovado que movem a ação com má fé, os autores estarão livres do encargo de pagar as custas e os honorários de sucumbência.[39] Conseqüentemente, a ação popular tornou-se um remédio processual muito utilizado, especialmente em casos que envolvem o meio ambiente.

34 Lei nº 9.507 de 12 de novembro de 1997.

35 Cfr. FERNANDES, Milton, *O "Habeas Data" como defesa à ameaça tecnológica*, REV. TRIB., vol. 704, 1994, pág. 63.

36 CONSTITUIÇÃO de 1934, art. 113 (38). Cfr., entre outros, SILVA, JOSÉ AFONSO DA. *Ação popular constitucional: doutrina e processo,* São Paulo, Revista dos Tribunais, 1968; MEIRELLES, HELY LOPES. Nota 24 *supra*; OTHON SIDOU, J.M. *"Habeas corpus", mandado de segurança, mandado de injunção, "habeas data", ação popular*, Rio, Forense, 4a. ed. 1992; SLAIBI FILHO, NAGIB. *Ação popular mandatória*, Rio, Forense, 2a. ed. 1990.

37 Lei nº 4.717 de 29 de junho de 1965, arts. 10 e 13.

38 CONSTITUIÇÃO FEDERAL, art. 5º, LXXIII. Há também a ação civil pública por danos causados ao meio ambiente e ao consumidor, que é regulada pela lei nº 7.347 de 24 de julho de 1985.

39 Idem.

Como o mandado de segurança, a ação popular não cabe para a argüição da constitucionalidade de lei em tese. Sem embargo, a ação popular pode ser movida para contestar a constitucionalidade de uma lei auto-executável.[40] Se houver uma decisão definitiva de mérito em uma ação popular, a decisão judicial tem eficácia *erga omnes*. Se outro cidadão mover uma ação similar, baseada nos mesmos fatos, o direito a essa ação poderia ser negado com base na existência de coisa julgada.[41] Tendo em vista que a ação popular não goza de preferência na distribuição e não se tramita mediante rito sumário, seu processo tende a arrastar-se interminavelmente.

5. Ação Civil Pública

A ação civil pública é uma ação coletiva (*class action*) que visa a proteção do meio ambiente, do consumidor, de bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico ou de qualquer outro direito difuso ou coletivo. Também pode ser proposta para reparar danos resultantes de violações de leis de proteção ao público ou à economia popular.[42] Diferentemente da *class action* nos Estados Unidos, a lei brasileira não permite que indivíduos representem sua classe ou coletividade em juízo. Também, a indenização recuperada em uma ação civil pública é depositada em um fundo administrado pelo governo em vez de ser distribuída aos indivíduos membros da classe ou coletividade.[43]

A ação civil pública pode ser movida pelo Ministério Público, pela União, Estado ou Município, autarquia, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista ou associação civil interessada. Esta deverá ter incluído entre os propósitos da entidade, a proteção dos interesses difusos os quais a ação visa a defender. A associação deverá estar constituída pelo menos por um ano para que possa propor a ação. Como a ação popular, as ações civis públicas não podem ser utilizadas para declarar a inconstitucionalidade de lei em tese.[44] Estas ações têm assumido um papel cada vez mais importante no Brasil para a proteção do consumidor e dos interesses relacionados ao meio ambiente. Infelizmente, elas não podem ser usadas para con-

40 OTHON SIDOU, J.M. Nota 36 *supra*, pág. 502. Cfr. também MEIRELLES, HELY LOPES. Nota 24 *supra*, págs. 146-47.

41 MEIRELLES, HELY LOPES. Nota 24 *supra*, pág. 145.

42 A ação civil pública foi criada pela lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, que sofreu as emendas das leis 8.078, de 11 de setembro de 1990, 8.884, de 11 de junho de 1994 e 9.494, de 10 de setembro de 1997, assim como da Medida Provisória 2.102-28, de 23 de fevereiro de 2001.

43 Cfr. GIDI, Antônio· *Class Actions in Brazil. A Model for Civil Law Countries* (No prelo, AMERICAN JOURNAL OF COMPARATIVE LAW). Os artigos 81 e 82 do Código de Proteção ao Consumidor, citado na nota 27 *supra*, também regulam as ações coletivas para a proteção dos direitos do consumidor e expandem o conceito da ação civil pública. Cfr. ARRUDA ALVIM, THEREZA ALVIM, EDUARDO ARRUDA ALVIM & JAMES MARINS. *Código do consumidor comentado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2a. ed. 1995, págs. 347-381; BARBOSA MOREIRA, Carlos Roberto, *O Processo civil no código do consumidor*, REV. PROCESSO, vol. 63, Julho — Setembro 1991, págs. 140-143.

44 MEIRELLES, HELY LOPES. Nota 24, *supra*, pág. 203.

testar a ilegalidade de impostos nem para resolver disputas sobre a previdência social ou aposentadoria.[45]

6. Suspensão pelo Senado

A Constituição brasileira contém um mecanismo pouco comum em outras jurisdições para converter certas decisões incidentais de inconstitucionalidade em decisões com efeitos *erga omnes*. Quando o STF, em decisão definitiva, declara a inconstitucionalidade de lei ou decreto federal, estadual ou municipal,[46] a Constituição Federal confere ao Senado o poder de, mediante uma resolução, suspender, no todo ou em parte, a norma inconstitucional.[47] A referida resolução não revoga nem anula a lei ou decreto; simplesmente torna a norma ineficaz, a partir daquela data. Suspensa a lei ou o decreto inconstitucional, o Senado não pode restaurar sua vigência no todo ou em parte.[48] A Constituição não obriga o Senado, porém, a suspender a norma defeituosa e o Senado, em algumas ocasiões decidiu não efetuar a suspensão. Por exemplo, o Senado recusou-se a suspender alguns artigos de uma lei federal que obrigava que fossem efetuadas contribuições ao Fundo de Investimento Social (FINSOCIAL)[49] por dois motivos: (a) o STF declarara a lei inconstitucional somente por uma maioria de seis a cinco votos; e (b) a suspensão, ou seja, a concessão de efeitos *erga omnes* à decisão, acarretaria sérias repercussões fiscais para o Tesouro.[50] O Senado tem, portanto, o poder discricionário de suspender ou não a norma declarada inconstitucional de forma definitiva.[51]

45 Medida Provisória nº 2.102-28, de 28 de fevereiro de 2001.

46 O STF divide-se em turmas, e, conseqüentemente, as suas decisões são algumas vezes incongruentes. O termo "*definitiva*" implica uma série de decisões no mesmo sentido, embora não exista um número de acórdãos que tornam uma decisão definitiva. Normalmente, o Presidente do STF não envia uma decisão para o Senado a não ser que a mesma seja firme, ou seja, que a jurisprudência da Corte seja pacífica em relação à inconstitucionalidade da norma. Cfr. PELLEGRINI GRINOVER, Ada, *Controle da Constitucionalidade*, REV. PROCESSO, vol. 90, Abril / Junho 1998, págs. 11, 12.

47 CONSTITUIÇÃO FEDERAL, art. 52, X. Esta disposição originou-se no art. 91, IV da Constituição de 1934.

48 Engenharia Souza e Barker Ltda. e outros v. Senado Federal, RMS nº 16.512, RTJ, vol. 38, STF, 1966, pág. 5, traduzido para o inglês por KARST, KENNETH L. & KEITH S. ROSENN editores. *Law and development in Latin America*, Los Angeles, University of California Latin American Center, 1975, págs., 119-124.

49 Criado pelo Decreto-Lei nº 1.940 de 25 de maio de 1982, o FINSOCIAL é um tributo que incide sobre uma percentagem da receita bruta das empresas públicas e privadas que realizem venda de mercadorias, bem como das instituições financeiras e sociedade seguradoras. O fundo é destinado ao custeio de investimentos de caráter assistencial em alimentação, habitação popular, saúde, educação e amparo ao pequeno agricultor.

50 RE 150.756-1, comentado em CLÈVE, CLÈMERSON MERLIN. Nota 13, supra, pág. 276.

51 Idem, pág. 121.

B. O Controle Principalitur

A Constituição brasileira confere jurisdição original e exclusiva ao STF para decidir sobre a constitucionalidade em tese de leis ou decretos mediante três tipos de processos: a ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade e a ação de inconstitucionalidade por omissão.

1. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN)

A Constituição explicitamente confere ao STF jurisdição original e exclusiva para processar e julgar as ações diretas de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual.[52] De acordo com as constituições anteriores, somente o Procurador-Geral da República podia mover este tipo de ação, então denominada representação.[53] A Constituição de 1988 expandiu substancialmente quem é parte legítima para propor a ação direta de inconstitucionalidade e incluiu, além do Procurador-Geral da República, o Presidente da República, as mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, a mesa da Assembléia Legislativa de qualquer Estado ou do Distrito Federal, o Governador de qualquer Estado ou do Distrito Federal, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, Confederação Sindical, e qualquer entidade de classe de âmbito nacional.[54]

Para evitar o acúmulo de ações diretas de inconstitucionalidade, o STF desenvolveu a doutrina da pertinência temática, com o objetivo de negar legitimidade ativa a algumas das pessoas e entidades designadas constitucionalmente como autoras destas ações, por não demonstrarem que existe uma relação de interesse suficiente entre os deveres institucionais do autor e a vigência da norma questionada. Assim, o STF não tem permitido às mesas das assembléias legislativas dos Estados mover ação direta de inconstitucionalidade relacionada com a legislação federal ou com as resoluções do Conselho Monetário Nacional referentes ao crédito rural.[55] Da mesma maneira, o STF negou à Confederação Nacional da Indústria legitimidade para mover ação direta questionando a constitucionalidade de lei federal que requer a intervenção profissional obrigatória de advogados quando do registro ou alteração dos estatutos de quaisquer empresas, por não haver conexão suficiente entre o propósito da

52 CONSTITUIÇÃO FEDERAL, art. 102, I, a. Ademais, os tribunais de justiça estaduais podem dar provimento a representações, ações diretas de constitucionalidade que poderiam levar à intervenção federal nos estados ou intervenção estadual nos municípios. Idem, arts. 34, VII, 35, IV, e 36, III.

53 O Procurador-Geral da República é o chefe do Ministério Público Federal. É nomeado pelo Presidente da República dentre integrantes da carreira, maiores de 35 anos, após a aprovação de seu nome pela maioria absoluta do Senado Federal, para mandato de dois anos, permitida a recondução.

54 CONSTITUIÇÃO FEDERAL, art. 103, I a VIII.

55 Mesa da Assembléia Legislativa do Estado do Mato Grosso do Sul v. Presidente da República e Banco Central do Brasil, ADIn nº 1.307, R.T.J., vol. 159, Plenário STF, 1995, pág. 771.

Confederação e a norma por ela questionada.[56] Por outro lado, o STF não aplica a doutrina da pertinência temática às ações diretas movidas por quem considera ter um interesse generalizado na constitucionalidade de todas as leis, a saber: o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ou os partidos políticos.[57]

Apesar de que o STF se reuna mais freqüentemente em turmas de cinco ministros, requer-se um *quorum* de pelo menos oito ministros para que se possa pôr em votação ações diretas de inconstitucionalidade e pelo menos seis votos são necessários para declarar uma lei ou um decreto inconstitucional.[58] Na ação direta, o STF decide sobre a constitucionalidade de lei ou decreto em tese.[59] Tecnicamente, não há partes adversárias. Embora os autores tenham o direito de serem ouvidos, as ações temerárias são denegadas sumariamente pelo relator a quem o caso é distribuído.[60] O STF normalmente pede informação às entidades que redigiram a lei ou o ato normativo argüido de inconstitucional, mas estas não defendem a norma ou os seus próprios interesses.[61] O Advogado-Geral da União tem a responsabilidade de defender a lei ou decreto impugnado.[62] O Procurador-Geral da República tem de emitir um parecer sobre a questão, não sendo admitida a intervenção de terceiros.[63]

O STF adota uma visão restrita de seus poderes de interpretação nas ações diretas de inconstitucionalidade, caracterizando seu papel como o de um simples "legislador negativo".[64] Assim, o STF se recusou a declarar uma norma parcialmente inconstitucional[65] ou a mudar o seu significado via interpretação, de acordo com a teoria de que estaria atuando como um legislador positivo, se o fizesse. Por outro lado, o STF tem adotado a doutrina do direito constitucional norte-americano e

56 Confederação Nacional da Indústria v. Presidente da República e Congresso Nacional, ADI nº 1.194, R.T.J., vol. 162, Plenário STF, 1996, pág. 857.

57 ALMEIDA MELO, Carlos Antônio de, *Algumas questões objetivas sobre ação direta de inconstitucionalidade,* 36 REV. INFORMATIVA LEGISLATIVA, vol. 36, abril/junho, 1999, págs. 111, 117-118. Para um resumo da jurisprudência sobre a legitimidade ativa nas ações diretas, ver BARROSO, LUÍS ROBERTO. *Constituição da República Federativa do Brasil*, São Paulo, Saraiva, 1998, págs. 236-238.

58 Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, art. 23; Regimento Interno do STF, arts. 143 e 173.

59 ROSENN, Keith S., *A comparison of the protection of individual rights in the new constitutions of Colombia and Brazil,* UNIVERSITY OF MIAMI INTER-AMERICAN LAW REVIEW, vol. 23, 1992, págs. 659, 685.

60 Lei nº 9.868 de 10 de novembro de 1999, art. 4. Desta denegação cabe agravo para o plenário do STF.

61 SANCHES, Sydney, *Aspectos processuais do controle de constitucionalidade*, em *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*, vol. 2, (CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO editor), São Paulo, Malheiros, 1997, págs. 602, 609.

62 CONSTITUIÇÃO FEDERAL, art. 103 § 3°.

63 Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, art. 7°.

64 Procurador-Geral da República v. Presidente da República e Congresso Nacional, ADIn nº 896, R.T.J., vol. 159, Plenário STF, 1993, págs. 111, 121 (Voto do relator Ministro Moreira Alves).

65 Embora a Lei nº 9.868, art. 28, parágrafo único, de 11 de novembro de 1999, admita expressamente a declaração parcial de inconstitucionalidade (Nota do Tradutor).

alemão pela qual pode declarar uma lei inconstitucional somente no caso em que seja interpretada de uma certa maneira.[66] Se o STF decidir que a norma é inconstitucional em uma ação direta de inconstitucionalidade, não é necessário o envio da decisão ao Senado para a suspensão da norma. As declarações do STF sobre a constitucionalidade, inconstitucionalidade, assim como suas interpretações conforme a Constituição, produzem eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poderes Judiciários federal e estadual, assim como em relação à Administração Pública federal, estadual ou municipal.[67] Tecnicamente, entretanto, a decisão do STF de que a lei ou o ato normativo é inconstitucional não revoga a norma, simplesmente a suspende por tempo indeterminado.[68]

O STF tem o poder de outorgar medidas cautelares em ações diretas de inconstitucionalidade. Exceto quando o tribunal está em recesso, estas medidas somente podem ser deferidas pela maioria absoluta do Tribunal. Antes de conceder a medida, o STF normalmente ouve os órgãos ou as autoridades que criaram a norma, dentro de cinco dias, mas este trâmite pode ser dispensado em casos excepcionais de urgência. O Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União emitem parecer dirigido ao Ministro Relator dentro de um prazo de três dias. A medida cautelar tomada pelo STF tem eficácia *erga omnes*, mas seu efeito não é retroativo, salvo se expressamente declarado pelo Tribunal.[69]

Poder-se-ia esperar que houvesse um acúmulo exagerado de ações diretas de inconstitucionalidade no STF tendo em vista a extrema complexidade e o enorme número de pormenores que a Constituição Federal contém, assim como a quantidade de direitos que abarca, mas não tem sido assim.[70] Dos 90.839 casos levados ao STF em 2000, somente 257 foram ações diretas de constitucionalidade.[71] Entre 1989 e 2000, o STF decidiu o mérito de 1.110 ações diretas, uma média anual de 92,5

66 Governador do Estado do Amazonas v. Governador do Estado do Amazonas, Assembléia Legislativa do Estado do Amazonas, ADIn nº 491, R.T.J., vol. 137, Plenário STF, 1991, págs. 90, 99-100 (Voto do relator, Ministro Moreira Alves); Governador do Estado do Espírito Santo v. Assembléia Legislativa do Estado do Espírito Santo, ADIn nº 1.344, R.D.A., vol. 205, Plenário STF 1995, págs. 196, 200-201 (Voto do Rel. Ministro Moreira Alves). Nos Estados Unidos esta doutrina é usualmente chamada "interpretação para salvar a lei de dúvidas constitucionais". No Brasil, é chamada "interpretação em conformidade com a Constituição". Cfr. SANCHES, Sydney, nota 61 *supra*, pág. 613. (Devo ao Professor Caio Tácito por esta observação).

67 Lei nº 9.868 de 11 de novembro de 1999, art. 28, parágrafo único. O texto constitucional é de certa maneira mais estrito. De acordo com o mesmo, somente as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzem eficácia *erga omnes* relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, art. 102, § 2°.

68 ALMEIDA MELO, Carlos Antônio de, nota 57 *supra*, pág. 116.

69 Lei nº 9.868 de 10 de novembro de 1999, arts. 10 e 12.

70 Uma crítica mais pormenorizada sobre a enorme especificidade e complexidade da Constituição Federal do Brasil pode ser encontrada no artigo do autor já citado na nota 4, *supra*.

71 Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário, Supremo Tribunal Federal – Processos Registrados, Distribuídos e julgados por Classe Processual. Em http://www.stf.gov.br/bndpj/STF1C.htm.

ações.[72] É um aumento substancial sobre o número de representações que foram ajuizadas na vigência das constituições anteriores,[73] mas era de se esperar, tendo em vista a significativa expansão do número de autoridades e órgãos que podem mover estas ações. Poder-se-ia esperar também que tais ações fossem sobre assuntos de importância nacional, mas tais casos são muito raros. A maioria das ações diretas de inconstitucionalidade versa sobre assuntos locais ou temas extremamente específicos e geralmente são apresentados em uma forma muito técnica. Entretanto, a ação direta de inconstitucionalidade tem se tornando um mecanismo muito útil para os partidos políticos que perdem as votações no Congresso. A concessão de uma liminar pode ter desdobramentos muito importantes ao dar à parte vencedora força política. Muitas vezes, a mera ameaça de uma ação direta de inconstitucionalidade pode fazer com que os partidos que formam a maioria do Congresso queiram negociar com os que formam a minoria.[74]

2. Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC)

A emenda constitucional adotada em 1993 conferiu jurisdição original e exclusiva ao STF para processar e julgar ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.[75] Aparentemente, a ação declaratória e a ação direta de inconstitucionalidade seriam redundantes. Na realidade, é uma duplicação; "nada mais do que uma ação direta de inconstitucionalidade com o sinal contrário".[76] Entretanto, esta mudança de sinal é importante já que a razão de ser da ação declaratória foi uma preocupação governamental sobre a falta de um mecanismo processual que possibilitasse ao STF evitar decisões de tribunais e juízos inferiores e assim resolver questões nacionais importantes de uma maneira rápida e definitiva.

a. A avocatória – ordem original de transferência dos autos

Em uma emenda constitucional promulgada em 1977, o governo militar criou um novo instituto processual chamado avocatória, uma forma expedita de recurso. Este mecanismo permitia ao STF, a pedido do Procurador-Geral da República, transferir qualquer caso pendente de outro juízo ou tribunal para o STF. Permitia

72 STF-Movimento Processual nos Anos de 1940 a 1999, http://200.1305/bndpj/STF1A1B.thm. Ademais, o STF decidiu 1.145 pedidos de liminares, uma média anual de 104,1 casos. Idem.

73 Nos 54 anos em que o instituto da representação encontrava-se vigente (1934-1988), o STF recebeu 1.292 representações, uma média de 31,33 por ano.

74 COELHO, Inocência Martíeres, *Constitucionalidade/Inconstitucionalidade: uma questão política,* REV. JURÍDICA VIRTUAL, nº 13 (janeiro 2000) em http://www.planalto.gov.br/ccivil/_03revista/Rev 21htm.

75 CONSTITUIÇÃO FEDERAL, art. 102, I, a, modificada pela Emenda Constitucional nº 3 de 17 de março de 1993, art. 1.

76 FERREIRA MENDES, Gilmar, em da Silva Martins, IVES GANDRA & GILMAR FERREIRA MENDES editores. *Ação declaratória de constitucionalidade*, 1994, pág. 5, citado em CLÈVE, CLÈMERSON MERLIN. Nota 13 *supra*, pág. 284.

também suspender qualquer decisão de outra corte de justiça ou juiz singular que implicasse "um perigo imediato de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas".[77] Em 1988, a Constituinte rejeitou a avocatória por causa de seus traços de autoritarismo.[78] Em 1991, o Governo Collor de Melo tentou ressuscitar a avocatória sem sucesso.

A falta de um sistema expedito de recursos judiciais tem sido um sério problema no processo de privatização porque aqueles que se opõem às privatizações conseguem, com freqüência, que juízos singulares e tribunais inferiores concedam liminares para impedir a realização dos leilões do controle das empresas estatais a serem transferidas para o setor privado. Por exemplo, em 1997, o leilão da companhia estatal de mineração Vale do Rio Doce teve de ser suspenso por quatro dias consecutivos porque 135 ações haviam sido movidas em todo o país, resultando em cerca de 35 liminares proibindo a venda. Uma liminar recebida com atraso foi na realidade emitida depois que o leilão já tinha sido realizado. Todas as liminares foram revogadas pelos tribunais superiores, mas somente depois de causar ao país considerável constrangimento internacional por permitir um circo judicial.[79]

Basicamente, a ação declaratória de constitucionalidade foi adotada como um instrumento menos controverso e mais sofisticado para atingir um propósito similar ao da avocatória. A ação declaratória de constitucionalidade foi concebida para evitar atrasos e contradições com relação às questões constitucionais de alta importância que, se não resolvidas com rapidez, poderiam levar a um verdadeiro caos jurídico, prejudicando a economia nacional e ao desenvolvimento do país.[80] A ação declaratória, ao contrário da avocatória, evita a interferência direta nas decisões de juízos e tribunais inferiores e é inspirada pela preocupação de respeito à Constituição e não tanto por interesses políticos. Como se trata de uma ação que se origina no STF e cuja decisão é eficaz *erga omnes*, a ação declaratória evita que o STF reenvie o caso para os tribunais ou juízos inferiores, o que era uma fonte de atrito na avocatória.[81] O artigo 17 da proposta de emenda constitucional para a reforma do Poder Judiciário,[82] atualmente em trâmite no Congresso Nacional, teria revivido a avocatória, porém esta disposição foi rejeitada pelo plenário da Câmara dos Deputados em 25 de janeiro de 2000.

77 Emenda Constitucional nº 7 de 13 de abril de 1977.

78 DALLARI, Dalmo de abreu. *O poder dos juízes*, São Paulo, Saraiva, 1996, págs. 65-66; WALD, Arnoldo, *Alguns aspectos da ação declaratória de constitucionalidade,* REV. PROCESSO, vol. 76, Outubro- Dezembro 1994, págs. 7, 8-9.

79 TAYLOR, Edwin, *The gavel finally descends-first block of CVRD privatized for $3 billion",* LATIN AMERICAN LAW AND BUSINESS REPORT., vol. 5, pág. 15 (31 de maio de 1997); VOLSEN, William Van, *Brazil CVRD sales's legal battle may drag on for years. Dow Jones news service*, 7 de maio de 1997.

80 WALD, Arnoldo, nota 78 *supra*, pág. 19.

81 CLÈVE, CLÈMERSON MERLIN. Nota 13 *supra*, pág. 294.

82 Proposta de Emenda à Constituição nº 96-C, de 1992. Cfr. http://www.interlegis.gov.br/interlegs/leis/muni.htm.

b. A Nova Avocatória- Argüição de Descumprimento a Preceito Fundamental

Em 3 de dezembro de 1999, foi aprovada a Lei 9.882, que, com o objetivo de regular o parágrafo primeiro do artigo 102 da Constituição, restaurou e ampliou a avocatória, que passou a vigorar com um nome diferente: "argüição de descumprimento a preceito fundamental".[83] Dessa forma, todos aqueles que têm competência para propor a ação direta de inconstitucionalidade, têm também competência para propor diretamente no STF, a argüição de descumprimento de preceito fundamental. No entanto, este mecanismo somente pode ser invocado se não há outro remédio processual efetivo para reparar o dano.[84] O STF, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, tem o poder de conceder uma medida liminar suspendendo o andamento de qualquer processo ou os efeitos de quaisquer decisões judiciais, a não ser que as referidas decisões sejam coisa julgada.[85] Pelo menos dois terços dos membros do STF têm de estar presentes para decidir o mérito, que pode resultar na declaração de inconstitucionalidade de alguma lei ou ato normativo tendo eficácia e efeito vinculante relativamente a todos os órgãos do Poder Público.[86]

Este novo instituto provavelmente se tornará um importante mecanismo para centralizar ainda mais no STF o poder de controle da constitucionalidade. O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil recentemente propôs uma ação direta de inconstitucionalidade da Lei 9.882, alegando que o conceito de desobediência a preceito fundamental viola o princípio do devido processo legal, o direito ao acesso ao Poder Judiciário, os princípios do Estado democrático de direito, assim como a doutrina da separação dos poderes.[87]

c. Diferenças entre a Ação Declaratória de Constitucionalidade e a Ação Direta de Inconstitucionalidade

Há duas diferenças importantes entre a ação declaratória de constitucionalidade e a ação direta de inconstitucionalidade. A primeira é que a lista das pessoas e entidades que são parte legítima para propor a ação declaratória de constitucionalidade é muito mais restrita que aquela para propor a ação de inconstitucionalidade, que pode ser proposta por dez pessoas ou órgãos. As ações declaratórias de constitucionalidade só podem ser movidas pelo Presidente da República, pelas mesas da Câmara de Deputados ou do Senado Federal ou pelo Procurador-Geral da República. A outra diferença é que as ações declaratórias somente podem ser movidas quando

83 Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999.

84 Idem, art. 4º § 1º.

85 Em casos de extrema urgência, o relator sozinho pode conceder a medida cautelar, enviando o caso para o plenário do STF. Lei nº 9.882 de 3 de dezembro de 1999, art. 5º., § 1º.

86 Idem, art. 10, § 3º.

87 ADIn nº 2.231 – 8. Cfr. Oswaldo Otton de PONTES SARAIVA FILHO, *Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental*, Rev. Jurídica Virtual nº 16 (setembro de 2000) em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_21/Revista21.htm.

relacionadas com a legislação federal. A determinação da constitucionalidade de legislação estadual ou municipal não pode ser efetuada por intermédio deste remédio processual.

Curiosamente o primeiro acórdão em uma ação de declaração de constitucionalidade versou sobre a constitucionalidade da própria Emenda Constitucional nº 3, que a criou. Com efeito, em uma ação direta de inconstitucionalidade, a Associação dos Magistrados Brasileiros argüiu que o instituto da ação declaratória era inconstitucional porque suprimiria a criatividade da função judicial e violaria garantias fundamentais tais como o direito ao acesso ao Poder Judiciário, ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório. A Associação também argüiu que a ação declaratória violaria o princípio da separação dos poderes, por haver transformado o STF em um órgão consultivo do Poder Legislativo. No entanto, a ação não foi conhecida por ilegitimidade ativa *ad causam*. O plenário do STF, contudo, examinou seriamente todas as mesmas controvérsias em um longo acórdão em outra ação ajuizada pelo Presidente da República e as Mesas do Senado Federal e da Câmara de Deputados. Nesta ação, os autores requereram ao STF que fosse declarada constitucional a lei que instituiu a contribuição para o financiamento da Previdência Social. O Plenário do STF, por unanimidade, reconheceu a constitucionalidade da ação declaratória de constitucionalidade.[88]

A ação declaratória de constitucionalidade tem sido pouco usada. Em sete anos de vigência, somente oito deste tipo foram impetradas frente ao STF.[89] Contudo, a ação declaratória de constitucionalidade tem sido um mecanismo importante na luta do Governo Federal para evitar uma crise fiscal resultante da concessão por juízos inferiores de aumentos salariais expressivos para os servidores civis mediante um instrumento processual recentemente criado, a tutela jurisdicional antecipada.[90] Na ADC nº 4, o Ministro Celso de Mello, então Presidente do STF, explicou que a liminar concedida pelo STF neste caso era obrigatória para todos os juízos e tribunais. Portanto, até que o STF decidisse sobre a constitucionalidade da Lei 9.494 de 1997, nenhum juiz ou tribunal do país podia conceder aumentos antecipados de salários baseados na alegada inconstitucionalidade da Lei 9.494.[91] Legislação recente, ao

88 Presidente da República v. Mesa do Senado Federal, ADC nº 1, Rel.: MOREIRA ALVES, R.T.J., vol. 157, pág. 371 (1993).

89 Destas oito ações, duas foram consideradas procedentes, três foram julgadas improcedentes e três ainda não foram julgadas.

90 A tutela antecipada foi criada pela Lei nº 8.952 de 13 de dezembro de 1994, que alterou os arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil. Se a evidência for suficientemente forte para convencer o juiz de que as alegações de responsabilidade forem verdadeiras e se existirem indícios de que haverá dano irreparável, ou quando o réu abusar do direito de defesa, o juiz poderá antecipar, no todo ou em parte, os efeitos da tutela pretendida, antes do julgamento final.

91 Decisão proferida nas Petições Nos. 1.402, 1.404, 1.408, 1.410 e 1.016 movidas pelo Governo Federal em 1998 contra tutelas antecipadas concedidas pelos tribunais regionais federais aos servidores do Governo Federal de São Paulo e aos sindicatos dos servidores da Justiça Federal no Mato Grosso do Sul e no Rio Grande do Sul. Embora o acórdão do STF não tivesse efeito retroativo, suspendeu a execução de todas as decisões ainda não executadas.

regular a ação declaratória de constitucionalidade, requer maioria absoluta dos membros do STF para a concessão da liminar. Uma vez concedida a liminar, o STF tem de decidir o mérito no prazo de 180 dias sob pena de a liminar perder eficácia.[92]

Normalmente, a decisão do STF quanto ao mérito tem efeito retroativo em quaisquer das ações. No entanto, a decisão pode ter efeito somente prospectivo, tanto a partir da data do julgamento como de uma data assinalada pelo STF, se este, por maioria de dois terços, considerar que princípios de segurança jurídica ou de interesse social assim o exigem.[93]

C. Ação de Inconstitucionalidade por Omissão

A Constituição de 1988 confere ao STF jurisdição originária para declarar a inconstitucionalidade por omissão quando houver ausência de medidas que deveriam ter sido tomadas pelo poder competente para tornar efetiva uma norma constitucional.[94] O STF tem, portanto, competência para notificar outro Poder da República para que adote as providências necessárias previstas pela Constituição e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias. Se a omissão for do Poder Legislativo, o STF pode emitir uma advertência sobre o não cumprimento do dever constitucional, mas não pode coagir o Congresso a aprovar o projeto de lei necessário. Não é, portanto, surpresa que a aplicação da ação de inconstitucionalidade por omissão não tenha funcionado como esperado, pois a notificação do STF raramente tem levado o Congresso a legislar. O princípio de separação dos poderes proíbe os tribunais de elaborar e promulgar leis que não foram aprovadas pelo Legislativo, e o mútuo respeito entre os poderes implica que não seja tentada nenhuma forma de sanção ao Poder Legislativo por não legislar.

IV. A separação de poderes e a medida provisória

A aplicação prática da Constituição de 1988 até a promulgação da Emenda Constitucional nº 32 demonstrou que a maior parte da legislação aprovada no período respectivo foi proveniente do Poder Executivo.[95] O artigo 62 da Constituição conferia ao Presidente da República o poder de editar medidas provisórias com força de lei por um prazo de 30 dias em casos de relevância e urgência.[96] De acordo com a

92 Artigo 21 da Lei nº 9.868 de 10 de novembro de 1999.

93 Idem, art. 27.

94 CONSTITUIÇÃO FEDERAL, art. 103 § 2º. Esta disposição inspirou-se no artigo 283 da Constituição de Portugal.

95 A Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 1999 limitou substancialmente o poder do Executivo de editar medidas provisórias com força de lei.

96 O STF tem mantido a posição de que as questões relacionadas com a urgência e a relevância da medida provisória não são suscetíveis de apreciação judicial por isso que são questões de natureza

Constituição original, as medidas provisórias perdiam eficácia *ab initio* a não ser que fossem ratificadas pelo Congresso. Este, porém, raramente tomava alguma medida durante o prazo fixado. Isto ocorria devido não somente à inércia do Legislativo, mas também porque o prazo de 30 dias era muito curto para o exame de legislação complexa. Às vezes, entretanto, a inação resultava de manobra do Governo para impedir a votação da medida quando havia forte oposição à mesma nas casas legislativas.[97] Devido a que o Congresso freqüentemente falhava em agir dentro dos 30 dias, os presidentes da República adotaram a prática de reeditarem continuamente as medidas não ratificadas, uma prática que foi considerada constitucional pelo STF.[98]

O Poder Judiciário não tem controlado o uso e o abuso do Poder Executivo na utilização das medidas provisórias.[99] As únicas limitações que existiam para que o Presidente da República editasse uma medida provisória, de acordo com a redação original do artigo 62 da Constituição era a sua relevância e urgência. O STF decidiu, entretanto, que as questões de relevância e urgência eram políticas, sendo, portanto insuscetíveis de apreciação pelo Poder Judiciário, cabendo exclusivamente ao Presidente da República e ao Congresso Nacional examiná-las. Contudo, recentemente, o STF indicou que suspenderia, em casos excepcionais, medidas provisórias por não ficar demonstrada sua urgência ou relevância.[100] Adicionalmente, uma nova limitação ao uso da medida provisória foi criada em agosto de 1995 pela Emendas Constitucionais Nos. 6 and 7, que proibiram a regulamentação, mediante este tipo de medida, de qualquer artigo da Constituição alterada pelas emendas constitucionais promulgadas a partir de 1995.[101]

política. ADIn 1394 – DF, Diário de Justiça de 27 de junho de 1997, reproduzido em VELLOSO, Carlos Mário da Silva, *O Supremo Tribunal Federal e o controle de constitucionalidade; Resenha de decisões,* em DIREITO, CARLOS ALBERTO MENEZES editor. *Estudos em homenagem ao prof. Caio Tácito,* Rio, Renovar, 1997, págs. 135, 160 (doravante *Estudos Caio Tácito).*

97 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *As medidas provisórias no sistema constitucional brasileiro, particularmente em matéria de direito econômico, em Estudos Caio Tácito,* págs. 455, 463.

98 ADIn 295-DF de 22 de junho de 1990; ADIn 1.454- DF de 19 de junho de 1996; ADIn 1.516-RO de 6 de março de 1997; ADIn 1.397-F de 28 de abril de 1997. Para as implicações políticas desta prática, ver MAINWARING, Scott, *Multipartism, robust federalism, and presidentialism in Brazil,* em MAINWARING, SCOTT & MATTHEW S. SHUGART editores. *Presidentialism and democracy in Latin America,* Cambridge e New York, Cambridge University Press, 1997, págs. 55, 62-64.

99 Entre setembro de 1988 e fevereiro de 2001 os presidentes brasileiros promulgaram um total de 584 medidas provisórias, das quais 451 foram convertidas em lei e 28 foram revogadas. Somente 22 foram rejeitadas pelo Congresso. As medidas provisórias foram reeditadas 5121 vezes. Até 16 de fevereiro de 2001, 52 medidas provisórias estavam em vigor, duas das quais tinham sido reeditadas 70 vezes. Estes dados foram tirados do Banco de Dados da Presidência da República, http://wwwplanalto.gov.br.

100 ADIn MC 162 – DF, DJU 19 de setembro de 1997; ADIn MC 1753 – DF, 16 de abril de 1998, STF Informativo nº 106. Cfr. BARROSO, Luís Roberto, *Dez anos da Constituição (Foi bom pra você também?),* REV. FOR., vol. 346, 1999, págs. 113, 125.

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
BIBLIOTECA MARIO HENRIQUE SIMONSEN

Até recentemente, a única objeção do STF ao exercício do Presidente da República do poder de emitir medidas provisórias foi o de não admitir a reedição daquelas medidas que tinham sido rejeitadas pelo Congresso.[102] Quando o Presidente Fernando Collor de Melo quis isolar da revisão do Poder Judiciário as discussões sobre a dúbia constitucionalidade da medida que congelou as contas bancárias da população por 18 meses, simplesmente editou uma medida provisória impedindo os tribunais de conceder liminares contra as ações econômicas do Plano do governo. Collor de Melo reeditou a medida quatro vezes até que o Congresso Nacional finalmente a transformou em lei.[103] A mais alta corte de justiça do Brasil recusou-se a declarar inconstitucional uma limitação do Poder Judiciário desta importância, preferindo deixar o Congresso assumir a responsabilidade de interferir no plano de recuperação econômica do Governo.[104] Ademais, o Poder Executivo vinha adicionando um artigo às medidas provisórias com o objetivo de convalidar todos os atos realizados com base naquelas medidas editadas anteriormente. Esta manobra gerou debates acalorados com respeito a sua constitucionalidade e causou grande incerteza jurídica. A solução destas controvérsias apresentava para o Judiciário um sério dilema. Por um lado, a prática era sem dúvida um abuso do instrumento constitucional concebido para permitir a adoção de legislação temporária de emergência. Por outro lado, se os tribunais invalidassem as medidas provisórias, o país seria jogado em um estado de paralisia jurídica.

Finalmente, o Presidente e os líderes do Congresso Nacional negociaram um acordo que culminou com a promulgação da Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001, para resolver o dilema existente, causado pelo abuso da utilização da medida provisória. Promulgada para coibir tais abusos e para devolver o poder de legislar do Executivo para o Congresso Nacional, a Emenda nº 32 proíbe o Presidente da República de adotar medidas provisórias em diversas matérias, incluindo aquelas relacionadas com a nacionalidade, a cidadania, os direitos políticos, os partidos políticos, o direito eleitoral, o direito penal, processual penal, processual

101 Artigo 246, adicionado à Constituição Federal pelas Emendas Nos. 6 e 7 de 15 de agosto de 1995.

102 Procurador-Geral da República v. Presidente da República, ADIn nº 293, R.T.J., vol. 146, Plenário STF, 1990, pág. 707. Cfr. DANTAS, IVO. *Aspectos jurídicos das medidas provisórias,* Brasília, Editora Consulex, 2ª. ed. 1991, págs. 93-94.

103 A proibição contra liminares relacionadas com as reformas econômicas foi primeiro determinada pela Medida Provisória (MP) nº 173, de 18 de março de 1990. O prazo de validade desta medida venceu já que o Congresso não a examinou dentro do prazo constitucional de 30 dias, contado a partir de sua publicação. Foi republicada como MP nº 182, de 23 de abril de 1990, e então republicada como MP nº 186 de 23 de maio de 1990, MP nº 192 de 22 de junho de 1990 e MP nº 198 de 26 de julho de 1990. Finalmente o Congresso aprovou a MP nº 198, convertendo-a na Lei nº 8.076 de 23 de agosto de 1990.

O Supremo Tribunal Federal tem permitido a prática da republicação contanto que a medida provisória não tenha sido rejeitada pelo Congresso. "STF mantém liminares suspensas", Gazeta Mercantil, 6 de abril de 1990, pág. 31.

104 A votação foi de 7 a 2. Decisão de 5 de abril de 1990 noticiada na Gazeta Mercantil de 6 de abril de 1990, pág. 31.

civil, o orçamento e matérias reservadas à lei complementar. Para evitar outro Plano Collor, que congelou contas bancárias por dezoito meses mediante medida provisória, a emenda proíbe ainda a utilização da medida para deter ou seqüestrar bens, poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro.

A Emenda nº 32 estendeu o prazo de validade das medidas provisórias de trinta para sessenta dias. Tais medidas agora somente podem ser reeditadas uma única vez, por um prazo de sessenta dias, se o Congresso não as tiver convertido em lei dentro do prazo inicial. Uma medida provisória que tenha sido rejeitada ou tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo, não poderá ser reeditada na mesma sessão legislativa. Dessa forma, a medida provisória normalmente terá um prazo de vigência máximo de 120 dias, salvo nos casos em que Congresso estiver em recesso, quando poderá vigorar por prazo maior. Uma medida provisória que perca eficácia por decurso do prazo não perde mais, como anteriormente, eficácia *ab initio*. Ao contrário, quaisquer relações jurídicas constituídas com base na medida têm de ser reguladas por decreto legislativo. No caso de o Congresso não editar tal decreto dentro do prazo de validade da medida, as relações jurídicas constituídas decorrentes de atos praticados durante a sua vigência têm validade e são por ela reguladas.

As medidas provisórias editadas antes de 11 de setembro de 2001 passaram a vigorar por tempo indeterminado e, portanto, continuam a ter força de lei até que sejam revogadas por uma lei, por outra medida provisória, ou até que o Congresso as rejeite.

Anteriormente, o Congresso se reunia em sessões conjuntas para deliberar sobre medidas provisórias. Com a Emenda nº 32, elas serão apreciadas primeiro pela Câmara dos Deputados e posteriormente pelo Senado. Qualquer medida provisória que não for examinada dentro de 45 dias após sua emissão, deverá ser considerada e votada em regime de urgência, ficando sobrestadas, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando.

Apesar de reduzir substancialmente o poder do Presidente da República de legislar mediante medida provisória, a Emenda Constitucional nº 32 retirou uma limitação importante prevista anteriormente. A Emenda modifica o texto do artigo 246 da Constituição permitindo que o Chefe do Poder Executivo possa regular emendas constitucionais futuras através de medidas provisórias.[105] Ademais, a Emenda nº 32 amplia o poder do Executivo permitindo que o Presidente emita decretos regulando tanto a organização e funcionamento da administração federal (desde que não implique aumento de despesa nem a criação ou extinção de órgãos públicos), como a extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos.

105 A Emenda Constitucional nº 32 deu a seguinte redação ao referido artigo 246: "É vedada a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada entre 1º. de janeiro de 1995 até a promulgação desta emenda, inclusive".

V. Reformas necessárias

Os tribunais brasileiros estão sobrecarregados, pois têm um número de casos muito acima de sua capacidade para resolvê-los. Em todos os níveis, com exceção dos tribunais militares, os juízes não podem, de nenhuma maneira, julgar todos os casos que se encontram sob sua jurisdição. Nos primeiros oito anos depois da promulgação da Constituição de 1988, com a constitucionalização de praticamente todas as atividades humanas, o número de casos apresentados aos tribunais brasileiros mais que decuplicou. De cerca de 350 mil ações ajuizadas em 1988, o volume de questões cresceu para 3,7 milhões em 1996.[106]

O volume total de casos é particularmente preocupante com relação à carga de processos nos tribunais superiores, no Superior Tribunal de Justiça (STJ) e no STF. O STJ recebeu 92.107 recursos em 1998 e decidiu 101.467 casos, uma média de 3.622,5 decisões por ministro, e ainda tinha um acúmulo de 47.202 questões por decidir. Em 1999, o STJ recebeu 118.977 recursos e decidiu 128.042 casos, um número sem precedentes. O aumento no número de processos é mais impressionante no STF, que tem somente um terço do número de ministros do STJ. Em 1989, o STF decidiu 17.432 casos, e publicou 1.886 acórdãos. Em 2000, o STF recebeu 105.307 recursos e decidiu 86.138 casos, uma média de 7.830 casos por ministro.[107] Esta gritante diferença se deve à extensa Constituição e aos tumultos causados pelos planos econômicos. Em comparação, durante o período 1999-2000 foram distribuídos à Suprema Corte dos Estados Unidos um total de 2.413 processos. Entretanto foram decididos somente 115 casos, dos quais 79 foram resolvidos mediante voto assinado. Dois casos foram decididos por decisão *per curiam*[108] e um foi devolvido para reargüição. Adicionalmente, a Suprema Corte decidiu sumariamente 34 processos.[109] Foi negado conhecimento (negação de *certiorari*) à grande maioria do restante dos casos. Outros processos foram retirados de pauta ou não decididos.

A. Certiorari

Diferentemente das supremas cortes americana e argentina,[110] o STF não tem

106 Tribunais de Primeira Instância, REV. CONSULEX, vol. 1, nº 3, março 1997, pág. 18.

107 Fonte: Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário, http://www.stf.gov.br/bndpj/stf.htm.

108 *Pelo Tribunal,* literalmente em latim. No direito americano *per curiam* é uma decisão do tribunal pleno que não foi escrita por nenhum dos juízes em particular, mas por toda a Corte. Muitas vezes não é uma decisão fundamentada e em alguns casos é uma decisão do Presidente do Tribunal em nome de todo o colegiado. (Nota do Tradutor).

109 Calculado a partir dos dados da US LAW WEEK, vol. 68, 20 de julho de 1999, pág. 3.069.

110 Por meio de sua jurisprudência, a Suprema Corte da Argentina desenvolveu o conceito de discricionariedade ao julgar os casos que lhe foram apresentados, ou seja, copiou, para o direito interno, o mecanismo do writ of *certiorari* do direito americano. Em 1990, a Argentina adotou o instituto do writ of *certiorari* por lei, que formalmente concedeu à Suprema Corte o poder discricionário de se recusar a conhecer recursos extraordinários por falta de suficiente dano federal ou quando a questão apresentada não for transcendente ou o tema não for substancial. Ley nº 23.774

a seu dispor o mecanismo do *writ of certiorari,*[111] que lhe daria o poder de escolher os casos que lhe pareceriam mais importantes para ser julgados. Quase todas as questões resolvidas pela Suprema Corte dos Estados Unidos são recursos que passam pelo filtro do *certiorari*; raramente a Corte permite a invocação da sua competência originária.[112] Ao contrário, o STF tem competência originária obrigatória para uma série ampla de casos. Consequentemente, a mais alta corte de justiça do Brasil está obrigada a julgar um grande número de casos triviais. Por exemplo, qualquer homologação de sentença estrangeira (inclusive de divórcios amigáveis) ou a concessão do *exequatur* às cartas rogatórias tem de ser resolvida pelo STF.[113] Como lamentou o Ministro Sydney Sanches: "O Supremo Tribunal Federal está se transformando em um juízo de pequenas causas."[114]

Há uma série de razões processais para que o STF decida um número de casos muito maior do que a Suprema Corte dos Estados Unidos. Em primeiro lugar, somente um ou dois ministros dos 11 membros do Tribunal conhecem na realidade o processo e preparam o relatório em cada caso. O relator, que é designado para cada processo, é quem estuda o caso, reporta-o a seus colegas e prepara um voto. Em alguns casos, um segundo ministro, o revisor, é designado para assistir e revisar o trabalho do relator.[115] Embora os outros ministros possam interromper o andamento dos processos e solicitar vista dos autos, normalmente não o fazem e se põem de acordo com o relator. Por outro lado, a Suprema Corte dos Estados Unidos não usa o sistema de designar relator. Cada juiz tem o dever de examinar os autos de todos os casos apresentados à Corte. Em segundo lugar, o STF reúne-se normalmente em turmas de cinco ministros, enquanto a Suprema Corte dos Estados Unidos só decide em plenário.

de 5 abril de 1990, art. 2. GABINO ZIULU, Adolfo, *El "Writ of Certiorari" y el incremento de las facultades discrecionales de la Corte Suprema*, REV. LA LEY, vol. 1991-C, pág. 775.

111 Literalmente em latim significa ordem de ser informada. Na prática é o mecanismo pelo qual a Suprema Corte americana utiliza o poder discricionário de escolher os casos que quer julgar. Nos Estados Unidos um julgamento pela Suprema Corte implica um privilégio das partes e não um direito. Para conceder o writ of *certiorari,* pelo menos quatro juízes da Suprema Corte têm de votar a favor da concessão. A denegação do *certiorari* não tem qualquer valor como precedente. (Nota do Tradutor).

112 Para a história e exame do instituto, ver HARTNETT, Edward A., *Questioning certiorari: Some reflections seventy-five years after the Judges' Bill,* COLUMBIA LAW REVIEW, vol. 100, novembro de 2000, págs. 1.643-1.738.

113 O artigo 102, *h*, da Constituição Brasileira permite a delegação desta função ao Presidente do STF, que a exerce de acordo com o Regimento Interno daquela corte. Sem embargo, de acordo com o próprio regimento, das decisões do Presidente cabe agravo regimental para o tribunal pleno.

114 Citado em Eduardo Oinegue, *Exaustos Meritíssimos,* VEJA, 26 de março de 1997, pág. 109.

115 Os revisores são designados para casos envolvendo ações rescisórias, revisões criminais (a contraparte penal da ação rescisória), recursos ordinários criminais, ações criminais originárias e declarações de suspensão de direitos. STF, Regimento Interno, art. 23.

B. Necessidade de Precedentes Vinculantes e de Respeito Governamental pelos Pronunciamentos Judiciais

Outra razão para que o STF possa decidir tantos casos rapidamente é que a maioria dos temas apresentados nos novos processos que lhe são submetidos já foram apreciados anteriormente. Em muitos países, uma simples decisão do mais alto tribunal da nação declarando uma lei inconstitucional ou interpretando uma lei, é suficiente para os governos desistirem de aplicar a norma inconstitucional ou insistirem em uma interpretação diferente. Infelizmente, a prática brasileira é bem diferente. De acordo com o ex-presidente do Supremo, o Ministro Sepúlveda Pertence, o STF decidiu a questão da constitucionalidade do empréstimo compulsório, adotado pela Administração Sarney, mais de dez mil vezes. De acordo com o Ministro Pertence, uma pesquisa conduzida pelo STF revela que 90% dos recursos levados àquela alta corte de justiça apresentam questões que o tribunal já decidiu.[116]

As decisões dos tribunais no Brasil, com exceção dos acórdãos do STF em ações diretas de inconstitucionalidade e ações declaratórias de constitucionalidade,[117] não são precedentes obrigatórios. Apesar do desenvolvimento do instituto da Súmula, os tribunais e juízos brasileiros estão continuamente sujeitos à repetição de contenciosos jurídicos rejeitados e a interpretações incongruentes das mesmas disposições legais. Sem embargo, este fator sozinho não explica porque o STF, assim como os tribunais inferiores, têm de decidir o mesmo tema centenas e milhares de vezes. Outros países que adotam a tradição romano-germânica, apesar de operarem sem a doutrina do *stare decisis* não experimentam este problema na mesma proporção que o Brasil. Uma alta percentagem de casos envolve ações contra entidades governamentais, freqüentemente o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), por deixarem de pagar somas que estão legalmente obrigadas a saldar. Um ex-presidente do STF identificou recentemente a principal causa do acúmulo na distribuição dos processos nos órgãos do Poder Judiciário como a má fé do governo ao recusar-se a pagar o que deve:

> *"A oposição arbitrária de injustificada resistência do Estado a pretensões manifestamente legítimas de cidadãos de boa fé que se vêem obrigados, diante deste tipo de atitude governamental, de ir aos tribunais, gera uma multiplicação de queixas contra o Poder Público".*[118]

A única razão para litigar sobre o mesmo tema que já foi decidido adversamente muitas vezes é simplesmente adiar o dia inevitável no qual o réu terá de pagar o que deve.

116 REV. CONSULEX, nº 3, Mar. 1997, pág. 10.

117 O artigo 28 da Lei n. 9.868 de 10 de novembro de 1999, D.O.U. de 11.11.1999 explicitamente prescreve que as declarações de inconstitucionalidade ou constitucionalidade, incluindo interpretações constitucionais, têm efeito *erga omnes* e são vinculantes não somente para o Poder Judiciário, mas também para todos os órgãos governamentais. Para uma maior discussão acerca do significado destes conceitos, ver MEIRELLES, HELY LOPES. Nota 24, *supra,* págs. 339-348.

118 MELLO FILHO, José Celso de. *O Judiciário em Questão.* Consultor Jurídico, 1997 (http://cf3.vol.com.br.000/consultor/artigos.cfm).

O projeto de emenda que propõe a reforma do Judiciário adiciona um novo artigo 103A à Constituição que permitiria ao STF, seja *ex-officio* ou a pedido da parte interessada, adotar, depois de reiteradas decisões, súmulas sobre interpretações legais que seriam obrigatórias para todo o Poder Judiciário, assim como para a administração pública direta e indireta. O artigo 55 do referido projeto de emenda (de acordo com a versão de 25 de janeiro de 2000) faria as súmulas existentes do STF obrigatórias para o resto do Poder Judiciário, sempre que confirmadas por dois terços dos votos do plenário do tribunal e depois de publicadas no Diário Oficial.[119] Ademais, o artigo 102, § 2° da Constituição seria emendado para tornar obrigatórias tanto para o Poder Judiciário como para a administração pública direta e indireta, as decisões definitivas de mérito nas ações diretas de inconstitucionalidade e declaratórias de constitucionalidade, coisa que o atual artigo 102 já contempla. Também adiciona uma nova seção ao artigo 102, que limita a eficácia das medidas provisórias em ações diretas de inconstitucionalidade a 120 dias salvo se confirmadas pela maioria absoluta do STF. Se for aprovada, o que parece provável, esta emenda constitucional estenderá o conceito existente e limitado de eficácia do precedente, mas dificilmente resolverá o problema.

O Presidente da República assinou decreto que, no âmbito do Poder Executivo, não somente deve reduzir substancialmente este tipo de problema, mas vai muito além da emenda proposta de eficácia dos precedentes.[120] O artigo 1° deste decreto obriga a todos os órgãos da Administração Pública Federal, direta e indireta, a obedecer as decisões finais do STF que fixem, de forma inequívoca e definitiva, interpretação do texto constitucional. Uma vez firmada jurisprudência pelos tribunais superiores com respeito à constitucionalidade de uma lei ou de um ato administrativo, a Advocacia Geral da União tem de expedir uma súmula a respeito, cujo enunciado deve ser publicado no Diário Oficial.[121] Os Procuradores-Gerais de órgãos federais críticos como o Ministério da Fazenda ou da Previdência Social são também obrigados a deixar de aplicar leis e decretos cuja inconstitucionalidade tenha sido definitivamente determinada pelo STF.[122] Entretanto, fazer os burocratas cumprir com este decreto não tem sido fácil, em parte por causa da exigência de que a decisão do STF seja inequívoca e definitiva, e em parte porque as previsões orçamentárias governamentais continuam a ser insuficientes para pagar as despesas determinadas pela Justiça.[123]

119 Proposta de Emenda à Constituição n. 96-C de 1992, nota 82 supra.

120 Decreto n° 2.346 de 10 de outubro de 1997.

121 Idem, art. 2.

122 Idem, arts. 4-6.

123 Emenda Constitucional 30 de 13 de setembro de 2000 exacerba este problema, criando um direito constitucional para qualquer órgão governamental de parcelar os pagamentos dos precatórios por prazo de 10 anos.

C. Proteção dos Direitos e Garantias Individuais

Apesar da existência no Brasil de um sistema constitucional de proteção de direitos fundamentais e de outros direitos não tão fundamentais profundamente elaborados, certos direitos constitucionais são constantemente violados no país. Desde a restauração da democracia, a proteção no Brasil dos direitos relacionados com a liberdade de expressão, a liberdade de imprensa e a liberdade religiosa tem sido exemplar. Por outro lado, a proteção do direito à vida, à integridade física e moral do prisioneiro assim como o direito de não ser discriminado por raça ou sexo tem deixado muito a desejar.

Apesar de a Constituição proibir a tortura e estabelecer como inafiançável este crime,[124] a tortura de criminosos comuns é uma ocorrência rotineira. Em 1995, o chefe da Polícia Civil do Rio de Janeiro reclamou publicamente: "A tortura tem sido uma prática comum da polícia brasileira. Esta prática é aceita pela sociedade como um castigo justo para os criminosos comuns e um meio legítimo para obter informação".[125] O Departamento de Estado dos Estados Unidos recentemente relatou que "há freqüentemente relatórios confiáveis que informam que a polícia tortura e espanca suspeitos para extrair informações, confissões ou dinheiro".[126] Uma das conseqüências mais sérias do freqüente uso da tortura é que a polícia geralmente não exibe evidência que poderia ser utilizada para obter condenações nos tribunais. Na realidade, 90% das investigações dos homicídios no Rio não produzem evidência suficiente para processar os suspeitos.[127]

O direito à vida é protegido constitucionalmente, mas a morte de criminosos por causa de abusos policiais é uma ocorrência comum. Apesar dos esforços do governo para eliminar os esquadrões da morte, em muitas áreas eles atuam impunemente, executando suspeitos de crimes, os sem-terra e pessoas sem teto, incluindo crianças.[128] Não somente os autores dos abusos ficam impunes como também são,

124 CONSTITUIÇÃO FEDERAL, art. 5°, III e XLII. A Lei N°. 9.455 de 7 de abril de 1997 criminaliza a tortura e o Decreto N° 40 de 15 de fevereiro de 1991 promulga a adoção pelo Brasil da Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes.

125 Afirmou também, talvez irrealisticamente, que acreditava que a sociedade estava gradualmente rejeitando a tortura como uma prática legítima da polícia. UNITED STATES DEPARTMENT OF STATE, *Country Reports on Human Rights Practices for 1995*, Washington, Government Printing Office, 1996, pág. 345.

126 UNITED STATES DEPARTMENT OF STATE, *Country Reports on Human Rights Practices for 1999*, Washington, Government Printing Office, 2000, pág. 618 (doravante U.S. STATE DEPT. REPORT 1999).

127 CHEVIGNY, Paul, *Defining the Role of the Police in Latin America*, em MËNDEZ, JUAN E., GUILLERMO O'DONNELL & PAULO SÉRGIO PINHEIRO editores, *The (un) rule of law and the underprivileged in Latin America*, Notre Dame, University of Notre Dame Press, 1999, págs. 53-55 (doravante The (un)rule of law).

128 INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS, REPORT ON THE SITUATION OF HUMAN RIGHTS IN BRAZIL, 1997, págs. 27-47 (doravante INTER-AM. HUMAN RIGHTS REP.]

em muitos casos, condecorados e promovidos.[129] Com uma única exceção importante, os policiais militares somente podem ser processados nos tribunais militares.[130] Desde 1996, os policiais militares podem ser processados na justiça comum pelos casos de crimes dolosos contra a vida. Todavia, quando se processam policiais, as condenações são raras. E quando há condenações, as penas impostas são normalmente mais brandas que as que seriam impostas contra criminosos não policiais.[131]

O artigo 5.º inciso XLIX da Constituição Federal, de forma louvável assegura "aos presos o respeito à integridade física e moral". Ademais, a lei brasileira requer que os prisioneiros tenham acesso a tratamento médico, educação e assistência legal, social e religiosa.[132] Apesar dos recentes esforços do governo para reformar o sistema penitenciário, a triste realidade é que as prisões brasileiras são extremamente inadequadas, super-lotadas e geralmente não estão conforme as exigências das Regras de Tratamento das Nações Unidas. São freqüentes os relatórios de abuso e maus tratos de prisioneiros pelos guardas e outros companheiros de cela.[133]

De maneira similar, a Constituição retoricamente proclama que um dos objetivos fundamentais da República é "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação".[134] O *caput* do artigo 5º dispõe que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade". O inciso XLII do mesmo artigo prevê como "crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura". A Lei nº 7.716 de 5 de janeiro de 1989 transformou o racismo em crime e a sua pena foi aumentada em 1997.[135] Entretanto, apesar do racismo ainda ser evidente e sua prática comum, o governo tem se esforçado pouco para erradicá-lo e há poucas condenações penais pela prática de racismo.[136]

A discriminação sexual é claramente repudiada pela Constituição. O artigo 5.º inciso I prevê que "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição". Apesar de esforços de órgãos governamentais e não-governamentais para proteger os direitos das mulheres, os mesmos são violados diariamente através de abuso sexual e da violência doméstica. Os mecanismos processuais existentes intimidam muitas delas e assim, vários crimes contra as mulheres ficam impunes. Mesmo quando esses crimes são processados, tanto os juízes quanto o júri muitas vezes não condenam o marido, especialmente quando este assassinou

129 CHEVIGNY, Paul, nota 127, *supra* págs. 53-55.

130 U.S. STATE DEPT. REPORT, pág. 2.

131 INTER-AM. HUMAN RIGHTS REPORT, págs. 38-43.

132 Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984, art. 11, D.O.U. de 13.07.1984.

133 INTER-AM. HUMAN RIGHTS REPORT, págs. 57-67; U.S. STATE DEPT. REPORT, págs. 619-620.

134 CONSTITUIÇÃO FEDERAL, art. 3º., IV.

135 Lei nº 9.459 de 13 de maio de 1997, D.O.U. de 14.05.1997.

136 FRY, Peter, *Color and the rule of law in Brazil,* em *The (un)rule of law,* págs. 186, 193-194.

ou maltratou a mulher suspeita de infidelidade.[137] O artigo 7.° inciso XXX da Constituição Federal proíbe "diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo". Contudo, a discriminação no trabalho contra a mulher é extremamente comum e, em geral, as mulheres recebem salários muito inferiores aos dos homens. As leis que proíbem discriminação contra a mulher no trabalho são raramente aplicadas.[138]

VI. Conclusões

O controle da constitucionalidade no Brasil é um instituto extraordinariamente complexo e híbrido, que é fruto de uma tentativa de mescla da tradição romano-germânica com a *Common Law*. O seu nível de complexidade e o volume de casos constitucionais cresceram dramaticamente desde a promulgação da Constituição de 1988. Se, como parece provável, pois poucos parecem estar satisfeitos com a situação atual, a proposta de emenda constitucional da reforma do Judiciário for adotada, o controle de constitucionalidade continuará a mudar.

O Brasil tem uma necessidade incontestável de expandir seu conceito de precedente vinculante, assim como da adoção de um mecanismo processual que conceda ao STF a faculdade discricionária de não decidir o enorme número de casos que lhe são distribuídos atualmente. Forçar a mais alta corte de justiça de um país a lidar com casos rotineiros e sem importância é um contra-senso e impede o mais alto tribunal do país de devotar seu tempo e atenção aos casos de importância nacional. Existe, porém uma forte resistência, particularmente dos juízos e tribunais inferiores, de serem obrigados a seguir a jurisprudência do STF.

Por outro lado, os problemas da separação dos poderes advindos da utilização pelo Executivo da medida provisória, de maneira a usurpar uma quantidade substancial de poder do Legislativo, não estavam sendo resolvidos satisfatoriamente pelos tribunais. Entretanto, uma solução inteligente foi acordada entre o Presidente da República e o Congresso, através da Emenda Constitucional N° 32, que provavelmente resolverá o problema.

No papel, os direitos constitucionais são melhor protegidos no Brasil do que em qualquer outro lugar. Quando e se o projeto de emenda constitucional sobre a reforma do Poder Judiciário for promulgado, tais direitos ficarão ainda melhor protegidos, pois o Artigo 1° da referida emenda elevará em nível constitucional todos os direitos humanos protegidos pelos tratados e convenções internacionais de direitos humanos aos quais o Brasil aderiu. Contudo, esses tratados e convenções terão de ser aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros.[139]

137 U.S. DEPT. OF STATE REPORT, pág. 625; INTER-AM. HUMAN RIGHTS REPORT, págs. 129-132.

138 U.S. DEPT. OF STATE REPORT, pág. 625.

139 Pode argumentar-se que esta emenda é um passo atrás na proteção dos direitos humanos. Uma

A realidade, entretanto, é que muitos direitos constitucionais são violados. Depois de a polícia em São Paulo, deliberadamente, punir 51 prisioneiros, apinhando-os em uma pequena cela sem ventilação e matando 18 presos, um editorial da VEJA, esclareceu enfaticamente:

> *"O Brasil tem hoje uma das Constituições mais belas de sua História em tudo aquilo que diz respeito aos direitos fundamentais do ser humano... Nada a reclamar, portanto, em relação a nossas leis nesta área. O problema está na perturbadora distância que separa os direitos inscritos no papel do seu efetivo exercício, e sobretudo da garantia desse exercício, na vida prática. Tal distância ficou mais uma vez dramatizada, na semana passada, com o massacre dos detentos que se amotinaram nos xadrezes de uma delegacia de polícia de São Paulo — trancafiados, como castigo, numa cela sem ventilação, foram casualmente assassinados por asfixia."* [140]

A tortura e os maus tratos de criminosos comuns é um fato da vida de muitas delegacias de polícia e prisões apesar das garantias constitucionais formais. Discriminação racial e sexual também fazem parte do dia a dia da sociedade brasileira. Fazer desses direitos que estão no papel uma realidade é somente parcialmente uma tarefa para os tribunais. É também uma tarefa para os governos federal, estadual e municipal. Fundamentalmente, requer uma alteração na cultura dominante com respeito aos direitos daqueles que vivem às margens da sociedade. Há sinais alentadores de mudança em andamento, mas o trabalho a ser realizado parece ser árduo e desenvolvido lentamente. O paradoxo do controle da constitucionalidade no Brasil é que, apesar de possuir uma Constituição repleta de pormenores e um sistema do controle judicial bem elaborado, muitas garantias constitucionais ainda não foram implementadas e outras são constantemente violadas com impunidade.

importante corrente doutrinária defende que os direitos protegidos por convenções de direitos humanos ratificadas pelos Brasil têm um caráter constitucional de acordo com o artigo 5°, § 2°. que estabelece:

"Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte."

Cfr. MAZZUOLI, Valério de Oliveira, *Hierarquia constitucional e incorporação automática dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento brasileiro,* REV. INFORM. LEGIS., vol. 37, n° 148, Out./Dez. 2000, pág. 231. A emenda constitucional proposta daria aos direitos protegidos por tais tratados ou convenções caráter constitucional somente se adotado o mesmo processo extraordinário das emendas constitucionais. Atualmente, o artigo 84 inciso VIII da Constituição outorga ao Presidente da República o poder exclusivo de celebrar tratados, sujeitos ao referendo do Congresso Nacional. De acordo com o artigo 49 inciso I da mesma Constituição, compete ao Congresso resolver definitivamente, não só os tratados internacionais como também os atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

140 REV. VEJA, 15 de fevereiro de 1989, pág. 23.